

JUL. LASSEN

UDVALGTE
AFHANDLINGER

UDGIVNE AF

FRANTZ DAHL

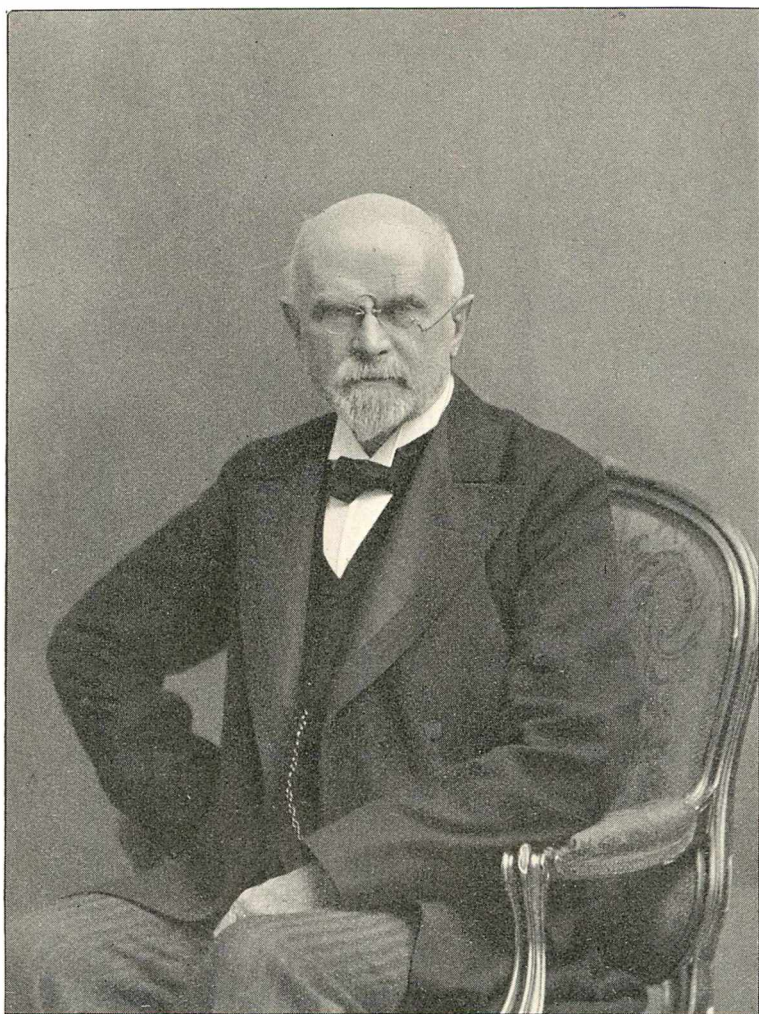
G. E. C. GADS FORLAG – KØBENHAVN MCMXXIV

UDGÅET AF

Udgivet med Understøttelse af »Det Finneske Legat«.



TRYKT HOS J. JORGENSEN & CO. * IVAR JANTZEN



Frederick Casper

UDVALGTE
AFHANDLINGER

UDGIVERENS FORORD

I sin sidste Levetid syslede *Jul. Lassen* med Tanken om at samle og udgive de vigtigste af de talrige Afhandlinger, han i en Aarrække havde offentliggjort i nordiske Tidsskrifter, i Universitetets Festskrifter og andensteds, en Tanke, han forøvrigt i sin store og ægte Beskedenhed oprindelig havde afvist. Hans Bortgang forhindrede ham i selv at realisere denne Plan, som det derefter er faldet i min Lod at føre ud i Livet. Lassen havde ingen Forarbejder gjort til en saadan Samling, og der foreligger heller ikke Udtalelser fra hans Side om de Principer, han agtede at lægge til Grund derfor. Forsaavidt har jeg som Udgiver staaet paa bar Bund.

At udgive *Jul. Lassen's samtlige* Afhandlinger vilde være udelukket allerede af praktiske Grunde, derunder i første Linie de nødvendige Hensyn til Bogens Størrelse. Jeg har derfor maattet gøre et Udvalg. Det ledende Synspunkt for Valget af de optagne Afhandlinger har været gennem disse at oprulle et Billede af Lassen's videnskabelige Personlighed og om muligt pege paa den Udvikling, han som Retstænkner har gennemgaaet, en Udvikling, der f. Ex. tydelig fremtræder ved Sammenligning mellem hans Opsæt om Løfte og Akcept fra 1888 og Behandlingen af samme Æmne i Universitetsprogrammet af 1905. Om jeg paa hvert Punkt har truffet det rigtige, maa andre bedømme. Selv har jeg af ovennævnte Grunde maattet vise Resignation ved at udskyde forskellige værdifulde Bidrag, — *Condictio indebiti* fra 1889, *Proforma* og *Omgaaelse* fra 1890, *Til Læren om Køb* fra 1916 o. a. — som jeg gjerne havde medtaget. For velvillig ydet god Bistand ved det foretagne Udvalg bringer jeg min Kollega Professor Dr. juris *Henry Ussing* min Tak. Om Lassen's øvrige Produk-

tion tillader jeg mig at henvise til den af mig udarbejdede Bibliografi i »Ugeskrift for Retsvæsen« 1923 og 1924.

Hvad den i Bogen benyttede Retskrivning angaar, har jeg som Hovedregel anvendt den af Lassen i »Haandbog i Obligationsretten« benyttede, men helt konsekvent har den ikke kunnet gennemføres. Lassen's Retskrivning undergik forskellige Forandringer under hans lange Forfatterbane. For de forekommende Ujævnheder og øvrige Mangler beder jeg om Læsernes Overbærenhed. Hist og her har jeg rettet aabenbare Fejl, men iøvrigt har jeg været meget varsom med at foretage Ændringer. For at fremme Bogens Brugbarhed er i Marginen anført Sidetallene fra de originale Afhandlinger.

Det er mit Ønske og Haab, at den foreliggende Samling ikke vil være den nordiske Juristverden uvelkommen, og at den maa bidrage sit til at bevare og fæstne Mindet om en af de betydeligste og fineste Skikkelser i nyere dansk Retslitteratur.

København Oktober 1924.

FRANTZ DAHL.

INDHOLD

Almindelig Retslære.

Privatrettens Kodifikation	11
Retsvidenskabens Opgaver overfor Retsordenens Bevægelser	23
Indledende Forelæsninger over den skandinaviske Fælleslovgivning, navnlig Loven om Aftaler	36
Nogle Bemærkninger om Definitioner i Retsliteraturen ..	59

Formueret.

Løfte og Akcept	75
Berigelseskravet efter Nordisk Veksellovs § 93	145
Nullitet og Anfægtelighed	179
Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn	254
Kunstig Kreditorbegunstigelse	327
Om Forældelsesloven af 22. December 1908	398

ALMINDELIG RETSLÆRE

Privatrettens Kodifikation

Tale ved Universitetets Reformationsfest den 16de November 1899

(Berlingske Tidende Fredag og Lordag Aften den 17de og 18de November 1899)

I.

I den borgerlige Rets Historie kan der ikke paavises nogen enkelt Begivenhed, der har grebet saa dybt og afgjørende ind i Rettens Udvikling, som det for Kirkelivets Vedkommende skete ved den Reformation, hvis Minde Universitetet idag fejrer. Men kaste vi et Blik udover de samlede Retsforfatninger — vor egen og de fremmede —, da vil deres Historie ret regelmæssigt, med kortere eller længere Mellemrum, opvise Begivenheder, som i visse Karakterer minde om Kirkereformationen. Jeg sigter her til *Privatrets-Kodifikationerne*, 3: Lovbøger, der fastsætte den borgerlige Ret som Helhed. I Almindelighed gribe de ikke — som Kirkereformationen — meget dybt ind i Udviklingen. Men som denne klare de op og rense ud og anvise Baner for ny Udvikling. I disse Funktioner ere efter Historiens Vidnesbyrd Kodifikationerne nødvendige Led i Retsudviklingen. Og jeg rejser da her det Spørgsmaal, om ikke Tiden nærmer sig for en Kodifikation af den borgerlige Ret her i Landet, om vi ikke trænge til en ny »Danske Lov«, der fastsætter vor borgerlige Ret som Helhed. Under borgerlig Ret eller Privatret indbefatter jeg i Overensstemmelse med sædvanlig juridisk Sprogbrug: Personretten eller Ordningen af Personens almindelige Retsstilling, navnlig i Henseende til Myndighed og Umyndighed, Formueretten, 3: den retlige Ordning af Ejendomsforhold, Brugsforhold, Panteret, Reglerne for Kontrakter og om skadejørende Handlinger, Familieretten 3: den retlige Ordning af Ægte-

skabet og Forholdet mellem Forældre og Børn, og Arveretten, kort den retlige Ordning af Privatlivets, derunder Forretningslivets Forhold, i Modsætning til den offentlige Ret, Statsretten, Strafferetten, Procesretten.

Først ser jeg paa Rettens *Form*. Den borgerlige Rets formelle Tilstand her i Landet er for Tiden denne: Chr. V.s »Danske Lov« af 1683 er endnu den gjældende Landslov. Men i Virkeligheden findes kun et forholdsvis meget ringe Antal af de gjældende Privatretsregler i denne kasuistiske og i mange Punkter forældede Lovbog. Adskillige af de gjældende Regler findes i senere spredte Forordninger og Love, som supplere eller forandre Landsloven. Men Størstedelen af de gjældende Privatretsnormer have i Virkeligheden ingen Lovhjemmel, navnlig paa det formueretlige Omraade mangler der Lovbestemmelser. Hvor Lovgivningen og dens Analogi tier, der have de retsanvendende Autoriteter, Domstolene, at afgjøre de dem forelagte Retstilfælde saaledes, som disses Natur kræver det, eller, som det udtrykkes, efter den med Forholdets Natur stemmende Norm. Vi ere saaledes, navnlig for Formuerettens Vedkommende, for Størstedelen henviste til det, man kalder uskreven Ret, d. s. til Retsnormer, som ikke have faaet Lovsform, men hvis Gyldighed alene beror paa, at de stemme med Forholdets Natur.

Allerede denne Tilstand, at vi i saa vidt Omfang ere henviste til uskreven Ret, er et vægtigt *Motiv for en Kodifikation*, thi den uskrevne Ret repræsenterer et ufuldkomment Standpunkt overfor Retssætningen i Lovsform.

For det første maa det erkjendes, at Lovsformen sikrer Retsnormens ligelige Anvendelse overfor Alle. Den betrygger imod, at Dommeren afgjør den ham forelagte Sag *partisk*. Jeg sigter herved ikke til bevidst Partiskhed. At Dommerne i det Hele ere tilsinds at dømme retfærdigt, er en Sætning, man erfaringsmæssigt roligt kan gaa ud fra som given, og mod bevidst Partiskhed vilde Lovsformen ikke give nogen stor Betyggelse. Jeg sigter til den *ubevidste* Partiskhed. Naar Dommeren staar saaledes, at han skal afgjøre det ham forelagte Retstilfælde uden Vejledning i nogen Lov efter den med Forholdets Natur stemmende Regel, vil dette jo sige, at han afgjør Sagen efter den Retsregel, der for ham staar som den med Forholdets Natur stemmende, altsaa efter sin

Retsfølelse. Men let vil det kunne ske, at den Retssætning, der dikteres Dommeren af hans Retsfølelse, afviger noget fra den virkelig med Forholdets Natur stemmende, idet Dommerens Retsfølelse er paa-virket af uvedkommende Hensyn, Standssympatier og -antipatier, Retningssympatier og -antipatier, som — Dommeren ubevidst — medføre en Forskydning i hans Erkjendelse af den rette Norm til Gunst for den ene Part og til Ugunst for den anden. Ingen vil kunne sige sig helt fri for, at saadanne *under Bevidsthedens Tærskel liggende*, uvedkommende Hensyn kunne faa Indflydelse paa hans Skjøn. Udover disse Farer hjælpes Dommeren af Lovsformen; den skrevne Lov viser ham, hvorledes han uden Hensyn til egen Mening skal dømme, og Lovens Regel vil regelmæssigt blive fulgt af Dommeren ligeligt overfor alle, uanset at han — ifølge sin individuelle Retsfølelses Ejendommelighed — finder Loven mindre retfærdig. Lovsformen giver — som Jhering har udtrykt det — *Retsnormen formal Selvstændighed*, den sikrer Retsanvendelsen mod Indflydelse af subjektive Meninger og Sympatier hos Dommerne.

Men den Mangel ved den uskrevne Ret, som jeg nu har paapeget, er ikke den betænkeligste. Ogsaa paa anden, vistnok langt betænkeligere Maade virker den uskrevne Norms Ukjendelighed og Ubestemthed uheldigt. Dagligt vil det kunne være af største Interesse for Borgeren *forud* — forinden han arrangerer sig paa en vis Maade — at vide sikker Besked om saa denne, saa hin Retsnorm, eller med andre Ord at faa Sikkerhed for, hvad Domstolene eventuelt ville kjende for Ret. Man vil sikkert vide, om det Arrangement, som man agter at træffe, f. Eks. idet man yder et Laan, virkelig giver Sikkerhed for Laanets Tilbagebetaling, eller om Domstolene ville finde Arrangementet ulovligt. Manden i Huset er død, og de Efterlevende ville vide, om de, skjønt Manden har lejet Lejligheden paa flere Aar, ere berettigede til at opsiges med sædvanligt Varsel. Men nu er Forholdet det, at vor Lovgivning kun i meget faa Tilfælde giver noget Svar paa saadanne i det daglige Liv interesserende Spørgsmaal. Retssætningen, som gjælder for Tilfældet, er i Almindelighed uskreven Ret. Vil man vide Besked om den — om hvorledes det foreliggende Tilfælde eventuelt vil blive afgjort af Domstolen — maa man søge Svaret i de juridiske videnskabelige Skrifter og i Retspraksis, og dette Svar bliver ofte usikkert.

Lad os sætte: man finder Svaret i *Praksis*. Det vil sige: jeg hitter i Domssamlingerne Afgjørelsen af et Retstilfælde, som jeg finder saa ensartet med det, hvis Løsning jeg søger, at jeg skjønner, at dette maa være undergivet samme Retsregel som hint. Mere vil man i Almindelighed ikke finde i Retsafgjørelserne; de afholde sig ordentligvis — og det med Føje — fra direkte at udtale almindelige Retssætninger. Hjælper nu dette Fund af en eller flere tidligere Retsafgjørelser til paalidelig Oplysning? Nej, Paalideligheden er tvivlsom. For det første er det muligt, at Domstolene eventuelt ikke ville tiltræde min Opfattelse af, at mit Tilfælde er saa ensartet med det tidligere afgjorte, at det bør være samme Retsregel undergivet. Netop paa Grund af den kasuistiske Karakter, som Domsafgjørelserne have, ligger denne Eventualitet ikke saa meget fjærnt. Og dernæst: ganske vist er der Sandsynlighed for, at Domstolene, dersom de finde, at mit Tilfælde er ganske ligt med det tidligere paakjendte, ville have samme Mening som før og afgjøre mit Tilfælde som det tidligere paadømte. Men sikkert er dette ikke. Er det kun en Overretsdom, jeg har fundet, er det, selv om Overretten fastholder sin tidligere Anskuelse, ikke sagt, at Højesteret mener det samme. De ville alle fra Aviserne kjende den ikke usædvanlige Vending efter Referatet af en Overretsdom »Højesteret kom imidlertid til det modsatte Resultat«. Dette er ganske vist ikke altid, men dog ret ofte, Udtrykket for, at Højesteret har en anden Retsanskuelse end Overretten. Sikrere staar Sagen, naar man har en ældre Højesteretsdom for sig. Men heller ikke her er man sikker. Det forekommer, at Højesteret — og det med fuld Føje — gaar imod sine ældre Afgjørelser.

Er der saaledes Usikkerhed tilstede, selv hvor man finder Præjudikater, bliver Usikkerheden endnu større, naar man *hverken finder Svar i Lovgivningen eller i Praksis*. Man er da udelukkende henvist til de videnskabelige Arbejders Fremstilling og til sin egen Retsfølelse. At nu den videnskabelige Fremstillings Løsning vil finde Domstolenes Billigelse, er ganske vist i mange Tilfælde meget sandsynligt; det gjenbidige Samarbejde mellem Teori og Praksis har — siden Ørsteds Tid — i det Hele været godt her i Landet. Men Domstolene ville dog aldrig tage Videnskabens Afgjørelse uden en Prøvelse, og denne Prøvelse vil

— med Rette eller Urette — ikke sjældent føre til, at Domsafgjørelsen bliver en anden end den teoretiske Videnskabs. Endnu skal jeg tilføje, at det ikke sjældent vil forekomme, at Videnskaben giver *forskjellige Løsninger* af samme Spørgsmaal eller indtil videre har set sig ude af Stand til at give en Løsning, ligesom der ogsaa ret jævnligt i Praksis findes forskellige Løsninger af samme Spørgsmaal. Her staar den, der ønsker at vide Besked, ganske hjælpeløs.

Denne, den uskrevne Norms Ukjendelighed, hvis Ulemper jeg nu har paavist, er en fra den uadskillelig Egenskab. Den uskrevne Norm, 3: den med Forholdets Natur stemmende Norm uden Lovsform, er, netop fordi den savner Lovsform, for den Enkelte kun kjendelig gjen-nem hans egen Retsfølelse, og denne kan, som tidligere omtalt, være hildet af Momenter, der hindre Normens rette Erkjendelse. Dette kan være Tilfældet hos Dommere og andre Jurister, men naturligvis vil det endnu hyppigere og i større Omfang forekomme hos Lægfolk. Den Ene vil anse een Retsregel, den Anden en anden for den med Forholdets Natur stemmende. Idet den uskrevne Ret savner Lovsform, bliver den, *subjektivt* set, ubestemt. Og hertil kommer, at den uskrevne Ret ofte tillige lider af *objektiv* Ubestemthed. Paa mange Omraader vil en Retsregel være lige saa god som en anden, stemme lige saa godt med Forholdets Natur som en anden, eller — hvad der praktisk er det samme — selv det fordomsfrie, uhildede Skjøn vil være i Tvivl, om den ene Regel skal foretrækkes for den anden eller omvendt. Og samtidigt kan der paa saadanne Omraader være Trang til forud sikkert at vide, hvilken Regel der gjælder. Om man for det Tilfælde, at Forfaldsdagen for en Lejeafgift, der f. Eks. efter Lejekontrakten skal betales den første i hver Maaned, falder paa en Søndag, vil lade den Regel gjælde, at Lejen skal betales allerede om Lørdagen, eller den, at Lejen først skal betales om Mandagen, kan være temmelig ligegyldigt, men det kan være af største Vigtighed for Lejeren — Lejekontrakten indeholder maaske den Bestemmelse, at han kan udsættes af Lejligheden, dersom han ikke betaler Leje nøjagtigt paa Forfaldsdagen — at vide, om det Ene eller det Andet er gjældende Ret. I mange Tilfælde trænger Retslivet til faste Tidsbestemmelser f. Eks. for Opsigelsesvarsel; om det er lidt kortere eller længere, kan være ligegyldigt, naar man blot ved, hvad

man har at rette sig efter. I saadanne Tilfælde er det særligt klart, at den uskrevne Ret er utilfredsstillende, og at Lovsformen med dens skarpe Valg imellem de forskellige fornuftige Alternativer er fornøden. Men ogsaa paa saadanne Omraader mangler der i vidt Omfang Lovbestemmelser i dansk Ret.

Jeg hævder altsaa, at der trænges her i Landet til en Kodifikation af den borgerlige Ret, særlig af Formueretten, fordi vor Privatret for Størstedelen bestaar af uskreven Ret og saaledes savner Kjendelighed og Bestemthed. Ganske vist kan en Kodifikation ikke hæve al Uklarhed. Den bør langtfra tilstræbe udtømmende at fastsætte Retten i Lovsform eller at give Lovregler for alle tænkelige Tilfælde; i den Retning gaar den nye tyske Lovbog af 1896 afskrækkende vidt. Men en Kodifikation kan hjælpe et betydeligt Skridt fremad til Fjernelse af skadelig Retsuvished i de praktisk vigtigste Tilfælde. Dette Motiv — Sikkerhedsmotivet — har skabt en af de følgevigtigste Kodifikationer, som Retshistorien kjender, de tolv Tavlens Lovgivning i Rom. Det var Sikkerhedshensynet, som bar den kroniske Kodifikation, der fandt Sted gennem Prætors Edikt, som udstedtes »for at Borgerne kunne vide, hvad der vilde blive kjendt for Ret og forud kunne indrette sig derefter.« Det var samme Motiv, som efter Afslutningen af den prætoriske Kodifikations Tidsrum affødte de romerske Citérlove og tilsidst Justinians *Corpus juris*. Ogsaa for nyere Tiders Kodikationer har dette Motiv været medvirkende.

II.

Kodifikation nødvendig af Hensyn til vor Rets materielle Udvikling.

Men det er ikke Kodifikationens eneste Formaål at give Klarhed over Retstilstanden. Efter min Opfattelse udkræves en ny »Danske Lov« ogsaa af Hensyn til vor Rets materielle Udvikling.

Jeg er forberedt paa, at denne min Opfattelse kan møde adskillig Modstand, navnlig mellem Jurister. Det gaar jo godt, som det gaar, siger man. Tilstanden er jo den, at Domstolene have saa at sige fuld Frihed, uhindrede af positive Love, til at afgjøre de dem forelagte Tilfælde, saaledes som deres Natur kræver det. Resultatet udviser, at

de ogsaa have Evne hertil; i det Hele og Store stemme vore Domsafgjørelser fortræffeligt med den almindelige Retsbevidsthed. Naar man saaledes i Virkeligheden overlader den private Rets Udvikling til Domstolene, støttede af Retsvidenskaben, følger man netop den rette Vej. Paa denne Maade holde Retsnormerne Skridt med Livets Udvikling. En Kodifikation derimod stivner Retten, fæstner den ubevægeligt om et enkelt Tidspunkts Livsforhold. Saaledes ville Mange tænke, og med Tanker som disse ere Kodifikationsforsøg ofte blevne angrebne og hæmmede. Med en saadan Tankegang dæmmede *Savigny* i Aarhundredets Begyndelse op imod Bestræbelserne for en tysk Lovbog, idet han forøvrigt tillige stærkt betonedede den daværende tyske Retsvidenskabs Mangel paa Evne til at løse Kodifikationsopgaven.

Der er utvivlsomt meget sandt i denne Tankegang, men Sandheden er — selv bortset fra det tidligere omtalte Sikkerhedshensyn — kun relativ. Rigtigt er det, at der kræves lange, stille Perioder, i hvilke Retten er overladt til Selvudvikling gennem de traditionelt herskende Faktorer uden væsentlige Indgreb fra Lovgivningsmagts Side. Men med Mellemrum, under visse Forudsætninger, som ville gjentage sig med Mellemrum, trænger Retsudviklingen til Udrensning og Anvisning af nye Baner gennem en Kodifikation, og disse Forudsætninger foreligge sikkert nu her i Landet.

Vor nugældende borgerlige Ret, baade Lovgivningen og den gennem Praksis uddannede, *trænger* utvivlsomt *til Forandring*. Der findes i den gjældende Ret Normer, som for Nutidens Opfattelse ere rene Urimeligheder. At man ikke er pligtig at betale Gjæld, som man har stiftet i Umyndighedstilstand, selv om man efterat være bleven fuldmyndig har lovet at betale den, er en sort Plet i vor Lovgivning, men værre er det f. Eks., at der endnu gives Tilfælde, hvor man ifølge Loven ved Dom tvinges til at indgaa Ægteskab. Jeg skal dog ikke dvæle ved saadanne Urimeligheder. Selv bortset fra dem er der Trang til mange Retsforandringer. Paa Formuerettens Omraade har der saaledes med Føje været Krav fremme paa Regler om korte Forældelsesfrister for adskillige Fordringsrettigheder og om Erstatning for Tilføjelse af sjælelige Lidelser og anden immateriel Skade. Og overhovedet er vor Formueretsordning i sine Grundtræk noget for individualistisk; Tidsforhol-

dene kræve en liden Forskydning i denne med større Hensynstagen til Samfundsinteresser og til de Svage og Smaa i Samfundet (forøget Værn imod Udbytning af Uerfarenhed og Letsindighed, udvidet Beskyttelse for Erhvervelse i god Tro osv.).

Men Retsforandringer kunne *Videnskab* og *Praksis* ikke paa egen Haand tilstrækkeligt besørge. Ganske vist vil *Praksis* undertiden overfor ældre Love, som stride altfor stærkt mod Nutidens Retsbevidsthed, ikke betænke sig paa at vælge »Fortolkninger«, som i Virkeligheden ere en Ophævelse eller Forandring af Loven. Men kun undtagelsesvis og tøvende vover Retsanvendelsen sig til saadanne Skridt, som da ogsaa ligge udenfor dens naturlige Opgave. Til Opgjør med ældre ubrugelig Lovgivning er ny Lovgivning fornøden. Og heller ikke de af Tidsforholdene udkrævede Forandringer i den hidtil anvendte uskrevene Ret vil *Praksis* vise sig fuldt egnet til at besørge. Man siger nok, at *Praksis*, idet den anvender den med Forholdets Natur stemmende Norm, netop holder Skridt med Livets Udvikling. Dette er rigtigt nok, saa vidt det gjælder en nærmere Udbytning og Bearbejdelse af Grundsætninger, der ere fastslaaede i Lovgivningen eller nedarvede gennem Tiderne. Men udover dette er *Praksis* meget langsom i sin Produktion. Retsanvendelsen er yderlig konservativ, den har overvejende Tilbøjelighed til at holde sig til de fra Fædrene nedarvede og af disse prøvede Retsgrundsætninger og til at blive i de gamle Spor. Resultatet vil, naar Lovgivningen i længere Tid har holdt sig tilbage, kunne blive det, at Livet i flere Retninger er løbet fra *Praksis*. Nye Livsforhold, som kræve Fravigelser fra de hidtil anerkjendte Retsgrundsætninger, ere komne op, og *Praksis* afgjør dem fremdeles efter de traditionelle Grundsætninger. Særligt ligger denne Fare nær i et lille Land med begrænset Erfaringsomraade, og særligt ligger den nær i Tider med hurtig Udvikling. Et Symptom paa denne Tilstand vil det f. Eks. være, at der viser sig en voksende Tilbøjelighed til at unddrage visse Forhold, som kræve ny Ret, fra Domstolenes Afgjørelse og at henlægge dem under Voldgift. I saadanne Situationer kan Retsudviklingen ikke overlades til sig selv. Lovgivning, grundet paa sag- og fagkyndige Mænds Erfaringer, maa gribe ind for i Omrids at tegne de nye Synspunkter, som *Praksis* da

atter, tvungen ind paa nye Baner, med friske Impulser kan udarbejde videre.

Men Indgreb fra Lovgivningsmagtens Side ere nødvendige ikke alene af den Grund, at Praxis ikke fyldestgørende kan besørge Retsforandringer. Ogsaa af en anden Grund bliver det farligt for Retsudviklingens Sundhed at overlade denne til Praxis gennem for lange Tidsrum. Retslivet trænger i vidt Omfang for visse Grupper af Retstilfælde til sikre Gjennemsnitsregler, som maa anvendes paa ethvert under Gruppen henhørende Tilfælde, uanset at de i det enkelte Tilfælde ramme ubilligt : paa en Maade, som strider imod den etiske Dom over det enkelte Tilfælde isoleret betragtet. Som Eksempel skal jeg nævne Umyndighedslovgivningen. Den almindelige Opfattelse vil være paa det Rene med, at Retsnormen »Kontrakter ere forpligtende« ikke bør gjælde for Barnet, for den paa Grund af Alder umodne. Men hvor skal man i saa Henseende sætte Grænsen? Den almindelige Opfattelse vil finde det naturligt, at Grænsen bestemmes efter den Enkeltes Udvikling. Men Lovgivningen har her forlængst fastslaaet visse Aldersgrænser, saa at det udelukkende kommer an paa dem. Den, som har opnaaet Myndighedsalderen, er bunden ved sine Kontrakter, selv om han er saa umoden, som i Almindelighed kun Personer under Myndighedsalderen ere det. Og den, som ikke har naaet Myndighedsalderen, er ikke bunden ved sine Kontrakter, selv om han, ifølge tidlig Udvikling, har opnaaet Mandsmodenhed. Saadanne faste Myndighedsregler ere fornødne for Retssikkerhedens Skyld, Erfaringen har vist, at Retslivet som Helhed vilde lide under den Usikkerhed, der følger med at lægge Vægten paa den individuelle Modenhed, som er saa vanskelig at bedømme. Paa lignende Maade, af mange forskellige Grunde, forholder det sig paa mange andre Omraader saa, at der trænges til en Gjennemsnitsregel, og dette vil jo sige, at visse Momenter ved de paagældende Livsforhold, som ville være medbestemmende for den etiske Dom, skulle lades ude af Betragtning ved Retsafgjørelsen. Men til denne Elimination vil Retsanvendelsen, naar den ikke er bunden af en bestemt Lovudtalelse, være noget for utilbøjelig. I Praxis vil der være overvejende Tendens til at træffe Retsafgjørelsen saa konform som muligt med den etiske Dom, til altid at afgjøre det enkelte foreliggende Tilfælde under Hen-

synstagen til alle dets individuelle Ejendommeligheder, til ikke at være ubillig. Under det stærke levende Indtryk af det foreliggende Tilfælde, som nu skal afgjøres, svækkes Blikket for de Hensyn, som kræve Gjennemsnittsreglen og dens ubarmhjertige Gjennemførelse. Der vil være Tendens til Afgjørelse efter Billighed istedetfor Afgjørelse efter Ret, vor Retspraksis opviser i Tidernes Løb adskillige Eksempler herpaa. Ganske anderledes rustet til at finde den rette Gjennemsnittsregel er Lovgiveren, som uden at være særligt optagen af noget enkelt Tilfælde, opererer paa en Gang med hele Erfaringens Masse af Retstilfælde.

Kodifikation fremfor spredt Lovgivning.

Jeg har nu oplyst, at Indgreb fra Lovgivningen ere nødvendige for den materielle Retsudvikling, og at man ikke ustraffet overlader den til Videnskab og Praksis alene gennem for lange Tidsrum. Men — kunde man sige — dette beviser ikke Nødvendigheden af en Kodifikation af en ny borgerlig Lovbog. Man kunde jo ordne Sagen ved successive, spredte Love.

Ja, naturligvis kunde der hjælpes paa meget ved successive Enkeltlove, og paa visse Omraader kan det være naturligt at begynde med — at forberede en Kodifikation med — Enkeltlove. Men der trænges jo ikke blot til enkelte Retsændringer. Folket har et naturligt Krav paa, at dets borgerlige Ret som Helhed staar tegnet for det i sikre, klare Grundlinier, og dem kan kun en ny almindelig Lovbog drage. Og selv om man kun tænker paa den anden Side af Sagen, Trangen til materielle Retsændringer, vil Maalet ikke kunne naas gennem en Række Enkeltlove. Kun en almindelig Lovbog, der træder i Stedet for Chr. V.s Lov, kan give den Harmoni i Helheden, som Retsfølelsen med Styrke kræver. Og spredte Love ville, saalænge de staa ved Siden af den fremdeles gjældende gamle Lovbog, ikke faa tilstrækkelig Betydning. Retsanvendelsen vil være utilbøjelig til, forsaavidt den nye Lov indeholder Afvigelser fra Landsloven og fra den hidtil anerkjendte almindelige Rets Grundsætninger, at opfatte dem som Undtagelsesbestemmelser, som fremmede Elementer paa Retslegemet, og vil derfor ikke tilstrækkeligt udnytte deres nye Tanker. Med vor forældede Landslov

som fremdeles gjældende Ret fare vi som med Lig i Lasten. Paa mange Punkter ere dens Bestemmelser saa stødende imod Nutidens Tarv, at de ikke kunne gennemføres uden meget grove Krænkelser af Retsfølelsen. Retsanvendelsen vil da være stærkt opfordret til at bryde med dem, men dette Brud kan kun ske gennem ret betænkelige Fortolkningskunster. Jeg skal her blot minde Jurister om Retsanvendelsens Stilling overfor Bestemmelserne i D. L. 5—14—4, at alle Gjældsbreve, der ere ældre end 20 Aar, skulle være magtesløse. Konflikten mellem den bestaaende forældede Landslov og Retslivets Tarv kan være saa skarp, at »Fortolkningskunster« blive nødvendige, men de ere i sig skadelige for Jurisprudensens Anseelse og demoraliserende, idet de friste ind paa Fortolkningskunster ogsaa overfor yngre brugelige Love, som man ikke synes om. Til alt dette kommer, at en ny borgerlig Lovbog vil være lettere at gennemføre end en Række Enkeltlove. Hver enkelt af disse maa gaa sin egen besværlige og langsomme Gang gennem de mange Tilblivelsens Stadier, maaske kun for at strande undervejs. Men naar først et Forslag til en ny dansk Lovbog er udarbejdet med Benyttelse af al den bedste Sagkyndighed i de forskjellige Anliggender, under Samarbejde af de dygtigste Kræfter fra de forskjellige Retninger, saa at disse allerede paa dette Stadium faa Adgang til at gjøre deres Indflydelse gjældende, vil det næppe være vanskeligt at føre det gennem Rigsdagens Thing. Et saadant Arbejdsresultat vil man ikke lade gaa tilspilde; overfor Opgavens Storhed vil man ikke strides om Smaating. Og Reformens Gjennemførelse vil jo ikke koste Penge. For at undgaa Misforstaaelse skal jeg endnu betone, at hvad jeg har sagt imod spredte Enkeltlove, ikke rammer Sagens Ordning ved *delvise Kodifikationer*. Der vilde f. Eks. næppe kunne rejses afgjørende Indvendinger mod en særlig Kodifikation af Formueretten.

Jeg har kun dvælet ved de vægtigste Motiver for en Kodifikation; der er ogsaa andre tilstede. Mere og mere tiltage de *internationale privatretlige Forbindelser*, og dermed vokser Trangen til ensartet Ret for de forskjellige Folk. En Kodifikation vilde da ogsaa have den Opgave at virke for Rettens *Universalitet*, idet den paa Omraader, hvor det efter danske Forhold, isoleret betragtede, er mindre magtpaaliggende, om man antager den ene eller anden Retsnorm, vælger det Alternativ,

som stemmer bedst med almindelig Ret i fremmede Lande. Ogsaa for *Retsstudiet*, som under Manglen af skreven Ret besværes med vidtløftig Kasuistik og forvirres ved de Fortolkningskunster, der nødvendigvis udfolde sig overfor forældede Love, vilde en ny Lovbog være en Velgjerning. Men dette er jo dog kun af underordnet Betydning.

Jeg mener altsaa, at en ny »Danske Lov« hører til de Opgaver, som det 20de Aarhundrede i sin Begyndelse bør søge at løse. Trangen er tilstede; allerede i Chr. VI's og Fr. V's Tider var man jo betænkt paa en Revision af Landsloven. Og jo længere Tiden gaar, desmere paa kræves den nye Lovbog af Hensyn til Retsudviklingens Sundhed. Jeg tvivler ikke om, at man jo vil kunne magte Opgaven. Et vældigt Materiale, der ogsaa vil kunne benyttes af os, foreligger i Forarbejderne til den nye tyske borgerlige Lovbog af 18de Juni 1896, som med sine 2385 Paragrafer træder i Kraft den 1ste Januar 1900. Ogsaa selve denne Lov — der bl. a. er mærkelig derved, at den for store Territoriers (ca. 17 Millioner Mennesker) Vedkommende afløser Justinians *Corpus juris* som gjældende Lovbog — vil kunne lære os adskilligt ved vort Kodifikationsarbejde, om den end vil skræmme os ved sin Form og i mange Maader forekommer os doktrinær.

Jeg ser nok, at Opgaven egentlig bør stilles højere, og at *en nordisk Lovbog burde være Maalet*. En for alle skandinaviske Riger fælles, ved forenede danske, norske og svenske Kræfter skabt Lovbog vilde sikrere og kraftigere give de ejendommelige, nordiske Retstanker Udtryk. En nordisk Lovbog vilde staa med en Autoritet, som den danske, norske og svenske hver for sig vilde savne, og vilde i Forbindelse med en dertil knyttet, fælles skandinavisk Retsvidenskab magte den skandinaviske Rets Mission i den almindelige borgerlige Rets Udvikling som Mægleren mellem den romanistisk-tyske Ret og den engelsk-amerikanske Ret. Skulde denne Vej vise sig farbar, bør den følges.

Retsvidenskabens Opgaver overfor Retsordenens Bevægelser

Tale ved Universitetets Fest den 18de April 1905 i Anledning af
Kongens Fødselsdag

(Berlingske Tidende Lordag Aften den 15de April 1905)

Retsvidenskabens Gjenstand kan betegnes som Retsordenen, Indbegrebet af Retsnormerne. Mellem de mangfoldige Arter af Leveregler, som beherske Menneskelivet, de religiøse, etiske, moralske, Anstandsregler, eller hvordan man nu vil kalde dem, findes en Klasse, hvis Særegenhed er den, at Normens Efterlevelse haandhæves ved ydre, statsmæssig Magtanvendelse, idet Staten selv gennem sine dertil indrettede Organer fremtvinger Efterlevelsen eller bemyndiger de enkelte Private til selv at anvende Tvangsmidler i dette Øjemed. Sætningen f. Eks., at formueretlige Aftaler bør holdes, er en Retsnorm, d. v. s. den, der ikke holder sin Aftale, tvinges til at efterkomme den. »Du maa ikke ihjelslaa« er en Retsnorm, d. v. s. Manddraberen straffes, og den, der angribes paa Livet, er af Statsmagten bemyndiget til at tvinge Angriberen bort fra Angrebet. Erfaringsmæssigt har det vist sig, at Udstyrelsen af visse menneskelige Leveregler med saadan Magtevine har været og er fornøden til at skabe og vedligeholde den for Livsnydelsen og Livsudviklingen i det Hele nødvendige Orden og Tryghed. De saaledes udstyrede Normer betegnes altsaa som Retsnormer, det Formaal, som tilstræbes ved at give dem Magtevinen, betegnes som Retsformaalet, deres Indbegreb som Retsordenen. Levereglerne for Menneskelivet i Almindelighed, saaledes som de maa opstilles, bortset fra Retsformaalet, betegner jeg i deres Modsætning til Retsnormerne for Kortheds Skyld som de etiske.

Kaste vi et Blik over de skiftende Tider, ses det, at Retsordenen er i en stadig Bevægelse. Vi se, at gamle Retsnormer dø og at nye fødes. Og navnlig se vi, at Retsnormer, som have levet fra Arilds Tid til nu, og hvis Afdøen vi ikke kunne tænke os som nogen praktisk Mulighed, stadigt forandres. At nu denne Bevægelse ialtfald for den væsentligste Del ledes af en bevidst derpaa rettet menneskelig Virksomhed, er givet. Det er Retsvidenskabens Opgaver i dette Arbejde, som jeg her vilde forsøge at give en Fremstilling af.

Jeg mener bedst at kunne give denne Fremstilling ved at tegne et Omrids af Retsordenens skiftende Indhold, sammenlignet med og navnlig i dets Modsætningsforhold til Indbegrebet af de etiske Normer. Sammenligningen forudsætter ofte en Abstraktion, som ikke altid er let at foretage. Sammenligningens ene Led — Modsætningen til Retsnormerne — skulde være de Leveregler, der findes rigtige og formaals-tjenlige for Menneskelivet, bortset fra Retsformaalet med dets paa Tilvejebringelse af visse ydre Tilstande rettede Tvang. Men Forestillingen om Retsformaalets Værdi, og om hvad deraf følger, er i sine store Omrids indgroet saaledes i den almindelige Bevidsthed, at Sondringen paa mange Punkter forudsætter en Klarhed i og Anstrengelse af Tanken, som ikke er Hvermands Sag. Herpaa kommer det imidlertid ikke an. I store Træk og forsaavidt det udkræves for mit Emne, vil Abstraktionen nok kunne magtes, ogsaa af den, som ikke er Fagmand, hverken i Etik eller i Retslære.

Jeg tænker mig nu, at man giver en Lægmand — d. v. s. en Ikke-Jurist — i Haanden en Nutidens Retsbog — en Lovbog eller, hvis vi ikke have en Lovbog, saa en juridisk Forfatters Fremstilling af de gjældende Retssætninger — og at han sammenligner dens Indhold med de almenanerkendte etiske Leveregler, der ere Hvermands Eje.

Det første Indtryk af Uoverensstemmelse vil da nok være det, at det kun er en ringe Brøkdel af de etiske Normer, som gjenfindes i Retsbogen. Tage vi f. Eks. de etiske Grundsætninger, som findes indeholdte i de ti Mose-Bud, bliver det kun en ringe Del af dem, som gjenfindes i Retsbogen. Det ses straks, at Retsomraadet er langt snævrere end de etiske Reglers; Flertallet af disse er unddraget fra Rettens Tvang og overladt til fri Efterlevelse. I Almindelighed vil nu Grunden

til, at saa mange etiske Normer ikke gjenfindes i Retsbogen, være selvindlysende for Lægmanden, idet han er klar paa, at deres Gjennemførelse ved Magt — hvordan saa end Tvangen tænkes indrettet — vilde være umulig eller sætte større Værdier paa Spil end dem, der kunde indvindes ved Tvangsanvendelse, f. Eks. Tvangsgjennemførelse af Venkabets Pligter, Tvang overfor Aandslivets forskellige Rørelser. Men undertiden vil dog Iagttagelsen af Uoverensstemmelsen fremkalde en vis Mishagsfølelse hos Lægmanden eller være ham uforstaaelig. Han savner i Retsbogen en almenanerkjendt etisk Norm, der forekommer ham ypperlig egnet til gavnlig Tvangsgjennemførelse. Han finder f. Eks., at der savnes et tilstrækkeligt vidt Forbud mod Aager. Det vil da ofte være Retsvidenskabens alene, som kan give ham et tilfredsstillende Svar, idet den oplyser, at Tvangsgjennemførelsen af denne Norm ifølge Retslivets Erfaringer har vist sig umulig eller vanskelig og mislig.

Medens Lægmandens første Indtryk af Uoverensstemmelse mellem de etiske Normer og Retsbogen saaledes venteligt var det, at han i Retsbogen savnede et stort Antal af etiske Normer, bliver et andet Indtryk af Uoverensstemmelsen vel dette, at han i Retsbogen finder nye, ukjendte Normer, som hans etiske Bevidsthed ikke vedkjender sig. Endnu oftere end paa det første Uoverensstemmelsespunkt vil Lægmanden her savne Forstaaelsen, f. Eks. overfor adskillige af de saakaldte Politiforskrifter, eller f. Eks. maaske overfor Straffebestemmelserne for Løsgænger og Betleri. Og det vil da ofte alene være Retsvidenskabens, der kan give ham den fyldestgørende Besvarelse, idet den oplyser, at sligt Retsbud, der kunde tage sig ud som et vilkaarligt unødvendigt Magtbud, er fornødent netop til Opretholdelse af en eller anden af de almenanerkjendte etiske Normer som dennes Forpost. Vi have f. Eks. i D. L. (3—19—2) et Lovbud, som paalægger Principalen Ansvar for den Skade, som hans Folk i deres Hvervs Udførelse ved Forseelse tilføje andre, selv om Principalen er ganske uskyldig heri. Mange ville finde denne Bestemmelse uretfærdig. Man vil finde det selvfølgelig, at Principalen er ansvarlig, naar han har benyttet Folk, hvis Upaalidelighed var ham bekjendt, eller naar han paa anden Maade er skyldig i en Forseelse, men at han skal være ansvarlig, naar intet kan bebrejdes ham, ville Mange finde stødende. Sagen er bl. a. den, at Retslivets Er-

faring har vist, at man ikke vil kunne naa at ramme den forsømmelige Principal med Ansvar, medmindre Retsregelen gjøres saa vid, at den omfatter ogsaa den uskyldige Principal, thi det har vist sig at være altfor let for Principalen, hvor han er i Brøde, at fremskaffe tilsyneladende Bevis for, at intet kan bebrejdes ham, f. Eks. for, at han ikke kjendte noget til sin Undergivnes Upaalidelighed.

I det Hele og Store vil Forholdet dog være det, at Lægmanden i Retsbogen gjenfinder netop en Underafdeling af de etiske Normer, som han vedkjender sig, i deres Hovedtræk. Men atter her møder han dog en mærkelig gennemgribende Uoverensstemmelse. Sine etiske Normer vil Lægmanden gjenfinde i Retsbogen i en ejendommelig omdannet Skikkelse. Den etiske Regel, at kun den, som har naaet en vis Grad af Modenhed, skal holde sine formueretlige Aftaler, vil han i Retsbogen finde omdannet saaledes, at det kommer an paa en bestemt Aldersgrænses Opnaaelse. Den etiske Norm, at de Statsborgere, som forstaa, hvad de stemme om, bør have Indflydelse paa Statens og Kommunens Styrelse, er ligeledes omformet i Retsbogen saaledes, at det kommer an paa en bestemt Alders Opnaaelse. Ofte vil denne Omdannelse foreligge saaledes, at en etisk Gjennemsnitsnorm i Retsbogen findes optaget som absolut uden at aabne Plads for de Undtagelser, som den etiske Opfattelse, bortset fra Retsformaalet, vil fastholde. Atter her er det Retsvidenskaben, som giver Forklaringen af Uoverensstemmelsen, idet den oplyser, at Omdannelsen ifølge Retslivets Erfaring er nødvendig af Praktikabilitetshensyn. Naar en etisk Norm skal gennemføres ved ydre Magtmidler, maa den — siger Retsvidenskaben ud af Retslivets Erfaring — omdannes saaledes, at dens Rækkevidde bestemmes ved nogenlunde paalideligt bevislige Kjendetegn. Al Retsanvendelse eller Tvang til Normers Gjennemførelse afhænger jo af Bevis for de Kjendsgjæringer, som betinge Normens Anvendelse. Gjør man den etiske Norm til Retsnorm uden at knytte dens Anvendelse som saadan til Kjendsgjæringer, der gjennemsnitligt paalideligt lade sig konstatere, forsynder man sig aabenbart mod Retsformaalet. Det vil da bero paa Tilfældigheder, der ofte ville tage sig ud som Vilkaarligheder, om Retsnormen kommer til Anvendelse i de Tilfælde, hvor den passer, eller ikke. Og Retsnormen vil følgelig ikke være egnet til

at skabe den Tryghed og Orden, der skulde være dens Formaal. Den vil tværtimod fremkalde Følelse af Uligelighed i Retsanvendelsen. Og Retslivets Erfaring har vist, at ingen Følelse er saa farlig for den gode Orden, der er Retsordenens Formaal, som Følelsen af Ulighed overfor Loven og af Uligelighed i dens Anvendelse. Overfor daarlige Love, som dog have den Egenskab at stille Alle ens, og som kunne anvendes og virkelig anvendes saaledes, at Alle behandles ens, har Taalmodigheden vist sig stor. Men Forestillingen om Uligelighed i Lovens Anvendelse avler hurtigt Bitterhed, Uro og Eksplosioner. Altsammen Retsformaalets Modsætninger.

Til en Forandring tænker jeg mig saa Lægmanden med en ældre Retsbog i Haanden, f. Eks. en Oversigt over den romerske Ret eller en Fremstilling af Retsnormerne, som de vare her i Landet paa Christian den Femtes Lovs Tid. Forskjel fra Nutidens Retsbog vil i mange Henseender være iøjnefaldende. Mange af Datidens Retsnormer findes slet ikke i Nutidens Retsbog, de ere ikke længer Retsnormer. Dette kan bero paa en Forandring af den etiske Opfattelse. Man vedkjender sig ikke længere den Fortidens etiske Norm, hvis Efterlevelse Retsnormen tilsigtede at virkeliggjøre, eller man finder nu, at dens Tvangsgjennemførelse — hvorledes end Tvangen maatte være indrettet — er uetisk. Af saadan Grund findes f. Eks. Slaveriinstitutionen ikke i de civiliserede Landes Nutidslovgivning. Af saadanne Grunde er Straffen i Christian den Femtes Lov — det var Livsstraf — for Munke, Jesuiter og deslige papistiske Personer, som her i Landet lade sig finde, bortfalden; ligesaa Straffen — det var Fredløshed — for at huse og herberge saadanne Personer. Al Straf for Frafald fra den rette Tro er bortfalden. Selv mellem et Trossamfunds oprigtigste Tilhængere er man nu paa det Rene med, at Tvang til Tro er en Umulighed og fremtvungen Trosbekendelse værdiløs. Torturen, d. v. s. Tvang mod Mistænkte for at tvinge dem til at tilstaa, hvis de ere skyldige, er bortfalden. Eftergaar man saadanne forsvundne Retsnormers Historie, vil det ses, at der forud for deres Ophævelse ofte gaar voldsomme Kampe, og Fred og Orden var ikke at finde, før Retsnormen var forsvunden.

Men det er ikke blot en etisk Modstand, som fælder Retsnormer. Ofte vil Grunden til en Retsnorms Forsvinden alene skyldes Retslivets Er-

faring, som har godtgjort, at Normen ikke lader sig gennemføre ved Tvang, eller at Tvangsanvendelsen afføder større Ulemper end Fordele. For saadanne Betragtninger ere f. Eks. adskillige af Fortidens Aagerforbud faldne. Sammenligningen mellem denne Gruppe og den foregaaende, hvor Retsnormen faldt for den etiske Modstand, er naturligvis ikke skarp; til Dannelsen af den Opinion f. Eks., som fældede Torturen, medvirkede Retsvidenskaben ved sine Oplysninger om de fremtvungne Tilstaaelsers erfaringsmæssige Upaalidelighed.

Paa den anden Side findes der i Nutidens Retsbog Normer, som ikke fandtes i de ældre. Dette kan komme deraf, at den nyere Tid vedkender sig etiske Normer, som Fortiden ikke vedkjendte sig. Og det kan komme deraf, at den mere udviklede Naturerkjendelse har oplyst om, at nedarvede etiske Normer finde Anvendelse paa Omraader, som man tidligere ikke ansaa for omfattede af dem. Da Berberisbuskens Farlighed for Agerbruget var konstateret, optoges Forbud mod Dyrkning af Berberis mellem de i Hensynet til Naboejendomme grundede Retsforbud. Men i Almindelighed vil Grunden til nye Retsnormers Optagelse være den, at etiske Normer nu trænge til en Tvangsgjennemførelse, som tidligere ikke behøvedes, eller at der nu findes Tvangsmidler til etiske Normers Gjennemførelse, som ikke tidligere stod til Raadighed. Oplysende ere i saa Henseende Fortidens patriarkalske Pligter, der i det Hele saa nogenlunde opfyldtes, uden at nogen Tvang var nødvendig. Efterhaanden slappes dette Forhold. Den store Arbejdsgiver f. Eks. finder sig efterhaanden ikke i samme Omfang som før opfordret til frivilligt at sørge for Arbejdere, der komme til Skade i hans Tjeneste. Paa den anden Side foretrækker Arbejderen nu en mindre Ret for Udsigten til en større Naade. Og Nutidens Forhold aabne Plads for en Tvangsanvendelse, som tidligere var udelukket. Tidligere vilde Optagelse i Retsforpligtelsernes Kreds af Pligten til at forsørge tilskadekomne Arbejdere kunne udsætte Arbejdsgiveren for økonomisk Ruin. Efter Ulykkesforsikringens Opkomst kan Pligten paalægges ham, idet han kan sikre sig mod uoverskuelige Tab ved at forsikre sine Arbejdere, eller man kan paalægge ham som Pligt at forsikre sine Arbejdere.

Findes der end saaledes Normer i den yngre Retsbog, som ikke fin-

des i den ældre, og omvendt, vil Forholdet dog for Størstedelen være det, at netop de samme etiske Normer, der fandtes i den ældre Retsbøg, ogsaa findes i Nutidens. Men de se alligevel forskjelligt ud i de to Retsbøger. Tvangsmidlernes Beskaffenhed er skiftet, og ligeledes den i Praktikabilitetshensynet grundede Omdannelse af den etiske Norm. Denne Bevægelse kan skyldes en Forandring i den etiske Opfattelse; Forandring af Strafarter f. Eks. kan skyldes en almindelig Opfattelse, der forkaster den ældre Straffart uden noget Hensyn til dens mulige Formaalstjenlighed som Paavirkningsmiddel overfor Forbrydere. Men i Almindelighed vil Bevægelsen skyldes en af Retsvidenskaben ledet, paa Retslivets Erfaringer støttet Bestræbelse for at gjøre Gjenførelsen af den paagjældende etiske Norm mere fyldestgjørende.

Retsordenens skiftende Stilling til den etiske Sætning, at formueretlige Aftaler bør holdes, afgiver i denne Henseende et oplysende Eksempel. I gamle Lovbøger findes denne etiske Sætning almindeligt omformet saaledes, at kun de i visse foreskrevne Former indgaaede Aftaler bør holdes, f. Eks. Aftaler, indgaaede til Thinge eller under visse Ceremoniers Iagttagelse. Under Datidens mindre udviklede Procesindretning mener man ikke at kunne magte Beviset for, om det er kommet til endelig Aftale mellem Parterne, dersom de ikke have benyttet sig af en vis Fremgangsmaade, som netop er anvist dem til Benyttelse, naar de fra Samtalen og de indledende Forhandlinger ville gaa over til den endelige Aftale. Under mere udviklede Procesformer, efterat man har udfundet paalideligere Regler for Fremskaffelse af Bevis, og med finere uddannede Dommere, forsvinder denne Vanskelighed ved at kunne konstatere, om der forelaa en endelig Aftale. Ifølge denne Erfaring omdannes saa den ældre Regel, at kun de i de foreskrevne Former indgaaede Aftaler skulle holdes, til: endelige Aftaler ere forpligtende — altsaa en Tilnærmelse til den etiske Norm.

Men den etiske Sætning: Aftaler bør holdes, maa forstaas med mange Undtagelser. Man vil etisk (bortset fra Retsformalet) være paa det Rene med, at den, der af sin Medkontrahent er bleven tvunget eller ved Svig forlokket til at indgaa en Aftale, ikke kan være pligtig at holde den. Man vil maaske ogsaa mene, at den, som af en Fejltagelse er kommen til at træffe en Aftale, der ikke stemmer med, hvad han vilde

f. Eks. har begaaet en Fejlskrift ved Udfærdigelse af en Kontrakt, ikke kan være pligtig at efterkomme den. Og i vidt Omfang vil den almindelige Opfattelse finde det ubilligt, om man skal være pligtig at efterkomme Aftaler, der vilde give Medkontrahenter en ublu, illoyalt vunden Fordel. Hvorledes stille nu de skiftende Retsordener sig overfor disse etisk anerkjendte Undtagelser fra Hovedreglen, at Aftaler skulle holdes?

I ældre Retsforfatninger er der gennemgaaende Utilbøjelighed til at indrømme saadanne Undtagelser, hvis Anerkjendelse jo let vil forstyrre Sikkerheden i Samhandelen. Hvad fremtvungen Aftale angaar, kommer man hurtigt paa det Rene med, at Tvang er noget ydre haandgribeligt, som med tilstrækkelig Paalidelighed kan konstateres ved de Oplysningsmidler, der staa til Raadighed for Retsanvendelsen, og Retsnormen modtager den Begrænsning, at fremtvungne Aftaler ikke ere forbindende. Længere varer det, inden man i Almindelighed mener at kunne magte Afgjørelsen af, om en Aftale er fremkaldt ved Svig eller ikke, men efterhaanden som Procesindretningen forbedres, erkjendes det dog, at man ogsaa gennemsnitligt kan magte denne Opgave, og Aftaler, fremkaldte ved Svig, erklæres uforbindende. Overfor Spørgsmaalet, om en Aftale kan erkjendes ugyldig af den Grund, at der er talt eller skrevet fejl, altsaa paa Grund af Viljesmangel, stille Retsforfatningerne sig endnu den Dag idag paa forskjellig Maade. Her i Landet gaar den almindelige Opfattelse ud paa, at paalidelig Oplysning om dette indre sjælelige Moment ikke tilstrækkeligt kan magtes af *Civil*-processens Oplysningsmidler, og at Anerkjendelsen af Viljesmangel som Ugyldighedsgrund betænkeligt vilde true Sikkerheden i Samhandelen. Man tør følgelig ikke anerkjende Viljesmanglen for Aftaler, naar Medkontrahenten ikke kunde vide noget om, at der foreligger en saadan Mangel. I den romerske Ret og i de fleste Retsordener, som hvile paa romersk Grundlag, anerkjender man derimod Viljesmangel som Ugyldighedsgrund. Men i nogle af de Lande, hvis Lovgivning hviler paa romersk Ret, er man dog nu drejet af og mener, som hos os, at det vilde udsætte for alt for megen Utryghed, om man skulde kunne gaa fra sit Ord, fordi man har taget fejl. Og Retsformaalets Krav er her trængt saaledes ind i den almindelige Bevidsthed, at denne ikke møder med nogen Fordring paa denne Undtagelse fra Reglen om, at Af-

taler ere forpligtende, men tværtimod stemmer med Retsvidenskabens Opfattelse. Et godt gammelt dansk Ordsprog siger: En Mand er en Mand, et Ord er et Ord.

Overfor det etiske Krav endelig, at man ikke kan være pligtig at holde Aftaler, der vilde give den anden Part i Aftalen ublu, illoyalt vunden Fordel, staar Retsvidenskaben endnu prøvende og usikker. Man har navnlig prøvet sig frem med Aagerforbud mod at tage højere Renter end visse Procenter. Erfaringen har vist, at saadanne Forbud i mange Tilfælde lægge unødige og urimelige Baand paa Kontraktsfriheden. I mange Tilfælde vil den, der søger et Laan til et Foretagende, f. Eks. paa Grund af den hermed forbundne Risiko, ikke kunne faa det uden mod højere Rente og vil være vel tjent med at faa det for ret høje Renter, og der vil da ikke være noget illoyalt i, at den, der yder Laanet, betinger sig høje Renter. Paa den anden Side kan ublu Fordel søges opnaaet paa mangfoldige andre Maader end ved at tage høje Renter af Laan. Aagerforbud med Fastsættelse af et Rentemaksimum vise sig saaledes at være en højst ufuldkommen Gjennemførelse af og en betænkelig Omdannelse af den bag dem liggende Tanke. Den engelske Retspraksis viser vistnok her, som paa saa mange andre Punkter, den rette Vej, ved at erkjende undue influence, d. e. utilbørlig Benyttelse af Overlegenhed i Indsigt, økonomisk Evne, personlige Forhold osv. for Ugyldighedsgrund. Det synes herigennem erfaringsmæssigt godtgjort, at den Protest mod bindende Kraft for Aftaler, der give den anden Part ublu Fordel, kan tages til Følge af Retsordenen i den Skikkelse, at Aftaler erklæres for ugyldige, naar de vilde give den ene Part ublu Fordel og ere komne istand ved hans Benyttelse af den andens Nødstilstand eller andet Underlegenhedsforhold. Denne Vej har da ogsaa nu den tyske Lovgivning begyndt at betræde.

Vi se gennem hele dette Retvidenskabens Arbejde paa den nærmere Udformning af Retssætningen om formueretlige Aftalers forbindende Kraft Bestræbelsen for at tildanne den saaledes, at den uden at tabe sin praktiske Sikkerhed i Gjennemførelsen og uden at aabne Plads for Utryghed nærmer sig saa meget som muligt til de etiske Sætninger, som den søger at virkeliggjøre.

Naar jeg i denne Oversigt over Retsordenen og dens Bevægelser har sondret imellem gamle Retsnormers Død, nye Retsnormers Fødsel og

vedvarende Retsnormers Omdannelse, er der naturligvis heri noget vilkaarligt. Det, jeg har kaldt Omdannelse, kan ogsaa opfattes som Død og Fødsel, og det, jeg har betegnet som Død og Fødsel, kunde ogsaa opfattes som Omdannelse af en bredere Retsregel. Men til en Oversigt har jeg dog fundet Grupperingen hensigtsmæssig.

Hvad har saa gennem denne Oversigt vist sig at være Retsvidenskabens Opgave i Arbejdet for Retsordenens Bevægelser? Jeg kan sammenfatte det saaledes:

Retsvidenskaben staar som Iagttager overfor et *udenfra givet* Indbegreb af Leveregler, der, bortset fra Retsformalet, findes rigtige eller tjenlige for Menneskelivet (de »etiske« Regler). Retsordenens Formaal er at hjælpe en vis Underafdeling af disse Leveregler til Virkeliggjørelse igjennem Bebudelse og Anvendelse af Tvangsforanstaltninger for derved at skabe den for Livsudviklingen fornødne Tryghed og Orden.

Retsvidenskabens Opgave bliver da at gjøre sit til, at de rette Normer, og kun disse, optages i Retsnormernes Kreds, og til, at de optages i denne i den rette Skikkelse. Opgaven har sin negative og sin positive Side.

Retsvidenskaben belærer om, at ingen Norm bør optages som Retsnorm, d. v. s.: udstyres med ydre Magt og Tvangsmidler, medmindre den sigter paa Gjennemførelse af Leveregler, der i Samfundet under de givne Forhold anses for rigtige og tjenlige for Livets Formaal. Forsøg paa Tvangsgjennemførelse af Normer, som ikke have deres Rod i det under de givne Forhold etisk Almenanerkendte, ville erfaringsmæssigt mødes med Utilfredshed og de deraf følgende Brydninger og Eksplosioner, der ere Modsætninger til Tryghed og Orden. Den enkelte Retskyndige kan finde sin Tids almindelige Opfattelse forkert. Han kan da — og ifølge Beskaffenheden af den Stilling, han beklæder, vil han ofte have stærk Foranledning hertil — kaste sig ind i Debatten — den »etiske« Debat — og forsøge at rette paa den almindelige Opfattelse. Men i denne Debat er han ikke Fagmanden, her taler han ikke ud af sin Videnskabs Autoritet. Hans Videnskabs Erfaringer ville forbyde ham i dennes Navn at tilraade Tvangsgjennemførelse af Normer, som han selv anser for rette, men som ikke ere hans Tids — hvad enten de maatte være Fortidens reaktionære eller Fremtidens radikale.

Og indenfor de af Tiden vedkjendte etiske Retsnormer maa Retsvidenskabens fraraade, at nogen Retsnorm bliver staaende eller optages paa Omraader, hvor Tidens almindelige Opfattelse kræver Frihed, idet Tvangsgjennemførelse findes værdiløs, eller Tvangsmidler, hvordan de end maatte være indrettede, findes betænkeligere end Friheden med dens mulige Misbrug. Gribes der ind med Tvang paa Omraader, hvor Tidens almindelige Opfattelse ikke vil vide af nogen Tvang, vil Retsnormen ikke skabe Fred, men Ufred. Atter her vil den enkelte Retskyndige ofte kunne befinde sig i en pinlig Konflikt. Han kan kaste sig ind i Debatten og kan maaske netop ved Oplysninger fra sin Videnskab bidrage til at dreje den almindelige Opfattelse. Men fastholder han ifølge sin individuelle Opfattelse Tvang, hvor Tidens almindelige Opfattelse kræver Frihed, forbryder han sig mod sin Videnskabs Erfaring.

Som Videnskabens om den fornødne ydre Orden og Tryghed staar saaledes Retsvidenskabens indtil et vist Punkt som *Frihedens Vogter*, Vogter af Frihed paa de Omraader, hvor Tvang, som Tidens Opfattelse nu er, vilde betyde Utryghed og Ufred.

Iøvrigt staar Retsvidenskabens med den *positive* Opgave at udforske og oplyse om, hvilke af Tidens etiske Normer, der er Foranledning til at tilstræbe efterlevede ved Tvangsmidler, hvorledes disse Normer i dette Øjemed bør omdannes, og med hvilke Magtmidler de bør udstyres. Den lykkelige Løsning af Opgaven forudsætter et nøje Kjendskab til Samfundslivet i dets forskellige Forgreninger og som Helhed. Og Løsningen hviler paa Studiet af de skiftende Retsordener i deres Bevægelse eller med andre Ord paa Retslivets Erfaring og det i Retslivets Tjeneste uddannede Skjøn. Forsaavidt bliver det Retsvidenskabens Opgave ved Anvisning af de rette Tvangsnormer at anvise *Lægedom for Uorden og Utryghed i Samfundslivet*.

Men Lægevidenskabens har i sit Arbejde en Hjælp, der ikke saadan staar til Retsvidenskabens Raadighed. Lægevidenskabens støtter sig som Retsvidenskabens til Fortidens Erfaringer, men den arbejder sig ogsaa fremad gennem Eksperimenter, der opklare Sygdommenes Aarsager og anvise nye Midler til Forebyggelse og Helbredelse.

Denne eksperimentale Vej til forøget Indsigt staar ikke saaledes til

Retsvidenskabens Raadighed allerede af den Grund, at dennes Eksperimenter kun vilde kunne anstilles paa Mennesker. Men ret interessant er det at lægge Mærke til, at det højeste Resultat, som de gamle Tiders Retsvidenskab har naaet, for en stor Del er naaet netop gennem, hvad man kan kalde Eksperimentet. Paa intet Tidspunkt kan der i Rettens Historie opvises en Retsorden, der har passet saa nøje over sin Tids Forhold som den romerske Formueret i dens klassiske Tid. Og for en stor Del var dette Resultat vundet ad eksperimental Vej gennem det prætoriske Edikt. Ved sin Embedstiltrædelse offentliggjør Prætor i Kraft af sin Myndighed til at støtte, fuldstændiggjøre og rette paa Lovgivningen i sit Edikt, hvilke Retsnormer han i sin etaarige Embedstid vil følge. Den tiltrædende Prætors nye Retsnorm prøves saaledes i et Aar. Har Normen erfaringsmæssigt slaaet an, optages den atter af den nye Prætor og dennes Eftermænd i Ediktet. Har Normen vist sig utjenlig, forsvinder den i den nye Prætors Edikt.

Men for denne Fremgangsmaade er der nu lukket. Ingen vilde nu lægge en prætorisk Myndighed i Højesterets eller Justitsministerens Haand. Eksperimentale Love lade sig kun retfærdiggjøre undtagelsesvis under særlige Forhold. Retsvidenskabens maa arbejde sig fremad til Udfindelse og Anvendelse af nye Lægemedler paa Grundlag af Fortidens Erfaringer og med det i Retslivet uddannede Skjøn.

Jeg har her kun talt om Retsvidenskabens Opgaver i Arbejdet paa Retsordenens Omdannelse efter de skiftende Tiders Behov. Dens Arbejde i Retsanvendelsen — og dette staar vel for den almindelige Opfattelse som Retsvidenskabens nærmeste Opgave — har jeg ikke berørt. Herom vilde meget være at tilføje. Men ogsaa her vilde det passe, at Retsvidenskabens Opgaver blive disse: at være Frihedens Vogter og at give Lægedom for Uorden og Utryghed.

Ulpian bestemmer Retsvidenskabens som: *Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*. Maaske siger denne Begrebsbestemmelse med sin Modsætning mellem *notitia*, Kjendskab til Menneskelivet, og *scientia*, Videnskaben om Ret og Uret — det samme, som hvad jeg har sagt. Men forsigtigere vil det være at stryge Begrebsbestemmelsens første Led. Det har ikke manglet Retsvidenskabens paa Fristelser og Anfægtelser i den Retning, at det var den,

Retsvidenskaben, der var Indehaver af den rette Sædelære, og at det var i en Retsvidenskabens Etik — men ikke udenfor Retsvidenskaben — at man skulde søge og udvælge Retsnormernes Grundlag. Og Følgerne af saadanne Overgreb ere ikke udeblevne. Hvor Retsvidenskaben mødte med Krav paa Autoritet udenfor sit Omraade, maatte den tabe i Myndighed indenfor sit eget. Vil Retsvidenskaben hævde sin Autoritet, maa den ikke prætere at være mere, end den er, *justi atque injusti scientia*, Videnskaben om Ret og Uret, der giver Besked om den Vekselvirkning af Frihed og retslig Tvang, der giver de gunstigste Betingelser for Livsudviklingen i Tryghed og Fred.

Justi atque injusti scientia, Videnskaben om Ret og Uret; *ars boni et æqui*, Retfærdighedens Kunst.

Indledende Forelæsninger over den skandinaviske Fælleslovgivning, navnlig Loven om Aftaler ¹⁾

Det nordiske Studenter-Jurist-Stævne i København, September 1918. Kbhvn. 1918 S. 139—61)

I.

139 De indledende Forelæsninger, som jeg skal holde for det nordiske Studenter-Jurist Stævne, skulle navnlig gaa ud paa at give en ved Eksempler oplyst Redegjørelse for den fællesskandinaviske Lovgivnings almindelige Karakter. Jeg har for Øje de af Obligationsretskommissionen af 1901 udarbejdede Love: Loven om Kjøb, om Kommission og Agentur, om Afbetalingskjøb og navnlig Loven om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade. Alle disse Love ere formueretlige. Overhovedet vedrører det følgende kun formueretlig Lovgivning.

Et Blik paa Retsforfatningerne Landene over vil udvise *en betydelig Forskjel i Lovgivningens, den skrevne Rets Karakter (Funktion) i dens Sammenspil med uskreven Ret, Retsvidenskab og Praxis* paa de forskellige Retsomraader. Skarpest træder Modsætningen mellem de forskellige Principer i saa Henseende frem ved en Sammenligning mellem tysk Ret og engelsk Ret.

For at klargjøre og vurdere den nordiske Fællesrets Stilling til dette
140 Problem, Lovgivningens, den skrevne Rets Funktion, maa jeg gaa den

¹ Nedenstaaende er ikke en fuldt nøjagtig Gengivelse af Forf.'s Forelæsninger; tildels vare disse kun optegnede i Hovedpunkter, som Forf. supplerede efter Hukommelsen. Adskilligt i Forelæsningsrækken er Gentagelse af et Foredrag, som Forf. d. 25. Novbr. 1905 holdt i Lund om den nordiske Retsvidenskabs Opgaver.

Udg.'s Anm.

Vej først at give en indledende Oversigt over Retsordenens Opgave og Funktion i Almindelighed. Derefter skal jeg beskrive og vurdere den tyske og den engelske Rets saa grundforskjellige Løsning af denne Opgave, og paa Grundlag af denne Fremstilling gjøre Rede for den skandinaviske Lovgivnings Principer, hvis rette Fremstilling bliver af Vigtighed for denne Lovgivnings Fortolkning og Anvendelse. Retsordenens Formaal angiver jeg som det at tilvejebringe den for Livsudviklingen og Livsnydelsen fornødne Orden og Tryghed, og det væsentlige Middel hertil er den rette Omdannelse af de etiske Normer til Retsnormer.

Ved etiske Normer forstaar jeg i denne Forbindelse de for Menneskelivets Formaal tjenlige Leveregler. Visse af disse maa Staten anerkjende som Retsnormer, og deres Efterlevelse maa haandhæves ved statsmæssig Magtanvendelse. Men idet en etisk Norm anerkjendes som Retsnorm, maa den af Praktikabilitetsgrunde undergaa en vis Omdannelse. Den etiske Regel, at kun den, som har opnaaet en vis Grad af Modenhed, skal være bunden ved sine Kontrakter, maa omformes — og findes Landene over omformet — saaledes, at det kommer an paa en bestemt Alders Opnaaelse. Den etiske Norm med dens i det uendelige varierende Nuancering efter Beskaffenheden af de enkelte individuelle Tilfælde kan ikke uden videre benyttes som Retsnorm, men maa omdannes saaledes, at dens Rækkevidde bestemmes ved nogenlunde let bevislige Kjendsgjæringer. Foretager man ikke en saadan Omdannelse af den etiske Norm, idet man anerkjender den som Retsnorm, da vil Retsnormen ikke naa sit Maal at tilvejebringe fornøden Orden og Tryghed. Det vil da bero paa Tilfældigheder, der ofte ville tage sig ud som Vilkaarlighed, om Retsnormen virkelig kommer til Anvendelse i de Tilfælde, hvor den passer, og kun i disse. Der vil herved mellem Borgerne fremkaldes en Følelse af Uligelighed i Retsanvendelsen, som avler Utryghed og Uorden.

Den etiske Norm maa, idet den anerkjendes som Retsnorm, omdannes til en Gjennemsnitsnorm, der ikke aabner Plads for alle de Undtagelser, som den etiske Norm vedkjender sig. Som Eksempel nævner jeg den etiske Norm, at man skal holde sine formueretlige Aftaler. Denne Norm er jo en af dem, der anerkjendes som Retsnorm. Men det maa dog nok indrømmes, at der gives Tilfælde, hvor man ifølge 141

Parternes økonomiske Forhold vilde finde det uetisk, at den ene Part fastholder Aftalen overfor den anden. Aftalens Opfyldelse har for ham overordentlig lidt at sige; den andens økonomiske Velfærd staar paa Spil, hvis han skal opfylde Aftalen. Fastholdelsen af Aftalen vil her for den almindelige Opfattelse staa som brutal Haardhed. Men Retsnormen kan ikke vedkjende sig denne Undtagelse. Den maa, idet den giver Aftalen Retskraft, tage de Tilfælde med, hvor dens Gjennemførelse paa Grund af Parternes økonomiske Stilling er brutal. Thi saadanne Tilfælde adskille sig ikke fra andre ved saadanne paalideligt oplyselige Kjendsgjæringer, som Retsordenen maa kræve. Anerkjendelse fra Retsordenens Side af en saadan Undtagelse vilde betyde Utryghed i Samhandelen.

Den ved Anerkjendelsen af en etisk Norm som Retsnorm fornødne Omdannelse til en nogenlunde sikker haandterlig Gjennemsnitsregel viser sig saaledes fra et vist Synspunkt som et Onde. Retsnormen omfatter Tilfælde og vil blive anvendt i Tilfælde, hvor Etiken kræver en anden Regel anvendt. Vi møder her en Form af det, man kalder Konflikt mellem Ret og Moral. At nu en saadan Konflikt ikke kan undgaas, derom er man enig. Paa den ene Side staar Sikkerhedshensynet med Kravet paa en klar Gjennemsnitsregel. Paa den anden Side staar det etiske Hensyn — det materielle Retfærdighedshensyn — med Kravet paa, at hvert enkelt Tilfælde afgjøres efter den for dets Individualitet passende etiske Regel. Det bliver da en vigtig Opgave at sørge for, at der deles disse Hensyn imellem paa den rette Maade, at Konflikterne reduceres til et Minimum saalangt ned, som det er foreneligt med Rets-sikkerheden. Det af de forskjellige Lovgivningsprinciper og af forskjellige Principer for den skrevne Rets Funktion, som bedst røgter denne Opgave, er det bedste.

II.

Først vender jeg mig imod *det tyske System*. Dette er — ligesom andre paa romerretlig Grund hvilende Lovgivninger, f. Eks. den franske — *den systematiske Kodifikations System*. Tysk Bürgerliches Gesetzbuch (B. G. B.) er det mest konsekvent gennemførte af disse Systemer. Idet jeg gaar over til at beskrive det, forudskikker jeg den Be-

mærkning, at jeg beskriver det efter dets Tendens. Sund Sans og Rets- 142 følelse i tysk Retsvidenskab og Retspraksis har i vidt Omfang formaaet at bøde paa Systemets Misligheder. Herfra maa jeg her — hvor det gjælder en Oversigt over Principforskjelligheder — bortse.

Altsaa, tysk Lovgivning, B. G. B. — og da navnlig det første Udkast til B. G. B. — er Hovedeksemplet paa den systematiske Kodifikation 3: en Lovgivning, som principielt sigter paa at omspænde hele Retsordenen, paa at give *udtømmende Retsregler* for sit Omraade.

Hvad nu systematiske Kodifikationer angaar, skal jeg først pege paa de uhyre Vanskeligheder, som deres Formulering frembyder. Affattelsen af almindelige Normer med skarp Afgjørelse uden Plads for et supplerende og korrigerende Skjøn, som kunde befrygtes at falde forskjelligt ud fra forskjellige Dommeres Side, og uden Plads for andre Undtagelser end dem, som Loven selv angiver, maa nødvendigvis være en overmaade vanskelig Sag. Vanskelig allerede af den Grund, at Opgaven skruer Fordringerne til Udtryksmaaden unaturligt op udover de Fordringer, der ellers stilles til velovervejet menneskelig Udtryksmaade, som instinktmæssig i Virkeligheden overlader saa meget til Supplering af det sagte ved almindelig sund Fornuft og almindeligt sundt Skjøn. Vanskelighederne viste sig paa fremtrædende Maade ved det første Udkast til B. G. B. Da dette Udkast, som der i 13 Aar var arbejdet paa af en anselig Kommission med speciel Omhu for Formuleringen, fremkom, faldt Historikerne over det som Fluer med Formuleringssindvendinger mod et stort Antal af dets 2164 Paragrafer. Et Par af disse Indvendinger, der viste Tendensens Fare for at komme ind paa det latterlige, skal jeg nævne til Illustration. Udkastet havde f. Eks. ikke slaaet sig til Ro med at lade Begrebet *Fahrlässigkeit* (Uagtsomhed, vållande, *culpa*) henstaa udefineret eller med at bestemme det paa sædvanlig Maade med Tilsidesættelse af almindelig Agtpaagivenhed. Udkastet § 144 udtalte: *Fahrlässigkeit* liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird. I § 224 siges det dernæst, at Skyldneren i et Obligationsforhold er erstatningspligtig for *Fahrlässigkeit*. Følgelig — bemærke Kritikerne — er en Danserinde erstatningspligtig overfor det Theater eller det Etablissement, der har engageret hende, hvis hun ikke danser »mit der Sorgfalt eines ordent- 143

lichen Hausvaters«. Udkastets § 1606 fordrede til Adoption fra en gift Persons Side Samtykke af den anden Ægtefælle. Visse Undtagelser fra denne Regel maatte anerkjendes, og de maatte efter Forslagets Tendens angives udtømmende. Følgelig udtalte § 1611 bl. a., at den anden Ægtefælles Samtykke er ufornödent, naar denne er død.

Men jeg skal ikke opholde mig ved Formuleringsvanskelighederne, men derom endnu bemærke, at Faren for skjæbnsvangre Fejltagelser ved Affattelsen af den systematiske Kodifikation er stor. Hvor let kan ikke en af Retfærdighedshensyn paakrævet Undtagelse fra den almindelige Regel overses ved dennes Affattelse, og er den ikke nævnt i Loven, kan den efter Principet ikke komme i Betragtning ved Retsanvendelsen. Jeg forudsætter nu Formuleringsvanskelighederne overvundne saa godt som muligt og retter Undersøgelsen paa, hvorledes den systematiske Kodifikation viser sig at dele Sikkerhedshensynet og Retfærdighedshensynet imellem.

Kodifikationen viser sig naturligtvis i særegen Grad at have den skrevne Rets Fortrin. Den skrevne Retssætning, Lovsformen, tjener jo Retssikkerheden derved, at den paa Forhaand oplyser Borgerne om, hvad der er gjældende Ret, saa at de kunne indrette sig herefter og det med fuld Tryghed, idet Lovsformen giver særlig Betyggelse for, at Regelen virkelig vil blive anvendt uafhængigt af Dommernes individuelle Anskuelse om, hvad der burde være Ret. Overfor den uskrevne Ret, overfor de Retssætninger, som ikke have faaet Lovsform, overfor alle de Retssætninger, der af Retsvidenskaben anvises til Anvendelse som følgende af Lovens Analogi, Lovgivningens Grundsætninger, Forholdets Natur, staar, selv om de ere nok saa klart udtalte, Borgerne ikke med samme Sikkerhed for deres Anvendelse, altsaa ikke med samme Tryghed i deres Livsindretning. Overfor disse Regler er jo Dommeren ganske anderledes frit stillet end overfor Lovgivningen. Han vil, og han bør kun anvende disse Betragtninger, forsaavidt han gennem en Prøvelse af dem finder sig overbevist om deres Rigtighed.

Og den systematiske Kodifikation fremmer yderligere denne Sikkerhed. Ikke blot fordi den systematiske Kodifikation dækker over et kvantitativt større Omraade end den kasuistiske Kodifikation, præsumptivt over hele Retsomraadet, men ogsaa — og i betydelig Grad —

indirekte, idet Kodifikationens systematiske Karakter viser sig at virke tilbage paa dens Fortolkning. Principielt skal Dommeren finde Svar paa alle Retsspørgsmaal i Lovbogen. Den har præsumptivt afgjort dem alle, det gjælder blot om at finde, hvor i Loven Afgjørelsen staar. Denne Omstændighed virker selvfølgelig svækkende paa Dommerens Tilbøjelighed til at grunde over, hvorledes Regelen egentlig burde være for det Tilfælde, han skal afgjøre, og saavidt muligt at gjøre Erkjendelsen heraf frugtbringende for Fortolkningen. Grundig Lovkundskab og formel Logik ere de Egenskaber, som fortrinsvis paakaldes hos Dommeren. Den grammatikalske og logiske Fortolkning bliver de fremtrædende. Formaalsfortolkningen, der tilstræber at bestemme Retsregelens Indhold efter dens reale Grunde, trænges tilbage og spiller en ringere Rolle, end den — som jeg senere skal paavise — spiller f. Eks. hos os.

Men selv om den systematiske Kodifikation sigter paa at være udtømmende, vil den dog tage sine Reservationer i saa Henseende. Her, altsaa paa Omraader, som den skrevne Ret ikke dækker, se vi som Særkjende for Stillingen i tysk Ret i Modsætning til engelsk, at Retsvidenskaben i vidt Maal opstiller almindelige Retsregler i Lærebøger og Haandbøger. Og i alt Fald som *communis opinio* blive disse Regler virkelig regelmæssigt anvendte af Domstolene og virke saaledes i samme Retning for Retssikkerheden som den skrevne Ret. Men dog ikke saa sikkert. Dommeren føler sig naturligvis friere overfor de af Retsvidenskaben opstillede Retsregler end overfor Loven, han anvender dem i Almindelighed ikke paa det ham forelagte Tilfælde, som de efter deres Ord omfatte, naar han finder, at de efter deres Begrundelse ikke passe for Tilfældet. Forsaavidt — altsaa paa det ulovbestemte Omraade — er Stillingen en lignende som den, der, efter hvad jeg senere skal paavise, findes hos os. Men dog ikke ganske den samme. Der er, som Følge af den systematiske Kodifikation, en Forskjel, der kan udtrykkes saaledes, at der mere end hos os arbejdes med udvidende Fortolkning eller Analogi og Lovgivningsgrundsætninger, mindre end hos os med Retsregler grundede paa Betragtninger hentede umiddelbart fra Forholdets Natur.

Resultatet af Redegjørelsen for tysk Ret med den systematiske Kodifikation kan sammenfattes saaledes: man kan paa dette Retsomraade 145

i Almindelighed regne ud med Passer og Lineal, med Lovkundskab og Logik, hvorledes et Retstilfælde vil blive afgjort. Man ved i det Hele, naar man har Klarhed over Lovens Indhold, hvad man har at indrette sig efter. Men denne Sikkerhed opnaaes kun derved, at Almenregler uden Blinken anvendes efter deres Ordlyd, efter den dem engang givne Affattelse paa Tilfælde, hvor deres reale Grunde ikke passe, i videre Omfang, end hvad der naturligt fulgte af den etiske Norms Omdannelse til Retsnorm. Konflikter mellem Retsreglen og det materielt retfærdige eller det for Retslivet formaalstjenlige blive for hyppige. Mottoet vil ofte synes at være et *fiat justitia pereat mundus*. Saare forstaaeligt, at Kravene paa større Frihed for Dommerne (*»die Freirechtsschule«*) have fundet udstrakt Tilslutning i Tyskland.

III.

Paa et ganske modsat Standpunkt af det tyske staar *den engelske Ret*. Der er her omvendt en stærk Tendens til at afgjøre det enkelte Tilfælde efter den for dette individuelt passende Regel. Ikke, vel at mærke, til at identificere Ret og Moral. Det staar for den engelske Dommer, hvor frit han end er stillet, klart, at der gives mangfoldige etisk betydningsfulde Momenter i det ham forelagte Retstilfælde, som han maa abstrahere fra ved sin Retsafgjørelse. Han vil ikke finde sig berettiget til at give det ham forelagte Tilfælde den Afgjørelse, som han efter dets Individualitet føler som den retfærdige, uden en Overvejelse af, om Samfundet vil være tjent med, at ogsaa andre Tilfælde som det foreliggende nu og fremtidigt afgjøres paa samme Maade. Han er sig bevidst, at han maa dømme efter en almindelig Gjennemsnitsregel. Men denne Retsregel vil i vidt Omfang ikke foreligge forud formuleret. Dommeren danner den selv med det individuelle Tilfælde for Øje. Ordentligvis vil for det første Regelen ikke foreligge i Lovsform, som skreven Ret. Principielt er den engelske Formueret uskreven Ret. *Common law*, den navnlig paa Retspraksis grundede uskrevne Ret, er Hovedregelen; *statute law*, Lovsformen, er *Undtagelsen*. Kun sparsomt paa spredte Omraader, hvor der i Retslivet har vist sig særlig Trang til faste og klare eller til fra de almindelige afvigende

Retsregler, har Lovgivningen grebet ind; der findes saaledes Lovgivning om Veksler, om Forældelse af Fordringsrettigheder, om Interessentskaber, om Søren, om Konkurs. *Og Lovreglerne er der Tendens til at betragte som fremmede Elementer paa Retslegemet*, der — *injuria temporum* — maa taales og respekteres, men heller ikke mere. »Fru *common law* betragter med Skinsyge den Rival, der standser og forstyrrer hendes Udvikling, som sætter hæslelige og ukunstneriske Pletter paa hendes Dragt, og som efterhaanden og uimodstaaeligt gjør Indgreb paa hendes Omraade«. Ifølge hele denne Betragtning giver man sig ikke af med at drage Analogier fra Lovgivningen og at udfinde Lovgivningsgrundsætninger til Afgjørelse af ulovbestemte Tilfælde. Man tager Lovbestemmelsen paa Ordet, anvender den efter dens Ord, saavidt de række. Forsaavidt fremkommer der — af ganske forskellige Grunde — nogen Lighed mellem den romanistisk-tyske og den engelske Lovfortolkning; Fortolkningen bliver overvejende sproglig-logisk, Reflektioner over Lovbrudets reale Grunde træde i Baggrunden.

Men Tendensen har i England gaaet ikke blot imod Opstilling af almindelige Regler i Lovsform. Den engelske Retsvidenskab er — i Modsætning til den romanistiske — utilbøjelig til i Lærebøger og Haandbøger at formulere almindelige Retsregler til Vejledning, opbyggede paa Betragtning over, hvorledes Retten bør være ifølge Forholdets Natur eller Lovgivningens Grundsætninger. I Hovedsagen søger Retsvidenskaben forsaavidt væsentligt sin Opgave i at fremdrage de efter deres Natur lidet omfattende Retsregler, der paa særlig klar Maade ere lagt til Grund i ledende konkrete Retsafgørelser (*leading cases*), som Dommeren i Almindelighed føler sig bunden til at følge fremtidigt i lignende Tilfælde.

Forholdet er altid det, at den engelske Dommer i Almindelighed — bortset fra Trykket af Afgørelserne i *leading cases* — afgjør det ham forelagte Tilfælde efter sit frie Skjøn, ubunden af Lov og upaavirket af andetsteds udformulerede Retssætninger. Resultatet bliver, at Faren for materiel uretfærdig Retsafgørelse er reduceret til et Minimum. Men dette Gode er kjøbt med Opofrelse af Sikkerheden. Under Mangelen af formulerede almindelige Retssætninger, der skulle følges af Dommeren eller dog i Almindelighed kunne antages at ville blive fulgte

af ham, staar det i altfor mange Tilfælde ganske usikkert, hvad der vil
 147 blive kjendt for Ret. Man ved ikke, hvad man har at rette sig efter, end ikke paa Afgjørelserne i *leading cases* kan man ubetinget stole. Man forstaar herefter, at det vistnok mest hensynsløse Krav paa en udtømmende systematisk Kodifikation, som nogensinde er set, er fremkommet netop i England. Det blev fremsat af *Bentham* i Begyndelsen af forrige Aarhundrede (1802: *General view of a complete Code of laws*). Ogsaa i nyere Tid fremkommer i England Krav paa Kodifikation, om end ikke en systematisk; hist og her ere delvise Kodifikationsarbejder satte i Gang og tildels gennemførte, saaledes *Indian contract act* og i England selv Lovene om Kjøb og Salg.

IV.

Jeg kommer nu til *de skandinaviske Lande* og maa her begynde med en Redegjørelse for *Lovgivningens Funktion i vore Lande bortset fra den Fælleslovgivning*, som til Slut skal belyses.

Idet jeg skal beskrive denne Tilstand, maa jeg først bemærke, at der maaske nok viser sig en Nuanceforskjel mellem de skandinaviske Lande indbyrdes. Men i det Hele og Store er Tilstanden den samme i de tre Lande i Modsætning paa den ene Side til Tyskland paa den anden til England.

I de nordiske Lande har man ikke — som i de romanistiske — tilstræbt systematisk Kodifikation. Kodifikationer have vi, Sveriges rikes lag, Norske Lov, Danske Lov, men der har ikke været tilstræbt systematisk Kodifikation. Og den udenfor og efter Lovbogen forekommende Lovgivning er spredt og lidet omfattende. *Lovsformen er i de skandinaviske Lande hverken Hovedregel eller Undtagelse*. Medens man paa den ene Side ikke med den romanistiske Lovgivningsgruppe har tilstræbt at give Retsreglerne i Almindelighed Lovsform, har man lige saa lidt fulgt den engelske Opfattelse, at Retssætningerne kun undtagelsesvis egne sig for Lovsformen. Kvantitativt er den skrevne Rets Omraade mindre end den uskrevnes, men denne Tilstand er ikke Udslaget af nogen Uvilje mod Lovsformen. Den beror væsentligt paa Tilfældigheder, tildels paa et for de nordiske Lande fælles Retsinstinkt.

Sammenlignet med de andre Retsgrupper vindes der herved utvivl- 148
somme Fordele. Sammenlignet med den romanistiske Retsgruppe er
der vundet det, at Dommeren ikke principielt i det hele staar bundet
ved Lovsform, som let medfører materiel Uret paa Omraader, hvor
Livets Erfaring endnu ikke har fundet og bekræftet den rette Gjen-
nemsnitsregel. Og sammenlignet baade med den romanistiske og en-
gelske Gruppe er der vundet det meget værdifulde, at Lovfortolkningen
ifølge Betragtninger over Lovens reale Grunde og Formaals hos os spil-
ler en mere fremtrædende Rolle. De Grunde, som hver fra sin Side
i det tyske og engelske System give Ordfortolkning og formel Logik
en fremtrædende Magt paa Formaalsfortolkningens Bekostning, virke
ikke i det skandinaviske System. Vore Domstole, navnlig de højeste,
betænke sig ikke paa at lade en Lovregel uanvendelig paa Tilfælde,
der omfattes af dens Ord, naar deres Anvendelse paa Tilfældet er saa
urimelig, at det ikke kan antages, at man har haft saadanne Tilfælde
for Øje ved Lovregelens Affattelse. At dette er en Vinding for Ret-
færdighedshensynet, er jo klart. Og Retssikkerhedshensynets naturlige
Krav vil i Almindelighed ikke tilsidesættes herved. Paa dette Punkt
viser der sig forøvrigt, som jeg har antydnet, saavidt jeg ser, en Nuance-
forskjel mellem Sverige paa den ene Side og Norge og Danmark paa
den anden Side; Sveriges Højesteret og svensk Videnskab giver vistnok
Sikkerhedshensynet noget mere, end der gives det i Norge og Danmark.

Som anført er Stillingen overfor Lovreglerne. Hvor Lovregler ikke
haves, har den skandinaviske Retsvidenskab, ligesom den tyske, i Mod-
sætning til den engelske, i vidt Omfang opstillet almindelige Regler til
Vejledning for Retsanvendelsen, opbyggede paa Lovgivningens Analogi
og Grundsætninger og udledede af Forholdets Natur. Og disse Regler
følges som *communis opinio* i det Hele og Store faktisk af Domstolene
— men kun saalangt deres reale Grunde række. Forsaavidt sker der hos
os Sikkerhedshensynet større Fyldest end i England, uden at det mate-
rielle Retfærdighedshensyn tilsidesættes.

Jeg skal oplyse, hvad jeg har sagt om nordisk Ret, ved nogle Eks-
empler.

D. L. (N. L.) nævner som Ugyldighedsgrunde for Løfter kun Umyn-
dighed, Strid mod Lov og Ærbarhed og Tvang; Videnskab og Praxis

149 har ikke betænkt sig paa at tilføje andre Ugyldighedsgrunde paa Grund af Mangler ved Løftegiverens Vilje, saaledes kjendelig Viljesmangel, Svig, urigtige Forudsætninger, Sindssygdом. Ogsaa svensk Videnskab og Retsanvendelse har anerkjendt andre Ugyldighedsgrunde end de i Lovgivningen nævnte.

At Ejendomsoverdragelse gyldigt kan finde Sted, uden at Tingen overgives til Erhververen, er en i Danmark og Norge forlængst fastslaaet uskreven Retssætning. Ejendomsoverdragelse med *constitutum possessorium* er fast anerkjendt. Saa viste det sig, at *constitutum possessorium* i vidt Omfang benyttedes i Pantsætningsøjemed 3: til Begunstigelse af en Kreditor paa de andres Bekostning. Og Retsbevidstheden var paa det rene med, at saadan Begunstigelse kan Skyldneren ikke give en Kreditor uden et Offer, ikke alene ved en Viljeserklæring. Følgelig har norsk og dansk Retspraksis gjort et Brud med Regelen om Anerkjendelsen af *constitutum possessorium*; naar Ejendomsoverdragelse er foretaget til Sikkerhed for en Erhververen tilkommende Fordring, er den ikke beskyttet overfor Overdragerens andre Kreditorer, medmindre Tingen er overgivet til Erhververen (eller for dansk Rets Vedkommende Reglerne om Underpantsætning ere iagttagne). For Sveriges Vedkommende kan dette Eksempel ikke nævnes; her staar Spørgsmaalet paa særlig Maade ifølge Fdn. 20. Novbr. 1845.

Oversigten over Tilstanden i de nordiske Lande — bortset fremdeles fra Fælleslovgivningen — udviser saaledes: Nordisk Ret har fremfor engelsk Ret forstaaet at fremme Retssikkerheden ved Formulering af almindelige Retsregler og har fremfor tysk Ret formaaet at berøve de almindelige Retsregler den Braad, som de rette imod den materielle Retfærdighed.

Dette sidste kan udtrykkes saaledes, at nordisk Rets Retsregler, baade den skrevne Ret, Lovgivningsreglerne og den uskrevne Ret, ere undergivne en almindelig *in integrum restitutio*-Begrænsning. Hvor Regelens Anvendelse paa et af dens Ord omfattet Tilfælde efter dettes individuelle Beskaffenhed vilde komme i Strid med Regelens reale Grunde og i særlig Grad kommer i Strid med den individuelle Retfærdighed, der sættes Regelen til Side.

Tilstanden i nordisk Ret minder saaledes paa en vis Maade om Til-

standen i romersk Ret i den gode Tid. Ligesom hos os gav Lovgivningen kun sparsomt Regler paa Formuerettens Omraade. Ligesom hos os formuleredes almindelige Retsregler i vidt Omfang udenfor Lovgivningen. Og i Erkjendelsen af, at de almindelige Retsregler jævnligt vilde findes at være for almindeligt affattede, gaves der i et vist Omfang *in integrum restitutio* overfor dem, hvor deres Anvendelse vilde komme i Strid med den materielle Retfærdighed. Formen for dette Institut og dets Begrænsning er specifikt romersk. Men Grundtanken er den samme som den, der gennemtrænger det nordiske Lovgivnings-system i dets Samarbejde med Videnskab og Praksis. Grundtanken er en rigtig og betydningsfuld Vedkjendelse af den menneskelige Erkjendelsesevnes og Udtryksevnes Begrænsethed. Lovgiveren og Videnskabsmanden maa erkjende, at han til hver given Tid ikke fuldstændigt magter at give sine Retsregler det rette Omfang, men at Arbejdet for deres nærmere Formulering maa overlades til Retsanvendelsen. Karakteristisk for den tyske Opfattelse var den Motivering, som Motiverne til det første Udkast til B. G. B. I S. 392 give af Udkastets Afstandstagen fra *in integrum restitutio*-Institutet.

Med den Karakteristik af Tilstanden i de nordiske Lande, som jeg nu har givet, har det imidlertid ingenlunde været min Mening at sige, at alt er her, som det burde være.

For det første trænges der paa mange Punkter til Forandring af Retsreglernes materielle Indhold. Dette Punkt har ligget udenfor alt det, jeg hidtil har sagt; hidtil har jeg jo kun talt om Lovsformens Funktion. Men naar jeg nu skal til at belyse den nye og fællesnordiske Lovgivning, maa jeg naturligvis tage dette med. Utvivlsomt trænges der paa mange Punkter til materiel Retsforandring. Vore Kodifikationere ere forældede, megen ældre Ret bør forandres, og Nutidens Forhold kræve mange nye Retsregler.

Bortset herfra, altsaa naar jeg vender tilbage til mit Hovedemne, Lovsformens Funktion, mener jeg, efter hvad jeg har sagt, at kunne fastslaa, at Tilstanden i de nordiske Lande udviser et principielt rigtigt Mellemstandpunkt mellem Yderpunkterne, tysk Ret og engelsk Ret. Men der er Mangler ved det principielle Synspunkts Gjennemførelse.

Principielt giver vistnok det nordiske System, som jeg har beskrevet

det, Retfærdighedshensynet, hvad der tilkommer det. Gjennem For-
 151 maalsfortolkningen, gennem det, som jeg har betegnet som det almin-
 delige *in integrum restitutio*-Princip, er vistnok principielt Konflikten
 mellem Ret og Moral reduceret til et Minimum. Jeg tror ikke, at der
 i vor Retsanvendelse med nogen Grund kan rejses Krav paa større
 Dommerfrihed i den Forstand, at der fordres mindre Afhængighed af
 Loven, mere begrænset Omraade for Lovsformen, mindre Bundethed
 ved Lovens Ord. Det er mig heller ikke bekjendt, at der her i Landet
 er rejst Krav i denne Henseende. Men Gjennemførelsen af Principet
 er vel nok stundom mangelfuld. Maaske anvendes Formaalsfortolknin-
 gen ikke altid tilstrækkelig energisk overfor Lovens Ord. Her maa jo
 imidlertid erindres, at Lovens Ord kunne være saa skarpe, at de ude-
 lukke en ønskelig Formaalsfortolkning, og Fejlen ligger da i Lovs-
 formen og maa rettes ad Lovgivningens Vej. Fejlen bliver et Memento
 om, at Retsregler saavidt muligt søges affattede saaledes, at de ikke ude-
 lukke fornøden Formaalsfortolkning. Men undertiden ses det ogsaa,
 hvad der i hvert Fald er en Mangel, at man anvender de Retsregler,
 der ikke har Lovsform, men kun ere formulerede af Retsvidenskab og
 Retspraksis, paa Tilfælde, hvor Regelens reale Grund ikke passer, men
 dens Anvendelse vil føre til materielt uretfærdige Resultater.

Medens Retfærdighedshensynet saaledes i nordisk Ret principielt sker
 Fyldest, er Sikkerhedshensynet noget tilsidesat. For faa af vore Rets-
 regler have faaet Lovsform, og Fremdragelsen i saa Henseende er gan-
 ske planløs. Altsaa: for faa af vore Retsregler have faaet Lovsform.
 Ganske vist har Retsvidenskaben paa det ulovbestemte Omraade i vidt
 Omfang opstillet Retsregler, som er anerkjendte i Retspraksis. Men
 der er jo dog ikke den Sikkerhed for, at de ville blive anvendte paa kom-
 mende Retstilfælde, som der vilde være, hvis de havde faaet Lovsform.
 Og undertiden er der Uenighed. F. Eks. har Praksis i de nordiske
 Lande, i alt Fald i Danmark og Sverige, forlængst vedkjendt sig en
 Tillidstheori i Modsætning til Viljestheorien; et Løfte anerkjendes for
 gyldigt, selv om Løftegiveren har sagt det modsatte af, hvad han vilde,
 naar blot Løftemodtageren var i god Tro. Men i Videnskaben, maaske
 ogsaa mellem Dommerne, findes Tilhængere af Viljestheorien, og disse
 maa ifølge deres Retsopfattelse tilsidesætte Tillidstheorien; intet Lov-

bud hindrer dem jo heri. Altsaa undertiden er der Uenighed om Retsregelen; der opstilles fra forskjellig Side forskellige Retsregler; hvilken af disse vil Dommeren følge? Hvilken skal man indrette sig efter? Vilde det ikke være muligt uden Anstød mod den materielle Retfærdighed at give en Gjennemsnitsregel sikret ved Lovsform? Og paa adskillige Punkter har Retsvidenskaben ikke opstillet nogen Regel. Den finder en Retsregel lige saa god som en anden. Om f. Eks. en Opsigelse, naar den sidste Dag for Opsigelse vilde falde paa Søndag, skal foretages Dagen forud eller kan udsættes til Mandagen, er et Spørgsmaal, som Retsvidenskaben ikke kan besvare sikkert. Den ene Regel er lige saa god som den anden, det gjælder hovedsagelig om, at man ved, hvad der er Ret, og hvad man skal indrette sig efter, og det ved man ikke sikkert, naar Lovgivningen ikke har grebet ind. Lignende Bemærkninger gjælde om Beregning af Tidsfrister. Og endnu et maa nævnes, der gives Retsomraader, som af særlige Grunde have særligt Krav paa Lovfæstelse. Grundene kunne være forskellige. Der er Omraader, hvor internationale Hensyn skabe Kravet, Omraader, hvor internationalt Fællesskab eller ialtfald international Forstaaelse er særligt ønskelig; jeg nævner som Eksempel Søretten. Kravet kan ligge i Emnets egen Beskaffenhed, saaledes at dette fordrer Ret, som er afvigende fra den almindelige, eller saaledes, at Emnets Beskaffenhed i særlig Grad udkræver teknisk let haandterlige Gjennemsnitsregler, selv paa den materielle Retfærdigheds Bekostning. Jeg nævner som Eksempel Vekselretten, hvor ogsaa internationale Hensyn virke med, Forældelsesregler. Paa saadanne Omraader kan endog en systematisk Kodifikation med den dermed følgende Ordfortolkning under Tilsidesættelse af Formålsfortolkningen være at anbefale.

V.

Da Tanken om *Fælleslovgivningen for de nordiske Lande* opstod, vendte den sig naturligt først mod de Omraader, hvor Fællesret var særligt paakrævet af internationale Grunde. Jeg nævner Vekselloven, Checkloven og Søløven. Ved forrige Aarhundredes Slutning kom Tanken om en fællesskandinavisk Lovbog op, altsaa Tanken om en almindelig Kodifikation, men vel at mærke ikke en systematisk Kodifikation.

Tanken fandtes endnu ikke moden til Gennemførelse. Men en skandi-
153 navisk Fælleskommission blev i 1901 paa Foranledning af den svenske
Regjering nedsat til at tilvejebringe saavidt muligt overensstemmende
Forslag for de tre Lande for visse Dele af Obligationsretten, navnlig
Kjøb og Bytte af Løssøre, og i Forbindelse hermed de almindelige Grund-
sætninger for Afslutning af Retshandler. Man enedes om et Program
for Arbejdet, saaledes at der skulde begyndes med Kjøb og Bytte. Re-
sultatet blev Forslag til Lov om Kjøb og Bytte af Løssøre, som jo nu
er gjældende Lov i de tre Lande, og hvormed der i alt væsentligt er
skabt Fællesret paa dette Omraade. En Fortegnelse over de faa Di-
vergenser mellem Lovene findes i Tidsskrift for Retsvidenskab XX S.
108—109 og XXI S. 218—219.

I 1909 blev Kommissionens Arbejde paa Foranledning af den sven-
ske Regjering gjenoptaget, og i Stockholm enedes man om et Program
for Arbejdet. Dette Program, der blev tiltraadt af de tre Landes Re-
gjeringer, omfatter følgende Æmner:

1. Afslutning af Aftaler gennem Korrespondance samt gennem
Pladsagenter og Handelsrejsende m. m. Betydningen af en Kontra-
hents Umyndighed eller Konkurs ved Afslutning af Aftaler, Bestem-
melser mod Misbrug af økonomisk Overmagt og deslige, særligt angaa-
ende Kjøb paa Afbetaling og Pønastipulationer samt eventuelt ogsaa
Terminshandler.

2. Kommissions- og Speditionsaftaler.

3. Forsikringsaftaler.

4. Gjældsbreve og deslige samt Mortifikation.

5. Aftaler og Dokumenter, som foranlediges af Oplagshusforret-
ningen.

6. Laan til Eje, Kontokurant, Rente og Kaution.

7. Forældelse af Fordringsrettigheder.

8. Tidsbestemmelser og Betingelser ved Aftaler.

Først tog man fat paa de Æmner, som allerede fandtes paa Pro-
grammet af 1901, og som endnu ikke vare behandlede. Resultatet blev
Forslag til Love om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens
Omraade, om Kjøb paa Afbetaling og om Kommission, Handelsagentur
og Handelsrejsende, som nu alle ere Love i de tre Lande.

Det var paalagt Kommissionen saavidt muligt at tilvejebringe *Retsfællesskab* mellem de tre Lande. Et saadant Fællesskab er nu i det hele tilvejebragt ved de nævnte Love. I Loven om Kommission m. m. er der ¹⁵⁴ dog en væsentlig Divergens med Hensyn til Handelsrejsendes Legitimation til at afslutte Salg og modtage Betaling for solgte Varer (§§ 88 og 91). Den faste Handelsrejsende har efter den norske Lov Legitimation til at afslutte Kontrakter paa Principalens Vegne og kan modtage Betaling for solgte Varer, naar han opholder sig paa Kundens Plads. Efter den svenske og danske Lov har den Handelsrejsende ikke denne Legitimation til at handle for Principalen. I Loven om Afbetalingskjøb, hvor de materielle Retsregler saa stærkt slynge sig sammen med processuelle, ere Divergenserne paa Grund af Forskjelligheder i de processuelle Forhold flere. I Loven om Aftaler er den eneste Forskel af væsentlig Betydning den, at den norske Lov i § 38. 2. Stk. udendvidere erklærer Aftaler mellem Forretningsdrivende og deres underordnede om, at disse af Konkurrencehensyn ikke maa drive Forretning af en vis Art, efterat deres Ansættelse er ophørt, for uforbindende, dog med Undtagelse for Tilfælde af, at Ansættelsen giver den ansatte Indblik i Forretningens Kundekreds eller Hemmeligheder. Efter den danske og svenske Lov bliver saadanne Kontrakters Gyldighed at afgjøre efter den almindelige Regel i § 38. 1. Stk. Nogle Uoverensstemmelser i Lovenes Tekster skyldes Forskjelligheder i udenfor Lovens Omraade liggende Forhold, saaledes Bestemmelser i den danske Aftalelov §§ 22 og 23, som hidrøre fra, at Umyndiggjørelse og Konkurs i dansk Ret ikke, som i norsk og svensk Ret, uden videre virke som notoriske Kjendsgjæringer i Forhold til Tredjemand. Endvidere Bestemmelserne i den danske Lov om Kjøb §§ 25, 30, 45 om Salg og Kjøb ved autoriseret Mægler.

Ordren til Kommissionerne gik ud paa, at de skulde tilvejebringe *Love* for de paagjældende Æmner. Forsaavidt kan det siges, at Opgaven skulde være at tilvejebringe Kodifikation af Æmnerne. Forøvrigt var Opgaven ikke nærmere specificeret. Fuld Enighed var der nu i Kommissionerne, i Overensstemmelse med den Tankegang, der altid har behersket det nordiske Lovgivningssystem, om, at en systematisk Kodifikation ikke burde tilstræbes.

Først maatte Kommissionerne rette Opmærksomheden paa, hvorvidt der tiltrængtes ny Ret, Retsforandring. I Loven om Kjøb findes ikke
 155 megen ny Ret, udover det, at visse Regler, der havde dannet sig for Handelskjøb, helt eller med Modifikation, udvidedes til at gjælde ogsaa for andet Kjøb. Af Loven om Kommission fremhæves som ny Ret nogle vigtige Bestemmelser om Kommissionærens Selvindræde i § 40 og de præceptive Bestemmelser (§ 45) i §§ 41, 42 og 44. Helt ny er Loven om Kjøb paa Afbetaling med dens ufravigelige Bestemmelser om Kjøberens Stilling i saadant Kjøb. I Loven om Aftaler fremkom som nyt nogle Bestemmelser i Kap. 3 om ugyldige Viljeserklæringer. Helt nye ere for dansk Ret Bestemmelserne i § 31 om Ugyldighed paa Grund af Udnyttelse (*undue influence*); i Norge og Sverige betyder denne Paragraf en Udvidelse af allerede bestaaende Regler. Nye ere endvidere Bestemmelserne i §§ 36 og 37 om Adgang for Dommeren til at nedsætte en urimelig Konventionalbod og anden vedtagen urimelig Følge af Misligholdelse, samt i § 38 om Adgang til at tilsidesætte visse af Konkurrencehensyn truffne Vedtagelser om Udelukkelse fra at drive en vis Virksomhed. Ny er endvidere § 17 om Uvirksomhedserklæring af Fuldmagter og maaske ogsaa Bestemmelsen i § 21 om Betydningen af Fuldmagtgiverens Død.

Næstefters Spørgsmaalet om Retsforandring forelaa da navnlig det, som er disse Forelæsningers Hovedemne: *hvilke Retsregler burde man lovfæste, og hvilke Principer burde man følge ved Lovbudenenes Affattelse*. Ved Afgjørelsen heraf fulgte man netop det System, som jeg ovenfor har beskrevet som det for nordisk Ret ejendommelige. *Man blev i det gamle Spor og søgte at bøde paa Mangler ved Systemets hidtidige Gjennemførelse*.

Som sagt, man var enig om ikke at tilsigte en udtømmende Ordning. At en saadan ikke er givet, fremgaar klart af Lovbudenenes Indhold. En Følge heraf er den vigtige Fortolkningsregel, at man maa være meget varsom med Modsætningsfortolkning fra de givne Bestemmelser. Jeg kommer senere tilbage til dette ved Omtale af Loven om Aftaler. Her skal nævnes et Eksempel fra Loven om Kjøb. I dennes § 23 udtales om Forsinkelse med Levering af en individuelt bestemt Ting, at Sælgeren er erstatningspligtig, med mindre det oplyses, at Forsinkelsen ikke kan

tilregnes ham. I en systematisk Kodifikation maatte der, forsaavidt Lovgivningen ikke indeholder andre Bestemmelser om Æmnet, fra denne Lovudtalelse modsætningsvis sluttes, at Sælgeren er ansvarsfri, naar han 156 oplyser, at Forsinkelsen ikke kan tilregnes ham. At man ved denne Slutning vilde komme i Strid med hidtil gjældende Ret om Salg og med de for Kontraktsforhold i Almindelighed gjældende Regler, er klart. Det er en given Ting, at Skyldneren, som ikke opfylder sin Forpligtelse i rette Tid, i mangfoldige Tilfælde, selv om Ydelsen er individuelt bestemt, er erstatningspligtig, uanset at Ikke-Opfyldelsen ikke kan tilregnes ham. Men den omtalte Slutning er da ogsaa utilstedelig, netop fordi Loven gennem sit Indhold viser sig ikke at være en systematisk Kodifikation. Fortolkeren maa overfor Lovbestemmelserne staa som overfor anden velovervejede Viljestilkjendegivelse. Altsaa kan der af Lovbudet angaaende de Tilfælde, at Skyldfrihed oplyses, ikke sluttes mere end dette, at Erstatningsansvar her ikke er anerkjendt som almindelig Regel.

Medens altsaa en udtømmende Ordning ikke tilsigtedes, stod det paa den anden Side saaledes, at Kommissionerne ikke beherskedes af nogen Tendens imod Lovsformen. Den ledende Grundsætning maatte, i Overensstemmelse med hvad tidligere er fremhævet, være den at give og kun at give Lovregler paa Omraader, hvor man var paa det Rene med, at Lovsformens Fordele overvejede dens Betæneligheder. Den første Betingelse for Lovfæstelse af en Regel var herefter den, at man ifølge Retslivets Erfaring havde tilstrækkelig Oversigt til at afgjøre, hvorledes Regelen skulde være. Og Regler, som saaledes havde Erfaringens Vidnesbyrd for sig, optog man ikke til Lovfæstelse, blot fordi man var sikker paa deres Rigtighed, men kun naar Lovfæstelsen havde nogen Interesse for Sikkerhedshensynet. Det ganske selvfølgelig og almenanerkjendte lovfæstedes altsaa i Almindelighed ikke, medmindre dets Udtalelse paakrævedes af Sammenhængen med en anden Retsregel, som det fandtes paakrævet at lovfæste. Det almindelige Motiv til Lovfæstelse af en Regel har i Overensstemmelse med det tidligere paaviste været det, at der har hersket Tvivl om Regelen. Men ogsaa de andre tidligere omtalte Hensyn have været bestemmende; saaledes internationale og tekniske Hensyn. Ofte have flere af disse Grunde været samvirkende, saaledes med Hensyn til Bestemmelserne om For-

sendelsesklausulers Forstaaelse i Loven om Kjøb, § 62—65; Forstaaelsen af Klausulerne fob og franco (frit) paa et angivet Sted har været omtvistet, og overhovedet fandtes det ønskeligt, selv hvor der indenfor de nordiske Lande ikke var nogen Tvivl om Forstaaelsen, at slaa den nordiske Forstaaelse fast, saa at Omverdenen kunde vide Besked. I Loven om Afbetalingskjøb, der skabtes af Ønsket om Retsforandring, skyldes den detaillerede Affattelse en særlig Trang til nogenlunde let haandterlige Gjennemsnittsregler.

Hvad endelig Formuleringsspørgsmaalet angaar, anvendtes der for det første særlig Omhu paa at gjøre Bestemmelserne klart almenforstaaelige ogsaa for Lægmand. Dernæst søgte man ved Affattelsen at værne om det, jeg har betegnet som *in integrum restitutio*-Begrænsningen. Om denne værnedes der allerede gennem den ved Reglers Optagelse til Lovfæstelse udviste Forsigtighed, men tillige stræbte man ved Affattelsen af den enkelte Regel at undgaa at give de lovfæstede Regler en for absolut Affattelse, der kunde være til Hinder for deres Begrænsning ved eventuel fornøden Formaalsfortolkning. At saadan Fortolkning vilde blive anvendt som hidtil ogsaa overfor de nye Loves Bestemmelser, gik man ud fra som selvfølgeligt. Og Erfaringen har allerede stadfæstet, at det blev saaledes. Som Eksempel kan for Danmarks Vedkommende nævnes Stillingen overfor den for Danmark særlige Bestemmelse i Loven om Kjøb §§ 25, 30, 45 om, at Udfaldet af et ved autoriseret Mægler foretaget Kjøb eller Salg skal være bestemmende for Opfyldelsesinteressens Beregning. Det er i Praksis antaget, at Sælgeren ikke kan paaberaabe sig denne Bestemmelse, naar han ved Salget har handlet i Strid med *bona fides* (se Dom i U. f. R. 1910. 826). Undertiden har man endog søgt gennem Lovbudenets Formulering at give *in integrum restitutio*-Begrænsningen en ligefrem Støtte; jeg kommer tilbage hertil under den særlige Omtale af Loven om Aftaler.

VI.

Jeg skal nu slutte med en *Oversigt over Loven om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade* (Aftl.) i Belysning af det tidligere fremstillede.

Om det Retsfællesskab, der er skabt ved denne Lov, og om de Retsforandringer, som den indeholder, har jeg tidligere talt.

At Aftl. ikke sigter paa at være udtømmende paa de Omraader, som 158
den omhandler, altsaa ikke er systematisk Kodifikation, *viser sig klart af dens Indhold.* Helt igjennem indeholder den kun spredte Regler, for hvis Lovfæstelse særlige Grunde tale. Kap. 1 giver ikke Regler for Viljeserklæringer *inter vivos* i Almindelighed, men kun for Tilbud, Svar paa Tilbud og Tilbagekaldelse af disse Erklæringer. End ikke de saa detaillerede Bestemmelser i Kap. 2 om Tilbagekaldelse af Fuldmagt ere udtømmende; der gives mange andre Fuldmagter end de af §§ 13—16 og § 18 omfattede. At Kap. 3 ikke giver en udtømmende Angivelse af Ugyldighedsgrunde, fremgaar klart deraf, at saadanne almenanerkjendte Ugyldighedsgrunde som uægte Vildfarelse, Umyndighed, Strid med Lov og Ærbarhed ikke ere nævnte. *Altsaa* maa man ved Anvendelsen af Aftl. være *meget varsom med Modsætningsfortolkning.* Hvorvidt f. Eks. urigtige Forudsætninger (uægte Vildfarelse) eller retsstridig Fremkaldelse af Løfter, som hverken er Tvang (§§ 28 og 29) eller Svig (§ 30), gjøre Retshandelen ugyldig, ere Spørgsmaal, som Aftl. ganske lader aabne. Retslivets Erfaring afgav ikke Oplysninger tilstrækkelige til disse Spørgsmaals Besvarelse i Lovsform.

Grænselinierne ved Afgjørelsen af, om en Regel burde lovfæstes eller ikke, vise sig ved en Betragtning af Lovens Indhold at være dragne efter de tidligere omtalte Hensyn. *Ingen Regel er lovfæstet, uden at særlige Grunde talte for Lovfæstelsen.* Men undertiden have disse Grunde kun været redaktionelle, idet Lovfæstelsen af en Regel, som paakrævedes af materielle Grunde, voldte redaktionel Vanskelighed, hvis ikke ogsaa en anden Regel lovfæstedes. Saaledes forklares f. Eks. Optagelse af § 4. 1. Stk. og § 6. 1. Stk., der motiveres som en redaktionelt ønskelig Indledning til Bestemmelserne i § 4. 2. Stk. og § 6. 2. Stk. Regelen, at Tilbud er forpligtende, findes lovfæstet i den danske og svenske Lovs § 1, men ikke i den norske. Lovfæstelsen var forsaavidt overflødig, som Regelen uomtvistet er anerkjendt i de nordiske Lande og desuden modsætningsvis fremgaar af andre Paragrafer i Loven. Naar den dog optoges i den danske og svenske Lov, skyldes dette redaktionelle Hensyn og tillige Ønskeligheden af, overfor andre Retsforfatninger, som

159 ikke anerkjende Tilbud som forpligtende, f. Eks. den engelske, at klargjøre nordisk Rets Standpunkt. *Den almindelige Grund for Lovfæstelsen har været en eller anden Tvivl, som ønskedes fjærnet.* Dette Hensyn motiverer f. Eks. ogsaa Lovfæstelserne i § 7 og § 32. 1. Stk., som jeg straks nærmere skal omtale, og i §§ 28—30. At Erklæringer, som ere fremkaldte ved Tvang eller Svig, ere ugyldige, var ganske vist uomtvistet anerkjendt, men der var nogen Tvivl — tildels ogsaa Divergens imellem svensk Ret paa den ene Side og dansk-norsk Ret paa den anden Side — om, hvorvidt disse Ugyldighedsgrunde virke *in rem* eller kun *in personam*.

Hvad endelig Affattelsen af Lovbestemmelserne angaar, skulle Bestræbelserne for at værne om den materielle Retfærdighed oplyses ved en Redegjørelse for Bestemmelserne i § 7 og § 32. 1. Stk., der angaar Aftalelærens to Hovedpunkter: Løftettheori contra Overenskomsttheori og Tillidstheori contra Viljestheori.

I førstnævnte Henseende udtaler § 7, at Tilbud er bortfaldet, saafremt Tilbagekaldelse kommer frem til den anden Part, forinden eller samtidigt med, at Tilbudet kommer til hans Kundskab. Der fjærnes herved en Tvivl, som har været fremme, om det afgjørende Tidspunkt er det, da Tilbudet er kommet frem til den anden Part (saaledes f. Eks. B. G. B. § 130), eller det, da det er kommet til hans Bevidsthed, og Spørgsmaalet afgjøres i sidstnævnte Retning. Heri ligger to Retssætninger: en Tilbagekaldelse, som kommer frem forinden eller samtidig med, at Tilbudet kommer til Adressatens Kundskab, tilintetgjør Tilbudet, og en Tilbagekaldelse, som kommer frem efter dette Tidspunkt, tilintetgjør ikke Tilbudet. Man kunde nu lovfæste begge disse Sætninger eller en af dem; man valgte at lovfæste alene den første. Af denne Lovfæstelse kan nu, som tidligere oplyst, ikke sluttes, at en Tilbagekaldelse, som først kommer frem til den anden Part, efter at Tilbudet er kommet til hans Kundskab, altid er uden Betydning, men kun at dette i Almindelighed vil være Tilfældet. Der er saaledes holdt aaben for Domstolene en Adgang til, uanset at Tilbagekaldelsen først er kommet frem efter det i Almindelighed afgjørende Tidspunkt, at erklære Tilbudet for bortfaldet, hvor dette ifølge særlige Omstændigheder maatte være paakrævet af materiel Retfærdighed.

Paa tilsvarende Maade motiveres Formuleringen i § 32. 1. Stk. Til- 160
lidsttheoriens to Hovedregler ere disse: har Løftegiveren af en Fejl-
tagelse udtalt noget andet, end han mente, er Løftet ugyldigt, hvis Vil-
jesmangelen var kjendelig for Løftemodtageren, men uanset Viljes-
mangelen er Løftet gyldigt, naar Løftemodtageren var i god Tro. Man
kunde, dersom man overhovedet vilde give Lovregel paa dette Punkt,
udtale enten begge disse Sætninger eller en af dem. At give en Lov-
regel fandtes paakrævet af den Grund, at der i nordisk Retslitteratur
findes Tilhængere af Viljestheorien, medens der paa den anden Side
indenfor Kommissionerne var Enighed om, at Erfaringen havde
stadfæstet Tillidstheoriens Regel som den efter almindelig nordisk
Retsopfattelse paakrævede. Man valgte at give kun den første af
de nævnte Regler Lovsform. Dels gjaldt det ifølge Overskriften over
Kap. 3 formelt at angive Ugyldighedsgrunde. Dels var man ikke
sikker paa, at Gyldighedsregelen, Regelen, at Erklæringer trods Vil-
jesmangel ere gyldige, naar Løftemodtageren var i god Tro, bør gjæl-
de ubetinget. Navnlig med Hensyn til Gaver og Retshandler, hvor
Ydelse og Vederlag staar i aabenbart Misforhold til hinanden, var man
ikke sikker paa, om ikke Viljestheoriens Regel burde foretrækkes. Man
valgte altsaa en Formulering, hvoraf der vel maa sluttes, at Viljesmangel
hos Løftegiveren i Almindelighed er uden Betydning, naar Løftemod-
tageren var i god Tro, men som paa den anden Side ifølge Lovens Ka-
rakter i Almindelighed ikke tvinger til den Slutning, at dette altid er saa.
Man holdt en Adgang aaben for Domstolene til under særlige Omstæn-
digheder at fravige Tillidstheoriens Regel. Tilsvarende Hensyn skyldes
Affattelsen i § 30. 1. Stk. og § 31. 2. Stk.

I denne Forbindelse skal jeg endnu nævne Bestemmelsen i § 39.
Efterat det i denne Bestemmelses første Punktum er udtalt, at det, naar
en Viljeserklærings forbindende Kraft ifølge denne Lov er afhængig af
god Tro hos den, til hvem den er afgivet, kommer an paa hans Viden
paa det Tidspunkt, da Erklæringen blev ham bekjendt, følger Paragrafens
2. Punktum hertil en Begrænsning. Der kan under særlige Omstændig-
heder ogsaa tages Hensyn til Kundskab hos Erklæringsmodtageren, som
han har faaet senere, men forinden Viljeserklæringen har virket bestem-

161 mende paa hans Handlemaade. Som det vil ses, er der hermed ligefrem i Lovsform givet visse Bestemmelser i Aftl. Kap. 3 en *in integrum restitutio*-Begrænsning.

Nordisk Rets Løsning af Problemet om Lovsformens Funktion paa Formuerettens Omraade i dens Sammenspil med Retsvidenskab og Praxis har altsaa et Særpræg, som er skabt af fællesnordisk Retsfølelse. Jeg haaber, og jeg tvivler ikke om, at dette Særpræg vil blive bevaret under fremtidigt Arbejde paa nordisk Fælleslovgivning. Men ikke alene dette.

Naar Verdenskrigen er endt, og Forholdene atter ere faldne i Ro, vil sikkert Arbejdet paa Fælleslovgivning for Kulturstaterne i Almindelighed blive gjenoptaget og udvidet. Er det nu rigtigt, hvad jeg i disse Forelæsninger har oplyst, at nordisk Retsopfattelse har skabt en ejendommelig lykkelig Løsning af Problemet om Lovsformens Funktion, foreligger der for de nordiske Lande forsaavidt en ejendommelig smuk Opgave under Verdensrettens Udarbejdelse. *Viribus unitis!*

Nogle Bemærkninger om Definitioner i Retsliteraturen

(Festskrift för friherre R. A. Wrede. Utgiven av Juridiska föreningen i Finland (Helsingfors 1921), S. 23—37. Jfr. ogsaa Ugeskrift for Retsvæsen 1923 B S. 310—22.)

I.

Der tales i det følgende om Definitioner i *Retsliteraturen*; Definitioner 23 i Lovgivningen ligge ganske udenfor Undersøgelsen. Og der tages Sigte paa Benyttelse af og Diskussion om Definitioner i *Fremstillinger*, hvis *Formaal er Redegjørelse for gjældende Retssætninger*. I vidt Omfang benytte Forfattere sig af Definitioner for at lette sig Fremstillingen og for at klargjøre og give Oversigt over deres Opfattelse af gjældende Ret. Herimod er i og for sig intet at indvende. Men mange Kjendere af Retsliteraturen ville finde, at Forfatterens Redegjørelse for hans Definitioner ofte breder sig altfor stærkt paa Bekostning af den direkte Undersøgelse af den gjældende Rets enkelte Retssætninger, saa at denne dels faar en noget stedmoderlig begrænset Plads og kommer i en skjæv Stilling som Led i Redegjørelser for Definitioner, dels ligefrem forsummes, idet det fornødne Arbejde menes at være gjort gennem Definitionens Opstilling. Endvidere finder man, at Diskussionen i Retsliteraturen ofte for meget bliver en Kamp med andre Forfatteres Definitioner, der trænger den direkte Forhandling om enkelte Retssætninger i Baggrunden og ikke virker fremmende paa Erkjendelsen af disse. Det viser sig, at denne Strid om Definitioner jævnlig er ret uklar og reelt tom og unyttig. Man finder sig paa Ørkenvandring gennem 24 al denne Redegjørelse for og Debat om Definitioner. Disse Anker have utvivlsomt været højst berettigede overfor tidligere Tidens Retsliteratur,

men de ramme ogsaa Fremtoninger i Nutidens. Der skal da i det følgende søges givet nogle Bidrag til Oplysning om de formentlig rette Love for Retslitteraturens Opstilling af og Debat om Definitioner. Af Vigtighed herved bliver en Sondring mellem forskellige Arter af Definitioner, navnlig mellem Terminologidefinitionen og det egentlige Retsbegreb. Denne Inddeling af Definitionerne er ikke udtømmende, se om en tredje Art nedenfor under V, men kun de to førstnævnte Arter falde indenfor denne Undersøgelses Ramme. Ofte vil en og samme Definition have flere Arters Egenskaber.

II.

Ved Terminologidefinitioner forstaar jeg Forfatterens Tilkjendegivelse af, hvad han mener med en vis, i hans Fremstilling benyttet Betegnelse. En saadan Definition vil i vidt Omfang være paakrævet af Læreøjemed, navnlig i Fremstillinger for Begyndere i Retsvidenskaben, allerede af den Grund, at den almindelige Sprogbrugs Terminologi ikke falder sammen med Retslitteraturens. Denne trænger til Betegnelser, som ikke almindeligt forekomme udenfor den og derfor ikke kunne forudsættes almenkjendte. Og Betegnelser benyttes i Retslitteraturen ofte i anden Betydning end udenfor denne. Men ogsaa andre Grunde kunne motivere Opstilling af og Redegjørelse for en Terminologidefinition. Saaledes den Omstændighed, at en Betegnelse faktisk i Retslitteraturen forekommer som benyttet i forskellige Betydninger. For Fremstillingen i Tingsretten vil det ifølge Literaturtilstanden, der udviser saa forskellige Betydninger af Betegnelsen »Besiddelse«, være fornødent, at Forfatteren gør Rede for, i hvilken Betydning han i sin Fremstilling vil have denne Betegnelse forstaaet. Og naar nye Veje brydes, vil Forfatteren kunne trænge til en Betegnelse for Kjendsgjeninger og Forhold, som den tidligere Literatur ikke har fundet Anledning til at fremdrage. Over-

25 hovedet vil Definitionen af en vis Betegnelse være paa sin Plads, hvis det ikke uden en Redegjørelse kan forudsættes at være klart for dem, for hvem Fremstillingen er beregnet, hvad Forfatteren mener med den. I Lærebøger vil der i Almindelighed være et mere udstrakt Behov for Terminologidefinitioner end i de for viderekomne bestemte Monografier, men ogsaa i saadanne bliver der naturlig Plads for dem.

Saavidt om det naturlige Omraade for Terminologidefinitionens Frem-sættelse. Love for dens Tildannelse blive navnlig, at den er klar, d. v. s. at den utvetydigt tilkjendegiver, hvad Forfatteren mener med den definerede Betegnelse, og at den ikke unødigt fjærner sig fra almindelig Sprogbrug. Endvidere maa det kræves af den, at den ikke lader nogen Tvivl tilbage om, at den kun skal være en Terminologidefinition, se nærmere nedenfor. Udførlige »Begrundelser« af Terminologidefinitionen ville være ufornødne; naar de forekomme, vil det, som det nærmere oplyses i det følgende, ordentligvis bero paa Uklarhed. En Kritik af andre Forfatters Terminologidefinition kan efter det anførte gaa ud paa, at den er ufornøden eller uklar i ovennævnte Forstand, eller at den er sproglig uklar. Det vilde være en Misforstaaelse at lade Debatten strække sig videre. Ganske vist kunde det synes, at der endnu paa ét Punkt kan være Grund til en Kritik af Terminologidefinitioner, nemlig i den Retning, at Definitionen er uheldig, fordi Fremdragelsen af det definerede Forhold ikke virker fremmende for Erkjendelsen af det til Behandling foreliggende Emnes Retsregler. Men det vil af det følgende fremgaa, at Retslitteraturens Holdning overfor denne Side af Definitionen bør være en direkte Granskning af disse Retsregler, uden at man opholder sig videre ved Definitionen. Det stilles altsaa som en Fordring til den Retsliteratur, hvis Formaal er Fremstilling af gjældende Ret, at den ikke belemrer sig med Begrundelse af egne og vidtløftig Bekæmpelse af andres Terminologidefinitioner. Det vil i det hele være tilstrækkeligt, at hver Forfatter gjør Rede for sin egen Terminologi.

Thi overfor den rene Terminologidefinition kan der selvsagt ikke rejses nogen Strid om dens Rigtighed eller Urigtighed i Forhold til gjældende Ret. Ved Rigtighed og Urigtighed sigtes her og i det føl- 26 gende, hvor ikke andet fremgaar af Fremstillingen, til rigtig eller urigtig Redegjørelse for gjældende Ret. Men om gjældende Ret indeholder Terminologidefinitionen som saadan netop aldeles intet. Som klart Eksempel paa rene Terminologidefinitioner hidsættes: »Som Forfaldstid betegnes det Tidspunkt, paa hvilket Fordringshaveren kan fordre Ydelsen erlagt, som Handlingstiden det Tidspunkt, paa hvilket det er Skyldnerens Pligt at erlægge, og som Frigjørelsestiden det Tidspunkt, paa hvilket Skyldneren opnaar Ret til Frigjørelse ved Opfyldelse«. I

almindelig Sprogbrug benyttes »Forfaldstid« som Fællesbetegnelse for disse Tidspunkter. Men ifølge deres forskellige Funktion har Fremstillingen af den for Fordringsrettigheder gjældende Ret Behov for Særbetegnelser for hver af dem. Nogen Angivelse af eller Antydning af gjældende Ret indeholde disse Definitioner intetsomhelst om. Endvidere: »Solidariske Skyldforhold foreligge dels (passivt), naar flere ere hver for sig fuldt ud forpligtede til Erlæggelse af samme Ydelse, saaledes at fuldstændig Erlæggelse af denne fra en af Skyldnernes Side frigjør de andre, dels (aktivt), naar flere ere berettigede med Hensyn til samme Ydelse, saaledes at hver for sig har Ret til det hele, og at den enkeltes Modtagelse af Ydelsen bringer de andres Ret til Ophør.« Denne Definition udsiger intetsomhelst om de for solidariske Skyldforhold i den paagjældende Retsforfatning gjældende Retsregler, den udsiger ikke en Gang, at saadanne Forhold overhovedet forekomme i denne, hvilket med Hensyn til de aktive Forhold vel kan betvivles for dansk Rets Vedkommende. Definitionen antyder, at der i Fremstillingen vil blive rejst Spørgsmaal om deslige Forholds Forekomst og Retsregler, men videre gaar den ikke. En Debat om Rigtigheden af saadanne Definitioner har ingen Gjenstand.

Imidlertid ses det, at stor Plads i Retslitteraturen fyldes af Debatter om Rigtigheden af Definitioner, som kun sigte paa at være Terminologidefinitioner. Dette er ikke vanskeligt at forklare. En Terminologidefinition vil ofte tillige være noget mere eller dog med Grund blive opfattet som noget mere, nemlig et egentligt Retsbegreb, d. v. s. den vil tillige indeholde Tilkjendegivelse om eller dog Antydning af Forfatterens Opfattelse af gjældende Retsregler. Dette kan være tilsigtet 27 fra Forfatterens Side. Definitionen: »Fuldmagt er en Erklæring fra Fuldmagtsgiverens Side til Tredjemand« (den Tredjemand, med hvem Retshandel tilsigtes indgaaet gennem Fuldmægtigen), lyder maaske som en ren Terminologidefinition, som en Tilkjendegivelse af, at Forfatteren i sin Fremstilling benytter Betegnelsen Fuldmagt om og kun om en saadan Erklæring. Den kan da højst give Anledning til en Kritik, som gaar ud paa, at denne Terminologi ikke stemmer med almindelig eller Lovgivningens Sprogbrug. Men netop med den omtalte Definition tilsigtes der ordentligvis at sige noget mere. Meningen vil

i Almindelighed være tillige at tilkjendegive en Retsregel, nemlig at angive det som en efter den gjældende Ret fornøden Forudsætning for Fuldmagtsgiverens Bundethed overfor Tredjemand ved Mellemandens Retshandel med denne, at Fuldmagtsgiveren har afgivet en Erklæring til Tredjemand om at ville være bundet ved Mellemandens Retshandel. Overfor denne saaledes paastaede Retssætning kan naturligvis en Realdebat være paa sin Plads, men den vedkommer os ikke her, se herom under III. Her bliver derimod at erindre om, at Definitioner, der fra Forfatterens Side kun have terminologisk Formaal, ofte ville give Anledning til den Forstaaelse af dem, at de sigte tillige paa Tilkjendegivelse angaaende gjældende Retssætninger. Forfatteren affatter uvilkaarligt sine Terminologidefinitioner paa Grundlag af hans Forestilling om gjældende Ret. Denne Forestilling glider ubevidst ind i Definitionens Formulering, og dennes Affattelse bliver da saaledes, at den forstaas som indeholdende Tilkjendegivelse om eller dog Antydning af gjældende Ret. At Definitionen saaledes naturligt kan forstaas som sigtende paa noget ved Opstillingen ikke tilsigtet, er naturligvis en Mangel paa fornøden Klarhed ved Definitionens Affattelse. Og det viser sig, at denne Uklarhed i vidt Omfang har givet Anledning til vidtløftige og lidet nyttige Realdebatter. Det er derfor i det foregaaende fremhævet som en væsentlig Fordring til en Terminologidefinition, at den klart tilkjendegiver kun at være dette.

Det sagte skal nærmere oplyses ved et Eksempel, som fremsættes i Formuleringer, hentede fra dansk Retsliteratur, men som forøvrigt dækker over ganske tilsvarende Tilsyneladelser i andre Retsforfatningers Literatur. I Tilslutning til Goos bestemmes den i Forhold til et 28 Retsgode retsstridige Handling som en Handling, der har en vis Evne til at medføre en Forstyrrelse af Retsgodet (er farlig for Retsgodet), og som ikke desuagtet ifølge dens Nødvendighed eller Nyttighed bør være tilladt. Og denne Afvejelse af Fare og Nyttehensyn tænkes, hedder det, foretaget af en med de paagjældende Livsforhold erfaren, fornuftig og hæderlig Mand (en god Mand, bonus paterfamilias), der forudsættes at kjende alle i Betragtning kommende Omstændigheder, *som overhovedet kunne kjendes af Mennesker*. Mod dette sidste Led i Definitionen — der tales her kun om dette; se om Definitionens

Hovedindhold ndfr. under V — har der fra mange Sider rejst sig Indvendinger; det gjøres gjældende, at Definitionen her er »urigtig«, og f. Eks. at kun Omstændigheder, der vare kjendelige for en god Mand i den foreliggende Handlingssituation, bør komme i Betragtning ved Afvejelsen. Som den omtalte Definition fremtræder i Retsliteraturen, vil det nu undertiden kunne være tvivlsomt, om den tilsigter alene at være en Terminologidefinition, eller om den tilsigter noget mere, eller om Forfatteren maaske selv har været uklar i saa Henseende. Efter den første Opfattelse er Definitionen kun Udtryk for, at Forfatteren til Lettelse af følgende Fremstillinger trænger til en særlig Betegnelse for det af Definitionen beskrevne; der udsiges med den intet om Retsregler. Der udsiges saaledes intet om, at nogen af de Retsvirkninger, der almindeligvis betegnes som Retsbrudsvirkninger, knytter sig netop til det definerede Forhold. Mod denne Forstaaelse kan ikke paa Forhaand indvendes, at Definitionen, eller rettere Fremdragelsen af det definerede Forhold til Definition, efter denne Forstaaelse bliver urigtig eller vildledende eller dog værdiløs. Selv om ingensomhelst Retsbrudsvirkninger knytte sig til det definerede Forhold i og for sig, kan Definitionen være nyttig for og paakrævet af Forfatterens Fremstillinger. Og fortjenstfuld vilde den navnlig være, dersom det gennem Definitionen er lykkedes Forfatteren at fremdrage et for al Retsbrudsvirkning fælles Begreb, nemlig, — idet der forudsættes intet at være udsagt af Definitionen om enkelte Retssætninger, — i den Forstand, at det definerede Forhold

29 muligvis i og for sig, muligvis med et Plus, muligvis med et Minus (se om Forstaaelsen af denne Minusbetegnelse nedenfor; Betegnelsen er lidet dækkende, men en bedre kunde ikke findes) er Grundlaget for al Retsbrudsvirkning. Der vil da gennem Definitionen være vundet en værdifuld Klarhed over og Lettelse af Fremstillingen af de enkelte Retsbrudsvirkninger. En Debat angaaende Definitionens Rigtighed vil, naar den forstaas paa den her omtalte Maade, være udelukket som gjenstandsløs. Realdebatten maa nødvendigvis rette sig imod Forfatterens Redegjørelse for de enkelte Retsbrudsvirkningers Betingelser, saavidt saadan Redegjørelse overhovedet forefindes. Saalænge Forfatteren ikke har tilkjendegivet noget om det Plus eller Minus overfor det

definerede Forhold, som er bestemmende for den enkelte Retsbrudsvirkning, vil en Realdebat ikke have nogen Gjenstand.

Oftest forstaas imidlertid den omtalte Definition paa den anden Maade som indeholdende tillige en Tilkjendegivelse om Retsregler, og Landene over diskuteres Rigtigheden af den og dens Brødre i andre Retsforfatninger vidt og bredt. Selve Ordet »retsstridig«, der tilmed sættes i Modsætning til »tilladelig«, antyder ret stærkt som Meningen med Definitionen at tilkjendegive som Forfatterens Opfattelse, at der ifølge den gjældende Ret, som Fremstillingen sigter paa, reageres paa en eller anden Maade mod de af Definitionen beskrevne Handlinger. Men i hvert Fald angiver Definitionen ikke noget om, for hvilke Retsbrudsvirkninger dette skulde gjælde. I Virkeligheden vil et Overblik over den gjældende Ret vistnok vise, at ingen Retsbrudsvirkning knytter sig til de definerede Handlinger i og for sig. De Virkninger, der snarest kunde være Tale om, skulde vel være Adgang til Nødværge og til Nedlæggelse af Forbud. Men en Betingelse for Udøvelsen af Nødværge anerkjendes det yderligere at være i alt Fald, at den af Handlingen fremkaldte Fare er overhængende, og fra forskjellig Side menes det, at ogsaa yderligere Betingelser bør opstilles. Ogsaa Adgangen til at nedlægge Forbud forudsætter mere end det, der af Definitionen betegnes som retsstridig Handling, og paa den anden Side maa der ved Angivelsen af Betingelserne for Forbuds Nedlæggelse føjes et Minus til Definitionen, idet den retsstridige Handlings Foretagelse ikke er fornøden som en Betingelse, men Bebudelsen af dens Foretagelse vil være tilstrækkelig. Alt dette kan f. Eks., naar Definitionen fremsættes i dansk 30 Retsliteratur, fornuftigvis ikke antages miskjendt af Forfatteren. Definitionens mulige Tilkjendegivelser angaaende gjældende Ret maa følgelig opfattes som ganske foreløbige og ubestemte og derfor uegnede til Gjenstand for en Realdebat.

Det omhandlede Eksempel skulde, i Fortsættelse af, hvad tidligere er bemærket om Literaturens rette Holdning overfor den rene Terminologidefinition, oplyse, at dette ogsaa gjælder for den Definition, der tillige maatte antyde Forfatterens Opfattelse af Retsregler, naar denne Antydning ikke kan antages tilsigtet fra Forfatterens Side. Selve den Omstændighed, at Tilkjendegivelsen angaaende visse Retsregler ikke

kan antages tilsigtet, eller at Forfatteren selv i saa Henseende har været uklar, gjør det tvivlsomt, om den antydede Retsregel er endelig overvejet og vil blive definitivt fastholdt af Forfatteren. Optagelsen af en Realdebat overfor saadanne Definitioner vil saaledes let blive en Kamp mod Vejrsmøller, idet der paadattes Definitionens Fremsætter Opfattelser af gjældende Ret, som ikke i Virkeligheden ere hans. Holdningen overfor Definitioner af denne Art bør altsaa, ligesom overfor den rene Terminologidefinition, være den, at man ikke opholder sig meget ved dem, men slaar sig til Ro med, at det maa være hver Forfatters Sag at tilदानne sin Terminologi, som han vil.

Hvad her er sagt om utilsigtede Realdefinitioner, bestyrkes yderligere ved, hvad der under III vil blive bemærket om Retsbegrebets Antydning af gjældende Ret.

III.

I Modsætning til Terminologidefinitionen stiller jeg den Definition, som er en Tilkjendegivelse fra Forfatterens Side angaaende hans Opfattelse af gjældende Retssætninger, og som saaledes er et *egentligt Retsbegreb*, idet den er en Sammenfatning af flere Retsregler i en samlet Tilkjendegivelse, en Konstruktion. At Dannelsen og Benyttelsen af saadanne Retsbegreber er et nødvendigt Middel for Retslitteraturen 31 til Lettelse for Forfatteren og til Oversigt for Læseren, vil det være ufordødent at paavise.

Det kan nu tænkes at være Forfatterens Mening med Opstillingen af Retsbegrebet, at det kun skal være en Tilkjendegivelse i klar Form af visse angivne Retssætninger. Ere disse rigtige, og er det opstillede Retsbegreb et træffende Udtryk for dem, er alt i Orden. En Kritik af Retsbegreber af denne Art kan rette sig mod selve Definitionens Affattelse; en Debat herom vil, idet de Retsregler, som Definitionen skal tilkjendegive, ere angivne, være af ganske underordnet Betydning for Fastsættelsen af gjældende Ret og bør indskrænke sig til korte Bemærkninger. Tilbage som Kritikgjenstand blive iøvrigt selve de angivne Retssætninger, der frembyde sig til direkte Diskussion uden Hensyn til Definitionen, jfr. ndfr. under IV.

Men ordentligvis har Opstillingen af Retsbegrebet et andet Formaal. Forfatterens Mening med Opstillingen er, at han paa Grundlag af visse for et Æmne utvivlsomt lovhjemlede eller iøvrigt almenanerkjendt gjældende Retsregler, eller paa Grundlag af visse angivne Retsregler, som han antager gjældende for Emnet, vil give Oplysning om andre Retsregler, om de for Emnet i al Almindelighed gjældende Retsregler. F. Eks. Modregningsinstituttet søges defineret. Man tager sit Udgangspunkt i visse for Modregning almenanerkjendte, angivne Retsregler. Det er almenanerkjendt, at den, der har en Pengefordring paa sin Pengekreditor, under visse Betingelser kan bringe sin Skyld til Ophør ved Tilkjendegivelse til Kreditor om, at denne betragtes som fyldestgjort ved Opgivelse af Modfordringen, som haves paa ham, medens en tilsvarende Beføjelse ikke tilkommer en Pengefordringshaver overfor den Kreditor, som har Krav paa andet end Penge. En Betingelse for denne Virkning af Modregningsbegjæringen er, at det Tidspunkt er kommet, da Kreditor er pligtig til at modtage Betaling, og at Skyldnerens Fordring er forfalden osv. Det findes, at alle disse Retsregler svare til de for Betaling gjældende. Man definerer saa — under forskellige Vendinger — Modregning som en Slags Betaling.

Forfatterens Mening med Opstillingen af denne Definition kan nu være, at uomtalte, ikke som Grundlag for Definitionen i Betragtning tagne Retsregler for Modregning ligefrem skulle være angivne ved Definitionen. De udfindes ved en simpel logisk Deduktion fra denne. Definitionen udsiger da, at de om Modregning gjældende Retsregler overhovedet ere tilsvarende til de om Betaling gjældende. Det er aabenbart, at en saadan Fremstilling af gjældende Ret er utilstedelig. Af den paa Grundlag af visse Retssætninger opstillede Definition kunne kun disse, ikke andre, med Sikkerhed udledes. Dette synes theoretisk almenanerkjendt, men alligevel praktiseres denne Fremstilling endnu i vidt Omfang i Retsliteraturen. Af den omtalte Definition sluttes f. Eks., at da en Fordringshaver ikke kan protestere imod at modtage Fyldestgørelse for, hvad A. skylder ham, ved at B. betaler ham Pengene, kan han heller ikke vægre sig ved, at B. giver ham Fyldestgørelse for A.'s Gjæld paa den Maade, at B. opgiver et Krav paa ham. Retsfølelsen vil ikke vedkjende sig denne Retssætning i dens Almindelighed, og den

viser sig da ogsaa, naar Spørgsmaalet optages til direkte Drøftelse af de for og imod den talende reale Grunde, at være urigtig eller i alt Fald meget tvivlsom. Naar den kritiserede Fremstillingsmaade, trods theoretisk Erkjendelse af dens Fejlagthighed, endnu bevidst eller ubevidst benyttes, finder dette tildels sin Forklaring deri, at den af et paa-lideligt og fornuftigt tildannet Retsbegreb udledede Retssætning i Virkeligheden ofte vil være rigtig, idet de samme reale Grunde, som ligge til Grund for de Retssætninger, der ere Definitionens Grundlag, og hvis Udslag altsaa har fundet Udtryk i Definitionen, ogsaa ville være bestem-mende for andre Retssætninger angaaende Emnet. Den af Definitionen udledede Retsregel vil med andre Ord ofte være rigtig ifølge Lovgivnin-gens Analogi eller ifølge Forholdenes Natur. Men usikker vil Slutnin-gen ud fra Retsbegrebet altid være, Fastsættelsen af Retsregler paa denne Maade hviler paa et forkasteligt »Ungefährprincip«. Og Benyt-telsen af Retsbegreber med den kritiserede Prætention virker slappende paa den reale Undersøgelse af Retsregler, som prætenderes tilkjende-givne gennem Definitionen. Idet Opstillingen af Retsbegreber som det her omhandlede altsaa simpelthen maa karakteriseres som et skade-ligt Overgreb, bliver der intet at sige om Lovene for deres Tildannelse;

33 Kritiken overfor opstillede Definitioner af denne Art bør principielt ind-skrænke sig til en simpel Protest mod Fremstillingsmaaden. De som Definitionens Grundlag angivne Retsregler frembyde sig til Realdis-kussion uden Hensyn til Definitionen, og Kritiken bør ikke opholde sig mere med at udlede uangivne Retsregler af Definitionerne til Drøf-telse end overfor de i det følgende omhandlede, efter rigtig Metode dannede Retsbegreber.

En Definition af et Retsinstitut, hvorefter de for dette gjældende Rets-regler som Helhed kunde udledes, vilde efter det anførte forudsætte en Oversigt over samtlige for Emnet gjældende Retsregler og en klar Gjengivelse eller dog Antydning af alle disse. Dette vil sige, at Rets-begreber i denne Forstand overhovedet ikke kunne opstilles. Thi en saadan Oversigt kan ikke have, og en Gjengivelse, der paa den ene Side tilstrækkelig klart aftegnede alle Retsreglerne og paa den anden Side udelukkede Muligheden for Slutning til urigtige Retsregler, vilde strande paa menneskelig Udtryksevnes Begrænsethed.

Medens Tildannelsen af Definitionen som Retsbegreb saaledes ikke kan eller bør stille sig som Maal at give en afgjørende definitiv Til-
kjendegivelse af det definerede Emnes Retsregler, maa dens Formaal
være at give en Oversigt over de til Grund for dens Affattelse liggende
Retssætninger som en foreløbig, retledende Vejledning til disse og andre
Retssætningers Erkjendelse. At Definitionen formaar at give en saadan
Vejledning, beror paa det tidligere bemærkede om, at de af en Definition
udledede Retssætninger faktisk ofte ville være rigtige ifølge Lovgiv-
ningens Analogi og Forholdenes Natur. Medens der ikke bør anstilles no-
get Forsøg paa at give en Antydning af samtlige for Emnet gjældende
Retsregler, maa Formaålet være at give et træffende Udtryk for Emnets
Hovedregler uden at give Anledning til nogen grundet Slutning om
urigtige Retsregler. Hvilke Regler, der i denne Henseende ville være
at behandle som Hovedregler, maa tildels afgjøres efter et Skjøn over
det foreliggende Behov. Regler, der for den almindelige Opfattelse,
selv om intet antydes om dem, kunne paaregnes at blive anerkjendte
som selvfølgelige, vil der være mindre Grund til at fremhæve eller an-
tyde i Definitionen end saadanne, som ikke umiddelbart vilde frembyde
sig som selvfølgelige, eller om hvis Rigtighed der staar Strid. Rets- 34
stillingen, som fremkommer ved den Retshandel, der almindeligt be-
tegnes som Pantsætning af en Fordringsret, defineres undertiden som
en Panteret over Fordringen, undertiden som en begrænset Succes-
sion i Fordringsretten. Efter det anførte maa der gives den førstnævnte
Definition Fortrinet, se herom en Anmeldelse i Svensk Juristtidning
1916, S. 415—417,¹ hvor jeg foreløbig har gjort Rede for min Opfat-
telse af Retskonstruktioners Værdi og Opgave. Det følger af det be-
mærkede, at det, selv om Lovgivningstilstanden forudsættes uforandret,
ikke er givet, at en og samme Definition til alle Tider er den fyldest-
gjørende; forandrede Tilstande i Literaturen kunne afføde forandret
Behov.

Angaaende Kritiken af opstillede Definitioner af den her omhandlede
Art har jeg i den ovennævnte Anmeldelse i Svensk Juristtidning anbe-
falet, at den retter sig ikke imod Definitionens Rigtighed, men mod dens

¹ Af *Östen Undén*: Om panträtt i rättigheter. Lund 1915.

Udg.'s Anm.

Formaalstjenlighed. Denne Udtalelse vil være nærmere klargjort ved den foranstaaende Fremstilling. Meningen har ikke været den, at Definitioner af denne Art overhovedet ikke kunne give grundet Anledning til en Realdebat. Er Definitionens Affattelse egnet til at vække Forestilling om, at Forfatterens Definition vedkjender sig en urigtig Retssætning, bør dette naturligvis paatales og kan give Anledning til en Realdebat. Men herom vil der ifølge disse Definitioners Karakter sjælden være Tale, og Realdebatten bliver i hvert Fald i Forhold til Kritiken af Definitionen en Sag for sig. Meningen med de omtalte Udtalelser er at advare mod en Kritik af de her omhandlede Definitioner som den, der har været almindelig overfor Definitioner, der prætendere at give afgjørende Oplysninger om Emnets Retssætninger. Denne Kritik har, hvad der i og for sig, naar man overhovedet tror paa Definitioner af saadan Art, kunde være naturligt, i Almindelighed været rettet mod Definitionens Rigtighed, saaledes at man søger at finde ud af den alt, hvad der logisk kan udfindes af den, og hertil knytter Undersøgelse af de saaledes uddragne Retssætningers Rigtighed. En saadan Fremgangsmaade, hvis Mislighed og Unyttighed iøvrigt er aabenbar, give Definitioner, som kun tilsigte Oversigt med foreløbig Vejledning, 35 ikke nogen Plads for. De give ingen Anledning til nøje Granskning af, hvilke Retssætninger, der muligvis logisk kunne udledes af Definitionen og Diskussion af dem. Kritiken af disse Definitioner maa rette sig mod Forsyndelse mod de ovenfor angivne Love for deres Affattelse, altsaa, — bortset fra den ovenfor omtalte Indvending, at Definitionen naturligt vil vække Forestilling om, at Forfatteren vedkjender sig en urigtig Retsregel — rette sig imod Definitionens Formaalstjenlighed. Kritiken maa gaa ud paa, at Definitionen ikke giver det klare, almindelige Billede af Retsreglerne, som der under forhaandenværende Forhold er Behov for.

IV.

Fremstillingen i det foregaaende skulde navnlig paavise, at Begrundelsen af Terminologidefinitioner og Retsbegreber, som opstilles, og Kritik overfor Definitioner, som ere opstillede, ikke bør indtage for megen Plads i Fremstillinger, hvis Formaal er Oplysning om de i en

vis Retsforfatning gjældende Retsregler. Det vil ses, at jeg ikke under- vurderer Værdien af en Definitionernes Theori — til denne skulde jo min Fremstilling være et Bidrag — men den bør henvises til Fremstilling for sig og principielt ikke indblandes i Fremstillingen af gjældende Ret. Naar de angivne Love for Definitioners Tildannelse og Bekæmpelse følges, naar Forfatteren ved Definitionens Opstilling gjør det klart, hvorvidt han tilsigter en Terminologidefinition eller Dannelsen af et egentligt Retsbegreb, naar han ved Terminologidefinitionens Opstilling afholder sig fra videre Begrundelse, naar han ved Retsbegrebets Tildannelse afholder sig fra de paa pegede Overgreb og klargjør, at Definitionen kun tilsigter en Oversigt med retledende Vejledning, og naar Kritikerne overfor opstillede Definitioner principielt følger den Regel at lade hver Forfatter skjømte sin egen Terminologi, naar han overfor Definitioner, hvis Karakter som Retsbegreb ikke sikkert kan antages tilsigtet, forsaavidt indtager tilbørlig Tilbageholdenhed, naar han overfor Retsbegreber, som prætere at være tilstrækkelig Hjemmel for Retsregler, forsaavidt forholder sig simpelthen afvisende, og naar han overfor Retsbegreber, som holde sig indenfor den tilladelige 36 Ramme, begrænser sig til Spørgsmaal om deres Formaalstjenlighed, vil den Plads, som Debat om Definitioner endnu indtager i Fremstillingen af gjældende Ret, stærkt begrænses.

Hertil maa endnu føjes en Slutningsbemærkning. Det er paa flere Steder i Fremstillingen omtalt, at Definitioner, om de end maa erkjendes ofte at have affødt ugrundet og ørkesløs Realdebat, dog jævnligt kunne give Foranledning til en Drøftelse af Retsreglers Rigtighed eller Urigtighed, men at denne Drøftelse bør være en direkte, en Sag for sig. Der sigtes ved denne sidste Bemærkning paa at advare imod Undersøgelsen af en Retsregel ud fra det Udgangspunkt, at der spørges, om den stemmer med en Definition eller ikke. Man vilde herved udsætte sig for en Ensidighed, for en Hæmmelse af Overblikket over alle de reale Hensyn, som maa bestemme Retsregelen, og over dens Funktion i Retslivet.

V.

Inddelingen af Definitionerne i Terminologidefinitioner og Retsbegreber er ikke udtømmende. Der forekommer Definitioner, hvis Formaal er at give et Udtryk for reale Hensyn, som bestemme et Forholds Retsregler. Fuldstændigt rene Eksempler paa saadanne Definitioner ville vistnok sjælden forekomme. I Almindelighed ville Definitioner med det omtalte Formaal glide mere eller mindre ind under de vejledende Retsbegreber. Deres Særkjende som Underart af disse vil da være en stærk Fremhævelse af de reale Hensyn og svag Antydning af Retsregler. Disse Definitioner ville ikke rammes af den foranstaaende Kritik. Denne Fremhævelse af reale Hensyn og den Debat, de kunne give Anledning til, kan kun være egnet til at bringe den nærmere Undersøgelse af Retsreglerne i det rette Spor. Som oplysende Eksempel paa saadanne Definitioner og deres Værdi henvises til den under II omtalte Definition af den retsstridige Handling efter dens Hovedindhold med Fremhævelse af Farehensynet og Nyttehensynet som reale Momenter, der ere bestemmende for Grænsen mellem det retsstridige og det tilladelige.

Den ovenstaaende Fremstilling angiver ikke ved Henvisninger den kritiserede Literatur, hvorunder forøvrigt falde ogsaa tidligere Fremstillinger fra min egen Haand. En saadan Henvisning vilde være let foretagen. Men den vilde kunne være uretfærdig, naar den ikke ledsagedes af Oplysning om, hvormeget den kritiserede Literatur dog ofte, trods Fejl i Fremstillingsmaaden, har udrettet for sit Æmne. En saadan Redegjørelse vilde kræve mere Tid og større Plads, end der har staaet til min Raadighed.

FORMUERET

Løfte og Akcept

Et sammenlignende Retsstudie¹⁾

(Tidsskrift for Retsvidenskab I 1888 S. 105—35, S. 225—71.)

§ 1. Indledning.

De tvende Emner, der vel kunne betegnes som Kontraktslærens Ho- 105
vedemner, nemlig Spørgsmaalet om Løftets og Akceptens Betydning ved 106

¹ Følgende Skrifter ere kun angivne med Forfatterens Navne: *Augesen*: Forelæsninger over den romerske Privatret 1882. *Anson*: Principles of the english law of contracts, fourth ed. 1886. *Arntz*: Cours de droit civil français. *Aubert*: Den norske Obligationsrets almindelige Del, omarbejdet og forøget Udgave af nogle Afsnit i »den norske Obligationret« af Fr. Hallager 1887. *Dernburg*: Lehrbuch des preussischen Privatrechts 1875—1880. *Endemann*: Handbuch des deutschen Handels- See- und Wechselrechts 1881—1885. *Gardeike*: Die Verträge unter Abwesenden 1882. *J. Gram*: Den danske Formueret II 1. 1860. *C. Goos*: Forelæsninger over den almindelige Retslære I. 1885. *Fr. v. Hahn*: Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 2te Aufl. 1875. *Jhering*: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Privatrechts. *Koeppen*: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden hos Jhering XI. S. 139 flg. (1871). *N. Lassen*: Villien som Forpligtelsesgrund 1874. *Leonhard*: Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte 1882 og 1883. *Mourlon*: Répétitions écrites sur le code civil. 11ième ed. 1880—1883. *Nordling*: Anteckningar efter Prof. E. V. Nordlings Föreläsningar i svensk Civilrätt. Allmänna Delen 1882. *Pollock*: Principles of contracts, 4th ed. 1885. *Regelsberger*: Civilrechtliche Erörterungen I. 1868. *Schneider*: Das schweizerische Obligationenrecht, 2te Aufl. 1883. *Schlossmann*: Der Vertrag 1876. *Siegel*: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht 1873. *Sohm*: Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer *persona incerta*. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XVII S. 16 flg. og 373—375. *Savigny*: System des heutigen römischen Rechts III 1840. *Stobbe*: Handbuch des deutschen Privatrechts. *Wharton*: A commentary on the law of contracts 1882. *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts, 6te Aufl. 1887.

Fordringsrettigheder, stiftede i levende Live, og Spørgsmaalet om Betydningen af Divergenser imellem en Persons Erklæring og hans Vilje ved saadanne Rettigheders Stiftelse, gribe paa forskjellig Maade ind i hinanden. Idet jeg her skal behandle det første, skyder jeg, saavidt muligt, det sidste til Side. Jeg forudsætter i det Følgende, hvor Talen bliver om Erklæringer som Grundlag for Obligationsforhold, stadigt, at den Erklærendes Vilje netop dækkede Indholdet af hans Erklæring, det vil sige, at hans Vilje, da han afgav Erklæringen, faldt sammen med det, som Medkontrahenten efter Erklæringens Indhold ifølge en naturlig Fortolkning af dette maatte antage villet af ham.

Hvad der særligt for dansk og norsk Rets Vedkommende opfordrer til en Undersøgelse af Spørgsmaalet om Akceptens Betydning ved Stiftelse af Fordringsrettigheder i levende Live, er den Omstændighed, at den dansk-norske Lovgivning paa dette Omraade ved første Øjekast synes at opstille Retssætninger, der i en betænkelig Grad afvige fra den Ret, som næsten det hele Europa synes at leve paa. I den dansk-norske Lovgivning udtales det som almindelig Regel, at *Løftet* er forpligtende. I Fremstillingerne af udenlandsk Ret finde vi derimod næsten enstemmigt udtalt, at *Overenskomsten* er det forpligtende, men at *Løftet* alene er uden forpligtende Kraft.

Overfor denne overvældende Enstemmighed kan det ikke undre, at Fremstillerne af dansk og norsk Ret have lidt under Anfægtelse af Mistillid til deres Lovgivning og søgt at indfortolke Overenskomstlæren i denne. I vidt Omfang har Overenskomsttheorien indsnæget sig i Fremstillingerne af dansk-norsk Ret. Og vel er der af *Ørsted* og 107 atter i de senere Tider iværksat betydelige Rensningsarbejder i denne Henseende. Men disse kunne ikke siges altid at være fuldstændigt gennemførte, og Tilbagefald kan befrygtes, saalænge ikke Mellemværendet mellem Overenskomstlæren og Løftelæren er bragt paa det rene. Et Bidrag til denne Opgjørelse er det, jeg her skal forsøge at yde.

Først skal fremstilles i Hovedtræk de tvende Theorier, Overenskomsttheorien og Løftettheorien, og det skal nærmere angives, i hvilke Henseender de tvende Theorier divergere, idet der skal gøres Rede for de Retssætninger, der ere ejendommelige for hver af Theorierne (§§ 2—3). Derefter skal følge en Fremstilling af den dansk-norske

Rets Regler om den Betydning, som tilkommer henholdsvis Løftet og Aksepten (§ 4). Endelig skal der gives en Fremstilling af de Regler, der i denne Henseende gjælde ifølge de vigtigste nyere udenlandske Love og i Retssamfund, hvor Videnskab og Praxis have haft en vis Frihed til at tillempe Retsreglerne efter Retslivets Behov (§ 5—9). Det vil af denne Udvikling fremgaa, at Overenskomsttheoriens Rets-sætninger mere og mere vige Pladsen for Løftettheoriens, at vigtige udenlandske Love i Virkeligheden staa paa Løftettheoriens Standpunkt, og at Retsforfatninger, der staa paa Overenskomsttheoriens, gjøre forskjellige Indrømmelser til Løftettheorien. Fremstillingen vil slutte med en kort kritisk Sammenligning af de praktiske Divergenser imellem den dansk-norske Lovgivnings Regler og de af Overenskomsttheorien mere eller mindre paavirkede fremmede Retsforfatningers (§ 10), en Sammenligning, der, naar Spørgsmaalet bliver om, hvad Retslivets Tarv kræver, vil falde ud til førstnævntes Fordel.

Ad denne Vej, gennem en Sammenstilling af de forskellige gjældende Retsregler og en kritisk Vurdering af Divergenserne, naar jeg saaledes til lignende Resultater, som de nordiske Forfattere, der i senere Tider have søgt at paavise Overenskomsttheoriens Uholdbarhed gennem en direkte Kritik af den, se *Aagesen*: navnlig i Universitetsprogram 1872 S. 29 flg. og Forelæsninger over den romerske Privatrecht I. S. 194 flg., *N. Lassen* navnlig S. 38—46 og 56—61, *Nordling* S. 141 108 flg. og *Goos* Forelæsninger over den almindelige Retslære I S. 215 flg. Mine Udviklinger skulle forsaavidt supplere disse Forfatteres Fremstilling, som det mod den af dem indslaaede Vej kunde indvendes, at Kritiken kun rammer visse Former af Overenskomsttheorien eller visse Begrundelser af denne. Denne Indvending maa bortfalde, naar Overenskomsttheoriens ejendommelige Retssætninger saaledes som her tages i deres levende Realitet og i Sammenligning med Løftettheoriens vise sig at være af ringere Værd.

§ 2. *Overenskomsttheori og Løftettheori.*

Overenskomsttheorien paa Obligationsrettens Omraade — kun dette vedkommer os her — gaar ud paa, at obligatoriske Retsforhold kunne stiftes ved tvende overensstemmende Viljeserklæringer, Tilbud og An-

tagelse eller Løfte og Akcept i deres Sammenstød (Overenskomst, Forbund, Pagt, Kontrakt, Aftale), men ikke ved en enkelt Viljeserklæring alene. Hvor vi vende os hen i Udlandet, finde vi det i Lærebøgerne — stundom ogsaa i Lovene, men herfra bortses foreløbigt — udtalt, at Landets Ret med Hensyn til Stiftelsen af Obligationsforhold ved Retshandel i levende Live hviler paa Overenskomsttheorien. I Fremstillingerne af den almindelige *tyske* Ret hedder det saaledes, at den Retshandel, der skaber obligatoriske Retsforhold, er en tosidet Retshandel (Vertrag, *pactio, consensus, conventio*), der bestaar af tvende overensstemmende Viljeserklæringer, nemlig Tilbud (Antrag, Angebot, Offerte) og Antagelse (Annahme, Acceptation), eller af en Skylderklæring, Løfte (Versprechen) og en Tilegnelseserklæring (Annahme, Acceptation);² en enkelt Viljeserklæring alene f. Eks. das Versprechen kan, bortset fra enkelte Undtagelsestilfælde, ikke skabe en Fordringsret.³ Tilsvarende Udtalelser findes i Fremstillingerne af *engelsk-amerikansk* Ret: Obligationsforhold stiftes ved agreement, der forudsætter tvende Personers consent og bestaar af et Tilbud, (proposal) og en Antagelse (acceptance),⁴ Løftet alene begrunder ordentligvis ingen Ret.⁵ Fremdeles hedder det i *fransk* Ret, at Obligationsforhold stiftes ved en convention, der bestaar af offre og acceptation;⁶ Løftet alene (pollicitation) skaber ingen Ret.⁷

Som det vil ses, betegnes Overenskomstens tvende Bestanddele ofte efter Tidsprioriteten, saa at den i Tiden første kaldes Tilbud (Antrag, Offerte), den i Tiden sidste Antagelse (Annahme, Akcept) alt uden Hensyn til Erklæringens Indhold; naar A. til B. erklærer, at han er villig til at modtage en vis Gave fra ham og opfordrer ham til at yde denne, og B. derefter lover ham Gaven, benævnes A.'s Erklæring som Antrag, B.'s som Akcept.⁸ Efter denne Sprogbrug bliver det forklarligt,

² Savigny § 140, Windscheid § 305 jfr. § 69, Stobbe III § 168 I og II, Regelsberger I S. 48 og 86 og hos Endemann II S. 423—424.

³ Windscheid § 304 jfr. § 307 Note a, Stobbe III § 171.

⁴ Pollock S. 1—9, Wharton §§ 1 og 8.

⁵ Pollock S. 6—7, Wharton § 23.

⁶ Mourlon §§ 1026—1027.

⁷ Mourlon § 1027, Arntz III S. 7—9.

⁸ Regelsberger hos Endemann II S. 423 Note 3, 429 Note 24, Pollock f. Eks.

at det stundom siges, at ikke enhver Overenskomst kan opløses i Tilbud og Akcept.⁹ Der klæber ved denne Terminologi den Mislighed, at de benyttede Udtryk dog efter den almindelige Opfattelse nærmest pege hen henholdsvis paa Skylderklæring og Tilegnelseserklæring, og andre Betegnelser (Anlasserklæring og Folgeerklæring) ere derfor blevne bragte i Forslag af *Kühn* hos *Jhering* XVI S. 43 Note 1, uden dog at vinde almindelig Tilslutning. For den foreliggende Undersøgelse kommer det an paa Sondringen imellem Overenskomstens tvende Bestanddele efter deres *Indhold* og deraf følgende *kvalitativt forskellige Betydning for Obligationsforholds Stiftelse*, jfr. *Goos* I S. 221—223, *Gardeike* S. 25—26, nemlig Sondringen imellem Løfte (Versprechen, promise,¹⁰ pollicitation) og Tilegnelseserklæringen. I disse tvende Bestanddele kan enhver Overenskomst opløses.¹¹ Under den bestaaende Usikkerhed i Terminologierne maa hver Forfatter vælge og gjøre Rede for sin Udtryksmaade. I nærværende Afhandling ville Betegnelserne Tilbud og Antagelse blive benyttede om Sondringen efter Tidsfølgen, medens Skylderklæringen og *Tilegnelseserklæringen* ville blive betegnede som Løfte og Akcept.

Rækkefølgen i Tiden af Løfte og Akcept er uden Betydning for Overenskomstens Tilblivelse; et Løfte kan med Retsvirkning tilegnes forud. Ved gjensidige Obligationsforhold vil samme Erklæring ordentligvis paa en Gang være et Løfte og en Akcept; idet f. Eks. ved Kjøb og Salg Kjøberen akcepterer Salgstilbudet, afgiver han tillige et Løfte om Kjøbesummens Ydelse, og i Sælgerens Tilbud ligger ordentligvis en Akcept paa Forhaand af Kjøberens Løfte om at yde den forlangte Kjøbesum.¹²

Saavidt Overenskomsttheorien eller, som den ogsaa kan benævnes, Kontraktstheorien. I Modsætning til denne staa alle Theorier, der gaa S. 11, *Kühn* hos *Jhering* XVI S. 2 og 41—43, *Siegel* S. 11—12, *Windscheid* § 305, jfr. *Protesten* hos *Koeppen* S. 334.

⁹ *Pollock* S. 4—6, *Wharton* § 8, *Regelsberger* hos *Endemann* II S. 424.

¹⁰ Det engelske Udtryk promise forekommer dog ogsaa almindeligt som Betegnelse for det akcepterede Løfte, *Pollock* S. 1 og 6—7, *Anson* S. 4.

¹¹ *Windscheid* § 305, *Regelsberger* hos *Endemann* II S. 423.

¹² *Windscheid* § 305, *Stobbe* III, § 168, II. *Regelsberger* hos *Endemann* II, S. 423 og 429 Note 24. Indvendingen hos sidstnævnte Forf. 423 Note 3 er af blot terminologisk Karakter, *Siegel* S. 11—12.

ud paa, at Obligationsforhold kunne stiftes ved en enkelt Viljeserklæring. I denne Henseende kan der naturligvis kun være Tale om Skylderklæringen, Løftet; at en Tilegnelseserklæring alene skulde kunne skabe Ret, kan der ikke være Tale om. Modsætninger til Overenskomstteorien blive altsaa alle Theorier, ifølge hvilke Skylderklæringen alene kan skabe Obligationsforhold. Saadanne Theorier kunne atter *enten* gaa ud paa, at Skylderklæringen for at have Retsvirkning maa være kommet til den, til hvem den er rettet, *eller* paa, at dette ikke er fornødent. Den sidste Klasse af Theorier, der kan betegnes som *ensidige Viljeserklæringsteorier*, ligger det udenfor nærværende Opgaves Maal 111 at undersøge,¹³ men af den følgende Fremstilling vil forøvrigt tilstrækkeligt fremgaa, at hverken den nordiske Ret eller Udlandets Ret — bortset fra enkelte Undtagelser — tillægger en Skylderklæring i levende Live Retsvirkning, forinden den er kommen til Adressaten. Ved Betegnelsen Løftettheorier sigtes der i det følgende udelukkende til dem, der kræve, at Skylderklæringen for at have Retsvirkning skal være kommen til Adressaten.

Løftettheorien er i nyere Tider med udførlig Begrundelse navnlig udviklet af Goos i utrykte Forelæsninger over den almindelige Retslære, omtrent samtidigt af Aagesen i Universitetsprogram 1872 S. 29 ff., jfr. 1871 S. 71—72, og senere ved forskellige Lejligheder. Sidstnævnte Forfatters endelige Fremstilling findes i Forelæsninger over den romerske Privatreth navnlig I, S. 205 ff. og i Indledning til den danske Formueret S. 34 og 571 ff. og kan korteligt gjengives saaledes: Det er nødvendigt, at der i den økonomiske Virksomhed kan stoles paa Løfter. Heraf følger, at det af A. til B. rettede og derved til B.s Bevidsthed komne Løfte, der hos B. vækker en begrundet Forventning om Løftets Opfyldelse, skaber Ret for denne. Men Løftet har naturligvis ikke Retsvirkning udover sit Indhold. Dersom A. har givet sin Viljeserklæring det Indhold, at Rettens Stiftelse for B. skal være betinget af, at denne erklærer sin Akcept, falder naturligvis B.s ved Løftet er-

¹³ Se om saadanne Theorier Koeppen S. 334 ff. navnlig S. 350, 351 og 364, Gardeike navnlig S. 62, jfr. Aagesens Universitetsprogram 1871 S. 71—72, og om Kritiken af saadanne Regelsberger I S. 11—14, Goos I S. 228, Aagesen Universitetsprogram 1872 S. 31 Note 2, Forelæsninger over den romerske Privatreth I S. 209 og navnlig N. Lassen S. 38—45 og 84 ff.

hvervede Ret, i Overensstemmelse med de almindelige Regler om udeblivende Betingelser, sammen, hvis denne Betingelse ikke opfyldes inden foreskreven Tid. Og en saadan Betingelse vil efter naturlig Fortolkning af Løftet ofte være *stiltiende* indeholdt i dette. Saaledes vil, naar Talen er om Stiftelsen af gjensidig bebyrdende Retsforhold, Tilbyderens Løfte ordentligvis i al Fald stiltiende indeholde den Betingelse, at Modparten inden en vis Tid forpligter sig til den forlangte Vederlagsydelse. I Kjøb og Salg, naar Sælgeren tænkes optrædende først, indtræder altsaa Sælgerens Bundethed efter Kontrakten, saasnart hans Tilbud er kommet til Kjøberens Bevidsthed, men hans Bundethed er ordentligvis betinget af, at Kjøberen ved en Erklæring i Overensstemmelse med Tilbudet inden den udtrykkeligt eller stiltiende fastsatte Tid forpligter sig overfor Sælgeren, og denne Kjøberens Forpligtelse indtræder i det Øjeblik, da hans Erklæring kommer til Sælgerens Bevidsthed. En Akcept vil saaledes ifølge Løftets Indhold ofte være en *Betingelse*¹⁴ for Løftemodtagerens Ret. — Aldeles bortset herfra, altsaa ogsaa hvor Løftet er ubetinget, vil Akcepten dog ikke være betydningssløs. Den ved Løftet erhvervede Ret kan Løftemodtageren, da Rettigheder ikke kunne paatvinges ham, naturligvis afslaa, saalænge han ikke har tilegnet sig den. Akcepten faar saaledes, *uafhængigt af Parternes Viljeserklæringer*, den Betydning, at Retten ved Akcepten forsaavidt skifter Karakter, som den efter Akcepten ikke kan afslaa, men kun opgives.

Hermed stemmer i det Hele den af Goos I, S. 221 ff. udviklede Løfte-teori. Dog gjøres der et Par Modifikationer. For det første antages det, at Løftet ikke behøver at være kommet til Adressatens Kundskab, det er tilstrækkeligt, at det er naaet til ham; at lægge Vægt paa Løfte-

¹⁴ Jeg følger her og i det følgende den sædvanlige Sprogbrug, der ved Betingelse (vilkor) i Modsætning til retsstiftende Kjendsgjerning fremhæver Forskjellen imellem de Kjendsgjæringer, der kun ifølge en Viljeserklærings Indhold ere fornødne til en Rets Stiftelse, i Modsætning til dem, der ere fornødne umiddelbart ifølge den Retsnorm, som hjemler Stiftelsen af den paa-gjældende Ret, Nordling S. 183, Goos I, S. 208—209. Forøvrigt har jeg intet at erindre imod den af den sidstnævnte Forf. og af Aagesen I, S. 169—170 valgte Terminologi, der betegner Betingelsen som en *supplerende* retsstiftende Kjendsgjærning.

modtagerens virkelige Kundskab om Løftet, hvad Retsprincippet egentlig medfører, vilde være i Strid med den Sætning, at det utilgjængelige individuelle bør være betydningsløst, se nærmere l. c., S. 229—230. Dernæst anses det, for virkelig at hævde Løftemodtagerens Raadighed over sin Retssfære, nødvendigt at indrømme, at Akcepten ogsaa i de Tilfælde, hvor Løftet ikke kræver nogen Akcept, er nødvendigt som

113 legal positiv Betingelse for *den fulde* Rets Erhvervelse, saa at der altsaa ved Løftet alene stedse kun erhverves en af Løftemodtagerens Vilje betinget Ret,¹⁵ l. c., S. 223—224. Det fremhæves imidlertid af Forf. selv, at denne Modifikation af Løftettheorien kun er en *aldeles uvæsentlig*, idet der ikke ligger stor Vægt paa, om Erhververens Vilje stilles op som en positiv eller negativ Betingelse. Meningen er kun at fremhæve, hvad der er rigtigt og sikkert ogsaa Aagesens Anskuelse, at Løftemodtageren stedse, lige indtil Akcept har fundet Sted, kan afslaa *med tilbagevirkende Kraft*, saa at han retligt behandles, som om han aldrig havde havt Retten.

Den af *N. Lassen* udviklede Theori stemmer i sine Resultater¹⁶ ganske med Aagesens, se navnlig S. 52 og 99—100, og er saaledes en ren Løftettheori. Naar Forf. S. 43 o. fl. St. betegner sin Theori som en Consensustheori, kommer dette af, at han ved Løftet forstaar den til Adressaten endnu ikke ankomne Skylderklæring og saaledes trænger til en anden Betegnelse for sin Theori end »Løftettheori«. Fremdeles maa vistnok den af *Nordling* S. 141 ff. opstillede Theori betegnes som en Løftettheori. Efter denne Forf. ere Løfter, der ensidigt tillægge Adressaten Rettigheder, gyldige uden Akcept S. 155—156. Med Hensyn til gjensidige Obligationsforhold siges det vel, at Akcept er fornøden, og at de stiftes ved »aftal«, S. 163. Men forskellige Udtalelser vise, at Meningen hermed i Virkeligheden er den, at Tilbyderen allerede er bunden ved hans Løftes Ankomst til Adressaten, S. 163 og 147, saa at Sammenhængen altsaa, se nedenfor i § 8, bliver den, at Adres-

¹⁵ Denne Løftettheori er for positiv dansk Tingsrets Vedkommende tiltraadt af Matzen i Forelæsninger over den danske Tingsret, 2den Udg., S. 200. 201.

¹⁶ Begrundelsen er ejendommelig (Retten til Sandhed og den pligtmæssige Viljes Uforandrethed l. c. S. 26 ff. og 92 ff.) og beslægtet med den senere af *Schlossmann* S. 287 ff. i mindre tiltalende Iklædning givne, jfr. Windscheid § 305 Note.

satens Aksept *kun* er nødvendig for at binde ham selv og for at hindre, at Tilbyderens Bundethed skal bortfalde, idet denne har stillet Adressatens Bundethed som Betingelse for hans egen Forpligtelses Vedvaren, S. 163, men *ikke* er nødvendig for at binde Tilbyderen. I Samklang hermed staar det, at »aftal« paa flere Steder af N. fremhæves at være to ensidige *Skylderklæringer*, S. 161, 110.

Hermed er Overenskomsttheoriens og Løftettheoriens Indhold i Hovedpunkterne angivet. De legislative Grunde, hvormed disse Theorier henholdsvis ere blevne forsvarede, ere antydede for Løftettheoriens Vedkommende. Dette lod sig ikke gjøre ved Overenskomsttheorien, eftersom Forsvaret for denne i dens forskjellige Former er blevet ført paa saare forskjellig Maade. Og det var ikke her Meningen at begrunde eller kritisere de tvende Theorier, men blot at sammenstille dem efter deres Indhold. Overhovedet ønskes de Sætninger, som i det følgende skulle begrundes, saa lidt som muligt stillede i Afhængighedsforhold til den almindelige Begrundelse af den forpligtende Kraft af Retshandeler *inter vivos*. Kun en almindeligere Bemærkning angaaende dette Punkt skal indskydes her.

Dersom man vilde opstille en Hovedsondring imellem Theorierne for Obligationsforholds Stiftelse efter deres legislatoriske Grunde, maatte denne vel være Sondringen imellem dem, der lægge Vægten paa den menneskelige Viljes Evne til at skabe Retsforhold (*Viljestheorier*), og dem, der lægge Vægten paa, at der maa kunne stoles paa Viljeserklæringer (*Tillidstheorier*), jfr. Windscheid § 69, Note 1 a. Den sidstnævnte Betragtning ligger som antydet til Grund for samtlige de ovenfor omtalte Løftettheorier.¹⁷ Men heraf kan ikke paa Forhaand slutes, at Løftettheorien nødvendigt skulde være en Tillidstheori, eller Overenskomsttheorien nødvendigt en Viljestheori.¹⁸ Naar man f. Eks. opstiller en Viljestheori som *Leonhards* S. 111—116, der gaar ud paa, at Retsordenen tillægger Retshandeler forpligtende Kraft for at skaffe 115

¹⁷ Nordlings »Interessetheori« S. 156 maa ogsaa henføres til Tillidstheorierne, se navnlig Ytringerne S. 146, 179, »den ena gifvit den andra skällig anledning att med sit intresse omfatte det, som til honom aflåtits«.

¹⁸ Dette overses af Nordling, der identificerer Viljestheori og Overenskomsttheori og *under et* S. 141 ff. imødegaar disse Theorier med Bemærkninger, hvis Rigtighed forøvrigt i det Hele maa anerkjendes.

Individerne nye Muligheder for og Lejligheder til deres Værdiers Ombytning, kan man med den nævnte Forfatter ræsonnere videre saaledes, at alle Retsregler, der stille sig hindrende i Vejen for dette Formaals Realisation, maa underkjendes. Og dersom man saa antager, at Retshandlers Istandkomst væsentligt lettes ved den Retssætning, at Løftet forpligter, i Modsætning til den, at kun det akcepterede Løfte forpligter, saa kommer man med en Viljestheori som Udgangspunkt til en Løftettheori, jfr. *Leonhard* S. 125—126, 276, 3°. Paa den anden Side kunde en Overenskomsttheori tænkes forsvaret fra Tillidsstandpunktet,¹¹⁹ idet man kunde gjøre gjældende, at man vel bør kunne stole paa Løfter, men dog kun, naar man har tilkjendegivet Løftegiveren, at man finder sin Interesse ved at fastholde Løftet, jfr. f. Eks. *Schlossmann* S. 345—346 og maaske Antydningen i l. 1 pr. Dig. (2—14) *de pactis: quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare?* — en Opfattelse, hvis Urigtighed forøvrigt nærmere vil blive paavist nedenfor, og som heller ikke hyldes af *Schlossmann*, se l. c., S. 352.

§ 3. *De tvende Theoriers Kjendemerker.*

Afgjørelsen af Spørgsmaalet, om et Lands Ret angaaende Obligationsforholds Stiftelse ved Retshandel i levende Live hviler paa en Løftettheori eller paa en Overenskomsttheori, beror paa, om dette Lands Retsregler angaaende den retlige Betydning henholdsvis af Løftet og Akcepten materielt bære Løftettheoriens eller Overenskomsttheoriens Kjendemerker. *Det er uden Betydning, hvilken Theori der har været*
 116 *Lovkoncipisternes, det kommer alene an paa, hvad det er for en Theori, der findes i Retsreglerne.* Efter det i foregaaende Paragraf om disse Theorier bemærkede, blive de Retsregler, der afgive *Løfte-theoriens* ubedragelige Kjendemerker, følgende:

- 1) Løftet skaber, saasnart det er kommet til Adressaten eller til hans Bevidsthed, den ved Løftet tilsagte Ret for Adressaten, og

¹¹⁹ I den engelske Ret, der anerkjender Overenskomsttheorien, fremhæves særligt Tillidssynspunktet, se saaledes *Anson* S. 9 Note, *Pollock* S. VII: He, who has given the promise, is bound to him, who accepts it, not merely because he had or expressed a certain intention, but because he so expressed himself as to entitle the other party to rely on his acting in a certain way.

- 2) Løftets Akcept bevirker, at den ved Løftet erhvervede Ret fra at være en afslaaelig Ret bliver en blot opgivelig.
- 3) Hermed ere Løftettheoriens positive Retsregler udtømmende angivne, men i Modsætning til Overenskomsttheoriens Retsregler maa endnu følgende bemærkes: Om der til Vedligeholdelsen af Løftets forbindende Kraft udkræves en Handling fra Adressatens Side f. Eks. en Tilegnelseshandling (Akcept), beror ifølge den under 1. angivne Retssætning ganske paa Løftets udtrykkelige eller stiltiende Indhold. *Om Akcept er fornøden, og hvilken Skikkelse Akcepten i bekræftende Fald skal have, beror paa Løftegiverens Forgodtbefindende.*

Overenskomsttheoriens ubedragelige Kjendemerker ere:

- 1) Den Retsregel, at Løftet alene, selv om det er aldeles ubetinget, ikke skaber den ved Løftet tilsagte Ret for Adressaten, forinden Løftet er blevet akcepteret.²⁰
- 2) Akcepten, der saaledes kræves af *Retsordenen*, saa at Løftegiveren ikke kan dispensere fra denne Fordring, er en Tilegnelseshandling, og medens Løftegiverens Udtalelser om den nærmere Skikkelse af Tilegnelseshandlingen, som skal binde ham, vel maa være gyldig, kan Løftegiveren ikke med Retsvirkning bestemme, at han vil blive bunden ved en Handling fra Adressatens Side, der ikke er en Tilegnelseshandling.

Dersom vi i et Lands Lovgivning finde den førstnævnte Gruppe Rets- 117 regler anerkjendt, hviler Lovgivningen paa Løftettheorien. Dersom vi finde den sidstnævnte Gruppe anerkjendt, hviler Lovgivningen paa Overenskomsttheorien. Findes ingen af Grupperne fuldstændigt gennemført, have vi at gjøre med en Lovgivning, som enten hviler paa Overenskomsttheorien med Indrømmelser til Løftettheorien eller omvendt paa en Løftettheori med Indrømmelser til Overenskomsttheorien.

Det vil ses, at Besvarelsen af Spørgsmaalet, hvorhen et Lands Lovgivning i denne Henseende hører, kræver en nøje Undersøgelse af dette Lands *Detailbestemmelser* navnlig angaaende Retshandler imellem indbyrdes fraværende Personer, i hvilket Tilfælde Løfte og Akcept

²⁰ Overenskomsttheorien erklærer naturligvis ikke Løftet for retligt betydningsløst: det er ikke bindende, men det kan blive bindende ved Akcept.

tydeligt falde i Tiden ud fra hinanden. Sandheden af denne Sætning vil ikke blive bestridt, naar det paagjældende Lands Ret kun indeholder saadanne specielle Detailbestemmelser, saa at Opgaven ved Bestemmelsen af Rettens almindelige Synspunkt kun bliver at sammenfatte de spredte Enkeltbestemmelser i en rigtig fælles Formel. Men i Virkeligheden staar Sagen ikke anderledes, fordi det paagjældende Lands Lovgivning direkte har udtalt en Almenregel. Naar det saaledes i en Lov udtales, at Kontrakter forpligte, og Kontraktens Begreb i Forbindelse hermed bestemmes som en Overenskomst, jfr. f. Eks. l. 1 §§ 2 og 3 Dig. (2—14) *de pactis*, *code civil* Art. 1101, og den schweiziske Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 1, er det ingenlunde hermed givet, at den romerske, franske og schweiziske Lovgivning hviler paa en Overenskomsttheori. Ja, selv om Lovgivningen i Forbindelse med Bestemmelser som de omtalte udtaler, at Løfter ikke forpligte, er Spørgsmaalet ikke hermed afgjort til Gunst for Overenskomsttheorien. Endog Udtalelser som Romerrettens l. 3 pr. Dig. (50—12) *de pollicitationibus*:²¹ *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum; et ideo illud est*
 118 *constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur*, hvor et vist uakcepteret Løfte erklæres forpligtende med en Tilkjendegivelse af, at denne forpligtende Kraft er en enkelt Undtagelse fra den almindelige Regel, at kun Overenskomsten forpligter, kunne ikke med Sikkerhed siges at hjemle Overenskomsttheorien. Det samme gjælder om Udtalelser som f. Eks. l. 55 Dig. (44—7) *de obl. et act.*: *nisi animus utriusque consentit perducere ad effectum id, quod inchoatur, non potest*. Det skal naturligvis om Udtalelser som de tvende sidstnævnte indrømmes, at de foreløbig afgive en Præsumption for Overenskomsttheoriens Anerkjendelse, men dermed kan man ikke slaa sig til Ro. Ifølge de almindelige Grundsætninger for Lovfortolkning maa slige almindelige Udtalelser korrigeres til Overensstemmelse med andre speciellere Regler angaaende Emnet, dersom saadanne findes paa det paagjældende Retsomraade, og en Undersøgelse maa altsaa anstilles for at konstatere, om saadanne findes, forinden noget Resultat kan

²¹ Der bortses her fra dette Lovbuds aabenbart korrupte Form, Schlossmann S. 148 ff., jfr. Windscheid § 304 Note 3 a.

slaas fast. Ved nærværende Emne bliver det af særlig Vigtighed ikke at overse denne almindelige Fortolkningsgrundsætning, der ansporer til Specialundersøgelse. Sagen er nemlig den, at Almenregler som de nys angivne i Virkeligheden ikke ere utvetydige. Naar det erindres paa den ene Side, at den ved Løftet erhvervede Ret meget hyppigt kun er en betinget, paa den anden Side, at der jævnligt har været Tilbøjelighed til at nægte visse betingede Rettigheder Karakteren af Rettigheder, bliver det *muligt*, at der under Udtalelser som l. 3 Dig. (50—12) skjuler sig en Theori, som i Virkeligheden kun vil udtale, at der ved Løftet alene ikke skabes nogen *ubetinget* Ret. Og Udtalelser som l. 55 Dig. (44—7) *kunne* forstaas som blot tilkjendegivende, at Retsforhandlinger ikke føre til noget, naar ikke Parterne blive enige, hvilket ogsaa kan siges fra Løftettheoriens Standpunkt, nemlig i den Forstand, at et Afslag fra Løftemodtagerens Side bevirker, at Løftets Retsvirkning falder sammen, jfr. *Aagesen* I, S. 214—215. Det maa nemlig vel erindres, at Forskjellen imellem Overenskomsttheorien og Løftettheorien overhovedet er af den Beskaffenhed, at der om Rettens Grundlag jævnlig af Løftettheoriens Tilhængere vil blive benyttet Udtryk, der strængt taget kun ere korrekte fra Overenskomsttheoriens Standpunkt, saasom Kontrakt og Overenskomst. Saasnart nemlig som Løftemodtageren gjør den Ret, som han har erhvervet ved Løftet, gjældende mod Løfttegiveren, kan det siges, at han har akcepteret dette,²² og at Løftet altsaa er blevet Bestanddel af en Overenskomst, saa at der fra nu af faktisk foreligger en Kontrakt. Ganske vist er det, forsaavidt Løftettheorien er anerkjendt, alligevel unøjagtigt i den angivne Situation at tale om Kontrakten som *Grundlag* for Retten, saasandt som det er ukorrekt, naar en Retsvirkning skyldes Kjendsgjerningen a alene, at angive a + b som retsstiftende, lige saa vist som det vilde være ukorrekt ved betingede Rettigheder at nævne Betingelsen som retsstiftende Kjendsgjerning jævnsides med de Kjendsgjerninger, der have stiftet den betingede Ret uden nogen nærmere Bibemærkning, jfr. ovenfor § 2 Note 13. Men hin Unøjagtighed er ikke større, end at den hyppigt vil forekomme i Kraft af den almindelige Tilbøjelighed til, naar visse Kjendsgjerninger regelmæssigt følges ad, og Ret paa dette Grundlag utvivlsomt

²² Windscheid § 309, Note 1.

opstaar, at betegne Indbegrebet af disse Kjendsgjæringer som det retsstiftende, uanset at Retsvirkningen i Virkeligheden kun skyldes en enkelt af dem. Særligt vil det begunstige denne Tilbøjelighed til at tale om Kontrakten som Retsgrundlag, selv om Løftettheorien er anerkjendt, at der i de Tilfælde, hvor Løftet ikke ved en efterfølgende Akcept er løbet ud i en Kontrakt, hyppigt vil foreligge et Afslag eller en Undladelse af at opfylde en til Vedligeholdelse af Retten fornøden Betingelse, som har tilintetgjort Løftets Retsvirkning. Naar der saaledes end ikke fra Udtalelser som de citerede romerretlige, isoleret betragtede, kan hentes noget *afgjørende* Argument for Overenskomsttheorien, kan man end mindre slutte noget fra Bestemmelser som de førstnævnte, der blot erklære Overenskomsten for forpligtende og forbigaa Løfter med Tavshed. Af det Udviklede følger omvendt, at Lovbud, der udtale, at Løfter forpligte, ville være et temmelig sikkert Kjendetegn paa Løftettheorien. Men ogsaa overfor en saadan almindelig Lovudtalelse maa det undersøges, om ikke mere specielle Regler udvise, at Sagens virkelige Sammenhæng dog er en anden.

§ 4. Den dansk-norske Lovgivning.

Den dansk-norske Lovgivnings Regler om Emnet ere kun kortfattede, men, som det følgende skal vise, tilstrækkeligt oplysende angaaende de væsentlige Punkter. Hovedlovbudet findes i Danske og Norske Lovs 5—1—1, der lyder saaledes:

»Enhver er pligtig at efterkomme, hvis han med Mund, Haand og Segl lovet og indgaaet haver«.

Som den retsstiftende Kjendsgjærning nævnes her alene Løftet. Nu lyder ganske vist Kapiteloverskriften til D. og N. L. 5—1 »Om Kontrakter og Forpligter«, og i D. og N. L. 5—1—2 hedder det, at »alle Kontrakter, som frivilligen gjøres af dem, der ere myndige . . . som ikke ere mod Loven og Ærbarhed, skulle holdes i alle deres Ord og Punkter, saa som de ere indgangne«. Herved — kunde det siges — tilkjendegives Kontrakten : det akcepterede Løfte som den retsstiftende Kjendsgjærning, og der kunde følgelig spørges, om ikke 5—1—1 maatte fortolkes indskrænkende til Overensstemmelse med Kapitlets

Overskrift og med 5—1—2, jfr. ogsaa 5—1—3, saa at alligevel Kontrakten bliver den retsstiftende Kjendsgjerning efter dansk-norsk Ret. Herom kan der nu ikke være Tale; Betingelsen for en saadan indskrænkende Fortolkning af 5—1—1 som den antydede maatte være, at dette Lovbud bogstavelig forstaaet vilde komme i Strid med 5—1—2, men dette er ikke Tilfældet. Sætningen, at Løftet forpligter, er ikke paa nogen Maade i Strid med den Sætning, at Kontrakten forpligter; sidstnævnte Sætning er en Konsekvens af førstnævnte, en Konsekvens, som det ganske vist er overflødigt at udtale. Hertil kommer endnu følgende Betragtning. Bestemmelsen i 5—1—1, der stilles i Spidsen for Kapitlet, tilsigter klarligt netop en Angivelse af, *hvad der kræves til Rets Stiftelse*. D. og N. L. 5—1—2 har derimod en ganske anden ¹²¹ Hensigt; det er her ikke Meningen at angive, hvad der som Minimum kræves til Rets Stiftelse, hvilket allerede er sagt i 5—1—1, men at slaa *Kontraktfrihedens Grundsætning* fast med dens Undtagelser og at bestemme *Retsvirkningen* af Retshandler i levende Live. At den retsstiftende Kjendsgjerning i denne Forbindelse betegnes som Kontrakt, forklares tilstrækkelig af det i foregaaende Paragraf bemærkede, hvortil kommer, at det tilsvarende Udtryk *pacta* benyttes i cst. 6 cod. (2—3) *de pactis*, hvorfra Slutningsbestemmelsen i 5—1—2 er hentet.²³ Der er saaledes ingen Strid imellem 5—1—1 og 5—1—2, der kunde motivere en modificerende Fortolkning af førstnævnte Lovbud. D. og N. L. 5—1—1, ikke derimod 5—1—2, indeholder Lovgiverens Angivelse af, hvad der er fornødent og tilstrækkeligt til at skabe Fordringsretigheder ved Retshandel i levende Live. Og andre almindelige eller mere specielle Regler, der kunde føre til en modificerende Fortolkning af 5—1—1, findes ikke. Tværtimod gjengives Regelen i 5—1—5 saaledes, at man skal efterkomme, hvad man »udlovet haver«, jfr. ogsaa 5—1—4. I dansk Kancelliplakat 25de Januar 1820, jfr. Kollegialtidende f. 1820 S. 85, gaas der som fra noget selvfølgeligt ud fra, at uakcepterede Auktionsbud ere verbindende.

Idet der herefter gaas over til den nærmere Fortolkning af 5—1—1, bemærkes det først, at man er enig om, at Ordene »Mund, Haand og Segl« maa forstaas som »Mund *eller* Haand *eller* Segl«, saa at ogsaa

²³ Aubert: De norske Retskilder S. 168.

det blot mundtlige Løfte er forpligtende.²⁴ Ordene, at man skal holde, hvad man »lovet haver«, vise dernæst, at der til Forpligtelsens Skabelse kun kræves en Handling fra den, der skal være Skyldner, nemlig at denne har afgivet et Løfte. Efter almindelig Sprogbrug betegner nu det at have »lovet« noget at have afgivet en Skylderklæring til en Anden, som er naaet til denne Anden. Ganske vist forekommer der undertiden en Sprogbrug, hvorefter en Person siges at have lovet noget 122 eller at have afgivet et Løfte, naar han blot har afgivet en Skylderklæring og rettet denne til en Anden, selv om Erklæringen ikke er naaet til denne Anden, men dette er en usædvanlig Sprogbrug. Og at 5—1—1 ikke tillægger Løftet i denne usædvanlige Betydning Retsvirkning, følger ikke blot deraf, at Lovbudet ikke kan antages at have benyttet en usædvanlig Sprogbrug, men det tilkjendegives af Ordene »og indgaaet«. Ogsaa Ordet »indgaaet« betegner kun en Handling fra Skyldnerens Side og ikke, som Nogle have antaget, jfr. nedenfor, en Fællesvirksomhed fra Skyldnerens og Adressatens Side. Naar f. Eks. A. og B. have forhandlet om Salg af A.s Ejendom, for hvilken B. har budt 100 000 Kr., medens A. forlanger 150 000, og A. derefter tilskriver B., at han er villig til at sælge for 130 000, er han »gaaet ind paa« at sælge for denne Sum, og ifølge 5—1—1 bunden overfor B. uden nogen Handling fra dennes Side. Betydningen af Ordet »indgaaet« er kun deri forskjellig fra Betydningen af Ordet »lovet«, at det første aldeles utvivlsomt betyder, hvad »lovet« i Almindelighed betyder, nemlig Afgivelsen af en Skylderklæring, som *er kommen* til Adressaten. Hvad enten man nu læser Ordet »og« imellem »lovet« og »indgaaet« som »og« eller som »eller«, jfr. 5—1—4, bestemmer altsaa 5—1—1, at man er Skyldner, naar man har afgivet et Løfte : *en Skylderklæring, som er naaet til Adressaten*. Mindre er ikke nok,²⁵ mere er ufornødent til Stiftelse af Ret og Pligt. Om det er tilstrækkeligt, at Skylderklæringen

²⁴ Aubert S. 78, J. Gram II. 1^o. S. 188—189, G. W. Gram i nordisk Retsencyklopædi S. 36.

²⁵ Aubert S 71—72, *norsk* Dom i U. f. L. III, S. 317, *dansk* Højesteretsdom hos Schlegel III, S. 408 og Dom i U. f. R. 1883 S. 844, jfr. Højesteretsdom i H. R. T. 1877 S. 342. Kun i Undtagelsestilfælde er den rent ensidige Viljeserklæring *inter vivos* forpligtende, se saaledes den nordiske Veksellovs § 21 3^o om Vekslers Akcept.

er kommen i Adressatens Magt, eller om den skal være kommen til hans Bevidsthed, er efter Ordet »lovat« uklart, men i Ordet »indgaaet« ligger vistnok, at Erklæringen skal være kommet til Adressatens Bevidsthed. Den Kjendsgjerning, der efter dansk-norsk Ret stifter Fordringsrettigheden, nemlig Løftet, kan altsaa nærmere angives saaledes:

1. En Skylderklæring : en Erklæring, som indeholder en Disposition; den blotte Enuntiation eller Beretning om, at man har en Beslutning, er ikke tilstrækkelig;²⁶
2. som af den, der skal være Skyldner, er afgivet og rettet til en (bestemt eller ubestemt) Adressat, til hvis Bevidsthed²⁷ den *derved*²⁸ er kommen.

Spørgsmaalene, om Skylderklæringen just behøver at være rettet til den, der skal have Retten (Læren om Retshandler til Gunst for Tredjemand), og om der ikke undertiden dispenseres fra en eller anden af de ovennævnte Betingelser, skulle ikke behandles her. Kun dette skal slaas fast: mere end det nys nævnte kræves ikke af *Retsordenen* til Rets Stiftelse.

Om den retsstiftende Kjendsgjerning hedder det dernæst i D. og N. L. 5—1—2, at den skal holdes i alle dens Ord og Punkter. *Løftets Indhold bestemmer dets Retsvirkning*. At dette ikke vil sige, at Vægten skal lægges paa Løftets Ordlyd, men at en almindelig fornuftig Fortolkning maa være afgjørende, er almenanerkjendt.²⁹ Erklæringen maa i denne Henseende tages som Helhed. Et Brev, i hvis Begyndelse en Pligt paatages, medens det i Slutningen hedder, at man dog ikke vil være bunden, skaber ingen Pligt. Dersom Adressaten vilkaarligt springer noget af Erklæringen over, bliver det til hans egen Skade, om han af denne Grund stoler paa det af ham bemærkede, som han, efter det af ham ikke bemærkede, ikke vilde være berettiget til at stole paa. Heraf følger Løsningen af Spørgsmaalet om *Løftets Gjenskaldelighed*.

²⁶ Aubert S. 71, jfr. Windscheid § 304 Note 1, § 305 Note 1.

²⁷ Aubert S. 71.

²⁸ Aubert S. 71—72, jfr. ovenfor Note 24.

²⁹ Aubert S. 76 og 106. J. Gram II. 1 S. 211. G. W. Gram i Nordisk Retsencyklopædi S. 39—40. Dansk Højesteretsdom i H. R. T. 1879 S. 331.

Saaframt der i Løftet udtrykkelig eller stiltiende er forbeholdt en vis Tilbagekaldelsesret, kan Løftegiveren naturligvis udøve denne. Der som ingen Tilbagekaldelsesret er forbeholdt, er Løftegiveren ifølge 5—1—1 og 2 udelukket fra at gjenkalde Løftet. Men vel at mærke, et
 124 Løfte foreligger først, naar Skylderklæringen er kommet til Adressatens Bevidsthed. Løftegiveren er altid berettiget til at standse sin Skylderklæring, saalænge den kun er paa Vejen til Adressaten, og lykkes dette ham, kommer intet Løfte, altsaa ingen Pligt til Eksistens.³⁰ Fremdeles kommer ingen Pligt til Eksistens, naar Løftegiverens Meddelelse om, at han tager Løftet tilbage, ankommer til Adressaten samtidigt med eller forinden, at Løftet er kommet til hans Kundskab; thi Adressaten maa jo tage samtlige Erklæringer fra Løftegiveren angaaende det paagjældende Mellemværende, der ere meddelte ham indtil dette kritiske Øjeblik, i Betragtning;³¹ han kan ikke vilkaarligt ignorere nogie. Om Gjenkaldelsen er kommet til hans Bevidsthed, er herefter ligegyldigt; det er tilstrækkeligt, at den er kommet til ham. Den Gjenkaldelse af Løftet, som først kommer til Løftemodtageren, efterat Løftet er kommet til hans Bevidsthed, er derimod uden retlig Betydning, selv om den er afgivet af Løftegiveren, forinden Løftet naaede Adressaten. Thi Løftet begrunder, idet det optages i Adressatens Bevidsthed, Pligt i Overensstemmelse med sit Indhold, og der foreligger i dette Tilfælde ikke i det kritiske Øjeblik for Adressaten Meddelelser fra Løftegiveren, som neutralisere Løftets Indhold. Adressatens mulige Kundskab om, at Løftegiveren fortryder sit Løfte, bliver uden Betydning, naar den ikke grundes netop paa den Kjendsgjerning, at Løftegiveren har meddelt ham sin Tilbagetræden, thi kun saadanne Meddelelser blive Bestanddele af Løftet, saa at Adressaten ikke kan undlade at tage dem i Betragtning.

³⁰ Aubert S. 74. Det er med Føje af Hammarskjöld: Om fraktaftet S. 216, bemærket, at Bestemmelser i Postlove o. desl. om Afsenderens Raadighed over Forsendelsen ikke bør paaberaabes i denne Forbindelse.

³¹ Naar Løftemodtageren har oplyst, at Løftet er kommet til ham førend Gjenkaldelsen, og paastaar, at han havde gjort sig bekendt med Løftet, forinden Gjenkaldelsen naaede til ham, maa Løftegiveren efter almindelige Bevisregler ordentligvis have Bevisbyrden for, at dette ikke forholder sig saaledes, jfr. Schlossmann S. 354—355.

Til det anførte findes intet videre at tilføje, naar Løftet hverken udtrykkeligt eller stiltiende kræver en Tilegnelseshandling, Akcept, fra Adressaten som Betingelse for Løftets forpligtende Kraft, f. Eks. det ubetingede Gaveløfte til en Fraværende. Ganske vist har Akcepten ¹²⁵ selv her en vis Betydning, nemlig den, at Løftemodtageren efter Akcepten ikke længere kan afslaa den ham tillagte Ret med den Virkning, at han betragtes som aldrig havende havt den. Dette kunde han gjøre forinden Akcepten. Mod hans Vilje kunne ingen Rettigheder tillægges ham, ikke engang i den Forstand, at han, dersom han senere afslaar, skulde kunne behandles som havende havt Retten, indtil dette Afslag fandt Sted. Han maa, indtil han har akcepteret, kunne afslaa med tilbagevirkende Kraft. Denne Grundsætning, der er udtrykkelig anerkjendt med Hensyn til Erhvervelser *mortis causa*, N. L. 5—13—28, D. L. 5—14—30,³² maa ogsaa anvendes ved Retshandler *inter vivos*, naar der tillægges Løftet retsstiftende Kraft uden nogen Tilegnelseshandling fra Løftemodtagerens Side. *Akcepten forandrer saaledes Retten fra en afslaaelig til en blot opgivelig*. Men bortset herfra er Løftegiveren ubetinget bunden ved sit Løfte uden Akcept fra Adressatens Side. Dette erkjendes ogsaa af *Aubert* S. 70—71. Det hedder her, at »hvor Viljeserklæringen kun gaar ud paa at tilsige den Part, til hvem den er rettet, en ubetinget Rettighed f. Ex. ved et sædvanligt Gaveløfte, indsees det ikke, at til den obligatoriske Forpligtelses endelige Indtræden ogsaa en antagende Viljeserklæring skulde være fornøden. Thi den Lovende maa gaa ud fra som det regelmæssige, at det lovede bliver modtaget, saalænge ei noget andet udtrykkeligt siges, og det skjønnes ikke, at den Lovende nogensinde her kan træde tilbage af den Grund, at vedkommende, som skulde erhverve Rettigheden, ikke har tilkjendegivet, hvorvidt han skjøttede om den. At opfatte denne Taushed som en stiltiende Antagelse, synes kun at være et unødigt theoretisk Omsvøb«. Med Auberts Resultat stemmer, som det vil ses, det udviklede ganske, men Argumentationen vilde jeg give en anden Vending. Af den af Aubert paapegede Ejendommelighed ved Viljeserklæringer, som kun gaa ud paa at tillægge Adressaten Rettigheder, følger, at det vilde være en unaturlig Fortolkning af saa-

³² Jfr. Windscheid § 643 Note 1 og 2.

126 danne Løfter at forstaa dem som indeholdende en stiltiende Fordring om Akcept, og følgelig ere de i *Henhold til* 5—1—1 forbindende uden Akcept. Og Opfattelsen af Adressatens Tavshed overfor Løftet som en stiltiende Antagelse vilde ikke blot være et »unødigt theoretisk Omsvøb«, men, se nærmere nedenfor i § 8, en Fiktion, der bl. a. vilde medføre det uholdbare Resultat, at den, der undlader at svare paa et Gaveløfte, derved skulde bindes til at modtage Gaven, saa at han ikke senere kan afslaa den med tilbagevirkende Kraft. Dette Resultat kan først indtræde, naar Løftemodtageren virkelig har akcepteret Gaven, være sig ved et bekræftende Svar eller ved at befatte sig med Gaven, jfr. N. L. 5—2—84, D. L. 5—2—83.

Om det Tilfælde derimod, at en Akcept fra Adressatens Side udtrykkeligt eller stiltiende af Løfttegiveren er gjort til Betingelse for Løftets bindende Kraft, maa nogle nærmere Bemærkninger tilføjes. Først maa det undersøges, hvorvidt et Løfte skal antages at indeholde et saadant stiltiende Forbehold. Dette er et rent *Fortolkningsspørgsmaal*, til hvis Besvarelse den dansk-norske Lovgivning ganske savner almindelige Regler. Følgende vejledende Regler kunne opstilles.

Løfter, der kun gaa ud paa at tillægge Adressaten Rettigheder, kunne ordentligvis ikke antages at indeholde nogen Fordring om Akcept, jfr. Auberts ovenfor citerede Udtalelser. Under særlige Omstændigheder maa dog et saadant Forbehold antages at være tilstede, saaledes ofte naar Løfter rettes til en *nærværende* Person, og f. Eks. et Kautionsløfte til en fraværende for et Laan, som Kautionisten ønsker ydet i Fremtiden, eller for en bestaaende Gjæld, mod at der gives Hovedskyldneren Henstand, Aubert S. 72. I det førstnævnte Tilfælde er den naturlige Fortolkning af Løftet ordentligvis den, at Løfttegiveren venter et Svar, angaaende Adressatens Villighed til at modtage Gaven, og venter dette med det samme, saa at en kontinuerlig Tilegnelseserklæring bliver Betingelse for Løftets forpligtende Kraft. I de sidste Tilfælde venter Kautionisten ordentligvis en Besked, der gjør ham klar paa — heri har en *Kautionist* særlig Interesse — om det tilsigtede Skyldforhold, der er betinget af en Opofrelse fra Adressatens Side, kommer
127 istand, og Indløb af denne Besked i bekræftende Retning inden en

passende Tid bliver Betingelse for Løftets forbindende Kraft,³³ jfr. straks nedenfor. Derimod synes den af Aubert S. 72 antagne Fortolkning af et saadant Kautionsstilsagn, hvorefter Løftegiveren skulde have forbeholdt sig at træde tilbage, indtil Akcept finder Sted, i Almindelighed lidet naturlig; Løftet vilde under Forudsætning af denne Forstaaelse ikke være saa vel egnet til at fremkalde det Resultat, Løftegiveren ønsker at fremkalde, nemlig Laans Ydelse eller Henstand til Tredjemand, som dersom den her antagne Fortolkning tiltrædes.

Med Eksempler som de sidstnævnte nærme vi os til de gjensidigt byrðende Retsforhold. Den naturlige Fortolkning af Løftet om Indtrædelsen i et saadant f. Eks. Salgstilbudet, er den, at Løftegiveren kun er villig til at indtræde i Skyldforholdet mod, at Adressaten paatager sig Pligt til at yde den begjærede Modpræstation. At afgive et Salgstilbud er ordentligvis kun et Tilsagn om at ville være bunden paa Betingelse af, at Adressaten til Gjengæld forpligter sig. Iøvrigt maa der sondres, eftersom Forholdet agtes indgaaet med en nærværende Person eller med en fraværende. I første Fald er den naturlige Fortolkning af Løftet den, at Løftegiveren venter Svar straks, og et kontinuerligt Svar fra Adressatens Side, hvorved denne paatager sig Pligten til at yde det begjærte Vederlag, bliver altsaa en Betingelse for Løftets forbindende Kraft.³⁴ Denne Fortolkning af Løftet maa dog naturligvis vige for modstaaende Tilkjendegivelser i dette, saasom Tilkjendegivelse af, at Løftegiveren vil staa ved sit Ord en vis Tid. I saa Fald bliver det tilstrækkeligt, at bekræftende Svar indløber inden denne Frists Udløb. Sker dette derimod ikke, er den af Løftet stillede Betingelse udebleven, og dette har dermed tabt al Kraft. Foregaa Forhandlingerne med en fraværende Person, er den naturlige Fortolkning af 128 Løftet den, at Løftegiveren venter Svar inden en vis passende Tid, hvis Længde beror paa de nærmere Forhold, f. Eks. hvad der er Skik og

³³ Jfr. de hos Aubert S. 72 Noten citerede *norske* Domme. Danske Domme J. U. 1853 S. 731 og 1857 S. 683, komme til det rigtige Resultat, derimod anser D. i J. U. 1863 S. 769 Svar for ufornødent, jfr. nedenfor ved Note 43. Tilsvarende Spørgsmaal have paa anden Baggrund været rejst i engelsk-amerikansk Ret, jfr. Wharton § 570.

³⁴ Aubert S. 74, Nordling S. 164.

Brug imellem de Paagjældende, men som vel i Almindelighed, i al Fald i Handelsforhold, kan siges at være den Tid, som normalt vil medgaa til Løftets Ankomst til Adressaten, fornuftig Overvejelse og Svarets Befordring til Løftegiveren paa samme Maade som Tilbudet. Overensstemmende Svar inden en passende Tid er altsaa her stiltiende Betingelse for Løftets Gyldighed.³⁵ Men atter her maa det erindres, at den angivne Fortolkning maa vige for specielle Tilkjendegivelser i Løftet. Tilsiger dette Adressaten en længere eller kortere Overvejelserfrist, bliver denne afgjørende, og erklærer det, at Løftegiveren vil være bunden uden Svar, bliver Akcept ufor nøden, men Adressaten erhverver naturligvis kun Ret til den lovede Præstation mod i sin Tid at erlægge det begjærte Vederlag.

I alle disse Tilfælde, hvor Løftet saaledes udtrykkeligt eller stiltiende fordrer en Tilegnelseserklæring fra Adressatens Side som Betingelse, staar altsaa Sagen paa selvsamme Maade som ved et ubetinget Løfte. I begge Tilfælde er Løftet efter 5—1—1 forbindende uden Akcept. Men i de Tilfælde, hvor Akcept er forlangt, er den ved Løftet skabte Ret kun en betinget, nemlig en af Akcept inden en vis Tid betinget. Adressaten erhverver den ham ved Løftet tilsagte Ret i det Øjeblik, da Løftet kommer til hans Bevidsthed; at nægte dette vilde være i *Strid med* 5—1—1. Men al Ret efter Løftet falder ifølge de almindelige Regler om udeblivende Betingelser sammen, dersom overensstemmende Svar ikke indløber til Løftegiveren ³⁶ inden den udtrykkeligt eller stiltiende fastsatte Frist. Løftegiverens Tilbagekaldelse af Løftet 129 bliver, naar intet Forbehold desangaaende findes i Løftet, kun af Betydning, naar den er ankommet til Adressaten samtidig med, at Løftet er kommet til dennes Bevidsthed. Dersom den kommer senere, bliver den uden Betydning: Adressaten kan desuagtet ved Akcept indenfor den ham udtrykkeligt eller stiltiende af Løftet indrømmede Frist fastholde Løftet, og kommer hans Akcept ikke inden denne Frist, bliver Løftet ugyldigt, ikke paa Grund af Tilbagekaldelsen, men fordi den af

³⁵ Aubert S. 74, jfr. Leonhard S. 126, Nordling S. 166—167.

³⁶ Det maa til at vedligeholde Tilbyderens Forpligtelse være tilstrækkeligt, at Svaret er kommet til ham, det behøver ikke at være kommet til hans Bevidsthed. Derimod bliver Adressaten *først* bundet ved sit i Svaret indeholdte Løfte, naar dette er kommet til Tilbyderens Bevidsthed.

Løftet stillede Betingelse er udebleven. Det kan derfor ikke ganske billiges, hvad der bemærkes af *Aubert* S. 75, at der, »naar Tilbudet retsstridig tilbagekaldes før Antagelsen i den til denne levnede Frist, begrundes herved en Erstatningspligt, der, saafremt Promissaren straks forlanger det, er antaget naturligt at fyldestgøres derved, at Kontrakten alligevel anses som afsluttet«. Et af to. *Enten* maa den af Løftegiveren tilsagte Frist forstaas saaledes, at den kun fastsætter en Endetermin for det Tidsrum, indenfor hvilket Løftet lovligt kan akcepteres, medens Løftegiveren forbeholder sig Adgang til at tilbagekalde Løftet ogsaa efter dets Ankomst til Adressaten, lige indtil det er akcepteret. Om dette er Betydningen af den indrømmede Ventefrist, er et rent Fortolkningsspørgsmaal.³⁷ Besvares det bekræftende, er Tilbagekaldelsen lovlig, og Løftegiveren kan ikke ifalde noget Erstatningsansvar. *Eller* Løftets Indhold gaar ud paa, at Løftegiveren vil staa ved sit Løfte i den angivne Frist uden at gjenkalde det; at det er dette Tilfælde, *Aubert* sigter til, fremgaar deraf, at Tilbagekaldelsen betegnes som retsstridig. I saa Fald vilde det stride imod 5—1—1 at tillægge den Tilbagekaldelse, som ankommer til Adressaten, efterat Løftet er kommet til hans Bevidsthed, nogen retlig Betydning. Han maa ifølge 5—1—1 kunne fastholde Løftet, som det foreligger, altsaa imod at akceptere det inden den fastsatte Tid. Han behøver ikke at akceptere »straks«. Og hans Krav er intet »Erstatningskrav«, men skabt ved Løftet. Bagved Betegnelsen af Kravet som et Erstatningskrav ligger vistnok en Forestilling om, at egentlig intet Krav skulde kunne støttes¹³⁰ umiddelbart paa Løftet, naar Løftegiveren forinden Akcepten har tilbagekaldt sit Løfte, jfr. *Windscheid* § 307; men at den dansk-norske Lovgivning netop underkender en saadan Betragtningssaa, er tilstrækkeligt paavist i det foregaaende.

Ogsaa ved gjensidige Obligationsforhold har altsaa Akcepten, naar der spørges om Tilbyderens Pligt og Adressatens Ret, bortset fra dens Evne til at forandre den afslaaelige Ret til en blot opgivelig, efter dansk-norsk Ret kun Betydningen af en af Løftegiveren stillet *Betingelse*. Hvad der desuagtet kan forlede til ved gjensidige Obligationsforhold at betegne »Kontrakten« som den retsstiftende Kjendsgjer-

³⁷ *Windscheid* § 307 ved Note 7, *Regelsberger* hos *Endemann* II S. 432.

ning, jfr. saaledes Aubert S. 70, er dette, at der ved Tilbyderens Løfte kun begrundes Pligt for ham, medens der til Begrundelse af den Pligt, som det ønskes, at Adressaten skal paatage sig, naturligvis kræves et Løfte fra hans Side. Denne Omstændighed kan meget vel, naar det ikke netop gjælder at præcisere de retsstiftende Kjendsgjæringer, udtrykkes saaledes, at der til Grund for gjensidige Obligationsforhold ligger en Kontrakt. Rigtigt er det jo nemlig, at der *foreligger* en Kontrakt, naar Forhandlingerne ere førte til Ende, saa at begge Parter ere blevne forpligtede. Men dette er ikke det samme, som at Kontrakten skulde være den retsstiftende Kjendsgjærning. At betegne de retsstiftende Kjendsgjæringer som Kontrakt vilde her være rigtigt, dersom man ved Kontrakt forstod to mod samme Maal sigtende Løfter.³⁸ Men i Almindelighed forstaas ved Kontrakt det tilegnede Løfte, se ogsaa Aubert S. 70. Og saaledes forstaaet bliver det *urigtigt og misvisende* at betegne Kontrakten som retsstiftende Kjendsgjærning. Som ovenfor paavist har denne Udtryksmaade paa et enkelt Punkt ført Aubert til et Resultat, der ikke stemmer med 5—1—1. Det mislige ved Udtryksmaaden er *for det første*, at det vækker den Forestilling, at hele Mellemværendet, de gjensidige Pligter, skabes ved én Kjendsgjærning i samme Tidspunkt, hvilket, som det fremgaar af det ovenfor udvik-

131 lede, ordentligvis kun vil være Tilfældet ved Forhandlinger imellem samværende Personer og det endda ikke altid. Tænke vi os f. Eks. i Kjøb og Salg Sælgeren optrædende som afgivende den første Viljeserklæring, bliver han forpligtet i det Øjeblik, hans Erklæring kommer til den fraværende Kjøbers Bevidsthed, altsaa forinden der foreligger nogen Akcept, og Kjøberen bliver ikke forpligtet straks ved sin Akcepts Afgivelse, men først naar denne, som indeholder hans Løfte om at yde Vederlaget, er kommet til Sælgerens Bevidsthed. *Der-næst* klæber der den Mislighed ved Betegnelsen Kontrakt om den retsstiftende Kjendsgjærning ved gjensidige Obligationsforhold, at man forledes til at antage, at Akcepten af Løftet her skulde være en af *Retsordenen* krævet Forudsætning for Indtrædelsen af Retsvirkningen, medens det rigtige er, at Akcepten kun er fornøden, forsaavidt som den er krævet af Løftegiveren. Naar A. f. Eks. har afgivet den Erklæring til B., at denne indenfor en Frist af en Maaned skal have Ræt

³⁸ Saaledes bestemmer Nordling S. 161 og 110 »aftal«, se ovenf. § 2.

til at afhente A.'s Hest for en Købesum af 1000 Kroner og tilføjet »Svar ufor nødent«, staar A. ifølge 5—1—1 straks, saasnart denne Erklæring er kommet til hans Bevidsthed, uden at have afgivet nogen Akcept, med Retten til at fordre Hesten for 1000 Kroner.

Resultaterne af det udviklede kunne korteligt sammenfattes saaledes: Det er efter dansk-norsk Ret stedse Løftet alene, som begrunder Ret og Pligt, saasnart det er kommet til Adressaten Bevidsthed. Tilbagekaldelser af Løftet, som først kommer til Adressaten efter dette kritiske Tidspunkt, ere uden Betydning, naar Løftegiveren ikke har forbeholdt sig Tilbagekaldelsesret.³⁹ Akcepten har efter Retsordenen kun den Betydning at forandre den ved Løftet skabte afslaaelige Ret til en blot opgivelig. Iøvrigt beror det blot paa en *Fortolkning af Løftet*, om nogen Handling fra Adressatens Side skal være Betingelse for Løftets forbindende Kraft eller ikke, om denne Handling skal være en Akcept, en Tilegnelseshandling o: en Handling, hvorefter der med Sikkerhed kan sluttes, at Adressaten vil have Retten, eller ikke, og *inden hvilken Frist* denne Handling skal være foretagen. Alt saadant afhænger af Løftets Indhold, rigtigt fortolket.⁴⁰

Hvad særligt angaar Spørgsmaalet om Retsforholdets *Afslutningstid*, da kommer det an paa, hvad man hermed mener. For Spørgsmaalet angaaende Tidspunktet for Indtrædelsen af de forhandlende Parter Ret og Forpligtelse er den *Retsregel* afgjørende, at hver Løftegiver forpligtes i det Øjeblik, da hans Løfte kommer til Medkontrahentens Kundskab. Undertiden menes der imidlertid med dette Spørgsmaal noget ganske andet, jfr. nærmere nedenfor i § 8. Der menes hermed

³⁹ Saadant Forbehold kan ogsaa forekomme som stiltiende, jfr. saaledes at det i et Mandat liggende Tilsagn til Mandataren om Godtgjørelse for Udlæg kan tilbagetages, saalænge Mandataren ikke har afholdt eller bundet sig til at afholde det paagjældende Udlæg.

⁴⁰ Som Eksempel paa forlangt Akcept er i det foregaaende kun nævnt Svar til Løftegiveren; det skal her kun bemærkes, at ligesom Løftegiveren jo udtrykkeligt lige saa vel kan forlange hvilkensomhelst andre Former af Akcept, maa saadanne andre Former undertiden antages stiltiende forlangte ved Siden af eller i Stedet for Svar, jfr. f. Eks. Bestilling af Varer, som straks skulle afsendes. Adressatens ved Bestillingen erhvervede Ret vil her ordentligvis kun være betinget af, at han straks afsender Varerne, jfr. dog Hindenburg: Om Køb og Salg S. 32.

ofte Spørgsmaal som disse, fra hvilket Tidspunkt kontraktmæssig Om-sorgspligt, Risikoen for Ydelsens Undergang o. desl. paahviler den paagjældende, fra hvilket Tidspunkt vedtagne Renter begynde at løbe, til hvilket Tidspunkt Skylden forfalder o. s. v.⁴¹ Almindelig positiv Afgjørelse af saadanne Spørgsmaal findes ikke i dansk-norsk Ret, i denne Henseende beror alt paa en rigtig *Fortolkning af Løfternes Indhold*.⁴²

Overenskomsttheorien er altsaa fremmed for den dansk-norske Ret. I *Litteraturen* er den imidlertid af Grunde, som alt ere berørte, tidligt trængt ind.⁴³ I *Hesselbergs* juridiske Collegium S. 196 tales kun om Kontrakten som retsstiftende Kjendsgjerning. *Dons* definerer i sine 133 Forelæsninger S. 270 ff. Løftet og »Pagten« (det akcepterede Løfte) og bemærker, at det at kontrahere af Loven kaldes at love og indgaa. *Kongslew* omtaler i den danske og norske private Rets første Grunde II. Side 252 ff. kun Kontrakter. *Nørregaard* støtter i sine Forelæsnin-ger III. S. 18 den Sætning, at det uakcepterede Løfte ikke forpligter, paa Ordet »indgaaet« i 5—1—1, og *Brorson* støtter i sin Fortolkning af Lovens første Bog I. S. 3—4 det samme Resultat væsentligt paa »Naturens Lov«. Først hos *Hurtigkarl* foregaar en Svingning. I den danske og norske private Rets første Grunde II. 2 S. 20 hedder det, »at et uantaget Løfte kan da ikke forbinde, dog maa man vel antage, at den Lovende bindes ved sit Løfte i saa lang Tid, som det er nød-vendigt for at den, som Løftet er gjort til, kan afgive sin Erklæring, om han vil antage det eller ikke, eller, hvis han har begjæret og er-holdt Betænkningstid, saalænge denne varer«. Hertil slutter *Ørsted* sig i Haandbogen V. S. 93—94 med følgende Bemærkning: »Ved at give et Løfte fra mig, har jeg villet binde mig under Betingelse af, at Den, Løftet gives til, vil have mig bunden. Dersom nu denne Be-tingelse kommer til Virkelighed, saa gaaer min med Løftet tilkjende-givne Hensigt, at binde mig, i Opfyldelse. Vil han derimod ikke an-tage mit Løfte, eller lader han den Tid hengaae, som jeg udtrykke-

⁴¹ Se Regelsberger I. S. 30—31, Nordling S. 170—171 og f. Eks. Kommen-tarer til den tyske Handelslovs § 321, Regelsberger hos Endemann II. S. 456, Hahn II. S. 213.

⁴² N. Lassen S. 95.

⁴³ Øllgaard: Anders Sandøe Ørsteds Betydning II. S. 251—252.

ligt eller stiltiende havde tilstaaet ham til at betænke sig i, saa bortfalder Betingelsen og dermed det Betingede. *Ved det blotte Løfte er jeg altsaa bunden, skjøndt kun paa en betinget Maade*«. Med disse Ord afviser Ørsted i fuldstændig Samklang med de ovenfor fremstillede Resultater ganske Overenskomsttheorien fra den dansk-norske Rets Omraade, men en nærmere Gjennemførelse af sin Lære har han desværre ikke givet.

Dette rigtige Standpunkt fastholdes *materielt* i det hele af de senere *norske* Forfattere, se *Hallager*, den norske Obligationsret, 2det gennemseede Oplag ved Aubert I. S. 37—39. Hvad særligt angaar Udviklingen hos *Aubert* S. 70—75, stemme Resultaterne i Hovedsagen med det udviklede, og forsaavidt som denne Forf. endnu fastholder, at de gjensidige Obligationsforhold stiftes ved »Kontrakt«, da er denne 134 Afvigelse, som det vil fremgaa af det ovenstaaende, væsentlig af formel Natur. I den *danske* Literatur derimod faldt *Larsen* i Privatretlige Foredrag II. S. 23—25 og *J. Gram* II. 1^o S. 165—169 tilbage til Overenskomsttheorien, førstnævnte endog i den Grad, at end ikke et Tilsagn om at ville staa ved sit Tilbud en vis Tid antages forpligtende, medmindre det er akcepteret. *Hindenburg* synes i sin Afhandling om Kjøb og Salg S. 23—24 at nærme sig til Ørsted, men andre Udtalelser gjøre hans Standpunkt uklart, jfr. herom *N. Lassen* S. 60—61. Først *Evaldsen* viste i sine lithograferede Forelæsninger over Obligationsrettens almindelige Del S. 12 ff. i en udførlig Fremstilling, med hvis Resultater det ovenfor udviklede i det hele stemmer, atter Overenskomsttheorien fuldstændig ud af den positive danske Ret.

I *Praksis* har Overenskomsttheorien forsaavidt ogsaa spillet en vis Rolle, som Ræsonnementer i Dommenes Præmisser jævnlig ses paa-virkede af denne, men i Strid med Lovgivningen er *Praksis* i det hele ikke kommet. Af de hos *Aubert* S. 70—75 anførte *norske* Domme strider ingen mod Løftettheorien, og denne synes anerkjendt i *H. R. D.* i *U. f. L.* S. 195, hvor et Telegram angaaende Paatagelsen af en Kautionspligt antoges bindende trods Tilbagekaldelsen, uanset at Akcept endnu ikke havde fundet Sted. De *danske* Domme stemme paa en enkelt Undtagelse nær godt med Løftettheorien. Af forskellige Domme ses det, at egentligt Svar til Løftegiveren ikke er fornødent for

at gjøre ham forpligtet, og at ingen anden Akcept er fornøden til Stiftelsen af Ret end den af Løftet udtrykkeligt eller stiltiende forlangte, jfr. f. Eks. D. i U. f. R. 1876 S. 888, hvor det antages, at en Varehandel endelig er kommen i Stand ved Sælgerens Afsendelse af Varerne i Henhold til Kjøberens Tilbud, og D. i J. U. 1863 S. 769, hvor det antages, at en ubetinget Kautionsforpligtelse var stiftet, uden at Svar paa Tilbudet om Kaution var fornødent, idet Adressaten ved Tilbudets Modtagelse overlod Tredjemand de Varer, som der tilbødes Kaution for.⁴⁴ Et ensidigt Tilsagn om Kaution er anset for bindende uden Akcept i D. i J. U. 1859 S. 237, og flere Domme anerkjende, at ensidige Tilsagn om Rettigheder ere forpligtende uden anden Akcept end den, som ligger i et senere Paakrav til Betaling, se saaledes D. i U. f. R. 1881 S. 170 og 1873 S. 233. Som en Dom, der afgjort tager Parti for Løftettheorien, kan navnlig nævnes D. i H. R. T. 1866 S. 638, hvorefter det ensidige Salgstilbud er forpligtende i den Forstand, at Sælgerens Tilbagemodtagelse deraf forinden den ensidigt fastsatte Ventefrists Udløb, efterat Tilbudet var kommet til Adressatens Bevidsthed, men forinden Akcepten, er betydningsløs, jfr. ogsaa Sjø- og Handelsretstidende 1864 S. 167. I samme Retning gaar maaske D. i U. f. R. 1876 S. 1133, hvor det udtales, at en gjort Bestilling af Varer ikke ensidigt kan tages tilbage ved Kontraordre inden Leveringstiden, men det kan dog af Referatet ikke med Sikkerhed ses, om ikke Bestillingen var akcepteret af Sælgerens Handelsrejsende, jfr. ogsaa D. i U. f. R. 1880 S. 732 samt Grosserer Societetets Responsum af 17. Aug. 1883 i Sjø- og Handelsretstidende 1883 S. 246, hvorefter Tilbud ifølge Handelssædvane i Almindelighed maa anses bindende mod omgaaende Svar, jfr. Resp. 21. Jan. 1871 hos Hindenburg: Om Kjøb og Salg S. 213.⁴⁵ Kun én Dom ses i sin Konklusion at stille sig paa Overenskomsttheoriens Standpunkt, nemlig D. i J. U. 1859 S. 805, der udtaler, at en gjort Bestilling af Varer kunde tilbagekaldes i et Tilfælde, hvor det i al Fald var tvivlsomt, om et Forbehold i denne Retning kunde

⁴⁴ Efter rigtig Fortolkning krævede dog vistnok Løftet i dette Tilfælde Svar fra Adressaten, jfr. ovfr. Note 32.

⁴⁵ Her kunne vel ogsaa nævnes Domme, der statuere, at Adressaten ved Konnossementets Ankomst bliver Ejer af de tilsendte Varer, jfr. navnlig D. i U. f. R. 1886 S. 1166.

indfortolkes i Bestillingen. Men denne ældre Dom angaar, som det vil ses, et Tilfælde, i hvilket yngre Afgjørelser have anerkjendt de rigtige Resultater.

§ 5. *Fremmede Lovgivninger.*

225

De Undersøgelser angaaende fremmed Ret, som i de følgende Paragrafer skulle anstilles, have, som ovenfor i § 1 bemærket, det Formaal at konstatere, om (og i bekræftende Fald i hvilket Omfang) de fremmede Retsforfatninger, der i denne Henseende have særlig Interesse, afvige fra de Retsregler, der nu ere udviklede som den dansk-norske Rets, eller, hvad der — idet den dansk-norske Rets Regler netop ikke ere andet end, hvad der ligger i Sætningen, at Løfter forpligte — er det samme, hvorvidt disse Retsforfatninger afvige fra den rene Løftettheori. Divergenserne skulle derefter sammenlignes efter deres Værdi overfor Retslivets Behov. De Punkter, mod hvilke denne Undersøgelse maa rettes, bliver efter det i § 3 om Kjendemærkerne henholdsvis for Løftettheorien og for Overenskomsttheorien bemærkede følgende: *Først* maa det afgjøres, om den fremmede Retsforfatning anerkjender, at Løftet, naar det er kommet til Adressaten (eller til Adressatens Bevidsthed), skaber den tilsigtede Ret, eller om hertil kræves en Handling fra Adressatens Side (Akcept). *Dernæst* maa det bestemmes, hvorledes den paagjældende Retsforfatning stiller sig overfor Akcepten, *om den* kræver en Akcept uafhængigt af Løftets Indhold, 226 selv om dette er aldeles ubetinget — der bortses herved fra Akceptens Betydning som forandrende Retten fra en afslaaelig til en blot opgivelig — og kræver, at denne Akcept skal have en bestemt Skikkelse, *eller om* det afhænger af Løftet, om en Akcept er fornøden, og hvilken Skikkelse den skal have.

Dersom det første Spørgsmaal findes besvaret saaledes, at Løftet er forbindende, saasnart det er kommet til Adressaten, da hviler den paagjældende Lovgivning paa en Løftettheori, og findes det sidste Spørgsmaal derhos besvaret saaledes, at det aldeles beror paa Løftets Indhold, om Akcept er fornøden, og hvilken Skikkelse denne skal have, da have vi at gjøre med en ren Løftettheori; fastholder den paagjældende Lovgivning derimod, at Akcept er fornøden uafhængigt af Løf-

tets Indhold, selv om dette er aldeles ubetinget, da have vi at gjøre med en Løftettheori med Indrømmelse til Overenskomsttheorien. *Der-som omvendt* efter den paagjældende Retsforfatning Løftet først bliver forpligtende ved en Akcept fra Adressatens Side, have vi med en Overenskomsttheori at gjøre. Men forsaavidt som der gjøres Undtagelser fra denne Regel, eller der fra Adressatens Side ikke nødvendigt kræves en virkelig Tilegnelseshandling, men ogsaa andre Handler anerkjendes som gyldig »Akcept«, naar Løftet kun kræver saadanne, foreligger der en Overenskomsttheori med Indrømmelser til Løfte-theorien.⁴⁶

§ 6. Romersk og almindelig tysk Ret.

I. Med Hensyn til den *romerske* Ret, der i det hele er reciperet af den *almindelige tyske* Ret, rejses altsaa først det Spørgsmaal: er Løftet forpligtende, saasnart det er kommet til Adressaten (eller til hans ²²⁷ Bevidsthed), eller bliver det først forpligtende, naar det er akcepteret? Svaret kan ikke være tvivlsomt. Almindelige Udtalelser i Kilderne, navnlig l. 3 pr. Dig. (50. 12) *de pollicitationibus*, se ovenfor i § 3, gaa i al Fald efter den nærmestliggende Fortolkning ud paa, at Løftet alene ikke er forpligtende. Stadigt nævnes *consensus*, *contractus* og *pactum* som Grundlag for Ret og Pligt og — bortset fra *pollicitatio* — findes der intet Spor af, at Løftet alene har forpligtende Kraft,⁴⁷ ingen speciellere Udtalelser om Æmnet, der kunde motivere en indskrænkende Fortolkning af de almindelige Tilkjendegivelser. Den alminde-

⁴⁶ Efter Afslutningen af nærværende Afhandling udkom: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Berlin u. Leipzig 1888 og Motive zu dem Entwurfe o. s. v. Band I. (Hertil (»Nye tyske Udkast«), havde Forf. følgelig kun kunnet give flygtige Henvisninger hist og her i Noter under Korrekturen. *Udg.'s Anm.*

⁴⁷ De fleste Forfattere nævne endvidere de moderne Ihænde-haverpapirer og Ordrepapirer som Undtagelser fra Regelen om, at det blotte Løfte ikke er forpligtende. Om Retsreglerne angaaende disse Forhold, hvis Konstruktion jo er meget omtvistet, virkelig føre ind paa her at anerkjende en særlig Undtagelse, er et Spørgsmaal, som er uden direkte Interesse for den foreliggende Undersøgelse, og som derfor ikke skal optages her, se navnlig Windscheid § 304 Note 11, N. Lassen S. 106 ff.

lige Anskuelse er da ogsaa den, at Løftegiveren først ved Adressatens Akcept af Løftet bliver bunden ved dette; indtil Akcepten kan Løftet tilbagekaldes, Windscheid § 307. Kun ganske enkelte Forfattere ere af afvigende Anskuelse. Der kan nu ikke være Tale om paa dette Sted at optage en udførlig Undersøgelse angaaende disse divergerende Anskuelser; følgende Bemærkninger maa være tilstrækkelige. Koeppen hævder S. 334 ff., jfr. *Gardeike* S. 59 ff., at Løftet efter romersk Ret er forpligtende, Løftet gjør Adressaten til *creditor conditionalis* ligesom den legatariske Viljeserklæring gjør det, og ved Akcepten opfyldes Betingelsen, l. c. S. 335. Det er tilstrækkeligt til Pligtens Begrundelse, at Løftet er erklæret, l. c. S. 350. 351, men Løftegiverens Tilbagekaldelse af Løftet er gyldig, dersom den enten standser Løftet paa Vejen til Adressaten eller kommer til denne samtidig med Løftet, S. 364. Mod denne Koeppens Theori kan først gjøres den *formelle* Bemærkning, at den formulerer sig som en rent ensidig Viljeserklærings Theori, idet den erklærer Ret for skabt, saasnart Løftet er afgivet, medens den i Virkeligheden først tilkjender Adressaten en Ret, naar 228 Løftet er kommet til ham. Naar nemlig Tilbagekaldelser af Løftet ere gyldige, som komme til Adressaten samtidig med (eller før) Løftet, vil dette jo sige, at Adressaten er prisgivet Løftegiverens Vilkaarlighed, indtil Løftet er kommet til ham, og at han altsaa først fra dette Øjeblik af har Retsbeskyttelse for Fordringen, altsaa en Fordringsret. Denne ejendommelige Formulering af Theorien har Koeppen anset for fornøden for at redde visse Resultater, navnlig det, at den for Adressaten ubekjendte Tilbagekaldelse er uden retlig Betydning, jfr. l. c. S. 301, og det at kontraktmæssig Ansvarspligt kan komme til at paahvile Løftegiveren allerede fra Løftets Afgivelse, l. c. S. 356. Det er imidlertid allerede ovenfor i § 4 paavist, at disse Resultater ere meget vel forenelige med den Theori, at Løftet først forpligter ved dets Ankomst til Adressaten, jfr. med Hensyn til sidstnævnte Sætning navnlig N. Lassen S. 95. Naar Theorien tages efter dens Realitet, stemmer den i det væsentlige med den Theori, som er den dansk-norske Lovgivnings, og hvis praktiske Fortrin i det følgende ville blive fremhævede, jfr. navnlig Koeppens fortræffelige Udvikling l. c. S. 280—281. Det forekommer mig saaledes ikke retfærdigt, naar N. Lassen S. 84 ff. næsten ude-

lukkende dvæler ved Theoriens formelle Mangler; det lader sig næppe nægte, at ingen Forfatter har bidraget saameget til den rette Bestemmelse af den Betydning, der efter Sagens Natur bør tilkomme henholdsvis Løfte og Akcept, som netop Koeppen. Men det kan ikke anerkjendes, at Koeppen om sin Theori har oplyst, at den er den romerske Rets. Forsøget paa at gjøre dette l. c. 336 ff. falder sammen Stykke for Stykke. Forsaavidt der argumenteres fra Lovbud, der som § 4 inst. (3—23) *de emt. et vend.*, l. 20 § 1 Dig. (19—5) *de præsc. verb.* udtale, at Sælgeren, som har solgt paa Prøve, er bunden, da er det urigtigt i disse Kildesteder at finde Eksempler paa, at Løftet er forpligtende uden Akcept. De gaa ud fra, at Kjøberen har modtaget eller er gaaet ind paa at modtage Tingen til Prøve, og han har saaledes akcepteret Løftet til Overvejelse og akcepteret gyldigt, thi yderligere Akcept 229 har Sælgeren indtil videre ikke forlangt. Lignende Bemærkning rammer Argumentationen l. c. S. 342 ff. fra Afgjørelser som f. Eks. l. 13 § 29 Dig. (19—1) *de act. emt. et vend.*, hvorefter den myndige Sælger forpligtes ved Forhandlinger med en umyndig Kjøber; at Kjøberen er umyndig, udelukker vel, at han kan forpligte sig til Gjengjæld, men bevirker ikke, at hans blotte Tilegnelseserklæring skulde være at regne for Intet, pr. inst. (1—21) *de auct. tut.*, og naar Sælgeren indtil videre kun har forlangt denne, og denne er afgivet til ham, hvilket det anførte Lovbud forudsætter, da foreligger alt, hvad der efter Overenskomstlæren fordres til en gyldig Kontrakt, se Windscheid § 307 Note 7 a. Naar dernæst Koeppen S. 350 angriber Beviskraften af l. 3 pr. Dig. (50—12), jfr. ogsaa ovenfor i § 3 Note 2, da vilde det føre for vidt her at gaa nærmere ind paa denne Argumentation, og det skal blot bemærkes, at dette Kildested jo langt fra er det eneste Argument for Overenskomstlæren, der tværtimod kan siges at afpræge sig helt igjennem samtlige Regler om Stiftelsen af Obligationsforhold *inter vivos*, se ovenfor. Heller ikke *Aagesen* har fundet Kildesteder, der kunne oplyse, at Løftet binder uden Akcept. De Kildeafgjørelser, som i Forelæsninger over den romerske Privatret I S. 214 ff. anføres, foruden de allerede af Koeppen nævnte, oplyse — bortset fra Bemærkningen om Gaver og deslige, hvorom nedenfor — højst, at Akcept gyldigt kan finde Sted paa anden Maade end ved Svar til Løftegiveren. *Leonhards*

Forsvar for Løftets Uigjenkaldelighed efter romersk Ret er noget overraskende. Efter denne Forfatter betegner *consensus* i de romerske Retskilder tvende efter deres »Sinn« (Indholdet, betragtet fra Adressatens Side) overensstemmende Erklæringer, uden Hensyn til den bag disse Erklæringer liggende Vilje l. c. S. 11 ff. Af dette *consensus*-Begreb, skal det, l. c. S. 125—126, være en direkte Konsekvens, at Løftet er uigjenkaldeligt, naar det er kommet til Adressaten. Dersom Gjenkaldelsen ikke er kommet til Adressaten samtidigt med eller før Løftet, foreligger der nemlig, uanset Tilbagekaldelsen, to i den angivne Betydning overensstemmende Erklæringer, *consensus*, naar Akcept har fundet Sted. Bortset fra Holdbarheden af det af Forfatteren opstillede *consensus*-Begreb, skal hertil kun bemærkes, at naar den romerske Ret, hvad Forfatteren stadigt rigtigt betoner, kræver *consensus* som Grundlag for Ret og Pligt, da ligger heri, at Pligt ikke er skabt ved Løftet alene. Men at Løftet er uigjenkaldeligt, vil jo netop sige, at det begrunder Pligt. Hvad der af Leonhard opstilles som Konsekvens af hans *consensus*-Begreb, er saaledes i den mest afgjorte Strid med Retssætningen, at der til Stiftelsen af Ret og Pligt kræves *consensus*. Betegnende er det ogsaa, at Forfatteren paa flere Steder f. Eks. l. c. S. 274 Note 2 og 250 Note 2 trods sin anførte Theori udtaler, at den enkelte Erklæring alene altid er ugyldig og ikke kan betegnes som en Retshandel.

Det antages altsaa, at Løftet efter romersk Ret ordentligvis ikke er forpligtende, men kan tages tilbage, lige indtil Akcept har fundet Sted. I Almindelighed antages i denne Henseende, at kun den Tilbagekaldelse, der er naaet til Adressaten forinden Akcepten, har retlig Betydning, men dette Spørgsmaal, som ikke har direkte Betydning for den foreliggende Undersøgelse, maa her skydes tilside, jfr. Windscheid § 307 Note 3.⁴⁸

Denne romerretlige Regel, hvorefter Løftet ikke er forpligtende, er reciperet i *den almindelige tyske Ret*,⁴⁹ men der findes stærk Tilbøjel-

⁴⁸ Om Bestræbelserne for at udjævne de romerske Retsreglers praktisk uheldige Resultater ved at tillægge Løftemodtageren Krav paa den negative Kontraktsinteresse handles nedenfor i § 10.

⁴⁹ Windscheid § 307, Stobbe III S. 87.

lighed til at indrømme vigtige *Undtagelser*. Af disse skal paa dette Punkt alene nævnes den, der refererer sig til alle Løfter uden Hensyn til Arten af det Retsforhold, som Løftet tilsigter at frembringe, nemlig den, at et Løfte, der tilsiger Adressaten en vis Overvejelsesfrist, er forpligtende, saa at det ikke gyldigt kan kaldes tilbage under Fristen. De andre Undtagelser, der kun referere sig til visse Klasser af Løfter, ville blive omhandlede i det følgende ved Undersøgelse af Spørgsmaalet, hvad der kræves til en lovlig Akcept. At Tilsagnet om
 231 en Overvejelsesfrist er forpligtende, naar det er akcepteret af Adressaten, er en selvfølgelig Konsekvens af Overenskomsttheorien. Men det er en almindelig Antagelse, at dette Tilsagn er forpligtende, saasnart det er kommet til Adressatens Kundskab, naar det blot ikke afslaas, Windscheid § 307 Note 6, Regelsberger I S. 71—72 og hos Endemann II S. 433. Fænomenet søges af de nævnte Forfattere forklaret paa den Maade, at Ikke-Afslag skal være en Akcept, men at dette kun er en fiktionsmæssig Omskrivning for den Sætning, at dette Løfte er forbindende uden Akcept, er klart, se navnlig Siegel S. 61 ff., Koeppen S. 305—307, Stobbe S. 89 og nærmere Bemærkningen i det følgende. Der kan herefter, da Sætningen aldeles mangler Hjemmel i Kilderne, ikke være Tvivl om, at den er ganske uromersk, se Stobbe S. 89 med Note 18, Dernburg I S. 199. Den er simpelt hen kun en Affødning af den praktiske Trang til at komme bort fra Romerrettens Overenskomsttheori, der under de nuværende Samfundsforhold viser sig ubrugbar.

II. Ulige vanskeligere end Besvarelsen af Spørgsmaalet om Løftets forpligtende Kraft er Besvarelsen af det *andet* Spørgsmaal, der ifølge det ovenfor i § 5 bemærkede her maa rejses, nemlig hvad der efter den *romerske* og almindelige *tyske* Ret kræves fra Adressatens Side, for at Løftet skal blive forpligtende som Bestanddel af en Overenskomst, eller med andre Ord, *hvad der kræves til en gyldig Akcept*. Baade Lovgivning og Literatur volde her Vanskeligheder. Lovgivningen, fordi den i det hele indskrænker sig til den almindelige Udtalelse, at *consensus* er fornøden, Literaturen, fordi den ordentligvis ikke særlig undersøger, hvad der kræves til Akcept af et Løfte, men ordentlig-

vis⁵⁰ i Overensstemmelse med den ovenfor i § 2 omtalte Terminologi retter Undersøgelsen paa, hvad der kræves til Antagelse af et Tilbud, saa at »Antagelsen« ogsaa omfatter Adressatens Skylderklæring, som er forlangt af et Tilbud. Undersøgelsen maa efter det i § 5 bemærkede navnlig ogsaa rettes paa, hvorvidt Akceptens Beskaffenhed er afhængig af Løftets Indhold, altsaa af Løftgiverens Vilkaarlighed, eller om Lov-²³² givningen i denne Henseende fastsætter Skranker.

Tage vi nu som Udgangspunkt Kildernes almindelige Udtalelser, der strække sig gennem hele Æmnet og gaa ud paa, at *consensus (contractus, pactum)*, altsaa Overenskomst eller to overensstemmende Viljeserklæringer, er Grundlaget for Ret og Pligt, da følger det ligefrem heraf, at det, der skal støde til Løftet, for at det kan blive forpligtende, maa være en Handling fra Adressatens Side, der tilkjendegiver hans Vilje at ville fastholde Løftet. Akcepten maa efter romersk Ret, forsaavidt ikke særlig Hjemmel for Afgivelse kan paavises, være en *Tilegneshandling* fra Adressatens Side, altsaa enten en udtrykkelig Erklæring om, at han fastholder Løftet, eller en Handling, hvoraf en Vilje af dette Indhold kan slutes med lignende Sikkerhed som af en udtrykkelig Erklæring. Hermed stemme ogsaa de almindelige Udtalelser i Literaturen, jfr. ovenfor i § 2: Akcepten maa være en Tilegnelseserklæring, der dog ogsaa kan afgives stiltiende.⁵¹ Men som stiltiende Akcepterklæring kunne kun Handlinger komme i Betragtning, hvoraf Tilegnelsesviljens Tilstedeværelse med Sikkerhed kan slutes.⁵² En skarp Grænse imellem udtrykkelig og stiltiende Akcept kan det være vanskeligt at drage;⁵³ sikrest drages den vistnok med Leonhard S. 101 saaledes, at en stiltiende Erklæring siges at foreligge, naar en Viljes Tilstedeværelse kan slutes af andre Kjendsgjæringer end de for deres Tilkjendegivelse af Sprogloven bestemte Ord.

⁵⁰ Jfr. Windscheid § 306 Note 9, Siegel S. 8—12.

⁵¹ Windscheid § 305 og 309. Indvendingen hos Schlossmann S. 60—61 jfr. 44—51 gaar i Virkeligheden kun ud paa, at Terminologien »stiltiende Viljeserklæring« er uheldig, Eisele Krit. Vj. XX S. 17—18.

⁵² Windscheid § 72, Regelsberger I S. 93, Savigny III §§ 131 og 132 og navnlig Leonhard S. 190 ff.

⁵³ Windscheid § 72 Note 8 og 9.

Forsaavidt kunne Kilderne altsaa siges at give en almindelig Besvarelse af Spørgsmaalet, som det af deres *consensus*-Begreb følger, at der kræves en Handling fra Adressatens Side, som tilkjendegiver hans Vilje at ville fastholde Løftet. Men naar der nærmere spørges, om
 233 denne Erklæring skal være kommen til Løftegiverens Bevidsthed (Vernehmungstheorie), eller om det er tilstrækkeligt, at den er kommet til ham (Empfangstheorie) eller blot afsendt til ham af Løftemodtageren (Aeusserungstheorie), hersker der, som bekjendt, den største Uenighed, og der er liden Udsigt til Enigheds Opnaaelse.⁵⁴ Sagen er den, at den romerske Ret i det hele har indskrænket sig til i almindelige Udtalelser at adoptere Overenskomsttheorien uden at indlade sig paa Detailafgjørelser og uden at angive de reale Grunde, der have ført den til at adoptere Overenskomsttheorien. Og *Schlossmann* S. 5—7 og S. 67 ff. har Ret i, at *en sikker Slutning fra Overenskomstbegrebet er umulig, saalænge der ikke haves Kundskab om de reale Grunde, der have ført til Overenskomsttheoriens Antagelse*. Dersom disse Grunde ere den almindelige uklare Forestilling om, at ingen kan erhverve en Ret uden at ville have den, saa at kun »Fællesviljen« maa kunne skabe Ret og Pligt, hvilket »Enkeltviljen« ikke kan magte, da synes det at maatte være tilstrækkeligt, at Akcepten er erklæret. Dersom den Betragtning, som har været den afgjørende, derimod er den, at Løftegiveren ikke bør være bunden, forinden han har faaet Kundskab eller Adgang til Kundskab om, at Adressaten vil fastholde Løftet, jfr. *Schlossmann* S. 70 og 350—352, *Regelsberger* I S. 26, kommer man til Vernehmungs- eller Empfangstheorien, og saaledes fremdeles. Sagen forekommer mig at staa saaledes, at den romerske Ret ikke med Sikkerhed kan siges at have forlangt mere end Akceptens Afgivelse, *Windscheid* § 306 Note 5, og at denne Handling altsaa maa antages at gjøre Løftet forpligtende, medmindre Løftegiveren særligt har forbeholdt sig Frihed til Tilbagetræden indtil Akceptens Ankomst, jfr. straks nedenfor om Løftegiverens Raadighed over Akceptens Skikkelse. Men paa den anden Side synes det selvfølgelig, at det i Akcepten muligvis liggende

⁵⁴ *Windscheid* § 306, *Stobbe* III § 168 IV 1^o; jfr. om Vurderingen af disse og flere Theorier efter deres praktiske Brugbarhed navnlig *Koeppen* S. 281 ff. og *N. Lassen* S. 56—60.

Løfte først bliver forpligtende, naar det er kommet til Løftegiveren. Ved Forhandlinger angaaende gjensidigt bebyrdende Kontrakter bliver ²³⁴ saaledes Tilbyderen forpligtet, naar Adressaten har afgivet sin Akcept, men Akceptanten først, naar hans Erklæring er kommen til Tilbyderen.⁵⁵ Særlig Akcept behøver Akceptantens Løfte, som forud akcepteret, ikke. Naar Windscheid § 306 Note 11 udtaler, at Adressaten, forsaavidt Akcept afgives stiltiende, bliver bunden ved den endelige Foretagelse af Akcepthandlingen, da er det vel rigtigt, at visse stiltiende Tilegnelseshandlinger ikke kunne tilbagetages, f. Eks. Forbrug af Varer, der ere tilsendte mig til Kjøb for en opgiven Pris, men i Almindelighed kan Sætningen ikke opstilles uden en unaturlig Begrænsning af de stiltiende Erklæringers Begreb i Forhold til de udtrykkelige, jfr. nedenfor Note 16. Efter det udviklede er ifølge den romerske Ret vel ikke just Svar paa Løftet,⁵⁶ men en Handling af Adressaten, der tilkjendegiver Viljen at tilegne sig Løftet, fornøden for at gjøre dette forpligtende. Man kan altsaa ikke tiltræde *Sohms Lære*, S. 92, hvorefter Løftegiveren har fuld Frihed til at bestemme Akceptens Beskaffenhed, saa at Akcepten maa bestemmes som Fuldbyrdsen af den af Løftegiveren fastsatte Antagelseshandling (Realisierungstheorie), jfr. ogsaa Kühn S. 72, Eisele i *Kritische Vierteljahrschrift* XX S. 20. Det maa med *Regelsberger* hos Endemann II S. 446—447, i Overensstemmelse med det udviklede, antages, at Løftegiverens Frihed til at bestemme Akceptens Art er begrænset saaledes, at han som gyldig Akcept kun kan udpege *Handlinger*, som efter den almindelige Opfattelse eller efter positiv Retsbestemmelse ere *Tilegnelseshandlinger*. Indenfor denne Grænse, men ikke udenfor den, har Løftegiveren Frihed til at bestemme Akceptens ²³⁵ Art.⁵⁷ Dersom Sohms Anskuelse var rigtig, vilde Løftegiveren konse-

⁵⁵ Saaledes Windscheid § 306 Note 5—8. At Akceptantens Løfte først kan paaberaabes af Tilbyderen, naar det er kommet til ham (eller rettere til hans Bevidsthed), følger vel ikke af *consensus*-Begrebet, men af de Kildeudtalelser, der erklære Promittentens forud akcepterede Løfte til Stipulator ugyldigt, naar Stipulator er døv, 1. 1 § 15 Dig. (44. 7) *de o. et a.* Den saa overordentlig naturlige Regel, at Kontrahenternes Pligter i gjensidige Forhold ikke behøve at komme til Eksistens samtidigt, er dog Gjenstand for stærk Modsigelse, jfr. Windscheid § 306 Note 10.

⁵⁶ Sohm S. 101—105, Regelsberger I S. 93.

⁵⁷ Windscheid § 307 Note 7 a (Bemærkningerne om Koeppens Argumentation), Koeppen S. 369—371.

kvent ogsaa kunne bestemme, at Adressatens blotte Tavshed overfor Løftet skulde være en gyldig Akcept. At sætte Grænsen paa det Punkt, at der i al Fald maa fordres en Erklæring fra Adressaten, Kühn S. 72, er vilkaarligt; den af den romerske Ret over hele Linien udtalte Fordring om *consensus* fører, som paavist, til at sætte Grænsen ved det, der er en *Tilegnelseshandling*, og sætter man sig ud over denne Grænse, gives der ingen anden, som kan fastholdes. Efter den bestridte Tankegang havner man konsekvent i følgende Lære: Løftet alene er ikke forpligtende, medmindre Løftegiveren har bestemt, at det skal være forpligtende. Romerrettens Theori vilde herefter i Realiteten være en Løftettheori med det positive Tillæg, at Løfter præsumeres at indeholde et Forbehold om Gjenkaldelighed, indtil Løftemodtageren har foretaget, hvad Løftet opfordrer eller præsumeres at opfordre ham til at gjøre. — Friheden til at fastsætte Tilegnelseshandlingens Art er ikke undergivet nogen Begrænsning. Ogsaa den blotte indenretlige eller udenretlige Fremsættelse af et Krav paa Løftets Opfyldelse maa være tilstrækkelig, Windscheid § 309 Note 1. Og en Tidsgrænse, inden hvilken Akcepten skal komme, er ikke foreskrevet. Løftegiveren kan gyldigt fastsætte, at Akcepten kan komme saa sent, som Adressaten ønsker det.⁵⁸ Naar Løftegiveren har erklæret, at han vil være forpligtet uden nogen udtrykkelig eller stiltiende Begrænsning, kan Adressaten, saa sent han vil, paakræve Løftet og derved gjøre det forbindende, forudsat at det ikke inden Paakravet er taget tilbage.

Endnu have vi ikke i den romerske Ret set nogen Afvigelse fra Overenskomsttheoriens Retsregler i Henseende til Akceptens Beskaffenhed. *Formelt* holde Retsreglerne sig indenfor Theoriens Ramme, formelt gives der ikke Løftegiveren nogen Frihed til at bestemme Akceptens Art, som er i Strid med Principet. Men idet Akcepten maatte bestemmes som en Handling, der efter den almindelige Opfattelse eller *efter positiv Retsbestemmelse* er en Tilegnelseshandling, er Undersøgelsen endnu ikke afsluttet. Tilbage staar det Spørgsmaal, om ikke den romerske Ret har opfattet visse Handlinger fra Adressatens Side som Udtryk for en Tilegnelsesvilje, skjønt de i Virkeligheden ikke ere det.

⁵⁸ Koeppen S. 369, Schlossmann S. 352. Ytringen hos Windscheid § 307 Note 13 a er for absolut, jfr. nedenfor i § 8.

Dette er Tilfældet, dersom man tiltræder tvende ikke usædvanligt antagne, navnlig af *Regelsberger* udviklede Sætninger. For det første skulde Løfter, der udelukkende tillægge Adressaten Fordele, blive akcepterede derved, at Adressaten undlader at afslaa dem. For det andet skulde Tilbud, der opfordre Adressaten til at handle straks, være uigjenkaldelige, naar Adressaten har udført det forlangte. Disse tvende Sætninger maa betragtes noget nærmere.

Den første Sætning, at Løfter, der kun tillægge Adressaten Fordele, akcepteres ved Adressatens Passivitet overfor det til ham ankomne Løfte, *Regelsberger* I S. 26—28 og 94—95, gaar i Virkeligheden ud paa, at slige Løfter blive forpligtende ved at ankomme til Adressaten uden Akcept. Det er en ren Fiktion, at der her foreligger en Akcept.⁵⁹ Ganske vist er det muligt, at der af en Passivitet kan drages sikker Slutning til en Viljes Eksistens, men skal denne Slutning være tilstedelig, maa det være paa Grund af særlige Passiviteten ledsagende Omstændigheder. *Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare*, hedder det i l. 142 Dig. (50—17) *de r. i.* Denne naturlige Betragtning opgiver man ganske, naar man opfatter Passiviteten som Tilegnelseserklæring blot ifølge Løftets Indhold. Naar Adressaten forholder sig passiv overfor et til ham ankommet Løfte, som kun gaar ud paa at tillægge ham Fordele, da er den Fortolkning mulig, at han vil tilegne sig Løftet, men Passiviteten kan ogsaa være Udtrykket for, at han ikke engang gider svare, at han fuldstændig ignorerer Gaven, eller at han endnu ikke har bestemt sig. Der kan ikke af Passiviteten drages en Slutning om Tilegnelsesvilje med den Sikkerhed, som er Betingelsen for, at der kan tales om en stiltiende Viljeserklæring. Hvor uholdbar Slutningen er, kan ogsaa ses deraf, at den fører til den Konsekvens, at Adressaten, som ikke afslaa f. Eks. et Gaveløfte, ved sin Passivitet sættes ude af Stand til senere at afslaa det med tilbagevirkende Kraft,⁶⁰ saa at Gaveløftet altsaa paalægger ham den Ulejlighed, at han maa svare hurtigt for at undgaa Gaven. Dersom den romersk-tyske Ret virkelig anerkjender, at hint Løfte bliver forbindende ved Adressatens Passivitet, har den altsaa i Virkeligheden, om end ubevidst, gjort en

⁵⁹ Stobbe III S. 88, 89, Note 18, 104, Nordling S. 155—156, jfr. S. 107—108.

⁶⁰ Jfr. i denne Retning nye tyske Udkast § 438.

Undtagelse fra sin Hovedregel og erklæret disse Løfter for forpligtende uden Akcept. Om den romerske Ret har gjort det, er imidlertid meget tvivlsomt. Der forekommer vel Kildesteder, som tyde paa denne Opfattelse for Gavers Vedkommende, saaledes l. 2 § 6 jfr. l. 10 Dig (39—5) *de donat.*, men selv paa dette Omraade er man ikke enig om Regelen.⁶¹ Udover Gavernes Kreds er det i hvert Fald ubeføjet at gaa. Regelsberger I S. 95 har vel Ret, naar han gjør gjældende, at den romerske Rets Angivelser af de Tilfælde, i hvilke Passiviteten kan opfattes som Indvilgelse, ikke ere udtømmende. Det er utvivlsomt beføjet at tillægge Passiviteten denne Betydning overalt, hvor der af den med Sikkerhed kan sluttes til den paagjældende Vilje. Men hvor dette ikke er Tilfældet, maa der kræves positiv Hjemmel. Det kan følgerig ikke billiges, naar Regelsberger I S. 70—74 erklærer den et Løfte af et hvilket som helst Indhold ledsagende Erklæring om, at Løftegiveren vil staa ved sit Tilbud en vis Tid, for bindende, saasnart Tilbudet er kommet til Adressaten, se ovenfor. End mere uberettiget fra Romerrettens Standpunkt bliver det med Regelsberger I S. 74 at præsumere en saadan Uigjenkaldelighedserklæring ved visse Løfter, jfr. Windscheid § 307

238 Note 7. Herved vendes der i Virkeligheden op og ned paa hele Romerrettens Lære. Romerrettens Theori forvandles i Virkeligheden for store Omraaders Vedkommende til en Løftetetheori. Naar det desuagtet ofte fastholdes i tysk Ret, at ikke blot Gaveløfter, men ogsaa andre Løfter, der kun tillægge Adressaten Fordele, saasom Uigjenkaldelighedstilsagn, ere forpligtende, dersom Adressaten ikke afslaa,⁶² da er dette kun Udtrykket for en Trang til at komme bort fra Romerrettens Theori.

Hvad Regelsbergers anden Sætning angaar, at Løfter, der opfordre Adressaten til at handle straks, skulde være uigjenkaldelige, naar Adressaten har udført det forlangte, I S. 29 og 77, da vil det af det anførte være klart, at denne Sætning ikke med Regelsberger kan begrundes som hvilende i en stiltiende Uigjenkaldelighedserklæring fra Tilbyderen. Fremdeles vilde det ogsaa være en Fiktion at antage, at der fore-

⁶¹ Se Windscheid § 365 Note 5, Stobbe III S. 104, jfr. om *dotis dictio* Windscheid § 495 Note 3.

⁶² Jfr. herom endvidere Stobbe III S. 89 Note 18, S. 103—104, 110, Windscheid § 307 Note 6 og 7.

ligger en virkelig Akcept. Adressatens Udførelse af den forlangte Handling kan være, men er ikke altid, et utvetydigt Udtryk for, at han tilegner sig Løftet. Min Mandatars Udførelse af det ham betroede Hverv vil, for at nævne et Eksempel, ingenlunde altid være et sikkert Udtryk for, at han tilegner sig det i Mandatet liggende Tilsagn om Godtgjørelse for Udlæg. Der er en, efter Omstændighederne nærliggende, Mulighed for den Opfattelse, at Mandataren har udført Hvervet uden at ville have Godtgjørelse for Udlæggene, som ofte vil kunne udelukke den sikre Opfattelse af Udførelsen som en Tilegnelseshandling. Sætningen kan følgelig ikke i sin Almindelighed antages for romersk i Kraft af den almindelige Regel om, hvad der kræves til Retsstiftelse, men Spørgsmaalet kan kun være, om ikke specielle Kildeafgjørrelser hjemle, at Udførelsen af den begjærte Handling skal behandles som en gyldig Akcept, selv om der ikke fra Udførelsen med Sikkerhed kan sluttes til Eksistensen af en Tilegnelsesvilje hos Adressaten. At praktiske Hensyn kræve en saadan Regel, er vist. At forlange særligt Bevis f. Eks. af Manda- 239 taren for, at han har udført Hvervet med den Vilje at ville have Godtgjørelse for Udlæg, vilde aabenbart være en meget mislig Regel, ligesom det vilde være en meget uretfærdig Regel at nægte ham Godtgjørelse, fordi han var aabenhjertig nok til at tilstaa, at han i Udførelsens Øjeblik slet ikke tænkte over Spørgsmaalet om Godtgjørelse. Overhovedet vise Mislighederne ved at frakjende Løftet forpligtende Kraft sig særligt, naar den Løftet indeholdende Erklæring har bevæget Adressaten til Opofrelser i Overensstemmelse med Løftet. Og det maa nu vistnok anerkjendes, at Romerretten i et vist Omfang har givet efter for disse Hensyn, jfr. Sohm S. 94—95, og tillagt Løftet forpligtende Kraft, naar det opfordrede Adressaten til at handle straks, og han har udført det forlangte, f. Eks. Mandatet og det som en Bestilling formulerede Kjøbstilbud. Dette er det rigtige i *Sohms* Realiseringsteori og i *Aagesens* Opfattelse af den romerske Ret, at den romerske Ret *dels* som ovenfor omtalt maaske i Realiteten har tillagt Gaveløftet forpligtende Kraft, *dels* i et vist Omfang har tillagt Opofrelse i Henhold til Løftet samme Virkning som Akcept,⁶³ selv om der ikke med Sikkerhed

⁶³ Det vil sige, forsaavidt angaar Tilbyderens Forpligtelse. Derimod kan det ikke i Almindelighed antages, at Adressaten bliver forpligtet blot ved

fra Opofrelsen kan sluttes til en Tilegnelsesvilje. Som Kildesteder, der gaa i denne Retning, kan nævnes l. 61 § 1 Dig. (44—7) *de obl.*, l. 3 § 1, l. 15 Dig. (17—1) *mandati*. Paa den anden Side er det sikkert, at ikke enhver Opofrelse i Henhold til Løftet gjør dette forpligtende, ofte maa Adressaten nøjes med Godtgjørelse for Opofrelserne (negativ Kontraktsinteresse) l. 34 Dig. (4—3) *de dolo*, l. 16 Dig. (19—5) *de præscr.* 240 *verb.* Hvor Grænsen skal drages, er tvivlsomt.⁶⁴ Kun saameget kan siges, at den romerske Ret har anerkjendt Tilfælde, hvor Løftet bliver forpligtende ved Opofrelser fra Adressatens Side i Henhold til Løftet, selv om disse Opofrelser ikke ere utvetydigt Udtryk for en Tilegnelsesvilje, og altsaa forsaavidt *materielt* har sprængt Overenskomsttheoriens Ramme, og at den almindelige tyske Ret skrider fremad paa denne Vej.⁶⁵

Det samlede Resultat bliver saaledes, at den *romerske Ret*, der formelt — bortset fra *pollicitatio* — har fastholdt Overenskomsttheorien, og som i det hele ogsaa materielt fastholder dennes Retsregler, a) maa-ske har brudt med denne ved at erklære Gaveløftet forpligtende uden Akcept og b) har fraveget Overenskomsttheorien ved at opfatte visse Opofrelser i Henhold til Løfter som gyldig Akcept, skjønt de ikke ere sikre Udtryk for en Tilegnelsesvilje. I den almindelige *tyske Ret* viser der sig Tilbøjelighed til at gaa videre ad de saaledes anviste Veje ved a) at anvende Regelen om Gaver paa andre Løfter, som kun tillægge Adressaten Fordele og b) ved i et videre Omfang, end det med Sikkerhed hjemles af den romerske Ret, at tillægge Løftet forpligtende Kraft, naar Adressaten har afholdt Opofrelser i Henhold til det.

§ 7. *Engelsk-amerikansk Ret.*

Den engelsk-amerikanske Ret, der siges at have været saa lykkelig fri for Indblanding fra Lovgiverens Side og at være skabt af de engelske Hvervets Udførelse. Naar jeg hos en mig hidtil ubekjendt Skrædder skriftlig har bestilt en Klædning efter et opgivet Maal, og Skrædderen har syet Klædningen, er jeg altsaa efter romersk Ret vistnok bunden, men Skrædderen er ikke pligtig at levere mig Klædningen, Stobbe III S. 105 Note 16, jfr. det ovenfor om Windscheids Bemærkning § 306 Note 11 bemærkede og nedenfor § 9 Note 108.

⁶⁴ Regelsberger I S. 93, Windscheid § 309 Note 1.

⁶⁵ Sohm S. 95, Regelsberger I S. 74 ff., jfr. III S. 105—106.

ske Dommeres »*vigorous common sense*«,⁶⁶ staar paa et lignende Standpunkt som den romerske. At man er bleven staaende paa dette ufuldkomne Udviklingstrin, skyldes øjensynligt den ejendommelige engelsk-amerikanske Regel om »*consideration*«, som derfor maa berøres til Indledning.

Efter engelsk-amerikansk Ret kan — bortset fra *deeds* (skriftlige Dokumenter under Segl) — ingen Ret støttes paa et Løfte, medmindre der 241 for Løftet er ydet *consideration*. Indian Contract Act, der forøvrigt i denne Henseende ikke ganske stemmer med almindelig engelsk Ret,⁶⁷ bestemmer i preliminary 2d *consideration* saaledes: When at the desire of the promiser the promisee or any other person has done or abstained from doing, or does or abstains from doing or promises to do or to abstain from doing something, such act or abstinence or promise is called a *consideration* for the promise. Korteligt kan *consideration* bestemmes som en Opofrelse eller et bindende Løfte om en Opofrelse til Gjengjæld for et Løfte.⁶⁸ Saadan *consideration* er Betingelse for Løfters Gyldighed: der kræves *quid pro quo*. Men *consideration* behøver ikke blot tilnærmelsesvis at udgjøre virkeligt Ækvivalent for det ved Løftet tilsagte⁶⁹ og behøver ikke at være til Fordel for Løftegiveren.⁷⁰ Som Anvendelser af Regelen, hvilken det ikke her er Meningen at kritisere, men kun at belyse i dens Hovedtræk, saavidt det er nødvendigt for Undersøgelsen, nævnes følgende: Gavekontrakter ere uforpligtende, naar der ikke ydes noget til Gjengjæld, Wharton § 494 jfr. 496, Pollock S. 168. Kautionskontrakten er ugyldig, medmindre der i Anledning af den er f. Eks. givet Hoveddebitor Henstand eller ydet Laan til ham, Wharton §§ 532, 505, 570. En Anerkjendelseserklæring af bestaaende Gjæld er ugyldig, medmindre til Gjengjæld f. Eks. den ældre Gjæld eftergives eller nedsættes, eller der gives Henstand med den, Wharton § 498, og Løfter om forhøjet Løn i et bestaaende Tjenesteforhold ere ugyldige, medmindre den Tjenende f. Eks. paatager sig nye Pligter til Gjengjæld, Wharton § 503 jfr. Pollock S. 179. I gjensidige

⁶⁶ Anson S. VI—VII.

⁶⁷ Pollock S. 171—172 med Note n.

⁶⁸ Pollock S. 167 ff., Anson S. 68 ff. og navnlig Wharton § 493 ff.

⁶⁹ Wharton § 516, Pollock S. 168, 172 ff.

⁷⁰ Wharton § 505, Pollock S. 167.

Kontrakter ere de tvende Løfter consideration for hinanden, Wharton § 523, Pollock S. 175.

Hvor spinkel consideration man nøjes med, eller med andre Ord, hvormeget man praktisk taget trænger til at komme bort fra Regelen 242 om consideration's Nødvendighed, vise følgende Eksempler. Eftergivelsen af en Gjæld paa 100 £ er gyldig, naar Kreditor til Gjengjæld har forlangt og erholdt »en Hat eller et Peberkorn«, men Eftergivelse af hele Summen uden nogen Godtgjørelse er ugyldig, og det samme gjælder om Eftergivelse af en Del af Summen, medmindre der for den nok saa lille Rest aftales forandret Erlæggelsestid eller Erlæggesessted, Pollock S. 179—180. Ved Forvaringskontrakter og deslige er Deponentens Opgivelse af Besiddelsen tilstrækkelig consideration for Depositarens Pligt til at forvare, Wharton § 505, Pollock S. 173. Forlig om tvivlsomme Rettigheder ere gyldige, idet Opgivelsen af den tvivlsomme Ret er god consideration, Pollock S. 182, Wharton § 500. Naar man har tegnet sig for Bidrag til et velgjørende Øjemed, er Bidragsamlerens Ulejlighed tilstrækkelig consideration, Wharton § 528. Gyldige uden consideration ere, som bemærket, efter common law Dokumenter under Segl (deed), Wharton § 495, Pollock S. 183—184; og visse ved Statter hjemlede Indsigelser, f. Eks. Forældelsesindsigelser kunne frafalde uden consideration, Anson S. 99—102, Wharton § 513, Pollock S. 170—171. Som Undtagelser fra Regelen om Nødvendighed af consideration nævnes endvidere undertiden negotiable papers i godtroende Erhververes Haand, Wharton § 539, Anson S. 70. En Tendens i forrige Aarhundrede til at erkjende skriftlige Forhandlinger navnlig imellem Handlende for gyldige uden consideration er senere underkjendt, Anson S. 69—70, Pollock S. 168—169.

At Regelen om Nødvendigheden af consideration, strængt fastholdt, vil virke hæmmende for Anerkjendelsen af et Løftes Retsgyldighed, er øjensynligt. I Regelen om consideration ligger jo, at intet Løfte er forpligtende, forinden Adressaten, foranlediget af Løftet, har gjort noget til Gjengjæld; Løftet kan altsaa ikke blive forpligtende blot ved at ankomme til Adressaten. Heri ligger vistnok Forklaringen af den engelsk-amerikanske Rets højst ufuldkomne Standpunkt i Henseende til Spørgsmaalene om Løftets og Akceptens Betydning.

Løftet alene — se om Undtagelse nedenfor — skaber ikke Ret; til 243 Skabelse af Ret kræves en Overenskomst (agreement) — se ovenfor i § 2 —, og Løftet kan kaldes tilbage, indtil acceptance har fundet Sted.⁷¹ Kun den Tilbagekaldelse, som er kommet til Adressaten inden acceptance, har Retsvirkning, men det er ikke altid krævet, at Underretningen just er naaet til ham ved Løfttegiverens Foranstaltning.⁷² Selv om Løftet giver Adressaten en vis Frist til Overvejelse, kan det efter *engelsk* Ret gjenkaldes; Regelen om Nødvendigheden af consideration anses at være til Hinder for at tillægge Tilsagnet om Ventefristen bindende Kraft, og saadanne Tilsagn fortolkes derfor paa den Maade, at Ventefristens Betydning kun bliver den, at Løftet ikke efter Fristens Udløb kan accepteres.⁷³ Men mod et Vederlag fra Adressatens Side kan naturligvis en særlig Aftale om Ventefrist blive forbindende. I *Amerika* er der derimod Tendens til at anerkjende et Tilsagn om Ventefrist for forbindende, saa at Løftet ikke kan tages tilbage inden Fristens Udløb; at Adressaten i Anledning af Løftet standser — selv i nok saa ringe Grad — med at opsøge andre Tilbud, anses for tilstrækkelig consideration. Men iøvrigt er det ikke ganske klart, om det er tilstrækkeligt til at gjøre Løftet bindende, at Adressaten faktisk har taget det under Overvejelse, eller om det endvidere kræves, at denne Omstændighed er bleven Løfttegiveren bekendt.⁷⁴

Som Undtagelse anerkjendes Dokumenter under Segl (deed) for forpligtende, saaledes at deed er uigjenkaldeligt, naar det er blevet »delivered« enten til Adressaten eller til Tredjemand, eller af Udstederen holdes til Disposition for Adressaten, men Adressaten kan afslaa den ham tillagte Ret.⁷⁵

Hvad dernæst angaar Spørgsmaalet om, hvad det da er for en Hand- 244 ling, der gjør Løftet forpligtende i Egenskab af acceptance, da fordunkles Svaret her ligesom i den tyske Literatur derved, at det ordentligvis

⁷¹ Pollock S. 6—7, 23, Warthon § 10.

⁷² Pollock S. 26—29, Warthon §§ 10 og 11, Anson S. 25—31. Noget afvigende paa disse Punkter er the civil code of the state of New York (Udkast 1865) § 772. 1^o.

⁷³ Pollock S. 23—25, Anson S. 21.

⁷⁴ Wharton § 13.

⁷⁵ Pollock S. 48 og 6—7, Wharton §§ 23 og 677, Anson S. 25—26.

ikks særligt undersøges, hvad der kræves for at gjøre et Løfte forpligtende, men Undersøgelsen rettes paa, hvad der kræves til Antagelse af et Tilbud, saaledes at man under Akcepten ogsaa indbefatter Adressatens Paatagelse af de Pligter, som Tilbyderen ønsker, at han skal paa-tage sig. Besvarelsen lyder saaledes, at Akcept kan gives baade udtrykkeligt og stiltiende, by conduct. Til en udtrykkelig Akcept kræves som almindelig Regel, at Svar er meddelt Løftegiveren; først fra det Øjeblik af, at Svar er indløbet til Løftegiveren, er denne udelukket fra at gjenkalde sit Løfte.⁷⁶ Men Løftegiveren kan retsgyldigt bestemme Tilegnelseserklæringens nærmere Skikkelse.⁷⁷ Fra den nys nævnte Regel, at Løftet først bliver forpligtende, naar Tilegnelseserklæringen er meddelt Løftegiveren, gjøres dog en meget vigtig Undtagelse. Naar et Tilbud er gjort ved Brev eller Telegram, som udtrykkeligt eller stiltiende, efter almindelig Skik og Brug, bemyndiger til Svar ved Posten eller Telegrafen, og Svar i rette Tid er afsendt ad disse Veje, da foreligger en gyldig Akcept.⁷⁸ Denne Regel vil nu relativt være fornuftig nok, dersom Meningen kun er den, at Tilbyderen ved Adressatens Aflevering til Posten af sin Akcept blev udelukket fra at gjenkalde sit Løfte. Men under Trykket af Overenskomsttheorien, der i gjensidige Obligationsforhold frister til at antage begge Parters Pligt for stiftet ved samme Kjendsgjerning, og i Overensstemmelse med Regelen om Nødvendighed af consideration, ses det undertiden, Anson S. 24, antaget, at ogsaa Adressaten bliver bunden ved at afgive sit Svar til Posten. Denne Sætning er dog ikke anvendt i Praxis, og Pollock udtaler S. 35, at næppe nogen Domstol vilde drage denne Konsekvens, jfr. ogsaa Wharton §§ 17 og 18. Derimod er der draget den uheldige Konsekvens af Regelen om Løftegiverens Bundethed allerede ved Svarets Afsendelse, at det ikke gjør noget, om det rigtigt afsendte Svar aldrig ankommer til ham.⁷⁹ Sagen staar altsaa ved Postkorrespondancen saaledes, at Tilbyderen er bundet, saasnart Akcept er afgivet til Posten, at

⁷⁶ Pollock S. 26, Wharton § 17.

⁷⁷ Pollock S. 25, 31, Anson S. 15—16, Wharton § 19.

⁷⁸ Pollock S. 31—37, Wharton §§ 18, 19, 27. Efter the civil code of the state of New York § 768 foreligger Akcept som almindelig Regel, saasnart Svar er afsendt paa behørig Maade.

⁷⁹ Anson S. 23—24, Pollock S. 35, Wharton § 27 i Slutn.

denne Bundethed vedvarer, selv om Svaret aldrig naar ham (den naturlige Regel vilde jo være, at Bundetheden var betinget af Svares Indløb inden passende Tid), og at Adressaten først bindes ved sit i Akcepten indeholdte Løfte, naar Akcepten er ankommen til Løftegiveren, saa at han altsaa indtil dette Øjeblik kan gjenkalde sin Akcept. I Overensstemmelse hermed er Indian Contract Act Ch. 1 Art. 4: Akcepten binder Løftegiveren, naar den er afsendt, men Akceptanten er først bunden, naar Akcepten er kommen til Løftegiverens Kjendskab.

Angaaende Tiden for Akcepten, da beror denne paa Løftets Indhold. Naar intet særligt er tilkjendegivet, antages gyldig Akcept kun at kunne finde Sted inden en passende Tid.⁸⁰

Som bemærket er ogsaa stiltiende Akcept (acceptance by conduct) anerkjendt.⁸¹ En saadan foreligger efter engelsk-amerikansk Ret ikke blot, naar Adressaten har foretaget en Handling, af hvilken det med Sikkerhed kan sluttes, at han vil tilegne sig Løftet, men overhovedet naar han har udført, hvad Løftet forlanger af ham, eller med andre Ord, naar han har ofret den forlangte consideration.⁸² Naar denne er ydet, er Løftegiveren bunden, selv om han intet ved af, at de paagældende Handlinger ere foretagne. Ganske vist findes der ofte hos Forfatterne Udtalelser om, at ogsaa den stiltiende Akcept maa være meddelt Løftegiveren, for at han kan være bunden, men overfor de bestemte Udtalelser om, at Opoffrelsen af den forlangte consideration er tilstrækkelig til at binde Løftegiveren,⁸³ kunne hine Udtalelser vistnok kun 246 forstaas som refererende sig dels til Tilfælde, hvor Løftegiveren har forlangt Svar, saa at efterfølgende Svar inden fastat Tid bliver Betingelse for at vedligeholde den ved Afholdelsen af consideration skabte Bundethed,⁸⁴ dels til Tilfælde, hvor Meningen er den, at Adressaten skal binde sig til visse Handlingers Foretagelse, i hvilket Fald disse Pligter ofte først ville komme til at paahvile ham, naar hans Løfte er naaet til Adressaten.⁸⁵ I Indian Contract Act Ch. 1. Art. 8 hedder det

⁸⁰ Pollock S. 25, Anson S. 21, Wharton §§ 9, 14, 15.

⁸¹ Pollock S. 9—10, Anson S. 14, Wharton § 6.

⁸² Anson S. 12, 91, Pollock S. 12, Wharton §§ 8 i Slutn., 24, 505, 801.

⁸³ Anson S. 13 og navnlig Wharton §§ 10 i Slutn., 710.

⁸⁴ Wharton §§ 17, 570, 710.

⁸⁵ Anson S. 22 jfr. det ovenfor i § 6 Note 62 bemærkede.

i al Almindelighed: Performance of the conditions of a proposal is an acceptance of the proposal, og paa samme Maade udtrykker the civil code of the state of New York sig i § 769, men det kan være tvivlsomt, om ikke disse Udtalelser indskrænkes af Bestemmelserne henholdsvis i Art. 4—5 og §§ 768, 772, saa at Tilbagekaldelse maa staa Tilbyderen aaben, indtil Underretning er afsendt til ham, forsaavidt da ikke Ydelsen af consideration involverer en saadan Meddelelse f. Eks. Tilsendelse af Varer.

§ 8. *Den tyske Handelslov og schweizisk Ret.*

I forskellige nyere Love findes det bestemt, at Løftet er uigjenkaldeligt, naar det er ankommet til Adressaten. Det er tvende af disse Love, som skulle behandles i nærværende Paragraf, og om hvilke det her skal paavises, at de staa paa Løftettheoriens Standpunkt, nemlig das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch af 1861 (D H G B), der nu er *tysk Rigslov*, og hvis fire første Bøger, der indeholde de os her interesserede Bestemmelser, ere indførte i *Østerrig*, samt den *schweiziske Bundesgesetz über das Obligationenrecht* af 1881 (Schw.).

I disse Love findes det bestemt, at Tilbudet (Antrag) imellem nærværende Personer straks maa accepteres; i modsat Fald er Tilbyderen ikke *længere* bunden, D H G B Art. 318, Schw. Art. 4. Tilbudet imellem indbyrdes fraværende Personer binder Tilbyderen indtil det Tids-
 247 punkt, paa hvilket han ved ordentlig betimelig Afsendelse af Svar kan vente dettes Indgang, D H G B Art. 319. 1^o, Schw. Art. 5. 1^o. Dette gjælder, naar Tilbudet ikke indeholder nogen Ventefrist. Naar det derimod udtrykkeligt eller stiltiende indrømmer Adressaten en Overvejel-
 sesfrist, er Tilbyderen, hvad enten Forhandlingerne foregaa imellem nærværende eller indbyrdes fraværende Personer, bunden indtil dennes Udløb. Dette er udtrykkeligt udtalt i Schw. Art. 3 og antages for utvivlsomt af Fortolkerne af D H H B.⁸⁶ Den omtalte Bundethed indtræder ifølge D H G B Art. 320. 1^o og Schw. Art. 7. 1^o, — hvor det bestemmes, at Tilbagekaldelse af Tilbudet kun har Betydning, naar den kommer til

⁸⁶ Regelsberger hos Endemann II S. 430—436, Hahn ad Art, 318 §§ 2 og 5, Art. 319 § 1.

Adressaten før eller samtidigt med Tilbudet, — saasnart Tilbudet er ankommet til Adressaten: det behøver ikke at være kommen til hans Bevidsthed. Naar Løftet udtrykkeligt eller stiltiende indeholder Forbehold om, at Løftegiveren ikke vil være bunden, Schw. Art. 6 jfr. D H G B Art. 337,⁸⁷ eller om, at han først vil være bunden ved et senere Tidspunkt, D H G B Art. 377, er denne Tilkjendegivelse naturligvis afgjørende. Alt dette kan foreløbig sammenfattes saaledes, at de nævnte Love altsaa hjemle, at det i et Tilbud indeholdte *Løfte*⁸⁸ binder Løftegiveren, saasnart det er kommet til Adressaten, i Overensstemmelse med dets Indhold, dog at denne Bundethed betegnes som betinget af, at et Svar inden visse Tidsrum ankommer til Løftegiveren, og dette Tidsrum bestemmes af Løftets Indhold, saaledes at Lovene for de Tilfælde, hvor Løftet ikke indeholder Vejledning i denne Henseende, give en fast supplerende Fortolkningsregel om Tidsrummets Længde. Ind- 248 træder denne Betingelse ikke, falder Løftet sammen og kan ikke længer akcepteres.⁸⁹

*Løftet alene er altsaa forpligtende; der er gjort det væsentlige*⁹⁰ Brud med Overenskomsttheorien. Rækkevidden af dette Brud kan først fuldt vurderes, naar det nedenfor er undersøgt, om den ved Løftet skabte Ret virkelig altid kun er en af Akcept betinget, og hvad der i bekræftende Fald kræves til en Akcept. Vist og uomtvistet er det, at Løftet alene forpligter, medfører »eine gewisse Gebundenheit«.⁹¹ At paastaa,

⁸⁷ At en Kjøbmand sender sine Kunder Priskuranter, forbinder ham f. Eks. ikke; om man vil sige, at denne Handling er et Tilbud (Løfte) med Forbehold om ikke at være bunden, jfr. Schneider ad Schw. Art. 6 Note 2, eller om man vil betegne den som en Opfordring til at gjøre Tilbud, jfr. D H G B Art. 337, er praktisk ligegyldigt.

⁸⁸ Det i en Antagelse (Annahme) liggende Løfte bliver ligeledes forbindende ved at ankomme til Adressaten (Tilbyderen), D H G B Art. 320. 2^o, Schw. Art. 7. 2^o.

⁸⁹ Bestemmelsen om, at Tilbyderen, naar Akcept er afsendt i rette Tid, men kommer for sent, bliver bunden, D H G B Art. 319. 2^o, nye tyske Udkast § 85, eller pligtig til at yde Erstatning, Schw. 5. 2^o, dersom han ikke ufortøvet giver Medkontrahenten Underretning, interesserer ikke direkte i denne Forbindelse. Lignende Bestemmelser findes i den preussiske Landret I 5 § 103—105.

⁹⁰ Jfr. Dernburg I S. 199.

⁹¹ Regelsberger hos Endemann II S. 429—430, Hahn ad Art. 319 § 1.

at den Bundethed, der indtræder ifølge de nævnte Regler ved et »Antrag«, som er kommet til Adressaten, i Virkeligheden skulde skyldes en Overenskomst, jfr. saaledes Regelsberger I S. 72 ff. og hos Endemann II S. 433, er umuligt allerede af den Grund, at Bundethed indtræder, uden at Løftet er kommen til Adressatens Kundskab,⁹² men selv om Lovene havde fastsat, at Bundetheden først skulde indtræde, naar Løftet var kommet til Adressatens Kundskab, vilde det være en Fiktion at opfatte hans Tavshed som en Akcept af Tilbudet om en Overvejelsesfrist,⁹³ se nærmere Udviklingen ovenfor i § 6.

II. Spørgsmaalet bliver derefter, om de omhandlede Love virkelig kræve en Akcept, og hvilken Skikkelse denne i bekræftende Fald skal have. Det maa ved Undersøgelsen af dette Spørgsmaal betones, at *Akceptens retlige Betydning her i hvert Fald bliver en ganske anden end efter romersk og engelsk Ret*. I disse Lovgivninger var Akcepten den Kjendsgjerning, som medførte Løftegiverens Bundethed; Spørgsmaalet 249 var dette: hvorvidt kræves der en Handling fra Adressaten, for at Løftegiveren kan blive bunden, og hvilken Skikkelse skal denne Handling i bekræftende Fald have? Her staar Spørgsmaalet paa en ganske anden Baggrund. Hvad der her maa spørges om, er dette: *er en Handling fra Adressatens Side fornøden for at vedligeholde den ved Løftet alene skabte Bundethed, og hvilken Skikkelse skal denne Handling i bekræftende Fald have?*

I denne Henseende synes nu ved første Øjekast de ovenfor omtalte Udtalelser i D H G B Art. 318 og 319. 1^o og Schw. Art. 3—5 at kræve, at Svar skal indløbe til Tilbyderen inden den af Løftet eller under Løftets Tavshed af Lovgiveren fastsatte Frist. De nævnte Lovbud udtale ligefrem, at Løftegiveren ikke længere er bunden, dersom Svar ikke indløber inden Fristernes Udløb, og synes saaledes at opstille Svares Indløb til Løftegiveren som en legal fornøden Betingelse for Vedligeholdelsen af den ved Løftet begrænsede Bevidsthed.

Dette er imidlertid ikke Meningen. *For det første* behøver Svar ikke at komme inden nogen bestemt Tid. Det udtales, som allerede bemærket, udtrykkeligt i Schw. Art. 3, at den af Løftegiveren fastsatte Frist

⁹² Siegel S. 62 og 74—75, Stobbe S. 89 Note 18.

⁹³ Siegel S. 62 og 74—75, Stobbe III S. 89 Note 18, jfr. Dernburg I S. 199.

er afgjørende, og heraf er det en simpel Konsekvens, at naar Løftet erklærer Løftegiveren bunden for stedse, kan Adressaten komme med sit Svar saa sent, han vil. Som bemærket fortolkes Bestemmelserne i D H G B paa tilsvarende Maade. Regelsberger hos Endemann II S. 430 udtaler vel, at alle Tilbud ere begrænsede i Tiden, men senere S. 433 korrigeres dette saaledes, at det, bortset fra ganske overordentlige Forhold, ikke kan antages, at nogen vil binde sig for altid. Dette er utvivlsomt rigtigt, og den naturlige Fortolkning af et Tilbud, der udtaler, at Antagelsen kan komme saa sent, det skal være, vil sikkert ofte være den, at Tilbyderen under visse Eventualiteter kan fordre en Afgjørelse fra Adressaten, om han vil have Retten eller ikke, jfr. Windscheid § 307 Note 13 a. Men Tilbudet *kan*, som Regelsberger selv antyder, se ogsaa Schlossmann S. 352, være af saadant Indhold, at denne Fortolkning er udelukket, og der mangler da i D H G B og Schw. fornøden 250 Hjemmel for at antage, at Løftegiveren alligevel kan fordre Afgjørelsen inden en vis Frist, jfr. om den preussiske Landsret I 5 § 92 nedenfor i §§ 9 og 10. Altsaa: *Tiden for Svarets Ankomst beror paa Løftets Indhold.*

Og *dernæst*: Svar er ikke ubetinget fornødent. Schw. Art. 5. 3' udtaler herom: »Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt worden ist«. Naar denne Bestemmelse læses efter dens Realitet, afklædt Overenskomsttheoriens Terminologi, fastslaar den, at den ved Løftet skabte Bundethed i visse Tilfælde vedvarer uden nogen Handling fra Adressatens Side : *at Akcept i visse Tilfælde er ufornøden.*⁹⁴ Og naar der da videre spørges, i hvilke Tilfælde Akcept saaledes er ufornøden, svarer bemeldte Art. 5 herpaa, at Akcept er ufornøden, naar der efter

⁹⁴ Endvidere ligger der i den anførte Bestemmelse det mislige, at Adressaten, naar han overfor visse Løfter forholder sig passiv, efter en vis Tids Forløb mister Beføjelsen til at afslaa den ved Løftet erhvervede Ret, og endvidere efter Ordlyden det endnu misligere, jfr. Stobbe III S. 104—106, at Adressaten, dersom Tilbudet paalægger ham Pligter, kan blive bunden til at opfylde disse ved sin blotte Passivitet, blot fordi Tilbudet ikke kræver Svar. At man i Retsanvendelsen vil finde sig beføjet til at modificere sidstnævnte Resultat, kan næppe være tvivlsomt.

Retshandelens ejendommelige Natur f. Eks. Gaver, jfr. Schneider ad Art. 5 Note 4, *ikke kan ventes Svar*. Saameget mere maa Akcept være ufor nøden, naar Løftegiveren udtrykkeligt har tilkjendegivet, at Svar er ufor nødent. Resultatet bliver altsaa, at efter Schw. er *Akcept for nøden, naar Løftet efter naturlig Forstaaelse udtrykkeligt eller stiltiende kræver Akcept, men ellers ikke*.

Efter D H G B staar Sagen ligeledes saaledes, at udtrykkelig Akcept, Svar, ikke er for nøden for at vedligeholde den ved Løftet skabte Bundethed. Denne Lov antages af Fortolkerne at henholde sig til de almindelige 251 de af den almindelige tyske Ret paa romersk Grundlag udviklede Regler om Akcept, saaledes at udtrykkelig Akcept ikke er for nøden, men stiltiende Akcept efter Omstændighederne tilstrækkelig.⁹⁵ Her kan der atter være Tale om en friere og en mindre fri Opfattelse, jfr. ovenfor i § 6. Efter den friere Opfattelse, der synes at have den almindelige Anskuelse for sig, antages Adressatens Passivitet tilstrækkelig som Akcept i visse Tilfælde 2: det antages i Virkeligheden, at Akcept er ufor nøden i visse Tilfælde. Og naar der da videre spørges, i hvilke Tilfælde Akcept saaledes er ufor nøden, lyder Svaret, at dette navnlig er Tilfældet, naar Tilbudet kun gaar ud paa at tillægge Adressaten Fordele.⁹⁶ Som Eksempel herpaa nævnes Gaveløfter og Kautionsløfter. Med samme Føje maa man da nævne f. Eks. Salgstilbudet, som dispenserer Adressaten fra Bundethed, f. Eks. A. tilskriver B., at han vil sælge ham en Ting, som B. tidligere har ønsket tilkjøbs, for 100 Kr., dersom B. engang skulde ønske det, saaledes at Tilbudet bestandigt skal staa B. aabent, og at B. ikke behøver at svare. Dette vil med andre Ord sige, at Akcept er ufor nøden, naar Løftegiveren har dispenseret fra Akcept.⁹⁷ Antagelse af Tilbudet er ifølge Retsordenen kun for nøden for at binde Adressaten overfor Løftegiveren, men ufor nøden for at binde Tilbyderen overfor Adressaten. Om *Akcept i sidstnævnte Henseende er for nøden, beror udelukkende paa Løftets Indhold*. Der kan imidlertid ogsaa være Tale om en mindre fri Opfattelse, hvorefter der til Ak-

⁹⁵ Regelsberger hos Endemann II S. 445—446, Hahn ad Art. 319 § 13.

⁹⁶ Regelsberger hos Endemann II S. 450, Hahn S. 208, jfr. Stobbe III S. 104 og 110.

⁹⁷ Jfr. Stobbe III S. 103—104.

cept stilles samme Fordring som efter romersk Ret, se ovenfor § 6 og nærmere nedenfor.

III. I Schw. og D H G B efter den friere Opfattelse af, hvad der kræves til Akcept, finde vi saaledes netop de materielle Retsregler, der efter det ovenfor i § 3 anførte ere Løftettheoriens ubedragelige Kjendemerker i Modsætning til Overenskomsttheorien. Vi gjenfinde de samme Retsregler, som for dansk-norsk Rets Vedkommende udledes af den ene Retssætning, at Løfter forpligte, i Forbindelse med de naturlige Regler for Løfters Fortolkning. Kun lægge de nævnte Love Vægten paa, at Løftet er ankommet til Adressaten, medens dansk-norsk Ret antages at kræve, at det er kommet til Adressatens Bevidsthed, og de nævnte Love slaa visse naturlige Fortolkningsregler positivt fast, nemlig den, at Løfter til en nærværende Person ordentligvis maa opfattes som betingede af kontinuerlig Akcept, og Tilbud til en fraværende angaaende gjensidige Pligter ordentligvis af Svar indenfor en passende Frist. Materielt staa de nævnte Love med andre Ord, i al Fald dersom den friere Opfattelse af D H G B tiltrædes, paa den rene Løftettheoris Standpunkt, og Bruddet med Overenskomsttheorien er fuldstændigt. Akcepten er, hvad *Løftegiverens Bundethed* angaar, kun nødvendig, forsaavidt Løftet kræver den, altsaa som *Betingelse*, ikke som retsstiftende Kjendsgjerning. Ganske vist er i gjensidigt bebyrdende Retsforhold og overhovedet i Retsforhold, hvor det tilsigtes, at Adressaten skal forpligtes, en ny Kjendsgjerning fornøden, for at denne Forpligtelse kan indtræde. *Hertil* udkræves naturligvis et udtrykkeligt eller stiltiende Løfte fra Adressaten. Og forsaavidt som Tilbyderen har gjort sin Bundethed betinget, udtrykkeligt eller stiltiende, af Adressatens Bundethed, bliver den samme Kjendsgjerning, der er *retsstiftende* forsaavidt angaar Adressatens Pligt overfor Tilbyderen, en *Betingelse* for, at Tilbyderens Pligt overfor Adressaten kan vedvare. Men denne Kongruens er kun noget af Tilbyderens Vilje afhængigt. Han vil ordentligvis — og maa ordentligvis antages at have villet — gjøre sin Bundethed betinget af, at Adressaten inden en vis Frist bindes overfor ham, men nødvendigt er dette som paavist ikke. Saasnart Tilbyderen renoncerer paa denne Betingelse for sin Bundethed og heller ikke stiller andre Betingelser, er han ubetinget bundet ved Løftets Ankomst til Adressaten

ogsaa ved gjensidigt bebyrdende Retsforhold, jfr. f. Eks. Salg paa Prøve. »Vertrag« som retsstiftende *Kjendsgjerning* eksisterer efter de omtalte Love aldeles ikke, Løftet alene udretter Alt. Tilbyderen bindes, idet
 253 hans Løfte kommer til Adressaten, og Adressaten bindes, dersom Pligter fordres overtagne af ham, ved hans Løftes Ankomst til Tilbyderen.

Dette er imidlertid ingenlunde almindelig anerkjendt. De fleste Forfattere, ogsaa de, som hylde den frie Opfattelse af, hvad der efter D H G B kræves til Akcept, lære, at disse Love kræve »Vertrag« som retsstiftende *Kjendsgjerning*, og at Løftet alene ikke begrunder den obligatoriske Ret, men kun en vis Bundethed.⁹⁸ Selv Siegel, der rigtigt fremhæver, at Løftet bør binde, antager S. 20 ff., 42 ff., 57, at Løftet kun begrunder en Pligt til at holde sit Ord, men ikke Pligten til at opfylde Løftet. Nægtes skal det nu naturligvis ikke, at Retsreglerne i de omtalte Love ere ikklædte Overenskomsttheoriens Terminologi, og at Lovenes Forfattere theoretisk have hyldet den Opfattelse, at Vertrag og ikke Versprechen er retsstiftende for Obligationsforholdet. Men dette kan ikke være afgjørende; *det kommer udelukkende an paa Retsreglernes materielle Indhold, ikke paa deres theoretiske Formulering*, se ovenfor i §§ 2 og 3. Opfattelsen af Vertrag som retsstiftende efter de omtalte Love kan kun forklares udaf en indgroet Fordom angaaende Overenskomstens Nødvendighed. Et Eksempel vil bedst oplyse, hvor vilkaarligt det er at benægte, at det efter de nævnte Love netop er Løftet, som skaber den tilsigtede Ret for Adressaten: *Først* nævnes det Retstilfælde, at A. har tilskrevet B., at han vil købe en denne tilhørende Hest for 100 Kr. paa Betingelse af, at B. inden 1ste Decbr., som er C.s Fødselsdag, faar meddelt denne, at Hesten staar til hans Disposition som Gave fra A., medens Handelen i modsat Fald skal anses som ikke afsluttet. B. har lovligt akcepteret ved Svar til A. Her er man enig om, at B. har erhvervet en virkelig Fordringsret,⁹⁹ nemlig en Ret til at erholde 100 Kr. af A., men ganske vist kun en betinget, nemlig af en Underretning til C. betinget. Lykkes det ikke B. at faa givet C. den omtalte Underretning i rette Tid, falder hans Ret sammen. *Dernæst*
 254 nævnes det Tilfælde, at A. har tilbudt B. 100 Kr. for Hesten med Til-

⁹⁸ Regelsberger hos Endemann II S. 429—430.

⁹⁹ Regelsberger hos Endemann II S. 446—447, Windscheid § 89.

føjelse, at han staar ved sit Tilbud indtil 1ste Decbr., og at Tilbudet er kommet til B., men endnu ikke akcepteret. Her ville de omtalte Forfattere benægte, at der tilkommer B. en betinget Fordringsret omfattende de 100 Kr., skjønt A. jo uigjenkaldeligt er bundet ved sit Løfte. Hvad er da Forskjellen imellem de tvende Tilfælde, som skulde udelukke at tale om en Fordringsret i sidstnævnte Tilfælde? Den Forskjel er unægtelig tilstede, at B. i sidstnævnte Tilfælde kan afslaa Tilbudet med den Virkning, at han behandles, som om han aldrig havde staaet i noget Retsforhold til A., men at dette ikke berettiger til at frakjende B. Stillingen som Fordringshaver i sidste Tilfælde, saalænge Afslag ikke har fundet Sted, er uomtvistet. Det hører ikke til en Rets Begreb, at den ikke kan afslaa med tilbagevirkende Kraft, se ovenfor i § 4. Saa bliver der kun Muligheden for én Forskjel tilbage mellem Tilfældene, som kunde motivere, at der i sidstnævnte Tilfælde ikke som i førstnævnte Tilfælde kan tales om en Fordringsret for B. Det skulde være den, at Betingelsen (Underretningens Givelse) i førstnævnte Tilfælde kun er fornøden, fordi den er krævet af Tilbyderen, medens den i sidstnævnte Tilfælde *kræves af Retsordenen*. Hertil maa da bemærkes, at Svaret (eller anden Tilegnelseshandling) netop efter Sohm og ifølge den friere Opfattelse af D H G B ikke er fornødent ifølge Retsordenen, men kun — ligesom i det først nævnte Retstilfælde — ifølge Løftets Indhold. Der er altsaa ingen Forskjel imellem Retstilfældene, hvad B.s *Ret* angaar. Imidlertid kan der, som ovenfor bemærket, være Tale om en mindre fri Opfattelse af D H G B, saa at der til Akcept kræves, ligesom efter romersk Ret, en Tilegnelseshandling eller en Opofrelse fra Adressatens Side i Henhold til Løftet. Ogsaa efter denne Opfattelse bliver Sammenhængen dog den, at Fordringsretten er skabt ved Løftet alene. Da Løftet er uigjenkaldeligt, saasnart det er kommet til Adressaten, har denne erhvervet Retsbeskyttelse for den ham tilsagte Præstation, altsaa Fordringsretten, saasnart Løftet er kommet til ham. Betydningen af den efter denne Opfattelse ifølge Retsordenen fornødne 255 Akcept kan kun blive den, at den ved Løftet alene erhvervede Fordringsret falder sammen, dersom der ikke senere indtræder en Akcept. Heri vilde der nu ligge en vis Indrømmelse til Overenskomsttheorien, dersom det var foreskrevet, at denne Akcept skulde komme inden en

vis Tid, jfr. nedenfor i § 9. Men da Løftegiveren, som ovenfor omtalt, vistnok retsgyldigt kan bestemme, at Akcepten kan komme saa sent, det skal være, bliver den Indrømmelse, som D H G B efter den mindre frie Opfattelse skulde gjøre til Overenskomsttheorien, i Virkeligheden betydningsløs som saadan. Den gaar i og for sig kun ud paa, at det til Vedligeholdelsen af en Fordringsret er fornødent, at Fordringshaveren (eller hans Arvinger) engang i Tiden erklære at ville have den, og er forsaavidt praktisk taget kun en Omskrivning for det selvfølgelige, at det beror paa Fordringshaveren, om hans Fordringsret skal gjøres gjældende. Vil man tillægge Sætningen om Akceptens Nødvendighed i denne Skikkelse nogen virkelig Betydning, kan det ikke være Betydning i Henseende til den paagjældende Rets Stiftelse, men kun i Henseende til Indtrædelsen af visse Virkninger af Retsforholdet som aktuelle, jfr. nedenfor om D H G B Art. 321.

At Love som Schw. og D H G B i Virkeligheden ikke kjende Vertrag som retsstiftende Kjendsgjerning, men at Løftet alene skaber Løftegiverens Forpligtelse, saa at Akcepten kun har Betydning som en Betingelse, er da ogsaa anerkjendt af nogle Forfattere. *Stobbe* anlægger saaledes III S. 88—89 med Note 17 det rigtige Synspunkt, at Løftet skaber Forpligtelsen, nemlig som betinget af det forlangte Svar.¹⁰⁰ *Windscheid* udtaler sig aldeles uforbeholdent, idet han § 304 Note 12 overfor Siegels ovenfor omtalte Sondring imellem Pligten til at holde sit Ord og Pligten til at opfylde Løftet, bemærker: »*Kann das gegebene Versprechen nicht zurückgenommen werden, so ist es auch selbst der Grund der Verpflichtung zu Erfüllung, und was sonst noch nothwendig sein mag, damit die Verpflichtung wirklich entstehe, fällt unter die Kategorie der Bedingung.*«

Til Slut maa endnu berøres et Par Bestemmelser i D H G B og Schw., der ved første Øjeblik kunde synes at vedrøre det foreliggende Æmne. I D H G B Art. 321 udtales det, at naar et »Vertrag« er afsluttet imellem indbyrdes fraværende Personer, gjælder det Tidspunkt, da Antagel-

¹⁰⁰ Senere fraviger han ganske vist det rette Synspunkt, idet han S. 100 ff. udtaler, at det dog kun er visse Løfter, der forpligte uden Akcept, og søger at opregne disse. Men idet han mellem disse S. 103—104 nævner Løfter, som ikke gjøre Forpligtelsen afhængig af en Antagelseserklæring, indrømmer han atter, at Retsreglerne kun kræve Løftet som Grundlag for Ret.

seserklæringen blev afgivet til Afsendelse, som Tidspunkt for Afslutningen af »Vertrag«. At denne Bestemmelse udviser, at Lovkoncipienterne have antaget »Vertrag« for den retsstiftende Kjendsgjerning, er aabenbart, men ligesaa sikkert er det, at den intet bestemmer om, hvad der af D H G B kræves som retsstiftende Kjendsgjerning.¹⁰¹ Den vilde jo i saa Fald udtale, at begge Parter i gjensidige Obligationsforhold forpligtes i det Øjeblik, da Antagelseserklæringen afsendes, men efter Art. 320. 2^o bindes jo Antageren først, naar hans Svar kommer til Tilbyderen. Og Tilbyderen er efter Art. 320. 1^o allerede bunden ved hans Løftes Ankomst til Adressaten. Hensigten med Art. 321, der kun gjælder for de Tilfælde, at Forhandlingerne bestaa af Tilbud og Svar,¹⁰² er den at fastsætte det Øjeblik, der skal være bestemmende for visse Virkninger af Kontrakten, saasom hvad det er for et Tidspunkts Markedspris, der kommer i Betragtning, naar Tilbudet lover eller forlanger Afslutningsøjeblikkets »Markedspris«, fra hvilket Øjeblik kontraktmæssig Ansvarspligt paahviler Skyldneren, og Renter begynde at paaløbe o. s. v.,¹⁰³ jfr. ovenfor i § 4. Samme Bemærkninger gjælde om Schw. Art. 8., der angaaende Afslutning af »Vertrag« imellem fraværende bestemmer, at Virkningerne af »Vertrag« skulle begynde fra Antagelses Afgivelse til Afsendelse eller, naar udtrykkelig Antagelse er ufor- 257
nøden, fra Tilbudets Modtagelse, og som saaledes tydeligere end D H G B Art. 321 tilkjendegiver, at den intet bestemmer om, hvad der er den retsstiftende Kjendsgjerning, men kun fastsætter, at Virkninger, som de nys nævnte, indtræde (blive aktuelle) ved de angivne Tidspunkter.¹⁰⁴ At disse Spørgsmaal, der afgjøres ved D H G B Art. 321 og Schw. 8, ikke staa i nogen *indre* Forbindelse med Retsordenens Fastsættelse af Tidspunktet for Rettighedernes Stiftelse, synes indlysende. Selv efter det romerretlige System, der først lader Løftegiverens Forpligtelse indtræde ved Akcepten, vilde der intet være til Hinder for, naar Forhandlinger have ført til et Obligationsforholds Stiftelse, at lade

¹⁰¹ Regelsberger hos Endemann II S. 456, Hahn ad Art. 321 § 1, jfr. Lutz Protokolle S. 575—579 og 1362.

¹⁰² Hahn ad Art. 321 § 1, Regelsberger hos Endemann II S. 457.

¹⁰³ Hahn ad Art. 321 § 1, Regelsberger hos Endemann II S. 456.

¹⁰⁴ Schneider ad Art. 8 Note 1 og 2.

hine Virkninger indtræde allerede fra Løftets Afgivelse, N. Lassen S. 95, jfr. Koeppen S. 356.

§ 9. *Andre Lovgivninger.*

I. En noget ejendommelig Stilling til det foreliggende Æmne indtager *preussisk Ret*.¹⁰⁵ Ifølge allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten 1794 (Pr. L.) bliver Tilbudet ved at ankomme til Adressaten bindende en vis af Loven fastsat Tid, saa at det først kan tages tilbage, naar Svar ikke inden disse Frister ankommer til Tilbyderen, Pr. L. I 5 §§ 94 ff. jfr. § 103, og fastsætter Tilbudet en Overvejelsesfrist, tilkommer denne Adressaten, Pr. L. I 5 § 91. Forsaavidt staar Sagen principielt — Afvigelserne i Enkelthederne vedkomme os ikke her — paa samme Maade som efter den tyske Handelslov og schweizisk Ret. Men Pr. L., der synes at kræve Akcept ogsaa af Løfter, som kun tillægge Adressaten Fordele, Pr. L. I 4 § 61, I 5 §§ 4, 5, II 11 §§ 1058, 1059, 1061,¹⁰⁶ indeholder i I 5 § 92 den ejendommelige Bestemmelse, at Tilbyderen, dersom han har tilladt Adressaten at komme med
258 Akcepten saa sent, som han vil, og Adressaten tøver med at træffe sin Bestemmelse, kan fordre, at denne inden en vis Frist skal erklære, om han akcepterer, saa at Retten fortabes, dersom Akcept ikke finder Sted inden denne Frist.

Ogsaa den preussiske Landret staar altsaa paa Løftettheoriens Standpunkt.¹⁰⁷ Allerede ved Løftets Ankomst til Adressaten er der for denne skabt en Retsstilling, der efter det ovenfor i § 8 bemærkede retteligt maa bestemmes saaledes, at han allerede har erhvervet den paagjældende Fordringsret.¹⁰⁸ Men ifølge den nys nævnte Bestemmelse i Pr. L.

¹⁰⁵ Dernburg I S. 198—202.

¹⁰⁶ Dernburg I S. 182—173, II S. 386—387, jfr. Siegel S. 14.

¹⁰⁷ Ligesom dette af de fleste Forfattere benægtes med Hensyn til den tyske Handelslov, benægtes det ogsaa her. Men Dernburg fremhæver dog I S. 199, at den preussiske Ordning maa føres tilbage til en tysk Retsanskuelse, hvorefter man, i Modsætning til romersk Ret, ensidigt kan forpligte sig ved sit Ord, og II S. 19 bemærkes, at den tyske Retsanskuelse, i Modsætning til den romerske, lægger Hovedvægten paa Skyldnerens Løfte, som Fordringshaveren antager.

¹⁰⁸ Pr. L. I 5 § 5: »Blosse Gelübde haben, als bloss einseitige Versprechen, nach bürgerlichen Gesetzen keine Verbindlichkeit« sammenholdt med I 5

L 5 § 92 er der gjort en Indrømmelse til Overenskomsttheorien, der korrekttest udtrykkes saaledes, at Akcept inden en oprindelig af Løftet eller af Loven eller senere af Løftegiveren fastsat Frist er en for Retens Vedligeholdelse fornøden Handling.

II. Paa Standpunkt svarende til den tyske Handelslovs og den schweiziske Rets staar *østerrigsk* Ret, se das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1811) § 862, og Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (*Dresdener Entwurf* 1866) Art. 45—48, jfr. Art. 43, der synes at maatte udelukke den friere Opfattelse, som har gjort sig gjældende overfor den tyske Handelslov angaaende Akceptens Skikkelse.¹⁰⁹ Efter Fremstillingen hos Schrevelius: Lärobok i 259 Sveriges almänna nu gällande Civilrätt II 2det Oplag S. 386—389 og navnlig Nordling S. 140 ff. maa ogsaa *svensk* Ret antages at staa paa den tyske Handelslovs Standpunkt med den friere Opfattelse af Akcepten, se navnlig Nordling S. 155—156.¹¹⁰

III. Paa Standpunkt svarende til det romerretlige staar *fransk Ret* ifølge *code civil* 1101—1108, jfr. 932 og 1589.¹¹¹ *Code de commerce* in § 94 ff. afgiver saaledes et godt Eksempel paa Upaalideligheden af almindelige Udtalelser i Lovene om det her behandlede Æmne, jfr. ovenfor i § 2 og følgende Note.

¹⁰⁹ Bestemmelserne i det nye tyske Udkast § 74 og §§ 77—88, jfr. § 438 svare i det væsentlige til den tyske Handelslovs Art. 318—322. Naar det i Udkastets § 342 derefter hedder: »das einseitige nicht angenommene Versprechen ist unverbindlich, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt«, staar Sagen altsaa i Realiteten dog saaledes, at Løftet efter Udkastet er forpligtende, saasnart det er kommet til Adressaten. — Med Hensyn til »stiltiende« Viljeserklæringer hedder det i Udkastets § 74. 1^o, at de først blive forpligtende, naar de komme til Adressatens Kundskab, en Regel, der efter det ovenfor i § 6 om Udtalelserne hos Windscheid § 306 Note 11 bemærkede er for almindelig. Paa den anden Side gaar Udkastet i § 86. 1^o for vidt i modsat Retning ved i Tilslutning til Windscheid at bestemme, at Antagelseserklæringen, naar Tilbudet kun forlanger stiltiende Akcept, ikke behøver at være kommen til Tilbyderens Kundskab. Dette er rigtigt nok, hvad Tilbyderens Bundethed angaar, men kan føre til urigtige Resultater angaaende Antagerens Bundethed, se ovenfor § 6 Note 16 og § 8 Note 9.

¹¹⁰ I en Afhandling af I. Kr. i Naumanns Tidsskrift 1868 S. 104—105 forudsættes derimod, at svensk Ret staar paa et lignende Standpunkt som Romerretten, dog at ensidigt Tilsagn om Overvejelsesfrist anses for bindende. Udtalelsen i Handelsbalk I § 1 er for ubestemt, til at noget af den kan sluttes.

¹¹¹ Mourlon II § 1027, III § 488, Arntz §§ 10, 920.

deholder ingen særlige Bestemmelser om Emnet og maa saaledes antages at henholde sig til *code civil*. Men det antages dog i al Fald i Handelsforhold, at Tilbudet, der indrømmer Adressaten en vis Overvejelsesfrist, er bindende, saaledes at dets Tilbagekaldelse inden Fristen er ugyldig eller dog retsstridig, saa at Tilbyderen, der har tilbagekaldt, maa betale Erstatning, og undertiden antages en saadan Overvejelsesfrist stiltiende indrømmet.¹¹² Den *italienske code civile* (1865) Art. 1189—1195 jfr. 1127 og 1595, stemmer med *code civil*. *Codice di commercio* (1882) Art. 36 staar ligeledes væsentligt paa Romerrettens Standpunkt, men udtaler dog, i Modsætning til *code civil* og *codice civile*, at Løfter, der kun tillægge Adressaten Fordele, ere bindende, 260 naar de ere komne til hans Kundskab. Tilbudet angaaende gjensidige Obligationsforhold er, forsaavidt udtrykkelig Akcept er fornøden, tilbagekaldeligt lige, indtil Akcepten er ankommet til Tilbyderen, men dersom Tilbagekaldelsen først kommer til Adressatens Kundskab, efter at han har begyndt at udføre Kontrakten, hæfter Tilbyderen for de Tab, Adressaten derved har lidt (negativ Kontraktsinteresse). Paa romerretligt Standpunkt staar fremdeles den *hollandske Lovbog* (1838) — særlige handelsretlige Regler om Æmnet findes ikke — efter hvilken det endog antages, at det udtrykkelige Tilsagn af en Overvejelsesfrist er uforbindende.¹¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* følger ligeledes romersk Ret, §§ 770, 771, 815—817, men dersom Tilbyderen har tilsagt Adressaten en vis Overvejelsesfrist, kan han ikke tage Tilbudet tilbage inden Fristens Udløb, § 816.

§ 10. Tilbageblik og Resultater.

I. Den foranstaaende Oversigt over forskellige Lovgivninger viser for det første, at *Overenskomsttheorien ikke nogetsteds findes konsekvent gennemført*. I alle de Retsforfatninger, der kræve, at en Handling fra Adressatens Side skal slutte sig til Løftet, for at dette kan blive forpligtende (ovenfor §§ 6, 7 og 9 III), nøjes man med stiltiende Akcept, hvorunder der i større eller mindre Omfang skjuler sig adskilligt,

¹¹² Lyon-Caen et Renault: *Précis de droit commercial* I § 630.

¹¹³ Diephuis: *Het nederlandsch burgerlijk regt* X S. 359—360.

som ikke i Virkeligheden er nogen Tilegnelseshandling, der i Forbindelse med Løftet danner en Overenskomst, og der findes mere eller mindre sikre Eksempler paa, at visse Løfter ere forpligtende uden nogen Handling fra Adressatens Side, en Sætning, der hyppigt fremtræder under den maskerede Form, at Passivitet (Ikke-Afslag) fingeres at være en Akcept. Og hvor Overenskomsttheorien saaledes er anerkjendt, viser den sig dernæst ofte *at savne Levedygtighed*. I det praktiske Retsliv udvides Antallet af de Løfter, der anerkjendes forpligtende uden 261 Akcept (almindelig tysk Ret ovenfor § 6), og der viser sig en almindelig Tilbøjelighed til at tillægge alle Løfter en i al Fald foreløbig bindende Kraft, idet man, udenfor eller i Strid med de paagældende Lovgivninger, tillægger det udtrykkelige Tilsagn om en Overvejelsesfrist bindende Kraft, saa at Løftet ikke kan tages tilbage inden dennes Udløb, og derhos endog præsumerer, at Løfter til fraværende i Almindelighed indeholde et saadant Tilsagn (almindelig tysk Ret, muligvis amerikansk Ret, fransk Handelsret). Fremdeles ses det ogsaa, at nye Love adoptere Løftettheorien paa Territorier, hvor man tidligere levede under Overenskomsttheoriens Herredømme (tysk-østerrigsk Handelslov, østerrigsk Lovbog, preussisk Landret, schweizisk Lovbog)¹¹⁴. Det viser sig saaledes, at *Løftettheorien trænger frem paa Overenskomsttheoriens Bekostning*.¹¹⁵

Til dette praktiske Bevis for Overenskomsttheoriens Underlegenhed skal føjes nogle Bemærkninger om de Grunde, hvorpaa den maa antages at hvile. Naar der spørges om de reale Grunde, som have ført forskjellige Retsforfatninger til at kræve, at der til Løftet maa komme en Handling fra Adressatens Side, for at det kan blive forpligtende, da have vi i det hele ikke andre Oplysninger at støtte os til end selve Rets-

¹¹⁴ Her kan ogsaa nævnes det nye tyske Udkast § 74 og §§ 80—84, se ovenfor § 9 Note 5.

¹¹⁵ Forskjellige Forfattere finde heri Udtrykket for en germansk Opfattelse (»Løfter skulle holdes») i Modsætning til den romanske, se saaledes Schmidt: Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte I S. 251—252, 256, Jacobi hos Jhering IV S. 283—284, Dernburg I S. 199, II S. 19, Siegel S. 1—2, 45, jfr. Stobbe III S. 88 Note 16, 84 Note 4. Om Grundene til, at man i Rom kunde slaa sig til Ro med Overenskomsttheorien, findes Bemærkninger af Kühn hos Jhering XVI S. 64—67.

reglerne i disse Lande. Disse vise nu for det første, at det afgjørende *ikke* har været den ældre Opfattelse, hvorefter det af selve Skyldforholdets Væsen skulde følge, at dette, som vedrørende tvende Personers Retsforhold, ikke kan skabes ved en Enkeltvilje, men kun ved de tvende ²⁶² Personers overensstemmende Vilje. At denne Betragtning ikke har været den afgjørende, ses navnlig deraf, at, som bemærket, ingen Retsforfatning konsekvent har hyldet Overenskomsttheorien, men at Undtagelser overalt ere anerkjendte, medens Regelen om Overenskomsttheoriens Nødvendighed efter denne Betragtning maatte være undtagelsesfri som grundet i Skyldforholdets Væsen. Hvor lidet denne Betragtning i Virkeligheden har været tiltraadt af Lovgivningerne, ses yderligere deraf, at Ingen har tvivlet om, at Obligationsforhold kunne stiftes uden Indvilgelse fra Fordringshavernes Side ved Delikter og ved Retshandler *mortis causa*, ligesom ogsaa Lovgivningerne i større eller mindre Omfang anerkjende, at der ved Retshandler i levende Live kan skabes Rettigheder til Gunst for Tredjemand uden dennes Akcept. Men indirekte kan det dog ikke nægtes, at hin ældre Opfattelse har spillet en vis Rolle. Den har, uagtet sin iøjnefaldende Uholdbarhed, længe holdt sig i Retsvidenskaben ¹¹⁶ — en Omstændighed, som vistnok kun forklares ved en Forveksling med den rigtige Sætning, at Løftet maa tabe sin Retsvirkning ved Afslag fra Adressatens Side — og derigjennem lagt Baand paa den Tilbøjelighed, der i det praktiske Retsliv maatte vise sig, til at komme bort fra Overenskomsttheoriens Retsætninger.

Det er aabenbart Betragtninger af langt mindre absolut Karakter, som lægge sig for Dagen gennem de Retsforfatninger, der kræve en Handling fra Adressatens Side, for at Løftet kan blive forpligtende. Opfattelsen synes at være den, at Løftegiveren ordentligvis -- men ikke ubetinget — ikke bør være bundet, og at Adressaten ordentligvis ikke bør kunne stole paa Løftet, forinden han (Adressaten) *enten* har tilkjendegivet, at han vil fastholde Løftet, *eller* af det Løftet indeholdende Tilbud er blevet foranlediget til at afholde de Opoffrelser,

¹¹⁶ Nu kan den vel betragtes som forladt, jfr. foruden de i nordisk Literatur fremkomne Protester, som ere angivne ovenfor i § 2, Windscheid §§ 304 Note 12 og 308 Note 3, Stobbe III S. 100, Siegel S. 47—49.

som dette forlanger. Medens den romerske Ret særligt lægger Vægten paa det første Alternativ, synes engelsk-amerikansk Ret særlig at lægge Vægten paa det sidste; den kommer vistnok Løftettheorien saa nær, som Fordringen om consideration tillader det, og dens Theori 263 burde vel rettere betegnes som en Considerationstheori end som en Overenskomsttheori. Hertil kommer endnu den Betragtning, som særligt den preussiske Landret gennem I 5 § 92 ses at lægge Vægten paa, at obligatoriske Rettigheder, med Hensyn til hvilke det i længere Tid henstaar uvist, om Fordringshaveren vil have dem, ere en Uting for Retsordenen.¹¹⁷ Dette synes at være de Betragtninger, der ligge til Grund for Overenskomsttheorien, som den overhovedet forekommer i levende Ret, og det er altsaa disse Betragtninger, hvis Rigtighed maa bedømmes, naar Løftettheoriens Retsregler skulle vurderes i Sammenligning med Overenskomsttheoriens.

II. Løftettheoriens *første* Retssætning i Modsætning til Overenskomsttheoriens er jo den, at Løftet bliver forpligtende uden Akcept ved at komme til Adressaten (eller til hans Kundskab). At det praktiske Retsliv viser en udpræget Tilbøjelighed til at antage denne Sætning fremfor Overenskomsttheoriens, viser Fremstillingen ovenfor i §§ 6 —9. De betydeligste nyere Lovgivninger anerkjende den — den italienske Handelslov og tildels den sachsiske Lov danner i denne Henseende en Undtagelse — og i det praktiske Retsliv søges den indsmuglet paa mange Omraader, hvor Overenskomsttheorien er hyldet af Lovgivningen, saaledes i almindelig tysk Ret, fransk Handelsret og muligvis tildels i amerikansk Ret. Det kan heller ikke nægtes, at denne Sætning i indre Værd staar over Overenskomsttheoriens.¹¹⁸ Løfte og Tilbud afgives jo ordentligvis, for at det paagjældende Retsforhold skal komme til Eksistens, og det er nu klart, at et Tilbud, der er bindende, ordentligvis giver større Udsigt i den anførte Henseende end et Tilbud, som ikke er bindende. Adressaten vil betænke sig mere paa 264

¹¹⁷ Jfr. Dernburg II S. 22—23.

¹¹⁸ Jfr. foruden de ovenfor i § 2 angivne nordiske Forfattere navnlig Stobbe III S. 85 og 88, Koeppen S. 280—281, 371—372, Regelsberger. I S. 75—76 og hos Endemann II S. 440, 453—454, Siegel S. 57—59, Motiver til det nye tyske Udkast I S. 164—166 »Im Handelsverkehre . . . schlechthin unentbehrlich«, men derimod Windscheid § 307 Note 7a.

at tage et Tilbud under alvorlig effektiv Overvejelse, som er tilbagekaldeligt, saaledes at alle hans Arrangementer i Tillid til, at Retsforholdet vil komme i Stand, bagefter kunne vise sig unyttige, end paa at indlade sig med et Tilbud, der giver ham Sikkerhed for Retsforholdets Eksistens, dersom han blot akcepterer i rette Tid. Løftetheoriens Regel maa med andre Ord, forsaavidt Tilbudet om gjensidigt bebyrdende Obligationsforhold angaar, foretrækkes for Overenskomsttheoriens som givende *den større Udsigt til, at Tilbudet vil opfylde sin Bestemmelse*. Medens denne Betragtning særligt gjør sig gjældende med Hensyn til Tilbud angaaende gjensidigt bebyrdende Obligationsforhold, passe de følgende Betragtninger paa alle Løfter. Da det dog er det faktisk uregelmæssige og abnorme, at afgivne Løfter tilbagekaldes, ville Løftemodtagere faktisk stole paa og indrette sig efter de til dem ankomne Løfter, som de overhovedet sætte Pris paa, saasnart Løftet er kommet til deres Kundskab. Selv om Lovgivningen maatte foreskrive, at man først skal kunne stole paa Løfter, efterat man har akcepteret dem, vil det regelmæssigt gaa saaledes til, at man straks, uden først at akceptere, stoler paa dem og indretter sig i Tillid til dem, negativt (Afslag af andre Tilbud, Undladelse af at søge saadanne) og positivt. Løftets Tilbagekaldelse vil faktisk gennemsnitligt ramme Adressaten som noget uventet, og Overenskomsttheoriens Retsregel, der tilsteder Løftets Tilbagekaldelse, indtil Akcept har fundet Sted, vil ud-sætte Løftemodtageren for betydelige Tab. I forhøjet Grad gjælder dette, dersom man vil tillægge Løftegiveren Tilbagekaldelsesret lige, indtil Akcepten er kommet til hans Kundskab, men selv om man sætter Grænsen ved Akceptens Afsendelse, bringer Overenskomsttheoriens Retsregel Løftemodtageren i en meget mislig Stilling. Og forsaavidt der søges bødet herpaa, idet der under de Retsforfatninger, der staa paa Overenskomsttheoriens Standpunkt, i større eller mindre Omfang gives Adressaten Godtgjørelse for de saaledes ved Løftets Tilbagekaldelse lidte Tab (den negative Kontraktsinteresse), maa der — bortset fra Vanskelighederne ved at finde en rationel Grund for en saadan Erstatningspligt hos Løftegiveren, der jo efter Forudsætningen har Ret til at tilbagekalde sit Løfte — hertil svares, at denne Udvej praktisk taget ikke hjælper Tilbudsmodtageren meget. Hans Krav paa Er-

statning forudsætter jo nemlig et Bevis for lidt Skade, som kan være meget vanskeligt at føre, og som forudsætter, at Kjendsgjerninger lægges for Dagen, som Løftemodtageren vil kunne have meget gode Grunde til ikke at ønske aabenbarede, f. Eks. gjorde og afslaaede Tilbud fra anden Side. Praktikere synes da ogsaa temmelig enstemmigt ²⁶⁶ at udtale sig imod denne Udvej.¹¹⁹ Paa den anden Side kan det ikke anerkjendes at være uretfærdigt mod Løftegiveren at lade ham bindes, forinden Adressaten har akcepteret. Det tjener tværtimod som paavist hans Interesser, at han sættes i Stand til at binde sig ved sit Tilsagn uden Akcept, og afgiver han Løftet, forinden han endelig har besluttet sig, kan han forbeholde sig Ret til at træde tilbage eller ledsage Tilbudet med et »uden Obligo«. Hertil kan endnu føjes, at den Ret til at

¹¹⁹ Regelsberger I S. 75—76: »Die Rechtshilfe in solchen Verhältnissen von dem Schadenbeweise abhängig machen, heisst nicht viel weniger als die Rechtshilfe verweigern,« O. Bähr hos Jhering XIV S. 442 ff. jfr. Stobbe III S. 88 Note 15, Koeppen S. 304—305, Motiverne til nye tyske Udkast I S. 165—166, men paa den anden Side Windscheid § 307 Note 5 og 7a. Begrebet »negativ Kontraktsinteresse« er utvivlsomt et højst inpraktikabelt Begreb, og den Rolle, det har spillet, jfr. Jhering IV S. 1 ff. kan kun forklares af den Nødstilstand, som den romerske Ret har fremkaldt ved i forskellige Tilfælde at nægte Anerkjendelsen af en Skylderklærings Gyldighed, hvor en saadan efter rigtige Retsgrundsætninger burde anerkjendes gyldig, jfr. Nordling S. 144 med Note 2. — Paa den anden Side kan der ikke gives Hagerup Medhold, naar han Om Kjøb og Salg S. 36 Note 13 bemærker, at de Theorier, der søge Grunden til Løftets forpligtende Kraft i den ved Løftet vakte berettigede Forventning, maa opgive enhver Skjelen imellem negativ Kontraktsinteresse og Opfyldelsesinteresse. Det skal ikke nægtes, at enkelte Tilhængere af Tillidstheorierne give Anledning til denne Paastand, saaledes O. Bähr og Schlossmann S. 336. Men i Almindelighed give Tillidstheorierne ikke Anledning til denne Misforstaaelse. De anerkjende i Almindelighed, at visse krydsende Retsprincipper maa være til Hinder for visse Løfters forpligtende Kraft, selv om de have vakt en berettiget Tillid hos Adressaten, og forsaavidt bliver der Plads for Anvendelsen af den negative Kontraktsinteresses Begreb overfor Løftegiveren, jfr. saaledes det Tilfælde, at en umyndig ved falsk Angivelse af at være myndig har faaet en anden til at stole paa et Løfte. Udstrakt Anvendelse faar dernæst Begrebet negativ Kontraktsinteresse overfor Tredjemand f. Eks. overfor den, der under falsk Angivelse af at være en andens Fuldmægtig har indgaaet en Kontrakt i dennes Navn. Og i Almindelighed vil Retshaveren, naar Løftet er et skadevoldende tilregneligt Retsbrud, kunne vælge imellem Opfyldelsesinteresse og negativ Kontraktsinteresse.

træde tilbage, som Overenskomsttheorien tillægger Løftegiveren, efterat Løftet er kommet til Adressaten, i Virkeligheden er af ringe Værdi for ham, forsaavidt Talen er om Retshandler imellem indbyrdes fraværende Personer.¹²⁰ Af nogen Værdi vilde den være, dersom der tillagdes ham Beføjelse til at træde tilbage, lige indtil han har faaet Underretning om Akcepten, men en saa vidtrækkende Beføjelse, der som bemærket vilde være særlig mislig for Løftemodtageren, tillægger ingen Lovgivning ham. Selv om han har forlangt Svar, ere de Lovgivninger, der staa paa Overenskomsttheoriens Standpunkt, tilbøjelige til at udelukke Tilbagekaldelse, saasnart Akcepten er afgiven — kun den italienske Handelslov danner i denne Henseende en sikker og praktisk væsentlig Undtagelse — og i al Fald anerkjendes stiltiende Akcept, naar udtrykkeligt Svar ikke er forlangt, at binde Løftegiveren uden at være kommen til hans Kundskab. Det vil altid, efter at Løftet er kommet til Adressaten, være uvist for Løftegiveren, om hans Tilbagekaldelse af Løftet bliver gyldig, eller om der ikke allerede har fundet en Akcept Sted, som udelukker Tilbagekaldelsens Gyldighed.

Om Løftetheoriens *anden* Retssætning, nemlig at Løftet kan afslaa med tilbagevirkende Kraft, hersker der ingen Tvivl. Derimod kan der spørges, om der ikke bør gjøres Overenskomsttheorien den Indrømmelse, at den ved Løftet skabte Ret til sin Vedligeholdelse kræver, at der senere finder en Akcept Sted. Som tidligere bemærket, bliver
 267 denne Indrømmelse betydningsløs eller identisk med ingen Indrømmelse, dersom det anerkjendes, at Akcepten kan komme saa sent, det skal være. Da nemlig en Akcept ligger i det blotte Paakrav, bliver Indrømmelsen under hin Forudsætning kun en Omskrivning for, at det beror paa Fordringshaveren, om han vil gjøre sin Fordringsret gjældende. Skal Indrømmelsen have nogen Betydning, maa den *enten* gaa ud paa, at Akcept skal komme inden en vis Maksimalfrist, hvad ingen Lovgivning, der anerkjender Løftetheoriens første Retsregel, har gjort, og hvad ingen Lovgiver kan antages at ville gjøre. *Eller* der maa gaas den Vej, som den preussiske Landret I 5 § 92 er gaaet, saa at der

¹²⁰ Ved Tilbud til en tilstedeværende Person, der ikke indrømmer denne nogen Overvejelsesfrist, er jo Forskjellen imellem Løftetheoriens og Overenskomsttheoriens Regel uden praktisk Betydning.

tillægges den Løftegiver, som har overladt Tiden for Akcepten til Adressatens Forgødtbefindende, en Beføjelse til, naar det trækker i Langdrag med Akcepten, at fastsætte en Akceptfrist for Løftemodtageren. For en saadan Retsregel kunde anføres den ovenfor nævnte Betragtning, at Rettigheder, med Hensyn til hvilke det er uvist, om Rets haveren vil have dem, ere en Uting for Retsordenen. At denne Betragtning imidlertid ikke strækker sig til alle uakcepterede Løfter, viser Udviklingen i §§ 6—9, der oplyser, at der er en udpræget Tilbøjelighed til endog i Strid med eller udenfor Loven at tillægge Løfter, som kun give Adressaten Fordele, definitiv Gyldighed uden Akcept. Spørgsmaalet kan da alene være, om ikke en Regel som den preussiske Landrets kunde være paa sin Plads med Hensyn til Løfter, der tillægge Adressaten Fordele mod et Vederlag uden at kræve, at han inden nogen Frist skal akceptere og forpligte sig til at yde dette Vederlag. Saadanne Retsforhold som f. Eks. det, der fremkommer ved den ene Malerisamlings Erklæring til den anden, at det stedse skal staa denne aabent at erholde et vist Maleri til en bestemt Sum, naar den maatte ønske det, ere ganske vist i forskellige Retninger uheldige og lidet ønskelige. Men en Regel som den preussiske Landrets raader ikke Bod paa de Ulemper, som saadanne Retsforhold frembyde. Man tænke sig blot, at Adressaten har erklæret, at han modtager et Tilbud som det nysnævnte og agter at gjøre det gjældende, naar Penge midlerne tilstede det. Stillingen er da den, at der foreligger en Over- 268 enskomst, men alligevel kun hint svævende Retsforhold, som ønskedes undgaaet. Dersom nogen Retsregel tiltrænges overfor saadanne Retsforhold, bliver det med andre Ord ikke en Regel om Nødvendighed af Akcept inden en vis Frist, men en Regel om Adgang til Afvikling eller Opløsning af Retsforholdet, hvad enten det hviler paa et Løfte eller paa en Overenskomst.¹²¹ En saadan Adgang maa forøvrigt ofte efter naturlig Fortolkning af Løftet antages forbeholdt af Løfter, som overlade Akcepttiden til Adressatens Forgødtbefindende, saa at en Regel som den antydede, navnlig naar Hensyn tages til Lovgivningens Regler om Forældelse, Prækclusion og Konkurs o. s. v. vistnok er over-

¹²¹ Nye tyske Udkast § 79 anerkjender udtrykkeligt saadanne Retsforhold, naar de hvile paa Overenskomst, jfr. iøvrigt Motiverne I S. 164.

flødig. Der synes saaledes ikke at kunne anføres nogen Grund for at gjøre Indrømmelser til Overenskomsttheorien, men ogsaa Løftettheoriens *tredje* Retssætning maa foretrækkes. Akcept bør kun kræves til Vedligeholdelse af den ved Løftet skabte Ret, forsaavidt som Løftet udtrykkeligt eller efter naturlig Fortolkning stiltiende kræver Akcept. Akceptens Nødvendighed bør ganske bero paa Løfttegiverens Forgødtbefindende; hvor Løftet ikke udtrykkeligt eller stiltiende kræver Akcept, vilde det kun være at *lægge Snarer for Løftemodtageren* at kræve en saadan, som han i Tillid til Løftet gennemsnitligt vil undlade at afgive.

III. Medens saaledes samtlige den dansk-norske Lovgivnings Regler, der fuldstændigt falde sammen med Løftettheoriens, have Fortrinret for Overenskomsttheoriens, kan der endnu spørges om den dansk-norske Rets Værdi i Sammenligning med de andre Lovgivningers, der vedkjende sig Løftettheoriens Retssætninger. Den dansk-norske Lovgivning har her for det første det ubestridelige Fortrin, at den sejler under aabent Flag og ikke skjuler sig under Overenskomsttheoriens Terminologi. Et Fortrin er det derimod næppe, at den er saa kortfattet og indskrænker sig til at udtale, at Løfter forpligte. Om end strængt taget 269 unødvendigt, kunde det dog være hensigtsmæssigt at udtale, at Tilbud til en nærværende Person, der ikke indrømme nogen Overvejelsesfrist, maa formodes at indeholde den Betingelse, at de straks akcepteres, og at Tilbud til fraværende angaaende gjensidige Obligationsforhold maa formodes at indeholde den Betingelse, at der inden en passende Frist til Tilbyderen indløber en overensstemmende Akcept, hvorved Adressaten paatager sig de Pligter, der fordres overtagne af ham. Forsaavidt det dernæst maa antages, at Løftet efter dansk-norsk Ret først bliver forpligtende ved at komme til Adressatens Kundskab, maa denne Regel vel anerkjendes at være principielt rigtig, men af Praktikabilitetsgrunde bør dog vistnok en Regel som de udenlandske Loves, der kun fordre, at Løftet skal være ankommet til Adressaten, foretrækkes.¹²²

I dansk-norsk Lovgivning findes ingen til den tyske Handelslovs Art. 319. 2 svarende Bestemmelse. Denne Regel, der som tidligere bemærket gaar ud paa, at Tilbyderen, naar Akcepten er afgiven i rette

¹²² Goos I S. 229—230, N. Lassen S. 43, Regelsberger hos Endemann II S. 453—454, jfr. 440 Note 27, Motiver til nye tyske Udkast I S. 157.

Tid, saa at Adressaten maa antage, at Retsforhandlingerne ere komne i Orden, men Akcepten er ankommet for sent, skal give Adressaten Underretning om, at Retsforholdet altsaa er bristet, og i modsat Fald være bunden, vil muligvis blive antaget for at stemme med almindelig Handelssædvane.¹²³ Men sikrest vilde det dog være at udtale den positivt, for at man ikke skal slaa sig til Ro ved en ofte værdiløs Regel om Pligt til at yde negativ Kontraktsinteresse.¹²⁴ Tvivlsomt kan det være, om en tilsvarende Regel bør anerkjendes udenfor Handelssager, jfr. ovenfor § 8 Note 4.¹²⁵

Til Slut skal blot endnu bemærkes, at det sikkert er et Fortrin ved den dansk-norske Lovgivning, at den ikke indeholder nogen til de ovenfor i § 8 omtalte Bestemmelser i den tyske Handelslovs Art. 321 og den schweiziske Obligationslovs Art. 8 svarende Regel om et bestemt Tidspunkt, der ved Retshandeler imellem indbyrdes fraværende Perso- 270
ner skal »gjælde som Afslutningstid for Overenskomsten«, eller fra hvilket »Overenskomstens Virkninger skulle begynde«, jfr. Nordling S. 170—171. Det Tidspunkt, som disse Love lægge Vægten paa, er, som det vil erindres, for de Tilfælde, hvor Overenskomsten kommer i Stand ved udtrykkelig Akcept, Akceptens Afgivelse til Afsendelse, og de Virkninger, de sigte til, ere saadanne som kontraktmæssig Varetægtspligt, Rentepaaløb o. s. v., se nærmere ovenfor. Det behøver næppe nogen nærmere Paavisning, at Bestemmelser som de anførte ere meget uheldige. De forskellige Retsvirkninger, som de antages at sigte til, bør sikkert ikke være samme Regel undergivne, og for Tilbyderen bør ingenlunde altid det samme Tidspunkt være afgjørende som for Antageren. Hvad f. Eks. den kontraktmæssige Varetægtspligt angaar, vil Regelen i de nævnte Lovbud ingenlunde altid være naturlig. Sæt f. Eks., at Depositaren tilskriver Deponenten, at han er villig til for en vis Betaling fremtidig at opbevare Tingen paa en sikrere Maade end den hidtil aftalte. Det vilde her være overordentlig unaturligt med de nævnte Love at lade den nye Opbevaringspligt blive aktuel allerede ved Afgivelsen af Akcepten. Den naturlige Fortolkning af Tilbudet er aaben-

¹²³ Jfr. Stobbe III S. 90 med Note 23, Regelsberger hos Endemann II S. 438.

¹²⁴ Jfr. Hindenburg Om Kjøb og Salg S. 30.

¹²⁵ Nye tyske Udkast anerkjender Sætningen i § 85.

bart den, at Depositarens Pligt til at opbevare paa den sikrere Maade, der, betinget af Akcept, indtræder ved hans Tilbuds Ankomst til Depo-
 nenten, først skal blive aktuel ved Svarets Ankomst til ham. Og tager
 man f. Eks. en Bytteretshandel angaaende individuelt bestemte Ting, vil
 det vel være rigtigt at lade Antagerens Omsorgspligt blive aktuel ved
 Akceptens Afsendelse (skjønt hans Pligt jo først indtræder ved Ak-
 ceptens Ankomst til Tilbyderen), men det synes irrationelt at lade Til-
 byderens Omsorgspligt blive aktuel netop ved dette Tidspunkt. For
 Tilbyderen maa, naar intet derom er aftalt, enten det Tidspunkt, da Til-
 budet afsendes, eller det, da Akcepten kommer til ham, være afgjø-
 rende; det naturlige vil her ordentligvis være at lægge Vægten paa det
 271 førstnævnte Tidspunkt. I Assurancekontrakter vil Assurandørens Pligt
 til at være Forsikrer, som allerede er skabt, saasnart hans Tilbud er
 kommet til Forsikringstageren eller til dennes Bevidsthed, efter natur-
 lig Fortolkning af Tilbudet kun omfatte den Risiko, som løbes, efterat
 Forsikringstagerens tiltrædende Svar er ankommet til Forsikringsgive-
 ren.¹²⁶

Forsaauidt der ved de nævnte Lovbud sigtes til Retsvirkninger, som
 Parterne ere raadige over, f. Eks. naar Omsorgspligten skal blive aktuel,
 ere Lovbudene overflødige; disse Spørgsmaals Afgjørelse maa forbehol-
 des den frie Fortolkning af Erklæringerne, jfr. N. Lassen S. 95. Og
 hvad enten de sigte til saadanne Virkninger eller til Virkninger, som
 Parterne ikke ere raadige over (f. Eks. det Tidspunkt, der bliver afgjø-
 rende for Retshandelens Omstødelse i Tilfælde af Konkurs, jfr. Hahn
 S. 213, eller for, om Kontrakten skal rammes af en ny Forbudslov)
 ere saadanne Almenregler uheldige, saa vist som Afgjørelsen for de for-
 skjellige Virkninger af Kontrakten og ved de forskellige Arter af Kon-
 trakter maa bero paa meget forskelligartede Hensyn.¹²⁷ De staa som
 en ulykkelig Arv fra den i Realiteten forladte Overenskomsttheori, og
 det praktiske Retsliv vil sikkert vise sig vanskeligt at kunne bruge dem.

¹²⁶ Det nye tyske Udkasts § 87, der svarer til tyske Handelslovs § 321,
 lader, jfr. Motiverne I S. 174, først de omtalte Virkninger indtræde, naar Sva-
 ret er kommet til Tilbyderen. At denne Regel i mange Tilfælde maa fore-
 trækkes for den tyske Handelslovs, vise de i Teksten nævnte Eksempler.

¹²⁷ Den Virkning, at det paadrager Sælgeren Ansvar at overdrage den solgte
 Ting til Tredjemand, maa f. Eks. regnes allerede fra Salgstilbudets Afsendelse.

Berigelseskravet efter Nordisk Veksellovs § 93.¹

(Tidsskrift for Retsvidenskab VII 1894 S. 269—305)

I.

Til Indledning ved Undersøgelsen af nordisk Veksellov § 93 an- 269
ses det for hensigtsmæssigt at henlede Opmærksomheden paa følgende Punkt. Efter den nordiske Veksellovs Forhold til Allgemeine deutsche Wechselordnung er det selvfølgelig, at der ved Fortolkningen af den nordiske Lov tages stærkt Hensyn til tysk Literatur og Praksis. Men for det foreliggende Emnes Vedkommende maa man i denne Henseende være varsom. Man har næppe i alle Retninger haft tilstrækkeligt Øje for *Forskjellighederne i Affattelsen af den nordiske* 270
Veksellovs § 93 og den tyske Veksellovs § 83 og for, at den nordiske Affattelse af Regelen afskjærer Muligheden af adskillige i tysk Literatur og Praksis undertiden antagne Resultater. Til Oversigt anføres begge Regler.

D. W. O. § 83: »*Ist die wechsebmässige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, dass die zur*

¹ Forkortelser: *Aubert* bet. A.: Den nordiske Vekselret; *Aubert* Sp. D. bet. A.: Den norske Obligationsrets specielle Del I; *Brachmann* bet. Endemann Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts IV. 2. 1884; *v. Canstein* bet. C.: Lehrbuch des Wechselrechts; *Dernburg* bet. D.: Lehrbuch des preussischen Privatrechts II, 4te Aufl.; *Evaldsen* Ft. bet. E.: Fortolkning af Vexelloven; *Evaldsen* V. bet. E.: Dansk Obligationsret, Vexler m. m.; *Jul. Lassen* bet. L.: Haandbog i den danske Obligationsrets almindelige Del; *Lyon—Caen et Renault* bet. L. & C.: Traité de droit commercial 2 ed. IV; *Pfersche* bet. Pf.: Der Wechsel-Bereicherungsanspruch nach Art. 83 a. d. W. O. i Grünhut Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart XI. 1884; *Thöl* bet. T.: das Handelsrecht 4te Aufl. II; *Wächter* bet. W.: Encyclopädie des Wechselrechts I.

Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen, so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels nur soweit, als sie sich mit dessen Schaden bereichern würden, verpflichtet. Gegen die Endossenten, deren wechselfähige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht statt.« I D. W. O. § 98 No. 10 udtales det, at Regelen ogsaa gjælder for egne Veksler.

Nordisk Veksellovs § 93 i dansk-norsk Affattelse: »*Er Vekselsfordringen præskriberet, eller er Veksleretten tabt ved Forsømmelse af den til dens Bevaring foreskrevne Omgang, er dog Vekselejereren ikke udelukket fra som almindelig Gjældsfordring at indtale hos en Vekselskyldner, hvad denne vilde blive beriget med paa hans Bekostning, hvis ethvert Krav bortfaldt.*« Og i svensk Affattelse: »*Är växelfordran preskriberad, eller har växelrätten gått förlorad genom försømmelse att företaga någon för dess bevarande föreskriven handling, stånde dock växelnehavaren öppet att, såsom i vanligt skuldfordringsmål, hos växelgäldenär utsöka, vad denna till fordringsägarens skada skulle vinna, der fordringen förfölle.*«²

Herefter noteres følgende Divergenspunkter, som forøvrigt ikke ere de eneste:

1. Efter den tyske Lov haves Berigelseskravet kun mod Veksels Udsteder og mod Akceptanten; efter den nordiske haves det mod enhver beriget Vekselskyldner. At denne Egenskab ved den nordiske 271 Vekslerets Berigelseskrav kan afgive Bidrag til Fortolkning af Paragrafens Indhold iøvrigt, vil fremgaa af det Følgende.

2. Den tyske Lov udtaler, at Vekselejerens Rettigheder vedblive med en Begrænsning; en saadan Udtryksmaade bruger den nordiske ikke. De Fortolkningsmomenter, som tysk Literatur henter fra hin Udtryksmaade, foreligger ikke for nordisk Rets Vedkommende.

3. Endelig og navnlig maa det fremhæves, at den nordiske Lovregel giver en direkte Vejledning til Fastsættelsen af, hvad det er for en

² Da finsk Veksellovs § 93 og ældre svensk Veksellovs § 96 indeholde Regler, svarende til nordisk Veksellovs § 93, ere ogsaa finske og ældre svenske Retsafgjørelser af Betydning. Der foreligger ikke, saavidt Forf. ved Afhandlingens Udarbejdelse havde kunnet bringe i Erfaring, nogen for Emnet relevant, trykt norsk Dom. Jfr. nu Dom i Norsk Retstidende 1916 S. 1127. *Udg.'s Anm.*

Berigelse, som det efter Paragrafen kommer an paa. Efter nordisk Ret kan Vekselejerens fordring hos en Vekselskyldner, hvad denne vilde blive beriget med paa hans Bekostning »hvis ethvert Krav bortfaldt« (svensk: »der fordringen förfölle«). Disse sidste Udtryk kunne kun forstaaes som enstyrdige med »ved Fordringens Bortfald«. I nordisk Ret er det saaledes direkte udtalt, at det er *den ved Vekselrettens Bortfald bevirke*de Berigelse for Vekselskyldneren paa Vekselejerens Bekostning, som skal udredes. Den tyske Lov nævner derimod ikke den Kjendsgjerning, der afføder den Berigelse, som det kommer an paa, og holder forsaavidt en Mulighed aaben for Fortolkninger, der ere afskaarne ved det nordiske Lovbuds Ord.

II.

Forinden der gaas over til Fortolkning af Veksellovens § 93, vil det endvidere være tjenligt at tage et *Overblik over forskellige Løsninger, der frembyde sig som Muligheder*, naar Lovgiveren stiller sig paa det Standpunkt, at et fuldstændigt Retstab er for stræng en Følge for Vekselejerens af, at han ved sin Forsømmelse har bevirket Vekslens Præskription og Præjudicering, og der altsaa skal gives Regler, som modificere denne Følge. Samtidig vil der indvindes et foreløbigt Bidrag til Paragrafens Fortolkning, idet forskellige af disse Muligheder allerede paa Forhaand vise sig at være afskaarne ved V. L. § 93. Som *Eksempel* vælges følgende: A., der trænger til Kontanter, bevæger X. til at være sig behjælpelig hermed ved at acceptere en Veksel. A. trækker 272 saa en Veksel paa 1000 Kr. paa X. til B., og diskonterer den, forsynet med X.'s Akcept, hos B., der imidlertid, i Mistillid til Vekslens Navne, kun giver 800 Kr. for den; B. endosserer den derefter til C., til hvem han skylder 1200 Kr., og Endossementet modtages af C. til fuldstændig Indfrielse af denne Gjæld. C. forsyner derefter Vekslens med Endossement til D. og overlader denne Vekslens som Gave.

1. Fra det Standpunkt, at Vekselrettens Tab er for stræng en Følge for Vekselejerens af hans Forsømmelighed, kunde man nu først tænke sig den Ordning, at Vekslens Præskription eller Præjudicering kun skal

medføre, at Vekselkravene tabe deres Egenskab af Vekselkrav ³ (eller maaske tillige Egenskaben af Haandskriftskrav), men iøvrigt blive bestaaende. Efter denne Ordning vilde i det angivne Eksempel D., naar Vekselretten paa hans Haand var gaaet tabt, kunne afkræve C. 1000 Kr., hvorefter denne atter kunde kræve 1000 Kr. hos B. og saa fremdeles, indtil Kravet naaede Akceptanten X., der dog mod Trassentens Søgemaal kunde fremsætte som Modkrav sit Dækningskrav paa denne. At en saadan Ordning vilde gjøre altfor stort Afbræk i de Formaal, som Vekselloven søger at realisere gennem Forskrifterne om Vekseldomgangens Iagttagelse og kort Prækriptionstid, er imidlertid klart. Ordningen vilde jævnligt overfor dem, der tvinges til at lægge Vekslens Beløb fra sig og henvises til Regres hos Formænd, medføre, hvad der netop i Lovgiverens Øjne er en Uretfærdighed, som gennem hine Forskrifter søges afværget, nemlig at de komme til at bære et Tab ved Formænds Insolvens, som de muligvis kunde have undgaaet, dersom Vekslejeeren havde opfyldt sin Diligenspligt. Indlysende er det i hvert Fald, at V. L. § 93 ikke vedkjender sig denne Ordning. Ganske vist kan i 273 en vis Forstand enhver Vekselskyldner i det Øjeblik, da Vekselretten ophører ved Forældelse eller Præjudicering, siges at blive beriget med det Beløb, som han ifølge Vekslen skulde betale, og forsaavidt kunde det ved første Øjekast synes, at V. L. § 93 netop hjemler Vekslejeeren Ret til som simpel Gjæld at afkræve en hvilken som helst Vekselskyldner Vekslens Beløb. Men selv om man antog dette, se herom under 3, fremgaar den her beskrevne Ordnings Uoverensstemmelse med V. L. § 93 deraf, at denne Paragraf *kun hjemler et Krav for Vekslejeeren, men ikke noget tilsvarende Regreskrav for den Vekselskyldner, hos hvem Vekslejeeren har gennemført sit Krav.* Positiv Hjemmel for et saadant Regreskrav vilde være nødvendig, eftersom det Vekselskyldnerne forinden Vekselrettens Bortfald tilkommende Regreskrav hos Formænd ofte netop kun havde vekselretlig Hjemmel og ikke

³ En Opfattelse i denne Retning ses at være fremme i Finland, Finsk jurid. Fören. Tidskr. 1890 S. 346, 349. Se om Danske og Norske Lovs i denne Retning gaaende Ordning Aubert S. 362, Hallager, den norske Obligationsret, 2det gennemsete Oplag ved Aubert § 100. Kun ved en Underform af denne Opfattelse (se ved Note 4) synes Kjøbenh. Overrettsdom i U. f. R. 1894. 108 at kunne forklæres (jfr. Note 25).

eksisterer længere. Af det anførte fremgaar ligeledes, at Veksellovens Ordning ikke er den her beskrevne med den Modifikation, at Vekselskyldnerne kunne fradrage det Beløb, som de maatte have tabt hos andre ved Vekselejerens Forsømmelighed.⁴

2. Lovgiveren kunde dernæst tænkes at gaa den Vej at tillægge Veksels Præskription eller Præjudicering den Betydning, at Retsstillingen nu bliver den sammen, som om der ingen Vekslen havde eksisteret, saa at der vendes tilbage til de underliggende Forhold. Anvendt paa det ovenfor angivne Eksempel vilde dette sige, at D., naar Vekselretten paa hans Haand var bortfalden, kunde kræve 1000 Kr. af C., idet dennes Gaveløfte ikke er blevet opfyldt, eller maaske vilde man antage, at Gaveløftet ikke har nogen Eksistens udenfor Endossementet, og at følgelig D. ingen Ret har mod C. Tænker man sig i Eksemplet D. borte, og Vekselretten bortfalden paa C.'s Haand, vilde dennes Fordring paa 1200 Kr. mod B. gjenopvaagne, og B. vilde kunne kræve 800 Kr. hos A. Ordningen vilde være den, at man fratager enhver Vekselskyldner, hvad han har erholdt for Vekslen, hans *Valuta*. Uretfærdigheden af denne Ordning er — selv bortset fra det under 1 om Formænds Insolvens bemærkede — naar Blikket fæstes paa B.'s For- 274 hold, indlysende: at Vekselejeren har tilsidesat sin Diligenspligt, bør ikke kunne bevirke, at de af tidligere Vekselejere ved gunstige Operationer med Vekslen indvundne Fordele fratages dem. Og bortset herfra vilde Vekselrettens Ophør kalde forlængst afgjorte Retsforhold til Live igjen, fremkalde Vaklen og Usikkerhed.⁵ At Ordningen ikke er den ved Vekselloven hjemlede, kan ganske vist ikke støttes derpaa, at Veksellovs § 93 kun hjemler en Ret for Vekselejeren, men ikke nogen Ret for den Vekselskyldner, mod hvem Vekselejeren først vender sig, thi dennes Ret mod sin Formand til at kræve ydet *Valuta* tilbage kunde antages at følge af almindelige Regler om bristende Forudsætninger og behøvede da ikke positiv Hjemmel. Beviset for, at Ordningen ikke er Veksellovens, kan først føres i det Følgende, hvor det oplyses, at Ordene i V. L. § 93 udelukke Muligheden af den Opfattelse, at en Vekselskyldners Berigelse bestaar i

⁴ Jfr. Note 3 og 25 om D. i U. f. R. 1894. 108.

⁵ Jfr. Pfersche S. 282—283.

den af ham modtagne Valuta. Her skal kun noteres Resultatet, at den beskrevne Ordning ikke er den af V. L. § 93 hjemlede.

3. Af Ordninger, hvorefter der skulde tilkomme den Vekselskyldner, som Vekselejereren efter § 93 kan holde sig til, et Krav mod Formænd i Anledning af Udredelsen til Vekselejereren, ere vistnok ikke andre tænkelige end de under 1 og 2 beskrevne eller Kombinationer af disse, der ville rammes af de gjorte eller ligesaa stærke Indvendinger. Den Kombination, at en Vekselejer hos enhver Vekselskyldner, ogsaa sidste Endossent, skulde kunne kræve den til ham for Vekslens erlagte Valuta tilbage, og at denne Vekselskyldner derefter skulde kunne vende sig imod Formænd med Krav paa Vekselsummen, er ligefrem udelukket ved det under 2 og 1 bemærkede. Derimod udelukker det tidligere udviklede ikke den Kombination, at Vekselejereren hos en hvilken som helst Vekselskyldner, ogsaa hos sidste Endossent, kan kræve Vekslens Beløb som simpel Gjæld, og at den, mod hvem Vekselejereren gennemfører dette Krav, derefter kan tilbagekræve den Valuta, han har givet Formænd. At Veksellovens § 93 kun hjemler et Krav for Vekselejereren og
275 ikke omtaler det sidstnævnte Krav, kan ikke tale imod dets Anerkjendelse, idet det kunde antages at følge af almindelige Regler om Forudsættningers Bristen. Men at heller ikke denne Ordning er Veksellovens, fremgaar af hele Udtryksmaaden i V. L. § 93. Det adækvate Udtryk for den her omtalte Ordning vilde simpelt hen have været det, at Vekselejereren hos enhver Vekselskyldner kan indtale Vekselfordringens Beløb. At denne Udtryksmaade ikke er brugt, oplyser, at denne Ordning ikke er Veksellovens.

4. Det hidtil udviklede viser, at enhver Ordning, der efter Vekselsrettens Bortfald giver Vekselejereren et Krav — være sig paa Vekslens Beløb eller paa modtagen Valutas Tilbagegivelse — mod en hvilken som helst Vekselskyldner, saaledes at denne, naar Kravet var gennemført overfor ham, atter paa Grund af Udredelsen kunde vende sig mod Formænd, vilde være uretfærdig. Det har endvidere vist sig — dog at der endnu skyldes Bevis for den Paastand, at en Vekselskyldners Berigelse ikke bestaar i den af ham modtagne Valuta — at V. L. § 93 udelukker enhver saadan Ordning. Det i V. L. § 93 hjemlede Krav er med andre Ord et *Krav, hvis Opfyldelse ikke giver den opfyldende*

Vekselskyldner noget Krav mod Formænd. De forskellige af Veksels Omsætning udspringende Krav ere — og det er efter det anførte den eneste retfærdige Løsning — *slaaede sammen til ét Krav for Veksle-ejeren* overfor den Vekselskyldner, som indtager en saadan Retsstilling, at dette Krav uden Uretfærdighed kan indrømmes overfor ham.

Men efter Vekselrettens Bortfald at indrømme mod en Vekselskyldner et Krav, hvis Opfyldelse ikke giver ham noget Krav mod andre, vilde være uretfærdigt, medmindre denne Vekselskyldner heller ikke ved Opfyldelsen af sin Vekselforpligtelse, medens den bestod, vilde have erhvervet et Krav mod andre. Der viser sig saaledes *paa Forhaand en Formodning for*, at Vekselejerens Krav efter V. L. § 93, der som oplyst ikke er et Krav mod en hvilkenksomhelst Vekselskyldner paa Veksels Beløb eller den af ham modtagne Valuta, maa være et Krav mod den Vekselskyldner, der, dersom Vekselretten var bleven gennemført over- 276 for ham, ikke vilde have haft nogen af Indfrielsen følgende materiel Ret mod andre. I det angivne Eksempel vilde — naar vi bortse fra D., hvis Egenskab som Gavemodtager kan fremkalde nogen Tvivl, og tænke os Vekselretten bortfalden fra C.s Haand — efter saadan Opfattelse C. udelukkende have Berigelseskravet mod A., ikke mod nogen af de andre Vekselskyldnere. B. vilde, efter at have indfriet Vekslen, have Regres mod A., X. vilde efter at have indfriet Vekslen have Dækningsret mod A.; sidstnævnte derimod vilde efter Indfrielsen ikke have nogen materiel Regresret. Ganske vist kunde han ifølge V. L. § 23. 2 efter Indfrielsen tvinge Akceptanten X. til Betaling gennem Vekselsøgsmal, men det saaledes oppebaarne maatte han straks tilbagegive denne som Dækning.

Fra dette Udgangspunkt blive atter forskellige Ordninger mulige. Maaske — disse to Ordninger frembyde sig foreløbig som nærmest liggende — gaar Kravet i det angivne Eksempel ud paa, at A. skal lægge fra sig den Valuta, han har modtaget for Vekslen, 800 Kr.; maaske skal han lægge fra sig det Beløb, som ifølge Vekslen tilkom Vekselejeren overfor ham. At den sidste af disse Løsninger er den relativt retfærdige og den af V. L. § 93 hjemlede, vil blive paavist i det Følgende.

III.

Kravet efter V. L. § 93 tilkommer *Vekselejerer* 2: den, som i Retsfortabelsens Øjeblik er Vekselejer, men der er naturligvis ikke noget til Hinder for, at han kan overdrage Retten til andre,⁶ og denne Overdragelse kan efter dansk Ret gyldigt ske ved Endossement af Vekslen.⁷ *Legitimationen* bestemmes efter de almindelige Regler om Veksellegitimation⁸ og kan, om fornødent, erholdes gennem Vekseldokumentets Mortifikation; ogsaa et efter Vekselrettens Bortfald tegnet Endossement afgiver Legitimation.

Den første Betingelse for Kravet efter V. L. § 93 er, at Vekselejerer *har lidt et Tab ved Vekslens Forældelse eller Præjudicering*, »paa hans Bekostning«. Dette vil jo i Almindelighed være Tilfældet, men dog ikke altid. Muligvis har f. Eks. Vekselejerer endnu ikke diskonteret den af ham til Erholdelse af et Laan trukne akcepterede eller den til ham i dette Øjemed udstedte egne Veksel; overhovedet lider Vekselejerer intet Tab, forsaavidt han selv er Vekslens dækningspligtige, se om dette Begreb ndfr. under IV. Muligvis var Vekselret tabt forinden Forældelsen eller Præjudiceringen.⁹ Særligt kan der rejses det Spørgsmaal: Har Vekselejerer først lidt det Tab, som er en Betingelse for Berigelseskravet, naar samtlige Rettigheder efter Vekslen ere tabte, eller har han Berigelseskravet mod de Vekselskyldnere, hvis Vekselpligt er bortfalden, *selv om Vekselretten overfor Akceptanten endnu bestaar*? Ordene i V. L. § 93 ere vistnok neutrale overfor dette Spørgsmaal.¹⁰ Som Betingelse for Berigelseskravet nævnes Bortfald af »Vekselfordringen«

⁶ D. i U. f. R. 1892. 655.

⁷ Jul. Lassen § 50 Note 17 og 18, § 52 Note 5, se ogsaa Aubert S. 364 Note 3. Afvigende Brachmann S. 328 Note 21.

⁸ Evaldsen V. S. 443, Aubert S. 364 (der vistnok med Føje imod Evaldsen antager, at Vekselskyldneren ikke kan stille Vekselens Udlevering som Betingelse for Betaling), Thöl § 102 Note 4.

⁹ Det Tilfælde, at en Person vel er Ejer af Vekslen, men obligatorisk forpligtet til at give den fra sig, Pfersche S. 294, vil sjældnere forekomme i dansk Ret.

¹⁰ Ordene i D. W. O. § 83 synes bestemt at udelukke enhver Tale om denne Betingelse for Berigelseskravet, v. Canstein § 28 Note 10a, men der er dog undertiden Tilbøjelighed til at opstille den, Wächter S. 153 Note 11.

eller af »Vekselretten«, hvilket vistnok kan forstaas som Bortfald af Vekselfordringen mod den paagjældende Vekselskyldner, saameget mere, som der i Tilfælde af Præjudicering jo kun undtagelsesvis, Veksellovens § 43 i Slutn., er Tale om Vekselrettens Tab overfor Akceptanten. Og navnlig i de Tilfælde, hvor Spørgsmaalet bliver af praktisk Betydning, nemlig naar Akceptanten er insolvent eller ikke kan findes, synes det ikke at kunne bestrides, at Vekselejerer har lidt et Tab, selv om Retten mod Akceptanten endnu bestaar. Man vil derfor i alt Fald vistnok ikke være i Tvivl om, at Vekselejerer kan anvende Berigelsessøgsmålet efter forgjæves at have søgt Fyldestgjørelse hos Akceptanten. Men overhovedet lider jo dog Vekselejerer et Retstab ved, at blot en af Veksel- 278 skyldnerne frigjøres. Og for at indrømme Berigelseskravet, uanset at Akceptantens Forpligtelse endnu bestaar, synes den Omstændighed afgjørende at tale, at det jo dog i hvert Fald staar i Vekselejerers Magt at erhverve sig Berigelseskravet ved at lade Vekselretten overfor Akceptanten præskribes, men at tvinge Vekselejerer ind paa en saadan Ventetid vilde ikke have nogen fornuftig Mening og ikke være i nogens berettigede Interesse.¹¹

Udover det Tab, som Vekselejerer har lidt ved Vekslens Forældelse eller Præjudicering, strækker hans Krav efter V. L. § 93 sig aldrig. Dette Tab vil være det Beløb, som ifølge Vekslens tilkom ham indtil Vekslens Bortfald. At Vekselejerer har givet mindre for Vekslens end dens Værdi, begrænser ikke hans Tab til den Valuta, han har givet: Den, der for 1000 Kr. har kjøbt en Ting, som er 1500 Kr. værd, lider ved dennes Undergang utvivlsomt et Tab af 1500 Kr., og ikke blot et Tab af 1000 Kr. Ogsaa den, der har modtaget en Vekselsom Gave, lider ved Vekselrettens Bortfald Tabet af det Beløb, han ifølge Vekslens kunde kræve.¹²

IV.

Indenfor den under III angivne Grænse kan Vekselejerer *hos en Vekselskyldner indtale, hvad denne vilde blive beriget med, hvis ethvert*

¹¹ Kjøbhvn. Overretsdomme i U. f. R. 1894. 110 og 108, jfr. Viborgsk Overretsdom i U. f. R. 1888. 1107. Jfr. Pfersche S. 291—292.

¹² Aubert S. 365, ndfr. Note 24.

Krav bortfaldt. Vi komme her til Undersøgelsens Knudepunkter. Spørgsmaalet bliver først: *hos hvilke Veksel-skyldnere foreligger en saadan Berigelse*, som efter V. L. § 93 kommer i Betragtning? Som ovenfor under II oplyst, hylder V. L. § 93 ikke den Opfattelse, at Veksel-skyldnere i Almindelighed ved Vekslens Forældelse og Præjudicering beriges med det Beløb, de herved slippe for at betale, eller ved den af dem for 279 Vekslen modtagne Valuta. Grunden hertil er indlysende nok; Forklaringen findes og kan kun findes i følgende: *For mangfoldige Veksel-skyldnere er Vekselforpligtelsen ikke noget virkeligt Passiv*, idet de, dersom de havde maattet indfri Vekslen, vilde have kunnet kræve ligesaa meget hos en anden. For disse Veksel-skyldnere medfører — ialt Fald bortset fra det Tilfælde, at deres regrespligtige ikke ere solvente, hvorom nedenfor under V — deres Vekselpligts Bortfald ikke nogen virkelig materiel Berigelse. Den med Vekselrettens Bortfald indtrædende Befrielse regnes altsaa af V. L. § 93 ikke for Berigelse, forsaavidt Veksel-skyldneren har en af Vekslens Indfrielse fra hans Side betinget tilsvarende Regresret.¹³ Vi møde her et *Hovedspørgsmaal*, hvis rette Besvarelse er af afgjørende Betydning. *Om hvilke Rettigheder for Veksel-skyldneren maa det erkjendes, at de ere til Vekslens Indfrielse svarende Regresrettigheder eller Dækningsrettigheder?*

I denne Henseende maa det for det første erkjendes, at V. L. § 93 ikke alene tager de ved Vekslen hjemlede Regreskrav (under Betegnelsen Regreskrav indbefattes i denne Forbindelse, hvor ikke Rettighedernes vekselretlige Karakter, men deres materielle Beskaffenhed haves for Øje, ogsaa Vekselkravet mod Akceptanten), men ogsaa de udenfor Vekslen liggende i Betragtning. Er det givet, at Vekselloven overhovedet vedkjender sig den naturlige Betragtning, at modstaaende Regreskrav udelukke Berigelse ved Befrielse, maa man i Mangel af en positiv Lovbestemmelse, der fastsætter Grænser, antage, at Betragtningen gjælder om alle virkelige Regreskrav og alle Krav, som give Indfrieren Ret til Dækning af det ved Indfrielsen fremkommende Hul i hans Formue. Og saadan positiv Hjemmel indeholder V. L. § 93 ikke. Ej heller kan der anføres Grunde, som materielt vilde retfærdiggjøre, at de udenfor Vekslen liggende Regresrettigheder ikke skulde tages i Betragtning;

¹³ Evaldsen Ft. S. 375, Aubert Sp. D. S. 515.

tværtimod vilde en saadan Regel jævnlig kaste Tab over paa Veksel-skyldnere, som de kunde have undgaaet, dersom Vekselejeren havde opfyldt sin Diligenspligt. Og havde det været Veksellovens Mening kun at tage de ved Vekslen hjemlede Regreskrav i Betragtning, havde den vel fremhævet Akceptanten, der aldrig har Regres ifølge Vekslen, som en Vekselskyldner, mod hvem Berigelseskravet altid vilde have. Paa den anden Side kan det *ikke* antages, at Vekselloven tager i Betragtning *de ved Vekslen hjemlede Krav, som ikke ere virkelige Regreskrav*, idet den, hvem de tilkomme, naar han havde gjort Retten gjældende, havde maattet tilbagegive det oppebaarne som Dækning. Naar f. Eks. en Veksel af A. trækkes til B. og akcepteres af X., for at B. derpaa kan rejse sig et Laan ved Diskontering hos C., og dette er sket ved Endossement til C., paa hvis Haand derefter Vekselretten bortfalder, er det utvivlsomt, at B. herved er bleven beriget, uanset at han, dersom han havde maattet indfri Vekslen, vilde have haft vekselretlige Regresrettigheder mod A. og X. Han vilde nemlig, dersom han havde gjort Vekslen gjældende mod nogen af disse, straks have maattet tilbagegive det oppebaarne til Dækning til dem, som han havde tvunget til Betaling efter Vekslen. At en Vekselskyldners blot formelle Regreskrav, der ikke give ham materiel Regresret, ikke kunne tages i Betragtning ved Afgjørelsen af, om han er bleven beriget ved Vekselrettens Bortfald, har, naar det erindres, at V. L. § 93 ogsaa indrømmer Kravet mod saadanne Vekselskyldnere, som regelmæssigt have vekselretlige Regreskrav (Endossenter), ligefrem Hjemmel i V. L. § 93.¹⁴

Resultatet bliver herefter, at alle virkelige Regreskrav og kun saadanne udelukke Befrielsen for Vekselskylden fra at udgjøre en Berigelse. Om Regreskravet er begrundet ved Kontrakt eller paa anden Maade, f. Eks. efter Reglerne om uanmodet Forretningsførelse eller efter Reglerne om Retsbrud, er ligegyldigt. Enhver anden Antagelse vilde stride mod V. L. § 93. Men selve Begrebet virkeligt Regreskrav kan maaske være noget tvivlsomt. Det er i det foregaaende bestemt som et

¹⁴ Paa den modstaaende Anskuelse hviler vistnok tildels D. W. O., idet den ubetinget nægter Berigelseskravet mod Endossenter og kun indrømmer det overfor Udsteder og Akceptant, jfr. Pfersche S. 289, Wächter S. 149—50, en Begrænsning, der nu i Almindelighed erkjendes for ugrundet, se navnlig Thöl § 102 Note 13—17, Aubert S. 368.

Krav, der giver Indfrielsen af Vekslen materiel Ret til Dækning af det ved Indfrielsen fremkommende Hul i hans Formue.

Udenfor Begrebet falde utvivlsomt Krav, der tilkomme Indfrielsen uafhængigt af Indfrielsen. Vi tænke os f. Eks., at A., B. og X. forene sig om at skaffe X. et 10-aarigt Laan paa den Maade, at en af A. til B. trukken 3 Maaneders Veksler akcepteres af X. og endosseres af B. til C., hvorpaa B. efter Aftalerne skal overgive den fra C. modtagne Valuta til X. som et 10-aarigt Laan til denne fra A. Her er utvivlsomt A. og ikke andre den *ved Vekselrettens Bortfald berigede*, uanset at han hos X. i sin Tid kan kræve Laanets Tilbagebetaling.¹⁵ Dersom Vekslerkravet i Tide var blevet gennemført mod B., kunde han straks have erholdt Dækning hos A. eller X.; var det blevet gennemført overfor X., kunde denne straks have krævet Dækning af A., der var pligtig at lade ham beholde Laanet i den aftalte Tid. Var Vekslen derimod bleven gennemført overfor A., kunde denne vel efter V. L. § 23. 2^o vende sig imod X. med Vekslen, men denne vilde straks kunne forlange det af A. saaledes oppebaarne tilbage. Laaneforholdet mellem A. og X. er udskilt som selvstændigt *Mellemværende* fra de her i Betragtning kommende Retsforhold. At Laanetiden er kortere end i det valgte Eksempel angivet, forandrer ikke Sagen, naar Forholdet blot er det, at A.'s Tilbagesøgningsret er uafhængig af, om han kommer til at indfri Vekslen. Saasnart dette er Tilfældet, beriges A. ved sin Vekslerpligts Bortfald, men naar Laanets Tilbagesøgningstid falder sammen med Vekslens Forfaldstid, vil Formodningen være imod, at Aftalerne have gaaet ud paa at tillægge A. en saadan uafhængig Ret. Grunden til Resultatet er klar: Idet A. har betinget sig en Tilbagesøgningsret, der er uafhængig af, at han kommer til at indfri Vekslen, har han materielt paataget sig at indestaa for Vekslens Indfrielse; *det er ham, der har rejst Kontanter paa Vekslen for at sætte sig i Stand til at yde et Laan*, og han har overtaget Risikoen for X.'s Solvens. Hvorledes det paagjældende Negotium tager sig ud for Forstrækningsgiveren C., er ganske ligegyldigt for Resultatet. Om han ifølge de foreliggende Omstændigheder maatte antage, at B. mod-

¹⁵ Paa denne rigtige Opfattelse synes Kjøbhvns Overretsdom U. f. R. 1894. 110 ifølge Præmissernes Begyndelse at hvile, men senere i Dommen forudsættes det, at Sagvolderen har materiel Regres mod en anden, hvilken Omstændighed maatte have ført til hendes Frifindelse, se Note 25.

tog Valutaen for egen Regning eller for Regning af X., saa at han med god Grund kan gaa ud fra, at det vil blive B. eller X., mod hvem Berigelseskravet i sin Tid vil tilkomme ham, er materielt uden Betydning. Hans Ret er efter Lovens Ord kun en Ret mod den virkelig ved Vekslerettens Bortfald berigede, og hvem dette er, beror paa de virkelige Retsforhold og ikke paa, hvorledes Sagen tog sig ud for ham. Oplysninger herom ville kun have Betydning som Moment i Beviset for den virkelige Sammenhæng. Fremdeles er det uden Betydning, om B. virkelig afgiver Pengene til X. eller tilegner sig selv dem; denne sidste Kjendsgjerning bevirker kun, at A. faar et udenfor Vekselmellemværendet liggende Erstatningskrav mod sin Fuldmægtig B., hvem han har betroet at oppebære Kontanter for sig, se ndfr. S. 162. Ganske vist vilde i saa Fald A., dersom B., efter at være tvunget til at indfri den retskraftige Veksel, havde gjort sin Veksleret gjældende imod ham, have et materielt Modkrav mod ham, men dette Modkrav kan i den her omhandlede Henseende ikke være af anden Betydning end ethvert andet Pengekrav, som A. maatte have overfor B. Forholdet maa stille sig paa samme Maade, som om B., efter at have bragt Pengene til A. (eller X.), stjæler et tilsvarende Beløb fra ham. Til yderligere Illustration nævnes endvidere følgende Eksempel: A. har til B. udstedt en egen Veksel for ved Hjælp af denne at rejse sig et Laan, idet han paatænker at anmode B. om at være ham behjælpelig med at erholde Laanet ved Endossement og Diskontering. B., der har erfaret dette, stjæler Vekslen fra A. og diskonterer den hos C. efter at have forsynet den med sit Endossement til denne. Naar Veksleretten herefter gaar tabt for C., har denne Berigelseskravet mod B., ikke mod A., thi A.'s Ret mod B. er kun et Krav paa Erstatning, som bortfalder derved, at A. befries for sin Vekslerpligt. Tænke vi os derimod, at A. har overgivet Vekslen til B., for at denne skal 283 skaffe ham Valuta, og B. efter at have erholdt saadan hos C. tilegner sig selv den, vil C. have Berigelseskravet mod A., der overfor B. har et almindeligt Erstatningskrav, grundet paa svingagtig Forholdelse af Penge og uafhængigt af, om A. kommer til at indfri Vekslen eller ikke. Benævne vi A.'s Formue bortset fra det omtalte Negotium som F., og hans Erstatningskrav mod B. som Y., og tænke vi os, at Vekslen lød paa 1000 Kr., da er A.'s Formue umiddelbart forinden Vekslerettens Bortfald

$F. + Y. \div 1000$ Kr.; og ved Bortfaldet bliver den, »dersom ethvert Krav bortfaldt«, $F. + Y.$, altsaa A. er ved Vekselrettens Bortfald beriget med 1000 Kr.¹⁶ Derimod er i dette Tilfælde B. ikke blevet beriget ved Vekselrettens Bortfald. Om Resultatets Retfærdighed se endvidere ndfr. S. 162—163.

Tvivl om Omfanget af Begrebet virkelig Regresret er saaledes kun en Tvivl, om den omfatter alle Krav, der gaa ud paa at give Ækvivalent for Indfrielse af Vekselpligten. Maa det antages, at et her i Betragtning kommende Regreskrav *kun* foreligger, naar det er et *Pengekrav*, ikke naar det gaar ud paa andet, som ikke er komputabelt med Vekselforpligtelsen? F. Eks. A. trænger til Penge og anmoder i denne Anledning X. om Akcept paa en Veksel paa 5000 Kr. X. gaar ind herpaa, og 284 det fastsættes, at hans eventuelle Dækning, dersom han kommer til at indfri sin Akcept, alene skal bestaa deri, at han er berettiget til at udtage af A.'s Malerisamling efter Sagkyndiges Vurdering Malerier til en Værdi af 5000 Kr. A. omsætter derefter Vekslen med X.'s Akcept. Det maa vistnok bestrides, at her foreligger et Regreskrav, som kan udelukke, at Vekselrettens Bortfald indeholder en Berigelse for X. Kravet gaar i Virkeligheden ikke ud paa at give X. Dækning, men der foreligger mellem A. og X. et betinget Kjøb og Salg. Konsekvensen af den Opfattelse, at Krav paa andet end Penge kunde udelukke Veksel-skyldnerens Befrielse fra at være en Berigelse, vilde, som det senere

¹⁶ I U. f. R. 1893. 610 findes en Afgjørelse af Kjbhvns. Overret angaaende et Tilfælde, hvor Sammenhængen antoges at være den, at X. havde udstedt og til A. overgivet en egen Veksel, for at A. derpaa skulde rejse Penge til ham; A. havde derefter endosseret Vekslen in blanco, og B. gjorde nu, efter at Vekselfordringen var præskriberet, Berigelsessøgsmaal gjældende mod X., idet han af denne krævede Vekslens Beløb 1000 Kr. Han paastod at have givet A. Valuta (900 Kr.) for Vekslen. Dommen gik ud fra, at den Berigelse, som det efter V. L. § 93 kommer an paa, er Veksel-skyldnerens Valuta, og frifandt X. under Henvisning til, at det ikke var oplyst, at han før eller efter Diskonteringen havde modtaget Valuta for Vekslen. Uholdbarheden af denne Anskuelse oplyses nedenfor under VI. Naar denne Anskuelse forlades, og det rigtige Berigelsesbegreb lægges til Grund, maatte, ifølge det i Teksten antagne, X. dømmes i Overensstemmelse med Citantens Paastand, medmindre Sammenhængen var den, at der forelaa Kollusion mellem A. og B. angaaende Misbrug af Vekslen, se ovfr. S. 152 og ndfr. Note 22.

skal paavises, føre til, at Berigelseskravet i det angivne Eksempel vilde blive Kravet mod A. paa Malerierne eller, dersom Ydelsen af en bestemt Ting var aftalt som Dækning fra A., Kravet mod denne paa denne Ting, og forsaavidt dennes Værdi ikke dækkede Vekselejerens Tab, et Krav for Restbeløbet paa X. Men dette vilde atter sige, at den bestridte Anskuelse vilde paalægge Vekselejeren at finde sig i en Normering af hans Kravs Omfang, der sikkert ganske ligger udenfor Veksellovens Tankegang og vilde være uretfærdig overfor Vekselejeren.

Det her under IV udviklede gaar altsaa ud paa, at Berigelseskravet efter V. L. § 93 ikke haves mod Vekselskyldnere, som, dersom de vare komne til at indfri Vekslen, vilde have haft et tilsvarende Regreskrav overfor andre. Den ved Udviklingen ovenfor under II fremkomne Formodning er nu bleven til Sikkerhed: *Berigelseskravet V. L. § 93 haves kun mod en Vekselskyldner, forsaavidt som han ikke, dersom han selv havde maattet indfri den retskraftige Veksel, vilde have haft tilsvarende Dækningsret mod andre.* Berigelseskravet haves med andre Ord kun mod dem, der til sidst materielt vare pligtige at indfri den retskraftige Veksel.¹⁷ Saadanne Skyldnere betegnes for Kortheds Skyld som *Vekslens dækningspligtige*.

Endnu bemærkes her, at det efter V. L. § 93 *ikke kommer an paa, hvem der har været dækningspligtig i Tidsrummet forinden Vekselret-* 285 *tens Bortfald.* Kravet haves mod dem, der vilde beriges, dersom ethvert Krav efter Vekslen bortfaldt, altsaa ikke mod nogen, blot fordi han tidligere har været den dækningspligtige, der vilde være blevet beriget, dersom Vekselretten dengang var bortfalden.¹⁸ Den danske Veksellovs Ordlyd afskjærer al Tvivl i denne Henseende.

V.

Berigelseskravet er altsaa udelukket mod enhver Vekselskyldner, som, dersom han havde maattet indfri den endnu retskraftige Veksel, vilde have haft en tilsvarende Dækningsret mod andre. Fuldstændig tilsvarende er Dækningsretten kun, naar Regreskravet har samme Om-

¹⁷ Jfr. allerede Hindenburg Vekselret S. 130—132.

¹⁸ Evaldsen Ft. S. 374—375, Aubert S. 368.

fang som Vekselforpligtelsen. Er Regreskravet mindre, bliver Veksel-skyldneren ved Vekselrettens Bortfald beriget med Differencen; dette er en ligefrem Konsekvens af det under IV udviklede, se nærmere herom ndfr. under VII. Men der er undertiden blevet antaget,¹⁹ at samme Synspunkt maatte anvendes, naar Veksel-skyldneren vel har et Regreskrav paa fuld Dækning, men dette ikke er effektivt, idet hans *regrespligtige ikke er solvent*. Maa det ikke i saa Fald antages, at Veksel-skyldneren ved Vekselrettens Bortfald beriges med Differencen mellem hans Vekselforpligtelse og det Beløb, som han virkelig kan erholde hos sin regrespligtige?

Spørgsmaalet maa afgjort besvares benægtende.²⁰ Den bekræftende Besvarelse vilde afføde Resultater, som stride mod Formaålet med Reglerne om Vekselejerens Diligenspligt. Skulde Veksel-skyldneren betragtes som beriget med den paagjældende Difference, vilde Resultatet let blive, at han kom til at lide et større eller mindre Tab, som han kunde have undgaaet, dersom Vekselejeren havde opfyldt sin Diligenspligt. Og enhver Usikkerhed i denne Henseende maa blive til
286 Vekselejerens Skade. Havde det været Meningen, at den omtalte Difference skulde regnes for en Berigelse, som kunde afkræves Veksel-skyldneren, maatte Veksellovens § 93, navnlig da den indrømmer Kravet ogsaa mod Endossenterne, have givet dem, der have maattet udrede den omtalte Difference, et tilsvarende Krav mod de insolvente for det Tilfælde, at disse senere maatte blive solvente, men herom tier V. L. § 93 ganske, jfr. ovenfor under II. Det slaas altsaa fast, at *en Veksel-skyldners Regreskrav udelukke hans Egenskab som dækningspligtig med deres fulde Omfang, selv om de regrespligtige ere insolvente*.

VI.

Vi komme endelig til det Spørgsmaal: *med hvilket Beløb hæfter den Veksel-skyldner eller de Veksel-skyldnere, mod hvem Berigelseskravet efter det under IV udviklede haves?* Da de, som oplyst, hæfte i deres Egenskab af dækningspligtige, er det paa Forhaand antageligt, at de

¹⁹ Evaldsen Ft. S. 376, V. S. 443.

²⁰ Pfersche S. 284, jfr. v. Canstein S. 432—434.

hæfte med *deres Dækningspligt*. Og denne Opfattelse bliver, som allerede flere Gange i det foregaaende foreløbigt antaget, til Vished ved en Betragtning af Ordlyden i V. L. § 93.²¹ Denne giver Vekselejerens Ret til at afkræve den berigede Vekselskyldner det, hvormed »denne vilde blive beriget paa hans Bekostning, hvis ethvert Krav bortfaldt.« Disse Ord maa være enstydige med, at Vekselskyldneren skal udrede *den Berigelse, han har indvundet ved Vekselrettens Bortfald*, forsaavidt som den ikke overstiger Vekselejerens Retstab, se om dette ovenfor S. 152—153. Alt det, som materielt (d: uden tilsvarende Regres) kunde tages²⁸⁷ fra Vekselskyldneren i Kraft af Vekselretten, og som ikke kan tages fra ham, hvis ethvert Krav efter Vekslen bortfaldt, maa han, saavidt Vekselejerens Tab rækker, lægge fra sig, hverken mere eller mindre. Man maa for at udfinde den Berigelse, som det efter V. L. § 93 kommer an paa, sammenligne den Retsstilling, der indtræder for Vekselskyldneren ved Vekselrettens Bortfald, dersom herved ethvert Krav bortfaldt, med hans Retsstilling, som den vilde være, dersom Vekslen endnu var retskraftig, og Differencen udgjør Berigelsen, som han maa lægge fra sig. Heraf følger, at der ved Berigelsen *ganske maa bortses fra Vekselskyldnerens Valutaforhold*.²² Den omtalte Difference er ganske

²¹ Derimod er Ordlyden i den tyske Veksellov, se ovenfor S. 145, ikke afgjørende i denne Henseende, og den almindelige Anskuelse er hidtil gaaet i den Retning, at det efter D. W. O. § 83 i alt Fald tildels kommer an paa Valutaforholdene, Wächter S. 146, 153, Brachmann S. 327 og endnu Dernburg S. 373—374, men Anskuelsens Uholdbarhed er afgjørende paavist, se navnlig Thöl § 102 Note 8—12, særlig sidstnævnte Note, Pfersche S. 281—282, 283, 290—291 og i det væsentlige (jfr. dog ndf. Note 22) v. Canstein § 28 Note 17, 18, 24 og 24a. Hvorledes en Lovbestemmelse, der lægger Vægt paa Valutaforholdene, tager sig ud, ses af Preuss. Landr. §§ 974 og 1080 (II—8).

²² Hermed stemme Udtalelserne hos Evaldsen Ft. S. 373—375, V. S. 441—442, tildels afvigende derimod (jfr. Note 22) Aubert S. 365—366. Den tidligere (Note 16) omtalte Kbhvnske Overrettsdom i U. f. R. 1893. 601, der utvetydigt staar paa Valutatheoriens Standpunkt, ser sig, karakteristisk nok, til Begrundelse af sit Resultat nødsaget til at tale om Berigelse »i Anledning af Vekselforholdet«, og undlader at undersøge, hvorvidt Vekselskyldneren vilde være beriget, *dersom ethvert Krav bortfaldt*. Ogsaa Kbhvnsk Overrettsdom i U. f. R. 1892. 655 udtrykker sig, som om det kom an paa Valutaen, men Dommens Resultat er rigtigt, da det ikke var oplyst (Note 65), at Sagvolderen var den dækningspligtige. Kbhvnske Overrettsdomme i U. f. R. 1894,

²⁸⁷ Jul. Lassen: Udvalgte Afhandlinger.

uafhængig af Valutaens Beskaffenhed. Den, f. Eks., der har forskaffet sig et Laan paa 900 Kr. ved at udgive en Veksel paa 1000 Kr., beriges ved Vekselrettens Bortfald med 1000 Kr., ikke blot med 900 Kr., thi dersom Vekslen var bleven holdt i Kraft, havde han, uanset at han
 288 kun har modtaget 900 Kr., maattet udrede 1000 Kr. Han har nu engang foretaget en Formueoperation, der har forringet hans Formue med 100 Kr. Dette Tab skyldes udelukkende ham selv, ubetinget ikke Vekselejerens Tilsidesættelse af Diligenspligten; derfor skal det ikke gaa ud over Vekselejerer. Ethvert Forsøg paa i det nævnte Eksempel at begrænse Vekselskyldnerens Udredelsespligt til Valutaen, vilde komme i Strid med Veksellovens klare Ord. Naar X. for 1000 Kr. har købt paa Kredit en Ting, der er 900 Kr. værd, og hans Pligt til at betale Købesummen forældes, er hans Berigelse, dersom ethvert Krav vilde ophøre som Følge af Præskriptionen, utvivlsomt 1000 Kr. og ikke 900 Kr., og Sælgerens Tab ligeledes 1000 Kr. Og ligesom det er ligegyldigt, hvor stor Vekselskyldnerens Valuta er, er det uden Betydning, hvad der er blevet af den. Dersom Vekselskyldneren har søgt at skaffe sig det omtalte Laan ved at udstede Vekslen til A., for at denne skal diskontere den og bringe ham Valutaen, og A., efterat have hævet Valutaen, forsvinder med denne, maa som ovenfor S. 157 — tildels under en Foregribelse af det her oplyste — udført, Vekselskyldneren, skjønt han slet ikke har faaet nogen Valuta i Hænde, som Berigelse udrede 1000 Kr. Det Tab, han lider ved at have valgt sig en upaalidelig Fuldmægtig, der forsvinder med hans Penge, staar ikke i no-
 108 og 110 (jfr. Note 25 og 15) stemme hverken med den her forsvarede Opfattelse eller med de Opfattelser, der have været fremsatte fra Valuta-synspunktet. Rigtig er derimod vistnok Viborg Overretsdom U. f. R. 1888. 1107. Af svenske Domme (Nyt jur. Ark. 1892, 442, 1891. 501—502. jfr. 1892, 395, Naum. Tidskr. 1876, 555) ses ingen at stride mod den her forsvarede Anskuelse. Den rigtige (Note 66) Dissens i Naum. Tidskr. 1874. 557 betoner vel, at Sagvolderen havde faaet Valuta, men da Forholdet i denne Sag var indrømmet at være det, at Sagsøgeren havde erhvervet Vekslen fra Sagvolderen mod Pligt til at give fuld Valuta, saa at altsaa ikke ydet Valuta som Modkrav maatte afgaa i Berigelseskravet, indeholder Dissensen intet, der strider mod Dækningsteorien. Heller ikke finske Retsafgjørelser (Finsk jurid. Fören. Tidskr. 1883. 178, 1889. 370) ses at stride mod den her forsvarede Opfattelse, jfr. derimod en Udtalelse i det nævnte Tidsskrift 1890 S. 347.

gen naturlig Forbindelse med Vekselejerens Forsømmelighed og bør derfor ikke falde paa denne. Paa den anden Side haves intet Berigelseskrav mod A., der ikke vilde beriges ved Vekselrettens Bortfald, skjønt han har tilegnet sig Valutaen. Heller ikke kan det komme i Betragtning, at den dækningspligtige Vekselskyldner ikke kan erholde sin Valuta, fordi Valutayderen er Insolvent.²³ Det Tab, han lider ved at have diskonteret Vekslen hos en insolvent eller ved at forsømme at afkræve sin Kjøber Valutaen, vilde være faldet paa ham, dersom Vekselkravet var blevet gennemført, og maa ogsaa falde paa ham, naar Vekselretten er bortfalden. Resultatet stemmer baade med Lovens Ord og med Retfærdighed, thi de paagældende Tab kunne ikke staa i nogen naturlig Forbindelse med Vekselejerens Forsømmelighed. Ogsaa den, der har udstedt og udgivet en Veksel som Gave, beriges ved Vekselrettens Bortfald med Vekslens Beløb.²⁴

Vi sammenfatte *de hidtil indvundne Resultater*: Af Vekselskyldnere hæfte ifølge V. L. § 93 kun *Vekslens dækningspligtige*, og disse ere pligtige at erlægge til Vekselejeren det Beløb, han har tabt ved Vekselrettens Bortfald — d: det Beløb, som ifølge Vekslen tilkom ham indtil Vekselretten bortfaldt — *saavidt deres Dækningspligt strækker sig*.

VII.

Selve den *juridiske Analyse, der bestemmer*, mod hvilke Veksel-skyldnere Vekselejeren har Kravet efter V. L. § 93, og fastsætter dette Kravs Omfang, er herefter i og for sig let nok. Det gjælder kun at fastsætte Differencen imellem Vekselskyldnerens Vekselpligt og de samme Vekselskyldner tilkommende Regreskrav i den ovenfor under IV udviklede Forstand. Herved udfindes det, hvorvidt han er dækningspligtig og altsaa beriget ved Vekselrettens Bortfald. Men det skal her straks bemærkes, at denne Analyse ikke er ubetinget afgjørende, idet

²³ Afvigende Aubert S. 365, Sp. D. S. 516, v. Canstein § 28 Note 17. Den bestridte Sætning synes at hvile paa en Forestilling om, at Trassentens (Udstederens) Valuta fungerer som Dækning, se v. Canstein l. c.; hertil bemærkes, at Trassenten netop ikke søger Valuta for at dække Vekslen med denne.

²⁴ Evaldsen Ft. S. 374, Thöl § 102 Note 12 i Slutn., jfr. ovfr. Note 12.

Vekselskyldnerens Dækningspligt modificeres derved, at han har afgivet lovlig Dækning. Om denne Modifikation handles ndfr. under VIII. Her skal omtales nogle *Hovedanvendelser* af den bestemmende Analyse. Dens Resultat vil ordentligvis blive, at Berigelseskravet kun have mod én af Vekselskyldnerne, og at denne maa betale Vekselejerens Vekslens fulde Beløb. Men Resultatet kan ogsaa blive anderledes. Udelukket er kun det Resultat, at der hos nogen Vekselskyldner kan
 290 kræves et Beløb, som han ifølge de foreliggende Retsforhold vilde have erholdt Ret til at faa dækket hos nogen anden ved Vekslens Indfrielse.²⁵

1. Ordentligvis vil det være *Vekslens oprindelige Kredittager*, som efter Vekselrettens Bortfald hæfter, og det med hele Vekslens Beløb. Vi forstaa herved den Person, *for hvis Regning Vekslen første Gang materielt udgives*. Vekslens Udfærdigelse og første materielle Udgivelse gaar jo ud paa at forskaffe en Person (Kredittageren)²⁶ en Valuta (Kontanter, Frigjørelse for Skyld o. s. v.), som han senere maa gjengjælde ved selv at indfri Vekslen eller ved at yde Dækning til den, der kommer til at indfri den. Ifølge Vekslens andre Udgifter derimod ville — bortset fra abnorme Tilfælde²⁷ — Udgifterne, dersom andre indfri den, ikke være materielt dækningspligtige, og dersom de selv komme til at indfri den, ville de kunne søge Dækning hos andre. Kredittager vil hyppigst Udstederen eller Akceptanten være, saa at det ordentligvis er mod disse, at Berigelseskravet efter V. L. § 93 have. Men ogsaa alle andre Vekselskyldnere, Endossenter, Æresakceptanter,

²⁵ Herimod Kjøbhvske Overretsdomme i U. f. R. 1894. 108 og 110. Disse Domme angaa Laaneveksler, trukne af en Moder paa hendes Søn, akcepterede af Sønnen og endosserede af Moderen. I begge Tilfælde paalagdes det Moderens Konkursbo at erkjende Vekselejerens som Kreditor for Vekslernes Beløb, idet det antoges (Note 3, 4 og 15), at hun var blevet beriget ved Bortfaldet af hendes Vekselforpligtelse, og »det end ikke assegeret, at hendes Bo paa Grund af Vekselejerens Forsømmelse skulde have lidt noget Tab med Hensyn til det hende efter Opfyldelsen af Citanternes Erstatningskrav (i Referatet af den sidste Dom er det sidste ved Trykfejl udfaldet) tilkommende Regreskrav« (i »Sønnens Konkursbo«, disse sidste Ord findes kun i den første Dom).

²⁶ Viborg Overretsdom U. f. R. 1888. 1107. Pfersche S. 279, 281.

²⁷ Se om Dobbeltendossement af Duplikater ved Note 33.

Avalister, kunne være Kredittageren, se navnlig det ovfr. S. 155 angivne Eksempel. Allerede af denne Grund vilde det være ukorrekt, som fremmede Veksellove, kun at indrømme Berigelseskravet overfor visse vekselretligt kvalificerede Skyldnere saasom Udsteder og Akceptant.²⁸

Naar et Laan rejses ved Hjælp af en af A. til B. trukken, af X. ak-
cepteret Veksler, derved at den, forsynet med Endossement fra B., dis-
konteres hos C., er muligvis A., muligvis B., muligvis C. (muligvis
andre, se ndfr. under X) Kredittageren. Hvem af dem det er, beror
efter det under IV udviklede ikke paa, hvem af Parterne der har be-
sørget den aftalte Diskontering og hævet Valuta hos C., eller i hvis
Navn dette er sket. Heller ikke kommer det i Betragtning, hvem
Valutaen faktisk er tilflydt, se Eksempel ovfr. S. 156—157. Alt kom-
mer an paa, hvem der efter de foreliggende Retsforhold ikke vilde
have haft noget Krav paa Dækning, dersom han var kommet til at ind-
fri den retskraftige Veksler; det kommer an paa, *for hvis Regning* Laanet
optoges.

Naar egen Veksler udgives og modtages til Dækning af en bestaaende
Gjæld mellem Udsteder og Modtager, er Udstederen²⁹ Vekslens Kre-
dittager, der i Bortfaldstilfælde maa lægge Vekslens Beløb fra sig som
Berigelse. Det er i saa Henseende ligegyldigt, om man antager, at
Vekslens Modtager, der jo, dersom Vekslen var bleven holdt i Kraft,
men ikke var bleven honoreret, i Almindelighed vilde have kunnet give
den tilbage og holde sig til det ældre Gjældsforhold, ogsaa har denne
Beføjelse, efterat Vekselretten er tabt, eller ikke.³⁰ I hvert Fald bliver
der jo ikke Tale om denne Beføjelse, naar Vekslen er diskonteret, og
Vekselretten derefter bortfalder paa Erhververens Haand;³¹ efter Dis-
konteringen kan Vekslens Modtager kun falde tilbage paa det ældre
Forhold under den Eventualitet, at han tilpligtes at betale den retskraf-

²⁸ Ovfr. Note 14.

²⁹ Jfr. ved Note 33.

³⁰ Da V. L. § 93 ikke omtaler denne Beføjelse, som der var saa nærlig-
gende Opfordring til at nævne, dersom den skulde have, ligger det maaske
nærmest at antage, at Beføjelsen ikke have, Aubert S. 371, U. f. R. 1890.
811, v. Canstein S. 437, jfr. Wächter S. 145 Note 6.

³¹ Jul. Lassen § 64. III. 3. Jfr. U. f. R. 1891. 742.

tige Veksel. Vi tænke os altsaa, at Vekselretten bortfalder paa Modtagerens Haand, uden at han har diskonteret Vekslen, eller efter at den gennem pligtsmæssig Indløsning er kommen tilbage til ham. Har Modtageren ikke den omtalte Beføjelse, er det klart, at det er Udstederen, 292 der ved Vekslens Bortfald vilde blive beriget med Vekslens Beløb, dersom ethvert Krav bortfaldt. Men selv om det antages, at Modtageren har Beføjelsen, bliver Resultatet det samme. Udstederen frigjøres i saa Fald ved Vekselrettens Bortfald, dersom derved ethvert Krav ifølge Vekslen bortfalder, for det ene Alternativ af sin Forpligtelse, og Berigelseskravet træder i dettes Sted. Bortfalder Vekselretten efter Diskontering paa en Tredjemands Haand, er det ifølge den bestemmende Analyse klart, at Udsteder og ikke Modtager beriges ved Vekselrettens Bortfald; Modtageren havde et til sin Vekselpligt svarende materielt Regreskrav mod Udstederen; denne havde intet Regreskrav mod nogen.

Naar A. trækker Veksel paa X. og forinden Akcept overgiver Vekslen til sin Kreditor til Dækning af Gjæld eller iøvrigt udgiver den for egen Regning, er han ³² Kredittager og maa, dersom Vekselretten bortfalder, uden at Vekslen er bleven akcepteret, udrede Vekselbeløbet som Berigelse til Vekselejer. Den Omstændighed alene, at Vekslen akcepteres, forandrer ikke Sagen, men akcepteres den til Dækning af en Akceptanten overfor Trassenten paahvilende Forpligtelse, er, ifølge det nyligt om tilsvarende egne Veksler bemærkede, Akceptanten bleven den dækningspligtige, se S. 167. Hvorvidt det faar Indflydelse paa Trassentens Retsstilling, at Vekslen er trukken paa en Person, der skylder ham et tilsvarende Beløb, som gennem Vekslen tilsigtes inddraget, omhandles ndfr. under VIII.

Naar en Person uretmæssigt iværksætter den første materielle Udgivelse af en Veksel, vil den bestemmende Analyse udvise ham som Kredittageren, mod hvem Berigelsessøgsmaalet haves. Som Eksempel nævnes, at Vekselejer, efterat Vekslen er bleven ham betalt, paany sætter Vekslen i Omløb (dette er i Virkeligheden en ny første Udgivelse) ved sit Endossement. Et lignende Tilfælde foreligger, naar den, hvem en Veksel er givet til Dækning af Gjæld, udgiver denne, uanset at den, f. Eks. fordi Gjælden led af en Ugyldighedsgrund, der ikke er

³² Jfr. ved Note 33.

frafaldet ved Vekslens Udgivelse, ikke har givet ham nogen materiel Ret.³³ Fremdeles kan nævnes det Tilfælde, at Vekselejerer endosserer 293 Vekselduplikater til forskellige; han bliver da for det ene Duplikats Vedkommende den dækningspligtige.³⁴

2. Det er imidlertid ikke givet, at den Vekselskyldner, der efter det anførte er Vekslens oprindelige Kredittager, endnu er den dækningspligtige i det Øjeblik, da Vekselretten bortfalder. Der kan under Vekselsforholdets Bestaaen — se om Situationen efter at Vekselretten er bortfalden ndfr. under IX — finde en *Forskydning Sted af Dækningspligten*, og den, til hvem Dækningspligten saaledes er forskudt i det Øjeblik, da Vekselretten bortfalder, og som følgelig beriges ved Vekselrettens Bortfald, bliver da, se ovfr. S. 158—159 den, mod hvem Berigelseskravet haves, medens den oprindelige Kredittager gaar fri. Forskydningen foregaar derved, at den oprindelige Kredittager erhverver et Regreskrav, der udelukker hans Egenskab som den dækningspligtige, medens samtidig en ny Vekselskyldner indtræder uden at have Regres, eller en allerede tilstedeværende Vekselskyldner mister et Regreskrav. Som Eksempel kan nævnes det Tilfælde, at en Vekselskyldner, f. Eks. en Endossent, træffer Aftale med sine Formænd om, at han materielt skal svare til Vekslen og holde de andre ansvarsfri for den.³⁵ Den bestemmende Analyse vil udvise, at Berigelseskravet nu haves mod denne Endossent. Fremdeles kan nævnes, se S. 166, det Tilfælde, at en af A. paa X. trukken Veksel efter at være diskonteret akcepteres af denne til Dækning af X.'s Gjæld til A.³⁶

3. Endnu bemærkes, at Dækningspligten kan være *delt paa flere Hænder*. Naar Laan optages paa en af A. til B. trukken af X. akcepteret

³³ Jfr. Evaldsen Ft. S. 376, V. S. 441—442. Anderledes, naar Ulovligheden begaas, efterat der ved Vekslens Udgivelse er skabt materiel Ret, saa at der forefindes en retmæssig dækningspligtig Person, f. Eks. naar en i lovligt Omløb værende Veksel stjæles fra en Endossatar og sættes i videre Omløb, jfr. Brachmann S. 326 Note 11.

³⁴ Pfersche S. 275 Note 6, 288 Note 4, v. Canstein § 28 Note 4a.

³⁵ Jfr. Pfersche S. 285.

³⁶ Men det er, se under VIII, ikke til Forskydning af Dækningspligten tilstrækkeligt, at X., der akcepterer den paa ham trukne Veksel, indesidder med Midler for Trassenten, Svensk Højesteretsdom 30. Aug. 1892 i Nytt jur. Ark. 1892 S. 442.

294 Veksel, saaledes at den ved den af B. besørgede Diskontering indkommende Valuta skal deles lige mellem de tre Participanter, vil den bestemmende Analyse udvise, at Berigelseskravet haves mod hver af dem for en Tredjedel af Vekslens Beløb. Naar A., der ønsker at give 400 Kr. i veldædigt Øjemed, men savner Kontanter hertil og anmoder X. om Akcept, faar det Svar, at X. ønsker at give 600 Kr. i samme Øjemed, og derfor udbeder sig Vekslen trukken paa 1000 Kr., og saadan Veksel derefter udstedes, akcepteres og udgives, vil Vekselrettens Bortfald medføre, at A. som Berigelse maa udrede 400 Kr., B. 600 Kr.³⁷ Overhovedet ville f. Eks. Aftaler imellem den dækningspligtige Trassent og Akceptanten om, at denne eventuelt skal nøjes med en ringere Dækning end Vekslens Beløb, medføre, at Akceptanten delvist bliver dækningspligtig. De ovenfor omtalte Forskydninger af Dækningspligten kunne finde Sted delvist.

VIII.

Naar den dækningspligtige har forsynet den, der skal indfri Vekslen, med Dækning, kunde Berigelseskravet imod ham, efter den af dette givne Begrundelse, synes at maatte bortfalde. Slutningen vilde dog være forhastet. Denne Givelse af Dækning er nemlig ikke nogen endelig Opfyldelse eller Forskydning af Dækningspligten;³⁸ naar Vekselretten er gaaet tabt, er det ikke Dækningsmodtageren, der beholder Dækningen, men denne falder tilbage til Dækningsgiveren. Alligevel maa Dækningens Afgivelse have væsentlig Betydning. Vi tage først som Eksempel det Tilfælde, at den dækningspligtige Trassent har givet Akceptanten Dækning. Anvendes den bestemmende Analyse paa dette Tilfælde, komme vi til følgende Resultater. Akceptanten beriges ikke ved Vekselrettens Bortfald: han vilde, dersom Vekselretten var bleven gennemført overfor ham, have haft en Regresret, nemlig Ret til definitivt
295 at tilegne sig den tilsendte Dækning. Han kan højst siges at være beriget forsaavidt og saalænge, som han efter Vekselrettens Bortfald be-

³⁷ Om det Tilfælde, at B. undlader at akceptere saadan Veksel, se ndfr. S. 173.

³⁸ Svensk H. R. D. 30. Aug. 1892 i Nytt jur. Ark. 1892. 442 (Note 35).

holder Dækningen,³⁹ men hertil har han ingen Ret. Trassenten derimod maa erkjendes at beriges ved Vekselrettens Bortfald. Maaske vilde den bestemmende Analyse og Veksellovens Ord, paa hvilke denne Analyses afgjørende Kraft beror, nærmest føre til det Resultat, at han er beriget med og altsaa maa udrede Vekselsummen. Men hele det Synspunkt, hvorpaa Reglen i V. L. § 93 er paavist at hvile, maa medføre, at den dækningspligtige ikke skal lide nogen Skade ved at have anbragt sin Dækning hos den rette Person, forsaavidt som denne Skade kan staa i naturlig Forbindelse med Vekselejerens Forsømmelse. Fuldstændigt naas dette Resultat kun derved, at *alene den dækningspligtiges Krav paa Dækningens Tilbagegivelse anses som den for ham ved Vekselrettens Bortfald bevirkede Berigelse*, hvilket i hvert Fald ikke kan siges at stride imod Ordene i V. L. § 93. Enhver Ordning, der vilde paalægge ham en kontant Udredelse og henvise ham til at søge Dækningen tilbage hos Modtageren, vilde kunne kaste Tab paa ham, som han dog muligvis havde undgaaet, dersom Vekselejeren ikke havde udvist Forsømmelighed. Resultatet bliver saaledes, at Berigelseskravet mod den dækningspligtige Trassent, som har givet Trassatus, Akceptant eller Domiciliat Dækning, kun gaar ud paa, at han skal cedere til Vekselejeren sin Ret mod disse Personer til Dækningens Tilbagegivelse.⁴⁰ Denne Cessionsret maa nærmere opfattes som en Legitimationsakt, der ogsaa kan fordres foretagen, selv om Trassenten er under Konkurs. Vekselejeren kan faa konstateret ved Dom, at Kravet paa Dækningsmodtageren ifølge V. L. § 93 er erhvervet af ham. Lettest fremmes Sagen ²⁹⁶ derved, at Dækningsmodtageren om muligt adciteres under den mod Trassenten anlagte Sag. Hvad der her er sagt om den dækningspligtige Trassent, der efter Vekslens Udgivelse har afgivet Dækning, gælder ligesaa fuldt, naar den dækningspligtige Akceptant har givet Domiciliaten Dækning. Og paa samme Maade maa Trassenten (Akceptanten)

³⁹ Forsaavidt kunde det forsvares at give Berigelseskravet direkte mod Dækningsmodtageren, saalænge han ikke har tilbagegivet Dækningen, Hindenburg Vekselret S. 138—140. Paa dette Standpunkt staar fransk Ret, Lyon-Caen et Renault S. 148—149, 285—289. Jfr. ogsaa das schweizerische Obligationenrecht § 813.

⁴⁰ Jfr. Pfersche S. 290, 284—285, 289, 293, Thöl S. 382; tildels afvigende (Note 41) Evaldsen Ft. S. 184, Aubert S. 366—367, Sp. D. S. 516—517.

være stillet, naar han allerede ved Veksels Udgivelse havde Dækning anbragt hos Trassatus (*Domiciliatus*), idet denne skyldte og endnu skylder ham Beløb, hvormed han er pligtig at dække Vekslen.⁴¹ Det følger af den angivne Begrundelse, at Afgivelse af Dækning kun kan komme den dækningspligtige til Gode, naar Afgivelsen har fundet Sted til den, der skulde betale Vekslen, og virkelig er kommen til denne: Uheld ved Forsendelsen maa ifølge almindelige Regler blive den dækningspligtige til Skade.⁴² Er der kun givet delvis Dækning, maa den dækningspligtige selv udrede Resten af Vekselbeløbet. Ved at inddrage Dækningen indtræder den dækningspligtige i sin tidligere Retsstilling.

IX.

Hidtil er nærmest tænkt paa Bestemmelsen af det Krav, der ifølge V. L. § 93 tilkommer Vekselejerer i det Øjeblik, da Vekselretten bortfalder. Det Spørgsmaal, om Berigelseskravet overfor en Vekselkyldner efter V. L. § 93 bortfalder, naar *Vekselkyldnerens Berigelse efter Vekselrettens Fortabelse bortfalder*, besvares i Almindelighed bekræftende.⁴³ Denne Besvarelse er ogsaa rigtig nok, men kan misforstaas. Efter det udviklede er Berigelseskravet altid et Pengekrav eller et Krav paa Cession af en Pengefordring, og Pengeforpligtelser kunne ikke bortfalde blot derved, at Skyldneren mister nogle Penge. Det kan f. Eks. ikke frigjøre den berigede, at han i Glæde over, at hans Vekselpligt er bortfalden, og i Uvidenhed om Eksistensen af Berigelseskravet anvender et tilsvarende Beløb til Unytte.⁴⁴ Ej heller kommer det i Betragtning, at den berigede ved et Ulykkestilfælde mister de Penge, hvormed han havde tænkt at afvikle sin Forpligtelse. Antog man derimod, se ovenfr. S.158—159, at Berigelseskravet efter V. L. § 93 undertiden

⁴¹ Jfr. Evaldsen Ft. S. 375—376, Aubert S. 366, Sp. D. 516, hvor det dog antages, at Vekselejerer kan fordre kontant Betaling af den dækningspligtige, naar han kan oplyse, eller naar det maa antages, at hans Forsømmelse ikke har forvoldt den dækningspligtige noget Tab, en Begrænsning, der, som paavist, ikke stemmer med de Betragtninger, der ligge til Grund for V. L. § 93.

⁴² Lyon-Caen et Renault S. 286.

⁴³ Aubert S. 368—369.

⁴⁴ Se dog Brachmann S. 328.

kunde være et Krav paa individuelt bestemte Ting, vilde disses hændelige Undergang medføre Forpligtelsens Ophør ifølge den almindelige Regel om Ydelsens efterfølgende Umulighed. Hvad der er det rigtige i den angivne Sætning, er det, at den Forskydning og Modifikation, som er omtalt ovenfor under VII, 2 og VIII, ogsaa kan finde Sted med Retsvirkning for Vekselejerens, efterat hans Krav har omformet sig til et Berigelseskrav. Hvorvidt Sætningen kan støttes paa Ordene i V. L. § 93, kan vel være tvivlsomt, men den følger af Berigelseskravets Natur. At Berigelseskravet haves mod en Vekselskyldner, er jo begrundet i, at denne er Vekslens dækningspligtige, og ligesom den dækningspligtige forinden Vekslens Ophør kunde skyde Dækningspligten fra sig og modificere sin Dækningspligt ved at afgive Dækning, saaledes har han samme Adgang efter Vekselrettens Ophør, indtil han er kommen til Kundskab om, at Vekselejerens Krav er omformet til et Berigelseskrav overfor ham, jfr. som Analogi, at Frigjørelse kan finde Sted ved Betaling til den af Fordringshaveren som Fuldmægtig legitimerede, indtil Fuldmagten er tilbagekaldt paa en for Skyldneren kjendelig Maade.

X.

Berigelseskravet efter V. L. § 93 haves *ifølge Artiklens Ord kun mod Vekselskyldnere*. Det haves efter Lovordene ikke engang mod Domiciliaten eller mod den ikke akcepterede Trassat. Der er her et Hul i Lovgivningen. Forholdet vil nemlig kunne stille sig saaledes, at en Person, som ikke er Vekselskyldner, er Vekslens dækningspligtige og den, som beriges ved Vekselrettens Bortfald. Der tænkes her ikke paa de Tilfælde, at den dækningspligtige Vekselskyldner har afgivet Dækning til Trassatus eller Domiciliatus; for saadanne Tilfælde lader, som ovenfor S. 169 paavist, V. L. os ikke i Stikken. Dækningspligten ligger i disse Tilfælde, om end i modificeret Skikkelse, paa den tidligere dækningspligtige Vekselskyldner. Som Tilfælde, hvor en udenfor Vekselforholdet staaende Person er den dækningspligtige, nævnes følgende: Naar A. ifølge Kommission fra T. i eget Navn trækker og diskonterer en Veksel, der uakcepteret bortfalder paa en senere Endossatars

⁴⁵ Thöl § 102 Note 5.

Haand,⁴⁵ vil den bestemmende Analyse udvise Kommittenten og ikke A. eller nogen anden Vekselskyldner som den dækningspligtige: Det er den udenfor Vekselforholdet staaende T. og ikke A., som vilde beriges ved Vekselrettens Bortfald, dersom ethvert Krav bortfaldt. Thi A. har, dersom han kommer til at indfri Vekslen, Dækningsret mod T., som ved Vekselrettens totale Bortfald vilde befries fra sin Dækningspligt. Man vil i slige Tilfælde ikke, som i de ovenfor S. 168—170 nævnte, kunne paavise nogen Ret for A. overfor T., hvormed hin ved Vekselrettens Bortfald vilde beriges, og som han derfor er pligtig at overdrage til Vekselejeren.⁴⁶ Efter hele den foregaaende Udvikling vil man dog vistnok være paa det Rene med, at T.'s Retsstilling er ganske analog med de Vekselskyldneres, mod hvem Berigelseskravet efter Lovens Ord haves, og man vil derfor vistnok være fuldkommen beføjet til at anvende *Analogien* af V. L. § 93 paa Kommittenten⁴⁷ og overhovedet i Tilfælde af denne Art paa den udenfor Vekselforholdet staaende 299 berigede Person.⁴⁸ At A. i det angivne Eksempel endnu indesidder med den for T.'s Regning oppebaarne Valuta, maa være uden Betydning; denne Omstændighed medfører ikke, at A. vilde beriges ved Vekselrettens Bortfald. Paa tilsvarende Maade stiller Forholdet sig, naar T. falskeligt trækker en Veksel i A.'s Navn paa X. til B. og diskonterer den med falsk Akcept fra X. og falskt Endossement fra B. til C., hvorefter den gaar videre med ægte Endossementer fra C. gennem D. og E. til F., paa hvis Haand Vekselretten bortfalder. Det er her T. og ikke nogen af Vekselskyldnerne, som vilde beriges ved Vekselrettens Bortfald.⁴⁹ Endvidere kan nævnes det ovenfor S. 168

⁴⁵ Thöl § 102 Note 5 og 6.

⁴⁷ Das schweizerische Obligationenrecht § 813 giver Berigelseskravet mod Kommittenten.

⁴⁸ Kbhvns. Søg- og Handelsrets Dom i U. f. R. 1891. 742 underkjenner ikke Berettigelsen af denne Analogi. Forholdet var her det, at A. for sin og B.'s fælles solidariske Gjæld havde til den fælles Fordringshaver afgivet en kun ham selv forpligtende egen Veksel. Vekslen var forældet. Det anerkjendtes, at Berigelseskravet ikke havdes mod B. Afgjørelsen er utvivlsomt rigtig, idet der ikke forelaa nogensomhelst Berigelse for B., overfor hvem den ældre Gjæld endnu bestod, upaavirket af det passerede.

⁴⁹ En Forskjel fra Kommissionstilfældet vilde fremkomme, dersom man med Thöl § 102 Note 13 antager, at C. har Ret til en Formueydelse fra T.

omtalte Eksempel paa en Gaveveksel. Naar i dette Tilfælde X. undlader at akceptere, maa Berigelseskravet alligevel for de 600 Kroners Vedkomendes have mod X., ikke mod A.

XI.

Kravet efter V. L. § 93 viser sig saaledes i *Indhold* at være et Krav paa det Vekselejerens indtil Vekselrettens Fortabelse ifølge Vekslen tilkommende Beløb. Denne Ordning er vistnok ogsaa, naar man overhovedet stiller sig paa det Standpunkt, at Vekselrettens Præjudicering og Præskription ikke skal være et fuldstændigt materielt Retstab — et Standpunkt, der for Præjudiceringens Vedkommende vil findes naturligt, medens det for Forældelsens Vedkommende kan være omdisputabelt — den eneste naturlige. Standpunktet maa føre til, at man lader Vekselejerens beholde hans tidligere Ret, forsaavidt dette lader sig gjøre uden Uretfærdighed: uden at belaste nogen anden end Vekselejerens med Tab, der kunne være en naturlig Følge af hans Forsømmelighed. 300 Og nu er i det Foregaaende paavist, at Bevarelsen af Vekselejerens materielle Ret netop lader sig forene med dette Hensyn, idet der altid vil findes en Person (eller flere Personer tilsammentagne), hvem Vekselsbeløbet, uden at man derved kommer i Strid med det omtalte Hensyn, kan fratages, enten direkte eller ved Cession af en dem tilkommende Fordring overfor en anden. Den umiddelbare Retsfølelses Tilbøjelighed til at tage Hensyn til Valutaens Beskaffenhed og Skjæbne, en Tilbøjelighed, der som oplyst ogsaa har afsat Spor i den danske Retspraksis, vil, naar Forholdene gennemtænkes, vise sig ikke blot at være i Strid med Lovens Ord, men ogsaa at være forkastelig af reale Grunde. For saavidt man kun lader Valutasynspunktet virke til Skade for Vekselejerens — og dette er vel i Almindelighed Meningen —, kaster dets Gennemførelse Tab paa Vekselejerens, som der ikke er nogen Grund til at kaste over paa ham, idet de ikke kunne staa i nogen naturlig Forbindelse med hans Forsømmelse, og frigjør andre for Tab, der skyldes paa Grund af dennes Bedrageri, selv om det har vist sig, at han ikke kommer til at indfri Vekslen, idet denne præjudiceres eller forældes. Og forsaavidt C., forinden Vekselretten er bortfalden, har erholdt Erstatning hos T., er Dækningspligten forskudt til ham, jfr. ovenfor S. 167.

deres egen Uforsigtighed eller Uheld, som de efter almindelige Regler selv maa bære. Vilde man endog lade Valutasynspunktet virke til Vekslejerens Fordel, saa at man indrømmede ham Krav, som han efter Dækningsstandpunktet ikke vilde have, kan dets Gjennemførelse tillige blive uretfærdigt mod Vekselskyldnerne.

Hvad *Kravets Beskaffenhed* angaar, har der været Tvivl, om det er en Rest af Vekselretten eller ikke.⁵⁰ Efter det udviklede synes Kravet i dets almindelige Skikkelse, nemlig det, som gaar ud paa, at en dækningspligtig Vekselskyldner skal udrede Penge til Vekselejereren, rettest at betegne som en Rest af Vekselretten. Gaar det ud paa, at Vekselejereren skal være stillet som Cessionar i det den dækningspligtige tilkommende Krav paa Dæknings Tilbagegivelse, betegnes Berigelseskravet vel rettest som et Surrogat for Vekselretten, saaledes at Surrogatet er den dækningspligtiges Krav paa Dækningens Tilbagegivelse. Forsaa-
 301 viddt man endelig slutter sig til den ovfr. S. 172 omtalte analoge Anvendelse af V. L. § 93 paa den dækningspligtige Person, som ikke er Vekselskyldner, bliver Berigelseskravet ligeledes et Surrogat for Vekselretten, nemlig det Dækningskrav, som overfor den udenforstaaende Person vilde have tilkommet en Vekselskyldner, der var bleven tilpligtet at indfri den retskraftige Veksel. Efter denne Opfattelse maa det vistnok antages, at den *Sikkerhed, som er stillet* af den paagjældende Skyldner selv for det Skyldforhold, af hvilket Vekselejereren beholder en Rest, eller som tilfalder ham som Surrogat, fremdeles maa tjene til Sikkerhed for Kravet;⁵¹ hvorvidt Kaution, som er stillet for dette Skyldforhold, ogsaa tilkommer Vekseljereren, maa afgjøres efter de almindelige Regler om, hvorvidt Forandringer i Hovedforholdet faa Indflydelse paa Kautionens Gyldighed. Sikkerhed, som er stillet for andre Krav end det, som Vekselejereren beholder eller erholder, er ham uvedkommende.

⁵⁰ Aubert S. 369—370, Sp. D. S. 518.

⁵¹ Den Sikkerhed for Vekselgjælden, der er stillet Vekselejereren af den *dækningspligtige Veksel-skyldner*, som ikke har afgivet Dækning, maa saaledes vedblivende gjælde, v. Canstein § 28 Note 5, men derimod Aubert S. 372, medmindre den Retshandel, der stifter Sikkerheden, indeholder modstaaende Begrænsninger, U. f. R. 1894 218 (Vekselskyldnerens tinglyste Skadesløsbrev for »sin til enhver Tid løbende Vekselgjæld« giver ikke Pant for Berigelseskravet). Om Sikkerheden for den underliggende Fordring se ovfr. Note 29, Aubert S. 371.

Om Kravets *Forældelse* ⁵² maa det i Mangel af positiv Bestemmelse for dansk Rets Vedkommende antages, at det almindelige Berigelseskrav overfor den dækningspligtige Vekselejer forældes i 20 Aar regnede fra Vekselpligtens Stiftelse, og at de Krav overfor andre, som Vekslejerens indtræder i, forældes i 20 Aar fra deres Stiftelse.

Kravet overfor den dækningspligtige Vekselskyldner i dets almindelige Skikkelse er efter Lovens Ord ikke udstyret med Vekselpcedures Fordele og *ikke* nogen Gjælds**brevs**fordring («som almindelig Gjældsfordring»). Stævning alene til at indfri Vekslen kan ikke bære Berigelsessøgsmålet, ⁵³ og den indstævnte Skyldners Egenskab som beriget maa assereres i Paastanden. ⁵⁴ Naturligvis har Vekselejerens heller ikke ³⁰² Vekselpcedures Fordele, naar han indstævner den dækningspligtige Vekselskyldner til at overdrage sig Kravet paa Dæknings Tilbagegivelse.

Endnu skal blot bemærkes, at V. L. § 93 kun udtaler sig om, hvad der efter Vekslerettens Tab tilkommer Vekselejerens som Rest af eller Surrogat for den tabte Veksleret. Muligvis kan heraf slutes, at Vekslejerens ikke kan falde tilbage paa det ældre Skyldforhold, til hvis Opfyldelse Vekslen er givet ham. ⁵⁵ Men iøvrigt betager V. L. § 93 ikke Vekselejerens nogen Ret, som efter almindelige Regler vilde tilkomme ham ⁵⁶ f. Eks. Ret til at tilbagesøge Valuta, som han har givet for en Veksler med falske Navne. Mod Berigelseskravet kan naturligvis efter almindelige Regler Kontrakrav fremsættes.

XII.

Om *Fordelingen af Bevisbyrden under Berigelsessøgsmålet* ⁵⁷ giver V. L. § 93 ingen udtrykkelig Regel. Som Paragrafens Ord lyde, ⁵⁸ lig-

⁵² Jfr. v. Canstein § 28 Note 15.

⁵³ U. f. R. 1890. 125.

⁵⁴ U. f. R. 1890. 811.

⁵⁵ Ovfr. Note 30.

⁵⁶ Aubert S. 372—373. Dernburg S. 875.

⁵⁷ Den udførlige Undersøgelse hos Renaud Archiv für die civilistische Praxis 46 S. 365 ff. hviler paa Valutasynspunktet og er forsaavidt uden Interesse, naar dette Synspunkt opgives. Ogsaa Bemærkningerne hos Aubert S. 366—367, Sp. D. S. 516 hvile tildels paa Valutasynspunktet.

⁵⁸ Ordene i D. W. O. § 83 synes nærmest at tale for, at Bevisbyrden maa hvile paa Sagvolderen (det erindres, at Kravet kun haves mod Udsteder

ger vistnok den Regel nærmest, at Vekselejerer maa bevise, at den af ham sagsøgte Vekselskyldner er saaledes stillet i Søgsmaalets Øjeblik, at han vilde beriges ved Vekselrettens Bortfald, og hvor stor denne Berigelse er.⁵⁹ At Sagsøgerens Bevisstilling herefter vilde blive overordentlig ugunstig, er klart. Men Rigtigheden af at stille ham saa ugunstigt i Henseende til Beviset kunde man finde bestyrket ved Paragrafens materielle Indhold. Dette gaar jo ikke ud paa, at Vekselejerer beholder sin materielle Ret efter Vekslen, medmindre Vekselskyldneren har lidt Tab ved hans Forsømmelse. Men det gaar ud paa, at Vekselejerer kun skal beholde sin materielle Ret overfor en Vekselskyldner, forsaavidt som det er givet, at denne ikke kan have lidt noget Tab ved hans Forsømmelse. Derfor gives Kravet kun mod den materielt dækningspligtige, ikke mod nogen, som vilde have Regres, og derfor begrænses det overfor den dækningspligtige, som har afgivet Dækning. I Overensstemmelse hermed kunde man finde det at være, at Bevisbyrden fordeles saaledes, at al Usikkerhed til Skade for Vekselskyldneren undgaas. Men det kan ikke nægtes, at der herved kastes en Bevisbyrde over paa Vekselejerer, som gjør Kravet næsten illusorisk. Man fordrer af ham Bevis for Kjendsgjæringer, som han gennemsnitligt vil have meget ondt ved at bevise, og fritager Vekselskyldneren for Beviser, som han gennemsnitligt meget let kunde føre. Og Paragrafens materielle Indhold kan ikke erkjendes at fordre denne strænge Fordeling af Beviset; det afgiver ingen sikker Hjemmel for at fravige de almindelige Regler for Bevisbyrden.

Efter det om Berigelseskravets nærmere Beskaffenhed i de foregaaende Udviklinger oplyste synes de almindelige Bevisbyrdereregler at maatte føre til følgende Resultater. At Vekselejerer har lidt et til Veksels Beløb svarende Tab ved Vekselrettens Bortfald, maa betragtes som givet, indtil andet oplyses.⁶⁰ Det gjælder for Vekselejerer at faa oplyst, at den af ham sagsøgte Vekselskyldner er Veksels dækningspligtige; dette har han at asserere og bevise, og alene paa Beviset herfor har og Akceptant), v. Canstein S. 427, Pfersche S. 277—278, 289—290, men den herskende Anskuelse gaar ud paa, at Vekselejerer har Bevisbyrden.

⁵⁹ Svensk H. R. D. 1. Juni 1874 i Naum. Tidskr. XI 1874, 557—558 (Note 66).

⁶⁰ Aubert S. 365, Finsk jurid. Fören. Tidsskr. 1890 S. 347.

han at rette sin Bestræbelse.⁶¹ Beviser angaaende Valutaforholdene ere som saadanne hensigtsløse,⁶² men kunde naturligvis bidrage til Oplysning om det relevante. Men har Vekselejereren faaet oplyst, at Sagvolderen engang har været den dækningspligtige, maa denne efter de almindelige Regler om Bevisbyrden godtgjøre, at han ikke længere er 304 det, eller at han har afgivet Dækning.

Ordentligvis vil Vekselejereren til Sagvolder vælge den Vekselskyldner, som han antager for Vekslens oprindelige Kredittager (ovfr. S. 163—167), og gjøre gjældende, at Vekslen er trukken for hans Regning. Dette maa han bevise,⁶³ og dette Bevis vil det ofte være vanskeligt at føre. At han overfor de oprindelige Vekselpersoner (Udsteder, Akceptant) skulde være fritaget for dette Bevis, kan paa ingen Maade antages.⁶⁴ Men medens man vel, naar Sagen rejses mod en senere Endossent, ordentligvis vil anse en Erklæring fra Sagvolderen om ikke at være den dækningspligtige og ikke at vide Besked om, hvem der har denne Egenskab, for en tilstrækkelig Benægtelse, staar Sagen anderledes overfor Deltagerne i det oprindelige Vekselnegotium. Om disse bør man vistnok antage, at de først have kastet Bevisbyrden over paa Vekselejereren, naar deres Benægtelse ledsages af faktisk Meddelelse om, hvem der er Kredittageren, eller dog af faktiske Meddelelser, som gjøre det forklarligt, at de ikke vide Besked.⁶⁵

Naar Beviset er ført for, eller naar det paa Grund af utilstrækkelig

⁶¹ Thöl S. 382—383.

⁶² Thöl § 102 Note 9 og 10.

⁶³ U. f. R. 1888. 1107, 1890. 811, Svensk H. R. D. 14. Novbr. 1893, Just. R. Wretmans Votum i Naum. Tidskr. XI 1874 S. 242. Finsk jurid. Fören. Tidskr. 1890 S. 345—350.

⁶⁴ Evaldsen Ft. S. 373. Svensk H. R. D. 30. Aug. 1892 i Nytt. jur. Ark. 1892 442, Stockholms R. R. D. i Nytt. jur. Ark. 1891. 501—502, jfr. dog tildels Veksellovkommissionens Betænkning til det reviderede Udkast S. XVIII.

⁶⁵ Jfr. Finsk jurid. Fören. Tidskr. 1890 S. 347—348. Paa saadan Opfattelse hvile maaske Dommene i U. f. R. 1894. 108 og 110 (se om disse Dømmes Opfattelse af Retsspørgsmaalet ovfr. Note 25, 22, 3, 4, 12). Jfr. U. f. R. 1892. 655 (ovfr. Note 22), hvor der dog vistnok ifølge Citantens særlige Stilling (han var Trassentens umyndige Søn) var god Grund til, som Dommen gjør, at nøjes med en simpel Benægtelse fra den indstævnte Akceptants Side.

Benægtelse maa antages, at Sagvolderen var Kredittager, maa han, for at undgaa at dømmes til at betale Vekslens Beløb, bevise, at Dæknings-
305 pligten er forskudt, eller at han har givet Dækning.⁶⁶ Naar disse Beviser ere førte, maa han i første Tilfælde frifindes, i andet Tilfælde kun tilpligtes at cedere sit Krav mod Dækningstageren. Bevis for, at han har lidt Skade ved Vekselejerens Forsømmelse i sit Mellemværende med andre, er overflødigt eller unyttigt. Forsaavidt han staar i saadant Forhold til andre, at han som naturlig Følge af Vekselejerens Forsømmelse kan have lidt Tab i dette, er det tilstrækkeligt, at han beviser, at et saadant Forhold bestaar, ♂: at Dækningspligten er forskudt, eller at han har givet Dækning.⁶⁷ Hans Tab i andre Retsforhold ville være Vekselejeren uvedkommende.

⁶⁶ Jfr. Aubert S. 367, derimod Svensk H. R. D. 1. Juni 1874 i Naum. Tidsskr. 1874 557—558, dog med stærk Dissens. Svensk H. R. D. 1. Marts 1876 Naumann Tidsskr. XIII 1876 S. 555—556 angik et Tilfælde, hvor den sagsøgte Akceptant havde gjort gjældende, at han ikke var Kredittager.

⁶⁷ Jfr. ovfr. ved Note 41 og ved Note 25.

Nullitet og Anfægtelighed

(Indbydelsesskrift til Københavns Universitets Aarsfest til Erindring om Kirkens Reformation.
Kbhvn. 1899)

§ 1.

Indledende Bemærkninger.¹

Den ugyldige Retshandel danner Modsætningen paa den ene Side 1
til visse Kjendsgjæringer (Retshandelsbestanddele), som man vægrer

¹ Følgende Forkortelser ville blive benyttede: Aubry et Rau bet. A. & R.: Cours de droit civil français, 4 ed.; B. G. B. bet. tysk Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. Aug. 1896; Brinz bet. B. (Lotmar): Lehrbuch der Pandekten I, 3. Aufl., II.—IV, 2. Aufl.; Cunningham and Shepherd bet. C. & S.: The Indian Contract Act, 3 ed.; D. Entw. Mot. bei Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich; Dernburg bet. D.: Pandekten, 3. Aufl.; Dernburg Pr. bet. D.: Lehrbuch des preussischen Privatrechts I, 5. Aufl., II, 4. Aufl.; Endemann bet. E.: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs I. 1, 3. Aufl., I. 2, 5. Aufl., II. 1, 3. Aufl.; Getz bet. G.: Kreditorernes Adgang til at omstøde sin Skyldners Retshandler; Gradenwitz bet. G.: Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte; Gram bet. G.: Om de private Retsforhold i Almindelighed; Jacobi bet. J.: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte i Archiv für die civilistische Praxis Bd. 86 S. 51 ff.; Leake bet. L.: Digest of the law of contracts 1878; Lenel bet. L.: Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen; Leonhard bet. L.: Der Irrthum bei nichtigen Verträgen; Mitteis bet. M.: Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte i Jahrb. f. Dogmatik XXVIII. S. 85 ff.; Mourlon bet. M.: Répétitions écrites sur le code civil, 11 ed.; Planck bet. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert v. Planck m. m.; 2. Aufl.; Pollock bet. P.: Principles of contract, 4 ed.; Reatz bet. R.: Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs; Savigny bet. S.: System des heutigen röm. Rechts; Scheel bet. A. W. Scheel: Privatrettens almindelige Del; Schlossmann bet. S.: Zur Lehre vom Zwange; Schneider bet. S.: Das schweizerische Obligationen-

sig ved at tillægge Benævnelsen Retshandel, paa den anden Side til den gyldige Retshandel. Bestemmelsen af den ugyldige Retshandels Begreb kræver saaledes to Grænselinier dragne. I Retsliteraturen er det meget omtvistet, hvor de bør lægges, og selve Berettigelsen af Begrebet »ugyldig Retshandel« er undertiden bleven bestridt. Allerede i disse Henseender foreligger der, navnlig i den tyske Retsliteratur, en ret omfangsrig Diskussion, og kun i faa Retninger har denne ført til Resultater, der have vundet almindelig Tilslutning.

- 2 Men er der saaledes anvendt megen — altfor megen — Tid og Møje paa, hvad man kunde kalde Indledningen til Ugyldighedslæren, gjælder dette endnu mere om selve denne: *Ugyldighedstilfældenes Gruppering*. Dette Emnes Literatur har efterhaanden, særligt ogsaa ved senere Tiders Tilvækst, naaet et overvældende Omfang, og Resultaterne ere indtil videre kun real Uenighed og Forvirring i Terminologierne næsten paa alle Punkter.²

I denne Strid staar som Hovedfæstningen, der forsvares og angribes, den navnlig af Savigny grundlagte Sondring indenfor Ugyldigheden mellem Nullitet (Nichtigkeit) og Anfægtelighed. Den prætenderer ikke alene at dække over den positive Romerret, men hævder sin Almengyldighed som grundet i Forholdenes Natur.³ I et længere Tidsrum har denne Lære kunnet betegnes som den almindeligt antagne. Den kan vel endnu betegnes som den herskende, den har øvet en vidtrækkende Indflydelse ogsaa udenfor den romerske Rets Omraade, og den er navnlig ogsaa bleven akcepteret af danske Forfattere (Scheel og Gram).

- 3 Det er Værdien af denne traditionelle Inddeling af Ugyldighedstilfældene i to Hovedgrupper, en stærkere og en svagere, som her skal drøftes for de formueretlige Overenskomsters⁴ Vedkommende. Som recht, 2. Aufl.; Sohm bet. S.: Institutionen, 7. Aufl.; Thon bet. T.: Die rechtsverfolgende Einrede i Jahrb. f. Dogmatik XXVIII. S. 37 ff.; Torp bet. T.: Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del; Unger bet. U.: System des österreichischen allg. Privatrechts, 2. Aufl.; Wharton bet. W.: Law of Contracts; Windscheid bet. W.: Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl.

² Se navnlig Oversigten hos Jacobi § 4.

³ Se f. Eks. Savigny IV S. 166—169, Windscheid § 47 Note 1, § 82 Note 3, Dernburg I § 120 i Beg.

⁴ Egentlig burde det, se min Haandbog §§ 9 og 10, hedde: »formueretlige Løfters og Akceptors«, men for Nemheds Skyld benyttes den traditionelle

Grundlag for Undersøgelsen vil der i Afhandlingens første Afsnit (§§ 2—5) blive givet en Oversigt over Retsvidenskabs og Lovgivnings Stilling til Sondringen i forskellige Retsforfatninger.

FØRSTE AFSNIT

Grundlag for Undersøgelsen

§ 2.

Romerretlig Literatur: Savigny og Windscheid.

Inddelingen af Ugyldighedstilfældene i Nullitet og Anfægtelighed og disse Begrebers nærmere Tildannelse skyldes, som bemærket, den romerretlige Literatur. Lærens Hovedkilde er Savignys Fremstilling i hans System des heutigen römischen Rechts IV §§ 202, 203. Den finest udarbejdede Gjengivelse af denne Lære fra nyere Tider er Windscheids i Lehrbuch des Pandektenrechts §§ 82 og 83, jfr. § 70, der tillige har særlig Betydning ifølge den Indflydelse, som den har haft paa Ugyldighedsreglerne i den tyske borgerlige Lovbog. Disse Forfatteres Fremstilling maa da som Kjærnen i Undersøgelsens Grundlag gjengives noget udførligt; til andre romerretlige Forfattere henvises i Noter ved Gjengivelsen af Windscheids Lære.

I. *Savigny* fremhæver som Hovedmodsætningen indenfor de rets- 4 virkende Kjendsgjerningers ⁵ Ugyldighed den fuldstændige og den ufuldstændige Ugyldighed. Som fuldstændig benævnes den Ugyldighed, der bestaar i en ren Fornægtelse af Retshandelens Virksomhed (*Nichtigkeit*), f. Eks. den Overenskomst, hvorved en umyndig ensidigt paatager sig Pligt. *Nichtigkeit* kan dels have sin Grund i en Mangel af Retshandelens nødvendige Betingelser, navnlig af de fornødne personlige Egenskaber eller af Retshandelsviljen eller af den foreskrevne Form; dels kan den skyldes en positiv Lov, som forbyder Retshandelen og udtrykkeligt eller stiltiende erklærer den

Betegnelse Overenskomst, skjønt netop denne Terminologi undertiden (ndfr. § 11) har voldet Forvirring.

⁵ Savignys Lære refererer sig til »juristische Thatsachen« i Almindelighed; Gjengivelsen her har kun Retshandler, særligt Formueretshandler, for Øje.

for nichtig. Den Retshandel, som lider af Nichtigkeit, kan ordentligvis ikke blive gyldig ved senere Kjendsgjerninger. Men undertiden indtræder dog Konvalescens, saaledes bliver Ikke-Ejerens Afhændelse gyldig derved, at han senere bliver Ejer. Modsætningen til den fuldstændige Ugyldighed, den ufuldstændige (*Anfechtbarkeit*), har sit Særkjende deri, at Retshandelens Virksomhed ikke rent fornægtes, men modvirkes ved en modstaaende Ret. Denne modstaaende Ret er af selvstændig Natur og har sin egen Skjæbne; den kan miste sin Kraft, hvorved da Retshandelen faar fuld Virksomhed fra sin Oprindelse, hvilket ikke kan forekomme ved Nichtigkeit. Anfægtelige Retshandler kunne saaledes blive fuldgyldige derved, at den paagjældende opgiver sin Anfægtelsesret. Anfægteligheden kan forekomme i forskellige Skikkelser: som en Klageret, f. Eks. *actio quod metus causa*, som en exceptio — navnlig ved Obligationsforhold, i Modsætning til de ipso jure ugyldige (nichtige)⁶ — som en Fordringsret, gaaende ud paa en ny Retshandel, der fjærner den anfægteliges Følger, f. Eks. Fordringen

5 paa Tilbagegivelse af dos i Skilsmissetilfælde, *pactum de retrovendo*, som Restitutionsbegjæring o. desl. Som Eksempler paa anfægtelige Retshandler nævnes de ved Svig og ulovlig kompulsiv Tvang fremkaldte og de, der ere indgaaede i Strid med Forbudene i *Senatusconsultum Macedonianum* og *Velleianum*.

Som uafgjort eller uvis benævner Savigny den Ugyldighed, hvis Indtræden afhænger af tilkommende uvisse Kjendsgjerninger, altsaa af tilfældige Begivenheder eller af menneskelig Vilkaarlighed. Svigten af Retshandelens suspensive Betingelse og Indtrædelsen af dens resolute er Eksempel paa Nichtigkeit som Følge af en tilfældig Begivenhed. I alle Anfægtelighedstilfælde er menneskelig Vilkaarlighed Grunden til Ugyldigheden. En Klageret, en Exception o. s. v. afkræfter kun et Retsforhold, *naar en bestemt dertil berettiget Person vil det*. Saadan af personlig Vilkaarlighed afhængig Ugyldighed benævnes ofte som *relativ* i Modsætning til *absolut Ugyldighed*. Ogsaa Nichtigkeit kan være afhængig af menneskelig Vilkaarlighed (relativ), men saadant forekommer dog kun i ringe Omfang; som Eksempel herpaa nævnes den af den Umyndige med en Myndig afsluttede gjensidige Kontrakt: det beror

⁶ Savigny § 202 Note b.

her paa den Umyndige eller hans Formynder, om Retshandelen skal være fuldgyltig eller nichtig, Medkontrahenten har ingen Indflydelse herpaa, l. 13 § 29 Dig. de act. emti (19—1).

II. *Windscheid* renser den Savignyske Theori for visse aabenbare Ufuldkommenheder og sætter navnlig en rigtigere Afgrænsning for Ugyldighedsbegrebets Omraade (ndfr. § 6). Til ugyldige Retshandler henfører W. kun dem, som ikke gjælde, fordi de ikke svare til alle retlige Fordringer. Udenfor Begrebet falder saaledes f. Eks. den betingede Retshandel, der bliver uvirksom, fordi den suspensive Betingelse svigter, eller fordi den resolutive indtræder; Retsvirkningens Udeblivelse skyldes her ikke en Mangel paa Evne hos Retshandelen, men dennes Ikke-Villen: Retshandelen er uvirksom, men ikke ugyldig.⁷

For *Windscheid* er, som for Savigny, Sondringen imellem Nichtigkeit og Anfechtbarkeit langt den vigtigste indenfor Ugyldigheden. *Nichtigkeit* foreligger, naar Retshandelen slet ikke begrunder den tilsigtede retlige Virkning, ligesaa lidt som om den aldrig var afsluttet.⁸ Eksempler paa Nulliteter ere Retshandler, som ere foretagne i Afsindighed og under Mangel af fornøden Myndighed,⁹ de, som ere indgaaede uden lagttagelse af foreskrevne Former,¹⁰ de, som ere ugyldige paa Grund af Viljesmangel,¹¹ samt — ifølge deres Indhold ¹² — Retshandeler, som gaa ud paa noget umuligt, eller som ved deres Indhold stride imod Sædelighed, eller som gaa ud paa at raade over noget, som den paa-gjældende ikke kan raade over, f. Eks. Overdragelsen af den en anden tilhørende Ting. Enhver, som har Interesse heri, kan paaberaabe sig Retshandelens Nichtigkeit. *Anfægtelighed* foreligger, naar Retshandelen vel begrunder den tilsigtede Virkning, men der kan optrædes imod denne,¹³ idet Retshandelen er ude af Stand til at hidføre eller vedlige-

⁷ *Windscheid* § 82 Note 1.

⁸ *Windscheid* § 82 ved Note 2; saaledes ogsaa f. Eks. *Wächter* I § 84 ved Note 2, *Dernburg* I § 120. 1^o, *Unger* § 91. A.

⁹ *Windscheid* § 71.

¹⁰ *Windscheid* § 72 ved Note 2.

¹¹ *Windscheid* § 76.

¹² *Windscheid* § 81, jfr. om forbudne Retshandeler § 81 Note 1 og § 71 Note 1 a.

¹³ *Windscheid* § 82. 1^o, navnlig Note 7, § 70, § 47 Note 1, *Dernburg* I § 120 Note 3, 10—12, § 137, *Thon* S. 43. Medens *Windscheid*, se ndfr. Note 17 og

holde den til den svarende faktiske Tilstand. Dette kan tænkes paa dobbelt Vis, enten saaledes, at Retshandelens Virkning i sig selv er 7 kraftsløs, eller saaledes, at Virkningens Gjenophævelse kan fordres. Det første er Tilfældet, naar det af Retshandelen udspringende Krav er behæftet med en Indsigelse (*exceptio*), saa at det ikke kan gjen-nemføres overfor den paagjældende mod hans Vilje, f. Eks. *exceptio quod metus causa, doli, Sc. Macedoniani, Velleiani*;¹⁴ saadanne excep-tiones kunne ikke med Savigny (se ovfr. S. 182) opfattes som Udtryk for en »selvstændig Ret« overfor Retshandelens Virkning.¹⁵ I det andet Tilfælde kan Ophævelsen af Retshandelens Virkning ske enten ved Dommeren, f. Eks. *in integrum restitutio*, eller ved en Virksomhed fra dens Side, til hvis Fordel Retshandelens Virkning er indtraadt eller nu bestaar, f. Eks. *actio doli, actio quod metus causa*, forsaavidt som disse, hvor Ejendomsoverdragelse er fremsvegen eller fremtvungen, gaa ud paa, at Erhververen, der er bleven Ejer ved Overdragelsen, atter skal gjøre den bedragne eller tvungne Part til Ejer. Tænkeligt er det ogsaa, at Virkningens Ophævelse kan ske ved simpel Erklæring fra den, til hvis Skade den er indtraadt. I Anfægtelighedstilfældene er altsaa stedse en *Reaktion nødvendig* for at udelukke Retshandelens Virksomhed, me-dens en saadan Reaktion, naar Retshandelen er nichtig, ikke blot er unødvendig, men ikke engang tænkelig. Og denne Reaktion maa udgaa fra bestemte Personer, medens enhver kan paaberaabe sig Nichtigkei-t. Af denne Grund benævnes Nichtigkei-t og Anfægtelighed undertiden henholdsvis som *absolut* og *relativ* Ugyldighed. — Ved det almindelige Spørgsmaal, om Retshandelen bliver gyldig ved Ugyldighedsgrundens Bortfald, sondres ikke mellem Nichtigkei-t og Anfægtelighed; det be-mærkes herom, at saadan Gyldigblivelse kun undtagelsesvis er aner-kjendt, saaledes navnlig naar der til en Retshandels Gyldighed udkræ-ves en Tredjemands Samtykke. Retshandelen bliver i saadanne Til- 8 fælde, som f. Eks. naar en Ikke-Ejer har afhændet en Ting, eller naar

18, opfatter den anfægtelige Retshandel som straks ugyldig, jfr. Mitteis S. 133—134, gjøre andre gjældende, at den først bliver ugyldig ved Anfægtel-sen, Wächter I § 84 II. 4, Unger § 91 B. 1 og 5, jfr. Savigny ovfr. S. 182. Jfr. herved ndfr. S. 215.

¹⁴ Windscheid § Note 4.

¹⁵ Windscheid § 47 Note 2.

en mindreaarig har afhændet uden Kurators Samtykke, i Almindelighed gyldig ved Tredjemandens Ratihabition af Retshandelen (Genehmigung), og denne Ratihabition har tilbagevirkende Kraft, dog kun saaledes, at andres i Mellemtiden opstaaede Rettigheder ikke derved præjudiceres.¹⁶ Forsaavidt Talen er om Virkningen af Parternes Godkjendelse af den ugyldige Retshandel, fastholdes Sondringen imellem Nichtigkeit og Anfægtelighed. Ved den anfægtelige Retshandel virker Godkjendelsen som Afkald paa Beføjelsen til at anfægte, saa at Retshandelens fra Begyndelsen af forhaandenværende Virkning frit udfolder sig.¹⁷ En Retshandel, der lider af Nichtigkeit, kan som et retligt Intet i og for sig ikke med Retsvirkning godkjendes; Godkjendelsen burde kun kunne virke som en ny Retshandel af samme Indhold. Men den romerske Ret har alligevel undertiden fraveget denne Opfattelse og anerkjendt Godkjendelsen af nichtige Retshandeler med tilbagevirkende Kraft, dog ikke til Præjudice for Tredjemands i Mellemtiden erhvervede Rettigheder.¹⁸ At den ugyldige Retshandel bliver gyldig, naar et vist Tidsrum er forløbet, uden at Ugyldigheden er gjort gjældende, kan ogsaa forekomme ved Retshandeler, som lide af Nichtigkeit.¹⁹

Eksempler paa anfægtelige Retshandeler ere de, som ere ugyldige paa Grund af Svig, kompulsiv Tvang og error in motivis (i Almindelighed) eller ifølge Sc. Macedonianum og Velleianum.²⁰

Endvidere sonder Windscheid mellem afgjort (entschieden) og uafgjort Ugyldighed. Det for Ugyldighedstilfældene regelmæssige er, at Retsordenen paa Forhaand nægter Retshandelen sin Anerkjendelse, men undertiden lader den det indtil videre staa hen, om Retshandelen fortjener Anerkjendelse eller ikke, og lader Afgjørelsen afhænge af en fremtidig uvis Kjendsgjerning (uafgjort Ugyldighed). Denne Kjendsgjerning kan navnlig ogsaa være en Parts Viljeserklæring; eftersom

¹⁶ Windscheid § 83 Note 5 og 6.

¹⁷ Windscheid § 83 Note 9, Savigny V S. 157—158 og ovfr. S. 4, Dernburg § 120 in fine, Wächter § 84. II. 5 og VIII. 1, Mitteis S. 134.

¹⁸ Windscheid § 83 Note 9 a og 10, Dernburg I § 122 Note 5—7 (anerkjender Godkjendelse i større Almindelighed), Wächter I § 84. VIII. 2 og 3.

¹⁹ Windscheid § 83 Note 11.

²⁰ Windscheid § 82 Note 3, § 78 Note 5, § 80 Note 2, § 78 Note 2, jfr. § 76 a Note 7.

denne Part vil eller ikke vil, er Retshandelen fra Begyndelsen af gyldig eller ugyldig. Den ifølge saadan Erklæring indtrædende Ugyldighed kan være saavel Anfægtelighed som Nichtigkeit (relativ Nichtigkeit). Men Anfægteligheden hører ikke, som Savigny mener, som saadan til den uafgjorte Ugyldighed,²¹ og at den gjøres gjældende, er intet Eksempel paa den saakaldte efterfølgende Ugyldighed; den anfægtelige Retshandel er oprindelig ugyldig.²² Den *relative Nichtigkeit*²³ adskiller sig fra Anfægteligheden derved, at det af den paagjældende Persons Vilje afhængige ved hin er det, om der overhovedet skal være Tale om nogen Virksomhed af Retshandelen, medens det af den Paagjældende Afhængige ved Anfægteligheden er, om den af Retshandelen fremkaldte retlige Virkning faktisk skal gjælde eller ikke. Naar der til Anfægtelse kun udkræves en Erklæring fra den paagjældende, forsvinder den praktiske Forskjel imellem Begreberne.

§ 3.

10

Nullitet og Anfægtelighed i romersk Ret.

I. Værdien af den i foregaaende Paragraf beskrevne Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed, Spørgsmaalet, om den har Hjemmel i Forholdenes Natur, og om den maa akcepteres ogsaa for dansk Rets Vedkommende, skal først drøftes i denne Afhandlings andet Afsnit. Men allerede her maa det undersøges, hvorvidt Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed virkelig har Hjemmel i den romerske Ret, navnlig om den i den nys beskrevne, saa almindeligt antagne Skikkelse virke-

²¹ Windscheid § 82 Note 9, jfr. næste Note og ovfr. Note 13.

²² Windscheid § 82 Note 10, jvfr. ovfr. Note 13 og 21.

²³ Windscheid § 82 ved Note 8 og 9. Se om dette meget omtvistede og meget uklare Begreb, f. Eks. Dernburg I § 120 Note 7, Unger § 91 Note 39—50, Dernburg Pr. I S. 146 (ndfr. S. 23—24), Leonhard S. 317—318, Wächter I S. 424—425, 433—438, Brinz IV S. 404—405, 415—419, Mitteis S. 105—108, 112—131, Jacobi S. 76—77, 92. Det benyttes, som det af den citerede Literatur vil ses, undertiden i vid Forstand som omfattende enhver Ugyldighed, der uden at være Anfægtelighed dog ikke kan gjøres gjældende af alle eller mod alle, undertiden om forskellige Underafdelinger af dette vide Begreb. Den tyske Lovbog undgaar Begrebet ved Hjælp af Kategorien Uvirksomhed, Endemann I § 74 Note 4, jfr. ndfr. S. 204—205.

lig dækker over den romerske Rets Ugyldighedsregler, og *om* den staar som et Udtryk for, at den romerske Retsvidenskab har fundet denne Sondring imellem stærkere og svagere Ugyldighedstilfælde grundet i Forholdenes Natur. Den Omstændighed alene, at Sondringen maatte findes virkelig at svare til en Forskjel imellem stærkere og svagere Ugyldighedsgrunde i romersk Ret, vilde ikke i og for sig lægge noget stærkt Lod i Vægtskaalen ved Drøftelsen af Sondringens Værdi, nemlig ikke, dersom Forskjellen maatte findes at have sin Grund i særlige historiske Forhold. Men dersom det tillige maa antages, at Forskjellen bundet i en Erkjendelse hos de romerske Jurister af, at visse Ugyldighedsgrunde (Nullitetsgrundene), saaledes som i foregaaende Paragraf fremstillet, bør have en stærkere Virkning end andre, (Anfægtelighedsgrundene), da møder den Savigny-Windscheidske Ugyldighedslære unægtelig med en Autoritet, som det vil være vanskeligt at rokke.

Som det vil ses af Fremstillingen i § 2, er den der beskrevne Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed i romersk Ret i det væsentlige Udtryk for Sondringen imellem paa den ene Side Ugyldigheden ipso jure, den civile Ugyldighed, paa den anden Side den Ugyldighed, der virker gennem exceptiones og modstaaende actiones (eller in integrum restitutio), den prætoriske Ugyldighed.²⁴ De rejste Spørgsmaal 11 kunne altsaa nærmere formuleres saaledes: Er den prætoriske Ugyldighed *som saadan* materielt svagere end ipso-jure Ugyldigheden? Og er denne Forskjel Udtryk for den Opfattelse, at de prætoriske Ugyldighedsgrunde *bør virke* svagere end de Ugyldighedsgrunde, som afføde ipso-jure Ugyldighed? Vi vende os først mod det første af disse Spørgsmaal.

II. Paa Forhaand ligger nu unægtelig den Antagelse nær, at *den prætoriske Ugyldighed som saadan er svagere end ipso-jure Ugyldigheden*. Den prætoriske Ret danner sig ved Siden af jus civile, ophæver

²⁴ At betegne ipso-jure Ugyldigheden som den civile og dens Modsætning som prætorisk Ugyldighed, er muligvis ikke *ganske* korrekt. Men Ukorrektheden er uden Betydning for den følgende Fremstilling. Forsaavidt eksceptions-mæssig Ugyldighed skyldes jus civile, f. Eks. den ved Sc. Macedonianum og Velleianum hjemlede, betegnes den med Føje som prætorisk, idet jus civile her netop overlader sin Gjennemførelse til Prætor i Stedet for at proklamere ipso-jure Ugyldigheden. Sohm S. 269, jfr. nedfr. ved Note 30.

ikke denne og haandhæves direkte²⁵ alene ved Prætors Retsmidler,²⁶ exceptio og actio (in integrum restitutio). Under Formularprocessens Herredømme kunde prætorisk Ugyldighed, bortset fra actiones bonæ fidei, kun vinde Dommerens Anerkjendelse ifølge Prætors Anvisning i formula. Selve dette synes at medføre en relativ materiel Svaghed for de prætoriske Ugyldighedsgrunde, saalænge Formularprocessen bestaar. Og endnu efterat det praktiske Holdepunkt for Forskjellen imellem jus honorarium og jus civile er bortfaldet med Formularprocessen, bevæge Kilderne sig i Udtryksmaader, der antyde, at en Forskjel imellem den exceptionsmæssige Ugyldighed og ipso-jure Ugyldigheden fremdeles bestaar, men denne Forskjel synes nu kun at kunne være en materiel. Endnu i de justinianske Retskilder findes den prætoriske Ugyldighed 12 udtrykt saaledes, at Retshandelen er gyldig ifølge jus civile, men at der gives Retsmidler (exceptio, actio) til at bekæmpe dens Virkning, se saaledes f. Eks. § 1 Inst. de except. (4—13): Verbi gratia si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, iure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est. Sed iniquum est, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem, jfr. Gaj. IV § 115: comparatae sunt autem exceptiones defendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum est eum iudicio condemnari. Ogsaa Udtalelser som l. 2 pr. Dig. de except. (44—1): exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est (Ulp.), og l. 22 pr. eod.: exceptio est conditio, quae . . . eximit reum damnatione (Paulus), synes, som bibeholdte i den justinianske Ret, at tyde paa en materiel Forskjel imellem exceptionsmæssig Ugyldighed og ipso-jure Ugyldigheden, og det netop en Forskjel som den af den Savigny-Windscheidske Lære hævdede.

Nu lader det sig naturligvis ikke bestride, at der forekommer prætorisk »Ugyldighed«, som er svagere end ipso-jure Ugyldigheden. Naar

²⁵ Jfr. nedenfor Note 37—39.

²⁶ Sohm S. 79, 81.

den ved Svig fremkaldte Ejendomsoverdragelse af Prætor erkjendes »ugyldig« paa den Maade, at Bedrageren bliver Ejer, men der gives den bedragne en actio in personam, actio doli, imod ham, er det klart, at der foreligger en svagere Ugyldighed end f. Eks. den ipso-jure Ugyldighed, som anerkjendes, naar en Umyndig overdrager Ejendomsret. Men den Paastand, som vi her beskæftige os med, gaar ud paa, at den prætoriske Ugyldighed *som saadan* over hele Linjen er svagere end ipso-jure Ugyldigheden. Og at denne Paastand ikke kan fastholdes, viser sig ved en nærmere Betragtning af de *obligationes, som lide under exceptionsmæssig, altsaa prætorisk Ugyldighed*.

III. Dersom der overhovedet er nogen væsentlig materiel Forskjel ¹³ imellem det obligationsretlige Løfte, som er ipso jure nullum, og det, som kun er ugyldigt ope exceptionis, synes denne først og fremmest at maatte ligge paa det Punkt, som da ogsaa stedse fremhæves,²⁷ at den exceptionsmæssige Ugyldighed aldrig tages i Betragtning ex officio, men kun anerkjendes af Dommeren, naar den gjøres gjældende af den deri interesserede Part. Skal det, at Retshandelen »kun« er ugyldig ved Hjælp af en Indsigelse, overhovedet oplyse nogen Svaghed ved Ugyldigheden, i Modsætning til ipso-jure Ugyldigheden, maa det i hvert Fald være denne, jfr. de ovfr. S. 188 citerede Kildeudtalelser. Men at det ikke hører til den exceptionsmæssige Ugyldigheds Væsen, at den ikke tages i Betragtning ex officio, fremgaar af nyere Under søgelser angaaende Bestemmelserne i Sc. Velleianum.²⁸ Dette Senatskonsults Misbilligelse af intercessiones mulierum slutter sig til ældre Forbud mod, at Kvinder optræde for Retten som Forsvarere for andre. Det var et ret nødvendigt Supplement til disse Forbud, som ellers paa letteste Maade kunde omgaas derved, at Kvinden, i Stedet for at møde

²⁷ Ovfr. S. 181 og 183, Windscheid § 47 Note 1, Dernburg I § 120 Note 10 og 12, § 137 Note 8 og 9.

²⁸ Gradenwitz S. 65—75, 127—130, 307—309; til G. slutter sig Jacobi Side 81 Note 46, Mitteis S. 95, 131. Thon, S. 80—81, antager det for sikkert, at Prætor nægtede actio, naar det under Forhandlingen in jure var klart, at der forelaa en mod Senatskonsultet stridende intercessio, men finder det mindre sikkert, om Prætor paa Grundlag af Mistanke i denne Henseende indsatte en exceptio i formula. Mod G. udtaler Dernburg sig § 120 Note 10 uden Begrundelse.

som en andens Forsvarer, ved en intercessio overtager dennes Forpligtelse og fremtræder som Part i Sagen. Forbudet mod Kvinders Optræden som Defensorer var det Prætors Sag at overholde, og det laa da nær ogsaa at lægge Gjennemførelsen af Bestemmelserne om Intercessionerne i hans Haand. Derfor gaar Senatskonsultet ikke den Vej at erklære intercessiones mulierum for ugyldige, men overlader det ¹⁴ til Prætor at drage Omsorg for Gjennemførelsen af Senatsbeslutningen, 1. 2 § 1 Dig. ad. Sc. Velleianum (16—1). Men efter det om Senatskonsultets Formaal bemærkede synes det ikke at kunne betvivles, at Meningen er den, at Prætor ex officio, uden Kvindens Begjæring, endog mod hendes Vilje, skal sørge for at gennemføre Senatsbeslutningen eller i paakommende Tilfælde, hvis Sagen er klar, nægte actio mod Kvinden, 1. 2. § 1 cit.: »ne eo nomine ab his petitio, ne in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit æquum«, og ellers ex officio indrykke exceptio Sc. Velleiani i formula. Det anførte støttes ved en Række spredte Kildeudtalelser: 1. 16 § 1 eod. »Totam obligationem Senatus improbat«, 1. 2 § 5 eod. »proinde neque maritum, neque filium, neque patrem *permittitur* mulieri defendere«, 1. 12 Dig. de minor. (4—4): si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summo veri debet, 1. 14 Cod. ad. Sc. Vellei. (4—29): mulierem contra senatusconsulti Velleiani auctoritatem *non posse* intercedere . . . iuris auctoritas placet. Og er Forholdet paa Formularprocessens Tid dette, maa efter dennes Bortfald exceptio Sc. Velleiani, hvis Opfattelsen af denne Indsigelse ikke har forandret sig, ex officio tages i Betragtning af Dommeren. Man kan ikke herimod henvise til Udtalelserne i Justinians Forordning 1. 23 §§ 2 og 3 Cod. ad. Sc. Vellej. (4—29), hvor det, efterat visse Former ere foreskrevne for intercessiones mulierum, hedder: tunc (∴: naar de foreskrevne Former ere iagttagne) etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta, *nec senatusconsulti auxilium implore-*

tur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nulla in eadem causa subsecuto. Her staar Sagen ganske vist saaledes, at Ugyldigheden af inter-¹⁵cessionones mulierum kun da skal tages i Betragtning af Dommeren ex officio, naar de nye Former ikke ere iagttagne, medens Ugyldigheden, naar disse ere iagttagne, alene tages i Betragtning efter Kvindens Begjæring herom, og dette sidste forudsættes at være den med Sc. Velleianum stemmende Regel. Men denne Forudsætning er kun et af de mange Vidnesbyrd om, at man efterhaanden opfattede Sc. Velleianum som givet alene til Kvindernes Gunst propter sexus infirmitatem og tabte dets oprindelige Formaal og Indhold af Øje, jfr. f. Eks. allerede Ulp. l. 2 § 2 Dig (16—1): opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem, Modestinus l. 25 § 1 eod: exceptione Senatusconsulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem *tueri se poterit*. De forskellige i denne Retning gaaende Udtalelser og l. 23 §§ 2 og 3 Cod. (4—29) afkræfte ikke det oplyste, at Ugyldigheden ifølge Sc. Velleianum, skjønt prætorisk, oprindeligt toges i Betragtning ex officio.²⁹ Men forholder dette sig saaledes, kan det ikke fastholdes som Væsensmærke for den prætoriske Ugyldighed, at den er svagere end den civile i den Forstand, at den ikke haandhæves ex officio. Man indvende ikke, at Ugyldigheden af intercessionones mulierum som hjemlet ved et Senatskonsult er en civil. Senatet erklærede netop ikke intercessionones mulierum for ugyldige. Det blev staaende ved at misbillige dem og overlod til Prætor at gjøre dem ugyldige.³⁰ Ugyldigheden blev saaledes i sin Form prætorisk, exceptionsmæssig, og det er netop paa denne Forms Karakter, at Paastanden om Væsensforskjellen imellem den prætoriske og den civile Ugyldighed hviler.

Forskjellen imellem de med exceptio behæftede og de ipso jure ugyldige Kontrakter har saaledes vist sig i alt Fald ikke at findes paa det Punkt, hvor den efter de Kildeudtalelser, som antyde en saadan Forskjel, ¹⁶snarest skulde ventes. Som en Egenskab ved den exceptionsmæssige Ugyldighed, der skulde oplyse dens Karakter som Anfægtelighed i Mod-sætning til Nullitet, er dernæst fremhævet den, at der gyldigt kan gives

²⁹ Thon S. 83—84.

³⁰ Sohm S. 269.

Afkald paa Exceptionen ved et formløst pactum, saa at den tidligere ugyldige Retshandel nu bliver gyldig fra første Færd: Dersom f. Eks. en stipulatio er ipso jure nullum, kan Kreditor kun erholde et Stipulationskrav gennem en ny Stipulationsforhandling; er stipulatio kun behæftet med en exceptio, kan denne fjærnes ved et formløst pactum, saa at det anfægtelige Stipulationsløfte befries for sin Anfægtelighed.³¹ Men i alt Fald kan denne Regel ikke gjælde for exceptiones, som skulle tages i Betragtning ex officio, altsaa efter det anførte ikke for exceptio Sc. Velleiani, som den oprindeligt opfattedes,³² og filius kan ikke gyldigt give Afkald paa exceptio Sc. Macedoniani, saalænge Faderen lever, l. 7 § 16, l. 9 pr., l. 20 Dig. de Sc. Maced. (14—63). Bortset herfra staar Sagen saaledes, at der ikke i Kilderne findes nogen almindelig Hjemmel for Regelen. Fra Bestemmelserne, at Fordringsrettigheder, som ere ophævede ved et pactum de non petendo, kunne gjenoplives ved et modstaaende pactum, l. 27 § 2 Dig. de pactis (2—14), og at en exceptionsmæssig Forpligtelse kan gjøres retsgyldig ved et legatum debiti, l. 13 Dig. de lib. leg. (34—3), kan der ikke med Sikkerhed sluttes til Regelen,³³ og dens Holdbarhed bestrides af flere Forfattere.³⁴ Paa den anden Side erkjendes det almindeligt, at visse ipso jure ugyldige

17 Retshandeler kunne blive gyldige ved senere Kjendsgjæringer, derunder Ratihibition,³⁵ jfr. navnlig l. 32 Dig. de don. inter v. et u. (24—1) og l. 25 Cod. de don. inter v. et u. (5—16). Der forekommer endog Eksempel paa, at en ipso jure ugyldig Retshandel bliver gyldig blot derved, at et vist Tidsrum forløber, uden at Ugyldigheden gøres gjældende,³⁶ l. Cod. si maj. fact. (5—74). Heller ikke Regelen om Ugyldighedens Opgivelighed bliver saaledes et afgjørende Kjendemærke for den exceptionsmæssige Ugyldighed i Modsætning til ipso jure Ugyldigheden; højest kan det *maaske* antages, at Opgiveligheden af exceptiones er den almindelige Regel, som dog har Undtagelser, medens

³¹ Ovfr. § 2 Note 13 og 14, Lenel S. 132—133.

³² Gradenwitz S. 74—76, 131—132, Thon S. 84, Mitteis S. 137, Lenel S. 133.

³³ Mitteis S. 136, Gradenwitz S. 55—56, Lenel S. 129—130, Brinz IV S. 399—401.

³⁴ Gradenwitz S. 54—56, 74—76, 131—132, Brinz § 586 Note 12—23.

³⁵ Ovfr. § 2 Note 15, Lenel 123 ff., Brinz § 586 Note 22—23, § 589.

³⁶ Windscheid § 83 Note 11.

Opgiveligheden af ipso jure Ugyldigheden fremtræder som en Undtagelse. Om denne Forskjel, hvis den eksisterer, har nogen Betydning for vor Undersøgelse, vil blive omtalt ndfr. under IV.

Men, kan der spørges, fik dog ikke den Omstændighed, at en Fordring ikke er ipso jure ugyldig, men kun behæftet med en exceptio, retlig Betydning, naar Spørgsmaalet om Fordringens Gyldighed eller Ugyldighed opstod under en Sag, som ikke direkte gaar ud paa Fordringens Gennemførelse, saa at der ikke blev Plads for Indrykkelse af nogen exceptio i formula, jfr. ovfr. S. 188. Maa Dommeren ikke i saa Fald tage den kun exceptionsmæssigt ugyldige Fordring som gyldig? Dette Spørgsmaal besvare allerede de klassiske Jurister benægtende. Hvor den med en peremptorisk exceptio behæftede obligatio skal værdsættes som Formuebestanddel, regnes den stedse for Intet.³⁷ Naar en exceptionsmæssigt ugyldig Forpligtelse, der ikke efterlader nogen obligatio naturalis, under Vildfarelse er opfyldt, tilkjende Kilderne Erlæggeren *condictio indebiti*, Ulp. l. 26 § 3 Dig. de cond. ind. (12—6), Marcianus l. 40 pr. eod., Ulp. l. 8 § 3 Dig. ad. Sc. Vellei. (16—1), og Dommeren vil saaledes under Condiktionssagen have selvstændigt, uden nogen Anvisning fra Prætor, at afgjøre, om den indfriele obligatio ikke maatte være ugyldig efter prætorisk Ret.³⁸ Og idet Ulp. l. 3 § 1 Dig. de pec. const. (13—5) fastsætter Ugyldigheden af et *pactum constituti debiti* angaaende Gjæld, som lider af exceptionsmæssig Ugyldighed, er det ligeledes henlagt til Dommeren selvstændigt at afgjøre, om den Gjæld, hvis Betaling er lovet, lider under prætorisk Ugyldighed, for i bekræftende Fald at frifinde for *actio de pecunia constituta*, efter Omstændighederne, f. Eks. naar Overenskomsten angaar Gjæld, som omfattes af Sc. Velleianum, endog uden at nogen Indsigelse mod Domfældelsen er fremsat.³⁹

Endnu skal blot bemærkes, at det Symptom paa en vis materiel Retsvirkning af den med exceptio behæftede obligatio, som man har fundet deri, at Kilderne indrømme *actiones*, gaaende ud paa Kvittering for

³⁷ Gradenwitz S. 22, 311, Brinz § 106 Note 2, § 586 Note 16, Lenel S. 117—118.

³⁸ Gradenwitz S. 83.

³⁹ Thon S. 81.

saadanne Krav, l. 1 pr. og l. 3 Dig. de cond. sine causa (12—7), l. 9 § 3 Dig. quod metus causa (4—2), er misvisende. Saadanne actiones, som maa antages at stamme fra en Tid, da der endnu ikke var indrømmet nogen exceptio imod den paagjældende obligatio,⁴⁰ gaa, efter at dennes exceptionsmæssige Ugyldighed er bleven anerkjendt, ikke ud paa at faa en retligt bestaaende Forpligtelse ophævet, men tilsigte i Virkeligheden kun at faa konstateret, at der ikke foreligger nogen Forpligtelse.⁴¹

Efter saaledes forgjæves at have eftersøgt en materiel Forskjel imellem den ipso jure ugyldige og den med en peremptorisk Exception behæftede obligatio paa de Punkter, hvor en Forskjel er antagen at være
 19 tilstede og maatte forventes at være forhaanden, dersom den exceptionsmæssige Ugyldighed som paastaaet var svagere end den civile, hævdes det som Resultat, at der ingen materiel Forskjel er tilstede.⁴² I denne Retning gaa da ogsaa mangfoldige Kildeudtalelser, som man forgjæves søger at bortforklare: Paul. l. 112 Dig. de r. i. (50—17): Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. 66 eod., l. 55 Dig. de v. s. (50—16), Ulp. l. 20 § 3 Dig. de lib. causa (40—12): Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest, ceterum si potest, dicendum, non esse obligatum, l. 42 § 1 Dig. de o. et a. (44—7), l. 25 Dig. de v. o. (45—1). Kildeudtalelser som de ovfr. S. 188 citerede, der tilsyneladende gaa i modsat Retning, ere Udtryk for det processuelle Forhold paa Formularprocessens Tid og for det formelle Forhold imellem jus honorarium og jus civile; at de ere bibeholdte i justiniansk Ret, hvor det tidligere »dobbelte Rets-system« var smeltet sammen til en Enhed, forklares tilstrækkeligt ved de justinianske Retskyndiges almindelige Utilbøjelighed til radikale Ændringer af de klassiske Juristers Udtalelser.⁴³

IV. Naar, som paavist under III, den med en peremptorisk exceptio

⁴⁰ Jhering Geist des römischen Rechts III S. 126—127, Gradenwitz S. 13 ff., 303.

⁴¹ Gradenwitz S. 303—307, Schlossmann S. 30, Lenel S. 112—117, 137, Brinz § 586 Note 42—43.

⁴² Lenel S. 106 ff., Schlossmann S. 24—31, Gradenwitz S. 307, 310—313, 317, Brinz §§ 106—108, 586, Thon Rechtsnorm S. 263—264, 266—267.

⁴³ Jfr. Schlossmann S. 29 Note 37.

behæftede obligatio ikke materielt er svagere end den ipso jure ugyldige, er Uholdbarheden given af Paastanden om, at den prætoriske Ugyldighed som saadan skulde være svagere end den civile. Urigtigt er det altsaa at betegne den første som Anfægtelighed, den sidste som Nullitet, og det indrømmes da ogsaa fra alle Sider, at saadan Terminologi ikke vilde stemme med Kildernes Sprogbrug i deres Karakteristik af de enkelte Ugyldighedstilfælde.⁴⁴ Herefter bortfalder det andet ovfr. S. 188 rejste Spørgsmaal, om Forskjellen imellem den civile og 20 den prætoriske Ugyldighed er Udtrykket for den Opfattelse, at de prætoriske Ugyldighedsgrunde bør virke svagere end de civile. Men overfor den almindelige Tilslutning, som den Savigny-Windscheidske Lære har vundet, turde det dog være paa sin Plads at klare sig, hvorledes dette andet Spørgsmaal under Forudsætning af hin Theoris Rigtighed maatte besvares. Det vil straks blive indlysende, at Spørgsmaalet maatte besvares benægtende. I Virkeligheden indrømme selve Theoriens Tilhængere dette, idet de vedkjende sig, at den Grænselinie mellem de to Ugyldighedsgrupper, som de mene at finde i den romerske Ret, skyldes særlige historiske Forhold og maatte omlægges for at komme i Overensstemmelse med Forholdenes Natur.⁴⁵ Den ovfr. i § 2 nærmere beskrevne, væsentligt paa Modsætningen imellem jus honorarium og jus civile opbyggede Ugyldighedslære, som man har tillagt den romerske Ret, er overhovedet saa lidet stemmende med naturlig Ret, at det bliver ganske umuligt at forklare den som udsprungen af Forestillinger om, hvorledes Ugyldighedsreglerne burde være.⁴⁶ Derimod bliver Læren nogenlunde forklarlig, naar man opfatter de prætoriske Ugyldigheder som Udtryk for, hvad Prætor magtede at udrette i Retning af Ugyldighed. Den Savigny-Windscheidske Ugyldighedslære kan i det hele synes at være et Indbegreb af ret naturlige Konsekvenser af den Sætning, at Prætor ikke kan ophæve jus civile.

V. Med det under II og III oplyste formenes de Paastande fældede, at den almindelige, af Savigny og Windscheid repræsenterede Ugyldig-

⁴⁴ Savigny § 202 Note 2, Windscheid § 82 Note 2, Schlossmann S. 23 Note 30, Brinz §§ 531, 532 Note 28, Leonhard S. 302.

⁴⁵ Windscheid § 47 Note 1, § 82 Note 3, Dernburg I § 120.

⁴⁶ Jfr. Schlossmann S. 26.

dighedslæres Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed har Hjemmel i romersk Ret og staar som et Udtryk for den Opfattelse i den romerske Retsvidenskab, at visse Ugyldighedsgrunde bør virke stærkere end andre. Hermed er det naturligvis ikke givet, at der ifølge romersk

21 Ret overhovedet ikke kan sondres imellem Tilfælde af stærkere og svagere virkende Ugyldighed, der passende kunde betegnes henholdsvis som Nullitet og Anfægtelighed, og at ikke en anden Gruppering af de romerske Ugyldighedstilfælde under disse to Rubra lader sig opstille. Der foreligger da ogsaa Forsøg paa saadan Gruppering under Opgivelse af det Savignyske Grundlag og under omhyggelig Hensyntagen til de enkelte Retsafgjørelser og Kildernes Karakteristik af de enkelte Ugyldighedstilfælde.⁴⁷ Men ved saadanne Forsøg skal der ikke dvæles nærmere her. Den nærmere Betragtning af Kilderne vil nemlig vise, at enhver Forestilling om en Dualisme indenfor Ugyldighedens Grader, svarende til Modsætningen Nullitet og Anfægtelighed i den Forstand, at der for hver af disse to Grupper skulde gjælde et nogenlunde ensartet Sæt af Retsregler i Modsætning til de for den anden gjældende, er fremmed for Romerretten. *Den romerske Ret har udelukkende behandlet hver enkelt Ugyldighedsgrund for sig og undergivet den sine særegne Regler, men giver intet brugbart Bidrag til en almindelig Ugyldighedslære.*⁴⁸ Forsøger man i Henhold til Kildernes Regler om og Karakteristik af de enkelte Ugyldighedstilfælde at opstille to Grupper af Ugyldighedstilfælde, en stærkere og en svagere, vil det vise sig, at Modsætningerne imellem de enkelte Tilfælde er ganske flydende. Det vil vise sig, at adskillige af de Retsregler, som gjælde for et Tilfælde af den stærkere Gruppe, ville gjenfindes hos Tilfælde af den svagere Gruppe og ikke hos andre Tilfælde af den stærkere o. s. v.⁴⁹ *Romerretten giver saaledes ingen Støtte for en brugbar al-*

22 *mindelig Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed.* Paa den anden Side giver den heller ikke nogen Oplysning om, at en saadan Sondring skulde være uden Værdi, thi at den romerske Ret savner Sondringen.

⁴⁷ Se navnlig Brinz (Lotmar) §§ 586—588.

⁴⁸ Gradenwitz S. 5, Jacobi S. 96 Note 86.

⁴⁹ Se navnlig Undersøgelserne hos Gradenwitz angaaende intercessiones mulierum, donationes inter virum et uxorem og metus, Mitteis S. 88.

kunde have sin Grund deri, at Ugyldighedsreglerne aabenbart i vidt Omfang skyldte de *særlige historiske Udviklingsforhold* deres Indhold.

For de følgende Undersøgelser kan Romerretten altsaa kun have Betydning gennem sine Enkeltafgjørelser. Og selv disses Betydning maa ikke overvurderes. Navnlig maa det erindres, at den svagere Virkning, som visse prætoriske Ugyldighedstilfælde undertiden have, ikke paa Forhaand kan antages at skyldes en Opfattelse af, at saaledes burde det være. Denne svagere Virkning kan meget vel skyldes den Omstændighed, at Prætor ikke magtede mere i Retning af Ugyldighed, at han ikke kunde ophæve jus civile. Antager man det saaledes for almindelig Regel, at de prætoriske Ugyldighedsgrunde kunne fjernes ved et formløst pactum se ovfr. S. 192, kan denne Regel naturligt forklares deraf, at der formelt forelaa en efter jus civile gyldig Ret, saa at det kun gjaldt at aabne fri Anvendelse for jus civile, medens der ved den ipso jure ugyldige Retshandel ikke forelaa noget tilsvarende Tilknytningspunkt for Gyldigheden af pactum.⁵⁰ Forsaavidt prætoriske Ugyldighedsgrunde ved Ejendomsoverdragelse kun virkede paa den Maade, at Overdragelsen var gyldig, og at der gaves Overdrageren en Fordringsret paa Ejendomsrettens Tilbageførelse (»Anfægtelighed ex nunc«, se ndfr. § 7), kan ogsaa dette maaske skyldes den Omstændighed, at Prætor ikke kunde ophæve de civile Regler om Ejendomsrets Erhvervelse,⁵¹ i Forbindelse med den romerske Rets Mangel af Regler om eksstinktiv Godtroserhvervelse for Tredjemand, hvilken Mangel kunde gjøre det mis-

§ 4.

Nullitet og Anfægtelighed i andre Retsforfatninger.

I. I *allgemeines Privatrecht für die preussischen Staaten* gjenfinder Dernburg i det væsentlige den ovenfor i § 2 beskrevne Sondring imellem Nichtigkeit og Anfechtbarkeit, der forøvrigt indrømmes ikke skarpt

⁵⁰ Jfr. Lenel S. 129—130.

⁵¹ Jfr. Schlossmann S. 26. Muligvis maa det forøvrigt antages, at den fremtvungne traditio ikke overfører Ejendomsret, Brinz § 531 Note 10 ff. Jfr. ndfr. S. 217 Note 125 og S. 252 Note 209—12.

at afprøge sig i Lovbogens Terminologi.⁵² Men Nichtigkeit er hyppigt kun relativ, se ndfr., og Ugyldighedsgrundene fordele sig ganske anderledes end efter den Windscheidske Lære. Som Eksempler paa Anfægtelighed nævnes det Tilfælde, at den kjøbte Ting har Mangler, Gjenkaldelighed af Gaver paa Grund af Utaknemlighed og Afkræfteligheden af den insolvente Skyldners Retshandler ved hans Kreditorer.⁵³ Under nichtige Retshandler henhøre derimod: undertiden de, som ere ugyldige paa Grund af Formmangel,⁵⁴ de, der ere ugyldige paa Grund af Viljesmangel, Vildfarelse, Svig og Tvang⁵⁵ eller fordi de stride imod Lov og Ærbarhed⁵⁶ og vistnok de, der ere ugyldige paa Grund af Umyndighed.⁵⁷ Men naar Ugyldigheden skyldes Viljesmangel, Vildfarelse, Svig og Tvang, siges Nulliteten kun at være relativ, hvorved navnlig sigtes til, at Medkontrahenten maa finde sig i, at den Part, for hvis

24 Skyld Ugyldigheden er anerkjendt, fastholder Overenskomsten.⁵⁸ Ogsaa Ugyldigheden paa Grund af Umyndighed er undertiden kun relativ. Ved den relative Nichtigkeit tilsidesættes i vidt Omfang den Sætning, at den af Nichtigkeit lidende Retshandel ikke kan blive gyldig ved Afkald paa Ugyldighedsgrunden, men saadant Afkald berører dog ikke Tredjemands Ret.⁵⁹ Heller ikke fastholdes ved relativ Nichtigkeit ubetinget den Sætning, at Ugyldigheden tages i Betragtning uden at være releveret.⁶⁰

II. Ogsaa i *den østerrigske Lovbog* indlægges den sædvanlige Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed, saaledes at man under Anfægtelighed henlægger navnlig Ugyldigheden paa Grund af læsio enormis, Mangler ved Ydelsen, urigtig Formening om Pligt til at paatage sig Ydelsen og turpis eller injusta causa samt Gavers Gjenkaldelighed paa

⁵² Dernburg Pr. I S. 145.

⁵³ Dernburg Pr. I S. 145—146.

⁵⁴ Dernburg Pr. I S. 145, 195, 196, 206.

⁵⁵ Dernburg Pr. I S. 231, 232, 234, se ndfr. Note 58.

⁵⁶ Dernburg Pr. I S. 162.

⁵⁷ Preuss. Landrecht §§ 20—23 (1—4), §§ 11—14, 37 og 38 (1—5), jfr. Dernburg Pr. I S. 148.

⁵⁸ Citater i Note 55. Disse Ugyldighedsgrunde henføres derfor (ndfr. § 11) af andre Forfattere til Anfægtelighedsgrunde, Reatz I S. 51 Note 1, Endemann I S. 308 Note 13.

⁵⁹ Dernburg Pr. I S. 146, 167—168, Preuss. Landr. §§ 186—188 (1—5).

⁶⁰ Dernburg Pr. I S. 146.

Grund af Utaknemlighed,⁶¹ medens man under Nichtigkeit — der ligesom efter preuss. Landrecht undertiden er relativ — henfører Ugyl-dighed paa Grund af Formmangel, Viljesmangel, Tvang, Svig, Umyndighed og Strid mod Forbudslov.⁶²

III. I *engelsk-amerikansk Ret* indlægge Forfattere ligeledes en Son-dring imellem Nullitet og Anfægtelighed. Efter Pollock er Forskjel-len imellem void og voidable transactions fundamental, men ofte for-dunklet af Skjødesløshed i Sprogbrugen.⁶³ En Overenskomst, som er void, har (bortset fra mulige Poenalvirkninger) slet ingen legal Virk-²⁵ ning og paavirker hverken Parternes eller Tredjemands Retsstilling. En Overenskomst, der er voidable, har derimod fuld legal Virkning, med-mindre og indtil den bestrides og sættes tilside af en dertil berettiget Person; rettest bør den maaske bestemmes som den Overenskomst, der af en af Parterne, om han ønsker det, kan behandles, som om den aldrig havde bundet ham. Til voidable agreements henføres de, som ere ugyl-dige paa Grund af Svig,⁶⁴ undue influence og kompulsiv Tvang.⁶⁵ Efter common law ere fremdeles Umyndiges og Sindssyges Kontrakter void-able, ikke void,⁶⁶ »mere kræver Umyndighedsreglernes Formaål ikke«, og Anfægtelsen kan kun finde Sted indenfor en rimelig Tid, efterat Bar-net er blevet myndigt.⁶⁷ Men efter Infants Relief Acta 1874 ere ad-skillige af Børns Kontrakter void, og de kunne ikke ratihaberes.⁶⁸ Void

⁶¹ Unger § 91 Note 76.

⁶² Unger § 9 Note 7—13, 76.

⁶³ Pollock S. 7—8, 448, jfr. Wharton § 28, der bemærker, at man som void kun bør betegne »transactions which are either (1) absolutely prohibited by law, or (2) wanting in one of the necessary constituents of a valid agreement : two parties capable of consenting, or a concurrence of minds as to a particular object of consent«.

⁶⁴ Wharton § 283, Leake S. 350, 380, 426, Indian Contract Act. s. 19, jfr. dog Pollock S. 448 og ndfr. Note 71 samt § 11 Note 170, § 12 Note 178.

⁶⁵ Pollock S. 553, Wharton §§ 145, 154, Leake S. 426, Indian Contract Act. s. 19.

⁶⁶ Pollock S. 51—59, 91—94, Wharton §§ 31, 114, Leake S. 542—543; i Modsætning til Pollock erklære dog Leake S. 577 og Wharton § 117 a den sindssyges Kontrakt for void, naar han slet ikke vidste, hvad han gjorde.

⁶⁷ Pollock S. 59.

⁶⁸ Pollock S. 60—64, Leake S. 543. Efter Indian Contract Act. s. 10 ere Umyndiges og Sindssyges Kontrakter vistnok void, jfr. Cunningham og Shepherd S. 47 og 57.

ere endvidere Overenskomster, som ere ugyldige paa Grund af Ydelsens Umulighed,⁶⁹ i Almindelighed Overenskomster, som stride mod 26 Lov og Ærbarhed,⁷⁰ og undertiden de paa Grund af Vildfarelse⁷¹ ugyldige. — *The Indian Contract Act* (1872) giver i s. 2 Definitioner af Begreberne void og voidable agreements, der opfattes paa samme Maade som Sondringen hos Pollock;⁷² hvorledes denne Lov fordeler Ugyldighedsgrundene, er angivet i Noter i det foregaaende.

III. Ogsaa hos *franske Forfattere* gjenfinde vi Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed. I Tilknytning til Bestemmelserne i code civil art. 1304 om en tiaarig Forældelsestid for l'action en nullité ou en rescision og i art. 1338 om, at de Retshandeler, der kunne angribes med denne Klage, vinde Gyldighed ved Ratihabition, opstiller saaledes Mourlon⁷³ en Sondring imellem contrats nuls og contrats annulables. De førstnævnte have kun tilsyneladende Eksistens og kunne ikke blive gyldige. Contrats annulables ere de, til hvilke l'action en nullité ou en rescision refererer sig. De ere virkelige Kontrakter, der foreløbig have samme Virkning som den gyldige Kontrakt, jfr. art. 1234, men de lide af en Mangel, ifølge hvilken den ene af Parterne kan angribe dem med ovennævnte Klage eller forsvarsvis med Indsigelse og faa deres Nullitet judicielt konstateret, saa at Forholdet stiller sig, som om de aldrig vare indgaaede. Paa den anden Side kan Mangelen udslettes ved en Ratihabition af Retshandelen fra den paagældende Parts Side (art. 1338), som gjør den gyldig fra Indgaaelsen af, men dog ikke kommer Tredjemand til Skade.⁷⁴ Ligeledes bortfalder Mangelen, naar Forældelsesfristen for l'action en nullité er udløben, uden at Retshandelen

⁶⁹ Pollock S. 376.

⁷⁰ Pollock S. 257, 332—332, Wharton §§ 370, 382 ff., Leake S. 770. Saaledes ogsaa *Indian Contract Act*. s. 23.

⁷¹ Herunder falde vistnok — bortset fra de Tilfælde, hvor Vildfarelsen har affødt uoverenstemmende Akcept, saa at der ikke foreligger nogen Overenskomst — fra visse Synspunkter, se ndfr. § 11 ved Note 170, § 12 Note 178, dels Viljesmangel, dels Tilfælde af særlig væsentlig Vildfarelse i Motiverne, jfr. Pollock S. 448, Wharton §§ 172, 180, Cunningham og Shepherd S. 88—89.

⁷² Cunningham og Shepherd S. 30.

⁷³ Mourlon Répétitions écrites sur le code civil, 11 ed. II S. 812 ff.

⁷⁴ Mourlon II S. 871—874, Aubry et Rau IV S. 269—270, Sirey Codes annotés ad art. 1338 § 6, jfr. ndfr. § 10 Note 160 og 161.

er bleven angreben (»stiltiende Ratihabition«). Om denne Forældelse ogsaa rammer Indsigelsen imod Retshandelen, er omtvistet.⁷⁵ Til con- 27
trats annulables henregnes ⁷⁶ de, som ere ugyldige paa Grund af kompulsiv Tvang, Svig, error in substantia eller error in persona (art. 1117 »la convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision«) samt paa Grund af manglende Myndighed (art. 1125, 1304). Nuls ere Retshandler,⁷⁷ naar en af de essentielle Betingelser for deres Indgaaelse mangler (Mangel af Samtykke, derunder Viljesmangel og det Tilfælde, at en Part ganske mangler Viljesevne, Mangel af Gjenstand ☉: Ydelsens Umulighed og Mangel af cause, jfr. art. 1108), i Almindelighed naar de stride mod en Forbudslov, og naar de foreskrevne Former ikke ere iagttagne. — Andre franske Forfattere forkaste Forskjellen imellem contrats nuls (en plein droit) og annulables ⁷⁸ og opstille Forholdet saaledes, at Nullitetsklagen refererer sig til alle ugyldige Retshandler (contrats nuls) i Modsætning til actes inexistants ou non avenues.⁷⁹ Forældelsesreglen i art. 1304 og Ratihabitionsbeføjelsen efter art. 1338 (dog med Undtagelser) henføres da til contrats nuls i Modsætning til actes non avenues.⁸⁰ Grænsen imellem disse Begreber fastsættes ikke meget klart; contrats nuls er et noget videre Begreb end Mourlons contrats annulables, actes non avenues noget snævrere end Mourlons contrats nuls.

IV. Medens det med Hensyn til de under I—III omtalte Retsforfatninger kan være tvivlsomt, dels om de overhovedet vedkjende sig en almindelig Sondring af retlig Betydning imellem Nullitet og Anfægtelighed, eller om ikke denne vilkaarligt indlægges i Lovgivningen af For- 2
fatterne, dels om, hvorledes denne Sondring nærmere skal forstaaes, og hvor Grænselinien skal drages, lovfæster den nye *tyske bürgerliches*

⁷⁵ Bekræftende Mourlon II S. 821, benægtende Aubry et Rau § 339 Note 29, jfr. Sirey ad art. 1304 (exception).

⁷⁶ Mourlon II S. 814.

⁷⁷ Mourlon II S. 813.

⁷⁸ Aubry et Rau § 37 Note 2, § 127 Note 2, § 334 Note 1.

⁷⁹ Aubry et Rau §§ 37, 334.

⁸⁰ Aubry et Rau §§ 337, 339.

Gesetzbuch af 18. Aug. 1896 (B. G. B.) i §§ 139—140⁸¹ udtrykkeligt og forholdsvis klart en saadan Sondring under de traditionelle Terminologier Nichtigkeit og Anfechtbarkeit.

Som Fællesbetegnelse for Retshandler, der ikke have Retsvirkning, benytter B. G. B. Betegnelsen unwirksam.⁸² Lovens Gruppering⁸³ af Ugyldighedstilfældene (Uvirksomhedstilfældene) er følgende:

1. Den »*nichtige*« Retshandel⁸⁴ opfattes i Henseende til Retsvirkning som ikke foretagen, og den kan følgelig aldrig blive virksom.⁸⁵ Stadfæstes den af den, som har foretaget den, bedømmes Stadfæstelsen som ny Foretagelse af Retshandelen, og naar en nichtig Overenskomst stadfæstes af Parterne, formodes de pligtige til at yde hinanden, hvad de skulde have, dersom Overenskomsten havde været gyldig fra Begyndelsen af (§ 141). Som »*nichtige*« betegner B. G. B. følgende Retshandler:

a. De, der foretages af en Geschäftsunfähig (Personer, som ere under 7 Aar, som befinde sig i en vedvarende Tilstand af sygelig Aandsvirksomhed, der udelukker den frie Viljesbestemmelse, eller som ere 29 umyndiggjorte paa Grund af Sindssygdom) eller under Tilstande af Bevidstløshed eller forbigaaende Forstyrrelse af Aandsvirksomheden (§§ 104, 105).

b. Visse Retshandeler, hvor Ugyldigheden skyldes Viljesmangel, nemlig naar bevidst Viljesmangel er Medkontrahenten bekendt, Proforma-retshandelen og den Viljeserklæring, som ikke er alvorlig ment, og som er afgiven i den Formening, at dette ikke vilde blive miskjendt (§§ 116 --118).

⁸¹ B. G. B. §§ 139—144 angaa Retshandler i Almindelighed; ved Gjengivelsen af disse Bestemmelser her haves særligt Overenskomster for Øje.

⁸² Planck I S. 142, Endemann I S. 316, D. Entw. Mot. I S. 216.

⁸³ Jfr. Kritik af Jacobi S. 51 ff.

⁸⁴ Planck I S. 145, 192, D. Entw. Mot. I S. 217—218.

⁸⁵ Undtagelser anerkjendes med Hensyn til nichtige Ægteskaber i §§ 1325, 1324. Som Undtagelse kan ikke nævnes det, at f. Eks. den, der har faaet en Ting overdraget af den, som besidder Tingen ifølge en nichtig Overdragelse, bliver Ejer efter Reglerne om godtroende Tredjemands Retsbeskyttelse, f. Eks. § 932 ff., thi disse Regler gjælde ogsaa, selv om den overdragende uberettede Besidders Ihændehevelse af Tingen er opnaaet uden nogensomhelst Retshandel med Tingens Ejer.

c. Retshandeler, som ikke foretages i den foreskrevne Form (§ 125).

d. Retshandeler, som stride mod et Lovforbud, og som Loven derfor nægter Retsbeskyttelse, samt Retshandeler, som stride imod gode Sæder (§§ 134, 138 og en Række særligt nævnte Retshandeler f. Eks. § 248).

e. Overenskomster om en umulig Ydelse (§ 306).

I andre Tilfælde benytter B. G. B. ikke Betegnelsen *nichtig*. Men *nichtige* ere fremdeles de Retshandeler, om hvilke det siges, at de ikke kunne indgaas,⁸⁶ f. Eks. §§ 276, 399, og naar det med Hensyn til en Retshandel bliver sikkert, at den aldrig kan blive virksom, jfr. under 2 og 3, behandles den som *nichtig*.⁸⁷

2. Den *anfægtelige* Retshandel⁸⁸ opfattes ligeledes som oprindeligt lidende af en Mangel, men der tages kun Hensyn til denne Mangel, naar den gjøres gjældende af den anfægtelsesberettigede; indtil dette sker, er Retshandelen virksom.⁸⁹ Fra dette Synspunkt giver B. G. B. følgende Bestemmelser: Naar en anfægtelig Retshandel anfægtes, anses den som *nichtig* fra Begyndelsen af, og den, der kjendte eller burde kjende Anfægteligheden, behandles da, som om han havde kjendt eller 30 burdet kjende Retshandelens *Nichtigkeit*⁹⁰ (§ 142). Ifølge § 143 sker Anfægtelsen ved Erklæring overfor »Anfechtungsgegner«, ved Overenskomster i Almindelighed Medkontrahenten, selv om den paagjældende Ret nu er overført til Tredjemand.⁹¹ Anfægtelse er udelukket, naar den anfægtelige Retshandel stadfæstes af den anfægtelsesberettigede. Den anfægtelige Overdragelsesretshandel, som stadfæstes af Overdrageren, gaar altsaa forud for dennes senere Overdragelser,⁹² forudsat at der ikke er tillagt Erhververen ifølge disse en eksstinktiv Godtros-erhvervelse, hvilket imidlertid i vidt Omfang er Tilfældet.⁹³ Stadfæstel-

⁸⁶ Planck I S. 145, Endemann I S. 316 Note.

⁸⁷ Planck I S. 145, 146.

⁸⁸ Planck I S. 145, 192—196, Endemann I S. 320—322, D. Entw. Mot. I S. 218—222.

⁸⁹ I enkelte Retninger kan dog Mangelen gjøres gjældende før Anfægtelsen; saaledes kan Kautionisten nægte Opfyldelse, saalænge som Skyldneren kan anfægte sin Retshandel (§ 770).

⁹⁰ Jfr. Note 85.

⁹¹ Planck I S. 194, D. Entw. Mot. I S. 221.

⁹² Endemann I S. 355 Note 5.

⁹³ Se navnlig §§ 932 ff., ovfr. Note 85. Betydning faar den i Teksten angivne Sætning navnlig for Overdragelse af Fordringsrettigheder.

sen (Bestätigung) udkræver ikke den for Retshandelen foreskrevne Form (§ 144). Som anfægtelige Retshandeler nævner B. G. B. dem, der ere ugyldige paa Grund af Vildfarelse (uægte og ægte)⁹⁴ (§ 119), urigtig Meddelelse ved Mellemand (§ 120), kompulsiv Tvang og Svig (§ 123); saadanne Retshandeler kunne anfægtes af den Part, som indgik Retshandelen under Vildfarelse, Tvang osv. For Anfægtelsen ere Forældelsesfrister foreskrevne (§§ 121, 124), og naar disse ere forløbne, uden at Anfægtelse har fundet Sted, er Retshandelen fuldstændig virksom.

3. Udenfor de under 1. og 2. angivne Tilfælde benytter B. G. B. ikke Betegnelserne nichtig og anfechtbar. Som en Gruppe af Ugyldigheds-
 31 tilfælde, hvorpaa disse Betegnelser ikke anvendes, nævnes Retshandeler, der ere uvirksomme, men kunne blive virksomme ved Tredjemands Ratihabition af Retshandelen. For saadanne Tilfælde er Terminologien *svævende Uvirksomhed*⁹⁵ foreslaaet. Herhen høre Overenskomster, afsluttede af Personer med begrænset Myndighed (Mindreaarige over 7 Aar, de, som ere umyndiggjorte af anden Grund end Sindssygdom) uden den foreskrevne Medvirken af Værgen, og Retshandeler, afsluttede i en andens Navn uden Fuldmagt. Disse Retshandeler blive⁹⁶ virksomme ved Værgens (eller den Myndigblevnes) og den Repræsenteredes Ratihabition (Genehmigung, §§ 106—110, 114, §§ 177, 178). Om denne Ratihabition bestemmer § 184, at den, naar ikke andet bestemmes, virker tilbage til Retshandelens Foretagelse, dog at de Dispositioner, som før Ratihabitionen ere foretagne af Ratihabenten over den paagjældende Gjenstand, ikke blive uvirksomme ved denne Tilbagevirken, ligesaa lidt som de i Mellemtiden ved Kreditorers Retsforfølgning erhvervede

⁹⁴ Som reale Grunde for at reducere Vildfarelse til Anfægtelighedsgrund anføres, Reatz. I S. 51 Note 1, at der ikke gjøres nogen Uret imod den vildfarende Part ved at forlange en Anfægtelighedserklæring af ham, og at Medkontrahenten ikke lider nogen Uret derved, at Overenskomsten bliver virksom for ham ved Udeblivelse af Anfægtelse. Tredjemand forment ikke at have nogen berettiget Interesse i, at Vildfarelse erklæres for Nullitetgrund.

⁹⁵ Planck I S. 146, 144, jfr. Endemann I S. 316—317 Noten, 354—355, D. Entw. Mot. I S. 245—247.

⁹⁶ Planck synes i S. 144 at antage den Umyndige for bunden indtil videre (?).

Rettigheder over Gjenstanden.⁹⁷ Endvidere nævnes her Retshandeler, som gaa ud paa en Raaden over Ting eller Rettigheder fra en inkompetent Persons Side.⁹⁸ Disse blive — bortset fra Reglerne om eksstinktiv Godtroserhvervelse⁹⁹ — virksomme ved den berettigedes Ratihabition (§ 185), og om denne gjælde de nysanførte Bestemmelser i § 184. Ogsaa blive disse Retshandeler virksomme derved, at Foretageren af Retshandelen erhverver dens Gjenstand eller arves af den berettigede, saaledes at denne ubegrænset hæfter for hans Forpligtelser (§ 185).

4. I de under 1—3 angivne Tilfælde er Retshandelens Uvirksomhed ³² absolut. Men B. G. B. kjender ogsaa Tilfælde, i hvilke Retshandelen i Almindelighed er virksom, men i Forhold til enkelte Personer behandles som ikke tilværende (relativ Uvirksomhed),¹⁰⁰ f. Eks. Afhændelser i Strid med et Lov- eller Retsforbud, som kun tilsigter bestemte Personers Beskyttelse (§§ 135, 136).

5. Endnu bemærkes, at B. G. B. med Hensyn til Overdragelsesretshandler, som foretages under relevante urigtige eller bristende Forudsætninger, eller som iøvrigt mangle retlig causa, i Almindelighed stiller sig saaledes, at Overdragelsen erklæres for fuldt virksom, men at Overdrageren erholder et Berigelseskrav overfor Erhververen (§§ 812 ff.).¹⁰¹ Dette Forhold vedkommer ifølge Opfattelsen i B. G. B. ikke Læren om Uvirksomhed eller Ugyldighed.

V. Af de i *dansk Ret* fremkomne Bidrag til en almindelig Ugyldighedslære maa her omtales Fremstillingerne hos A. W. Scheel og Gram. *Scheel*¹⁰² sonderer imellem absolut og relativ Ugyldighed; er Ugyldigheden afhængig af menneskelig Vilkaarlighed, saa at en eller anden Person har Ret til at angribe Retshandelen som ugyldig, men denne, saafremt den ikke saaledes angribes, beholder sin fulde Virkning, kaldes Ugyldigheden relativ, ellers er den absolut. Naar Ugyldigheden er relativ og altsaa beror paa en vis Persons Ret og Vilje, kan denne Ret have sin egen Skjæbne og muligvis falde bort, hvorved da Retshande-

⁹⁷ Planck S. 237, D. Entw. Mot. I S. 247, jfr. derimod ovfr. ved Note 92.

⁹⁸ Planck I S. 146, 144, 238—239.

⁹⁹ Note 34.

¹⁰⁰ Planck I S. 146, 186—187.

¹⁰¹ Jfr. Planck I S. 147—148.

¹⁰² Privatrettens almindelige Del II § 130.

lens Ugyldighed ophører. Som Eksempler paa absolut Ugyldighed nævnes de af umyndige og mindreaarige paa egen Haand overtagne ensidige Forpligtelser. Relativ Ugyldighed foreligger f. Eks., naar en Retshandel er fremkaldt ved en Parts Svig eller ulovlige kompulsive Tvang, naar Umyndige eller Mindreaarige paa egen Haand indgaa gjensidige

33 Kontrakter, og naar nogen i Uraadighedstilstand raader over sit Gods til Skade for den Kreditor, som har bevirket Uraadigheden. Om den ugyldige Retshandels Konvalescens i Almindelighed udtaler Scheel sig ganske i Overensstemmelse med Savigny.¹⁰³ Hvad særlig Partens Godkjendelse af den ugyldige Retshandel angaar, bemærkes om den relative Ugyldighed, at »den Ret, som haves til at angribe Retshandelen, kan tilintetgjøres, og derved ophører da Ugyldigheden, hvilket maa kunne ske ogsaa derved, at der gjøres Afkald paa Rettigheden«. ¹⁰⁴ Om Godkjendelsen af den absolut ugyldige Retshandel siges det, at den »dog egentlig er en ny Kontrakt, hvorved Vedkommende gaa ind i den ældre Retshandel«. Men andetsteds ¹⁰⁵ udtaler Scheel uden Sondring imellem absolut og relativ Ugyldighed, at Godkjendelsen af en ugyldig Retshandel, naar Godkjenderen nu kan afslutte en saadan, i Regelen maa have den Virkning, at den ældre Retshandel bliver gyldig, og at Retshandelens Virkninger, saafremt ingen Indskrænkning ved Godkjendelsen gjøres, maa regnes fra dens Afslutning, dog at de Rettigheder, som Tredjemand i Mellemtiden maatte have erhvervet over Retshandelens Gjenstand, ikke derved i og for sig svækkes. Om denne sidste Begrænsning ogsaa skal omfatte de relative Ugyldighedstilfælde, er overfor de først citerede Udtalelser om dissens Godkjendelse ikke klart.

Gram ¹⁰⁶ sonderer indenfor Ugyldigheden mellem ubetinget (Nullitet) og betinget Ugyldighed (Omstødelighed eller Infrimitet). Nullitetstilfælde ere de, hvor en Retshandel, trods et udvortes Skin, i juridisk Forstand aldeles ikke eksisterer eller har eksisteret og derfor aldeles ikke

34 kan have nogen retlig Virkning. Nulliteten kan enten skyldes en væsentlig Mangel i Henseende til de Hovedmomenter, der betinge Rets-

¹⁰³ Ovfr. S. 182.

¹⁰⁴ Scheel S. 138.

¹⁰⁵ Scheel S. 61—62.

¹⁰⁶ Om de private Retsforhold i Almindelighed S. 46—51.

handlers Gyldighed, altsaa med Hensyn til Personer, Retshandelens Gjenstand eller Indhold og dens Form, f. Eks. en af en Afsindig oprettet Kontrakt, en om noget absolut umuligt indgaaet Retshandel, eller en Forbudslov. Betydningen af den egentlige Nullitet er, at Retshandelens Ugyldighed indtræder eo ipse, uden at der behøves noget særegent Retsmiddel eller nogen særlig Virksomhed for at bevirke den. Dernæst ligger det i Nullitetens Begreb, at den paagjældende Retshandel slet ikke har eller faar nogen retlig Virkning. Som et »ganske særegent« Tilfælde fremhæves det, at Retshandelen vel fra første Færd er ugyldig, men dog kan faa Retsgyldighed, dersom rette vedkommendes Samtykke siden paa bindende Maade gives, f. Eks. naar en Umyndig paa egen Haand har afsluttet en Formuekontrakt, i hvilket Fald Kontrakten ordentligvis bliver gyldig, naar den Umyndiges Værge eller andre rette Vedkommende senere giver sit Samtykke; dette kaldes relativ Nullitet. Naar en af Nullitet lidende Retshandel iøvrigt godkjendes af rette Vedkommende, er det egentlig en ny Retshandel, der indgaas, hvorvel dens Virkninger som oftest ifølge Paagjældendes Vilje regnes fra den godkjendte Retshandels Oprettelse. Retshandlers Omstødelighed bestaar deri, at deres Virksomhed enten ganske eller tildels kan hæves paa Grund af en selvstændig modstaaende Ret, der tilkommer enten den Medhandlende eller Tredjemand, f. Eks. naar nogen ved Tvang eller Svig er bragt til at indgaa en Retshandel, samt i de D. L. 5—3—18 omhandlede Tilfælde. Benyttes denne Ret ikke, eller bortfalder den, f. Eks. ved Renunciation, bliver Retshandelen staaende ved fuld Magt. Benyttes Omstødelighedsbeføjelsen, bliver Virkningen undertiden den samme som Nulliteten, undertiden den, at Retshandelen kun bliver ugyldig ex nunc.

Som det vil ses, er Scheels og Grams Lære en Gjengivelse af Savignys, der dog ikke synes ganske klart opfattet af Scheel. Dennes absolute og relative Ugyldighed og Grams Nullitet og Omstødelighed svare 35 til Savignys Nichtigkeit og Anfechtbarkeit, kun at Scheel henlægger Savignys relative Nichtigkeit under den relative Ugyldighed (=: Anfægtelighed).

Ogsaa hos *Schrevelius*¹⁰⁷ findes en Gruppering af Ugyldighedstilfælde,

¹⁰⁷ Lärobok i Sveriges Civil-Rätt I §§ 69 og 70.

der svarer til den almindelige romanistiske. *Piatou*¹⁰⁸ har ligeledes, under Terminologierne absolut og relativ Ugyldighed, den traditionelle Sondring, dog saaledes at Hovedvægten lægges ikke paa Anfægtelighedens traditionelle Hovedmærke (ndfr. § 8), men paa, om Retshandelen kun er ugyldig til Fordel for en bestemt Person (de ndfr. i §§ 9 og 11 omtalte Kjendemerker) og med den relativt rigtige (ndfr. § 7) Opstilling af Anfægteligheden ex nunc som tredje Led i Inddelingen. Andre norske Forfattere¹⁰⁹ bevæge sig ligesom danske¹¹⁰ jævnlgt i Terminologier, der svare til og forudsætte den almindelige romanistiske Gruppering. Af senere danske Forfattere, som direkte behandle Ugyldighedsæmnet, omtale Goos¹¹¹ og Torp¹¹² ikke Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed; i min Obligationsrets almindelige Del¹¹³ findes en kort Bemærkning om, at denne Sondring næppe er af Interesse for dansk Ret.¹¹⁴

VI. *Den schweiziske Obligationenrecht* af 1881 indskrænker sig til at give Regler om de enkelte Ugyldighedsgrunde og opstiller ingen almindelig Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed.¹¹⁵

Tilbageblik over Grundlaget for Undersøgelsen.

Det blev ovenfor i § 3 paavist, at den romerske Ret ikke giver nogen Støtte for den traditionelle Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed. Men Udviklingerne i § 4 vise, at der næsten overalt er Tilbøjelighed til at opstille denne Sondring, og at den endog i Lovgivninger, og det Lovgivninger fra de sidste Tider, er udtrykkeligt lovfæstet. Ved første Øjekast synes dette at afgive Vidnesbyrd for Sondringens Rigtighed.

¹⁰⁸ O. Piatou: Forelæsninger over norsk Arveret S. 208—209.

¹⁰⁹ F. Eks. Getz, S. 77 ff., Hagerup: Den norske Panteret, 2den Udg. S. 55—65, 311—313.

¹¹⁰ F. Eks. Deuntzer: Den danske Skifteret S. 352 ff.

¹¹¹ Forelæsninger over den almindelige Retslære II S. 325 ff.

¹¹² Torp S. 52 ff.

¹¹³ §§ 13, 21, 22.

¹¹⁴ I. c. § 13 ved Note 3.

¹¹⁵ Jfr. Schneider ad Art. 18.

Dette Vidnesbyrds Vægt taber sig dog, naar man kaster et Blik paa nedenstaaende Tavle, der udviser, under hvilket Led af Inddelingen de i Lovgivning og Systemer almindelig opførte Ugyldighedsgrunde¹¹⁶ af de forskellige Retsforfatninger og disses Literatur henføres. Ganske vist maa det ved Betragtningen af Tavlen erindres, at Sondringen ikke i alle Retsforfatninger og af alle Forfattere opfattes ganske paa samme Maade; den afgjørende Forskel mellem Nullitet og Anfægtelighed er ikke overalt lagt paa samme Punkt. Og Tavlen udviser intet om Sondringen indenfor Nulliteten mellem den absolute og den Anfægteligheden nærliggende »relative Nullitet«. Men de paa Tavlen opførte Grupperinger hvile dog alle paa den Opfattelse, at de almindelige Ugyldighedsgrunde naturligt falde i to Hovedgrupper, en svagere og en stærkere, i den Forstand, at der for Tilfældene af den ene Gruppe gjælder et betydningsfuldt fælles Sæt Retsregler, som ikke gjælde for Tilfældene af den anden. At denne Opfattelse skulde være rigtig, derom synes Tavlen, der for de fleste Ugyldighedsgrundenes Vedkommende udviser, at de snart henføres til den stærkere, snart til den svagere Gruppe, mest egnet til at vække Tvivl.

¹¹⁶ Ved Opstillingen paa Tavlen bliver det ifølge Literaturens Tilstand nødvendigt at holde sig til de traditionelle, for de forskellige Retssystemer nogenlunde fælles Betegnelser for de enkelte Ugyldighedsgrunde, uanset at disse ikke overalt betyde ganske det samme og undertiden sammenfatte uensartede Ting. Naar det saaledes traditionelt siges, at den ene Parts Umyndighed kan gjøre den gjensidige Kontrakt ugyldig for begge Parter, er dette i Virkeligheden Udtryk for to forskellige Ugyldighedsgrunde. Forholdet er i Virkeligheden det, at den myndige Medkontrahents Ubundethed skyldes Reglerne om urigtige Forudsætninger eller den Omstændighed, at den Umyndige som Barn eller Afsindig ikke har kunnet opfatte hans Løfte (ndfr. § 11). Om denne sidste Ugyldighedsgrund kan Tavlen, da den i Almindelighed ikke nævnes i Systemerne, ikke give nogen Oplysning. At mekanisk (absolut) Tvang ikke er opført paa Tavlen, skyldes den Omstændighed, at den ved saadan Tvang fremkaldte Tilkjendegivelse ikke opfattes som en Retshandel, se § 6, men dog Goos Forelæsninger over almindelig Retslære I S. 325.

Ugyldighedsgrunde	Nullitet	Anfægtelighed	Udenfor Ugyldighedsbegrebet
Umyndighed.	Windscheid, Dernburg Pr., Unger, Indian Contract Act, Mourlon (tildels), B. G. B. (tildels: Børn og Sindssyge), Scheel (tildels), Gram.	Pollock (common law), Mourlon (tildels), Scheel (tildels).	B. G. B. (tildels).
Formmangel.	Windscheid, Dernburg Pr. (tildels), Unger, Mourlon, B. G. B.		
Wiljesmangel (derunder uægte Vildfarelse)	Windscheid, Dernburg Pr., Unger, Pollock, Mourlon, B. G. B. (tildels).	B. G. B. (tildels).	
Vildfarelse (i Bevæggrunden), urigtige Forudsætninger.	Windscheid (undtagelsesvis), Dernburg Pr. (tildels), Pollock (tildels), Mourlon (tildels).	Windscheid (i Alm.), Dernburg Pr. (tildels), Unger (tildels), Pollock (tildels), Mourlon (tildels), B. G. B. (tildels).	B. G. B. i Alm. Overgivesretshandeler og urigtige Forudsætninger saaledes ogsaa flere (ndfr. S. 218 ved 127).
Svig.	Dernburg Pr., Unger, Pollock (tildels).	Windscheid, Wharton, Mourlon, B. G. B., Scheel, Gram.	
Kompulsiv Tvang.	Dernburg Pr., Unger.	Windscheid, Pollock, Mourlon, B. G. B., Scheel, Gram.	
Strid mod Lov eller Ærbarhed.	Windscheid, Dernburg Pr., Unger, Pollock (tildels), Mourlon, B. G. B., Gram.	Pollock (tildels), Unger (tildels).	
Umulighed.	Windscheid, Pollock, Mourlon, B. G. B., Gram.		
telemangel I Almindelighed. Afkræftelse i Konkurstilfælde.	I Almindelighed.	I Almindelighed.	

ANDET AFSNIT

Kritik af Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed

§ 6.

Indledning: Ugyldighedsbegrebet.

Den traditionelle Theori opstiller Nullitet og Anfægtelighed som de to Hovedformer af *Ugyldighed*; om dette Begreb maa der her til Indledning gjøres nogle Bemærkninger.

Berettigelsen af Begrebet »ugyldig Retshandel« er overhovedet bleven bestridt som indeholdende en Selvmodsigelse. Retshandel er — siger man — Udtrykket for den retsvirkende Viljeserklæring, Retshandelen kan altsaa netop ikke være ugyldig ³⁹: uden Retsvirkning. Utvivlsomt er det imidlertid, at baade den almindelige og den legale Sprogbrug hyppigt benytte Betegnelser som ugyldig Retshandel, Overenskomst, ugyldig Kontrakt o. s. v. Forholdet er det, at Betegnelserne Retshandel, Overenskomst, Kontrakt o. s. v. bruges ikke blot om den retsvirkende Erklæring, men tillige om visse Erklæringer, som uden at være retsvirkende, frembyde faktisk Lighed med de retsvirkende. Imellem Retshandelen i snævrere Forstand eller den gyldige Retshandel og Ikke-Retshandelen indskydes som Mellemed den ugyldige Retshandel. Dette Mellemleds nærmere Bestemmelse udkræver Dragelsen af to Grænselinier, nedad overfor det, man ikke vil give Navnet Retshandel, opad overfor den gyldige Retshandel. Nedad drage vi — denne Grænselinie interesserer os forøvrigt ikke direkte her — Linien saaledes, at vi anvende Betegnelsen Retshandel, hvor de almindelige objektive (ydre) Forudsætninger for en gyldig Retshandel foreligge, men ikke nedenfor denne Linie. Her er Talen alene om den formueretlige Overenskomst, og denne bestemmes altsaa som det akcepterede formueretlige Løfte, saaledes at vi under Betegnelsen Løfte indbefatte ikke blot det kontraktmæssige Tilsagn, men ogsaa Overdragelseserklæringen, Opgivelseserklæringen o. desl. Hvad der ligger nedenfor denne Linie, betegnes ikke som Overenskomst, højst som en ufærdig Overenskomst; alt, hvad der ligger ovenfor Linien, betegnes som en Overenskomst.

Vanskeligere er det at finde en med almindelig Sprogbrug nogenlunde stemmende og systematisk brugbar Afgrænsning imellem den gyldige og den ugyldige Overenskomst. At betegne en Overenskomst som ugyldig, blot fordi den bliver uvirksom $\therefore$ ikke faar retlig Virkning som Retshandel, vilde hverken stemme med almindelig Sprogbrug eller være heldigt i systematisk Henseende. Sprogbrugen vil vægre sig ved at betegne f. Eks. en suspensivt eller resolutivt betinget Retshandel som ugyldig, fordi Betingelsen henholdsvis udebliver eller indtræder, saa at Retshandelen bliver virkningsløs. I den almindelige Sprogbrugs Ugyldighedsbegreb ligger ikke blot en Udeblivelse af Retsvirkning, men tilige, at Udeblivelsen ikke stemmer med Retshandelens Indhold. Den ugyldige Retshandel er saaledes et snævrere Begreb end den *uvirk-somme* Retshandel. Forsaavidt er den tyske Lovbogs Terminologi (ovfr. 40 S. 202, se ogsaa Windscheid ovfr. S. 183—84) i rigtigt Spor. Følger man almindelig Sprogbrug, maa den ugyldige Overenskomst herefter bestemmes som den Overenskomst, der ikke har den med dens Indhold stemmende Retsvirkning. Spørgsmaalet bliver saa, om denne Begrebsbestemmelse er systematisk berettiget, hvortil det vil udkræves, at alle de under Begrebet faldende Tilfælde ere væsentlig ensartede i det, som der ved Ugyldighedsbetegnelsen peges paa. Ved Besvarelsen af Spørgsmaalet om den systematiske Brugbarhed af den almindelige Sprogbrugs Ugyldighedsbegreb erindres først om, at de formueretlige Overenskomster falde i to Hovedgrupper, nemlig de, hvorved en Person forpligter sig til en Ydelse, og de, hvorved han overdrager eller opgiver en Ret. Denne Modsætning, som det vilde være misvisende at betegne ved de gjængse Terminologier obligatorisk og tinglig Retshandel,¹¹⁷ udtrykkes her ved Betegnelserne Kontrakt og Overdragelsesretshandel.

Kaster man et Blik paa Tavlen ovenfor S. 210, hvor de i Systemerne almindeligt opførte Ugyldighedsgrunde ere angivne, vil det straks vise sig, at den almindelige Sprogbrugs Ugyldighedsbegreb omfatter væsentlig uensartede Tilfælde. Ved Angivelsen af de 7 første paa Tavlen opførte Ugyldighedsgrunde peges der udelukkende paa samme retlige Egenskab ved Overenskomsten, nemlig at den *ikke er bindende for den*

¹¹⁷ Torp S. 50—52.

Part,¹¹⁸ der var umyndig, til hvis Betyggelse Formen er foreskrevet, som indgik Overenskomsten under Viljesmangel, Vildfarelse, Tvang, Svig, eller hvis Løfte strider mod Lov og Ærbarhed. Men naar endvidere manglende Kompetence nævnes som Ugyldighedsgrund, sigtes der herved ikke alene til, at en Overenskomst kan være uforbindende¹¹⁹ for en af Parterne eller for dem begge paa Grund af manglende Kompetence, men tillige og ofte fortrinsvis til en ganske anden retlig Egenskab ved Retshandelen. A.s Overdragelse til B. af en T. tilhørende Ting betegnes som ugyldig for derved at udtrykke, at B. paa Grund af T.s Ret ikke bliver Ejer ved Overdragelsen, og Overenskomsten kaldes med dette for Øje ugyldig, selv om den binder A. overfor B.

Den almindelige Sprogbrugs Ugyldighedsbegreb staar saaledes som Fællesudtryk for to vidt forskellige Egenskaber ved Overenskomsten, dels for, at den ikke binder Parten, dels for, at Tredjemands Ret hindrer den i at virke efter sit Indhold. Men naar Begrebet saaledes dækker over to vidt forskellige Grupper af Tilfælde, maa det korrigeres. Den retlige Egenskab, som Tanken først henledes paa ved Betegnelsen ugyldig, er utvivlsomt den, at Retshandelen ikke binder Parten. Korrektionen maa derfor ske enten saaledes, at man paa den anden Gruppe af Tilfælde kun anvender Betegnelsen Ugyldighed med et Til lægsord, f. Eks. Kompetenceugyldighed, eller saaledes, at man helt fjærner den anden Gruppe ud af Ugyldighedsbegrebet. Den sidste Vej vil, da den retlige Betydning af Ligheden mellem Tilfældene ere forsvindende i Forhold til Forskjellighederne, se ndfr. § 14, være den rette.¹¹⁹ Atter her er altsaa den tyske Lovbog i rigtigt Spor, se ovfr. S. 202 ff.

Med denne Rettelse bliver den ugyldige Overenskomst altsaa at bestemme som den, der ikke binder Parten i Overensstemmelse med sit Indhold. Fastholdes denne Begrebsbestemmelse, vil enhver Difference i Retning af Ubundethed mellem Retshandelens Indhold og dens Retsvirkning føre den ind under Ugyldighedsbegrebet. Ogsaa i denne Hen-

¹¹⁸ Mere ligger ikke i Betegnelsen af Overenskomsten som ugyldig; at den gjensidige Kontrakt *tillige* er uforbindende for den anden Part, kræves ikke af Ugyldighedsbegrebet, men er undertiden opfattet som Karaktermærke for Nullitet i Modsætning til Anfægtelighed, se ndfr. § 11.

¹¹⁹ Mitteis S. 100 ff., jfr. Brinz § 588 ved Note 71 ff.

seende trænger den almindelige Sprogbrugs Ugyldighedsbegreb til en
 42 Rettelse. Det maa yderligere begrænses, saa at det ikke omfatter de
 Tilfælde, hvor Overenskomsten, uden at binde Parten efter sit princi-
 pale Indhold, dog binder ham til at yde Opfyldelsesinteresse. Meningen
 med at betegne de 6 første paa Tavlen S. 210 opførte Kjendsgjæringer
 som Ugyldighedsgrunde er at angive, at Parten, naar de foreligge, hver-
 ken er bunden efter Overenskomstens umiddelbare (principale) Ind-
 hold eller til at yde Opfyldelsesinteresse. Ogsaa Strid mod Lov og Ær-
 barhed, Umulighed og Kompetencemangel (Tavlen Nr. 7—9) bør der-
 for kun betegnes som Ugyldighedsgrunde, naar de tillige udelukke Pligt
 til at yde Opfyldelsesinteresse, og ikke af den Grund alene, at de ude-
 lukke Pligt til at yde det umiddelbart lovede. Naar Retshandelen ska-
 ber Pligt til Opfyldelsesinteresse, udfylder den saa væsentligt sit Øje-
 med som Retshandel, at man bør betegne den som gyldig. Derimod er
 Pligten til at yde negativ Kontraktinteresse saa væsensforskjellig fra
 den regulære Bundethed, at en Retshandel ikke bør betegnes som gyl-
 dig, fordi den har denne Virkning. Og der er heller ikke nogen Grund
 til at udskyde Retshandelen af de ugyldiges Kreds, fordi den skaber
 Pligt til at yde negativ Kontraktsinteresse, thi den virker herved kun
 som Retsbrud, ikke som Retshandel.¹²⁰

Som ugyldig betegnes herefter en Overenskomst, naar den ikke bin-
 der en Part, hverken i Overensstemmelse med sit umiddelbare Indhold
 eller til Ydelse af Opfyldelsesinteresse. Binder Overenskomsten Parten
 blot i en af disse Retninger, betegnes den som gyldig, men, dersom den
 med Overenskomstens umiddelbare Indhold stemmende Retsvirkning
 ikke indtræder, som ikke fuldt virksom.

Forskjellige Former af Anfægtelighed. Anfægtelighed ex nunc.

Indenfor Nulliteten sonderer man, som paa flere Steder i det fore-
 gaaende bemærket, mellem den absolute og den relative; Forklaringen

¹²⁰ Denne Opfattelse fastholdes fremdeles overfor Munch-Petersens Indsigel-
 ser i Tidsskrift for Retsvidenskab XI S. 1 ff. En Imødegaaelse af disse kan ikke
 optages her; den vilde føre altfor vidt og udkræves ikke af det foreliggende
 Emne.

af denne Sondring vil blive given i det følgende. Derimod bliver det nødvendigt allerede her at omtale den traditionelle Theoris forskellige Former af Anfægtelighed, idet der nemlig er opstillet en Form af saa ejendommelig Art, at den bør betragtes for sig og ikke indblandes i den almindelige Undersøgelse.

Det fælles for al Anfægtelighed er jo, at Retshandelens Uvirksomhed forudsætter en Reaktion imod den. Dette kan tænkes — siger man — under to Hovedformer, enten saaledes, at Retshandelen under Forudsætning af, at den behørig Reaktion finder Sted, ikke faar nogen Retsvirkning, eller saaledes at Retshandelen er virksom, men at dens Retsvirkning gennem Reaktion kan ophæves. Af sidstnævnte Hovedform opstilles atter forskellige Underformer,¹²¹ og der sondres navnlig imellem umiddelbar Anfægtelighed (*ex tunc*) og middelbar Anfægtelighed (*ex nunc*), men Retslitteraturens Sondringer her ere forøvrigt ikke meget klare. Med Overdragelsesretshandler for Øje — kun ved disse have Sondringerne aktuel Interesse — blive Underformerne, udtrykte i gjængse danske Retsterminologier, følgende:

a. Overdrageren har et tingligretligt Krav overfor Medkontrahenten paa det overdragne Godes Tilbagelevering 3: staar uberørt af dennes Konkurs. Hans tingligretlige Krav haves endvidere overfor Tredjemand, som har erhvervet Godet fra Medkontrahenten 3: eksstinktiv Godtroserhvervelse er udelukket (den rene Anfægtelighed *ex tunc*).

b. Overdrageren har tingligretligt Krav overfor Medkontrahenten,⁴⁴ men ikke overfor Tredjemand, som i god Tro har erhvervet Godet fra Medkontrahenten (Anfægtelighed *ex tunc*, modificeret af Tredjemands Godtroserhvervelse).

c. Overdrageren har kun en Fordringsret overfor Medkontrahenten, gaaende ud paa, at denne skal tilbageføre det overdragne Gode til ham; han er altsaa ikke Separatist i Medkontrahentens Konkursbo. Om han i dette Tilfælde har nogen Ret overfor Tredjemand, der har erhvervet Godet fra Medkontrahenten, afhænger, hvor ikke særlige positive Bestemmelser slaa ind, af, hvad man overhovedet antager om For-

¹²¹ Se f. Eks. Mitteis S. 90—91, 114—115, Brinz §§ 586 Note 33—34, 72 ff., ovfr. S. 181 og 183, jfr. Getz S. 77—82, Deuntzer, Den danske Skifteret S. 352—358.

dringsrettighedens Beskyttelse overfor Tredjemand. (Anfægtelighed ex nunc).

Forskjellen mellem Underformerne a. og b., Ugyldighedsgrundens Modstandskraft overfor eller Vigen for Tredjemands Erhvervelse i god Tro, vil blive behandlet andetsteds (§ 12 I); fra denne bortses her. Det fælles for Underformerne a. og b. er da — idet der haves tingligt Krav overfor Medkontrahenten — at Retshandelen bliver virkningsløs fra første Færd, naar den anfægtes. Men saa falde de i Virkeligheden sammen med den første Hovedform. Om man siger om en Retshandel *enten*, at den — bortset fra Tredjemands eksstinktive Godtroserhvervelse — dersom der reageres imod den, er uden Virkning, *eller* at den i saa Fald bliver uvirksom fra første Færd af, er vistnok kun en Konstruktionsforskjel,¹²² der ikke dækker over nogen Realitet. Ialtfald er en Sondring paa dette Grundlag, som det følgende vil vise, uden Betydning for vor Undersøgelse. Vi føres saaledes tilbage til en Tvedeling indenfor Anfægtelighedsbegrebet, der dog, som bemærket, kun faar Betydning for Overdragelsesretshandler,¹²³ nemlig paa den ene Side den Form af Anfægteligheden, der under Betingelse
45 af tilbørlig Reaktion mod Retshandelen har samme Virkning som Nulliteten, nemlig at Overdragelsesretshandelen ikke overfører den paagældende Ret til Medkontrahenten, og paa den anden Side Anfægteligheden ex nunc, der foreligger, naar en Overdragelsesretshandel virkelig overfører den paagældende Ret til Medkontrahenten, men Overdrageren kan fordre, at denne fører Retten tilbage til ham. Det er denne sidste »Anfægtelighedsform«, som her skal omtales.

Først kan der spørges, om denne Anfægtelighedsform — vi beholde foreløbig denne Betegnelse for den — virkelig forekommer eller bør anerkjendes i dansk Ret. Dette er som bekjendt meget omtvistet. Det rigtige er vistnok, at den ikke forekommer, men nogle antage dog, at visse Ugyldighedsgrunde, navnlig Svig og urigtige eller bristende Forudsætninger, ialtfald den sidste, ved Overdragelsesretshandler kun have denne Virkning.¹²⁴ Vi tør derfor ikke forbigaa den, men maa un-

¹²² Jfr. ovfr. S. 183 Note 13.

¹²³ Jfr. ovfr. S. 193.

¹²⁴ Se herom Torp S. 62—63, min Haandbog § 18. II og § 19. I med Literaturangivelser, § 147 Note 41—47, § 148 Note 14—17, Gjelsvik: Vildfarelsens

dersøge dens Stilling overfor den almindelige Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed.

Det er nu klart, at vi, dersom denne Anfægtelighed ex nunc forekommer i dansk Ret, virkelig har en Form for Indflydelsen af visse Ugyldighedsgrunde paa Overdragelsesretshandler, som er væsentlig forskjellig fra Ugyldighedens almindelige Indflydelse paa disse, saa væ- 46 sentligt, at Modsætningen bør akcentueres.¹²⁵ Og bibeholde vi Betegnelsen Anfægtelighed for Tilfældet, kunde man i og for sig gjerne udtrykke Forskjellen ved Betegnelserne Nullitet og Anfægtelighed. Men Forskjellen mellem denne Form af Anfægtelighed og Anfægtelighedens andre Former er, som Udviklingen i de følgende Paragrafer vil vise, langt større end Forskjellen mellem disse og Nulliteten. Man maa derfor gaa en af følgende Veje. Man kan enten forbeholde Betegnelsen Anfægtelighed alene for denne Form og slaa de andre Former af det traditionelle Anfægtelighedsbegreb sammen med Nulliteten.¹²⁶ Undersøgelsen i de følgende Paragraffer vilde da blive en Undersøgelse om en Sondring indenfor Nullitetens Begreb mellem den selvvirkende og den af en Reaktion mod Retshandelen betingede Nullitet. Eller man maa opgive Betegnelsen Anfægtelighed for vort Tilfælde, og denne Vej er sikkert den rette og systematisk heldigste. Sprogligt lader der sig ganske vist ikke indvende noget imod hin Anvendelse af Betegnelsen. Men vi staa overfor Valget mellem at opgive Betegnelsen enten

Indflydelse §§ 20—22, Platou Arveret S. 209. Reale Hensyn kræve, at Medkontrahentens Kreditorer ikke, lige saa lidt som han selv, nyde nogen Fordel af Retshandelen og at Overdragelsesretshandelen ikke overfører Retten, men paa den anden Side, at der anerkjendes eksstinktiv Godtroserhvervelse for Tredjemand, til hvem Medkontrahenten overdrager det overdragne. Og dansk Ret kan ikke antages at udelukke saadan Godtroserhvervelse, se min Haandbog § 147 Note 47; af de Lovbud, som hjemle den udstrakte Vindikationsret, taler intet om det Tilfælde, at Ejeren (ugyldigt) har overdraget Ejendomsret og saaledes ikke længer følger sin Interesse knyttet til selve Tingen. Den romanistiske Dogmatik paa dette Punkt er da ogsaa i Tilbagetog, se f. Eks. D. Entw. Mot. I. S. 220 (ndfr. Note 7), jfr. om denne Anfægtelighedsform i romersk Ret ovfr. S. 197 ved Note 25.

¹²⁵ Se Platou, Arveret S. 209, der opstiller Anfægtelighed ex nunc som en tredje Form af Ugyldighed ved Siden af den absolute og relative (ovfr. S. 208).

¹²⁶ Saaledes Dernburg Pr. I. S. 146 for Overdragelsesretshandlers Vedkommende, jfr. Thon S. 42.

for vort Tilfælde eller for, hvad man ellers traditionelt henfører under Anfægtelighed. Og Anfægteligheden er traditionelt en Underart af Ugyldighed. Men anvende vi den ovenfor i § 6 givne Bestemmelse af Ugyldighedsbegrebet, vil det ses, at Retshandelen i vort Tilfælde i Virkeligheden er gyldig og ikke vedkommer Ugyldighedslæren. Forholdet er det, at Overdragelsen overfører den paagældende Ret til Medkontra-henten, men at dennes Erhvervelse begrunder en Pligt for ham til at oprette Overdragerens herved lidte Skade, principielt ved at give den
 47 erhvervede Ret tilbage, eventuelt ved at yde Erstatning, eller til — efter romanistisk Opfattelse — at udrede den indvundne Berigelse.¹²⁷ Atter her er den tyske Lovbog paa rette Vej, se ovfr. S. 205. 5^o.

Ret træffende kunde man vel med Getz betegne den saakaldte Anfægtelighed ex nunc som *Omstødelighed*,¹²⁸ og hvis denne kjendtes i dansk Ret, vilde urigtige eller bristende Forudsætninger, og maaske Svig, ved Overdragelsesretshandler være at notere ikke som Ugyldighedsgrunde, men som Omstødelighedsgrunde.

Ved de følgende Undersøgelser angaaende Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed lades herefter denne Omstødelighed ganske ude af Betragtning.

§ 8.

Hovedmærket for Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed.

I. Forinden Hovedmærket for Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed nærmere bestemmes og undersøges ndfr. under II., skal her bemærkes, at dette undertiden udtrykkes saaledes, at Nullitetsgrunde, men ikke Anfægtelighedsgrunde, af Dommeren skulle tages i Betragtning ex officio. Dersom man ved Ugyldighedsgrunde, som Dommeren skal tage i Betragtning ex officio, forstaar saadanne, som han skal tage i Betragtning endog mod dens Ønske, hvis Bundethed de udelukke, da er dette utvivlsomt en Modsætning, som forekommer i dansk Ret. Naar en Overenskomst er ugyldig, fordi den efter sit Indhold eller sin causa misbilliges (reproberes) af Lovgiveren, maa Dom-

¹²⁷ Gradenwitz S. 325, Jacobi S. 137 Note 58, Planck I S. 147—48, D. Entw. Mot. I S. 220, jfr. Brinz IV S. 442, Jacobi S. 85 Note 54.

¹²⁸ Ovfr. Note 121; Gram benytter Terminologien Omstødelighed for Anfægtelighed i det hele, ovfr. S. 206.

meren ikke erkjende den for gyldig, f. Eks. Løftet om at begaa en Forbrydelse, Løftet om Vederlag for en Forbrydelses Begaaelse, umyndiges Gjæld, som omfattes af Fdn. 14. Maj 1754, Hasardspillegjæld efter Fdn. 6. Oktbr. 1753, Forskrivninger, forsaavidt de stride imod Aagerlovgivningen.¹²⁹ Det samme maa undertiden antages om Overenskomster, der ere ugyldige paa Grund af, at de forskrevne Former ikke ere iagttagne, men undertiden maa det ifølge Formregelens Formaal antages, at det for Retten afgivne Afkald paa den ved Formmangelen begrundede Ugyldighed er gyldigt.¹³⁰ Iøvrigt tabe de paa Tavlen S. 210 opførte Ugyldighedsgrunde deres Betydning mellem Processens Parter, naar der under denne gives Afkald paa dem ved en efter almindelige Regler gyldig Erklæring. Vi møde saaledes her en Modsætning imellem stærkere og svagere Ugyldighedsgrunde. Stærkere Ugyldighedsgrunde i denne Forstand er en Underafdeling af Strid mod Lov og Ærbarhed¹³¹ og af Formmangel, svagere alle de andre almindelige Ugyldighedsgrunde. Men det er ikke denne Modsætning, som der tænkes paa ved den traditionelle Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed, om end Misforstaaelser i saa Henseende undertiden have været fremme.

II. Det afgjørende Sondningsmærke imellem Nullitet og Anfægtelighed findes under skiftende Vendinger stedse¹³² angivet saaledes, at den af Nullitet lidende Retshandel er et retligt Intet, medens den anfægtelige Retshandels Uvirksomhed forudsætter *en Reaktion imod den*.¹³³ Ved

¹²⁹ Nellesmann S. 851—852, 140—141, jfr. Endemann I S. 37.

¹³⁰ Se saaledes Nellesmann S. 141 om D. L. 5—2—80. Jfr. E. Møller Dækningsadgang S. 323—324, 327 Noten.

¹³¹ Ikke hele denne Gruppe, se f. Eks. min Haandbog § 78 ved Note 25 og om almindelig Spillegjæld, der forøvrigt vel rettest fjernes ud af Gruppen, § 128 Note 23.

¹³² Jfr. dog en Bemærkning af Dernburg om relativ Nullitet ovfr. S. 198 ved Note 60.

¹³³ Ovfr. S. 181, 183, 197, 198, 199, 200, 202, 205, 207. Der sigtes herved naturligvis ikke til, at det efter Omstændighederne kan være fornødent at optræde aktivt for at faa den med Ugyldigheden stemmende faktiske Tilstand tilvejebragt, f. Eks. fordi Erlæggelse i Henhold til Overenskomsten har fundet Sted, medens man i andre Tilfælde kan forholde sig passiv under fuldkommen Retsnydelse. Denne faktiske Forskel forekommer lige meget ved alle Ugyldighedsgrunde.

49 Fastsættelsen af dette Hovedmærke for Anfægteligheden har man, som naturligt er, og som det fremgaar af Anfægtelighedsbegrebets Forbindelse med det romerske Exceptionsbegreb, særligt det Forhold for Øje, at Overenskomsten gjøres gjældende mod den Part, som ifølge Ugyldighedsgrunden ikke er bunden ved den. *Hovedmærket for Anfægteligheden* maa da nærmere bestemmes saaledes, at *Overenskomstens Uvirksomhed er betinget af, at den paagjældende Part, naar Overenskomsten gjøres gjældende imod ham, udøver en Reaktion imod den.* Og Hovedspørgsmaalet angaaende Værdien af Sondringen mellem Nulitet og Anfægtelighed bliver forsaavidt det, der her skal behandles, om dansk Ret kjender eller burde kjende Ugyldighedsgrunde, som det, i Modsætning til andre, der virke af sig selv, er nødvendigt for den paagjældende Part at relevare, naar Overenskomsten gjøres gjældende imod ham.

At der nu gives Ugyldighedsgrunde, som komme i Betragtning, selv om de ikke relevares, er uomtvisteligt. Dette gjælder først og fremmest om de ovfr. under I omtalte, der tages i Betragtning endog imod den paagjældendes Ønske. Men nærmere beset gjælder det efter dansk Ret som almindelig Regel om alle de almindelige paa Tavlen S. 210 opførte Ugyldighedsgrunde, at de kunne komme i Betragtning uden at relevares.

Naturligvis, naar en Ugyldighedsgrund ikke fremgaar af Sagens Akter, kommer den ikke i Betragtning; dette gjælder om alle Ugyldighedsgrunde, endog om de under I omtalte Reprobationsgrunde. Men fremgaar Ugyldighedsgrunden af Sagens Akter, f. Eks. gennem en Indrømmelse fra Medkontrahenten, maa Dommeren erkjende Retshandelen for uvirksom, medmindre den paagjældende Part maa antages at have re-

50 nunceret paa Ugyldigheden eller ifølge processuelle Regler har afskaaret sig fra at faa den tagen i Betragtning, hvilket dog ikke kan forekomme med Hensyn til de under I omtalte Ugyldighedsgrunde. Udebliver Sagvolderen under Sagen, tager Dommeren i Embedsmedfør Hensyn til alle de almindelige Ugyldighedsgrunde, som fremgaa af Sagens Akter.¹³⁴ Har Sagvolderen taget til Gjenmæle i Sagen uden at relevare en vis Ugyldighedsgrund, som dog fremgaar af Sagens Akter,

¹³⁴ Nellesmann S. 200.

maa denne ganske vist lades ude af Betragtning, naar det maa antages, at Parten ikke ønsker den tagen i Betragtning, eller naar den dog ikke er fremhævet saaledes, som det ifølge processuelle Regler maa fordres af Hensyn til Modparten, i hvilken Henseende det forøvrigt ikke ubetinget kræves, at den udtrykkeligt er releveret.¹³⁵ Men denne Tilsidesættelse af Ugyldighedsgrunden rammer netop *alle* Ugyldighedsgrundene med Undtagelse af de under I nævnte, endog f. Eks. Umyndighedsindsigelsen.¹³⁶ Dansk Ret kjender altsaa, i alt Fald i Almindelighed — om visse Undtagelser maa anerkjendes, vil blive undersøgt i det følgende — paa dette Punkt ingen anden Forskjel indenfor de almindelige Ugyldighedsgrunde end den allerede under I omtalte. Ingen af de almindelige Ugyldighedsgrunde er det i Forholdet mellem Parterne mere nødvendigt at relevere end andre.¹³⁷ Vil man for gjældende dansk Ret fastholde Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed efter dennes Hovedmærke, maa de almindelige Ugyldighedsgrunde som almindelig Regel alle henføres under samme Led af Inddelingen, nemlig efter det bemærkede under Nulliteten.

Besvarelsen af Spørgsmaalet, om det er rigtigt, at dansk Ret saaledes lader Ugyldighedsgrundene i Almindelighed i den her omhandlede Retning virke som Nullitetsgrunde, og om der dog ikke, ialtfald undtagelsesvis, er anerkjendt eller burde anerkjendes Anfægteligheds- 51 grunde, indledes naturligt med en Oversigt over de forskellige reale Grunde, der kunne tænkes anførte for at kræve en Reaktion fra Partens Side overfor den ugyldige Retshandel, naar den gjøres gjældende imod ham. Disse kunne formentlig grupperes saaledes:

1. Naturlig Formodning for, at Partens Mening med ikke at fremsætte Ugyldighedsgrunden, er den, at han ikke ønsker den tagen i Betragtning. Dette Moment kunde tænkes at føre til at kræve en Reaktion fra Partens Side for de Ugyldighedsgrundenes Vedkommende, som Mange sky sig ved at gjøre gjældende,¹³⁸ f. Eks. fordi deres Paaberaabelse strider imod en almindelig Opinion, hvad enten nu denne billiges eller

¹³⁵ Nellesmann S. 850—51.

¹³⁶ Nellesmann S. 850.

¹³⁷ Jfr. Schlossmann S. 25.

¹³⁸ Jfr. Dernburg I S. 318.

misbilliges af Lovgivningen, saasom Dobbelindsigelsen, Umyndighedsindsigelsen efter opnaaet Myndighed i adskillige Tilfælde. Endvidere kunde dette Moment tænkes at føre til Fordringen om en Reaktion uafhængigt af Ugyldighedsgrundens Art, naar Retshandelen tillige giver den paagjældende Part Rettigheder, som han maa slippe, dersom han fastholder Ugyldigheden, særligt naar disse Rettigheder efter en almindelig Maalestok ækvivalere Pligten, og naar han faktisk indesidder med oppebaarne Fordele, uden at have indiceret, at han er tilsinds at give Slip paa disse.

2. Bevisvanskeligheder. Med Hensyn til visse Ugyldighedsgrunde vil det ifølge deres Art ofte være vanskeligt at faa Rede paa, om de foreligge, naar de ikke netop releveres af den paagjældende Part, og Sagens faktiske Sammenhæng derved nærmere præciseres, f. Eks. Svig, kompulsiv Tvang, urigtige Forudsætninger, i Modsætning f. Eks. til Umyndighed. Da det er sjældent, at saadanne Ugyldighedsgrunde med tilstrækkelig Sikkerhed fremgaa af Sagens Akter, naar de ikke releveres af den paagjældende Part, kunde man maaske finde nogen Føje til at
52 opstille en Gjennemsnitsregel, hvorefter de under denne Forudsætning ignoreres til hans Skade.

3. Valgfrihed for den paagjældende Part til at decidere, om der foreligger Ugyldighed eller ikke. I en vis Forstand kan saadan Valgfrihed siges at tilkomme Parten i Almindelighed, forsaavidt som det jo nemlig staar ham frit for, om han vil gjøre Ugyldigheden gjældende eller lade sig behandle af Medkontrahenten, som om han var bunden ved Overenskomsten. I Almindelighed maa dog dette sidste Valg opfattes som en vilkaarlig Disposition, der er Udtryk for, at Parten trods Ugyldigheden vil være bunden. Men i visse Tilfælde (a), hvor Afgjørelsen af, om Ugyldighed foreligger eller ikke, afhænger af et Skjøn, er Forholdet det, at Dommeren ved frit at udøve dette Skjøn kunde komme til at erkjende Retshandler for ugyldige, som den paagjældende Part ikke har opfattet saaledes. Jo større Muligheden er for saadant, des mere vil Lovgiveren kunne føle sig opfordret til at foreskrive Dommeren, at han skal ignorere Muligheden for Ugyldighedsgrundens Tilstedeværelse, medmindre den releveres af den paagjældende Part. Som Eksempel paa et Tilfælde, hvor disse Betragtninger

naturligt kunne føre til Anerkjendelse af Anfægtelighed, kan nævnes den i forskellige Retsforfatninger, men ikke hos os, anerkjendte Regel om Gavers Gjenkaldelighed paa Grund af Modtagerens Utaknemlighed.¹³⁹ En anden Omstændighed (b), som kunde føre Lovgiveren til at tillægge Parten den omtalte Valgfrihed, er den, at der i Trangen til en klar Gjennemsynsregel er givet en Ugyldighedsgrund et saa vidt Omfang, at den ogsaa omfatter Tilfælde, hvor Ugyldighedens Paabe-
raabelse vilde stride mod bona fides. Adskilligt kan tale for, at det i saadanne Tilfælde gjøres afhængigt af Parten, om Retshandelen skal opfattes som ugyldig, og paalægges Dommeren at ignorere Ugyldighedsgrunden, naar den ikke releveres.

Spørgeres der nu, om der virkelig bør tillægges de under 1—3 opførte 53 Hensyn den Betydning, at visse Ugyldighedsgrunde kun bør være Anfægtelighedsgrunde i den her omhandlede Forstand, maa Svaret for de to førstnævntes Vedkommende sikkert lyde benægtende. Det rigtige vil være i Overensstemmelse med dansk Retspraksis at overlade det til Dommerens frie Skjøn i det enkelte Tilfælde at afgjøre, hvorvidt det maa antages at være den paagældende Parts Mening med Undladelsen af at relevere en Ugyldighedsgrund at frafalde den. Og en saadan Gjennemsynsregel som den under 2 omtalte ses der ikke tilstrækkelig Grund til at akceptere.

Derimod kunne de under 3 anførte Hensyn vistnok ikke lades ude af Betragtning. Ganske vist bør de, som allerede bemærket, ikke føre til, at nogen af de almindelige Ugyldighedsgrunde som almindelig Regel reduceres til Anfægtelighedsgrund. Men i visse Undergrupper af forskellige Ugyldighedsgrunde er der formentlig Føje til at give Parterne den omtalte Valgfrihed, saaledes f. Eks. naar Ugyldighedsgrunden er Mangler ved Ydelsen i en gjensidig Kontrakt,¹⁴⁰ jfr. om andre Eks-
empler i det følgende navnlig S. 235—36. Eksempel paa en af dansk Lovgivning positivt som Anfægtelighedsgrund stempet herhenhørende Ugyldighedsgrund er den, som i Søløvens § 227 er anerkjendt med Hensyn til Bjergningskontrakter, indgaaede under Nød.

Hidtil have vi haft den Situation for Øje, at Spørgsmaalet om Rets-

¹³⁹ Se Dernburg og Unger ovfr. S. 23 og 24, Leonhard S. 312.

¹⁴⁰ Jfr. Dernburg og Unger ovfr. S. 23 og 24, Leonhard S. 312.

handelens Gyldighed forelaa under en Proces imellem Parterne. Opstaar Spørgsmalet om en Ugyldighedsgrundis Betydning i Forholdet mellem Parterne under andre Situationer, bliver Forholdet ligeledes, at det med Hensyn til Ugyldighedsgrundene i Almindelighed er ligegyldigt, om de ere releverede af den paagjældende Part eller ikke. Over-

54 alt, hvor det gjælder at vurdere en Persons Formue, maa man uden Hensyn til Ugyldighedsgrundens Art ordentligvis ignorere Kontrakter og Overdragelsesretshandler, som vise sig at lide under en af de almindelige Ugyldighedsgrunde, uanset at den paagjældende Part ikke har gjort Ugyldigheden gjældende. Ved Fastsættelsen af Boets Aktiver maa principielt medregnes, hvad Personen ifølge en ugyldig Retshandel har afhændet; man kan undlade at regne det med, ligesom man f. Eks. ikke vil medregne frastjaalet Gods, fordi det faktisk ikke er tilstede, og Gjenerhvervelsen er uvis, men herved kommer Ugyldighedsgrundens Art ikke i Betragtning, og det er uden Betydning, om Personen har erklæret at ville gjøre Ugyldigheden gjældende eller ikke har afgivet nogen saadan Erklæring, naar han blot ikke har ratihaberet Retshandelen. Ved Beregningen af Gjælden maa principielt ugyldig Gjæld uden Hensyn til Ugyldighedsgrundens Art lades ude af Betragtning. Man kan, dersom Ugyldighedsgrundens Beskaffenhed ikke udelukker Ratihabition, medregne den ugyldige Gjæld til Passiverne, naar dens Godkjendelse vil være fordelagtig for Boet, idet Retshandelen til lægger Personen tilsvarende Fordele, som han ved at fastholde dens Ugyldighed vilde gaa glip af, men man kan ikke regne ugyldig Gjæld med til Passiverne alene af den Grund, at Personen ikke har releveret Ugyldigheden. — Af de Grunde, som kunde tale for, naar en ugyldig Retshandel gjøres gjældende mod den paagjældende, kun at erkjende den for uvirksom under Forudsætning af, at Parten reagerer imod den, kan ialtfald den S. 221 under 1 nævnte ikke komme i Betragtning her. Formodningen for, at Parten ikke vil gjøre Ugyldigheden gjældende, foreligger ikke her saaledes bestyrket som i Almindelighed ved hans Passivitet under en Proces. Og selv om man af Hensyn til de med visse Ugyldighedsgrunde forbundne Bevisvanskeligheder vil regne Parten for bunden ved Retshandelen, naar han ikke under en Proces releverer dem, vil det ikke være en Konsekvens heraf, at man behandler

55 ham paa samme Maade, naar der ikke foreligger nogen Procespassivitet.

Men tilkommer der Personen den ovenfor omtalte Valgfrihed til at decide om Retshandelens Ugyldighed, maa Retshandelen ogsaa udenfor Proces regnes for virksom mellem Parterne, medmindre den bestrides, ialtfald i det S. 222 under a angivne Tilfælde.

Dersom den omtalte Bovurdering finder Sted til Afgjørelse af en Fordringshavers Begjæring om at faa sin Skyldners Bo taget under Konkursbehandling ifølge Konkurslovens § 42, maa vistnok ved Bedømmelsen af, om Boet er »utilstrækkeligt til Betaling af hans Gjæld«, ugyldige Retshandler regnes for virksomme, dersom Ugyldighedsgrunden ikke selvstændigt vilde kunne gjøres gjældende af Konkursboet (se herom nedenfor S. 236) og ikke er releveret af Skyldneren selv.

Hermed have vi afsluttet Undersøgelsen om Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed efter dennes Hovedmærke. Det har vist sig, at en Sondring efter dette Hovedmærke er begrundet i Forholdenes Natur, men at *det berettigede faktiske Omraade for Anfægtelighedsbegrebet kvantitativt er meget ringe*, og at navnlig ingen af de almindelige Ugyldighedsgrunde i sin Helhed bør henføres under Anfægtelighedsgrundene.

Men denne Erkjendelse af Berettigelsen af det efter Hovedmærket alene bestemte Anfægtelighedsbegreb indeholder ikke en Erkjendelse af den traditionelle Sondrings Rigtighed. Den traditionelle Sondring holder sig nemlig ikke til Hovedmærket alene, men angiver adskillige andre sekundære Kjendemærker for hvert af Sondringens Led. Nogle af disse Kjendemærker fremhæves af Forfatterne i Almindelighed som nødvendige Konsekvenser af Hovedmærket, andre tilføjes mindre regelmæssigt. Grænsen mellem disse to Grupper af Kjendemærker er naturligvis ikke skarp, men Grupperingen vil dog blive lagt til Grund for den følgende Fremstilling, idet de regelmæssigt anerkjendte Skjelnemærker ville blive omtalte i §§ 9—11, de andre i § 12.

Undersøgelserne i §§ 9—12 ville gaa ud paa, dels at konstatere, ⁵⁶ hvorvidt de ved de sekundære Kjendemærker for Sondringens Led angivne Modsætninger indenfor Ugyldighedsgrundene virkelig forekomme eller bør anerkjendes i dansk Ret, dels, i bekræftende Fald, om de falde sammen med Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed efter

Hovedmærket. Ved *Anfægtelighedsgrunde* forstaas i det Følgende Anfægtelighedsgrunde efter Hovedmærket, 3: *Ugyldighedsgrunde*, som af den paagjældende Part, naar Overenskomsten gjøres gjældende imod ham, maa releveres for at komme i Betragtning.

§ 9.

Andre regelmæssige Kjendemerker for Sondringen: Dens Betydning i Forhold til Tredjemand.

Efter Hovedmærket var den anfægtelige Retshandel den, hvis Virksomhed er betinget af en Reaktion imod den fra den paagjældende Parts Side, *naar den gjøres gjældende imod ham*. At denne sidste Begrænsning ifølge den traditionelle Theoris Forbindelse med Exceptionsbegrebet burde tilføjes, har Theorien imidlertid ikke havt Øje for. Den bestemmer uforsigtigt uden videre den anfægtelige Retshandel som den, hvis Uvirksomhed er betinget af en Reaktion imod den fra den paagjældende Parts Side (vi bortse jo her fra Kompetenceugyldigheden). Og medens Nulliteten som Modsætning til Anfægteligheden burde være bestemt som den Retshandel, der, naar den gjøres gjældende mod den paagjældende Part, erkjendes for ugyldig, selv om Parten ikke releverer Ugyldigheden, bestemmes den ligesaa uforsigtigt som et retligt Intet (S. 219 Note 133). Heri ligger saa, at *den anfægtelige Retshandel, hvad Tredjemands Forhold angaar, bliver at behandle som virksom, medmindre den anfægtes af den paagjældende*⁵⁷ *Part, medens den af Nullitet lidende slet ikke paavirker Tredjemands Stilling*.¹⁴¹

Spørgsmaalet bliver nu altsaa overfor disse Sætninger et dobbelt: Dels det, om dansk Ret sondrer eller burde sondre imellem Ugyldighedsgrundene saaledes, at nogle af disse kun under Forudsætning af en Reaktion fra den paagjældende Parts Side blive af Betydning for Tredjemands Forhold, dels, i bekræftende Fald, det, om denne Sondring falder sammen med den i § 8 angivne Sondring efter Anfægtelighedens Hovedmærke.

¹⁴¹ Ovfr. S. 183, 184, 199, 200, 201, 200—03, 205, 206—08.

Først undersøge vi Situationer, hvor *Ugyldigheden gaar imod Tredjemands Interesser*. Det Tilfælde, som Tanken her møder, er det, at A. har indgaaet en ugyldig Retshandel med B., som atter har overdraget sin »Ret« efter Overenskomsten til T. Om nu A. kan faa Ugyldigheden tagen i Betragtning overfor T. uden at relevare den, eller om en Reaktion fra hans Side overfor T. imod Overenskomsten er fornøden hertil, dette er ikke noget nyt Spørgsmaal, men kun det i foregaaende Paragraf omhandlede. Men et nyt Spørgsmaal opstaar her, idet den traditionelle Theori undertiden kræver, at A., dersom Ugyldighedsgrunden kun er en Anfægtelighedsgrund, skal have anfægtet sin Overenskomst *overfor sin Medkontrahent* for at kunne høres med sin Indsigelse overfor dennes Sukcessor, se ovfr. S. 203 om Bestemmelsen i B. G. B. § 143 angaaende »Anfechtungsgegner«. En saadan Formalitets Iagttagelse er dansk Ret ganske fremmed. Der vil ikke være nogen Tvivl om, at A. — bortset fra Tredjemands mulige Godtroserhvervelse, som ikke vedkommer os her, se herom ndfr. § 12. I — stedse og uden noget Hensyn til Ugyldighedsgrundens Art uden videre Formaliteters Iagttagelse kan gjøre Ugyldigheden gjældende umiddelbart overfor T. Det materielle Hensyn, der anføres til Støtte for en Regel som den i B. G. B. § 143 givne, er det, at Medkontrahenten 58 paa Grund af sit eventuelle Ansvar overfor T. har Interesse i snarest muligt at faa Besked om, at Ugyldigheden gjøres gjældende.¹⁴² Men det er formentlig med Føje, at der ikke i dansk Ret er tillagt dette Hensyn nogen Vægt. I hvert Fald synes der ikke at være nogen Grund til i saa Henseende at sondre imellem Ugyldighedsgrundene. Skulde endelig en Sondring her gjøres mellem disse, maatte Skjelnemærket formentlig være det, om Medkontrahenten havde nogen Føje til at antage, at Ugyldigheden ikke vilde blive gjort gjældende; andet Skjelnemærke ses det angivne Motiv for Reglen ikke at kunne føre til. Og at denne Sondring skulde falde sammen med Sondringen mellem Nullitets- og Anfægtelighedsgrunde, vil paa Forhaand være uantageligt. Af de Motiver, som kunne tale for at reducere en Ugyldighedsgrund til Anfægtelighedsgrund, vilde højst de S. 221 under 1 anførte, men ikke de under

¹⁴² D. Entw. Mot. II S. 221.

2 og de stærkere S. 222 under 3 angivne falde sammen med Motiverne til den her omtalte Sondring. Der vil med andre Ord ikke i og for sig være nogensomhelst Grund til at kræve den her omhandlede Formalitets Iagttagelse, *fordi* Ugyldighedsgrunden er en Anfægtelighedsgrund; de Motiver, som have medført, at en Retsforfatning har reduceret en vis Ugyldighedsgrund til Anfægtelighedsgrund, kunne være ganske andre end de, der kunne anføres for den her omhandlede Sondring.

Situationer, i hvilke *Tredjemand* har *Interesse i Ugyldighedens Anerkjendelse*, *fremkomme* ved Overdragelsesretshandler navnlig saaledes, at A. ugyldigt overdrager sin Ting til B., hvorefter han overdrager samme Ting til T., eller hans Kreditorer (T.) ved Retsforfølgning vinde Rettigheder over Tingen. Det her omhandlede Kjendemerke vilde i denne Situation føre til, at T., naar Ugyldigheden er Anfægtelighed, ikke vil kunne hævde sin Ret overfor B., medmindre A. overfor denne har anfægtet sin Retshandel. Efter dansk Ret er det utvivlsomt Hovedregelen, at T. udendvidere i den beskrevne Situation kan gennemføre sin Ret overfor B., uden at det for nogen Ugyldighedsgrunds Vedkommende er en Betingelse herfor, at A. har anfægtet sin Retshandel overfor B. Kaste vi et Blik paa de ovfr. S. 221—22 anførte Grunde, der kunne motivere at reducere en Ugyldighedsgrund til en Anfægtelighedsgrund, vil det vise sig, at de under 1 og 2 anførte ikke kunne motivere nogen saadan Betingelse for T.s Ret, selv om man ansaa dem for tilstrækkelige til at motivere en Regel om Nødvendighed af Reaktion fra Partens Side, naar Retten gjøres gjældende imod ham. Der kan ikke her, som af A.s Passivitet, naar han er Procespart, sluttes, at han ikke ønsker Ugyldigheden anerkjendt, og *det gjælder her* ikke alene hans egne, men *Tredjemands Interesser*. Af sidstnævnte Grund kan heller ikke den S. 222 under 2 omtalte Bevisvanskelighed komme i Betragtning her.

Af de forskjellige Motiver, som kunne tænkes at ligge til Grund for en Ugyldighedsarts Reduktion til Anfægtelighedsgrund, kunne ialfald kun de S. 222 under 3 anførte være relevante for Forholdet til Tredjemand. Det foreliggende Spørgsmaal gaar jo i Realiteten ud paa, om T.s Retsstilling skal være afhængig af, at A. er villig til at foretage An-

fægtelsesskridt. Det er allerede bemærket, at en saadan Afhængighed i Almindelighed ikke kan anerkjendes. Den almindelige Regel maa være, at Retshandler, som ikke binde Foretageren af Retshandelen, ogsaa udenvidere maa kunne ignoreres af hans Kreditorer ¹⁴³ og af Tredjemand, til hvem han overdrager det ugyldigt afhændede. Men de ovenfor S. 222 under 3 angivne Grunde, der medføre, at den paagjældende Part, hvor det gjælder hans egne Forhold, har Valgfrihed til at decidere, om der foreligger Ugyldighed eller ikke, maa dog vistnok indrømmes ⁶⁰ indenfor visse Grænser naturligt at kunne motivere, at saadan Valgfrihed ogsaa gives ham i Konflikt med Tredjemands Interesser, se nærmere ndfr. i § 10 navnlig S. 235—37. Antages dette for rigtigt, vil altsaa det her omhandlede Kjendemærke indenfor visse Grænser — men ikke altid — passe paa de Ugyldighedsgrunde, der ere reducerede til Anfægtelighedsgrunde af de S. 222 under 3 angivne Motiver, men ikke for dem, der ere Anfægtelighedsgrunde ifølge andre Motiver.

Som et andet Tilfælde, hvor Tredjemand kan have Interesse i at paaberaabe sig Ugyldigheden af en Overdragelse, nævnes det, at A., som har en gyldig Fordring paa T., overdrager denne til B. ved en ugyldig Transport. Her vil det foreliggende Kjendemærke for Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed føre til, at Cessus, der kjen-der Transportens Ugyldighed, dersom denne er en Nullitet, kan vægre sig ved at betale til B. og ikke vil frigjøres ved at betale til denne, medens han, hvis Transporten kun er anfægtelig, trods sin Viden herom, dersom A. ikke overfor B. har anfægtet sin Transport, maa betale til og vil frigjøres ved Betaling til B.¹⁴⁴ I dansk Ret staar Sagen saaledes, at Cessus, uden Hensyn til Arten af den Ugyldighed, som Transporten lider af, kan gjøre dennes Ugyldighed gjældende overfor Cessionaren, medmindre han trods sin Viden om Ugyldigheden frigjøres ved Betaling til denne.¹⁴⁵ Og om han frigjøres ved Betaling til Cessionaren, er for alle Ugyldighedsgrundes Vedkommende ligelidt eller ligemeget afhængigt af, om Cedenten overfor Cessionaren har erklæret, at han fastholder Transportens Ugyldighed, eller ikke har af-

¹⁴³ Jfr. Nellesmann Eksekution S. 119 ff.

¹⁴⁴ Jfr. D. Entw. Mot. I S. 219—220.

¹⁴⁵ Min Haandbog I § 50 Note 54 og 55.

givet nogen saadan Erklæring. Atter her møde vi et Kjendemærke for Anfægteligheden, som synes med logisk Nødvendighed at ligge i det
 61 traditionelle Begreb, men som savner real Grund. Og vilde man endelig i den her omhandlede Henseende gjøre en Sondring imellem Ugyldighedsgrundene, synes denne at maatte blive en lignende som den ovfr. S. 227 omtalte, der ikke kan formodes at falde sammen med Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed efter sidstnævnte Hovedmærke.

Ugyldigheden af Kontrakter vil Tredjemand navnlig have Interesse i at faa anerkjendt, naar den paagjældende Part kommer under Konkurs. Spørgsmaalet bliver da det, hvorvidt dansk Ret anerkjender eller burde anerkjende, at der gives Ugyldighedsgrunde, som Konkursbort (T.) ikke kan paaberaabe sig, medmindre de ere gjorte gjældende af Fallenten. Der kan herom ganske henvises til Udviklingen S. 228—29. Af de forskjellige Motiver, der kunne afføde Anfægtelighed efter Hovedmærket, vil her i alt Fald kun de S. 222 under 3 anførte kunne blive af Betydning, se nærmere herom i § 10 i Undersøgelsen om Ratihabitions Virkning overfor Tredjemand.

Endvidere vil Tredjemand, som har stillet Pant eller indgaaet Kauti-
 tion for en ugyldig Kontrakt, kunne have Interesse i at paaberaabe sig Ugyldigheden. Sagen staar ganske paa samme Maade for Pant-
 sætteren som for Kauti-
 onisten, saa det vil være tilstrækkeligt at om-
 tale sidstnævnte. Først bemærkes, at Gyldigheden af Kauti-
 on (og Tredjemands Pantsætning) ikke efter dansk Ret er betinget af, at der eksisterer nogen Hovedfordring. Den Konsekvens af den traditionelle Theori (som man forøvrigt ikke altid vedkjender sig), at der ikke kan indgaas Kauti-
 on for Nulliteter, men nok for anfægtelige Kontrakter,¹⁴⁶ interesserer altsaa ikke dansk Ret. Af Kauti-
 onens akcessoriske Natur følger kun, at Kauti-
 on er ugyldig, naar den er indgaaet for et re-
 proberet Forhold,¹⁴⁷ forudsat at Reprobationen ikke alene strækker sig
 62 til Mellemværendet mellem Hovedforholdets Parter.¹⁴⁸ Her møde vi

¹⁴⁶ Jfr. D. Entw. Mot. II S. 660, 662—663, Wächter I. S. 421. 3^o, 423. 3^o, Windscheid § 477 Note 10.

¹⁴⁷ Min Haandbog § 119 ved Note 2, § 115. I, Hagerup Panteret 2den Udg. S. 54, Torp S. 61, Tingsret S. 584—585.

¹⁴⁸ Jfr. E. Møller Dækningsadgang S. 323, 326, 327.

altsaa en Art af Ugyldighedsgrunde, som ogsaa gjælde til Fordel for Kautionisten endog imod hans Ønske, altsaa en Sondring imellem stærkere og svagere Ugyldighedsgrunde, men denne Sondring, som vi allerede tidligere have mødt (ovfr. S. 218—19), er, som oplyst, ikke Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed. Hører Hovedforholdet ikke til de saaledes reprobereede, hæfter Kautionisten trods Ugyldigheden, naar han har paataget sig Kautionen under Kjendskab til den eller garanteret Fordringshaveren mod dens Tilstedeværelse. Iøvrigt beroer det paa de almindelige Regler angaaende urigtige Forudsættningers Indflydelse, om Kautionisten trods Hovedforholdets Ugyldighed er bunden eller ikke;¹⁴⁹ for Afgjørelsen heraf er altsaa Ugyldighedsgrundens Art ikke afgjørende. Forsaavidt Kautionisten efter det anførte kan paaberaabe sig Hovedforholdets Ugyldighed, møde vi det her foreliggende Spørgsmaal, hvorvidt dansk Ret vedkjender sig eller burde vedkjende sig, at visse Ugyldighedsgrunde ved Hovedforholdet dog kun kunne gjøres gjældende af Kautionisten under Forudsætning af, at Hovedskyldneren gjør dem gjældende og faktisk anfægter Hovedforholdet. Besvarelsen kan være ret tvivlsom. Som Hovedregel maa det fastholdes, at det, naar Hovedforholdets Gyldighed er en Forudsætning for Kautionistens Bundethed, er denne uvedkommende, om Hovedskyldneren virkelig benytter sig af sin Indsigelse eller ikke;¹⁵⁰ Kautionisten bør ikke være afhængig af Hovedskyldnerens Vilkaarlighed. Men undertiden vil dog Retsfølelsen kræve, at Kautionisten er bunden, naar Hovedskyldneren fastholder Kontrakten. Saaledes vil man vistnok, naar Kaution er indgaaet for Betaling af Købesummen for en Ting, der senere viser sig at være behæftet med Mangler, saa at Køberen kan hæve Kontrakten, antage, at Sælgeren kan holde sig til Kautionisten, naar Køberen desuagtet finder sig tjent med Handelen og fastholder Kontrakten, uanset at Kautionen er indgaaet under saadanne Omstændigheder, at Kautionisten er fri, dersom Køberen fraaar Kontrakten.¹⁵¹ Hvor skal nu Grænsen i denne Henseende ¹⁵²

¹⁴⁹ Min Haandbog § 119. II, Hagerup Panteret S. 56, Torp Tingsret S. 584.

¹⁵⁰ Min Haandbog § 119 Note 15, 116, 117.

¹⁵¹ Min Haandbog § 119 Note 14.

¹⁵² Jfr. herom Mitteis, der sonderer imellem Ugyldighedsgrunde, som udvise, at Skyldneren ikke vilde Retshandelen, f. Eks. Tvang og Svig, og andre, som

drages? Det ses ikke rettere, end at vi atter her føres tilbage til den Gruppe af Ugyldighedstilfælde, som er omtalt ovfr. S. 222 under Nr. 3, hvor den paagjældende Part bør have Valgfrihed til at decidere, om der foreligger Ugyldighed. Her fremtræder Skyldnerens Fastholdelse af Kontrakten ikke som en vilkaarlig Akt, men maa tages som Udtryk for, at Retshandelen, skjønt den omfattes af en Ugyldighedsregel, dog ikke har de Egenskaber, som materielt have motiveret Ugyldighedsreglen. Endnu maa der tilføjes, at det, hvor Kautionsistens Bundethed saaledes er afhængig af, om Hovedskyldneren gjør Ugyldigheden gjældende eller ikke, dog ikke forholder sig saaledes, at Kautionsisten er pligtig at betale, indtil Hovedskyldneren har gjort Ugyldigheden gjældende. Saalænge det staar in suspenso, hvorledes Hovedskyldneren i denne Henseende vil stille sig, kan Kautionsisten vægre sig ved at indfri Kautionen.¹⁵³

Undersøgelserne angaaende det i denne Paragraf omhandlede Kjendemerke for Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed have saaledes, forsaavidt angaar Ugyldighedens Paaberaabelse *imod* Tredjemand, vist, at dette Kjendemerke beroer paa en ren logisk Slutning, 64 uden reelt Grundlag, fra en uagtsom Formulering af Sondringens Hovedmærke. Hvad Ugyldighedens Paaberaabelse af Tredjemand angaar, kan Kjendemærket indenfor visse Grænser (se nærmere i § 10) være en naturlig Konsekvens af Anfægtelighed efter Hovedmærket, forsaavidt som Meningen med at reducere en Ugyldighedsgrund til Anfægtelighedsgrund er den, at der bør tilkomme den paagjældende Part Valgfrihed til at decidere, om der foreligger Ugyldighed, men ikke naar en Ugyldighedsgrund er reduceret til Anfægtelighedsgrund af andre Motiver. I sidste Fald beroer Kjendemærket atter paa en logisk Slutning uden reelt Grundlag.

ikke udvise dette, f. Eks. Mangler ved Ydelsen og læsio enormis; disse sidste skal Skyldneren kunne opgive til Skade for Kautionsisten.

¹⁵³ Dette Brud paa det traditionelle Anfægtelighedsbregrebs Konsekvens ser B. G. B. § 770 sig nødsaget til at gjøre, se ovfr. S. 203 Note 89.

§ 10.

Fortsættelse: Ratihabitionsmulighed.

Af Sondringen imellem den af Nullitet lidende Retshandel som et retligt Intet og den anfægtelige som virksom, medmindre der reageres imod den (se ovfr. S. 226), drages endvidere den Konsekvens, at *Overenskomster af første Art ikke kunne ratihaberes, medens Partens Godkjendelse af den anfægtelige Overenskomst gjør denne gyldig*.¹⁵⁴ Hvorledes staar det nu i dansk Ret og efter Forholdenes Natur med Sondringen i denne Henseende?

Først bemærkes, at der gives Overenskomster, hvis Ratihabition er udelukket i den Forstand, at Ratihabitionen ikke binder Godkjenderen. Dette er Tilfældet med Overenskomster, der ere ugyldige som forbudne ifølge en Misbilligelse af deres Indhold, causa eller Øjemed¹⁵⁵ (reprobere), se ovfr. S. 218. Forbudsloven og dens Ugyldighedsregel vil her ogsaa ramme Godkjendelseserklæringen, forsaavidt denne Lov⁶⁵ endnu bestaar.¹⁵⁶ Og naar en Overenskomst er ugyldig, fordi de foreskrevne Former for dens Indgaaelse ikke ere iagttagne, vil efter Omstændighederne ogsaa den formløse Ratihabition rammes af Ugyldighedsreglen, jfr. ovfr. S. 219. Men det er ikke disse Modsætninger, som der her sigtes til.

Naar det siges, at den af Nullitet lidende Retshandel ikke kan ratihaberes — en Sætning, som forøvrigt ofte erkjendes ikke at være undtagelsesfri¹⁵⁷ — menes hermed, at Ratihabitionen af den i Virkeligheden kun er en ny Overenskomst, der blot kaldes Ratihabition, fordi den gaar ud paa at stille Medkontrahenten, som han vilde være stillet, der som den ugyldige Overenskomst straks havde været gyldig. Dette Maal vil den, idet den oprindelige Retshandel er et retligt Intet, kun kunne naa, forsaavidt som Ratihabenten ifølge de nu foreliggende Forhold efter almindelige Regler er istand til at realisere det, og Medkontra-

¹⁵⁴ Ovfr. S. 185, 200, 202, 203, 207, jfr. 206.

¹⁵⁵ Min Haandbog I. S. 580—581, Hallager-Aubert Obligationsrettens almindelige Del S. 47, Torp S. 61, Hagerup I. c. S. 54.

¹⁵⁶ E. Møller Dækningsadgang S. 322.

¹⁵⁷ Ovfr. S. 185 ved Note 18.

henten erhverver først Ret fra Godkjendelsen at regne. Ratihabitionen af den anfægtelige Retshandel siges derimod at være et Afkald paa Anfægteligheden. Den har egentlig tilbagevirkende Kraft og bevirker, at Medkontrahenten virkelig staar, som om den oprindelige Overenskomst havde været gyldig; dog gjøres der undertiden Undtagelser fra denne Regel.¹⁵⁸

Det synes nu ikke i alle Henseender ganske klart, hvad der menes med denne retlige Forskjel mellem Ratihabitionens Virkninger i de to Tilfælde, men i en vis Retning er dog Meningen klar nok. Forsaavidt det ved Kollision imellem Rettigheder kommer an paa Tidsprioriteten, skal Godkjendelsen af Nulliteten først virke fra sin Foretagelse, medens den anfægtelige Rets Ælde i Tilfælde af Godkjendelse regnes fra den anfægtelige Overenskomsts Indgaaelse. Betydningen heraf vil 66 navnlig komme frem ved Overdragesretshandeler: A. overdrager ugyldigt sin Ting til B.; derefter overdrager han den gyldigt til T., eller hans Kreditor (T.) gjør Udlæg i den, eller A. kommer under Konkurs; efter at dette er sket, ratihaberer A. sin Overenskomst med B. Theorien gaar ud paa, at Spørgsmaalet, om B. gaar forud for T. eller omvendt, afhænger af Beskaffenheden af den Ugyldighedsgrund, som klæbde ved A.'s Overdragelse til B. Var dette en Nullitetsgrund, gaar T. forud for B., var det en Anfægtelighedsgrund, gaar B. forud for T.

At det nu efter dansk Ret i Almindelighed maa stille sig saaledes, at T. foretrækkes for B., vil ikke blive anset for tvivlsomt.¹⁵⁹ Men Spørgsmaalet er, om der dog ikke for visse Ugyldighedsgrundes Vedkommende maa anerkjendes Undtagelser fra denne almindelige Regel, og om i bekræftende Fald disse Ugyldighedsgrunde falde sammen med dem, som ere Anfægtelighedsgrunde. Spørgsmaalet er væsentligt det samme, som vi tidligere have mødt (ovfr. S. 228 og 231), men henskød til endelig Besvarelse paa dette Punkt, nemlig hvorvidt T. i tilsvarende Situationer er udelukket fra at paaberaabe sig en Retshandels Ugyldighed, medmindre den er anfægtet af den paagjældende Part.

Man fristes nu unægteligt let til at slutte saaledes, at naar en

¹⁵⁸ Ovfr. S. 200 Note 74.

¹⁵⁹ Min Haandbog I § 21, jfr. Goos I S. 210.

Ugyldighedsgrund kun er Anfægtelighedsgrund, 3: kun tages i Betragtning, naar den releveres af den paagældende Part, saa kan den ikke paaberaabes af Tredjemand, førend den er releveret af Parten, og saa maa den endeligt tabe sin Betydning ogsaa overfor Tredjemand, naar den paagældende Part ikke længere kan relevere den, fordi han har frafaldet den. Uholdbarheden af det første Led i Slutningen er allerede omtalt (S. 229), og dermed falder ogsaa det andet. Sagen er jo den, at en Ugyldighedsgrunds Reduktion til Anfægtelighedsgrund i og for sig kun betyder, at det er nødvendigt for Parten at relevere den, naar Retshandelen gjøres gjældende imod 67 ham. Men heraf alene kan Intet sluttet om Tredjemands Retsstilling.

Forsaavidt en Ugyldighedsgrund er reduceret til Anfægtelighedsgrund alene af de ovenfor S. 221—22 under 1 og 2 angivne Motiver, vil der aabenbart ikke være nogen Grund til at bryde med den almindelige Regel, at T. trods Ratihabitionen maa gaa forud for B. Men skyldes Reduktionen den Opfattelse, at den paagældende Part bør have Frihed til at decidere, om der foreligger Ugyldighed (ovfr. S. 222 under 3), er det vistnok indenfor visse Grænser rigtigt at tillægge Ratihabitionen den Virkning, at B. foretrækkes for T. Der maa i saa Henseende sondres:

Skyldes Kollisionen en ny Overdragelse fra den paagældende Part, maa Hovedregelen stedse fastholdes. De økonomiske og moralske Interesser, som den paagældende Part kan have i uden Indblanding fra Dommerens Side at kunne decidere, at der ikke foreligger Ugyldighed, maa vige for Tredjemands, naar Parten i Forhold til denne netop har behandlet sin Overenskomst med B. som ugyldig.¹⁶⁰ Forsaavidt skyldes Kjendemærket en logisk Slutning uden tilstrækkeligt reelt Underlag.

Fremkommer derimod Kollisionen ved en Retsforfølgning fra A.'s Kreditorer, bør vistnok den paagældende Part have Valgfrihed til at decidere, at der ikke foreligger Ugyldighed, ogsaa i Kollision med Kreditors Ret. De ovfr. S. 222 under 3 angivne reale Hensyn synes

¹⁶⁰ Saaledes Mourlon II S. 873, jfr. ovfr. S. 200 Note 74, der udtrykker Forholdet saaledes, at den paagældende Part ved sin Overdragelse til Tredjemand har cederet sin Anfægtelsesbeføjelse til denne.

stærke nok til at motivere dette Resultat,¹⁶¹ i alt Fald for Udlægshaverens Vedkommende.¹⁶² I Almindelighed maa vel det samme gjælde 68 for Konkursboet, saa at altsaa den paagjældende Part trods Konkursen med Virkning for Boet kan frafalde Ugyldighedsgrunde, hvis Fremsettelse vilde stride imod bona fides¹⁶³ eller f. Eks. saadanne Indsigelser som Utaknemmelighed hos Gavemodtageren, hvor disse ere anerkjendte. Men skyldes Partens Skjønsmæssighed Hensynet til, at han selv er den, der har Oversigten over sin Formue som Helhed og dennes Tarv, maa vistnok hans Valgfrihed gaa over til Konkursboet, der nu administrerer Formuen som Helhed, saa at hans Ratihabition efter Konkursen ikke binder Konkursboet, naar Ugyldighedsgrunden f. Eks. er Mangler ved Ydelsen i et gjensidigt Forhold. Atter her viser det sig, hvor dristig den logiske Slutning fra Hovedmærket til det her omhandlede Kjendemerke er. Endnu maa det angaaende Ratihabitionsmuligheden fremhæves, at det meget vel kunde tænkes, at en Lovgiver fandt de S. 222 under 3 angivne Motiver eller andre tilstrækkelige til at afføde en Ratihabitionsmulighed uden at tillægge dem den Betydning at reducere Ugyldigheden til en Anfægtelighedsgrund. Vi vilde i saa Fald møde Tilfælde, hvor et af Anfægtelighedens sekundære Kjendemerker foreligger, uden at der dog foreligger Anfægtelighed.¹⁶⁴ Hvor Ratihabition efter det udviklede kan finde Sted med tilbagevirkende Kraft, maa det vel i Almindelighed ogsaa antages, at Tredjemand er udelukket fra at paaberaabe sig Ugyldigheden, saalænge det staar in suspenso, om den paagjældende Part vil ratihabere eller ikke

¹⁶¹ Den i Teksten forsvarede Sondring mellem Overdragelse og Retsforfølgning anerkjendes vistnok af fransk Ret, se Note 160 og Citater ovfr. S. 200 Note 74.

¹⁶² I et Tilfælde, hvor en Skyldner havde betalt til sin mindreaarige Kreditor, hvorefter en af dennes Kreditorer havde gjort Udlæg i Fordringen, antog saaledes Vib. O. R. D. i U. f. R. 1879 S. 793, at Udlægshaverens Ret maatte vige for en af den Mindreaarige, efter at han var bleven fuldmyndig, efter Udlæget til Debitor afgiven Kvittering. Den ved den Mindreaariges oprindelige Kvittering klæbende Ugyldighedsgrund kan maaske opfattes som et Eksempel paa de ovfr. S. 223 under 3. b omtalte, hvis Fastholdelse fra den paagjældende Parts Side vilde stride mod bona fides.

¹⁶³ Jfr. Note 162.

¹⁶⁴ Jfr. ovfr. S. 185 Note 18.

ovfr. S. 228—29 og 230). Ialtfald synes dette at maatte gjælde, naar Partens Valgfrihed er givet ham af de S. 222 under a angivne Grunde, 69 hvorimod man maaske, naar Ugyldighedsgrunden hører til de S. 223 under b angivne, vil finde det naturligst, at Tredjemand og Konkursboet have Fortrinsret, medmindre Parten virkelig ratihaberer, naar han erfarer, at Tredjemand vil gjøre Ugyldigheden gjældende. Erkjender man Rigtigheden af denne Sondring, viser det sig atter her, hvor mislige de traditionelle logiske Slutninger ere.

Hvad der iøvrigt menes med Forskjellen mellem Ratihabitionens Virkning ved Nullitet og ved Anfægtelighed,¹⁶⁵ synes, som allerede bemærket, ikke altid ganske klart. Det fremhæves undertiden, at Godkjendelsen af Nulliteten kun er gyldig, naar den opfylder alle de Fordringer, som i det Øjeblik, da den foretages, stilles til Retshandler som den godkjendte, medens Godkjendelsen af den anfægtelige Retshandel kun udkræver Iagttagelse af de almindelige Regler for Retshandler. Særligt fremhæves, at Godkjendelsen forsaavidt Retshandelen hører til de formbundne, og Formen er iagttagen, kan ske formløst, naar den er anfægtelig, hvorimod Formerne paany maa iagttages, naar Retshandelen er en Nullitet. Alt dette passer vel ligeledes ganske godt, naar Motivet for den paagjældende Ugyldighedsgrunds Reduktion til Anfægtelighedsgrund er Partens Valgfrihed til at decidere, om der foreligger Ugyldighed, men ellers ikke. Anvender man den fremhævede almindelige Sætning paa det Tilfælde, at der er udkommet en Lov, som nu forbyder Overenskomster af et vist Indhold, der tidligere vare tilladte, og spørger, om Overenskomster af et vist Indhold, som ugyldigt ere foretagne før Forbudslovens Ikrafttræden, kunne ratihaberes efter denne eller ikke, vil vel ligeledes den bekræftende Besvarelse ligge nær, naar Parten har den omtalte Valgfrihed, men ogsaa andre Motiver, f. Eks. at Parten, uden at den ugyldige Overenskomst 70 just er bleven ratihaberet, har indrettet sig i Henhold til dens Virksomhed, kunne naturligt motivere Tilladelighed af Ratihabition, uanset det nu gjældende Forbud.

¹⁶⁵ Jfr. herom f. Eks. Planck I S. 196, Windscheid § 83 Note 10, § 74 Note 6.

§ 11.

Fortsættelse: Kjendemerke for gjensidige Kontraktors Vedkommende.

I gjensidige Kontrakter vil Forholdet undertiden stille sig saaledes, at det ene Løftes Ugyldighed medfører, at heller ikke den anden Part er bunden, medens i andre Tilfælde den anden Part er bunden trods det til ham rettede Løftes Ugyldighed. Ogsaa denne Forskjel sættes i Forbindelse med Begreberne Nullitet og Anfægtelighed. Idet den af Nullitet lidende Retshandel bestemmes som et retligt Intet i Forhold til Alle, og idet man staar paa Overenskomsttheoriens Standpunkt, bliver Konklusionen, at Overenskomsten er retligt Intet, og altsaa Ingen af Parterne er bunden ved den gjensidige Kontrakt, naar blot et af Løfterne lider af en Nullitetsgrund, hvorimod det ene Løftes Anfægtelighed, der jo kun kan gjøres gjældende af den Part, for hvis Skyld Anfægteligheden er anerkjendt, ikke udelukker den andens Forpligtelse.

Dette Kjendemerke for Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed har imidlertid forvoldt Theoriens Forsvarere særlige Vanskeligheder og fastholdes ingenlunde af alle; der kan endog tvistes, om Kjendemærket kan siges at være et sædvanligt opstillet. I romersk Ret havdes jo utvivlsomt Hjemmel for, at den umyndiges Medkontrahent i en gjensidig Kontrakt kunde være bunden ved denne, l. 13 § 29 Dig. de act. emt. et vend. (19—1), skjønt Umyndighed erkjendtes for at være en Nullitetsgrund. Undertiden har man søgt at imødegaa denne Vanskelighed ved Dannelsen af Begrebet relativ Nullitet,¹⁶⁶ der i Virkeligheden er uforeneligt med Nullitetens Væsen som det rene Intet, og som man følgelig har ondt ved at finde sig tilrette med.¹⁶⁷ Hermed er da den heromhandlede Forskjel opgiven som Kjendemerke for Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed.¹⁶⁸ Men undertiden fastholdes Kjendemærket,¹⁶⁹ og hos de engelsk-amerikanske Forfattere synes dette Mærke endogsaa opfattet som Hovedmærket for Sondringen

¹⁶⁶ Ovfr. S. 182, 186 Note 23, S. 198, jfr. Windscheid § 321 Note 23.

¹⁶⁷ Ovfr. S. 186 Note 23.

¹⁶⁸ Windscheid § 321. 4^o, Brinz § 557 Note 26 og 27.

¹⁶⁹ D. Entw. Mot. II S. 200, Reatz I S. 51 Note 1, Schneider ad Art. 18 Note 1.

imellem void og voidable contracts.¹⁷⁰ Den tyske Lovbog overhugger, til Støtte for den traditionelle Sondring, Knuden ved at fjerne Umyndighed — med en Undtagelse, hvorefter straks nedenfor — ud af Ugyldighedsbegrebet og henlægge den under det neutrale Begreb Uvirk-somhed.¹⁷¹

I Virkeligheden har den her omhandlede Forskel ikke noget med det efter Hovedmærket bestemte Anfægtelighedsbegreb at gjøre. De reale Grunde, hvorefter det afgjøres, om Ugyldigheden af en Overens-komst, naar denne gjøres gjældende mod den paagjældende Part, kan tages i Betragtning til Fordel for ham uden at releveres af ham, eller ikke, ere ganske andre end de, der bør være afgjørende her. Der er ingen Modsigelse i at anerkjende, men vil tværtimod være god Grund til at hævde, at f. Eks. Umyndighed er en Nullitetsgrund i den Forstand, at den tages i Betragtning til Fordel for den Umyndige uden at være releveret af ham, og at dog den myndige Medkontrahent, som kjendte Umyndigheden, er bunden ved Kontrakten. Sagen er ganske simpel. Grundlaget for den gjensidige Kontrakt er ikke én Akt, men to Løfter. At det ene af disse er ugyldigt, udelukker ikke, at det kan være tilstrækkeligt som Akcept af den andens, saa at denne bindes. Om dette er saa, afhænger dels af Ugyldighedsgrundens Art, dels af 72 andre Omstændigheder.¹⁷² Svig og Tvang ere anerkjendte som Ugyldighedsgrunde, fordi de ere en Forurettelse mod den paagjældende Part, og derfor kan denne, om han ønsker det, fastholde Kontrakten, der lide af disse Ugyldighedsgrunde, og det, hvad enten det paa-gjældende Retssystem erkjender dem for Nullitetsgrunde eller Anfægtelighedsgrunde. Andre Ugyldighedsgrunde ville være fælles for begge Løfter, f. Eks. ofte Strid mod Lov og Ærbarhed. Eller Ugyldighedsgrunden ved det ene Løfte vil medføre, at der foreligger en anden Ugyldighedsgrund for det andet Løfte, f. Eks. Afsindighed og Umyndighed i en saadan Grad, at den Umyndige ikke evner fornuftig Forstaaelse af det til ham rettede Løfte;¹⁷³ denne Form af Umyndighed

¹⁷⁰ Citater ovfr. S. 199—200.

¹⁷¹ Ovfr. S. 204 og 201, jfr. ndfr. ved Note 174.

¹⁷² Min Haandbog § 18. III. 1.

¹⁷³ Min Haandbog § 16. I.

kan derfor B. G. B. beholde som Nullitetsgrund.¹⁷⁴ I andre Tilfælde, f. Eks. naar Umyndigheden ikke udelukker den Umyndiges Forstaaelse af det til ham rettede Løfte, vil det afhænge af Reglerne om urigtige Forudsætninger, hvorvidt Medkontrahenten er bunden.

Forskjellen indenfor gjensidige Kontrakter mellem dem, som ikke binde nogen af Parterne, og dem, som binde den ene Part, har saaledes intet at gjøre med Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed. Naar Forskjellen opstilles som Kjendemerke for denne Sondring, beroer atter dette paa en logisk Slutning fra uagtsomt formulerede Begreber uden reelt Underlag.¹⁷⁵

§ 12.

Andre Kjendemerker for Nullitet og Anfægtelighed.

I. En for dansk Rets Vedkommende betydningsfuld Sondring imellem 73 lem stærkere og svagere Ugyldighedsgrunde fremkommer derved, at nogle mere end andre tages i Betragtning overfor Tredjemands gode Tro. *Visse ved et Gjælds-brev kløbende Ugyldighedsgrunde eksstingveres til Fordel for Tredjemand, som i god Tro faar Gjælds-brevet overdraget fra Kreditor, andre ikke.*¹⁷⁶ Og de samme Ugyldighedsgrunde, som i saa Fald eksstingveres, tabe ogsaa — under Forudsætninger, der tildels ere omtvistede, men som det ikke hører herhen at debattere — for Overdragelsesretshandlers Vedkommende deres Betydning overfor Tredjemand, som i god Tro har faaet den ugyldigt overdragne Ret overdragen fra Erhververen i den ugyldige Retshandel.¹⁷⁷

Ogsaa denne Forskjel imellem stærkere og svagere Ugyldighedsgrunde ses undertiden bragt i Forbindelse med Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed, navnlig af engelsk-amerikanske Forfattere,¹⁷⁸ skjønt den heromhandlede Forskjel saa klart er en ganske

¹⁷⁴ Ovfr. S. 201 og 204, jfr. med Note 171.

¹⁷⁵ Jfr. Schlossmann S. 18 Note 26.

¹⁷⁶ Min Haandbog § 53, jfr. Torp S. 92 ff., Gjelsvik: Om Vildfarelsens Indflydelse S. 121 ff.

¹⁷⁷ Torp § 6, Tingsret § 26, hvor Grænsen for eksstinktiv Godtroserhvervelse formentlig drages for snævert, jfr. Citater ovfr. S. 216 Note 124.

¹⁷⁸ Pollock S. 448, Wharton § 172, ovfr. S. 199 Note 64 og Note 71.

anden end den, der for disse Forfattere synes at være Hovedaarsagen, nemlig den i foregaaende Paragraf omtalte. At en saadan Forbindelse antages at foreligge, er jo nu ogsaa meget forklarligt. Naar den af Nullitet lidende Retshandel bestemmes som et retligt Intet, er rent logisk den Slutning god nok, at den ikke kan danne et Led i Retserhvervelsen for Tredjemand, eller med andre Ord, at Nullitetsgrunde ikke kunne eksstingveres til Fordel for Tredjemand. Men hvor realt uholdbar den Sætning er, at Ugyldighedsgrunde ikke kunne eksstingveres, fordi de efter Anfægtelighedsbegrebets Hovedmærke maa henføres under dettes Modsætning, Nulliteten, viser sig klart gennem Eksempler. Uomtvistelige og kvalificerede Nullitetsgrunde ere de ovenfor S. 218 omtalte, som i Forholdet mellem Overenskomstens Parter ⁷⁴ skulde tages i Betragtning af Dommeren endog mod den paagældende Parts Ønske, men disse, f. Eks. Indsigelserne efter Fdn. 14. Maj 1754 §§ 1—3, Fdn. 6. Oktbr. 1753 og Aagerindsigelsen, høre til dem, der kunne eksstingveres.¹⁷⁹ Det er da ogsaa kun undtagelsesvis, at Umuligheden for Eksstinktion opstilles som Nullitetsmærke. Udover Konflikten mellem den logiske Konklusion fra Nullitetens traditionelle Kjendmærke og Kjendsgjerningen, at Nullitetsgrunde kunne tabe deres Betydning i Forhold til Tredjemand, hjælper man sig ved at henvise til, at Tredjemands Erhvervelse er en ganske selvstændig, som ikke behøver at paaberaabe sig den ugyldige Retshandel. Dette er efter Omstændighederne rigtigt nok, saaledes naar, som i dansk Ret med Hensyn til Penge, Ordningen er den, at Tredjemand, der i god Tro faar en Ting overdragen af en Ikke-Ejer, bliver Ejer af Tingen, selv om rette Ejer ikke har afhændet, men f. Eks. blot udlaant den.¹⁸⁰ Men med Hensyn til Eksstinktion af Indsigelser mod Gjældsbreve kan Konflikten ikke undgaas, og efter dansk Ret kommer den ogsaa frem med Hensyn til eksstinktiv Godtroserhvervelse af Ting, der i vidt Omfang er betinget af, at der foreligger en (ugyldig) Overdragelsesretshandel fra rette Ejer.

Sagen er den, at Konflikten kun fremkommer ved en uagtsom Be-

¹⁷⁹ Min Haandbog § 53 Note 18 og 19.

¹⁸⁰ Saaledes B. G. B. §§ 932—935, ovfr. S. 202 Note 85, Endemann II 88—89.

stemmelse af Nullitetsbegrebet, se ovfr. S. 226. Den heromhandlede Forskjel har, som paavist, i Virkeligheden Intet at gjøre med Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed.

II. I fremmed Ret foreskrives jævnligt Forældelsesfrister for visse Ugyldighedsgrunde,¹⁸¹ og at saadanne Forældelsesregler i et vist Omfang 75 fang have deres Berettigelse, maa sikkert erkjendes. De gaa ud paa, at Ugyldigheden ikke kan paaberaabes, naar den ikke er gjort gjældende inden de foreskrevne Frister, og tilsigte at hjælpe Medkontra-henten udover Uvisheden i denne Henseende.¹⁸² Med særlig Vægt virker dette Hensyn, naar Overenskomsten trods sin Ugyldighed kan fastholdes af den paagjældende Part (ovfr. § 11) og er af saadant Indhold, at den paagjældende Part muligvis kan være tjent med at fastholde Overenskomsten og altsaa ved at holde in suspenso, om han vil gjøre Ugyldigheden gjældende eller ikke, kunde udnytte Situationen paa Medkontrahentens Bekostning. Men dette Skjelnemærke har man ikke fundet legislativt brugeligt; i Almindelighed afhænger Forældeligheden af Ugyldighedsgrundens Art. Og vil man sondre i denne Henseende, bliver det vel nok jævnligt netop nogle af de Egenskaber ved Ugyldighedsgrunde, der kunne motivere, at de reduceres til Anfægtelighedsgrunde, som man vil lægge Vægt paa¹⁸³ navnlig vel de ovfr. S. 221—22 1 og 2 anførte. Men at man konsekvent bør nægte en Ugyldighedsgrund Forældelighed, fordi den er en Nullitetsgrund, og tillægge den Forældelighed, fordi den er en Anfægtelighedsgrund, vilde det være ganske vilkaarligt at paastaa.

Skjønt logisk Konsekvens vel maatte kræve, at den af Nullitet lidende Retshandel som et retligt Intet ikke kunde blive gyldig ved et Tidsrums Forløb under Passivitet fra den paagjældende Parts Side, er det da heller ikke almindeligt, at Forskjellen mellem uforældelige og forældelige Ugyldighedsgrunde identificeres med Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed.¹⁸⁴ Men stundum sker dog dette, og Identifikationens savner da, om den end er uberettiget, heller ikke

¹⁸¹ Ovfr. S. 200—01, 204.

¹⁸² D. Entw. Mot. I S. 209, Reatz I S. 53 Note 1.

¹⁸³ Ovfr. S. 201.

¹⁸⁴ Ovfr. S. 185 Note 19.

særlige Holdepunkter. Forældeligheden medfører nemlig naturligt netop visse af de retlige Fænomener, som traditionelt knyttes til Anfægteligheden, nemlig den ugyldige Overenskomsts Gyldigblivelse med tilbagevirkende Kraft overfor Tredjemands mellemkommende Rets-erhvervelser, se ovfr. § 10. Den virkelige Sammenhæng er ganske vist den, at Medkontrahenten først erhverver Ret i det Øjeblik, da Forældelsen finder Sted. Men Forældelsesforskriften vil ikke naa sit Maal, medmindre den sikrer Medkontrahenten ogsaa overfor Tredjemand og altsaa eksstingverer hans mellemkommende Retserhvervelse.

I dansk Ret er ingen af de almindelige Ugyldighedsgrunde undergivne Forældelse; D. L. 5—1—4 antages kun at indeholde en Bevisregel.¹⁸⁵ Dette er vistnok en Mangel. Men af det Udviklede følger, at Indførelsen af saadan Forældelse ingenlunde vilde betyde en Anerkjendelse eller Udvidelse af Anfægtelighedsbegrebet. En Forældelsesregel findes f. Eks. i Sølovens § 227, og det forøvrigt netop for en Anfægtelighedsgrund, jfr. ovfr. S. 223. Konkurslovens § 30 angaar Kompetenceugyldighed, se herom ndfr. § 14.

III. Endnu skal bemærkes, at det undertiden hævdes, at anfægtelige Kontrakter, men ikke Nulliteter ere Gjenstand for Forældelse.¹⁸⁶ For dansk Rets Vedkommende vil det sikkert blive antaget, at en iøvrigt begrundet Forældelsesindsigelse vil være tilstrækkelig til at opnaa Frifindelse, selv om det af Sagens Akter maatte fremgaa, at Fordringen er ugyldig, og uden noget Hensyn til Ugyldighedsgrundens Art. — Den Paastand, at en Retshandel, hvorved man uden Specialisering overdrager til Tredjemand alle de Fordringer, man maatte have mod en Person, omfatter alle de anfægtelige Krav, som Cedenten maatte have paa Cessus, men ikke dem, der lide af Nullitet,¹⁸⁷ er ikke bedre reelt begrundet end andre ovenfor kritiserede rent logiske Slutninger 77 fra det traditionelle Anfægteligheds- og Nullitetsbegreb.

IV. Undertiden forstaas ved Anfægtelighed den af et Annulationsdekret betingede Ugyldighed.¹⁸⁸ Efter denne Terminologi bliver An-

¹⁸⁵ Min Haandbog § 15. II.

¹⁸⁶ Jfr. Thon S. 45, 69.

¹⁸⁷ Jfr. Thon S. 44.

¹⁸⁸ Jfr. Leonhard S. 318, Thon Rechtsnorm S. 274, Brinz § 586 i Slutn.

fægtelighedsbegrebet uden videre Betydning for dansk Formueret, hvorimod der kan blive god Plads for det med Hensyn til Ægteskaber.¹⁸⁹ Dette Anfægtelighedsbegreb er aabenbart et ganske andet end det traditionelle.

§ 13.

Tilbageblik og Resultater. Terminologi.

I. Gjennem de foregaaende Undersøgelser er det for det første paavist, at den traditionelle Inddeling af Ugyldigheden i Nullitet og Anfægtelighed lider af den Svaghed, at begge Inddelingens Led omfatte meget forskelligartede Tilfælde. Det traditionelle Anfægtelighedsbegreb omfatter dels den egentlige Anfægtelighed (S. 220), dels Anfægteligheden ex nunc, som i Virkeligheden er Udtryk for, at Retshandelen er gyldig (S. 217). Under Nulliteten, der bestemmes som det retlige Intet, indføjes den relative Nullitet (S. 186 Note 23), som dog har nogen retlig Betydning, og som saaledes i Virkeligheden sprænger Nullitetsbegrebet. Og denne relative Nullitet nærmer sig undertiden saa stærkt til den egentlige Anfægtelighed, at Grænsen bliver flydende (se navnlig ovfr. S. 197—98).

Men selv bortset fra disse Ufuldkommenheder maa den traditionelle Theori betegnes som et ondartet *dogmatisk Misfoster*. Dens Tendens er en, de reale Hensyn trodsende *Sammenkobling af alle ved Ugyldig-*
78 *hedsgrunde forekommende relative Svagheder paa de samme Ugyldig-*
hedsgrunde. Naar en Ugyldighedsgrund lider af den Svaghed, at den, idet Retshandelen gjøres gjældende mod den paagjældende Part, kun kommer i Betragtning, dersom den releveres af Parten : er en Anfægtelighedsgrund, antages den uden videre at lide af en Række andre Svagheder. Navnlig betragtes det som en Selvfølge, at den anfægtelige Overenskomst ogsaa i Forhold til Tredjemand behandles som gyldig, medmindre den anfægtes af den paagjældende Part (§ 9), og at den kan ratiheres af Parten med tilbagevirkende Kraft endog i Forhold til Tredjemand (§ 10). Ogsaa andre Svagheder betragtes i større

¹⁸⁹ Jfr. Deuntzer Den danske Familieret § 27, hvor denne Terminologi forøvrigt ikke benyttes.

eller mindre Omfang som den anfægtelige Retshandels Kjendemerker (§§ 11 og 12). Paa den anden Side antages de Ugyldighedsgrunde, som, naar Overenskomsten gjøres gjældende mod den paagjældende Part, tages i Betragtning uden at være releverede 3: Nullitetsgrundene, ogsaa at høre til de stærkere i andre Retninger og ikke at være behæftede med nogen af de Anfægtelighedsgrundene tillagte Svagheder, men denne Betragtning har man dog ikke fastholdt i alle dens Konsekvenser.

Berettigelsen til at stemple denne Lære som et dogmatisk Misfoster fremgaar af de foranstaaende Udviklinger. Disse udvise, at Svaghed i en Retning hos en Ugyldighedsgrund meget vel kan være forbunden med Styrke i en anden Retning.¹⁹⁰ Theoriens Hovedfejl ligger i Antagelsen af en nødvendig Sammenhæng imellem Anfægtelighedens Hovedmærke og de andre som Kjendemerker for Anfægteligheden opstillede Retsregler: En Lovgivning hjemler f. Eks. den Regel, at Ugyldighedsgrunden kompulsiv Tvang, naar Overenskomsten gjøres gjældende mod den Tvungne, kun tages i Betragtning, hvis den releveres af ham. Heraf slutter man, dels at den fremtvungne Overdragelses Ugyldighed ikke kan gjøres gjældende af Tredjemand, til hvem den Tvungne senere har overdraget Tingen, eller som i Egenskab af ⁷⁹ den Tvungnes Kreditor har gjort Udlæg i Tingen, medmindre den Tvungne selv anfægter Overdragelsen, dels at Tvingeren foretrækkes for Tredjemanden, naar den Tvungne finder for godt at ratihabere den fremtvungne Overdragelse, og saa fremdeles. Det er oplyst, at disse Slutninger, forsaavidt angaar den Tredjemand, der støtter sig til Overdragelse fra den Tvungne, spotte al sund Sands, og at de iøvrigt ere ganske usikre. Og ligesaa ubeføjet er det omvendt at reducere en Ugyldighedsgrund til Anfægtelighedsgrund, fordi Lovgivningen tillægger den — eller fordi den findes at burde have — et eller andet af Anfægtelighedens traditionelle sekundære Kjendemerker.¹⁹¹ En Lovbog, der som den tyske borgerlige Lov for Begrebsglathedens Skyld fastholder saadanne Sammenkoblinger, kommer uundgaeligt i Strid med naturlige Retssætninger.

¹⁹⁰ Jfr. ovfr. S. 196 ved Note 49.

¹⁹¹ Se f. Eks. om Begrundelsen af Viljesmangels Reduktion til Anfægtelighedsgrund i B. G. B. ovfr. S. 204 Note 94 og S. 238 Note 169.

Det foregaaende indeholder tillige Paavisningen af Theoriens for saamange af den romanistiske Videnskabs Begrebsdannelser karakteristiske Genesis: Historisk og sprogligt maatte Anfægtelighedens Hovedmærke være det, at Ugyldighedsgrunden, naar Overenskomsten gjøres gjældende mod den paagjældende Part, kun tages i Betragtning, dersom den releveres af ham. Som det saa ofte gaar med juridiske Begrebsdannelser, abstraherer man fra den Situation, som man i Virkeligheden tænker paa, og udtrykker Anfægtelighedens Hovedmærke saaledes, at Retshandelens Uvirksomhed er betinget af en Reaktion imod den fra den paagjældende Parts Side. Af denne Begrebsformulering blive da andre Kjendemerker simple logiske Konsekvenser, som man akcepterer uden særligt at prøve deres reale Berettigelse. Paa tilsvarende Maade gaar det med Nullitetsbegrebet. Da Sondringen
80 mellem Nullitet og Anfægtelighed skal være udtømmende, vilde det have været rigtigt at bestemme Nulliteten negativt saaledes, at det var den Ugyldighed, som, naar Retshandelen gjøres gjældende mod den paagjældende Part, tages i Betragtning, uanset at den ikke er releveret af ham. Men ifølge den unøjagtigt vide Bestemmelse af Anfægtelighedsbegrebet og under Paavirkning af romerrettlige Terminologier som »negotium nullum« o. desl. bestemmes Nullitet som det retlige Intet, og atter heraf drages logiske Konsekvenser uden nærmere Prøvelse. Mod disse Konsekvenser reagerer saa dels Iagttagelsen af de positive Lovgivninger, dels den naturlige Retsfølelse, og man nødsages til at hjælpe sig med Selvmodsigelsen, den relative Nullitet, som Underafdeling af Nulliteten.

Men hvorledes forklares da denne Theoris Herredømme? Forklaringen ligger for en stor Del i den urigtige (§ 3) Formening, at Theorien repræsenterer de romerske Juristers Opfattelse og i det ikke usædvanlige Fænomen, at den romanistiske Doktrin ogsaa udenfor Romerrettens Territorier tages for god uden real Prøvelse. Denne Doktrin har affødt Lovarbejder, som sanktionere den traditionelle Sammenkobling af Svagheder for samme Ugyldighedsgrund (saaledes code civil og navnlig B. G. B.), og disse Lovarbejder virke atter tilbage paa den videnskabelige Opfattelse. Om Indian Contract Act

bemærker Wharton ¹⁹² karakteristisk nok »I. C. A. gives the following definitions, following in the main Savigny«. Fuldt tilstrækkelig er denne Forklaring dog ikke. Naar Theorien trods de energiske Angreb, den har være Gjenstand for, har kunnet holde sig til Nutiden, lader dette sig kun forklare derved, at den indeholder en rigtig Kjærne. Rigtigt er det, at der kan være Grund til indenfor Ugyldighedsgrundene at udsondre nogle, som, naar Overenskomsten gjøres gjældende mod den paagjældende Part, kun tages i Betragtning, dersom de releveres af ham (§ 8). Selve Anfægtelighedsbegrebet har med andre Ord real ⁸¹ Berettigelse, og det baade for Kontrakters og for Overdragelsesretshandlers Vedkommende.¹⁹³ Og for visse Anfægtelighedsgrundes Vedkommende, nemlig deres, som ere reducerede til Anfægtelighedsgrunde, fordi den paagjældende Part bør have Frihed til at decidere, om der foreligger Ugyldighed eller ikke, er Theoriens sædvanlige Sammenkobling af Svagheder i ikke ringe Omfang, om end ingenlunde som Helhed, rigtig, og stemmende med Ugyldighedsgrundens Natur (se navnlig ovfr. S. 235—37). Men det berettigede Omraade for Anfægtelighed og navnlig da for de sidstnævnte Anfægtelighedsgrunde er kun snævert,¹⁹⁴ og ingen af de almindelige Ugyldighedsgrunde bør som Helhed reduceres til Anfægtelighedsgrund.

II. I Forbindelse med den traditionelle Theoris Fejlgreb staar den paa Ugyldighedslærens Omraade herskende Forvirring i *Terminologierne*.¹⁹⁵ Idet det traditionelle Anfægtelighedsbegreb omfatter to saa uensartede Led som den egentlige Anfægtelighed og Anfægteligheden ex nunc, er det uundgaaeligt, at Forfatterne i deres Terminologi snart udelukkende tænke paa det ene snart kun paa det andet af disse Led. Men det er navnlig Sammenkoblingen af forskellige Svagheder og Styrke i forskellige Retninger som sekundære Kjendemerker henholdsvis for Anfægteligheden og for Nulliteten, som har afstedkommet Forvirringen. Ofte have Forfatterne, naar de tale om Anfægtelighed eller Nullitet, kun et enkelt af disse Kjendemerker for Øje, snart et,

¹⁹² Wharton S. 3 Note 1.

¹⁹³ Jfr. herimod Lenel S. 135—138, 101—106, Schlossmann S. 20.

¹⁹⁴ Leonhard S. 311—313.

¹⁹⁵ Jfr. Jacobi § 4.

snart et andet. Da nu disse Kjendemærker, som paavist, ikke altid passe paa samme Ugyldighedsgrund, bliver Anfægtelighed — selv bortset fra Anfægteligheden ex nunc — ofte Udtryk for noget ganske andet end den egentlige Anfægtelighed, f. Eks. for, at Overenskomsten kan rathaberes med tilbagevirkende Kraft, for, at Modparten i den gjensidige Kontrakt er bunden ved denne o. s. fr. Forsaavidt kan Anfægtelighed, selv om man fjærner Anfægteligheden ex nunc, betegnes som et Kollektivbegreb, der omfatter en Mængde forskjelligartede Led.¹⁹⁶ Og i Virkeligheden gaar det ikke bedre med Nulliteten, der optræder som Udtryk ikke blot for den egentlige Nullitet (Unødvendigheden af Reaktion fra den paagjældende Parts Side), men ogsaa for saadant som, at ingen af Parterne i den gjensidige Kontrakt er bunden ved denne, eller at Ugyldigheden ikke kan eksstingveres til Fordel for Tredjemand o. s. v. Tildels, men naturligvis ikke udelukkende, forklares det brogede Udseende af Tavlen ovfr. S. 210 ved denne Forvirring i Terminologierne.

Vil man nu forsøge at vinde nogen Fasthed i Terminologien, staar man først overfor Spørgsmaalet om Anfægteligheden ex nunc. Det er tidligere (§ 7) oplyst, at denne bør fjærnes ud af ikke blot Anfægtelighedsbegrebet,¹⁹⁷ men ud af Ugyldighedsbegrebet. Efter at den tyske borgerlige Lovbog har valgt denne Terminologi, er det vel ogsaa at forvente, at den vil blive nogenlunde almindelig. Af historiske og sproglige Grunde bør dernæst Anfægtelighed kun benyttes som Betegnelse for den Art af Ugyldighed, som, naar Overenskomsten gjøres gjældende mod den paagjældende Part, kun kommer i Betragtning, dersom den releveres af ham. Andre sekundære Kjendemærker bør ikke optages i denne Begrebsbestemmelse, thi det er ikke givet, at de ville passe. Og det bør omhyggeligt undgaas at benytte Betegnelsen
83 for andre Svagheder ved Ugyldighedsgrunde f. Eks. Rathabitionsmulighed, Eksstingibilitet til Fordel for Tredjemand, den anden Parts Bundethed i den gjensidige Kontrakt o. s. v. Men i den foreslaaede Skik-

¹⁹⁶ Leonhard S. 313 ff., Mitteis S. 111, 114.

¹⁹⁷ Ved at beholde Anfægteligheden ex nunc under Anfægtelighedsbegrebet føres Mitteis S. 90 ff., 131—134 ind paa at forkaste Terminologien Anfægtelighed for Kontraktens Vedkommende.

kelse bør Terminologien Anfægtelighed bibeholdes af literaturhistoriske Grunde, og fordi der herved vedligeholdes en Overensstemmelse med den traditionelle Theoris Terminologi, som det er muligt uden Ulempe at bevare.

Derimod er der for Formuerettens Vedkommende næppe nogen Grund til at bevare Terminologien Nullitet.¹⁹⁸ Ialtfald vil det være misvisende at betegne Modsætningen til det foreslaaede Anfægtelighedsbegreb som Nullitet. En særlig Betegnelse for denne Modsætning er vistnok overflødig; den sproglig nærmestliggende Terminologi vilde vel være selvvirkende Ugyldighed. Vil man beholde Terminologien Nullitet (»absolut Ugyldighed« eller desl.), maa det være som Udtryk for den Retshandel, der slet ikke har nogen retlig Virkning, i Modsætning til den, der dog har en eller anden retlig Virkning (»relativ Ugyldighed« o. desl.). Man møder imidlertid her for det første den Ulempe, at Terminologierne Nullitet (absolut Ugyldighed) og relativ Ugyldighed saa længe og i saa vidt Omfang have været benyttede som Udtryk for den traditionelle Theoris Modsætninger,¹⁹⁹ at de blive misvisende som Udtryk for noget andet. Men endnu betænkeligere er det, at man ved at opstille en almindelig Sondring imellem absolut og relativ Ugyldighed atter fristes ind paa den traditionelle Theoris Tendens til at sammenkoble Styrkemærker og Svagheder, som ikke naturligt høre sammen.²⁰⁰ Forskjellen imellem de forskellige Ugyldighedsgrunde i Henseende til Styrke er, som paavist, 84 flydende. Umyndighed f. Eks. gjør i den Forstand Retshandelen til et retligt Intet, at Umyndighedsindsigelsen ikke kan eksstingveres til Fordeel for godtroende Tredjemand, men udelukker paa den anden Side ikke, at Medkontrahenten kan være bunden ved den gjensidige Kontrakt; omvendt i Almindelighed Strid mod Lov og Ærbarhed. Vil man endelig fastholde Sondringen, maatte Nullitetsbetegnelsen, som sagt, strængt begrænses til den Retshandel, som slet ikke i nogen Retning har nogen retlig Virkning. Men det ses ikke, at det for formueretlige

¹⁹⁸ Derimod nok for Ægteskabsrettens Vedkommende, se ovfr. S. 244 ved Note 189.

¹⁹⁹ Ovfr. S. 184, 205, jfr. S. 182.

²⁰⁰ Saaledes f. Eks. Platou Arveret S. 209.

Overenskomstens Vedkommende kan siges med Sikkerhed om nogen Ugyldighedsgrund, at den udelukker enhver retlig Betydning af Rets-handelen. Selv den Væsensmangel ved en Skylderklæring, at den ikke er afgiven til nogen Medkontrahent, hvorved det endog udelukkes, at der kan tales om en Overenskomst (ovfr. S. 211), kan eksstingveres til Fordel for godtroende Tredjemand.²⁰¹ I hvert Fald vilde dette strænge Nullitetsbegrebs Omraade være forsvindende ringe. Og dets Modsætning, den relative Ugyldighed, vilde rumme saa uensartede Led, at det blev et ganske værdiløst Begreb.

Jævnligt ser man opført som en Underafdeling af Ugyldigheden de Tilfælde, hvor Retshandelen lider af »væsentlige« Mangler, og denne Gruppe angives som et Eksempel paa Nullitetstilfælde.²⁰² At heller ikke denne Grupperingsform kan billiges, ligger i det udviklede. Dels er det ikke klart, hvor Grænsen ligger mellem væsentlige Mangler og andre Mangler, og i saa Henseende vilde det vel ikke være let at opnaa Enighed mellem Viljestheoriens Tilhængere og dens Modstandere. Dels maa det erkjendes, at en Viljeserklæring ingenlunde altid⁸⁵ er en ren Nullitet, fordi den som Led i en Overenskomst lider af en Mangel, om hvis almindelige Væsentlighed der ikke vil være Tvivl, f. Eks. at Skylderklæringen ikke er afgiven til nogen Medkontrahent, se ovfr.

§ 14.

Tillæg: Kompetenceugyldighed.

Vi have ovfr. i § 6 udvist af Ugyldighedsbegrebet den Retshandel, hvis Uvirksomhed alene skyldtes Løftgiverens Mangel af Kompetence. Da imidlertid den traditionelle Sondring imellem Nullitet og Anfægtelighed omfatter denne Art af Uvirksomhed, maa der her tilføjes nogle Bemærkninger om den, og vi imødekomme foreløbig Theorien ved i denne Forbindelse at benytte Terminologien Kompetenceugyldighed. Denne forekommer baade ved Overdragelsesretshandler og ved Kontrakter, f. Eks. D. L. 1—23—10 om Kaution, indgaaet af Søn, der er

²⁰¹ Min Haandbog § 53 ved Note 29.

²⁰² Jfr. f. Eks. ovfr. S. 181, 206 og Brinz § 586 Note 36—37.

i Fællig med sin Fader,²⁰³ og Lov om Formueforholdet mellem Ægtefæller 7. April 1899 § 13 3dje St. smh. med § 11 i Beg. om Retshandler, der af Hustruen indgaaes under Ægteskabet. Ved Sondringen imellem Nullitet og Anfægtelighed ses man imidlertid kun at have havt Overdragelsesretshandler for Øje, og kun disse skulle derfor omtales her.

I Almindelighed, nemlig med det Tilfælde for Øje, at A. til B. overdrager Ejendomsret over T.s Ting o. desl., henføres Kompetenceugyldigheden af den almindelige Theori under Nullitet,²⁰⁴ og det maa da ogsaa erkjendes umuligt, med disse almindelige Tilfælde for Øje, at henføre den under Anfægteligheden. Nogen Reaktion fra T.s Side mod Retshandelen er ikke nødvendig udover den, som visse faktiske Forhold, f. Eks. Afsavnet af Tingen, altid ville kræve. Og da T.,⁸⁶ bortset fra mulig Godtroserhvervelse, har Vindikationsret overfor Erhververen og dennes Sukcessorer, kan man ikke engang ved Hjælp af Anfægteligheden ex nunc (§ 7) faa Kompetenceugyldigheden ind under Anfægtelighedsbegrebet. Men naturligvis volder dens Optagelse under Nullitetsbegrebet betydelige Vanskeligheder for dette som det retlige Intet og tvinger bl. a. ind paa den med det rene Nullitetsbegreb stridende Anerkjendelse af Nullitets Konvalescens,²⁰⁵ idet det navnlig maa erkjendes, at B. bliver Ejer derved, at A. erhverver Ejendomsret over Tingen. Ogsaa den Kjendsgjerning, at A.s Overdragelse til B. kan afføde Vanhjemmelsansvar for ham, stemmer lidet med Opfattelsen af Nulliteten som det retlige Intet. Paa den anden Side skyr man her, i Erkjendelsen af, at A.s Overdragelse alene ikke i nogen Retning har gjort B. til Ejer af Tingen, at benytte den sædvanlige Stødpude, den relative Nullitet, og betegner Kompetenceugyldigheden i Almindelighed som absolut i Modsætning til den Uvirksomhed, der foreligger, naar Afhændelse sker i Strid med et Afhændelsesforbud, som tilsigter bestemte Personers Beskyttelse.²⁰⁶ I skandinavisk Lite-

²⁰³ Deuntzer Personret 3dje Udgave S. 35, min Haandbog I S. 109.

²⁰⁴ Ovfr. S. 181, 183.

²⁰⁵ Ovfr. S. 181, 185.

²⁰⁶ Jfr. ogsaa Planck I. S. 146. 4^o, 144. 2^o, ovfr. S. 205.

ratur er der dog Tilbøjelighed til at betegne Uvirksomheden som relativ Ugyldighed.²⁰⁷

Som antydet gives der imidlertid ogsaa Former af Kompetenceugyldighed, der henføres under Anfægteligheden. Men paa dette Omraade holder man sig i Almindelighed ikke til den egentlige Anfægteligheds Mærke, men tænker — som det saa ofte gaar, hvor Talen alene eller væsentligt drejer sig om Overdragelsesretshandler — paa Anfægtelighed ex nunc. Om denne for Kompetenceugyldighedens Vedkommende⁸⁷ forekommer i dansk Ret, er, som bekjendt, omtvistet; Tvivlen har navnlig gjort sig gjældende med Hensyn til Sammenstødet mellem en ældre og yngre Kjøbekontrakt, naar sidste Kjøber var i ond Tro og har faaet Ejendomsret overdragen af Dobbeltsælgeren²⁰⁸ samt med Hensyn til Afkræfteligheden af Skyldnerens før Konkursen foretagne Retshandler.²⁰⁹

Ialtfald hvad det sidstnævnte Tilfælde angaar, maa det vistnok antages for positiv²¹⁰ gjældende dansk Ret, at Konkurskreditorerne staa uberørte af, at den Tredjemand, som har indgaaet den afkræftelige Retshandel med Skyldneren, kommer under Konkurs, og Afkræfteligheden hører altsaa ikke under Anfægteligheden ex nunc. Men lægger man Vægt paa Anfægtelighedens Hovedmærke, Nødvendigheden af Reaktion mod Retshandelen — her ved Kompetenceugyldigheden Reaktion fra de Personers Side, mod hvis Ret Retshandelen strider²¹¹ — er der sprogligt intet i Vejen for at betegne Afkræfteligheden som Anfægtelighed, hvorved ogsaa kan bemærkes, at Afkræfteligheden bærer et af de Kjendemerker, der undertiden sættes i Forbindelse med

²⁰⁷ F. Ekz. Torp Tingsret S. 243, min Haandbog §§ 13 og 22.

²⁰⁸ Min Haandbog § 75 Note 18, Torp Tingsret S. 244, Aagesen Indledning S. 594—597, H. Scheel i Tidsskrift for Retsvidenskab VII S. 437 ff., E. Møller smstds. IX S. 156 ff.

²⁰⁹ Aagesen Indledning S. 586—587, 618—624, Nellemann Bidrag til Fortolkningen af Konkurslovens fjerde Kapitel S. 86 ff., Deuntzer Skifteret S. 352 ff., Torp S. 248, jfr. Getz S. 80 ff.

²¹⁰ Med den Antagelse, at de egentlige Ugyldighedsgrunde aldrig bør medføre Anfægtelighed ex nunc (ovfr. S. 216 Note 124), er det ingenlunde uforeneligt at anerkjende den som Følge af Kompetencemangel, se navnlig H. Scheel (cit. Note 208).

²¹¹ Jfr. Deuntzer Skifteret S. 389—390.

Anfægteligheden, nemlig at den er forældelig, Konkurslov § 30.²¹² Om man vil bibeholde Terminologien Anfægtelighed her, afhænger af, om man vil fastholde denne Betegnelse ogsaa udenfor Ugyldighedens Omraade. Dette turde have sine Betæneligheder, og Terminologien »Afkraftelighed« peger da ogsaa tilstrækkeligt hen netop paa den Egen- 88 skab ved Uvirksomheden, at den forudsætter en Reaktion mod Rets-handelen.

Den i skandinavisk Literatur hyppigt forekommende Terminologi for Kompetenceugyldighed »relativ Ugyldighed« bør opgives dels af de i § 13 angivne Grunde, dels fordi Kompetenceugyldigheden overhovedet maa fjærnes ud af Ugyldigheden. Som Terminologi foreslaas relativ Uvirksomhed. Den relative Uvirksomhed i Almindelighed forholder sig da til Afkrafteligheden som den almindelige Ugyldighed til Anfægteligheden.

²¹² Deuntzer l. c.

Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn

(Indbydelsesskrift til Københavns Universitets Aarsfest i Anledning af Kongens Fødselsdag.
Kbhvn. 1905)

1

§ 1.

*Indledning.*¹

Det Emne, som her agtes drøftet, er Retsordenens Stilling overfor det Tilfælde, at et formueretligt Tilsagns (Løftes) Indhold ikke stemmer med den Erklærendes Vilje. Han har f. Eks. af en Fejltagelse

¹ *Forkortelse af Literaturangivelser:* A. f. R. betyder Arkiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse; Bentzon bet. B.: Almindelig Retslære (1904); B. G. B. bet. Tysk Bürgerliches Gesetzbuch; D. Entw. Mot. bet. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich; Evaldsen bet. E.: Forelæsninger over Obligationsrettens almindelige Del, første Udg. (litograferet); Gjelsvik bet. G.: Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse (1897); Goos bet. G.: Forelæsninger over den almindelige Retslære; Hagerup bet. H.: Til Obligationsrettens almindelige Del i Tidsskrift for Retsvidenskab VII (1894) (optrykt i H.: juridiske Afhandlinger S. 159 ff); Hdbg. bet. Jul. Lassen: Haandbog i Obligationsretten; H. R. T. bet. Højesteretstidende; J. T. bet. juridisk Tidsskrift; J. U. bet. Juridisk Ugeskrift; N. J. A. bet. Nyt juridisk Arkiv; Nordling bet. N.: Anteckningar i Svensk Civilrätt (1891); Planck bet. Bürgerliches Gesetzbuch erläutert von P.; Platou bet. P.: Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrechts almindelige Del (1902—04, litograferede, udgivne af Tilhørere uden Forf.s Garanti for Enkeltheder); Schl. H. R. D. bet. Schlegel: Samling af Højesteretsdomme; S. og H. R. T. bet. Sjø- og Handelsretstidende; Stang bet. Fredrik Stang: Om Vildfarelse (1897); Stang Forel. bet. St.: Forelæsninger over Obligationsrettens almindelige Del 1900—1901 (litograferet); T. f. R. bet. Tidsskrift for Retsvidenskab; U. f. R. bet. Ugeskrift for Retsvæsen.

skrevet eller udtalt noget andet end det, han mente, eller hans Udtalelse er kun ment som en Spøg. Er Afgiveren af Tilsagnet i saadanne Tilfælde uanset Viljesmangelen bunden ved sin Erklæring efter dens Indhold eller ikke?

Dette Spørgsmaal ses gennem de skiftende Tider at være løst af 2 Retsforfatningerne paa meget forskjellig Maade.

I ældre Retsforfatninger ses Vægten udelukkende lagt paa Erklæringen. Man kan finde Tvang anerkjendt som Ugyldighedsgrund, fordi der her er Tale om noget udvortes haandgribeligt,² men det indre Moment, Viljen kommer ikke i Betragtning. Afgiveren af Tilsagnet er bunden ved sit Ord uanset Viljesmangelen, selv om den, til hvem Tilsagnet er afgivet, er bekendt med Mangelen.³

I yngre Retsforfatninger er dette Standpunkt forladt. Der er nu i det hele Enighed om, at Viljesmangelen maa udelukke Tilsagnets forbindende Kraft, naar den er kjendt af eller kjendelig for den, til hvem Erklæringen er afgiven. Uenigheden vedrører de Tilfælde, hvor Erklæringsmodtageren er i god Tro, idet han ikke har Grund til at antage andet, end at den Erklærendes Vilje stemmer med Tilsagnets Indhold. Denne Konflikt imellem Tilsagnsgiverens Vilje og den ved Tilsagnet hos dettes Modtager vakte beføjede Tillid løses af nogle Retsforfatninger overvejende til Gunst for Afgiveren af Tilsagnet, af andre overvejende til Gunst for Erklæringens Modtager. De første Retsforfatninger siges at staa paa en *Viljestheoris* Standpunkt, de sidste paa en *Tillidstheoris* eller *Erklæringstheoris*, se nærmere om disse Betegnelser nedenfor S. 316 ff. Hvor en Viljestheori anerkjendes, findes der dog ofte taget det Hensyn til Erklæringsmodtagerens gode Tro, at der tillægges ham Erstatning for det Tab, han har lidt ved at stole paa, at der forelaa et gyldigt Tilsagn (den negative Kontraktsinteresse).

I min Haandbog i Obligationsretten har jeg søgt at gjøre Rede for

² Amira Nordgermanisches Obligationenrecht II. Westnordisches Obligationenrecht S. 304.

³ Se saaledes om den ældre romerske Ret: Voigt: Da: *jus naturale, æquum et bonum* und *jus gentium* der Römer III. S. 9—12, 79 ff., Jhering: Geist des römischen Rechts II. 2 § 44; om ældre tysk Ret: Heusler: Institutionen I. S. 60—61; om gammel norsk Ret: Amira: I. c. S. 303—304.

3 dansk Rets Stilling til det ovenfor omtalte Spørgsmaal. Jeg er kommen til det Resultat,⁴ at den ovenfor omtalte Konflikt af dansk Ret løses saaledes, at Tilsagnets⁵ Afgiver, naar Modtageren er i begrundet god Tro, i Almindelighed trods Viljesmangelen er bunden ved sin Erklæring efter dennes Indhold, dog saaledes at forstaa, at han ikke er bunden ved, hvad der kun ifølge Omstændigheder, der i Erklæringens Øjeblik vare ukjendelige for ham som fornuftig og kyndig Mand, af Modtageren kan indlægges i Erklæringen som dens Indhold. Jeg har benævnt dette Standpunkt som en Tillidstheori, og jeg har i Tilknytning hertil udtalt, »at den danske Rets Løfteprincip er ikke Viljesdogmet, men Principet om Tro og Loves Ubrødelighed«.⁶

Denne af mig i min Haandbog fremstillede Lære betegner jeg i det følgende for Kortheds Skyld som *min* Theori. Korrekt er denne Betegnelse egentlig ikke. De almindelige Rammer vare forud givne, navnlig af *Goos's* og *Aagesens* Undersøgelser om det bærende Princip for Tilsagns bindende Kraft. Den nærmere Udformning er væsentlig opbygget paa dansk Retspraksis og falder sammen med den tidligere af *Evaldsen* givne.⁷

Min Theori, som jeg fremdeles maa fastholde,⁸ har ved Siden af adskillig Tilslutning — i hvilken Henseende jeg navnlig maa fremhæve *Fr. Stangs* fortræffelige Afhandling om Vildfarelse (1897), hvis Spor jeg maa følge paa mange Punkter i det følgende — mødt adskillig Modsigelse og Kritik. Kritiken har rettet sig dels mod de af mig opstillede Retssætninger, dels mod det i min Lære, der er blevet betegnet⁹ som dens Dogmatik. Jeg finder det under disse Omstændigheder naturligt at optage Emnet til fornyet Drøftelse med særligt

4 Henblik paa det senere fremkomne. Saa meget mere føler jeg mig

⁴ Hdbg. § 17.

⁵ I Hdbg. har jeg talt om Løfter; jeg foretrækker her at tale om Tilsagn, idet Betegnelsen Løfte let kan vække Forestilling alene om Tilsagn, som gaa ud paa Stiftelse af Fordringsrettigheder.

⁶ Hdbg. § 8.

⁷ Evaldsen S. 47—52, hvor dog den ovenfor angivne Begrænsning for Beskyttelsen af Tilsagnsmodtagerens gode Tro ikke findes omtalt.

⁸ Dog at jeg tilbagekalder den Tvivl, jeg har udtalt i § 10 Note 6 i Slutningen, se nedf. S. 304—05.

⁹ Hagerup S. 42.

opfordret dertil, som min Fremstilling i Haandbogen maatte være kortfattet og i flere Retninger er ufuldstændig. Om den materielle Begrundelse af mine Retssætninger mente jeg saaledes at kunne nøjes med en Henvisning til mine Forgængere; Kritiken har vist mig, at navnlig i saa Henseende en nærmere Redegjørelse var ønskelig.

I Spidsen for min Fremstilling vil blive stillet en Oversigt over dansk Retspraksis (§ 2). Derpaa vil følge en Fremstilling af de Retssætninger, jeg mener at maatte opstille som dansk Ret, med disses materielle Begrundelse og Imødegaaelse af de mod dem fremsatte Indvendinger (§§ 3—5). Til Slutning (§ 6) optages til Drøftelse min Læres Dogmatik, hvormed menes mine Udtalelser om, at dansk Ret — dersom mine Retssætninger ere rigtige — maa siges at staa paa en Tillidstheoris Standpunkt, og at den danske Rets Princip for Tilsagns forpligtende Kraft er ikke Viljesdogmet, men Principet om Tro og Loves Ubrødelighed.

Afhandlingens Emne er Konflikten mellem manglende Vilje hos Tilsagnsgiveren og Tilsagnsmodtagerens gode Tro; udenfor Undersøgelsen falder Læren om urigtige Forudsætningers Indflydelse paa Retshandelen. Ganske vist er der efter min Opfattelse ikke nogen væsentlig Grund til at sondre mellem disse Emner; ligesom jeg antager, at Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren i Almindelighed faar og kun faar Betydning, naar den er kjendelig for Erklæringsmodtageren, saaledes mener jeg, at Urigtigheden af de Forudsætninger, som Tilsagnsgiveren er gaaet ud fra, i Almindelighed faar og kun faar Betydning, naar Forudsætningen var kjendelig for Erklæringsmodtageren som Viljesbegrænsning.¹⁰ Men mange mene jo, at de to Emner maa være forskellige Regler undergivne, og denne Strid ønskes ikke optagen her. Hvad Vildfarelse angaar, bliver her altsaa kun at medtage den saakaldte uægte Vildfarelse, som finder sit Udslag deri, at der erklæres noget andet end det, der menes, ikke den »ægte« Vildfarelse, *error in motivis*. Dog vil der i Oversigten over den danske Retspraksis ogsaa blive medtaget nogle Retsafgjørelser, der angaa saadanne Former af ægte Vildfarelse, som der er Tilbøjelighed til — hvad man end ellers mener om Sondringen — at behandle ligesom

¹⁰ Hdbg. § 18 og mine Udtalelser i T. f. R. VIII. S. 290 ff.

Viljesmangel. Undersøgelsen skal kun omfatte Hovedproblemet; de særlige Spørgsmaal, som fremkomme med Hensyn til den Viljesmangel, der kun vedrører uvæsentlige Punkter i Tilsagnet, ville ikke blive optagne til Drøftelse her.

§ 2.

Oversigt over dansk Retspraksis.

De danske Retsafgjørelser, som vedrøre Emnet, findes nedenfor ordnede i 4 Grupper; indenfor hver Gruppe ere Dommene ordnede efter Tidsfølgen, dog saaledes at Højesterets Afgjørelser ere stillede foran for sig.

Den første Gruppe (A.) omfatter de Domme, som give Tilsagnsmottagerens gode Tro Sejren overfor den af Tilsagnsgiveren paa-
staaede Viljesmangel uden at prøve og forkaste Rigtigheden af Tilsagnsgiverens Paastand i saa Henseende, altsaa med andre Ord de Domme, som have til Gjenstand netop Konflikten imellem god Tro hos Tilsagnsmottageren og Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren, og som løse denne Konflikt til Gunst for Tilsagnsmottageren.

Den anden Gruppe (B.) omfatter de Domme, som forkaste Paastanden om Viljesmangel, fordi den antages for urigtig, idet den ikke anses for bevist, eller den anses for modbevist. Disse Domme vedkomme ikke direkte vort Emne, men kunne dog i flere Retninger være oplysende for det, og de ere medtagne navnlig af den Grund, at Afgrænsningen mellem denne Gruppe og Gruppen A. undertiden kan være vanskelig at drage. Jeg har i saa Henseende søgt at holde mig paa den sikre Side ved at optage saa mange som muligt af de Tilfælde, i hvilke Paastanden om Viljesmangel forkastes, under Gruppen B. Som tredje Gruppe (C.) findes opført de Domme, der give
6 den paa Viljesmangel støttede Paastand Medhold paa Grund af manglende god Tro hos Tilsagnsmottageren; som særlig Afdeling (2) er under denne Gruppe opført Afgjørelserne angaaende Tilsagnsmottagerens Stilling over for uklare og tvetydige Tilsagn. I fjerde Gruppe endelig (D.) findes de Retsafgjørelser, der danne Modstykke til de under Gruppe A. opførte, idet de tillægge Viljesmangelen Sejren i

Konflikten med Tilsagnsmottagerens gode Tro. Med Hensyn til denne sidste Gruppe har jeg anvendt særlig Omhu paa at være fuldstændig. Ogsaa i de andre Grupper mener jeg at have faaet med, hvad der virkelig er af Interesse; muligvis vil det findes, at jeg i saa Henseende har strakt mig videre end fornødent. Men absolut Fuldstændighed har jeg, bortset fra Gruppen D., ikke tilstræbt. Navnlig har jeg i Gruppen A. kun undtagelsesvis medtaget Afgjørelser angaaende de saakaldte stiltiende Tilsagn, nemlig kun, naar jeg mente at kunne være nogenlunde sikker paa, at ikke særlige Hensyn, som ikke fremkomme ved det udtrykkelige Tilsagn, have gjort sig gjældende til Gunst for Tilsagnsmottageren. Iøvrigt maa jeg om Viljesmangel ved de »stiltiende Tilsagn« henvise til min Haandbog § 25.

Det skal her straks fremhæves som et iøjnefaldende Resultat af Oversigten over Retsafgjørelserne, at disse i Almindelighed løse Konflikten mellem Tilsagnsgiverens Viljesmangel og Tilsagnsmottagerens gode Tro til Gunst for sidstnævnte. Imod de ca. 50 Afgjørelser, som falde i denne Retning (Gruppen A.), staa kun ganske enkelte, maaske 1 à 3, som tage Hensyn til Tilsagnsgiverens Viljesmangel (Gruppen D.).

Endvidere maa bemærkes det ringe Antal af Domme, som findes i Gruppen B., sammenlignet med Gruppen A. Dette Forhold oplyser, i Forbindelse med Udtalelser i adskillige Domme, som findes under Grupperne A. og C., en stærk Utilbøjelighed hos Domstolene til overhovedet at indlade sig paa Spørgsmaalet om konkret Bevis for den indre sjælelige Kjendsgerning, Viljesmangelen.

A. Retsafgjørelser, som beskytte Tilsagnsmottageren i hans gode Tro uden Hensyn til Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren.

Aar 1701 forelaa for Højesteret til Paakjendelse følgende Rets-tilfælde. Citantinden havde anlagt Sag imod H. B. til Indfrielse af et af Indstævnte til hende udstedt Gjælds-brev paa 642 Rdlr. med paa-løbne Renter. Indstævnte paastod, under Paaberaabelse af, at Citantindens Fuldmægtig G. paa derom sket Henvendelse skriftligt ved Beskikkelse havde svaret, at han var tilfreds med den af Indstævnte

foreslaaede Afgjørelse af Gjælden ved Levering af Kramvarer til et Beløb af 500 Rdlr., at han kun kunde dømmes hertil. Herimod blev fra Citantindens Side anført, at G. aldrig havde »været forent« med Indstævnte om denne Afgjørelse, men at Forholdet var det, at G. ved sit Svar til Indstævnte havde tilsigtet at tilkjendegive, at han ikke var tilfreds med den foreslaaede Afgjørelsesmaade. Ordet »ikke«, der forekom i den under Sagen producerede Konzept til Svaret, var ved dettes Renskrift blevet *udeladt*, og G., der var ukyndig i det danske Sprog, havde overset dette og først opdaget Fejltagelsen, efter at Svaret var blevet meddelt Indstævnte. Alt dette tilbød Fuldmægtigen at bekræfte med sin Ed. Indstævnte benægtede ikke Rigtigheden af det anførte, men paastod, at Beskikkelsen maatte være afgjørende og at »*det var en stor Consequence, om saadanne Baginstantzer skulde ansees*«. I Dom af 14. Juni 1701¹¹ stadfæstede Højesteret den indankede Dom, der gav Indstævnte Medhold. I saa Henseende vare alle de voterende enige uden videre Begrundelse; det udtales blot fra enkelt Side, »at G. er nok forfaaet«, men »Beskikkelsen foreligger klar«, og »at han kommer saa bagefter er af consequence«. Endvidere paalagdes, dog med knebent Flertal, Processens Omkostninger Citantinden.

Højesteretsdom af 25. Jan. 1825 i Schl. H. R. D. III. 246: Underskriveren af et Dokument, som gik ud paa at samtykke i en af en anden foretagen Pantsætning, blev ikke hørt med den Indsigelse, at Underskriveren ikke havde kendt Pantsætningens Omfang, thi »det maatte være hans egen Sag, forinden han meddelte en Erklæring, der efter dens Udtryk vilde berettigede Modparten til den af denne fastholdte Forstaaelse, at erkyndige sig om Sagens sande Beskaffenhed« — Højesteretsdom af 2. April 1835 i Schl. H. R. D. II. 109: Et Afkald, givet af Arvinger paa deres efter B. faldne Arv, blev antaget at gjælde ogsaa for en Sum, som virkelig hørte under Arven, men om hvilken de ved Afkaldets Afgivelse mente, at den ikke hørte derunder, da deres Vildfarelse »i al Fald ikke kan komme dem til gode, uden

¹¹ Denne Dom, hvoraf et kort Referat findes hos Sylow: Den materielle Bevistheoris Udviklingshistorie, Bilag S. 104, er først fremdragen i denne Forbindelse af Fr. Stang S. 5.

forsaavidt det tillige maatte være godtgjort, at Afkaldets Modtager har været i samme Vildfarelse«. — Højesteretsdom af 22. April 1856 i Schl. H. R. D. I. 706 antager, at de til en Ejendom hørende Servituter tilkomme Kjøberen, hvem Ejendommen er solgt til »med alle Rettigheder, hvormed den kan overdrages«, ogsaa forsaavidt angaar Servituter, som Sælgeren ikke kjendte ved Afhændelsen. — D. i H. R. T. 1858 S. 654: P. J. havde givet en af L. til ham udstedt Kontokurant, der udviste Saldo i L.'s Favør, Paategningen »Kontokurantens Rigtighed bekræfter P. J.«, hvormed det ikke var hans Mening at give L. noget Gjælds-brev for hans Fordring, men kun at bevidne, at L.'s Bogføring af ham befandtes rigtig. Det antoges alligevel, at L. ved Dokumentet havde erhvervet Gjælds-brevsret med Privilegium i Konkurs, »da det efter Forholdets Natur maa være ligegyldigt, hvad P. J. maatte have ment eller tænkt sig ved at give den omhandlede Paategning, naar saadant ikke af L. erkjendes, og Erklæringen dog efter selve sit Indhold ikke kan forstaas uden som en Erkjendelse af Gjælden«. — D. H. R. T. 1878 S. 858 (U. f. R. 1879. 492) slutter sig til den indankede Overretsdom, som antager, at H., der ved mundtlig Overenskomst med Ejeren af en Gaard var indtraadt i en Andens Forpagtningsskontrakt, ikke kunde høres med den Indsigelse, at han ikke var bunden ved visse Bestemmelser i den Andens Kontrakt, som han ikke af Ejeren særlig var bleven gjort bekjendt med, og som derfor havde været ham ubekjendt. Som Begrundelse herfor anføres, at det »selvfølgelig maatte være Ejeren uvedkommende, at den Paagjældende ikke, forinden han indgik paa Overenskomsten, har skaffet sig bestemt Kundskab om, hvilke Forpligtelser han derved paatog sig«. — D. i H. R. T. 1881 S. 25 (U. f. R. 1881. 604): Ejeren af et Gjælds-brev havde til Debitor udstedt Kvittering, som lød baade paa Hovedstol og Rente. Det blev gjort gjældende, at hun ved Underskriften havde været ubekjendt med Erklæringens Indhold og havde ment, at den kun angik Renter. Debitor paastod, at Kvitteringen var given ham, fordi han gennem en længere Aarrække havde bistaaet hende med Bestyrelsen af hendes Ejendom og paa anden Maade, men at han havde ydet Ækvivalent for Kvitteringen, ansaas ikke oplyst. Alligevel stadfæstedes den indankede Dom, som kjendte Kvitteringen forplig-

tende efter sit Indhold, »idet det maa forudsættes, at hun var bekendt med, hvad hun satte sit Navn under, og har hun forsømt at gjøre sig bekendt med Erklæringens Indhold, maa hun selv bære Følgerne heraf«. — D. i H. R. T. 1884 S. 613 (U. f. R. 1885. 410): A. havde til Kreaturforsikringsselskabet »Union« indsendt Andragende, hvori han begjærede 8 Heste forsikrede, hvorhos han udtrykkeligt bemærkede, at han foruden disse Heste ejede andre, som dels vare uforsikrede dels forsikrede i et andet Selskab. Som eneste Svar modtog han en Police, hvori »Union« overtog Forsikringen af de 8 Heste, og paa denne Police fandtes bl. a. aftrykt af Selskabets almindelige Forsikringsbetingelser en Paragraf, hvorefter den Forsikredes Erstatningsret bortfalder, »saafremt ikke hele Kreaturbesætningen af samme Art er forsikret hos »Union«, men der ogsaa findes uforsikrede Dyr ved Siden af de forsikrede«. Alligevel kendtes »Union« pligtig at erstatte en af de 8 Heste, da den Forsikrede under de foreliggende Omstændigheder »maatte være berettiget til at gaa ud fra, at Selskabet ved som Svar paa hans Andragende uden nogensomhelst Bemærkning at tilstille ham Policen havde indvilget i at fravige sine almindelige Forsikringsbetingelser«. — D. i H. R. T. 1885 S. 469 (U. f. R. 1886. 88): A. anset berettiget til i B.'s Tavshed overfor Tilførsler i en Kontrabog under de forhaandenværende Omstændigheder at se en Tilkjendegivelse af, at han ikke havde nogen væsentlig Indvending at gjøre mod Tilførslerne. — D. i H. R. T. 1887 S. 633 (U. f. R. 1880. 380) giver i et Tilfælde, hvor der var Strid mellem Parterne om Tidsvilkaarene for et Engagement, Citanten Medhold i hans Opfattelse med den Begrundelse, at han ifølge det om Forhandlingerne oplyste »i alt Fald har haft Føje til at gaa ud fra, at det var Meningen o. s. v.« — H. R. T. 1889 S. 839 (U. f. R. 1890. 364): A. anset »beføjet til« uden udtrykkelig Aftale herom ifølge det mellem ham og B. bestaaende Mellemsregningsforhold »at gaa ud fra«, at det var Meningen og Forudsætningen ved et Kjøb paa Afbetaling, at han kunde afgjøre Vederlaget ved at udføre Arbejde for B. — D. i H. R. T. 1893 S. 546 (U. f. R. 1894. 9 og 1892. 336): Betaling »kontant« i en Grosserers Kontrakt med en Mejeribestyrrelse forstaaet efter Mejeribestyrrelsens Paastand, da denne stemmede med Udtrykkets sædvanlige Betydning og med, hvad der var gaaet forud

for Aftalen, uanset at det efter Grossererens Paastand skulde forstaaes anderledes, hvad der ikke var givet Mejeribestyrelsen »nogen Anledning til at antage«. — D. H. R. T. 1902 S. 376 (U. f. R. 1902, B. 272): Paa et Dokument lydende: »Modtaget som Laan en Obligation (stor 500 Kr.) hvorfor kvitteres« fandtes som Underskrift Navnet J. B. og under dette Navnet J. F. Citanten paastod, at han ved Modtagelsen af Dokumentet saavel paa Grund af dets Indhold som ifølge udtrykkelige Udtalelser fra J. B. gik ud fra, at Laanet ydedes denne og J. F. i Forening. J. F. paastod, at hun — efter Anmodning fra J. B. — kun havde underskrevet sit Navn til Vitterlighed om hans Underskrift. Overretsdømmen, der stadfæstedes af Højesteret, udtaler, at J. F., »da hun end ikke har assereret, at Citanten var bekendt med, at hun havde ment alene at underskrive som Vitterlighedsvidne«, maa antages i Overensstemmelse med Dokumentets Ordlyd at have paataget sig Forpligtelse in solidum med J. B. til at tilbagelevere den laante Obligation. (Denne Dom hører maaske til Gruppen B.).

D. af 3. Septbr. 1821 i J. T. VII. 2. 1. udtaler, at »en myndig og derhos skrivekyndig Mand maa være bunden ved et af ham underskrevet Dokument, da det staar i hans Magt inden Underskriften at underrette sig 11 om Indholdet, og hans Underskrift, naar han forsømmer saadant, i alt Fald kan betragtes som en indirekte Vedgaaelse af at ville være forpligtet ved Dokumentet, hvad det end maatte indeholde«. — D. i J. U. II. 646 udtaler, at det »ikke kan vedkomme« den ene Kontrahent, at den anden ikke inden Kontraktens Underskrift har gjort sig tilstrækkelig bekendt med dens Indhold. — D. i J. U. 1857. 307: Underskriveren af en Kjøbekontrakt, der har erkjendt, at Kontrakten før Underskriften er oplæst for ham, »vil selvfølgelig ikke kunne høres med den Indvending, at han ikke har forstaaet dens Bestemmelser.« — D. i J. U. 1863. 47: I en Panteobligations Tekst var N. L. angivet som Kautionist, og under Obligationen fandtes, foruden Hoveddebitors Navn, Paategningen »Som Kautionist og Selvskyldner« med N. L.'s Underskrift. N. L. dømtes som Selvskyldner og Kautionist, uanset at han i Ukjendskab med Obligationens Indhold maatte mene kun at have underskrevet til Vitter-

lighed, idet han, »hvis han har forsømt dette (j: før Underskriften at forvisse sig om Dokumentets Indhold) maa tage Skade for Hjemgjæld«. -- D. i J. U. 1864. 792: A., der fra sin Broder havde modtaget Forstrækninger, som denne angav at have opfattet som Laan, men som af A. opfattedes som Gave, frifunden, da »der ikke var tilstrækkelig Føje til at statuere, at det maatte være den naturlige Forudsætning for Modtagelsen af Pengene«, at Indstævnte derved traadte i Gjældsforhold til Citanten. — D. i S. og H. R. T. 1861. 1: En Indstævnt, der havde gjort en Bestilling paa Varer, dømtes til at betale dem, »da han med Grund af Sagsøgeren maatte kunne betragtes som den, der selv rekvirerede, om ogsaa han ikke selv maatte have tænkt sig, at hans Begjæring til Sagsøgeren om Varernes Afsendelse til en Tredjemand kunde og vilde blive opfattet paa denne Maade.«¹² — D. i S. og H. R. T. 1868. 137: Indstævnte anset bunden ved en Mæglerslutseddel, uanset at Mægleren maatte have overskredet sin Fuldmagt, da Indstævnte ved at
12 beholde Slutsedlen uden at reklamere havde givet Sagsøgeren »al Føje til at tro, at en Handel var afsluttet, og det derfor vilde være meget ubilligt, om han, naar Sagsøgeren efter i den stipulerede Tid at have anset sig bunden ved Handelen, opfordrede ham til at opfylde, skulde kunne gjøre gjældende, at Handelen var ugyldig, for saa vidt dette efter Konjunkturerne var det fordelagtigste for ham.« — D. i U. f. R. 1871. 19: En Salgskontrakt om nogle Heste antaget at omfatte en Hest, som Sælgeren ikke ansaa for indbefattet under Handelen, da Kjøberen »med Føje kunde gaa ud fra«, at ogsaa denne var Gjenstand for Handelen. D. i U. f. R. 1872. 665: Underskriveren af et paa tysk affattet Dokument, der havde erklæret ikke selv at kunne læse tysk, hvorefter Dokumentet var blevet oplæst for ham paa tysk, gjorde gjældende, at han ikke med Vilje havde underskrevet et Dokument som det fremlagte. Han kjendtes bunden ved Dokumentets Indhold, da »der ikke er tilstrækkelig Føje til at fravige den Regel, at en myndig Mand, der kan læse og skrive, maa være bunden ved, hvad han underskriver, og hvis

¹² Saaledes ogsaa D. i U. f. R. 1904. 103 ndfr. S. 269. Endogsaa G. G. B. § 164 bestemmer for det Tilfælde, at en Person tilsigter at afgive et Tilsagn i en Andens Navn, at han selv hæfter for Tilsagnet, naar denne hans Hensigt ikke fremgaar af hans Erklæring, se Planck I S. 211.

Indhold det er hans Sag at forvisse sig om, med mindre han kan bevise, at der virkelig blev vedtaget eller af ham med Medkontrahentens Vidende bestemt forudsat noget andet, end hvad der staar i Dokumentet«. — U. f. R. 1877. 632: En Kautionsist, der havde deltaget i Forhandlingerne mellem Kreditor og Hoveddebitor, hvorved der gaves denne Henstand, uden at tage nogen Reservation overfor Kreditor, skjønt han havde havt al mulig baade Opfordring og Lejlighed hertil, anset derved udelukket fra at kunne paastaa Kautionsforpligtelsens Bortfalden ved Henstandsgivelsen. — D. i U. f. R. 1878. 817: En Forfatter, der efter foregaaende Forhandling med en Redaktør havde modtaget Brev om Vilkaarene og derefter var begyndt at levere Manuskript, blev, skjønt Brevet alene angav Redaktøren som forpligtet, anset pligtig til at levere Fortsættelse i Overensstemmelse med Brevet, idet Redaktøren »maatte være berettiget til at gaa ud fra, at Forfatteren ogsaa fra sin Side vilde betragte Bestemmelserne som bindende for sig.« — D. i U. f. R. 1878. 1137: En Bestiller af et Parti Jernsenge blev tilpligtet at betale disse, uanset at de ikke var malede, som han havde ment, da Sælgeren »havde Grund til at tro«, at Ordren var ment, som han effektuerede¹³ den. — D. i U. f. R. 1882. 432: En Indstævnt, der ved at forny sit Lod til Klasselotteriets 2den Trækning, havde faaet et urigtigt Lod udleveret, hvorefter der faldt Gevinst paa Loddet, blev frifunden under en mod ham af den, der tidligere havde spillet paa det vindende Nummer, anlagt Sag, idet det ikke var oplyst, »at han, da han fik Sedlen overleveret, vidste eller burde vide, at Sedlen var udleveret til ham af en Fejltagelse, og da han først, efter at Gevinsten var falden, blev gjort opmærksom paa den formentlige foreliggende Fejltagelse«. — D. i U. f. R. 1882. 949: En Fader, der havde været til Stede, medens hans 3 Døtre, hvoraf 2 var over 25 Aar gamle, i en Butik tog Klædningsstykker paa Kredit, tilpligtet at betale, da Sælgeren maatte »være berettiget til at gaa ud fra«, at det skete med hans Samtykke, og saaledes at han paatog sig at indestaa for Betalingen. — D. i U. f. R. 1882. 960: En Lejer, der havde oprettet ny Kontrakt med den ny Ejer af Ejendommen, blev i Overensstemmelse med denne Kontrakts Lydende dømt til at betale Leje for et Tidsrum, for hvilket han havde betalt Leje til den foregaaende Ejer, da den nye Ejer var uvidende herom, hvortil kom, at

Lejeren under Lejemaalet uden Indsigelse havde modtaget de Kontrakten paategnede Kvitteringer, der hvilede paa Ejerens Opfattelse af Kontrakten. — D. i U. f. R. 1885. 540. Sælgeren af en Hest paa Afbetaling anset berettiget til at betragte Kjøberen som traadt tilbage fra Kontrakten, idet han havde opfattet en Tilbagesendelse fra Kjøberens Side saaledes, medens Kjøberen paastod, at hans Grund til at tilbage-sende alene havde været den, at han ikke i Øjeblikket havde Plads til Hesten. — D. i U. f. R. 1886. 752: En Kjøber, hvem der af et Handelsfirma efter modtagen Bestilling var tilsendt Faktura, som henviste til Ordren, og hvoraf det ikke fremgik, at de fremsendte Varer ikke svarede til Bestillingen, anset berettiget til at fordrø Bestillingen efterkommet, da Bestillingsgiveren »maatte være berettiget til at antage, at det fremsendte stemmede med Bestillingen, ligesom Afsenderen ved uden videre at fremsende saadan Faktura maatte anses at have forpligtet sig til at efterkomme Bestillingen«. — D. i U. f. R. 1887. 329: A., der havde været B. behjælpelig med Etablering af B.'s Forretning og Ud-
14 styrelse af dens Lokaler, havde uden Anmodning herom tilstillet B. forskellige Gasledningsapparater og nogle Kobberstik. B. havde ifølge sit venskabelige Forhold til A. opfattet det tilsendte som Gaver, medens A., der bl. a. ved Indkjøbet af Kobberstikkene havde taget Regning til B., forlangte det tilsendte betalt. B. fritoges for at betale Kobberstikkene (som han for øvrigt havde erklæret sig villig til at tilbagelevere), idet han »med Føje kan have anset Leveringen for Gave«, medens derimod A. ansaas beføjet til at være gaaet ud fra, at han skulde have Betaling for Gasledningsapparaterne. — D. i U. f. R. 1889. 49: En Auktionssælger anset pligtig til at give den højstbydende Tilslag, da absolut Bortsalg var lovet, uanset at dette maatte skyldes en Fejltagelse. — D. i U. f. R. 1892. 431: Ved Fremsendelsen af en Vare med Faktura var Prisen ved Fejlskrift angivet 8 Rmk. for lavt. Sælgeren blev anset uberettiget til at forlange højere Kjøbesum end den i Fakturaen angivne, »da det ikke er oplyst, at Kjøberen ved Modtagelsen maatte have været bekendt hermed« (d: med, at Prisangivelsen beroede paa en Fejlskrift). — D. i U. f. R. 1893. 540 udtaler om et Dokument, der af Modtageren var opfattet som Tilsigelse til ham om Skadesløsholdelse for en Kaution, medens Udstederne gjorde gjældende, at det kun

havde været deres Mening at forpligte sig overfor Kreditor, at Modtageren, uanset hvad der maatte have været Udstederens Mening, maatte være »berettiget til at stole paa det efter dets Ordlyd«. — D. i U. f. R. 1894. 209: En Blikkenslager anset »berettiget til at forstaa« en Bestilling anderledes end af Bestilleren paastaaet. — D. i U. f. R. 1894. 915 erklærer Befragteren, der i København havde underskrevet et Certeparti, hvori Fragten var angiven til 13 Mk. pr. 1000 Kilos, i den urigtige Formening, at Fragten var 13 Mk. pr. 2000 Kilos, for bunden, da det under Forhandlingerne bestemt var blevet udtalt, at Fragten, skjønt det i København er fast Sædvane, at Fragten for Varer af den paagældende Art betinges pr. 2000 Kilos, skulde betinges pr. 1000 Kilos, og da »det ikke kunde statuere, at Rederiet, da Befragtingen sluttedes, har indset eller dog burde have indset, at Befragteren derved befandt sig i den omtalte Vildfarelse«. — D. i U. f. R. 1895. 776: Da en Fader havde været til Stede, medens hans umyndige Datter købte en Sy-¹⁵ maskine paa Afbetaling, og da han senere paa Datterens Vegne havde reklameret for formentlige Mangler ved Maskinen uden at antyde, at Kontrakten ikke skulde være bindende for ham, maatte der gaas ud fra, at han i alt Fald stiltiende har billiget og samtykket i, at Datteren anskaffede Maskinen. — D. i U. f. R. 1896. 967: En Kjøber anset uberettiget til at slippe med at betale efter en ham fra Sælgeren nogen Tid forinden Handelens Indgaaelse tilsendte Prisliste og anset pligtig at betale efter Sælgerens Paastand, da han i sit Bestillingsbrev havde stillet ekstraordinære Krav om Garanti og Betalingshenstand og ikke havde henvist til Prislisten. — D. i U. f. R. 1898. 206: En Mand, som havde forsynet sin umyndige Søn, der bar samme Navn som han, med Midler til at overtage en Forretning og havde overladt ham sit Borger-skab, anset pligtig at betale for Varer, leverede til Sønnens Forretning, da han burde have indset, at han ved sit Forhold bidrog til at bibringe Kunder, der leverede Varer til Sønnen, den Forestilling, at han hæftede for Forretningens Forpligtelser, hvad ogsaa den paagældende Kunde var gaaet ud fra. — D. i U. f. R. 1899. 36: En Sælger havde til Kjøberens udstedt Dokument, hvorefter Sælgeren skulde være pligtig til for Kjøbesummen at tage Varer hos Kjøberens efter dennes Priskurant og derpaa opførte Priser med en Rabat af 10 pCt. Sælgeren blev antaget

berettiget til »ifølge Handelens Indhold« at fordre en paa Kjøberens ham under Forhandlingerne tilsendte Priskurant opført Centrifuge, uanset at Kjøberen ved Handelens Afslutning ikke længere førte den Art af Centrifuger, hvorom der ikke var gjort Sælgeren nogen Meddelelse. — D. i U. f. R. 1899. 737: En Kjøber i Kjøbenhavn af et Parti Æbler, Betaling mod Konnossement, reklamerede overfor Sælgeren i New-York i Anledning af formentlige Mangler ved Varerne, som han havde faaet Lejlighed til at se, forinden Konnossementet præsenteredes for ham, erklærede, at han kun vilde give 1,200 Kr. i Stedet for 1,500 Kr. for Faderen, og begærede Traadsvar. Sælgeren telegraferede 2. December til Konnossementets Besidder om at udlevere Konnossementet til Kjøberen mod 1,200 Kr., hvorefter Kjøberen fik Konnossementet udleveret mod 16 Betaling af 1,200 Kr., uden at der toges noget Forbehold. Kjøberen fandtes ikke pligtig at betale de resterende 300 Kr., da han efter det passerende maatte været »berettiget til at gaa ud fra, at den af ham forlangte Prisnedsættelse var akcepteret«, uanset, at Sælgeren ligeledes 2. December i et Brev — som Kjøberen først modtog langt senere — havde meddelt ikke at ville finde sig i nogen Prisnedsættelse. — D. i U. f. R. 1900. 595: Antaget, at en Husbond, som havde taget en Dreng i Tjeneste, var »berettiget til at antage, at Faderen ved at lade Sønnen tiltræde Tjenesten og ved at modtage en Del af Lønningen i alt Fald stiltiende anerkjendte Fæstemaaleet«, og at Faderen altsaa ikke kunde hæve Forholdet. — D. i U. f. R. 1900. 729: En uklart affattet Kontrakt imellem en Grosserer og et Mejeri i Overensstemmelse med Mejeriets Paastand fortolket som den »naturligt og med Føje« maatte forstaas af dette, med Bemærkning om, at Uklarheden nærmest skyldtes Grossereren. — D. i U. f. R. 1901. 514: En Teaterdirektør anset løst fra sin Engagementsforpligtelse overfor en Skuespillerinde, da han efter det oplyste havde »Grund til at gaa ud fra«, at Skuespillerinden ved uden Forbehold at indlade sig paa et indgaaet Arrangement, løste ham fra hans Forpligtelse. — D. i U. f. R. 1901. 564 antager i et Tilfælde, hvor en for lav Prisangivelse i Fakturaen skyldtes en Fejlregning (altsaa *error in motivis*), at Sælgeren ikke kunde paaberaabe sig sin Fejlregning, da Kjøberen ikke »havde nogen Grund til at formode«, at der forelaa en Fejltagelse. — D. i U. f. R. 1902. 670 udtaler overfor Ind-

stævntes Indsigelse mod Behørigheden af en af Citantens Sagfører fremlagt, paa Dansk affattet Legitimation fra Citanten til Sagens Anlæg, at det maatte blive uden Betydning, at Citanten, der var tysk, ikke maatte have gjort sig tilstrækkelig bekendt med dens paa Dansk affattede Indhold. — D. i U. f. R. 1903. 591: I en Livsforsikringspolice var der af Fejltagelse blevet skrevet, at Præmien skulde betales i 20 i Stedet for i 25 Aar. Policen blev erkjendt for bindende efter sit Lydende, da Modtageren »var gaaet ud fra«, at der kun skulde betales i 20 Aar, og da det ikke var oplyst, at han »burde have været paa det rene med«, at det var Udstederens Mening, at Præmiebetalingen skulde strække sig over et Tidsrum af 25 Aar. — D. i U. f. R. 1903. 659: 17 Akceptanten af et Tilbud, der havde akcepteret i den Formening, at Tilbudet angik danske Pund, dømt i Overensstemmelse med Sælgerens Paastand om, at Handelen angik engelske Pund, da Tilbudets Indhold vakte saa stærk Sandsynlighed for, at dette var Meningen, at Akceptanten, naar han ikke vilde have Akcepten opfattet saaledes, maatte have gjort udtrykkelig Reservation i sin Akcept. — D. i U. f. R. 1904. 103: Et Firma, der havde anmodet en Speditør om at paabegynde et Arbejde, kjendt pligtig at betale for dette, uanset, at det var gaaet ud fra, at dets Anmodning skete paa en andens Vegne og efter dennes Anmodning.¹³ — D. i U. f. R. 1904. 173: A., der hos B. havde opnaaet et Laan mod til Betryggelse at deponere en Bøsse, havde tilstillet B. en Bøsse, efter sit Angivende i den Tanke kun at tillægge ham Retentionsret. B. blev erkendt for Haandpanthaver, idet han »med Føje kunde gaa ud fra«, at det var A.'s Mening at give ham Bøssen i Haandpant. — D. i U. f. R. 1904. 219: Ret til en litografisk Sten tillægges Kjøberen i Overensstemmelse med den skriftlige Kontrakts Ordlyd, uanset at Sælgeren ikke havde ment at sælge Stenen, men kun Retten til at tage Aftryk og antog dette for stemmende Skik og Brug, hvorom han mente, at Kjøberen ikke kunde være uvidende.

¹³ Jfr. ovfr. S. 264 Note 12.

B. Retsafgjørelser, som nægte Hensyntagen til den paastaaede Viljemangel allerede af den Grund, at Mangelen ikke kunde antages at have været til Stede.

D. i H. R. T. 1861. 210: Underskriverens Paastand om ikke at kjende det underskrevne Dokuments Indhold, idet han ikke kunde læse, forkastedes. — D. i H. R. T. 1870. 250 (U. f. R. 1870. 750): En Grosserer have givet sin Kommis K. forskellige Pengebeløb, der paastodes at være givne som Laan, medens K. paastod, at de vare givne ham, hvis Løn ikke var fastsat, som Vederlag for hans Arbejde. K. frifandtes med den Motivering, at det efter Forholdet mellem Parterne ikke kunde
 18 have Formodningen for sig, at Beløbene virkelig havde haft den af Grossererens paastaaede Karakter, eller at de af K. vare opfattede som Gjældsposter. (Denne sidste Bemærkning gjør det dog tvivlsomt, om Dommen ikke burde være nævnt ovenfor under Gruppen A.). — D. i H. R. T. 1870. 361 (U. f. R. 1870. 1005): Under en Tvist om, hvorvidt et af A. til B. erlagt Beløb var ydet som Vederlag eller som Laan, blev Tilbagesøgningsret nægtet A., »da han, hvem Bevisbyrden under de foreliggende Omstændigheder maatte paahvile, ikke havde godtgjort, at Beløbet ydedes som Laan«. — D. i H. R. T. 1895. 163 (U. f. R. 1895. 625): Paastand om, at en Transport var underskrevet i Uvidenhed om dens Indhold, ikke taget i Betragtning: »da der efter de foreliggende Oplysninger ikke kan tages Hensyn til Anbringendet om, at den paagjældende ikke kan læse fremmed Skrift, . . . maa der anses at foreligge en gyldig Transport«. — D. i H. R. T. 1897. 555 (U. f. R. 1898. 17): Uagtet en om et Salg oprettet Deklaration ikke omfattede en vis Lod, antoges Kjøberen dog at have erhvervet Ret til denne, idet Sælgeren antoges at have vidst: »at Kjøberen kun gik ind paa Handelen i Tillid til, at Lodden var indbefattet under denne, ligesom ogsaa andre Omstændigheder tyde paa, at Sælgeren fra Begyndelsen af har antaget, at Lodden var indbefattet under Handelen, og først senere blev opmærksom paa, at en anden Opfattelse mulig kunne støttes paa Deklarationen«. D. i H. R. T. 1899. 147 (U. f. R. 1899. 605): En Kontrakt fortolket som den »findes naturligt at maatte forstaas«, da det ikke var oplyst »at Parterne ved Kontraktens Afslutning ere gaaede

ud fra en anden Forstaaelse» (muligvis hører denne Dom under Gruppen A.). — D. i H. R. T. 1901. 240 (U. f. R. 1901. 612): Pengeydelser fra en Svigerfader til sin Svigersøn opfattedes som Gave eller Arveforskud, da det findes ganske uantageligt, at Svigerfaderen ved Ydelsen betragtede dem som Laan, hvorimod Svigersønnen maa anses med Føje at være gaaet ud fra, at Forstrækningerne ikke kunde fordres tilbagebetalte. — D. i J. U. 1865. 854: Rekvirenten af en Auktion blev anset berettiget til at faa Auktionsskjødet annulleret, idet dets Indhold stred mod de Konditioner, som oplystes at ligge til Grund for Kjøbet. — D. i U. f. R. 1869. 71: B. paastod, at A. havde givet ham Tilsagn om vederlagsfri Bolig for Livstid. A. blev ved Underretsdømmen frifunden mod at beedige, at han ikke havde afgivet noget alvorlig ment Tilsagn. Overretsdømmen mente vel ikke at kunne give B. ubetinget Dom, da Tilsagnets Afgivelse ikke var fuldt bevist, men gav hans subsidiære Paastand om Forandring af Edstemaet Medhold, saa at det tilstedes A. med Ed »at fralægge sig at have givet det ommeldte Tilsagn, der efter det oplyste, saafremt det virkelig er meddelt, ogsaa maa anses at have været alvorlig ment«. — D. i U. f. R. 1902. 172: Intestatarvingers Godkjendelse af et uden Testamentformerne lagttagelse oprettet Testamente anses for gyldigt, uanset at Dødsboet viste sig at eje større Værdier end ved Godkjendelsen antaget, og uanset at Godkjendelsen antoges motiveret ved Størrelsen af de dengang forefundne Arvemidler, idet der ikke var oplyst noget, som berettigede til at slutte, at det var Arvingernes Mening at gjøre deres Godkjendelse afhængig af, at Boets Midler ikke viste sig større end antaget.

C. Retsafgjørelser, der give Tilsagnsgiverens paa Viljemangel støttede Paastande om ikke at være bunden saaledes, som af Erklæringsmodtageren paastaaet, Medhold ifølge Mangel af god Tro hos denne.

1. Højesteretsdom af 9. Marts 1810, jfr. A. f. R. V. 513 og 197. I et om Salg af nogle Mahogniblokke oprettet Dokument angaves Blokkene at være solgte for 3 Mark pr. Kubikfod, hvorefter Prisen vilde blive ca. 50 Rdl., og mere paastod Kjøberen ikke at være pligtig at betale. Sælgeren gjorde gjældende, at der forelaa en Skrivefejl, og at

Blokkene i Virkeligheden vare solgte for 3 Mark pr. Kvadratfod (3: 12 Tommer i Længde og Bredde og 1 Tomme i Tykkelse), hvorefter Prisen vilde blive ca. 600 Rdl. Overretsdømmen gav Kjøberen Medhold med Bemærkning, at Sælgeren »selv maa tilskrive sig Følgerne af sin begangne Forseeelse«, og uanset, at det var oplyst, at Mahognitræ aldrig sælges efter Kubikmaal, men stadig efter Kvadratfod, og at den af Kjøberen paastaaede Pris ikke stod i noget Forhold til Blokkenes 20 virkelige Værdi. Højesteret gav derimod Sælgeren Medhold, idet Førstvoterende, til hvem de andre Voterende sluttede sig, oplyste, at det af selve Dokumentet fremgik, at der ikke kunde være ment andet end Kvadratfod. Der blev derhos paalagt Kjøberen Processens Omkostninger for begge Retter og Mulkt for unødigt Trætte. — Schl. H. R. D. II. 749: Nogle Fæstebønder paastod sig fritagne for at forrette Hoveriarbejde i Overensstemmelse med den for Godset gjældende Hoveriforening under Henvisning til en deres Fæstebreve ifølge en Fejltagelse vedhæftet Ekstrakt af en anden Hoveriforening. Deres Paastand toges ikke til Følge, da »den vedhæftede Ekstrakt klarligt kan skjønnes at være oprettet for et andet Gods, og at Fæsterne derhos, uagtet de paastod straks at have opdaget Uoverensstemmelsen mellem Hoveriforeningen og Ekstrakten, lige siden deres Fæstebrevs Udstedelse havde udført Arbejde i Overensstemmelse med Hoveriforeningen«. — D. i H. R. T. 1857. 675: Trods en Forstrækningsmodtagers Paastand om, at han havde antaget Forstrækningerne for en Gave, tilpligtedes han at tilbagebetale Pengene, der antoges at være givne af Forstrækningsgiveren som Laan, da »de Grunde, hvorpaa han støttede sin Formening, ikke fandtes at berettige ham til at antage, at Kapitalen blev ham skjænket«. — D. i H. R. T. 1874. 613 (U. f. R. 1875. 449, 1874. 85): Et under et Skjødes Ord indbefattet Areal nægtet Kjøberen, da denne maatte antages ved Handelen at være gaaet ud fra den Forudsætning, at den ikke omfattede dette. — D. i H. R. T. 1885. 402 (U. f. R. 1886. 59): Et Tilbud om at give 24,000 Kr. for et til 2,800 Kr. vurderet Areal, afgivet under en ikke ringe Grad af Beruselse, anset uforpligtende, da Erklæringen »ikke fornuftigvis kan opfattes anderledes end som en Spøg eller et Slags Drilleri, hvormed han ikke havde til Hensigt at forpligte sig«. — D. i H. R. T. 1903. 505 (U. f. R. 1904 B.

84): En Reklame ikke anset for forpligtende, da »den ikke kan antages at indeholde noget virkeligt Løfte om at betale 5,000 Mark til enhver, der ikke maatte blive hjulpen ved paagjældende Middel, og ikke kan antages at have vakt eller efter hele dets Indhold kunnet vække nogen rimelig Forventning derom«. — D. i J. T. XXVIII. 355: Indstævntes Erkjendelse under en Proces anset uforbindende, da Citanten af selve Indlægget »maatte se, at den var grundet i en Fejltagelse«. — 21 D. i J. U. 1863. 656: Indstævnte maa statueres at have været i en for Citanten bemærkelig Vildfarelse med Hensyn til Dokumentets Indhold«. — D. i S. og H. R. T. 1870. 163: En Fejltagelse anset uforbindende, da Modparten havde »god Anledning til at være i Tvivl, om ikke en Fejltagelse var til Stede«. — D. i U. f. R. 1874. 904: »Det maatte være Citanten indlysende, at der maatte foreligge en Misforstaaelse fra Indstævntes Side«. — D. i U. f. R. 1877. 650: En Lejeangivelse i en Lejekontrakt tilsidesat, da Udlejeren »ikke med Føje kan have staaet i den Formening, at den kun skulde være af den i den skriftlige Kontrakt angivne Størrelse«. — D. i U. f. R. 1877. 698: En Kontrakt trods Indstævntes Paastand ikke opretholdt efter sin Ordlyd, da det under et Forhør var erkjendt af ham, at han ikke havde opfattet Forhandlingerne saaledes. — D. i U. f. R. 1898. 661: B., der havde afslaaet et Kjøbstilbud, ikke anset bunden ved en senere paa Fejltagelse beroende Meddelelse gennem hans Agent om Akcept, da Kjøberen, efter at Prisen i Mellemtiden var stegen betydeligt, »ikke med nogen Føje og uden at fremkomme med noget som helst Spørgsmaal kunde gaa ud fra«, at Meddelelsen gav Agenten Beføjelse til at afslutte den paastaaede Handel.

2. At Modtageren af et *uklart eller tvetydigt Tilsagn* i Almindelighed ikke uden videre kan fastholde en mulig, men usikker Forstaaelse, som ikke stemmer med Afgiverens Vilje, er anerkjendt i adskillige Retsafgjørelser. — D. i H. R. T. 1888. 189 (U. f. R. 1888. 994. 672) udtaler, at et Rederi ikke kunde være berettiget til, til Skade for Befragteren, at forstaa Udtrykket »kort Kurs« som sigtende til den korteste af de korte Kurser, der noteres paa Betalingsstedet, da særlige Omstændigheder, som kunde beføje hertil, ikke vare til Stede. — D. i H. R. T.

1894. 112 (U. f. R. 1894. 639, 1892. 1085): En Kautions Udtalelse til en Medkautionist, der havde indfriet sin Del af Kautionen, om at han »nok skulde klare den Sag« o. desl., blev antagen ikke at give Erklæringsmodtageren Regresret, da Udtalelsen ikke var tilstrækkeligt klar og utvetydig i denne Retning, men ogsaa vilde kunne forstaaes paa
 22 anden Maade. — D. i J. U. 1853. 229: En Udlejer anset uberettiget til at fastholde sin Forstaaelse af en tvetydig Udtalelse i en Lejekontrakt, da han ikke havde bevist, at Kontrakten var konciperet af Lejeren. — D. i S. og H. R. T. 1866. 19: En Kjøber anset uberettiget til at fastholde en med Ordene i en Paategning ikke ret vel stemmende Forstaaelse, medmindre det godtgjordes, at den, trods Ordene, stemmede med bestaaende Koutume i disse Forhold, saa at enhver især af Parterne, ogsaa Sælgeren, »fornuftigvis maatte antages at være gaaet ud fra«, at Bestemmelsen var at opfatte saaledes. — D. i U. f. R. 1881. 422: En Kjøbmand ikke anset bunden ved et Telegram, der kunde forstaaes baade som en Bemyndigelse til Befragtning og som Opfordring til Tilbud om Befragtning, da han paastod, at kun det sidste havde været hans Mening, og da Modtageren burde have været opmærksom paa Tvetydigheden og derfor burde have gjort nærmere Forespørgsel. — D. i U. f. R. 1883. 524: En Handel antoges ikke at være kommen i Stand, da Tilbud og følgelig ogsaa Akcept var tvetydig. — D. i U. f. R. 1900. 760: En Kjøber anset ubeføjet til at fastholde en pr. Telefon afsluttet uklar Aftale efter sin Forstaaelse, da han umiddelbart derefter fra Sælgeren havde modtaget en Specifikation, som burde have gjort ham opmærksom paa, at der maatte foreligge en Misforstaaelse. I denne Forbindelse maa vistnok ogsaa anføres D. i U. f. R. 1869. 311 og J. U. 1872. 222.

D. Retsafgjørelser, som tillægge paastaaet Viljesmangel Betydning uden at udtale, at Tilsagnsmodtageren ikke var i god Tro.

Af saadanne Retsafgjørelser skal først nævnes et Par, som utvivlsomt forudsætte Mangel af god Tro hos Erklæringsmodtageren, skjønt de ikke udtrykkelig nævne dette: D. i U. f. R. 1871. 797: Underskriveren af et Dokument, der benævnte sig som Kjøbekontrakt, paastod, at han

ikke havde haft til Hensigt at afslutte nogen forbindende Kontrakt om Gaardens Salg, og at han ikke, da han underskrev Dokumentet, havde gjort sig bekendt med dets Indhold. Kontrakten kjendtes uforbindende for ham, da der efter det oplyste »maa gaas ud fra, at han . . . ikke ved at underskrive har haft til Hensigt at vedkjende sig et endeligt 23 stedfundet Salg af Ejendommen.« Men det oplyste, som der saaledes henvises til, var bl. a. et Tingsvidne, hvorunder de to Mænd, der som Vitterlighedsvidner havde paategnet Dokumentet, edeligt havde afgivet Forklaring om, at Forhandlingerne mellem Parterne gik ud paa, at Kontrakten kun blev udfærdiget og underskrevet for at sætte »Kjøberen« i Stand til at finde en Kjøber til Gaarden. — D. i U. f. R. 1896. 776: En Endossent af en Veksel, der — da han kun havde givet Endossement for at vise Vekseludstederen en Tjeneste — ikke ansaas beriget ved Vekselforpligtelsens Forældelse, havde udenretligt under Forhandlinger med Vekselejerens Sagfører lovet at betale Vekslens Beløb. Han frifandtes, da han maatte formodes under Forhandlingerne at have været »ubekjendt med, at hans Vekselforpligtelse var bortfaldet ved Præskription« »en Ukyndighed, som en i det ham forelagte Forligsdokument indeholdt Bemærkning maatte være egnet til at bestyrke.« Denne Dom nævnes her, uagtet den ikke angaar Viljesmangel, men et rent Tilfælde af *error in motivis*, fordi man kunde tænke sig sluttet, at naar der tillægges sidstnævnte Betydning, uanset Tilsagnsmotdagerens gode Tro, maatte der saa meget mere tillægges Viljesmangel Betydning. Men netop den Omstændighed, at Dommen angaar *error in motivis*, viser, at den gaar ud fra, at Løftets angivne Motiv var kjendeligt for Sagføreren, idet vistnok alle, ogsaa Viljesteoriens Tilhængere, ville erkjende, at Dommen under en modsat Forudsætning vilde være ganske urimelig.

Endvidere nævnes her en Overretsdom af 1820 i J. T. IV. 2. 121: Underskriveren af en Obligation, der gik ud paa Fornyelsen af en ældre, dog at den var omskrevet til 500 Rdlr. i Sølvs i Stedet for 500 Rdlr. i Sedler, blev anset uforpligtet ved Omskrivningen, da der ikke var truffet nogen foregaaende Aftale herom, og Debitor ikke, før han underskrev, gjorde sig bekendt med Obligationens Indhold. At denne gamle Dom, dersom Kreditor var i god Tro, strider mod de ovenfor

under A. anførte Afgjørelser, hvoriblandt ogsaa Højesteretsdomme, paa en saadan Maade, at den ikke kan komme i Betragtning ved Bedøm-
 24 melsen af Nutidens Praksis, er klart. — D. i U. f. R. 1874. 364: En af en Brandlidt under et Forhør afgiven Tilstaaelse om, at han havde modtaget for meget i Branderstatning, blev antagen vel at indeholde tilstrækkeligt Bevis herfor, men ikke at kunne have Betydning som et retsstiftende Samtykke overfor Forsikreren, »idet Erklæringerne mangle den til et kontraktmæssigt Samtykke fornødne Vilje«. Det er klart, at denne Udtalelse om Viljesmangel som relevant ikke har Kollisionen med god Tro hos en Løftemodtager for Øje, idet Forsikreren umuligt med nogen Grund kunde opfatte Udtalelsen under Forhøret som et Løfte til sig, jfr. nedenfor § 3. V.

De eneste Retsafgjørelser, jeg har kunnet finde, som tillægge Viljesmangelen Sejr i Kollision med Tilsagnsmodtagerens gode Tro, eller som forudsætte, at der gives Tilfælde, hvor Kollisionen maa løses paa denne Maade, ere følgende: D. i H. R. T. 1864. 662: Auktionskjøberen af en Ejendom havde overtaget at betale Tienden »i Henhold til Tiendeforeningen«; det viste sig bagefter, at nogen Tiendeforening overhovedet ikke var truffen. Sælgeren paastod, at Kjøberen skulde svare Tiende i Overensstemmelse med en Tiendekommissions Kjendelse, som var erhvervet af ham, da det var blevet konstateret, at Tiendeforening ikke forelaa. Kjøberen paastod, at han kun kunde være pligtig at svare den Tiende, som hidtil faktisk havde været svaret af Gaarden, 6 Tdr. Byg aarlig. Højesteretsdommen gav Kjøberen Medhold, idet han »ved at købe Gaarden med den anførte Forpligtelse maatte antage, at han ikkun havde at yde et allerede fastsat Tiendevederlag, hvilket han efter de faktiske Forhold ikke kunde forudsætte at være noget andet eller større end bemeldte 6 Tdr. Byg aarlig.« Hvorvidt der i dette Tilfælde maatte anses at foreligge god Tro hos Sælgeren med Hensyn til det af ham paastaaede, skal forøvrigt ganske henstilles; Dommen er nævnt her *ex tuto*, og fordi dens Motivering falder sammen med de Betragtninger, der antages at have ledet til Retsafgjørelsen i D. i H. R. T. 1894. 555 (U. f. R. 1895. 26): A. havde bemyndiget T. til at skaffe Bud paa Byg for opgiven Pris at betale mod Afladepapirerne. T. skaffede Bud fra B. til en noget lavere Pris at betale ved Modtagelsen i

Lübeck og gengav i Telegram til A. dette Bud saaledes: »Byder 128 25 cif, Cassa ved Modtagelse, Traadsvar.« Herpaa svarede A. samme Dag telegrafisk: »Akcepterer 128½ Mark, cif, Traadsvar,« hvilket B. akcepterede. B. fastholdt, at A. ifølge sin Akcept var bunden ved Handelen, saaledes at Varen først skulde betales ved dens Modtagelse i Lübeck; A. gjorde gjældende, at han ved sin Akcept var gaaet ud fra, at der var budt ham Betalingsvilkaar, stemmende med det af ham forlangte, og at han ikke var bunden ved Handelen paa andre Vilkaar, og han fik deri Medhold af Højesteret. Begrundelsen gik ud paa, at »der ikke kan antages at være tilvejebragt nogen Overensstemmelse mellem Parterne om Vilkaarene for Handelen, uden at Ansvar for den opstaaede Misforstaaelse kan paalægges A.«, og henviser iøvrigt til de i den indankede Dom anførte Grunde. I disse udtales det, at A. ifølge de foreliggende Omstændigheder har været beføjet til at gaa ud fra, at det var Meningen med T.'s ovenfor anførte Telegram, at Betalingen skulde erlægges ved Afladedokumenternes Modtagelse.

Endnu maa her nævnes en Gjældskommissionsdom i U. f. R. 1900. 173: A. havde undertegnet Kautionsbevis for »Leje for den af K. lejede Lejlighed Ny Adelgade 9«. Lejeforholdet, der først blev indgaaet senere, lød paa Opsigelse til en af de halvaarlige Flyttedage. Der blev givet A. Medhold i, at han kun hæftede, som om Lejeforholdet havde været indgaaet maanedsvist med 14 Dages Opsigelse, da det maatte antages, at der under Forhandlingerne om Kautionsens Overtagelse var givet ham saadanne Meddelelser, at »han findes at have haft Føje til at gaa ud fra, at Lejemaalet vilde blive indgaaet saaledes, og maa antages at have udstedt Kautionsbeviset under Forudsætning heraf«. Det er klart, at denne Dom, dersom Udlejeren har været med i de omtalte Forhandlinger om Kautionsens Indgaaelse, hører under Gruppen C. I modsat Fald hører Dommen, hvis den overhovedet skal forenes med, hvad der iøvrigt er dansk Retspraksis, herhen, og det vil da bemærkes, at Motiveringen atter synes at være den samme som i de to nærmest forud for denne nævnte Domme.

Retsreglernes Begrundelse.

I. En almindelig, Retsanvendelsen bindende Løsning af Konflikten imellem Tilsagnsgiverens Vilje og den ved Tilsagnet hos dettes Modtager vakte Tillid giver *den danske Lovgivning* ikke. Det Lovstof, som i saa Henseende navnlig kunde komme i Betragtning, nemlig de almindelige Bestemmelser i D. L. (N. L.) 5—1—1 til 5, kunne ikke antages bevidst at have denne Konflikt for Øje og at tage bevidst Parti for nogen Løsning i saa Henseende.¹⁴ De kunne højst antyde et Udgangspunkt for Undersøgelsen. I saa Henseende har *Gjelsvik*¹⁵ gjort gjældende, at Bestemmelsen i D. L. 5—1—4 om Tvang som Ugyldighedsgrund taler imod Tillidstheorien, idet denne Artikel i Almindelighed opfattes saaledes, at Tvang gjør Tilsagnet ugyldigt, selv naar Tvangen er udgaaet fra Tredjemand, og Erklæringsmodtageren er i god Tro. Gjelsvik lægger derfor Viljestheorien til Grund for sin Undersøgelse.¹⁶ Paa lignende Maade udtale *N. Lassen*¹⁷ og *Hagerup*¹⁸ sig om D. L. og N. L. 5—1—4, hvorhos Hagerup gjør gjældende, at Betegnelserne »lovet« og »Kontrakter« i de nævnte Lovbestemmelser maa formodes at sigte til Tilsagn, der bæres af en med dem stemmende Vilje.¹⁹ Disse Betragtninger hvile utvivlsomt paa en dogmatisk Misforstaaelse og ere ikke historisk holdbare. I førstnævnte Henseende maa det betones, at Bestemmelsen om Tvang som Ugyldighedsgrund ikke har noget at gjøre med den Strid, der i Almindelighed haves for Øje ved, og som jeg har udtrykt ved Modsætningen mellem Viljestheori og Tillidstheori. Tillidstheorien er og er alene Udtryk for den Lære, at Tilsagnsmodtagerens gode Tro sejrer i Konflikten med Viljemangel hos Løftegiveren, se nærmere ndfr. Side 316 ff. Og at det er med god Grund, at Terminologien Tillidstheori har indskrænket sig hertil og ikke tillige omfatter Spørgsmaalene om Konflikten mel-

¹⁴ Bentzon i U. f. R. 189 3 S. 112.

¹⁵ Gjelsvik S. 77.

¹⁶ Gjelsvik S. 79.

¹⁷ U. f. R. 1893 S. 268, 272.

¹⁸ Hagerup S. 45.

¹⁹ Hagerup S. 42—43.

lem Erklæringsmodtagerens gode Tro og Tvang, vil fremgaa af Ud- 27
viklingen i det Følgende, hvor det oplyses, at de materielle Grunde, som føre til at tillægge Erklæringsmodtagerens gode Tro Sejren i Konflikten med Viljesmangel, ikke passe paa Konflikten med Tvang. Hvad den historiske Side af Sagen angaar, maa der sikkert gives *Fr. Stang*²⁰ Medhold i, at det er den ældre Retsopfattelse, hvorefter det i Konflikten med Viljesmangel alene kommer an paa Erklæringen, som afspejler sig i Udtalelserne i D. L. og N. L. 5—1—1 til 5 om, at Kontrakter skulle holdes »i alle deres Ord og Punkter, som de indgangne ere«, og i Nævnelserne af Tvang som Ugyldighedsgrund, medens der ties om Viljesmangel og endog om Svig.²¹ Paa den anden Side har *Stang* ogsaa Ret, naar han hævder, at der hermed kun er givet et Udgangspunkt for Undersøgelsen. Lovordene ere ikke af saadan Beskaffenhed, at de udelukke en Udvikling i Retning af Hensyntagen til Viljesmangel. Som Lovbud, der vedrøre Æmnet, kan vistnok iøvrigt kun nævnes D. L. (N. L.) 1—9—13, som forudsætter, at Løsningen af Konflikten mellem Viljesmangel og god Tro i visse Tilfælde²² løses til Gunst for Erklæringsmodtageren. Men nogen almindelig Hjemmel for Tillidstheorien kan ikke søges i dette Lovbud. Min i Haandbogen S. 72 fremsatte Udtalelse, at Viljesdogmet er *forkastet* af den danske *Lovgivning*, maa jeg forsaavidt tage tilbage.

II. Naar der nu, uden at nogen Støtte for Besvarelsen søges i Lovord, spørges om, hvorledes Konflikten mellem Tilsagnsgiverens Vilje og den ved Tilsagnet hos Løftemodtageren vakte Tillid bør løses i dansk Ret, skal Opmærksomheden først henledes paa, at *den almindelige Opfattelse her i Landet Mand og Mand imellem* utvivlsomt gaar ud paa, at Ordet er det afgjørende, saa at Tilsagn i vidt Omfang ere og bør være bindende for Afgiveren, uanset at deres Indhold ikke stemmer med hans Vilje.²³ I Almindelighed vil den Lægmand, der af 28

²⁰ Stang S. 3, 8, Forelæs. S. 279—280.

²¹ Se ovfr. S. 255 ved Note 2.

²² Se herom Hdbg. § 17 ved Note 7, § 23 ved Note 12, jfr. Gjelsvik S. 82, der lægger for meget ind i Artiklen.

²³ Som *Ordsprog*, der oplyse om dette, nævnes: En Mand er en Mand, et Ord er et Ord. — Mands Ord, Mands Ære. — Ord binder en Mand, og Hampe-reb Oksen. — Man tager Oksen ved Hornet og Manden ved hans Ord. —

en Fejltagelse har afgivet et Tilsagn, hvis Indhold ikke stemmer med hans Vilje, antage, at han efter gjældende Ret er bunden ved sin Erklærings Indhold og indrette sig herefter. Han vil vel nok efter Omstændighederne finde det illoyalt eller ubilligt, at hans Medkontrahent, naar Fejltagelsen oplyses, fastholder Tilsagnet, men han vil i Almindelighed have Følelsen af, at hans Medkontrahent bør have Ret hertil, og han vil kræve den samme Ret for sig selv. Han vil, ved Siden af en Forestilling om at være bunden ifølge gjældende Ret, have en instinktmæssig Følelse af, at *saadan bør det være*.

Spørges der saa videre, hvori da denne Opfattelse bunder, at man uanset Viljesmangel bør være forpligtet ved sit Tilsagn, da kan der ikke være nogen Tvivl om, at den har sin Rod i en mere eller mindre klar Forestilling om, at saaledes kræves det af *Hensynet til Samhandelens Sikkerhed*, som er betinget af, at der kan stoles paa formueretlige Tilsagn. Det vilde, — som det af Indstævnte gjøres gjældende under den ovfr. S. 260 omtalte Højesteretssag — være »en stor Consequence« om en saadan »Baginstantz« som Viljesmangel skulde kunne paaberaabes. Heri mødes den almindelige Opfattelse med *Tillidsteoriens Forsvarere i Retslitteraturen*. Fra Retsvidenskabens Side anføres som Tillidsteoriens reale Grund netop Hensynet til Samhandelens Sikkerhed.²⁴ »Al Sikkerhed i Omsætningsforholdet« — hedder det hos Goos — »vilde forsvinde, naar det afgjørende skulde forflyttes fra den Erklæring, som meddeles, og ved hvilken Forventningen vækkes, til noget udenfor liggende, som ikke meddeles, og hvorpaa der altsaa ikke kan bygges af Løftemodtageren«. Det er nu vel stærkt sagt. At »al Sikkerhed« for Samhandelen ophæves ved Viljestheoriens Anerkjendelse, tør ikke paastaas, saa vist som den romerske Ret og i alt Fald adskillige romanistiske Lovgivninger i Nutiden maa erkjendes at staa paa en Viljestheoris Standpunkt, idet en væsentlig Viljesmangel ordentligvis udelukker Tilsagnets Gyldighed.²⁵ Men at

Dannemands Løfte er Dannemands Gjæld. — Blunder man, naar man kjøber, faar man glo, naar man betaler. — Hvem der ikke ser sig for, maa tage Skade for Hjemgjæld. — Hvad man gør, naar man er fuld, skal man svare til, naar man bliver ædru.

²⁴ Goos II S. 326—327, 321, jfr. Stang S. 25.

²⁵ Se om romersk Ret Windscheid § 75 og iøvrigt code civil art. 1109, 1110, Das Schweizerische Obligationenrecht §§ 18—23, B. G. B. §§ 116, 118—120.

en Viljestheories Anerkjendelse svækker Sikkerheden i Samhandelen væsentligt og navnlig ogsaa vilde bryde med *den* Sikkerhed, der af den almindelige Opfattelse Mand og Mand imellem her i Landet kræves som fornøden, er uomtvisteligt.

Og spørges der saa endelig, hvorpaa det beror, at den almindelige Opfattelse finder den fornødne Sikkerhed for Samhandelen krænket ved Anerkjendelsen af *Viljesmangelen* som Ugyldighedsgrund, medens den ikke føler sig foruroliget ved saadanne Retssætninger, som f. Eks. at Tilsagn ere ugyldige paa Grund af Umyndighed eller Tvang, maa Svaret blive, at Grunden hertil ligger i Viljens og Viljesmangelens Egenskab som *rent indre Kjendsgjærning*, der ikke egner sig til paalideligt at oplyses ved civilprocessuelle Midler. Der er nu vel nok Enighed om, at man, hvis man vil erklære Tilsagn for uforbindende paa Grund af Viljesmangel, maa lægge Bevisbyrde for Mangelen paa Tilsagnsgiveren. Og det kunde da synes, at denne Bevisfordeling i Forbindelse med Viljesmangelens Uegnethed til paalidelig Konstatering vilde være tilstrækkeligt mod Usikkerhed. Men Sagen er den, at det ofte slet ikke vil være saa vanskeligt for Tilsagnsgiveren at fremskaffe *det* Bevis,²⁶ som der overhovedet i Civilprocessen kan være Tale om at fordrø for indre, direkte uiagttagelige Kjendsgjærninger. Hertil kommer, at denne Mulighed meget vel vil kunne være til Stede, uanset at den paastaaede Viljesmangel ikke virkelig var til Stede, og Muligheden vil da — netop fordi Beviset drejer sig om en direkte uiagttagelig Kjendsgjærning — kunne benyttes af Tilsagnsgiveren, uden ³⁰ at han behøver at frygte for, at det senere skal blive opdaget, at han har gjort sig skyldig i Svig og skaffet sig et urigtigt Bevis.

Paa Tillidstheoriens Standpunkt staa derimod: Das bürgerliche Gesetzbuch f. Oesterreich § 876, Engelsk Ret: Pollock Principles of Contract, 4. ed. S. VII, 4, jfr. Stang S. 122—23, og om Hagerups Udtalelser S. 52 angaaende engelsk Ret ndfr. S. 304 Note 94, Udkast til borgerlig Lovbog for Ungarn (1901) §§ 986, 987, 990. Om skandinavisk Ret se ndfr. i § 4.

²⁶ Følger man den af Nellemann, Den ordinære civile Procesmaade, 4de Udg. S. 780 og Deuntzer, Den danske Civilproces S. 242—243 omtalte Praksis med Hensyn til Anvendelse af Sigtelsesed, vilde Tilsagnsgiveren endog kunne trænge igjennem ved blot at tilvejebringe en vis Formodning for Viljesmangelen og supplere denne med sin Ed. Jfr. den ovfr. S. 271 anførte Dom i U. f. R. 1869. 71.

I Forbindelse hermed skal ogsaa, uden at der lægges større Vægt derpaa, nævnes en anden Svaghed ved Viljestheorien, sammenlignet med Tillidstheorien. Hvor Viljestheorien er anerkjendt, vil Tilsagnsmotageren, naar Indsigelse, støttet paa Viljesmangel, fremsættes, ikke have andet processuelt Vaaben mod denne Indsigelse end at stemple Tilsagnsgiveren som Løgner, og dette Vaaben vil han ofte med Grund finde Betænkelighed ved at bruge, selv om han er paa det rene med, at Paastanden er falsk. Denne Betænkelighed hjælper Tillidstheorien ud over, idet Tilsagnsmotageren, hvor denne Theori er anerkjendt, kan lade Spørgsmaalet om Indsigelsens Rigtighed ligge og indskrænke sig til at oplyse, at han havde Grund til at antage, at noget andet end det af Tilsagnsmotageren tilsigtede var ment.

III. Hermed er Tillidstheoriens reale Grund, nemlig Hensynet til den Sikkerhed for Samhandelen, der i alt Fald efter dansk Retsopfattelse er fornøden, nærmere belyst, og derved det foreløbige Bevis ført for, at Konflikten mellem Tilsagnsgiverens gode Tro bør løses til Gunst for sidstnævnte, saa at Tilsagnet, naar Tilsagnsmotageren er i god Tro, i Almindelighed bør være gyldigt uden Hensyn til Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren. Den nærmere Afgrænsning af denne Retssætning og Fuldstændiggjørelsen af dens Begrundelse skal nu søges opnaaet igjennem en Betragtning af de imod Tillidstheoriene og særligt imod min Tillidstheori fremsatte reale Betragtninger. Nogle af disse gaa ud paa, at min Theori fører til Konsekvenser, der ere uantagelige, og som saaledes oplyse Theoriens Uholdbarhed. Om den vil der blive talt i § 5. Her skal omhandles den direkte Kritik og først *den Paastand, at Tillidstheorien fører til Resultater, der ere ubillige imod Tilsagnsgiveren*. Er der, siger Hagerup,²⁷ »nogensomhelst Rimelighed for, at den, der i en Butik ved en Forsnakkelse har sagt 100 Hekto-
31 liter i Stedet for Liter, og som berigtiger denne Fejltagelse, inden han endnu har forladt Stedet, og inden Sælgeren har gjort noget Skridt til Opfyldelsen, skal kunne tvinges til at betale for 100 Hektoliter? Eller er det stemmende med en sund Retsfølelses Krav, at den, der alene ved en bevislig Fejlskrift er kommen til at love en Gave paa 1000, medens han mente 100, skal kunne af Gavemotageren ved

²⁷ Hagerup S. 49—50.

Domstolene tvinges til at betale det første Beløb?» Om disse Eksempler maa nu straks bemærkes, at de ere overmaade uheldigt valgte som Vidnesbyrd imod Tillidstheorien. Som det senere ²⁸ nærmere skal omtales, vende de sig begge mod Punkter, paa hvilke der fra Tillidstheoriens eget Udgangspunkt kan rejses Spørgsmaal om Plads for Undtagelser fra Hovedreglen. Men der kan nævnes andre Eksempler paa Tilfælde, i hvilke det ved første Øjekast kunde synes, at Tillidstheorien virker ubilligt, og hvor det er givet, at den ikke vil vige tilbage for Resultatet. De i § 2 under Gruppen A. opførte danske Retsafgjørelser ville afgive adskillige gode Eksempler.

Det lader sig med andre Ord ikke nægte, at Tillidstheorien ikke kan gennemføres uden at skabe Resultater, der, naar man ser alene paa det enkelte foreliggende Tilfælde, synes ubillige mod Tilsagnsgiveren. Overfor denne Kjendsgjerning og de fra den hentede Indvendinger mod Tillidstheorien maa det prøves, hvorledes det nærmere hænger sammen med denne Mishagsfølelse overfor visse Resultater af Tillidstheorien som for haarde overfor Tilsagnsgiveren: om denne Følelse er et Udslag af sund Retsfølelse, eller om den maaske beror paa svigtende Blik for, hvad der kræves af Hensynet til den anden Part eller til den almindelige Sikkerhed i Samhandelen.

Her maa det da fremhæves, at Retsordenen, naar den skal løse Konflikten imellem Tilsagnsmotagerens gode Tro og Tilsagnsgiverens Vilje, ikke kan undgaa at tilføje eller at udsætte sig for at tilføje den ene eller den anden Part et uforskyldt Tab. Erklæres Tilsagnet forbindende trods Viljesmangel, føres Tilsagnsgiveren ind i Retsfølger, som han ikke har tilsigtet. Erklæres Tilsagnet for uforbindende, gaar Tilsagnsmotageren glip af de Fordele, som han mener at have erholdt ved Tilsagnet, og i Tillid til hvilke han muligvis har indrettet sig. Et ³² uforskyldt Tab til den ene eller den anden Side er uundgaeligt.

Denne Paastands Rigtighed erkjendes dog ikke fra alle Sider. Det antages ofte, at en *Mellemvej*, som undgaar dette skarpe Alternativ, staar aaben for Retsordenen. Det antages, som bekjendt, af mange, at Romerretten, idet Tilsagnet erklæres ugyldigt paa Grund af Viljesmangel, tillægger Erklæringsmotageren Erstatning for det Tab, han

²⁸ Ndfr. S. 302—05.

har lidt ved at stole paa Tilsagnet som gyldigt 3: *den negative Kontraktsinteresse*. Og heri finde Mange ³⁰ den retfærdige Løsning: Der sker Tilsagnsgiveren Fyldest derved, at Tilsagnet erklæres uforbindende, og der sker Erklæringsmodtagerens gode Tro Fyldest ved, at han faar Erstatning for det Tab, han har lidt ved at stole paa Tilsagnet. Dette lyder godt nok — paa Papiret. Men i Virkeligheden er Kravet paa den negative Kontraktsinteresse et meget tarveligt Surrogat for Erklæringsmodtageren i Stedet for Tilsagnets Gyldighed.³¹ Han maa nemlig, for at kunne gennemføre dette Krav, bevise sit Tab og dettes Størrelse. Har han f. Eks. i Tillid til et Tilsagn tilladt sig Udgifter, som han ellers ikke vilde have tilladt sig, maa han bevise, at han ellers ikke vilde have afholdt disse Udgifter og deres Størrelse. Har han i Tillid til et formentlig gyldigt Tilsagn om et Laan indladt sig i Arrangementer med Tredjemand, f. Eks. Kjøb af en Ejendom eller Forretning, som han uden Laanet ikke vilde kunne magte, maa han bevise ikke blot, at han ikke uden det paagjældende Laan kan magte Arrangementet, men ogsaa, hvor stor en Sum af det formentlige Laan han vil behøve for at kunne slippe fra Arrangementet uden Tab. Har han f. Eks. i Tillid til, at der var indgaaet et gyldigt Kjøb eller Salg, undladt at indgaa andre Retshandler, der vilde have bragt ham samme Resultat, maa han bevise, at han ellers vilde og kunde have indgaaet en saadan

33 Retshandel. At der altsaa, hvis man kun tillægger Erklæringsmodtageren den negative Kontraktsinteresse, paalægges ham Bevisbyrden for meget, som ifølge sin Natur vanskeligt eller slet ikke kan bevises, og for meget, som han kan have god Grund til ikke at ønske aabenbaret, f. Eks. Tilbud fra eller til andre, er klart. Men hertil kommer den vigtige Omstændighed, at Fordringshaveren, der jo forudsættes at være i god Tro, netop i Kraft af denne sin gode Tro savner al Opfordring til at sikre sig Bevis for de Tab, han maatte lide uden den Eventualitet, som han slet ikke kan have Øje for, at Tilsagnet er ugyldigt. Det maa saaledes erkjendes, at Kravet paa den negative Kontraktsinteresse

²⁹ Jfr. om dette Begrebs Værdi i Almindelighed Munch-Petersen i T. f. R. XI S. 1 ff.

³⁰ Se saaledes f. Eks. D. Entw. Mot. I S. 195, B. G. B. § 122 smh. med §§ 118 og 119, das Schweizerische Obligationenrecht § 23.

³¹ Jfr. herved *min* Afhdl. i T. f. R. I. S. 265 Noten, Hdbg. § 17 ved Note 5.

ingenlunde er egnet til at dække Tilsagnsmottageren mod uforskyldt Tab.

Vi føres saaledes tilbage til *det skarpe Alternativ*: ligesaa lidt som Retsordenen kan erklære Tilsagnet forbindende for Tilsagnsgiveren uden Fare for herved at tilføje ham uforskyldt Tab, ligesaa lidt kan det erklære Tilsagnet for uforbindende uden Fare for at paaføre Tilsagnsmottageren saadant Tab. Spørgsmaalet bør herefter ikke stilles paa, om man af Hensyn til Samhandelens Sikkerhed skal paaføre Tilsagnsgiveren et uforskyldt Tab eller ikke, men den fuldstændige og redelige Spørgsmaalsstilling bliver denne: *hvem af Parterne bør bære det Tab, som i den givne Kollision ikke kan undgaas?*

Staar Sagen saaledes, synes der ikke at kunne være nogen Tvivl om, at Kollisionen, dersom nogen Dadel i Forholdet rammer den ene Part, men ikke den anden, maa løses til Fordel for den dadelfrie Part. Er Tilsagnsmottagerens Opfattelse af Erklæringen uforsigtig, bør han forsaavidt ikke beskyttes, se om den nærmere Udformning af dette Hensyn ndfr. under V. Har paa den anden Side Tilsagnsgiveren forsætligt eller uagtsomt fremkaldt den paagjældende begrundede Tillid hos Erklæringsmottageren, bør Tilsagnsgiveren trods sin Viljesmangel være bunden. At den almindelige Erstatningsregel kun vilde føre til, at han maa være pligtig til at tilsvare den negative Kontraktsinteresse, kan ikke være til Hinder for, under det skarpe Alternativs Tryk, her at tillægge hans Brøde den videregaaende Virkning.

Tilbage staar det Tilfælde,³² at Intet kan bebrejdes Tilsagnsgiveren ³⁴ i Henseende til Vækkelsen af den paagjældende Tillid hos Erklæringsmottageren. Der er vel nok Adskillige, som ville mene, at materielle Retfærdighedshensyn vel kunne tale for, at Tilsagnsgiveren er bunden, naar nogen Uforsigtighed falder ham til Last,³³ men at Grænsen saa ogsaa maa sættes her, og at Retsregelen følgelig maa blive den, at Tilsagnet er gyldigt, naar Tilsagnsgiveren uagtsomt har fremkaldt den paagjældende Tillid hos Modparten, men ugyldigt, naar intet i saa Henseende kan bebrejdes ham. Men selv om man gav den Tankegang Medhold, at det af materielle Retfærdighedsgrunde fra Retsordenens

³² Om det Tilfælde, at der er Fejl paa begge Sider, se ndfr. S. 291 Note 41.

³³ Jfr. f. Eks. Platou S. 87—88.

Side bør tilstræbes, at den dadelfrie Tilsagnsgiver ikke bindes ved Tilsagnet, kan man ikke komme til en Retsregel som den nysnævnte. Dersom Retsordenen udendvidere vil fastholde den Sætning, at den Tilsagnsgiver, der uden nogen Uforsigtighed er kommen til at give et Tilsagn, som ikke stemmer med hans Vilje, ikke skal være bunden, bliver Regelen om, at den uagtsomme Tilsagnsgiver skal være bunden, ikke effektiv, men Tilsagnsgiveren vil i mange Tilfælde kunne slippe, skjønt han har handlet uforsigtigt. Dette er klart, dersom man vil kræve Bevis fra Tilsagnsmotagerens Side for Uagtsomheden. Men selv om man lægger Bevisbyrden i saa Henseende paa Tilsagnsgiveren, vilde Retsordenen komme til kort med sin Hensigt. Uagtsomhed er ligesom Viljesmangel et indre sjæleligt Moment, som det bliver for farligt at regne med, hvor det gjælder Samhandelens Sikkerhed. Det bliver, idet Talen jo er om Oplysning angaaende indre Kjendsgjerninger hos Tilsagnsgiveren, der vare utilgjængelige for Tilsagnsmotageren, altfor let for Tilsagnsgiveren at skaffe sig Skinnet af en Dadelfrihed, der ikke stemmer med Virkeligheden. Handelshusets Chef, der daglig maa afgive Masser af Underskrifter, kan det ikke bebrejdes, at han uden nøjagtigt Gjennemsyn underskriver de ham af hans paa-lidelige Medhjælpere forelagte Dokumenter. Men har den Medhjælper,
 35 der forelægger ham det paagjældende Dokument, ved flere Lejligheder vist sig upaalidelig i Gjengivelse af Ordre og i Afskrivning, er det uforsigtigt af Chefen at underskrive uden nøjagtigt Gjennemsyn. Hvor let vil det ikke være her at skaffe sig Skinnet af Dadelløshed? En Distraktion, som forvolder en Fejltagelse eller Afsendelse af et andet Svar end tilsigtet, en urigtig Forstaaelse af et Udtryk, som benyttes i Tale eller Skrift, vil kunne være undskyldelig, og det vil ofte ikke falde vanskeligt for Tilsagnsgiveren at fremskaffe Oplysninger, som i saa Henseende giver ham Undskyldighedens Skin.³⁴ Erkjendes det, at Hensynet til Samhandelens Sikkerhed kræver, at Tilsagnet er bindende, naar Uforsigtighed kan forekastes Tilsagnsgiveren, maa altsaa Retsregelen, selv om man mener, at den dadelløse Tilsagnsgiver bør slippe, højst gaa saa vidt til Gunst for Tilsagnsgiveren, at denne slipper, naar han oplyser, at han ikke *kan have* handlet uagtsomt, idet det af

³⁴ Stang S. 43, 125—26.

ham opgivne Tilsagn kun ifølge Omstændigheder, der vare utilgængelige for ham som fornuftig og kyndig Mand, har kunnet vække den paagjældende Tillid hos Modparten. Om nu denne Begrænsning i Beskyttelsen af Tilsagnsmodtagerens gode Tro virkelig bør anerkjendes, kan ikke endeligt afgjøres her. Forinden denne Afgjørelse træffes, maa den anden imod Tillidsteorien fremsatte Hovedindvending nærmere prøves. Men bortset fra Spørgsmaalet om denne Begrænsning og om visse andre Begrænsninger, hvorom i det Følgende, er det nu oplyst, at »Retsfølelsen« i Almindelighed vil være paa Afveje, naar den finder Tillidsteoriens Resultater for ubillige mod Tilsagnsgiveren. Mishagsfølelsen ved Resultatet bør i alt Fald være udelukket, naar Tilsagnsgiveren har handlet uagtsomt, uden at nogen Uforsigtighed kan forekastes den anden Part. Følelsen af Mishag for de Tilfældes Vedkommende, hvor Tilsagnsgiveren antages dadelløs, beror paa, at man, idet man fæster Blikket paa Tilsagnsgiverens Forhold, ikke samtidigt har Hensynet til Tilsagnsmodtageren og til Samhandelssikkerheden i Almindelighed lige saa skarpt for Øje, en Omstændighed, der forøvrigt er meget forklarlig, idet det Tab, der paalægges Tilsagnsgiveren ved at erklære ham bunden trods Viljesmangel, er umiddelbart 36 iøjnefaldende, medens de Tab, der vilde paaføres Modparten og den almindelige Sikkerhed ved den modsatte Regel, ikke saaledes umiddelbart paatrænge sig til Erkjendelse. Hertil kommer, at det under den umiddelbare Betragtning af det enkelte Tilfælde ofte glemmes, at den tilsyneladende Dadelløshed hos Tilsagnsgiveren kun er et Skin, hvilket saa meget mindre burde glemmes, som det virkelige Forhold er det, at der, bortset fra den ovenfor omtalte Begrænsning, saa overmaade ofte vil være begaaet nogen Uforsigtighed fra Tilsagnsgiverens Side, naar hans Tilsagn har været egnet til at fremkalde en fra hans Vilje afvigende Forestilling hos Erklæringsmodtageren. Paa den anden Side maa det ogsaa erindres, at Viljesteorien dog ikke formaar blot tilnærmelsesvis at redde det forønskede Resultat, Udelukkelse af Tilbudets forpligtende Kraft i Tilfælde af Viljesmangel, idet Tilsagnsgiverens Forsøg paa Beviset for denne meget ofte, uanset at den virkelig foreligger, kan mislykkes.

IV. Den anden Hovedindvending imod Tillidsteorien støtter sig paa

Lovgrunden for Regelen om Retshandlers bindende Kraft. Det er utvivlsomt, at Retsordenens Motiv for den Retssætning, at Retshandelen skaber Ret, er det at sætte de Private i Stand til at ordne deres Retsforhold, som de ville (*de Privates Autonomi*). Heraf er ofte draget den Slutning, at Retsregelen altsaa maa blive den: Hvad Du vil og erklærer at ville, det sker! Naar der mangler en til det erklærede svarende Vilje hos den erklærende, passer *Lovgrunden* formentlig ikke. Viljemangelen maa altsaa udelukke Retshandelens Gyldighed ³⁵.

Jeg har andetsteds ³⁶ oplyst, at denne Slutning, der lyder saa sikker, er forhastet. *Lovgrunden* kan afføde en saadan Retsregel og bør med Hensyn til visse Arter af Retshandler gøre det (saaledes Testamenter og andre *dispositiones mortis causa*). Men *Lovgrunden* kan ogsaa føre til en ganske anden Retsregel. Hvad saaledes formueretlige Tilsagn angaar, kan *Lovgrunden* ogsaa føre til en Regel, der lyder som ³⁷ saa: *Ved Tilsagn kunne I skabe de Retsforhold, I ville, men hvad I tilsige en Anden, det sker, selv om I ikke have villet det saaledes, thi der maa for Samhandelens Sikkerheds Skyld kunne stoles paa Tilsagn!* Lovgivningens Motiv for den Retsregel, at Tilsagn forbinde, kan med andre Ord lige saa godt føre til en Tillidstheori som til en Viljestheori. Spørgsmaalet, om Retsordenen bør vælge den første eller sidste, er drøftet ovfr. under II og III og besvaret til Gunst for Tillidstheoriene. Men til nærmere Bestemmelse af Tillidstheoriernes Rækkevidde skulle de her betragtes noget nærmere i deres Forhold til *Lovgrunden*.

Set i Forhold til sin *Lovgrund* betyder Retsregelen om Tilsagns forpligtende Kraft dette, at Retsordenen forsyner de Private med et Middel (Tilsagnet, Løftet), hvorved de sættes i Stand til at hidføre de af dem forønskede Retsforhold. Dette Middel kan i store Træk — en nærmere Bestemmelse af Tilsagnsbegrebet hører ikke ind under den foreliggende Drøftelse — betegnes som en Meddelelse til en anden, ³⁷ der er egnet til hos denne at vække den Forestilling, der korresponde-

³⁵ Saaledes f. Eks. endnu D. Entw. Mot. I S. 190, 126.

³⁶ Hdbg. § 8.

³⁷ Der bortses her fra de saakaldte stiltiende Tilsagn, som ikke i og for sig i denne *Sammenhæng* give Anledning til særlige Bemærkninger, jfr. Hdbg. § 25 ved Note 14.

rer med Tilsagnsgiverens Retshandelsvilje. Det Middel, der saaledes anvises A., naar han ønsker at træde i et vist Retsforhold til B., er de Handlinger, som under samtlige foreliggende Omstændigheder ere egnede til hos B. at fremkalde den Forestilling, at A. derved overfor ham træffer en Disposition — ikke blot foretager en Enuntiation³⁸ — af det tilsigtede Indhold. Til Retsfølgen X svare saaledes Handlingerne (Tilsagnet) x; til Retsfølgen Y Tilsagnet y. Det regelmæssige vil naturligvis være, at Handlingerne x netop kun foretages af A., naar han overfor B. tilsigter Retsfølgen X. Men den Mulighed er jo tilstede og bliver ikke saa sjælden til Virkelighed, at A. — ordentligvis ifølge en eller anden Fejltagelse — foretager Handlingerne x uden at tilsigte Retsfølgen X. Om nu Retsordenen i saadanne Tilfælde desuagtet bør lade den normale Retsfølge af Handlingen x, nemlig Retsfølgen X indtræde, er det Spørgsmaal, som i det Foregaaende i sin³⁸ Almindelighed er blevet besvaret bekræftende under Henviisning til Kravet paa Samhandelens Sikkerhed. Men ved at betragte Spørgsmaalet direkte i Forhold til Lovgrunden vindes fastere Holdepunkter for det vundne Resultats nærmere Bestemmelse. Dette vil navnlig vise sig nedenfor under V. ved den nærmere Undersøgelse af Erklæringsmodtagerens gode Tro som Betingelse for Tilsagnsgiverens Bundethed. Men allerede her bliver det at mærke, at Rigtigheden af den ovfr. S. 287 omtalte Begrænsning af Beskyttelsen for Erklæringsmodtagerens gode Tro, der indtil videre henstilledes til nærmere Overvejelse, her vinder Bekræftelse. I Belysning af Lovgrunden viser Grundlaget for Tilsagnsgiveren sig nemlig at være Tilsidesættelse af en Advarsel mod Brugen af det til en vis Retsfølges Opnaaelse anviste Middel, naar denne Retsfølge ikke tilsigtes. Hvad enten man nu som denne Advarsels Motiv tænker sig de tidligere drøftede Hensyn til Erklæringsmodtageren og til Samhandelens Sikkerhed i Almindelighed, eller man opfatter den som en præventiv Opfordring til at drage Omsorg for, at fejlagtig Brug af det anviste Middel ikke finder Sted, synes det klart, at Advarselen retter sig imod og kun imod den uforsigtige Brug af Tilsagnet uden tilsvarende Retshandelsvilje. Heraf følger, at Tilsagnet trods Viljesmangel maa være forpligtende, naar

³⁸ Hdbg. § 10 ved Note 1.

Tilsagnsgiveren uforsigtigt har fremkaldt den paagjældende Tillid hos Erklæringsmodtageren. Som tidligere S. 285—86 paavist, vil dette nu ganske vist ikke opnaas, medmindre Retsregelen formuleres saaledes, at Erklæringsgiveren kun kan slippe ved at oplyse, at han ikke *har kunnet* handle uagtsomt, idet de af ham foretagne Handlingers Egnethed til at vække den paagjældende Tillid hos Erklæringsmodtageren skyldes Omstændigheder, der vare ukjendelige for ham som fornuftig og kyndig Mand. Men paa den anden Side er det nu ogsaa oplyst, at Grænsen maa sættes her, og at Erklæringen maa være uforbindende, naar saadanne Oplysninger ere tilvejebragte,³⁹ thi under saadanne Omstændigheder er Advarselen mod at afgive det paagjældende Tilsagn hensigtsløs.

- ³⁹ V. Tilbage af Begrundelsen af mine Retsregler staar nu kun, hvad der vedrører den nærmere Bestemmelse af *den gode Tro hos Tilsagnsmodtageren*, som beskyttes uanset Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren. At Tilsagnsmodtageren ikke har noget Krav paa Retsbeskyttelse, for saa vidt han kjendte Viljesmangelen, vil man være enig om. At der ikke fra Tilsagnsmodtagerens Side kan fordres direkte Bevis for den indre sjælelige Kjendsgjerning god Tro, er selvfølgelig, der kan kun være Tale om at kræve, at han oplyser ydre Kjendsgjærninger, som tilstrækkeligt støtte hans Paastand om god Tro.⁴⁰ Til Besvarelsen af, hvad der i saa Henseende nærmere maa fordres, er Stoffet givet i det Foregaaende. Det Hensyn, som kræver, at han kan paaberaabe

³⁹ Saaledes Hdbg. § 17 ved Note 11, § 25 ved Note 14 a, § 39 Note 5, jfr. nærmere ndfr. S. 298—301. At jeg opstiller denne Begrænsning for Beskyttelsen af Erklæringsmodtagerens gode Tro, har Hagerup overset ved sin Kritik, hvorfor han bl. a. S. 44 nederst tillægger mig en Afgjørelse af et Retstilfælde, som min Theori netop vilde fornægte, se nærmere nedenfor S. 314. At Begrænsningen ikke, som Platou S. 81 paastaar, er »vilkaarlig«, oplyses formentlig tilstrækkeligt ved det udviklede.

⁴⁰ Der kan følgelig ikke opstilles noget fuldstændigt Værn imod den af N. Lassen i U. f. R. 1893 S. 269 omtalte Mulighed, at Tilsagnsmodtageren skaffer sig et falsk Skin af god Tro; Fordringen om absolut Udelukkelse af saadan Mulighed vilde her som paa andre Omraader være det samme som at udelukke Begrebet god Tro fra Anvendelse. Men Fordringen om Oplysning af Kjendsgjærninger, der retfærdiggjøre den af Tilsagnsmodtageren paaberaabte gode Tro, maa stilles saa stræng som muligt, se Teksten.

sig Tilsagnet uanset Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren, er Hensynet til Samhandelens Sikkerhed. Og dette Hensyn kan ikke føre til Beskyttelse af den hos ham ved Tilsagnet vakte Tillid, med mindre denne Tillid er begrundet. Enhver Uagtsomhed fra hans Side ved Opfattelsen af Tilsagnet maa i Almindelighed ⁴¹ blive til hans Skade, se ovfr. S. 285—86. Men at lade det komme an paa den konkrete Uagtsomhed, gaar lige saa lidt an, som hvor der rejses Spørgsmaal om Uagtsomhed fra Tilsagnsgiverens Side, se ovfr. S. 285. Sætningen, at den Tillid, som Erklæringsmodtageren uagtsomt har knyttet til et Tilsagn, ikke bør beskyttes, bliver ikke effektiv, med mindre man som almindelig Regel udelukker Retsbeskyttelse for ham, naar han som ⁴⁰ fornuftig og kyndig Mand burde have kjendt Viljesmangelen eller dog næret Tvivl i saa Henseende.⁴² Individuelle Abnormiteter hos ham i Opfattelsesevne bør ikke komme i Betragtning, selv om de ere undskyldelige, med mindre de have været saaledes tilgængelige for Tilsagnsgiveren, at denne burde paaagte dem. Endvidere følger det af Tillidsteoriens Begrundelse ved Henviſning til Samhandelssikkerhedens Krav, at det ikke er tilstrækkeligt, at der foreligger en Erklæring, som hos Erklæringsmodtageren har vakt en begrundet Forestilling om, at den Erklærende havde en Vilje af det paastaaede Indhold. Navnlig ved det under IV udviklede er det oplyst, at der maa foreligge et Tilsagn : en Erklæring, som giver Erklæringsmodtageren Føje til at antage, at den Erklærende derved træffer en Disposition af det paagjældende Indhold overfor ham.

Det overfor udviklede har jeg her og oftere i det foregaaende udtrykt saaledes, at Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren udelukker Tilsagnets forbindende Kraft, naar den var kjendt af eller kjendelig for Tilsagnsmodtageren. Det bør dog bemærkes, at denne Udtryksmaade maaske egentlig er urigtig. Om der, naar Erklæringen ikke var egnet til hos Erklæringsmodtageren at vække den af ham paastaaede Til-

⁴¹ Ligesom man dog sikkert maa antage, at Uagtsomhed fra Erklæringsmodtagerens Side i Opfattelsen af Erklæringen ikke kan paaberaabes af Tilsagnsgiveren, naar denne forsætligt (*reservatio mentalis* — Spøg) har fremkaldt den paagjældende Tillid, se Hdbg. § 17 Note 16, vil man muligvis antage noget lignende i Tilfælde af grov Uagtsomhed fra Tilsagnsgiverens Side.

⁴² Hdbg. § 17 ved Note 15 og 10, § 39 ved Note 3.

lid, virkelig hos Tilsagnsgiveren foreligger Vilje til den paastaede Retsfølge, er maaske retligt irrelevant.⁴³ Det er i saa Fald ikke lykkedes Tilsagnsgiveren at give sin Vilje det af Retsordenen krævede Udtryk, jvfr. ovfr. under IV. Hvad der udelukker Retsvirkning, naar Erklæringsmodtageren ikke var i begrundet Tro ved Erklæringens Modtagelse, bliver saaledes ikke en Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren, men simpelthen den Omstændighed, at den Erklærende ikke har afgivet den Erklæring, hvortil Retsordenen knytter den paagjældende Retsfølge. Megen praktisk Betydning har det her bemærkede naturligvis ikke. Det vil overmaade sjældent forekomme, at en Erklæring, der svarer til den Erklærendes Vilje, faktisk vækker en hertil korrespon-

41 derende Forestilling hos Erklæringsmodtageren, medmindre den virkelig er egnet hertil. Den kan, vel at mærke, meget vel være egnet hertil, selv om den, isoleret betragtet, efter almindelige Sproglove ikke er det, nemlig ifølge de individuelle Omstændigheder, hvorunder den afgives og modtages. Disse kunne endog medføre, at et Nej fra Tilsagnsgiverens Side med god Grund af Erklæringsmodtageren kan opfattes som et Ja. Snarere kan det forekomme, at Erklæringsmodtageren bagefter erfarer, at Tilsagnsgiveren med sin Erklæring mente noget andet, end hvad der ved dens Modtagelse maatte antages. Man kan f. Eks. tænke sig det Tilfælde, at A., der vakler imellem at akceptere et Tilbud eller ikke at akceptere det uden i hvert Fald med visse Modifikationer, affatter to Svarskrivelser, en Akcept og et Afslag med et nyt Tilbud, at han endelig beslutter sig til at afsende Akcepten, og at han saa af en Fejltagelse underskriver og afsender Afslaget. Efter at han bagefter er kommen til det Resultat, at han heller burde have afslaaet, men forinden han endnu har opdaget sin Fejltagelse, tilskriver han B., at han fortryder sin Akcept og anmoder om dens Annulation. Skulde nu B., der herved kommer til Kundskab om, at det af A. med Afslagets Afsendelse virkelig tilsigtede var Akcept, kunne fastholde A. som Akceptant? Dette vil vistnok Ingen antage; selv fra Viljestheoriens Side vil det blive erkjendt, at der til Retsfølgens Indtrædelse udkræves en Vilje og dennes Erklæring, og at den fornødne Erklæring her mangler. Men hvorfor skulde Sagen da stille

⁴³ Jfr. herved *min* Afhdl. i T. f. R. VIII S. 290—91, Noten.

sig anderledes, fordi B. ved Svarets Ankomst, f. Eks. ifølge Fejl-læsning, har opfattet det som en Akcept? En anden Sag er det, som sagt, at der kan foreligge Omstændigheder, som beføjede B. til at antage, at der med Svaret var ment noget Andet, end hvad dets Ord efter almindelige Sprogeregler tilsige. I saa Fald mangler den fornødne Erklæring ikke; Tilsagnsgiveren har her netop valgt en Meddelelse, som under de foreliggende særlige Omstændigheder var det rette Mid- del, uagtet det efter almindelige Sprogeregler ikke vilde være det.⁴⁴

VI. Med det under II—V udviklede er den nærmere Begrundelse ⁴² af mine i Haandbogen opstillede Retssætninger afsluttet. Begrundel- sen var i Haandbogen kun, under Henvisning til mine Forgængere,⁴⁵ kortelig given saaledes, at det praktiske Retsliv trænger til Anerkjen- delsen af den Sætning, at der kan stoles paa Løfter, og at Viljes- teorien vilde prisgive den fornødne Sikkerhed i Samhandelen. Jeg har nu oplyst, hvad der efter min Opfattelse nærmere ligger i disse Paastande.

Udviklingens Resultater, de allerede i min Haandbog opstillede en- kelte Retssætninger, der nærmere skulle fremstilles i næste Paragraf, udvise, at det — bortset fra faktisk Kjendskab hos Tilsagnsmotageren til Tilsagnsgiverens Viljesmangel — kun er ydre iagttagelige Kjends- gjerninger, som blive relevante for de foreliggende Spørgsmaals Af- gjørelse. Tilsagnsmotageren har at oplyse et ham af den anden Part givet Tilsagn, som er egnet til hos ham at vække den med hans under Sagen nedlagte Paastand kongruerende Forestilling; selve denne Fore- stillings eller gode Tros Eksistens har han ikke at oplyse. Tilsagns- giveren kan paa den anden Side — bortset fra Oplysning om, at Mod- parten har kjendt hans Viljesmangel — kun slippe ved at oplyse, at hvad han har foretaget, ikke var eller dog ifølge de foreliggende Om- stændigheder ikke af ham som fornuftig Mand kunde beregnes at være egnet til at vække den paagjældende Forestilling hos Modparten. Saadan Oplysning er paa den anden Side ogsaa tilstrækkelig; Paa- beraabelse af Viljesmangel er i og for sig ufornøden, men kan være

⁴⁴ Jfr. herved Bemærkninger hos Stang S. 95 om Proformaretshandler og ndfr. S. 318 ved Note 148.

⁴⁵ Navnlig Hdbg. § 8 Note 1.

et naturligt Udgangspunkt i Bestræbelserne for at fremskaffe den fra hans Side fornødne Oplysning.

Det kan herefter kun virke noget overraskende, naar *Hagerup* S. 47 udtaler, at hele min Retshandelstheori er opbygget »ikke paa Realiteter, men paa Forestillinger«. Gaaden forklares ved, at *Hagerups* Kritik her vender sig, ikke imod min Theori, som den er, men mod min Theori, som den efter *Hagerups* Opfattelse burde være, dersom jeg havde været konsekvent. At en saadan Fremgangsmaade fører Kritikerens ind paa Slag i Luften, er uundgaaeligt; herom nærmere i det Følgende S. 312 ff.

Retsreglerne.

Efter at der i § 3 er givet den nærmere Begrundelse af de i min Haandbog som den danske Rets opførte Regler om Emnet, skal hver for sig af disse her gennemgaas, hvorhos det skal undersøges, hvorvidt der bør opstilles visse Undtagelser fra den almindelige Hovedregel ud over de i min Haandbog opstillede.

I. *Naar den af en Tilsagnsmodtager fremsatte Paastand stemmer med, hvad han med Føje, ifølge Tilsagnet og de Omstændigheder, hvorunder det afgives, antager for villet af Tilsagnsgiveren, kommer Viljesmangel hos denne regelmæssigt ikke i Betragtning.*⁴⁶

Begrundelsen af, at denne Sætning stemmer med Retslivets Tarv, er given i § 3. Endvidere stemmer den med dansk Retspraksis, se straks nedenfor, og, som paavist ovenfor S. 279, maa ogsaa vor Lovgivnings Udgangspunkt antages at være det, at Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren er uden Betydning. Saavidt en Regel overhovedet kan betegnes som *gjældende dansk Ret* uden at have Lovhjemmel, synes altsaa den ovennævnte Regel at have Krav paa denne Betegnelse.

At Regelen stemmer med *dansk Retspraksis*, fremgaar, som allerede ovenfor S. 259 bemærket, iøjnefaldende ved en Sammenligning af Domsgrupperne i § 2. Mod ca. 50 Domme i Gruppen A., som frakjende paaberaabt Viljesmangel Betydning overfor Tilsagnsmodtage-

⁴⁶ Hdbg. § 17, I, § 39 ved Note 3 og 4.

rens gode Tro, staa i Gruppen D. højest 1 à 3, som tillægge Viljesmangelen Betydning i denne Konflikt. Endvidere forudsætte adskillige Domme i Gruppen C., at Viljesmangel er irrelevant overfor god Tro. Mellem Dommene i Gruppen A. er der vel enkelte, som motivere deres Resultat ved, at Tilsagnsgiveren uagtsomt har fremkaldt den gode Tro hos Modparten. Men mangfoldige af Dommene⁴⁷ vise, at Viljesmangelen tilsidesættes, alene fordi Tilsagnet har fremkaldt god Tro hos⁴⁴ Erklæringsmodtageren uden Undersøgelse af, om Tilsagnsgiveren har handlet uagtsomt, se den stadigt tilbagevendende Motivering »da N. N. har været beføjet til at gaa ud fra« o. desl. I Almindelighed angaa Dommene i Gruppen A. Tilfælde, hvor det skyldes en Fejltagelse fra Tilsagnsgiverens Side, at han har afgivet et Tilsagn uden tilsvarende Vilje, dels og hyppigst saaledes, at han har manglet Bevidsthed om Tilsagnets Indhold, men undertiden ogsaa saaledes, at han har den rette Bevidsthed om Tilsagnets Ord, men en urigtig Forestilling om Ordenes Betydning.⁴⁸ Det vil da ogsaa efter det i § 3 udviklede være klart, at der ikke er nogen Grund til at sondre imellem, om Vildfarelsen foreligger paa den ene eller anden af disse Maader.⁴⁹ Om Tilfælde, hvor Tilsagnet trods Viljesmangel er afgivet forsætligt (*reservatio mentalis* — Spøg), findes ingen direkte Retsafgjørelse,⁵⁰ men ligesom det synes klart, at den Retspraksis, der frakjender Viljesmangelen Betydning i Vildfarelsetilfælde, saa meget mere maa gjøre det i disse, er det givet, at den almindelige Begrundelse i § 3 ogsaa omfatter disse Tilfælde.⁵¹

Det ses ofte opstillet, at Tilsagnet dog i alt Fald kun kan være forpligtende, naar Tilsagnsgiveren har været sig bevidst, at han har afgivet en Retshandels-erklæring, altsaa — bortset fra *reservatio men-*

⁴⁷ Se f. Eks. af Højesteretsdommene D. i Schl. II 109 (ovfr. S. 260), H. R. T. 1858. 654 (S. 261), 1887. 633 (U. f. R. 1888. 380, ovfr. S. 262), 1899. 839 (U. f. R. 1890. 364, ovfr. S. 262).

⁴⁸ Se f. Eks. D. i H. R. T. 1893. 546 (U. f. R. 1894. 9) og U. f. R. 1903. 659 (ovfr. S. 262 og 269).

⁴⁹ Hdbg. § 17 ved Note 13, Goos II S. 327, Evaldsen S. 49—50. Motiver til Svensk Forslag (ndfr. S. 298) S. 41.

⁵⁰ Som Retsafgjørelser for *reservatio mentalis* kunde dog maaske nævnes D. i U. f. R. 1882. 949 og 1895. 776 (ovfr. S. 265 og 267).

⁵¹ Hdbg. § 17 ved Note 12, Goos II S. 327, Evaldsen S. 47—48.

tal og Spøg — naar han afgav Tilsagnet med *Retshandelsvilje*.⁵² Fra Viljestheoriens Standpunkt er denne Paastand naturligvis konsekvent. Fra Tillidstheoriens Side vil ogsaa Forholdet i Almindelighed faktisk stille sig saaledes, at et Tilsagn ikke er bindende, naar der
 45 ved Afgivelsen overhovedet manglede Retshandelsvilje, idet der da ofte vil mangle god Tro hos Tilsagnsmotageren, eller navnlig idet den ndfr. under II (S. 299) nævnte Begrænsning for Beskyttelsen af Tilsagnsmotagerens gode Tro her hyppigt vil slaa ind. Men den i § 3 givne Udvikling oplyser, at Retshandelsvilje hos Tilsagnsgiveren i og for sig ikke kan opstilles som Betingelse for Tilsagnets forbindende Kraft, og i denne Retning gaar ogsaa dansk Retspraksis.⁵³ Hvad der kunde anføres for at opstille denne Betingelse, maatte vel være det af *Stang* anførte, at det Krav paa Forsigtighed, der maa stilles i Retslivet, ikke kan stilles til den, der ikke selv ved, at hans Handling ligger indenfor retslige Enemærker.⁵⁴ Men ligesom denne Betragtning dog ikke just fører til Fordringen om Retshandelsvilje, er den heller ikke i sig holdbar. Fordringen om kvalificeret Forsigtighed bør ogsaa stilles til den, der ikke ser, men burde se, at hans Handling »ligger indenfor retslige Enemærker«, og erkjendes først dette, er man ganske inde under det ovenfor S. 285 ff. anførte. Paastanden om Retshandelsvilje som Betingelse for Tilsagnets bindende Kraft er kun en Levning af det romanistiske Viljesdogme, som maa falde med dette; Korrektivet mod de urigtige Resultater, som der sigtes paa ved denne Paastand, maa søges i den ndfr. under II (S. 299) angivne Retssætning.

Hvad *dansk Retsliteratur* angaar, udtale forskellige Forfattere før Ørsted sig fra den romerske Viljestheoris Standpunkt.⁵⁵ Ørsted derimod slutter sig til den her opstillede Retssætning, at Viljesmangel

⁵² Hagerup S. 54, Gjelsvik S. 20, jfr. S. 90 (det af G. S. 20 nævnte familieretlige Eksempel beviser i hvert Fald ikke noget for formueretlige Tilsagns Vedkommende).

⁵³ D. i H. R. T. 1858. 654 (ovfr. S. 261), J. U. 1863. 47 (ovfr. S. 263), U. f. R. 1885. 540 (ovfr. S. 266) og maaske H. R. T. 1902. 376 (U. f. R. 1902 B. 272) (ovfr. S. 263).

⁵⁴ *Stang* S. 18—19.

⁵⁵ Hdbg. § 17 Note 6.

regelmæssigt ikke kan komme i Betragtning overfor Tilsagnsmodtagerens gode Tro.⁵⁶ Han følges i saa Henseende i Almindelighed af Forfatterne ned til vor Tid.⁵⁷ Senere Forfattere, som anerkjende Retsætningen, ere *Matzen*,⁵⁸ *Torp*,⁵⁹ *Evaldsen*,⁶⁰ *C. Thomsen*⁶¹ samt vistnok *Bentzon*.⁶² *N. Lassen*⁶³ og *Munch-Petersen*⁶⁴ hælde i det hele til Sætningen, men tage dog Forbehold, som muligvis gaa videre end de »Undtagelser« fra den almindelige Regel, der nedenfor opstilles. Udtalelser i dansk Retsliteratur *mod* den Sætning, at Viljesmangelen i Almindelighed er uden Betydning overfor Tilsagnsmodtagerens gode Tro, ere mig ikke bekjendte.

Blandt *norske Forfattere* fra senere Tid forholder *Aubert*⁶⁵ sig tvivlende, medens *G. W. Gram*⁶⁶ og *Fr. Stang*⁶⁷ slutte sig til Sætningen. Imod den stille sig *Hagerup*,⁶⁸ *Gjelsvik*⁶⁹ og *Platou*,⁷⁰ der

⁵⁶ Se navnlig N. j. A. XXIII S. 130—132, Haandbog V. S. 102—103, J. T. XIV. 2. S. 245—250 og Oversigten hos Øllgaard: Anders Sandøe Ørstedes Betydning II. S. 257—259. Vel kan der nu og da hos Ørsted — som ogsaa hos nyere Tidens Forfattere, der staa paa en Tillidstheoris Standpunkt — hvor der ikke tænkes just paa det foreliggende Spørgsmaal, paavises Udtalelser, som have brugt Viljætheoriens traditionelle tilvante Vendinger, se f. Eks. Formularbogen S. 36 (6te Udg. S. 18), hvor der forøvrigt netop henvises til de ovennævnte Udtalelser i Haandbogen, og Eunomia IV S. 9, jfr. Platou S. 71—72. At der ved Udtalelser som sidstnævnte slet ikke sigtes paa det foreliggende Spørgsmaal, kan f. Eks. ses af Ørstedes Note i A. f. R. V. S. 201.

⁵⁷ Hdbg. § 17 Note 6.

⁵⁸ Matzen Den danske Tingsret, 2den Udg. S. 191.

⁵⁹ Torp Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del, 2den Udg. S. 43—44.

⁶⁰ Evaldsen S. 47—52.

⁶¹ T. f. R. XIII. S. 273 Noten.

⁶² Bentzon S. 98, 119, U. f. R. 1893 S. 111; om den »dogmatiske« Divergens mellem B. og mig se senere i § 6.

⁶³ U. f. R. 1893 S. 270. Om denne Forfs. Udtalelse »som Dommer forbeholder jeg mig i enhver Henseende frie Hænder«, se ndfr. S. 306.

⁶⁴ Munch-Petersen Den borgerlige Ret, 2den Udg. S. 182.

⁶⁵ Aubert Obligationsrettens almindelige Del S. 104.

⁶⁶ Nordisk Retsencyklopædi II. Den nordiske Obligationsrets almindelige Del S. 30.

⁶⁷ Stang § 14, Forelæsninger S. 280—282.

⁶⁸ Hagerup S. 50—55.

⁶⁹ Gjelsvik navnlig S. 79, 80 ff., 122—123.

⁷⁰ Platou S. 87—90.

dog, om de end dogmatisk stille sig paa en Viljestheoris Standpunkt, alle vedkjende sig væsentlige Modifikationer af Viljestheorien i dens romerrettlige Skikkelse. *Norsk Retspraksis* synes efter de derom givne Oversigter⁷¹ i Almindelighed at slutte sig til Sætningen, men dog ikke saa konsekvent som den danske. Opfattelsen Mand og Mand imellem synes i Norge, saa vidt jeg har kunnet opspore, at være den
47 samme som den danske. Viljestheoriens Tankegang findes vistnok kun hos Jurister. Herom skal jeg dog selvfølgelig ikke udtale mig med nogen Sikkerhed.

I *Sverige* synes den almindelige Opfattelse med samme Styrke som i Danmark at slutte sig til Sætningen, at Viljesmangel bør være uden Betydning overfor Tilsagnsmotagerens gode Tro. Dette udtales af *Schrevelius*⁷² og *Nordling*,⁷³ medens *Winroth*⁷⁴ udtaler sig med noget Forbehold. Tilslutningen til Sætningen fremgaar navnlig af Forarbejderne til Förslag till Lag om Köp och Byte (1895). Nya Lagberedningen har her, efter at det i Forslagets § 13 er bestemt, at Tilsagnsgiveren i Almindelighed ikke hæfter for Forvanskninger af Tilsagnet under dets Befordring, i § 14 udtalt »I andra fall än hvarom i 13 § stadgas, skall anbud eller svar, som kommit at innehålla annat än åsyftadt var, ändock gälla, då den, som anbudet eller svaret mottog, var i god tro«. Bestemmelsen motiveres ved: »Med en motsatt regel skulle samfärdselns trygghet i väsentlig mån äfventyras, eftersom ingen vid mottagandet af ett anbud eller ett svar kunde vara viss, at ej anbudet eller svaret komme att på grund af verklig eller föregifven villfarelse ryggas«. Under Forslagets Granskning i Högsta Domstolen sluttede 4 af de 5 Delegerede sig til den ovenanførte § 14. — For *finsk Rets* Vedkommende forsvarer *Serlachius* Viljestheorien paa sædvanlig romanistisk Vis.⁷⁵

Den her omtalte Sætning, at Viljesmangel *regelmæssigt* ikke kommer i Betragtning overfor Tilsagnsmotagerens gode Tro, er utvivlsomt

⁷¹ Stang S. 5—8, Forelæsning S. 280—281. T. f. R. XIV. S. 210—211.

⁷² Schrevelius Lärobok i Civil-Rätt, 3die Opl. I. S. 153.

⁷³ Nordling S. 224, 183. Til Nordling slutter sig vistnok Reuterskiöld Om Aftal S. 10.

⁷⁴ Winroth Strödda Uppsatser I. S. 12—15.

⁷⁵ Serlachius Till läran om rättsärendet S. 13—16.

Udtryk for en Tillidstheori; den er endda Udtryk for en udpræget Form af Tillidstheoriene i deres Modsætning til Viljestheoriene, jfr. ndfr. S. 315 ff. Det kan herefter fastslaas, at *skandinavisk Retsanskuelse i Almindelighed*, i Modsætning til Romerretten og de fleste paa dens Grundlag opbyggede Retsforfatninger, vedkjender sig *en Tillidstheori*.

II. *Hvad der kun ifølge Omstændigheder, der i Erklæringens Øjeblik vare ukjendelige for Erklæringens Afgiver som fornuftig og kyn-* 48 *dig Mand, af dens Modtager kan indlægges i Erklæringen som villet af Afgiveren, er ikke bindende for denne.*⁷⁶

Om denne Retssætning, der er søgt begrundet ovenfor, navnlig S. 289, jfr. 286, bør opstilles som en Undtagelse fra Retssætningen I eller som en jævnsides med denne løbende Regel, der nærmere bestemmer *Tilsagnets Begreb*, er et Spørgsmaal, som vel kun har terminologisk Interesse. Besvarelsen afhænger af, om man ved et Tilsagn fra A. til B. om Ydelsen X vil forstaa: a) en Erklæring fra A., som under de givne Forhold er eller bliver egnet til at vække Forestillingen hos B. om en Disposition fra A.'s Side over Ydelsen X. til Fordel for B., *selv om dette var ukjendeligt* og uberegneligt for A. som fornuftig Mand, *eller* b) en Erklæring fra A., som under de givne Forhold, *uden at det skyldes saadanne ukjendelige eller uberegnelige Omstændigheder*, er egnet til at fremkalde den nævnte Forestilling hos B. I min Haandbog har jeg fulgt den sidstnævnte Forstaaelse. Og i Overensstemmelse hermed har jeg opstillet det som nødvendigt for Tilsagnets Begreb, at Erklæringsafgiveren objektivt er Aarsag til Erklæringsmodtagerens gode Tro : at Erklæringen *uden Tilstød af noget uberegneligt* har fremkaldt den paagjældende gode Tro hos Modparten.⁷⁷

Sætningens praktiske Betydning træder navnlig frem, naar Retshandel afsluttes mellem Fraværende. Det følger da allerede af denne Sætning, hvad der ogsaa staar fast i dansk Retspraksis, at Forvanskningen af et Tilsagn efter dets Afgivelse, f. Eks. derved at Budet overskrider sin Ordre, i Almindelighed ikke gaar ud over Afgiveren, selv

⁷⁶ Hdbg. § 17 ved Note 11, § 25 ved Note 14 a, § 39 ved Note 5.

⁷⁷ Hdbg. § 17 omkring Note, 9, jfr. § 28 ved Note 4, Goos I S. 331—332.

om Modtageren er i en nok saa begrundet god Tro.⁷⁸ Men navnlig
 49 skal her Sætningens Betydning fremhæves for det Tilfælde, at der
 paa et under Befordringen forvansket Tilbud afgives Akcept alene med
 en bekræftende Erklæring (»ja« — »akcepteret«) uden Gjentakelse
 af Tilbudets Indhold, som det forelaa for Akceptanten. Afsenderen
 af Tilbudet vil her have al Grund til at opfatte Svaret som en Akcept
 af det af ham afsendte Tilbud. Men det er paa den anden Side ube-
 regneligt for Akceptanten, der er ubekjendt med Forvanskningen, at
 det vil blive opfattet, som det med Føje opfattes af Tilbyderen, og
 dennes gode Tro kan derfor ikke beskyttes. I denne Anvendelse er
 Sætningen bleven anerkjendt af *dansk Retspraksis*⁷⁹ og af *Grosserer-*
Societetet.⁸⁰ Ogsaa det ovenfor S. 298 omtalte svenske Lovforslag er
 bygget paa Sætningen i denne Anvendelse, se Forslagets Motiver
 S. 42. I anden Anvendelse er Sætningen maaske forudsat eller aner-
 kjendt af et Par danske Domme.⁸¹

III. *For saa vidt Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren var kjendt af Tilsagnsmodtageren eller kjendelig for ham som fornuftig og kyndig Mand, saa at han i alt Fald burde være i Tvivl, kan han ikke støtte Ret paa Tilsagnet.*⁸² Denne Retssætning, hvorved dog bl. a. Reglerne

⁷⁸ Hdbg. § 23. III. 1. Dette Spørgsmaal, hvorvidt man bindes ved sit Bud eller sin Fuldmægtigs Overskridelse af den givne Ordre, naar man ikke har givet sin Bemyndigelse særlig Tilværelse overfor Medkontrahenten, kan ikke optages til Drøftelse her. Der kommer her særlige Hensyn frem, *dels* saadanne, som yderligere tale for, at man ikke bindes ved Overskridelsen, se Udviklingerne paa det anførte Sted i Hdbg. og herimod Hagerup S. 46—47, jfr. herom ndfr. S. 315, *dels* Hensyn, som veje i modsat Retning, se Stang S. 129—133, hvis Opfattelse dog findes noget ændret i Forel. S. 173—174 og 204—205. Jeg mener i det hele at maatte fastholde mit i Teksten angivne Standpunkt til dette Spørgsmaal, dog at Undtagelser i den af Stang forsvarede Retning muligvis maa anerkjendes, f. Eks. efter Omstændighederne med Hensyn til Forvanskninger ved Befordringen af et Telegram. Herom kan jeg dog ikke nærmere udtale mig paa dette Sted.

⁷⁹ H. R. T. 1894. 555 (U. f. R. 1895, 26, ovfr. S. 276).

⁸⁰ Responsum af 16de Novbr. 1900 (U. f. R. 1901. 338).

⁸¹ Nemlig H. R. T. 1864. 662 (ovfr. S. 276) og U. f. R. 1900. 173 (ovfr. S. 277), der i § 2 ere nævnte sammen med den ovfr. i Note 79 anførte Højesteretsdom under Gruppen D. som de eneste danske Retsafgjørelser, der muligvis tillægge Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren Betydning overfor Modtagerens gode Tro.

⁸² Hdbg. § 17, II, § 39 Note 6, Stang § 11.

om *naturalia negotii* naturligvis underforstaas, er i sine Hovedtræk almindelig erkjendt, og den staar fast i *dansk Retspraksis*, se Dommene i § 2 Gruppen C. At Retsanvendelsen ordentligvis ikke vil lade sig nøje med, at der ikke er konkret Uagtsomhed i Tilsagnsmottagerens Opfattelse, men vil lægge ovennævnte objektive Maalestok til Grund, se ovfr. S. 290—91, synes at fremgaa af Motiveringen i enkelte Retsafgjørelser.⁸³ Om Afbølgelser fra denne almindelige Maalestok, naar Tilsagnsmottagerens særlige Forhold vare kjendelige for Tilsagnsgiveren, jfr. ovfr. S. 291, ses Retsanvendelsen ikke at have udtalt sig.

Den særlige Anvendelse af ovennævnte Retssætning, at *Mottageren af et uklart eller tvetydigt Tilsagn, der maa vække Tvivl, i Almindelighed ikke er beføjet til at fastholde en bestemt af de mulige Forstaaelser*,⁸⁴ er anerkjendt i *dansk Retsanvendelse*, se Dommene i § 2, Gruppe C. 2, dog med Tilbøjelighed til undertiden at give Tilsagnsmottageren Medhold, naar Uklarheden i en skriftlig Kontrakt skyldes Modparten.⁸⁵

Den heromhandlede Sætning er Udtryk for en Svingning bort fra de gamle Retsforfatningers Standpunkt, at Vægten alene lægges paa Erklæringen uden Hensyn til Mangel af god Tro hos Erklæringsmottageren, det Standpunkt, som Bestemmelserne i D. L. (N. L.) 5—1—1 til 5 nærmest gøre Indtryk af, se ovfr. S. 279. Levningerne af denne Fortidens Opfattelse findes vistnok endnu hist og her Mand og Mand imellem med Hensyn til Kontraktsarter, der, som f. Eks. Væddemaal, forekomme saa sjældent, at den gamle Tids Retsopfattelse ikke har fundet sit Korrektiv i Nutidens gennem Retsafgjørelser fastslaaede Opfattelse. Men Retsanvendelsen kan sikkert antages ikke at ville bøje sig for saadanne Levninger af Fortidsopfattelsen.⁸⁶

IV. Spørgsmaalet bliver nu, om der for dansk Rets Vedkommende maa anerkjendes andre *Undtagelser* end den ovenfor under II opførte

⁸³ H. R. T. 1903. 505 (U. f. R. 1904 B. 84, ovfr. S. 272), 1885 402 (U. f. R. 1886. 59, ovfr. S. 272).

⁸⁴ Hdbg. § 17 ved Note 10, Stang S. 34—36, 116.

⁸⁵ D. i U. f. R. 1900. 729 (ovfr. S. 268), jfr. J. U. 1853. 229 (ovfr. S. 274).

⁸⁶ Jfr. herved de i Hdbg. § 128 Note 55 nævnte Retsafgjørelser, navnlig D. i H. R. T. 1879. 327 (U. f. R. 1880. 18), og i øvrigt om Væddemaal ndfr. S. 303

— hvis man vil kalde den en Undtagelse — *fra den ovenfor under I angivne Hovedregel*, at Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren ikke kommer i Betragtning overfor Tilsagnsmodtagerens gode Tro. Der ses i saa Henseende undertiden opstillet den Paastand, at Anerkjendelse af Undtagelser fra Regelen om Viljesmangelens Irrelevans overfor god Tro er en Inkonsekvens eller logisk Modsigelse fra Tillidsteoriernes Side.⁸⁷ Denne Paastand hviler paa en grov Misforstaaelse. Dersom der forekommer Situationer, i hvilke de reale Grunde, hvorpaa den paagjældende Form af Tillidsteoriene er opbygget, ikke medføre den almindelige Løsning af Konflikten, kan der umuligt paastaas at være nogen Inkonsekvens i, at denne Løsning ikke følges i disse Situationer. Den gennem de under I—III opførte Retssætninger udtrykte Tillidsteori hviler paa den Betragtning, at Samhandelens Sikkerhed kræver, at Viljesmomenter hos Tilsagnsgiveren blive uden Betydning overfor Tilsagnsmodtagerens gode Tro. Hvor denne Betragtning ikke passer, bliver det ikke inkonsekvent — men kan muligvis endog kræves som Konsekvens — at der indtræder en anden Løsning end den ved Hovedreglen under I. angivne.

1. Hvad *Gaver* angaar, vejer Hensynet til Samhandelens Sikkerhed ikke stærkt. Den Usikkerhedsfølelse, som vil fremkomme ved at tillægge indre Viljesmomenter hos Tilsagnsgiveren Betydning, vil ikke være af nogen skadelig Indflydelse paa Samhandelen i Almindelighed, naar den kun refererer sig til Gaveretshandler. Heller ikke Hensynet til den konkrete Gavetager vejer saa stærkt, som Hensynet til den konkrete Modpart vejer, naar der er Tale om Retshandler, som ere Erhvervsvirksomhedens naturlige Udslag. Retsfølelsen er altsaa maa-ske ikke paa Vildspor, naar den ved Gaver finder Tillidsteoriens Resultater særligt ubillige.⁸⁸ Ifølge saadanne Betragtninger har jeg tidligere udtalt, at der kan anføres gode Grunde for ved Gaver at følge en Viljestheori, men jeg har antaget, at dette Standpunkt næppe lader sig fastholde overfor positiv dansk Ret, der iøvrigt i vidt Omfang lige-

⁸⁷ Platou S. 83.

⁸⁸ Hagerup S. 49—50, jfr. ovfr. S. 282, N. Lassen i U. f. R. 1893 S. 269, Munch-Petersen Den borgerlige Ret S. 182. Jfr. herved ogsaa D. Entw. Mot. I S. 201.

stiller Gaver med andre Retshandler.⁸⁹ I dansk Retsanvendelse spores 52 der ingen Tilbøjelighed til at stille Gaver paa særegen Maade. Flere Retsafgjørelser anerkjende og forudsætte, at Tilsagnsmodtagerens gode Tro beskyttes trods Viljesmangel, ogsaa naar den gaar ud paa, at der hos Tilsagnsgiveren foreligger Givervilje eller Vilje til anden vederlagsfri Ydelse.⁹⁰ Og der foreligger ingen Retsafgjørelse i modsat Retning.

De ovenstaaende Bemærkninger passe for øvrigt ikke blot paa Gaver, men ogsaa paa andre Tilsagn, der ikke interessere Samhandelen, saa at Utryghedsfølelse indenfor deres Kreds ikke virker skadeligt paa denne Sikkerhed, f. Eks. Væddemaal,⁹¹ o. desl., maaske ved Kjøb for urimelig lav Pris. Indenfor en saadan Ramme kan meget tale for Anerkjendelsen af en Viljestheori, dog saaledes at der tillægges den godtroende Tilsagnsmodtager Krav paa negativ Kontraktsinteresse. Finder man ikke i det ovenanførte om danske Lovgivningsgrundsætninger og dansk Retspraksis nogen Hindring for frit at følge de Regler, der bedst stemme med Forholdenes Natur, maa man vel opstille omtrent samme Undtagelse fra Hovedregelen, som opstilles i Udkastet til en almindelig borgerlig Lovbog for Ungarn (1901). I dette Udkast, der i øvrigt fastholder, at Viljesmangel ikke kommer i Betragtning overfor Tilsagnsmodtagerens gode Tro, udtales det i § 987, at Tilsagnsgiveren dog kan anfægte sin Erklæring paa Grund af væsentlig Vildfarelse, naar der af Erklæringen vilde følge vederlagsfri Fordel eller

⁸⁹ Hdbg. § 77 ved og med Note 50. Saaledes ogsaa for norsk Ret Stang S. 134, jfr. 124. Den mod mig rettede Kritik har i Almindelighed ikke kunnet tage Hensyn til disse mine Udtalelser, der først ere fremkomne i min Haandbogs specielle Del (1897).

⁹⁰ Schl. H. R. D. II. 109 (ovfr. S. 260), J. U. 1864. 942 (ovfr. S. 264) og U. f. R. 1887. 329 ovfr. S. 266 (her forelaa Spørgsmaalet dog ikke rent) samt Forudsætninger i H. R. T. 1857. 675 (ovfr. S. 272) og maaske i H. R. T. 1901. 240 (U. f. R. 1901, 612, ovfr. S. 271), jfr. ogsaa H. R. T. 1881. 25 (U. f. R. 1881. 604 (ovfr. S. 261)). I denne Forbindelse kan ogsaa nævnes, at Overretsdøm i A. f. R. V. 197 (ovfr. S. 271) tilsidesætter Hensynet til Viljesmangel i et Tilfælde, hvor en Gjenstand paastodes at være kjøbt for en Pris, som var urimelig lav (*lesio enormis*), og at denne Doms Forandring i Højesteret skyldtes den Omstændighed, at det paaberaabte Dokument ikke kunde begrunde den af Kjøberen paaberaabte Forstaaelse.

⁹¹ Hdbg. § 128. III. 1. Jfr. forøvrigt om disse ovfr. S. 301.

uforholdsmæssig Vinding for Modparten. Hertil burde dog vel ogsaa føjes Tilsagn, der gaa ud paa Overdragelse af Lotterisedler,⁹² Væddemaal o. desl. Ved Anerkjendelsen af saadanne Undtagelser fra den 53 almindelige Regel bør det dog nøje paases, at man klart holder sig paa den sikre Side, saa at den af en Viljestheoris Anerkjendelse følgende Utryghedsfølelse ikke kan brede sig ud til Tilfælde, hvor Tilsagnet, som det maa stille sig for Tilsagnsmotagerens Opfattelse, gaar ud paa en Retshandel, der hører til dem, som ere Erhvervsvirksomhedens naturlige Udslag.⁹³

2. Det ses jævnlgt paastaaet, at det vilde være ubilligt at nægte Tilsagnsgiveren Beføjelse til at rette sin Erklæring overfor Tilsagnsmotageren med Virkning for denne, naar Rettelsen finder Sted, forinden Tilsagnsmotageren har truffet nogen Foranstaltning i Tillid til Tilsagnet, eller den sker inden rimelig Tid o. desl.⁹⁴ I min Haandbog har jeg i saa Henseende udtalt som givet, at Adgangen til Tilbagetagelse af et Tilsagn maa staa Tilsagnsgiveren aaben, forudsat at den naar frem til Erklæringsmotageren i umiddelbar Sammenhæng med Tilsagnet.⁹⁵ Jeg har derhos udtalt, at det kunde synes at stemme med Billighed, at Tilsagnet kan tilbagetages, saa længe det er givet, at Tilsagnsmotageren endnu ikke kan have truffet Foranstaltninger i Henhold til Løftet, og at det i saa Henseende maatte være ligegyldigt, om Tilsagnet var akcepteret af Modparten. Hertil har jeg føjet den Bemærkning, at en saadan Regel dog maaske vilde skade Retssikkerheden og ikke noget Sted ses at være anerkjendt.⁹⁶ At disse mine Bemærk-

⁹² Munch-Petersen i T. f. R. XI S. 24, jfr. ndfr. Note 97.

⁹³ Jfr. D. Entw. Mot. I S. 201.

⁹⁴ N. Lassen i U. f. R. 1 893 S. 269, Munch Petersen Den borgerlige Ret S. 182, Hagerup S. 54 og et Eksempel S. 49 (jfr. ovfr. S. 282—83), Gjelsvik S. 86, 75, Stang S. 124—125. I denne Forbindelse skal det bemærkes, at Hagerup ved sine Bemærkninger S. 52 om, at der, for at et Løfte efter engelsk Ret skal være forpligtende, maa »fra den anden Side være givet et Vederlag«, har overset, at Vederlagsløftet i en gjensidig Kontrakt er tilstrækkelig *consideration*, uden at noget behøver at være erlagt, se Pollock Principles of Contract 4th ed. S. 175, 7th ed. S. 182, Munch-Petersen Løftet og dets Causa S. 260.

⁹⁵ Hdb. § 10 Note 5.

⁹⁶ Hdbg. § 10 Note 6.

ninger om Adgang til at tilbagekalde Tilsagn, hvis Indhold stemmede med Tilsagnsgiverens Vilje, saa meget mere maatte omfatte Adgang til at rette Tilsagn, afgivne under Vildfarelse, ansaa jeg for selvfølgeligt, og jeg har derfor ikke gjentaget dem i min Fremstilling i Haandbogen af Viljesmangels Betydning. Heraf maa det vel forklares, at disse Bemærkninger ere undgaaede mine Kritikers Opmærksomhed.⁵⁴ Spørges der nu, hvilken Opfattelse min Begrundelse af Tillidstheorien i Hensynet til Samhandelens Sikkerhed maa føre til, bliver det netop den ovenfor nævnte, at *Adgang til Rettelse maa staa Tilsagnsgiveren aaben, saa længe det er givet, at Tilsagnsmotageren endnu ikke kan have truffet Foranstaltninger i Henhold til Tilsagnet*. Min tidligere Tvivl paa dette Punkt kan jeg ikke længere fastholde. Grunden til Beskyttelsen for Tilsagnsmotagerens gode Tro er den, se navnlig ovfr. S. 282—83, at han ellers vilde være udsat for Tab, idet han muligvis har truffet eller har undladt at træffe en eller anden Foranstaltning i Tillid til Løftet. Nu er vel Forholdet det, at Tilsagnsmotageren i saa Henseende maa være fritagen for enhver Bevisbyrde og endvidere for at skulle fremkomme med nogen som helst Redegjørelse for eller blot Paastand om at have truffet eller undladt at træffe Foranstaltninger i Tillid til Tilsagnet, se ovfr. S. 283—84. Men for det Tilfælde, at det af selve den objektive Situation fremgaar, at Muligheden for sligt er udelukket, kan det af mig for min Theori paaberaabte Hensyn til Tilsagnsmotageren og Samhandelens Sikkerhed ikke udelukke Adgang for Tilsagnsgiveren til Rettelse af Tilsagnet. I Begrundelsen ligger, at det maa kræves, at Rettelseserklæringen naar frem til Tilsagnsmotageren, medens den ovennævnte Situation endnu foreligger. Dansk Retsanvendelse har ikke taget Standpunkt til dette Spørgsmaal gennem direkte Retsafgjørelser. Flere Domme berøre vel til Emnet, men indeholde kun usikre Forudsætninger.⁹⁷

⁹⁷ D. i U. f. R. 1900. 760 (ovfr. S. 274) angaar Rettelse af et *uklart* Tilsagn, jfr. ovfr. S. 301. Se endvidere D. i U. f. R. 1899. 737 (ovfr. S. 268), S. og H. R. T. 1868. 137 (ovfr. S. 264). I det af D. i U. f. R. 1882. 432 (ovfr. S. 265) paadømte Tilfælde angaaende en ifølge Vildfarelse udleveret Lotteriseddel synes der forudsat Adgang til Rettelse, saalænge Gevinst ikke er falden paa Sedlen, hvilket formentlig ogsaa vilde være rigtigt ifølge det ovfr. S. 303 bemærkede.

3. D. L. og N. L. 5—1—7 indeholder en Undtagelse af den ovfr. under I opførte Hovedregel for Uskriftkyndiges Vedkommende.⁹⁸ Idet
 55 Regelen forudsætter, at Uskriftkyndigheden er kjendelig for Medkontra-
 henten,⁹⁹ kommer denne Undtagelse ikke i Strid med det Sikkerheds-
 hensyn, hvorpaa den her forsvarede Tillidstheori hviler.¹⁰⁰

4. Spørges der saa videre, om der kan anerkjendes *andre Undtagelser*¹⁰¹ fra den under I opførte Hovedregel end de her under 1—3 nævnte, maa Svaret under Lovgivningens Tavshed afhænge af, om den i det foregaaende givne nærmere Begrundelse af Hovedreglen fører til eller dog tillader flere Undtagelser end disse. I dansk Retsanvendelse ses ikke andre Undtagelser anerkjendte. Navnlig ses der ingen Tilbøjelighed i Praksis til at fingere Mangel af god Tro hos Tilsagnsmotageren for at naa til visse Undtagelser.¹⁰² Jeg bøjer mig paa Forhaand for enhver Undtagelse, der maatte erkjendes at stemme med mine Afvejsler i det foregaaende af de i saa Henseende relevante Hensyn. Og jeg er villig til Forhandling om enhver Undtagelse, der er forenelig med det Krav paa Retssikkerhed for Samhandelen, som jeg har ment at maatte stille. Men jeg tror ikke, at der kan forekomme Situationer, som kræve andre Undtagelser end de nævnte. Det Stof, der er tilvejebragt under den Kritik af Tillidstheorier, som er fremkommet baade i de nordiske Lande og andetsteds,¹⁰³ synes mig ikke at have fremdraget nogen anden Undtagelse, der kan antages. I hvert Fald tør det efter Fortidens Erfaring sikkert forventes, at dansk Retspraksis ikke under Betragtningen af det konkrete foreliggende Rets-tilfælde vil glemme, at man her befinder sig paa et Omraade, hvor Afgjørelsens Betydning rækker stærkt og vidt ud over den enkelte Sag. Blot en enkelt Afgjørelse til den urette Side under Paavirkning af »Billighedshensyn« til Tilsagnsgiveren vil nu til Dags blive bemærket og i vide Kredse vække Spørgsmaalet: Hvem kan nu føle sig sikker

⁹⁸ Hdbg. § 17 I i Slutn.

⁹⁹ Hdbg. § 12 ved Note 17.

¹⁰⁰ Jfr. dog Hagerup S. 45.

¹⁰¹ Der tænkes ikke her paa det Tilfælde, at Modparten har fremkaldt den paagjældende Vildfarelse hos Tilsagnsgiveren, jfr. Hdbg. § 19.

¹⁰² Jfr. Bentzon S. 122.

¹⁰³ Se f. Eks. Oversigten hos Windscheid, 8de Aufl. v. Kipp § 75 Note 1 a.

i en Handel? Det vilde være »en stor Consequence, om saadanne Baginstantzer skulde anses«. ¹⁰⁴

Kun et skal endnu tilføjes. Jeg antager, at man, naar Byrderne for ⁵⁶ en Skyldner ved egentlig Opfyldelse af hans Tilsagn (i Modsætning til Erstatning for Ikke-Opfyldelse) ville være aldeles uforholdsmæssige i Sammenligning med Fordringshaverens Interesse i denne, maa begrænse Fordringshaverens Ret til et Pengekrav paa Opfyldelsesinteressen. ¹⁰⁵ Dersom man ikke mener dette i Almindelighed, forekommer det mig, at man dog i alt Fald bør fastholde denne Sætning for det Tilfælde, at Tilsagnet ikke stemmer med Tilsagnsgiverens Vilje.

§ 5.

Konsekvenskritik.

I. Som allerede ovfr. S. 282 omtalt, er der blevet indvendt mod *min Theori*, at den er *inkonsekvent*. Navnlig har *Hagerup* i vidt Omfang gjort gjældende, at min Lære maa føre til Konsekvenser af saadan Beskaffenhed, at de oplyse dens Uholdbarhed. Overfor den i denne Retning gaaende Kritik befinder jeg mig paa en vis Maade i nogen Forlegenhed, idet dens Adresse ikke altid er mig klar. Jeg er paa flere Punkter i nogen Uvished om, hvorvidt Kritiken vender sig imod mine i Haandbogen givne og i foregaaende Paragraf gjengivne Retssætninger, eller om den retter sig imod den Iklædning, jeg har givet disse ved at karakterisere dem som en Tillidstheori, og mod min Udtalelse, at den danske Rets Princip for Tilsagns forpligtende Kraft er ikke Viljesdogmet, men Principet om Tro og Loves Ubrødelighed, se ovfr. S. 256. Under denne min Uvished, om Kritiken er ment som real i snævrere Forstand, eller om den blot retter sig imod min Terminologi og Dogmatik, ved jeg ingen anden Udvej end at betragte den fra begge disse Sider. I denne Paragraf tages *Kritiken som real*, i den følgende Paragraf skal den betragtes som terminologisk og dogmatisk.

II. Først vender jeg mig da imod den Kritik af min Theori, der støtter sig til Reglerne om kompulsiv Tvang og Umyndighed, og i For- ⁵⁷

¹⁰⁴ Ovfr. S. 260.

¹⁰⁵ Hdbg. § 73 ved Note 6.

bindelse hermed maa jeg omtale de kritiske Udtalelser om min Stilling overfor Tilsagn, givne af Sindssyge.

Hvad kompulsiv *Tvang* angaar, da har jeg i Haandbogen sluttet mig til den Fortolkning af D. L. og N. L. 5—1—4, som gaar ud paa, at det fremtvungne Tilsagn er ugyldigt, selv om Tilsagnsmotageren er i god Tro, f. Eks. naar T. har tvunget A. til at afgive et Tilsagn til den godtroende B.¹⁰⁶ Denne Retssætning paastaas at være i Strid mod Tillidstheorien eller dog en Anomali i Forhold til den og saaledes — idet Sætningen anerkjendes for rigtig — at oplyse min Læres Uholdbarhed.¹⁰⁷ At der nu ikke i Bestemmelsen i D. L. og N. L. 5—1—4, forstaaet som ovenanført, kan findes nogensomhelst Støtte for den Paastand, at Lovbogen skulde tage Parti for en Viljestheori og imod en Tillidstheori, er allerede oplyst ovfr. S. 278. Her bliver at undersøge, om mine Kritikere have Ret i den Paastand, at min Lære konsekvent maa medføre, at det fremtvungne Tilsagn har Gyldighed, naar Tilsagnsmotageren er i god Tro. Allerede den Omstændighed, at Fortidslovgivninger, der erklære Tilsagnet forbindende uanset Viljesmangel, selv om Tilsagnsmotageren ikke er i god Tro, dog erkjende *Tvang* som Ugyldighedsgrund, se ovfr. S. 255, burde nu vistnok have advaret mod Fremsættelsen af denne Paastand. I hver Fald ligger dens Uholdbarhed lige for Dagen. Min Theori hviler paa den Betragtning, at Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren maa sættes ud af Betragtning i Konflikten med Tilsagnsmotagerens gode Tro, fordi Viljesmangelens Egen-
skab som indre sjælelig Kjendsgjerning hos Tilsagnsgiveren gjør det for farligt for Samhandelens Sikkerhed at anerkjende den som Ugyldighedsgrund. *Tvangen* er ikke en saadan indre Kjendsgjerning, men en haandgribelig ydre Begivenhed. Følgelig kan der ikke med nogen Grund paastaas at være nogen Inkonsekvens deri, at *Tvang*, men ikke Viljesmangel anerkjendes som Ugyldighedsgrund. Om der bør tillægges Tilsagnsmotagerens gode Tro Beskyttelse, naar Tilsagnet oplyses
58 at være fremtvunget, er et Spørgsmaal, hvis Besvarelse afhænger af andre Overvejelser end dem, der blive afgørende for det tilsvarende Spørgsmaal om Viljesmangel. De Hensyn, som komme frem ved Af-

¹⁰⁶ Hdbg. § 15 ved Note 3.

¹⁰⁷ Hagerup S. 45, Gjelsvik S. 77, Platou S. 82.

vejelsen af Tvang *contra* god Tro, har jeg anset det uforholdent at drøfte, fordi jeg mener, at Spørgsmaalet er løst af dansk Lovgivning i D. 5—1—4. Jeg mener for øvrigt ogsaa, at Løsningen bør være den, at det fremtvungne Tilsagn er ugyldigt uanset Tilsagnsmottagerens gode Tro.¹⁰⁸ Men naar *Platou* mener, at dette Resultat er selvsagt ifølge Viljestheorien,¹⁰⁹ aabenbarer han herved netop en af Viljestheoriens Svagheder, Deduktion fra Viljesdogmet uden Overvejelse af de for og imod talende reale Hensyn. At Resultatet ikke er selvsagt, viser sig praktisk deri, at adskillige Retsforfatninger tillægge Erklæringsmottagerens gode Tro Sejren i Konflikten.¹¹⁰ Og ikke en Gang logisk er Deduktionen fra Viljesdogmet strængt taget rigtig; den tvungnes Tilsagn stemmede netop med hans Vilje i Tilsagnets Øjeblik: *coactus tamen voluit*.

Paa lignende Maade som med Hensyn til Reglerne om Tvang paa-
staas det endvidere, at *Umyndighedsreglerne* oplyse Uholdbarheden af min Lære, der formenes at maatte føre til den mod Lovgivningen stridende Konsekvens, at den Umyndige skulde være bunden ved sit Tilsagn, naar Tilsagnsmottageren var i god Tro.¹¹¹ Herimod kunde jeg, for saa vidt der er Tale om saadan Umyndighed, som er knyttet til ydre faste Kriterier, navnlig Umyndighed paa Grund af ung Alder, nøjes med en Henviisning til, hvad jeg har bemærket om Tvang. Min Lære, der er bygget paa Overvejelsen af, hvor farligt det er for Samhandelens Sikkerhed, at der tages Hensyn til en saadan indre sjælelig Kjendsgjærning som Tilsagnsgiverens konkrete Vilje, kan ikke føre til den Konsekvens, at ogsaa ydre Kjendsgjærninger maa være irrelevante 59 i Konflikt med Tilsagnsmottagerens gode Tro. For saa vidt er Sagen klar nok. Men Spørgsmaalet, der i Virkeligheden ligger dybere, kommer først frem i sin Renhed, hvor Talen er om Umyndighed, der ikke

¹⁰⁸ Jfr. bl. a. Bemærkninger i D. Entw. Mot. I. S. 206. Ogsaa den Omstændighed, at Tvang faktisk sjældent forekommer, maa indgaa i Overvejelserne.

¹⁰⁹ *Platou* S. 82.

¹¹⁰ Saaledes Østerrigs Lovbog § 875 og vistnok engelsk-amerikansk Ret; der gives ogsaa danske Forfattere, som fortolke D. L. 5—1—4 i denne Retning, se saaledes Evaldsen S. 65 og navnlig Matzen Den danske Tingsret S. 196, der endog mener, at Ingen vil tvivle om, at denne Løsning er den rette.

¹¹¹ *Hagerup* S. 47, 39, *Platou* S. 81.

er knyttet til saadanne ydre Kjendsgjæringer som en vis Alders Opnaaelse. At saadan Umyndighed forekommør, antages jo af de fleste, idet visse Arter af Sindssyge formenes at være umyndige, uden at der udfordres nogen særlig ydre Akt, som konstaterer deres Mangel paa Evne til selv at styre deres Anliggender.

Om den *Sindssyge* har jeg i min Haandbog antaget — i Strid med den almindelige Mening og med dansk Retspraksis — at han ikke er umyndig, 3: ikke savner Evnen til at forpligte sig ved Tilsagn, forinden han er bleven umyndiggjort, og hans Umyndighedsdekret er blevet tinglæst, men at han forinden disse Kjendsgjæringer staar saaledes, at han bindes ved sit Tilsagn, dersom Modparten var i god Tro.¹¹² Denne Sætning har mødt adskillig Modsigelse, som er ret lærerig. *Hagerup* mener at kunne gaa ud fra den Sindssyges Umyndighed som en selvsagt Ting, thi »den Sindssyges Skylderkæring er ingen Handling i juridisk Forstand«. ¹¹³ At dette kun er en romanistisk Talemaade, som intet beviser, vil man vel nok være enig om; det er kun en af de traditionelle logiske — eller formentlig logiske — Deduktioner fra Viljesdogmet. Overfor Argumentationer af denne Art maa det energisk hævdes, at Spørgsmaalet, hvorvidt den Afsindiges Tilsagn bør være gyldigt eller ugyldigt, ligesaa lidt som noget andet Retsspørgsmaal kan afgjøres ad anden Vej end gennem Overvejelsen af de praktiske Hensyn, som tale for og imod. I denne Henseende mener nu *Gjelsvik*, kort og godt, at min ovenfor gjengivne Opfattelse »ingen Grund har.« ¹¹⁴ Overfor denne Bemærkning skal jeg blot henvise til, at engelsk Praksis vedkjender sig det af mig opstillede Resultat, ¹¹⁵ som ogsaa har 60 vundet nogen Tilslutning blandt danske Forfattere. ¹¹⁶ Ganske uden Grund i de reale Forhold er min Opfattelse dog vel altsaa ikke; i hvert Fald mener jeg fremdeles at maatte fastholde dens Rigtighed i Hen-

¹¹² Hdb. § 14 ved Note 7—12.

¹¹³ Hagerup S. 47.

¹¹⁴ Gjelsvik S. 123 Noten.

¹¹⁵ Pollock Principles of Contract 4th ed. S. 87—94, 418, 7th ed. (1902) S. 93.

¹¹⁶ Goos II S. 332, Bentzon (dog med nogen Tvivl) S. 120, Den danske Personret, 3die Udg. S. 59, jfr. ogsaa tildels Nordling S. 187 og N. Lassen (se Note 118).

hold til det i min Haandbog anførte. Spørgsmaalet bliver saa, hvorledes denne min Opfattelse forholder sig til mine i foregaaende Paragraf udviklede Retssætninger. Herom ere mine Kritikere indbyrdes ret uenige, men et Stykke Vej synes de dog at følges ad, idet de mene, at jeg har taget min Opfattelse angaaende de Sindssyge som en Konsekvens af min Tillidstheori. Herimod maa jeg protestere. Jeg har støttet min Opfattelse paa det materielle Hensyn, Retssikkerhedens Interesse, og fundet den bestyrket ved Lovgivningstilstanden. Hertil har jeg føjet den Bemærkning, at min Opfattelse navnlig har »nogen Sandsynlighed for sig« i en Retsforfatning, der som den danske staar paa Tillidstheoriens Standpunkt.¹¹⁷ Saaledes tror jeg ikke, man plejer at udtrykke sig, naar man »drager Konsekvenser«; jeg har kun paa-beraabt mig et Slags Analogi som nogenlunde rimelig, se nedenfor. Medens nu *N. Lassen*¹¹⁸ og *Gjelsvik*¹¹⁹ snarest bebrejde mig, at jeg har draget denne formentlige Konsekvens, synes paa den anden Side *Hagerup* at finde Konsekvensen selvfølgelig og som urigtig at oplyse om min Læres Uholdbarhed. Jeg maa for saa vidt give *N. Lassen* og *Gjelsvik* Medhold. Det vilde have været ganske uberettiget af mig at drage denne Konsekvens af min Tillidstheori. Derfra, at konkret Viljesmangel ikke kan komme i Betragtning overfor Tilsagnsmottagerens gode Tro, kan umuligt sluttes til, at det heller ikke skulde kunne komme i Betragtning, at Tilsagnsgiveren ved Tilsagnets Afgivelse var i en saadan Tilstand, at han ikke *kunde have* nogen fornuftig Vilje.¹²⁰ Samfundets Interesse i, at Personer, som mangle Evnen til selv at styre deres Anliggender, ikke forpligtes ved deres Tilbud, er 61 større end Interessen i, at voksne og sjælssunde Personer ikke i enkelte Tilfælde forpligtes uden at have villet det. Og selv om Sindssygdom opfattes som en indre sjælelig Kjendsgjerning, er den dog paa

¹¹⁷ Hdbg. § 14 efter Note 8.

¹¹⁸ U. f. R. 1893 S. 272, T. f. R. X S. 434. Jeg benytter her Lejligheden til at tiltræde *N. Lassens* Udtalelse i U. f. R. 1893 S. 272, at den Løsning, som han er tilbøjelig til at anse for den rette, nemlig at den Afsindige bindes i visse Tilfælde, i visse Tilfælde ikke, er mulig, og tager følgelig min herimod stridende Udtalelse i Hdbg. § 14 Note 10 i Slutningen tilbage.

¹¹⁹ Gjelsvik S. 123 Note 1.

¹²⁰ Evaldsen S. 46.

det afgjørende Punkt væsentlig forskellig fra Tilsagnsgiverens konkrete Vilje, idet den lader sig konstatere ved paalidelige Kjendetegn. Der kan altsaa ikke fra min Tillidstheori drages den Konsekvens, at Sindssyge forpligtes ved deres Tilsagn, naar Modparten var i god Tro. Men paa den anden Side synes det mig dog nok at kunne siges, som jeg har sagt, at Tillidstheoriens Anerkjendelse giver nogen Sandsynlighed for, at min Opfattelse af de Sindssyges Stilling er den rette: er den, som burde følges af den Retsanvendelse, der til den almindelige Retsfølelses Tilfredsstillelse hidtil har fulgt en saa udpræget Tillidstheori som den af mig opstillede. Det forekommer mig, at naar Erfaringen gennem en lang Aarrække har vist, at Tillidstheoriens Anerkjendelse ikke volder følelige Ulemper, men vækker almindelig Tilfredshed,¹²¹ kunde det samme med nogen Grund antages at ville blive Tilfældet med Anvendelsen af den af mig forsvarede Regel med Hensyn til Sindssyge.

III. Støttende sig til et Par Udtalelser i Noter i min Haandbog¹²² udtaler *Hagerup*, at min Theori »i Virkeligheden gaar ud paa, at det er den hos Modtageren vakte Tillid, der er det retsstiftende«, og at Lovbogens Regel om, at alle Kontrakter skulle holdes, saaledes som de ere indgaaede, i min Aand kan oversættes med: »Alle berettigede Forventninger skulle opfyldes af den, der objektivt er Aarsag i Forventninger.« Efter disse *Omredaktioner* af min Lære søges det dernæst paavist, at den maa føre til Konsekvenser, hvis Uantagelighed er saa given, at de maa oplyse min Theoris Uholdbarhed. Forinden jeg gaar ind paa Omtalen af disse Konsekvenser, maa jeg dog først protestere mod de foretagne *Omredaktioner* af min Lære, for saa vidt det er Meningen med dem at sige noget andet, end hvad jeg har sagt i Haandbogens Tekst. Her har jeg — under udførlige Bemærkninger om Løftets Begreb — betegnet Løftet (Tilsagnet) som den retsstiftende Kjendsgjerning,¹²⁴ og at Meningen med Udtalelserne i de af *Hagerup* fremdragne Noter ikke har været den, at sætte en Streg over min Ud-

¹²¹ Jfr. et Ordsprog om Beruselse ovfr. S. 279 Note 23.

¹²² Hdb. § 8 Note 4, § 17 Note 2.

¹²³ *Hagerup* S. 43.

¹²⁴ Hdbg. § 10.

talelse i Teksten, er formentlig klart nok. Meningen med disse Noteudtalelser har selvfølgelig kun været at gjentage den paa mange Steder i Haandbogen forsvarede Betragtning, at Tilsagnets (Løftets) forbindende Kraft beror paa dets Evne til at vække en berettiget Tillid hos Tilsagnsmodtageren. I hvilket Omfang nu Hagerups Omredaktioner betyde noget andet end min egen Redaktion, er mig ikke ganske klart. Jeg har en Anelse om, at den førte Omredaktion bundet i den Tanke, at jeg i Virkeligheden mener, at det er Tilsagnsmodtagerens faktiske individuelle ved Tilsagnet vakte Forventning, der bør beskyttes. Paa anden Maade kan jeg ikke forklare den tidligere S. 294 omtalte Udtalelse,¹²⁵ at hele min Retshandelstheori er opbygget »ikke paa Realiteter, men paa Forestillinger.« At der, hvis dette er Hagerups Mening, foreligger en væsentlig Misforstaaelse, behøver jeg efter det tidligere udviklede, se navnlig ovfr. S. 293, ikke her at oplyse. I øvrigt foreligger der den Omredaktion, at Løftet (Tilsagnet) stryges som det — bortset fra de »stiltiende Viljeserklæringer« — fornødne Grundlag for Tilsagnsmodtagerens Tillid eller Forventning. Berettigelsen til at foretage denne Strygning søger Hagerup i en Udtalelse af mig, der skulde gaa ud paa, at det er tilstrækkeligt, at den, mod hvem en vakt Forventning gjøres gjældende, er Aarsag til Forventningen, medens jeg paa det anførte Sed¹²⁶ i Virkeligheden har sagt, at Forventningen maa være foraarsaget *ved en Skylderklæring* fra den paa-gjældende.

Med denne Omdannelse af min Lære som Udgangspunkt gør Hagerup saa gjældende, at den maa føre til *Konsekvenser*, der oplyse dens Uholdbarhed¹²⁷:

»Opgiver man overhovedet først,« hedder det, »ethvert subjektivt (psykologisk) Aarsagsmoment i Forpligtelsens Stiftelse, ser man bort ikke blot fra, hvad den Forpligtede har villet, men ogsaa fra, hvad han⁶³ i Handlingsmomentet kunde have tænkt sig som Følgen af sin Handling, saa bliver der ikke nogen særdeles stærk Holdning i at begrænse Forventningens retsstiftende Evne til det Tilfælde, at den objektivt er

¹²⁵ Hagerup S. 47.

¹²⁶ Hdbg. § 17 før Note 9.

¹²⁷ Hagerup S. 50.

fremkaldt ved en Handling af den Forpligtede.«¹²⁸ Ja, dette vilde ganske vist være en slem Konsekvens af min Lære. Den illustreres saa ved et Eksempel¹²⁹: 1) »A. har i det Øjemed hos B. at fremkalde den Forestilling, at C. har indgaaet paa et af B. gjort Kontrakts-tilbud, udfærdiget et falsk Brev fra C. 2) A. har i samme Øjemed forfalsket B.'s Tilbud, saa at det for C. faar Udseende af at angaa noget ganske andet end af B. tilsigtet, og paa Grundlag heraf svarer C. ja. I sidste Tilfælde leder Forf.s (j: min) Theori til, at C. er forpligtet, i første derimod ikke Er der nu virkelig nogen indre Grund til at bedømme disse Tilfælde forskelligt?»

Hertil er nu at svare, at min Lære jo netop gaar ud paa, at de her nævnte Eksempler skulle afgøres ens, nemlig saaledes, at C. i begge Tilfælde ikke forpligtes. Min Lære gaar jo netop ikke ud paa at se bort fra, hvad Tilsagnsgiveren »i Handlingsmomentet kunde have tænkt sig som Følgen af sin Handling.« Med andre Ord, Hagerup har, som tidligere bemærket, ganske overset den Retssætning i min Haandbog, der ovfr. S. 299 er gjengiven som Sætning II, og som gaar ud paa, at hvad der kun ifølge Omstændigheder, der i Erklæringens Øjeblik vare ukjendelige for Erklæringens Afgiver som fornuftig og kyndig Mand, af dens Modtager kan indlægges i Erklæringen som villet af Afgiveren, ikke er bindende for denne. Og det overses vistnok ogsaa, at det at være Aarsag til en Andens Forventning efter den af mig benyttede Sprogbrug — om den er heldig, er et andet Spørgsmaal — forudsætter Foretagelse af Erklæringshandling, som ere egnede til, uden Tilstød af noget uberegneligt, at vække Tillid (Forventning) hos Modparten, se ovfr. S. 299. Det er saaledes ikke min Lære, men en af Hagerup selv konstrueret, som han her bekæmper. Og for 64 saa vidt det maatte være Hagerups Mening med hans Omdannelse af min Lære at gengive den, ikke just som den er, men som den burde være, dersom den var konsekvent, kan jeg nøjes med at henvise til Udviklingen ovfr. S. 289. Paastanden om, at min Lære, dersom den var konsekvent, maatte se ud som Hagerups ovenanførte Omdannelse af den, kan jeg overhovedet møde med følgende Omskrivning af tid-

¹²⁸ Hagerup S. 44.

¹²⁹ Hagerup S. 44—45.

ligere Udviklinger: *Hensynet til Samhandelens Sikkerhed bør i Almindelighed kun føre til Beskyttelse overfor A. for B.'s gode Tro (Forventning), naar denne skyldes et Tilsagn fra A. : en Erklæring fra A., som, uden at dette skyldes Omstændigheder, der ved Afgivelsen vare ukjendelige eller uberegnelige for A. som fornuftig Mand, er egnet til hos B. at vække den begrundede Antagelse, at der fra A.'s Side ved Erklæringen tilsigtes en Disposition overfor ham.*

Hermed er ogsaa imødegaaet den Konsekvenskritik, som Hagerup iøvrigt støtter paa sin Omdannelse af min Lære. Saaledes den Paastand, at min Theori konsekvent maa medføre, at det ikke kan forlanges, at *Erklæringen* af Tilsagnsgiveren skal være *afgivet og rettet til en anden som Adressat*.¹³⁰ Har A. ikke gjort andet end at nedskrive en Erklæring og lægge den i sin Skuffe, kan det nemlig i Almindelighed kun ved for ham uberegnelige tilstødende Omstændigheder, saasom at en Uvedkommende bemægtiger sig Skylderklæringen og overbringer den til Adressaten, ske, at den bliver egnet til at vække nogen Tillid hos denne. Forholdet er altsaa det, at min Theori netop som almindelig Regel¹³¹ maa kræve som Forudsætning for Adressatens Ret overfor A., at denne har afsendt Erklæringen til ham. Endvidere er imødegaaet den Paastand, at den af mig hævdede Sætning, at *Afsenderen af et Bud eller af en Fuldmægtig i Almindelighed ikke hæfter for Budets og Fuldmægtigens Overskridelse af den meddelte Ordre*, skulde være en Inkonsekvens fra mit Standpunkt.¹³² Det følger netop som Konsekvens af min Lære, at Afsenderen — som almindelig Regel — ikke skal hæfte for Overskridelsen, naar denne var uberegnelig for 65 ham, og dette vil en Overskridelse : Foretagelse af noget, som Fuldmægtigen (Budet) ikke havde Føje til at antage for omfattet af Bemyndigelsen¹³³ i Almindelighed være.¹³⁴ Imødegaaet er endelig ogsaa den Paastand, at min Lære maa føre til den Konsekvens, at *Tredje-*

¹³⁰ Hagerup S. 45—46.

¹³¹ Men ikke undtagelsesfrit, se Hdbg. § 53 ved Note 28 ff.

¹³² Hagerup S. 46—47, Gjelsvik S. 86. Jfr. ovenfor S. 300 Note 78.

¹³³ Hdb. § 23 ved Note 9.

¹³⁴ Anderledes staar naturligvis Sagen, naar Fuldmagtsgiveren tillige har afgivet et særligt Tilsagn til Tredjemand, f. Eks. ved Medgivelse af skriftlig Fuldmagt, Hdbg. § 23. III. 1. a.

mand, der i Tillid til Tilsagnets Gyldighed indlader sig i Retshandler med dettes Modtager, maa have Beskyttelse overfor Afgiveren af Tilsagnet for sin Tillid til dette. Det er i Almindelighed en for Tilsagnsgiveren uberegnelig Omstændighed, at Tilsagnets Modtager vil benytte det paa en utilbørlig Maade. Eller — for at føre Spørgsmaalet direkte tilbage til de reale Grunde — i sit Valg af Midlet til at hidkalde Retsfølge har Tilsagnsgiveren i Almindelighed kun at regne med og tage Hensyn til den, han faktisk forhandler med, se Redegjørelsen ovfr. S. 289. Anderledes staar Sagen, naar Erklæringen efter sin almindelige Natur er beregnet ogsaa for Tredjemand,¹³⁵ f. Eks. Udstedelse af et negotiabelt Papir¹³⁶ eller en skriftlig Fuldmagt¹³⁷ eller en til Debitor afgiven skriftlig Kautionserklæring.¹³⁸

§ 6.

Terminologi og Dogmatik.

I. Mine ovenfor i § 4 opstillede Retssætninger har jeg samlet under Betegnelsen en *Tillidstheori* i Modsætning til Viljestheoriene.¹³⁹ Her-
 66 til har jeg utvivlsomt dogmehistorisk Berettigelse. Betegnelsen Tillidstheorier er dogmehistorisk opstaaet jævnsides med visse andre Betegnelser, se ndfr., som Udtryk for Modsætningen til den efter almindelig Antagelse i romersk Ret anerkjendte Sætning, at Tilsagnsgiverens Viljesmangel regelmæssigt gjør Tilsagnet ugyldigt uanset Erklæringsmodtagerens gode Tro.¹⁴⁰ Hvor Grænsen nærmere skal drages mellem Viljestheoriene og deres Modsætninger, kan vel nok være

¹³⁵ Hagerup S. 48 har forøvrigt maaske nok Ret i, at jeg i Hdbg. § 17, III ikke er gaaet tilstrækkelig vidt i, hvad jeg opstiller om Proformaretshandlers Gyldighed overfor godtroende Tredjemand, der har foretaget Retserhvervelse paa Grundlag af en saadan Retshandel. Men ogsaa her spille dog de tidligere S. 300 Note 78 berørte særlige Hensyn ind, som komme frem ved Retserhvervelse paa Grundlag af Tilsagn, der overbringes ved Mellemand.

¹³⁶ Hdbg. § 53.

¹³⁷ Hdbg. § 23 Note 12.

¹³⁸ Hdbg. § 115 Note 24 og 25.

¹³⁹ Hdbg. § 8.

¹⁴⁰ Dernburg Pandekten I § 99 Note 2, Planck I S. 165—166, Gjelsvik S. 74—75.

noget omtvisteligt. Den romerske Ret gennemførte ikke Viljestheoriernes ovennævnte Hovedsætning konsekvent;¹⁴¹ det gjør heller ikke de Nutidsforfatninger, som henføres under Viljestheoriene. Paa den anden Side variere ogsaa Tillidstheoriene ret betydeligt.¹⁴² Endog den romerske Rets Standpunkt i Tilsagnslæren kunde, uden Forsyndelse mod almindelig Sprogbrug, betegnes som en Tillidstheoris, idet Skylderkærlingen efter romersk Ret antages i Almindelighed ikke at skabe Ret, medmindre den er kommen til Modparten og var egnet til at vække god Tro hos ham,¹⁴³ ligesom ogsaa andre romerske Retsætninger herved vilde stilles i en rigtigere Belysning. Men dogmehistorisk er man, som sagt, nu engang enig om at betegne Romerrettens Standpunkt som en Viljestheoris, hvorved man navnlig tilsigter at angive, at Tilsagnsmotagerens gode Tro regelmæssigt savner Beskyttelse i Tilfælde af Viljesmangel hos Tilsagnsgiveren. Er man nu end i Tvivl om, hvor Grænsen nærmere skal drages mellem Viljestheoriene og deres Modsætninger,¹⁴⁴ kan der ikke være nogen Tvivl om, at min Lære, der regelmæssigt sætter Viljesmangel ud af Betragtning, hører hjemme under Viljestheoriernes Modsætninger.

For disse forekomme forskellige Benævnelser, saaledes, foruden Tillidstheori, Erklæringstheori, Interessetheori,¹⁴⁵ Læsionstheori, Samhandelstheori («Verkehrstheorie»). Blandt dem har jeg valgt Betegnelsen Tillidstheori.

Stang foretrækker Betegnelsen *Erklæringstheori*.¹⁴⁶ Stang og jeg⁶⁷ ere i alt væsentligt enige om Resultaterne, navnlig ere vi enige om de ovfr. S. 294 og 300 opstillede Hovedsætninger I og III. Divergensen mellem Stang og mig kan her kun være en terminologisk. Spørgsmaalet mellem os er da nærmest kun dette: hvilken af de to forskellige Betegnelser dækker bedst over den fælles Tanke?

¹⁴¹ Windscheid § 75 Note 1 c og 1 d.

¹⁴² Se f. Eks. Oversigten hos Windscheid § 75 Note 1 a, jfr. Winroth Strödda uppsatser I. S. 15.

¹⁴³ Windscheid 6te Aufl. § 306 med Note 8, Hdbg. § 8 Note 4, § 17 Note 2.

¹⁴⁴ For Platous Lære S. 87—88., at Tilsagnet trods Viljesmangel er gyldigt, naar Tilsagnsgiverens Vildfarelse ikke er undskyldelig, synes Betegnelsen Viljestheori lidet passende, men den er maaske dogmehistorisk beføjet.

¹⁴⁵ Nordling S. 223, Reuterskiöld Om Aftal S. 10.

¹⁴⁶ Stang S. 24, 25, Forel. S. 275—277.

Betegnelsen Erklæringstheori har sine Fordele; den henpeger rigtigt paa, at den retsstiftende Kjendsgjerning er den foreliggende Erklæring. Og Betegnelsen Tillidstheori har ganske vist den Mangel, at den, uden nærmere Kommentar, kan vække en Forestilling om, at der tilstræbes Beskyttelse for enhver faktisk Tillid hos Tilsagnsmotageren, medens Meningen kun er at beskytte den ifølge den foreliggende Erklæring beføjede Tillid.¹⁴⁷ Men alligevel forekommer det mig, at Betegnelsen Tillidstheori bør foretrækkes. Herved angives det Maal, hvorimod de samlede ovfr. i § 4 angivne Retsregler stile, nemlig Beskyttelsen af den for Samhandelens Sikkerhed fornødne Tillid til Tilsagn. Medens »Erklæringstheori« kun vækker Forestillingen om Retsreglen I (S. 294), minder »Tillidstheori« navnlig ogsaa om Reglen III (S. 300) og om de samlede Retsreglers materielle Begrundelse. Svagheden ved »Erklæringstheorien« er navnlig denne, at den ikke faar antydning, at Erklæringen maa bedømmes fra Tilsagnsmotagerens Standpunkt. Har A. med B. aftalt, at Ordet Korkpropper i deres indbyrdes Forretningskorrespondance skulle betegne Dynamitpatroner, er en Bestilling fra A.s Side hos B. af Korkpropper retsvirkende som ellers normalt en Bestilling af Dynamitpatroner — herom ere Stang og jeg enige. Men ved »Erklæringstheori« vækkes nærmest Forestillingen om, at Erklæringen skal være retsvirkende efter dens normale typiske Forstaaelse. Denne Omstændighed bringer da ogsaa Stang ind paa visse ganske vist ikke uovervindelige Vanskeligheder.¹⁴⁸ Efter det bemærkede synes Erklæringstheori at burde være en Særbetegnelse for de

68 ovfr. S. 255 omtalte Fortidslovgivningers Standpunkt. Men nægtes skal det paa den anden Side ikke, at der i Betegnelsen Tillidstheori ligger nogen Tendens, nemlig henimod det meget omstridte Princip om Tro og Loves Ubrødelighed, se herom nedenfor under II, og det ses da ogsaa af Udtalelserne hos Stang paa de anførte Steder, at det tillige er visse Betænkeligheder ved Opstillingen af dette Princip, som have paavirket hans Terminologi.

Læsionstheoriernes særlige Kendemærke er det, at Grunden til Tilsagnets forpligtende Kraft trods Viljesmangel søges i et Retsbrud, en

¹⁴⁷ Stang S. 24, Forel. S. 275, jfr. ogsaa ovfr. S. 313.

¹⁴⁸ Stang S. 95.

Tillidskrænkelse,¹⁴⁹ og *Hagerup* mener, at man, dersom man forkaster Viljestheoriene, blandt deres Modsætninger maa foretrække Læsionstheorien, fordi den »i det mindste giver en dogmatisk Begrundelse af, hvorfor Forventningerne beskyttes«.¹⁵⁰ Der er nu maaske nok dem, som ikke ville føle nogen Sympati med denne Trang til en »dogmatisk Begrundelse« foruden den reale. Jeg mener dog, at det i og for sig er forsigtigt og rigtigt, naar visse Resultater formenes at være vundne gennem reale Betragtninger, at søge efter deres dogmatiske Begrundelse : forsøge paa at justificere dem ved Indpasning under de Retsdogmer, som ere almenanerkjendte.¹⁵¹ At saadant Forsøg lykkes, giver Bestyrkelse af det fundne Resultats Rigtighed, at det mislykkes, strammer op til fornyet Granskning af de relevante reale Hensyn. Hine Retsdogmer ere, som Retsvidenskabens Vilkaar hidtil have stillet sig, væsentligt de romanistiske, og det er da ogsaa i det romanistiske Deliktsdogme, at Læsionstheorien søger Tilknytning for sin Begrundelse. Men for Romerretten og den romanistiske Theori er Beskyttelsen af Tillid (god Tro) en ret fremmed Tanke. Det bliver da paa Forhaand sandsynligt, at Forsøgene paa at indpasse Tillidstheoriene under den traditionelle Dogmatik ikke ville kunne lykkes. Man maa nøjes med den reale Begrundelse. Og at dennes Resultater ikke lade sig dogmatisk justificere, kan ikke vække nogen Betænkelighed. Thi Vil-⁶⁹ jesttheoriens Modsætninger ere netop noget nyt, som bryder med de gamle Dogmer, og som endnu ikke har levet saa længe i bevidst Theori, at det har kunnet fæstne sig som Dogme. *Hagerup* anerkjender da ogsaa, at Læsionstheoriens Forsøg paa dogmatisk Begrundelse er strandedet.¹⁵²

II. I min Haandbog og i det foregaaende har jeg benyttet Betegnelsen Tillidstheori alene som Udtryk for en vis Løsning af Konflikten imellem Tilsagnsgiverens konkrete Vilje og Erklæringsmodtagerens gode Tro. Men den i min Haandbog opstillede Paastand, at den danske

¹⁴⁹ Schlossmann *Der Vertrag* (1876) S. 287 ff., jfr. ogsaa N. Lassen *Villien som Forpligtelsesgrund* (1874) S. 26 ff., 92 ff.

¹⁵⁰ *Hagerup* S. 51.

¹⁵¹ I en saadan Tanke bunder vel ogsaa Fordringen hos *Platou* S. 82—83 om »logisk Bevis« for Tillidstheorien.

¹⁵² *Hagerup* S. 51—52, jfr. ogsaa *Reuterskiöld Om Aftal* S. 7—8.

Rets Tilsagnsprincip (Løfteprincip, Kontraktsprincip) er *ikke Viljesdogmet, men Principet om Tro og Loves Ubrødelighed*,¹⁵³ rækker videre til andre Problemer. Om denne Paastand er der blevet livligt diskuteret, og under denne Diskussion er — hvad jeg ifølge det tidligere udviklede ikke her behøver nærmere at dvæle ved — Betegnelsen Tillidstheori undertiden bleven identificeret med det nævnte Princip, Dette, der ogsaa formuleres som *Principet om Retsbeskyttelse for berettiget Forventning (Tillid)*, opstilles ogsaa af andre danske Forfattere,¹⁵⁴ men er fra anden Side blevet kritiseret. Kritiken har saavel vendt sig imod Terminologien som imod Principet selv; disse to Retninger maa vel holdes ude fra hinanden.

Min Tanke med Principets Opstilling har *ikke* været den, derved at give *en Løsning* af noget Problem. Dette fremgaar allerede deraf, at jeg intetsteds har deduceret Løsninger ud af Principet, men søgt Løsningen, hvor Lovgivningen tier, i reale Overvejelser. Min Mening har positivt været den at betone som *Udgangspunkt* for de forskellige Problemers Løsning og som *Illustration* af dansk Rets Standpunkt til disse Tilsagnsmotageres gode Tro som et efter dansk Rets Opfattelse
70 særdeles stærkt vejende Hensyn, eller — som det skarpt udtrykkes af *Bentzon*¹⁵⁵ — som det, »man tilstræber at beskytte«. Negativt har det været Hensigten at betone et Modsætningsforhold til det romanistiske Viljesdogme, der tilstræber at udlede Retsreglerne om Tilsagn af Tilsagnsgiverens Vilje. Spørgsmaalet er nu, dels om denne min Tanke har faaet et heldigt Udtryk i de ovennævnte Formuleringer, dels om Tanken selv er rigtig.

Hvad nu *det terminologiske Spørgsmaal* angaar, skal jeg først fremdrage den Bemærkning, som fra flere Sider er fremkommet under forskellige Former, at det opstillede Princip egentlig er indholdsløst: Man bevæger sig, siges det, ved Henvisningen til den »berettigede« Forventning i en Cirkel, idet den berettigede Forventning er den, som

¹⁵³ Hdbg. § 8 i Slutn.

¹⁵⁴ Goos II S. 323, Aage:en Universitetsprogram 1872 S. 31, Indledning S. 571, Torp Hovedpunkter, 2den Udg. S. 43, og navnlig C. Thomsen i T. f. R. XIII S. 273 Noten.

¹⁵⁵ Bentzon S. 107.

Retsordenen faktisk beskytter.¹⁵⁶ Jeg kan kun forstaa denne Kritik som en terminologisk. At jeg ikke ved Henviſning til den »berettigede« Forventning har sigtet til den, som faktisk beskyttes af Retsordenen, vil vel Ingen være i Tvivl om. Det vil være indlysende, at jeg med »berettiget Forventning« mener Tilsagnsmotagerens beføjede Antagelse af, at den overfor ham foreliggende Disposition har det af ham paastaaede Indhold, og af, at der ikke foreligger nogen af de Grunde, som efter den bestaaende Retsorden medføre Tilsagns Ugyldighed. En saadan Antagelse kalder jeg en berettiget Forventning, og om denne udsiger jeg ved Opstillingen af Principet, ikke at den er eller bør være beskyttet, men at der i dansk Ret er stærk Tilbøjelighed til at beskytte saadan Tillid. Med andre Ord, Principet siger *forsaa vidt* kun, at der i dansk Ret er en stærk Tilbøjelighed til kun at tillægge Kjendsgjerninger Betydning som Ugyldighedsgrund for Tilsagn, naar de ere kjendelige for Tilsagnsmotageren.

Herved føres jeg over til en anden Række kritiske Bemærkninger, som jeg ligeledes kun kan tillægge terminologisk Betydning. Jeg har ovenfor S. 307 udtalt, at jeg med Hensyn til den mod mig rettede Konsekvenskritik ikke altid har været klar paa, om den vender sig imod mine ovenfor i § 4 gjengivne Retssætninger eller mod det her ⁷¹ omtalte Princip. Fra det første Synspunkt har jeg behandlet Kritiken i foregaaende Paragraf. Fra det sidstnævnte Synspunkt har jeg kun at svare, at al Konsekvenskritik mod det her omtalte Princip maa bero paa en Misforstaaelse af dette, der ikke tilsigter at give nogen Løsning af noget Problem. Spørgsmaalet er nu kun, om denne Misforstaaelse er beføjet, idet det i saa Fald maatte indrømmes, at min Terminologi har været uheldigt valgt. For saa vidt nu Misforstaaelsen bundes i den Opfattelse, at der ved Talen om Beskyttelse for berettigede Forventninger sigtes til en absolut Beskyttelse,¹⁵⁷ f. Eks. ogsaa overfor Umyndiges Tilsagn o. s. v., kan jeg i hvert Fald ikke finde, at den har nogen Grund. Efter almindelig juridisk Sprogbrug tales der ganske sædvanligt om Retsbeskyttelse for et eller andet, uden at der

¹⁵⁶ Jfr. f. Eks. N. Lassen i U. f. R. 1885 S. 3, 1893 S. 267 ff., Stang Forel. S. 276, Reuterskiöld Om Aftal S. 10.

¹⁵⁷ jfr. f. Eks. Stang S. 24, Forel. S. 275.

herved sigtes paa en absolut Retsbeskyttelse. Naar man taler f. Eks. om Ejerens Retsbeskyttelse overfor skadegjørende Handlinger, mener man herved ingenlunde, at han har eller bør have Retsbeskyttelse overfor enhver skadegjørende Handling, og dette Eksempel kan forøges med mange. Iøvrigt kommer jeg senere atter tilbage til Terminologispørgsmaalet. Her skal jeg endnu blot notere, at den omtalte Konsekvenskritik altsaa for at komme i Plan med mit Princip maa omformes til Forsøg paa en Paavisning af, at mit Princip giver en urigtig Forestilling om den gjældende Rets Regler eller en misvisende Vejledning til disses Fastsættelse, se herom straks nedenfor.

Efter disse Bemærkninger om Terminologi gaar jeg over til Spørgsmaalet om *det opstillede Principets Rigtighed*. Dommen herom lyder meget forskjelligt mellem mine Kritikere. *Hagerup* mener, at Principet ikke repræsenterer noget videnskabeligt Fremskridt.¹⁵⁸ *Bentzon*, der vel finder Opstillingen af Principet betænkelig, se herom ndfr. S. 326, udtaler derimod sin Tilslutning til Principets Grundtanke, at den hos Modtageren vakte Forventning »maa være det, man tilstræber at beskytte.«¹⁵⁹ Og *Bentzon* udtaler endvidere, at Principet »overfor Læren om Viljesmangler sikkert er et afgjørende Fremskridt«, ¹⁶⁰ samt at »dets Brug er et stort Fremskridt overfor Viljesdogmet«. ¹⁶¹

Et fuldstændigt Bevis for Principets Rigtighed vilde kun kunne føres gennem en indgaaende Redegjørelse for en Mængde Problemer i Tilsagnslæren, som der ikke kan være Tale om at give her. Fremstillingen maa begrænse sig til at belyse de Punkter, som ere fremdragne af Kritiken, og som vel altsaa maatte være dem, hvor Viljesdogmet skulde vise Fortrin fremfor Forventningsprincippet.

Hvad for det første angaar det i det foregaaende drøftede Æmne — der stedse er opfattet som *Hovedpunktet i Striden mellem Viljesdogme og Forventningsprincip* — den retlige Betydning af *Viljesmangel* hos Tilsagnsgiveren, er det klart, at vort Princip — Rigtigheden

¹⁵⁸ *Hagerup* S. 41; til de af H. i denne Forbindelse paaberaabte Udtalelser af N. Lassen i U. f. R. 1893 S. 267 ff., der have anden Adresse, se ovfr. ved Note 156, kommer jeg senere tilbage (S. 326 ved Note 173).

¹⁵⁹ *Bentzon* S. 107, se ogsaa S. 98.

¹⁶⁰ *Bentzon* S. 119.

¹⁶¹ *Bentzon* S. 122.

af de i § 4 gjengivne Retsregler forudsat — peger i den rigtige Retning, medens Viljesdogmet viser sig ganske misvisende.

Med Hensyn til Retsreglerne om den Indflydelse, som Tilsagnsgiverens Mangel paa Evne til at styre egne Anliggender (*Umodenhed*) har paa Retshandelens Gyldighed, oplyser vort Princip ganske vist ikke meget, men det leder i Modsætning til Viljesdogmet Tanken i det rette Spor. Fra Viljesdogmet bliver Slutningen den, at den Umodnes Retshandler altid ere ugyldige. Dette er som bekjendt ingenlunde i Almindelighed Tilfældet. For saa vidt det drejer sig om ung Alder, bliver ikke den Handlendes Modenhed eller Umodenhed det afgjørende, men en vis Alders Opnaaelse. Af denne Forskydning kan Viljesdogmet ikke give nogen tilfredsstillende Forklaring, hvorimod Forventningsprincippet giver Forklaringen umiddelbart i Hænde, idet Hensynet til Samhandelen kræver, at Spørgsmaalet om Ugyldighed ikke gjøres afhængig af en Kjendsgjerning, der er saa vanskelig at konstatere som Modenhed eller Umodenhed, men af ydre, let beviselige Kjendsgjærninger, jfr. ovfr. S. 309. Hvad dernæst angaar den Retsregel, at 73 den Umyndiges Tilsagn i Almindelighed er uforbindende uanset god Tro hos Tilsagnsmottageren, da er det en Sætning, som Forventningsprincippet hverken bekræfter eller benægter; det holder Muligheden for forskellige Løsninger aaben. Viljesdogmet lukker her som i Almindelighed for al Debat med Paastanden om, at Umodenhed begrebsmæssigt maa udelukke Tilsagnets Gyldighed. Det fører saaledes paa Afveje, i alt Fald for saa vidt angaar Umyndiggjorte i Almindelighed, idet disse forpligtes ved deres Tilsagn overfor den godtroende Medkontrahent, saa længe Umyndighedsdekretet ikke er thinglæst.¹⁶² Og saa for Løsningen af Spørgsmaalet om Sindssyges Tilsagn har efter min Opfattelse Viljesdogmet ført til et uheldigt Resultat med sine Forsøg paa at lukke for den reale Debat,¹⁶³ se ovfr. S. 310. De samme Betragtninger passe paa Spørgsmaalet om *Tvang* som Ugyldighedsgrund, dog at Viljesdogmet her ikke gjør nogen Skade, idet den positive Lovgivning maa antages at have fastslaaet det samme Resultat,

¹⁶² Pl. 10. April 1841 § 1, jfr. ogsaa Lov om danske Skibes Registrering 1. April 1892 § 52.

¹⁶³ Hagerup S. 47, Platou S. 81—82, jfr. Goos II S. 320.

som her postuleres af Viljesdogmet, og som vistnok ogsaa ifølge reale Overvejelser maa erkjendes at være det rette, jfr. ovfr. S. 309.

Endnu et Emne er i denne Forbindelse fremdraget af *Hagerup*, nemlig Viljesdogmets og Forventningsprincipets Stilling til de almen-
anerkjendte Retssætninger, at en Skylderklæring for at blive bindende
maa være afsendt til Adressaten og ankommen til ham eller komme
til hans Bevidsthed.¹⁶⁴ Min Læres Stilling til Spørgsmaalet angaaende
Erklæringens Afsendelse er tilstrækkeligt belyst ovfr. S. 315. Iøvrigt
er der i disse Henseender undertiden i Retslitteraturen lagt mere ind
i Forventningsprincippet, end det efter min Opfattelse kan medføre.
Navnlig er det blevet antaget, at Princippet maatte medføre, at Tilsagns-
giveren bliver forpligtet allerede i det Øjeblik, da Tilsagnet kommer
til Modpartens Bevidsthed eller — ifølge en Praktikabilitetsforskyd-
74 ning — i det Øjeblik, da det kommer til ham, og ikke først ved Ak-
cepten af Tilsagnet.¹⁶⁵ Dette Resultat er nu vel rigtigt nok, men det
kan ikke støttes paa Forventningsprincippet. Jeg har allerede tidligere
advaret imod¹⁶⁶ denne Forveksling af Forventningsprincippet og Løfte-
theorien.¹⁶⁷ Forventningsprincippet giver i de her omtalte Retninger
kun en Antydning af, at Tilsagnet ikke som saadant bliver forbindende,
førend det har naaet Adressaten,¹⁶⁸ hvori atter ligger, at *den ensidige*
Skylderklæring i Almindelighed ikke er forbindende. Derimod kan det
ikke opstilles som en Følge af Forventningsprincippet, at den ensidige
Skylderklæring aldrig er forbindende; Forventningsprincippet indehol-
der ingenlunde nogen Benægtelse af, at den ensidige Skylderklæring,
som bliver forbindende ved at afsendes til Adressaten og komme til
hans Bevidsthed, ogsaa kan blive forbindende ved et andet Plus, saa-
som fordi den afgives under saadanne særlige Omstændigheder, at dens
Afgivelse, hvis den ikke var forbindende, vilde gøre Modparten

¹⁶⁴ Hagerup S. 45—46, 55—56, jfr. S. 57—58.

¹⁶⁵ Goos I S. 229—230, min Afhandling i T. f. R. I S. 269, se iøvrigt Note 167.

¹⁶⁶ T. f. R. I. S. 114—115.

¹⁶⁷ Jfr. Nordling S. 221 Noten, Winroth Strödda uppsatser I S. 13—15, Aagesen Universitetsprogram 1872 S. 30—32, Indledning S. 571, Goos I. 221—222.

¹⁶⁸ Jfr. Bentzon S. 120, 107.

Skade,¹⁶⁹ f. Eks. Akceptpaategningen paa en Veksel.¹⁷⁰ Forventningsprincippet viser altsaa her et Stykke paa ret Vej og skyder iøvrigt Løsningen fra sig til Overvejelse af de reale Hensyn. Hvad Viljesdogmets Stilling angaar, bemærker Hagerup, at Sætningen om Afsendelsens Nødvendighed er fuldstændig korrekt fra Viljestheoriens Standpunkt, idet Erklæringsafgiveren forinden »endnu ikke har fattet nogen definitiv Beslutning om at forpligte sig«.¹⁷¹ Skal denne Begrundelse være den rigtige, ses man ikke at kunne undgaa det Resultat, at den ensidige Skylderklæring er forpligtende, naar den er Udslag af en definitiv Beslutning hos Erklæringsafgiveren. Men paa dette Standpunkt staar vistnok ikke nogen Retsforfatning. At — som almindelig 75 Regel — ingen kan forpligte sig ved en ensidig Skylderklæring, selv om han nok saa definitivt ønsker det, er vistnok og bør vistnok være en gjældende Retssætning overalt.¹⁷² Atter her viser altsaa Viljestheorien sig misvisende.

At Princippet om Tro og Loves Ubrødelighed eller Forventningsprincippet (Tillidsprincippet), forstaaet som det efter min Mening skal forstaaes, bør sættes i Modsætning til Viljesdogmet som *Overskrift over den danske Rets Tilsagnsregler*, nærer jeg altsaa fremdeles ingen Tvivl om. Men jeg skal villigt indrømme Mangler i terminologisk Henseende og skal med Glæde modtage og bøje mig under Ændringsforslag i saa Henseende. Mindre Vægt lægger jeg paa den Side af den terminologiske Kritik, der kræver en snævrere og mere adækvat Betegnelse for det, som der tilstræbes Beskyttelse for, jfr. ovfr. S. 317 og 320. I saa Henseende forekommer en udenfor Principets Ordlyd liggende Kommentar mig tilstrækkelig, og Bestræbelsen for at optage en nærmere Bestemmelse i Principets Formulering vilde gøre denne for tung. Mere Vægt lægger jeg paa den anden Betragtning, at min Formulering af »Overskriften over den danske Rets Tilsagnsregler« kan lyde, som om den tilsigter mere, end den efter min Tanke bør, nemlig som om

¹⁶⁹ Jfr. herved Hagerup S. 55—56 og 57—58, hvor det nok med Grund gjøres gjældende, at jeg i min Haandbog § 11, jfr. § 24 I. 2, har draget Grænsen for de ensidige Skylderklæringers Gyldighed for snævert.

¹⁷⁰ Veksellov 7. Maj 1880 § 21, Hdbg. § 102 ved Note 11.

¹⁷¹ Hagerup S. 46.

¹⁷² Windscheid § 304, Hdbg. § 11.

den tilsigtede at give Løsninger, og at den saaledes kunde modvirke den nødvendige reale Overvejelse af de forskellige Problemer. Denne pædagogiske Fare ved Principet, der særligt betones af *N. Lassen*¹⁷³ og *Bentzon*,¹⁷⁴ har maaske — Erfaringen fra den Kritik, som her har mødt mig, burde maaske oplyse mig herom — noget paa sig. Om saa er, maa det vel navnlig være, fordi jeg har givet min »Overskrift« Betegnelsen *et Princip*.

Men, alt vel overvejet, maa jeg dog holde paa »Principet«. Der er her i Landet en Tilbøjelighed til at betragte det romerske Viljesdogme som dødt og magtesløst. Men at det endnu har Liv i sig, viser bl. a. norske Kollegers Kamp for det. Og naar en saa betydelig og indfly-
 76 delsesrig Retsforsker som *Hagerup* kan udtale, at den danske (og saa vel ogsaa den norske) Obligationsrets rent nationale Elementer i Mod-sætning til den romerskes er af »temmelig underordnet Betydning«,¹⁷⁵ forekommer der mig nok at være Grund til at slaa til Lyd for en skandinavisk Retstanke¹⁷⁶ af vidtrækkende Betydning, i Ord, der kjendte-
 tegne den som det, den er: *et principielt Brud med det romanistiske Viljesdogme*.

¹⁷³ N. Lassen i U. f. R. 1893 S. 272—273.

¹⁷⁴ Bentzon S. 117 ff., jfr. S. 104.

¹⁷⁵ Hagerup S. 37.

¹⁷⁶ Se ogsaa engelske Forfattere for engelsk Rets Vedkommende: Holland *The elements of jurisprudence* 4th ed. S. 213 »When the law enforces contracts, it does so to prevent disappointment of well-founded expectations«, Pollock *Principles of contract* 4th ed. S. VII. »The law of contract may be described as the endeavour of the State . . . to establish a positive sanction for the expectation of good faith, which has grown up on the mutual dealing of men of average right-mindedness.« Jfr. ovfr. S. 304 Note 94.

Kunstig Kreditorbegunstigelse.¹

(Tidsskrift for Retsvidenskab XXX 1917 S. 45—120, jfr. S. 515.)

Indledning.

45

Der klages — her i Landet og andetsteds — over *Konkursboernes Tilstand*; de give altfor ofte kun en meget ringe Dividende til de almindelige Kreditorer. Muligvis skyldes denne Tilstand tildels Mangler ved Konkurslovgivningen. Maaske burde Konkurslovens § 15 om Adgang til fuld Fyldestgjørelse for de Kreditorer, som tillige ere Boets Skyldnere, undergives en begrænsende Revision. Der ere dem, som ville finde, at Konkurslovgivningen gaar for vidt i sin Anerkjendelse af privilegerede Fordringer, saaledes i Bestemmelserne om Husleje-privilegiet, som Retspraksis endda fortolket udvidende. Maaske ere

¹ Følgende Forkortelser ere benyttede: D. bet. Retsafgjørelser, som ikke ere Højesteretsdomme; Eschelsson bet. E.: Om Skuldebref (1912); Evaldsen bet. E.: Litograferede Forelæsninger over Obligationsrettens almindelige Del, 1ste Udg.; Hagen bet. H.: til Ret og Lovgivning (1888); Hagerup bet. F. Hagerup Den norske Panteret (1898); Hdbg. bet. Jul. Lassen Haandbog i Obligationsrettens alm Del. 2den Udg. (1908); H. R. D. bet. Højesteretsdom; K. L. bet. Dansk Konkurslov 25. Marts 1872; Lundstedt bet. L.: Om Løssørekøb [1912]; E. Møller bet. M.: Dækningsadgang eller Fordringsret [1892]; N. Rt. bet. Norsk Retstidende; Stang bet. Fr. St.: Norsk Formueret I [1911]; Schl. bet. Schlegel Samling af Højesteretsdomme; T. f. R. bet. Tidsskrift for Retsvidenskab; Torp-Grundtvig bet. T. og G. Dansk Tingsret [1905]; U. f. R. bet. Ugeskrift for Retsvæsen; Undén bet. Østen Undén: Om Panträtt i Rättigheter [1915]. — En Emnet vedrørende Afhandling af K. Benckert i Svensk Juristtidning 1916 S. 363 fremkom først, efterat Forf.'s Afhandling var nedskrevet. — Angaaende det i Afhandlingens Afsnit III omhandlede Emne holdt Forf. d. 30. Oktbr. 1916 et Foredrag i Juridisk Forening i København, hvori han ogsaa kom ind paa enkelte andre af Afhandlingens Emner.

Afkræftelsesreglerne ikke vidtgaaende nok, selv om der ved Siden af dem antages at gjælde en almindelig Regel om Adgang til at anfægte Retshandler, foretagne in fraudem creditorum.² Og muligvis vil § 39 i Lov om Livsforsikringsvirksomhed af 1. April 1914 — skjønt der ikke ved Paragrafens Affattelse tilsigtedes nogen Forandring af gjældende Ret — være egnet til at begunstige en Tendens til i for vidt Omfang at berøve Konkursboet Livsforsikringer til Fordel for Forsikringstagerens Ægtefælle og Arvinger. Men det er ikke Spørgsmaalene om saadanne Mangler ved Konkurslovgivningen, som her skulle drøftes.

Grunden til Konkursboernes Fattigdom vil almindeligt være, at Fallenten har holdt det forlænge gaaende. Hertil vil han ofte være sat i Stand ved økonomisk Støtte fra en eller flere Kreditorer, som mene at have bragt sig selv paa den sikre Side ved Retshandler med Skyldneren eller Tredjemand. Jævnligt ville disse Retshandler ikke høre til de af Lovgivningen i saa Henseende anviste og bevidst som gyldige sanktionerede. Og der kan i forskjellig Retning være Tvivl om Retsgyldigheden af saadanne Retshandeler fra en Persons Side, som — dersom deres Retsgyldighed anerkjendes — i Tilfælde af hans Konkurs ville medføre en gunstigere Retsstilling for en enkelt Kreditor og følgelig en ringere Retsstilling for hans andre Kreditorer end den med Konkurslovgivningens Formaal antageligt stemmende.

Den Vej, der af Lovgivningen er aabnet for Skyldneren til Afvigelse fra den almindelige Konkursregel, at Fallentens Formue deles lige-
 ligt mellem hans Kreditorer, er Benyttelsen af *Pantere*tsinstitutet. Efter dansk Ret kan Skyldneren give en Fordringshaver Underpant i sin faste Ejendom, i sit Løspøre og i sine andre Formuerettigheder (i Norge og Sverige kan kun fast Ejendom gives i Underpant), og han
 47 kan give i Haandpant sit Løspøre og i alt Fald visse Fordringsrettigheder. *Betryggelse for de andre Kreditorer imod en for hensynsløs Benyttelse af Pantsætningsbeføjelsen* giver Lovgivningen dels ved Fastsættelse af visse Grænser for, hvad der kan være Gjenstand for Pantsætning, saaledes Bestemmelserne i K. L. §§ 151 og 152, dels ved Forskrifter om Former for Pantsætningen, der korteligt kunne beteg-

² Munch-Petersen Skifteret S. 94 ff.

nes ved Underpant som Thinglæsning, ved Haandpant som Overgivelse af Pantet til Panthaveren. *Hele den Pantsætningsadgang, som Konkurslovgivningen har for Øje, hviler bl. a. paa den Tankegang, at Skyldneren ikke uden Ofre for sig selv, ikke uden at afskjære sig selv fra en retlig Raaden, som ellers vilde tilkomme ham, og tillige fra faktisk Adgang til at kunne udøve en vis Raaden (Overgivelse af Tingen, Thinglæsning; det overses ikke, at disse Foranstaltninger ogsaa kunne have andre Funktioner) kan sikre en enkelt Kreditor saaledes, at denne i hans Konkursbo erholder en bedre Retsstilling end hans Kreditorer i Almindelighed paa disses Bekostning.* Dette skal ikke kunne ske blot ved et Pennestrøg, hvorved Skyldneren paatager sig den af en Pantsætning følgende Indskrænkning i hans retlige Raaden.³ Fremdeles gives visse herhenhørende Retsregler om *Panterettens Retsvirkning*, nemlig til Fastsættelse af, hvorledes den Fordringshaver, der er forsynet med Pant, staar med Adgang til Fyldestgjørelse af Konkursboets øvrige Formue, K. L. § 130.

Skyldnerens Forsøg paa at begunstige en Kreditor udenfor Lovreglerne om Panteret, altsaa i Almindelighed paa kunstig Maade, kunne foregaa ad to forskellige Veje, ved *Proformaværk* eller ved *Omgaaelse*. Det første foreligger, naar en Aftale indgaas med andet Indhold end det af Parterne virkelig mente. Her opstaar ikke særlige, denne Under søgelse vedrørende Retsspørgsmaal; det gjælder her kun et Bevis for, hvad der virkelig er ment. Naar dette Bevis er ført, stryges det ikke 48 tilsigtede som retligt irrelevant, og det virkelig mente sættes i Stedet; om dette er retsgyldigt eller ikke, afgjøres ved Fortolkning af Konkurs- og Panteretslovgivningen og efter Reglerne om dennes Omgaaelse. — *Omgaaelse* foreligger, forsaavidt den vedkommer os her, naar der til Undgaaelse af visse præceptive Regler indgaas Retshandler, som ikke just kunne antages at ugyldiggjøres ved disse Reglers Ord og bevidste Hensigt, men hvis Anerkjendelse som gyldige mere eller mindre vil svække Realisationen af disse Retsreglers Formaal. Det Spørgsmaal, til hvis Besvarelse, der her søges givet et Bidrag — i Omrids; til indgaaende Fordybelse i Enkeltheder staar Tid og

³ Det er bekjendt, hvilke Følger Opgivelsen af denne Grundsætning i den romerske Ret medførte, jfr. f. Eks. Dernburg Pandekten I § 264.

Plads ikke til Raadighed — er navnlig det, hvorvidt denne Egenskab ved en Retshandel medfører dens Ugyldighed.

Herom har jeg udtalt mig i en Afhandling i U. f. R. 1890 S. 615 ff. og i min Hdbg. § 20. III. 3. De Anskuelser, som jeg der paa Grundlag af *O. Bährs* Opfattelse har udtalt, fastholder jeg fremdeles. Og jeg formulerer i al Almindelighed — til nærmere Forstaaelse vil det Følgende give Bidrag — den almindelige Betingelse for Ugyldighed paa Grund af Omgaaelse saaledes: en Retshandel er ugyldig, forsaa vidt paa den ene Side dens Anerkjendelse som gyldig væsentlig vilde hæmme Realisationen af et præceptivt Lovbuds Formaal, og paa den anden Side Retshandelen, bortset fra Omgaaelsesformaalet, ikke bæres af andre i Betragtning kommende Interesser end den Retshandel, som det præceptive Lovbud efter sine Ord og sin bevidste Hensigt omfatter. Det gjælder altsaa en skjønsmæssig Afvejelse af et Farehensyn og et Nyttehensyn ud fra Lovgivningens Standpunkt. Herved bliver af særlig Betydning den Vægt, som Lovgivningen maa antages at lægge paa Realisationen af det paagjældende præceptive Lovbuds Formaal. Lovgivningens Tilstand i Almindelighed eller med Hensyn til enkelte Æmner kan naturligvis indsnævre det omtalte Skjønns Frihed eller udelukke det. Hvor f. Eks. en positiv Lovregel udtaler, at Ejendomsoverdragelse over Løsøre finder Sted ved Aftale, uden at der til lige kræves Overgivelse af Tingen, eller at Transport af en Fordringsret finder Sted ved Aftale herom, uden at dertil kræves Meddelelse ⁴⁹ til Cessus, kan heri efter Omstændighederne findes en Hindring for Antagelsen af, at henholdsvis Overgivelse og Denunciation ifølge Analogi fra Reglerne om Haandpant dog kræves til Ejendomsoverdragelse og Transport, naar Retshandelen er foretagen til Sikkerhed for en Fordring, en Hindring, som ikke er tilstede, hvor saadanne Lovregler ikke findes, om end hine Retsregler i Almindelighed opstilles som gjældende ifølge herskende Retsopfattelse. Hvor en omfattende, i Enkeltheder gaaende borgerlig Lovbog forefindes, vil der være mindre Frihed for Retsanvendelsen end i Retsforfatninger, hvor Lovstoffet er fragmentarisk.

Terminologien »Omgaaelse« som Ugyldighedsgrund er egentlig ukorrekt, se Hdbg. S. 128. I Virkeligheden er Talen kun om Anvendelsen

af rigtige Fortolkningsregler og om Berettigelsen eller Ikke-Berettigelsen af en analogisk Anvendelse af visse præceptive Regler. For Nemheds Skyld lader jeg dog i denne Undersøgelse Regelen beholde dens dogmehistoriske Navn, uanset at dette kan virke misvisende, se saaledes f. Eks. nedenfor S. 373.

O. Bährs Grundtanke har vundet ret almindelig Tilslutning i den danske og norske Retsliteratur.⁴ Imod Opfattelsen foreligger — under særligt Hensyn til Spørgsmaalet om Ugyldigheden af Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed, der er foretaget uden Iagttagelse af Reglerne for Pant — Udtalelser fra svensk Side af A. V. Lundstedt og Sjøgren, fra norsk Side af E. Hagerup Bull. *Lundstedt* Om Lösöre köp S. 50—53 fremhæver Vanskelighederne ved at skjelne mellem Kjøb »i Sikringsøjemed« og andet Kjøb og den »Usikkerhedstilstand«, som Omgaaelsesregelens Anvendelse vilde medføre. *Sjøgren* mener, T. f. R. XXVII, at in fraudem legis-Regelen i det hele er forfejlet (S. 283), og at dens Uholdbarhed fremgaar af de principielle Grunde, som i tysk Retspraksis have fremtvunget Godkjendelsen af Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed⁵ (S. 306). *Hagerup Bull* anfører i N. Rt. 1903 S. 6—9 end- 50 videre navnlig Værdien af de positive Lovregler og deres Fortolkning efter den ligefremme Ordlyd, og at det maa være Lovgiverens, ikke Retsanvendelsens Sag at rette Mangler ved de præceptive Lovbuds Rækkevidde.

Det vilde lidet nytte her at drøfte de enkelte Argumenter for og imod den Bährske Opfattelse. Dens Antagelse eller Forkastelse beror paa et principielt forskjelligt Standpunkt med Hensyn til Opfattelsen af *det rette Forhold mellem positiv Ret og Retsanvendelse*. Jeg maa i denne Henseende nøjes med at henvise til *Fr. Hagerups* i T. f. R. XXVIII S. 16 ff. nylig fremkomne, overlegne og sobre Redegjørelse og skal blot tilføje følgende. Jeg anser Gjennemførelsen af den Bähr-

⁴ Hagerup Om Tradition S. 98—99, Panteret S. 37, 103 ff., I. Heckscher i T. f. R. VIII S. 232, E. Møller i T. f. R. IX S. 149, Torp-Grundtvig S. 367—368, 576—577, Fr. Stang I S. 534—535, Platou Privatrettens almindelige Del S. 206 ff.

⁵ Denne Bemærkning er efter det ovenfor anførte lidet tilfredsstillende. I Sverige staar man ikke overfor en Lovbog af saadan Art som B. G. B., se ogsaa ndfr. S. 365.

ske Opfattelse -- med den ovenfor angivne nærmere Formulering — for heldig for Retslivet. Og jeg kan ikke finde dens Anvendelse udelukket ved den danske Lovgivnings Tilstand i Almindelighed. Derfor mener jeg, at Grundsætningen maa anvendes, hvor ikke det enkelte Emnes Lovstof udelukker dens Anvendelse. Dette kan ogsaa udtrykkes saaledes: Et præceptivt Lovbud bør anvendes ikke blot paa de Tilfælde, som Lovgiveren ved sin Affattelse af Lovbudet har havt for Øje, men ogsaa paa dem, som han, *ifølge hans Vurdering af de foreliggende Interesser*⁶ antageligt vilde have medtaget under Regelen, hvis han havde havt dem for Øje. Endvidere paa dem, som Lovgiveren maa antages vel at have havt for Øje, men paa Grund af Formuleringsvanskeligheder eller i Følelsen af manglende Oversigt over Stofet ikke har medtaget under sin Regel. Disse Tilfælde maa behandles som »henlagte til Afgjørelse af Retsvidenskaben«, medmindre særlige Omstændigheder udvise, at det har været tilsigtet, f. Eks. af Retssikkerhedshensyn, at holde dem udenfor Lovbudets Regel. Som det vil ses, minde disse Betragtninger om de reale Hensyn, der ligge bag ved det romerske in integrum restitutio-Institut: Lovgiveren maa erkjende, at han til hver given Tid ikke fuldstændigt magter at give sine Rets-

⁵¹ regler det rette Omfang, men at han — indtil videre — maa overlade Arbejdet for den rette nærmere Formulering til Retsanvendelsen. Hvad særlig angaar den Indvending mod Omgaaelsesregelen, at dens Anvendelse viser sig at volde Usikkerhed, og at Regelens Forfægttere i Almindelighed ikke skarpt kjendetegne dens Omraade, da skal det indrømmes, at dette er rigtigt. Men det kan ikke ønskes at være anderledes. Ved for hurtigt at forsøge paa at sætte skarpe Grænser vilde Praxis — og tilsvarende Bemærkninger gjælde Theorien — kunne stænge Vejen for sit Arbejde paa Retsreglernes Tillempling efter Retslivets Behov under fremskridende Erfaringer. Disse kunne bl. a. udvise, at Arrangementer, som tidligere ansaas for ufarlige for den paagjældende Retsregels Realisation efter dens Formaal, i alt Fald nu ere farlige og omvendt. Og en vis Usikkerhed her vil kunne bidrage til en almindelig Opfattelse af, at man gjør bedst i ved sine Arrangementer at holde sig til de af Lovgiveren bevidst anviste Veje og maa være usikker paa

⁶ Hagerup l. c. S. 40 ff.

Følgerne, naar man vælger andre. Naturligvis kan en Retshandel paa en Gang være Proformaværk og Omgaaelse. Ved denne Kombination opstaar intet nyt Retsspørgsmaal. Jævnlig betegnes ogsaa den rene Omgaaelse som Proformaværk; denne Tvetydighed i Terminologien vil i det følgende blive undgaaet.

Kreditorers Ligestillethed er Konkursinstituttets Grundprincip. Der kan paa Forhaand ikke være nogen Tvivl om, at Lovgiveren tillægger Realisationen af Formaalet med de til Værn om Kreditorers Ligestillethed givne Panterets- og Konkursregler en meget væsentlig Betydning. Under Betoning heraf skal nu forskellige Omgaaelser belyses i Hovedtræk. De Omgaaelsesforsøg, som her haves for Øje, kunne foretages ved Benyttelse af et andet Retsinstitut end Panteretten eller under Benyttelse af dette, idet Forsøgene rette sig imod Reglerne om Panterettens Gjenstand, Reglerne om Pantsætningsformerne eller Reglerne om Panterettens Retsvirkning.

I. *Selvkautionering. Akkomodationsobligation.*

52

1. *Konkursformuen skal, K. L. § 1, anvendes til ligelig, K. L. § 35, Fyldestgjørelse for dem, der ved Konkursens Begyndelse havde Fordringer paa Fallenten.* Det staar ikke i en Skyldners Magt at indrømme Nogen, som ikke er hans Kreditor ved Konkursens Begyndelse, Adgang til at konkurrere i hans eventuelle Konkursbo. *Følgelig kan en Skyldner (A.) heller ikke give en Kreditor (B.) Ret til i A.s Konkursbo at tage Dividende i Forhold til et større Beløb end det, som B. ved Konkursens Begyndelse kunde kræve af A.* Laaner A. af B. 10,000 Kr. under Vedtagelse af, at B. i Tilfælde af A.s Konkurs skal kunne tage Dividende i Boet i Forhold til 20,000 Kr., er denne Vedtagelse ugyldig; B. kan alligevel kun faa Dividende i Forhold til sit virkelige Tilgodehavende 10,000 Kr. Dette er saa ubestridt og almenanerkjendt,⁷ at en

⁷ Evaldsen i U. f. R. 1885 S. 824, Bentzon i U. f. R. 1886 S. 438, Hagen til Ret og Lovgivning S. 104—105, Hagerup S. 326 Note 19, E. Møller S. 394, Torp-Grundtvig S. 602, Undén (med Støtte i svensk Retspraksis) S. 67—68, jfr. 85—92, D. i U. f. R. 1915 S. 235, ndfr. S. 337—39, jfr. D. i U. f. R. 1904 S. 208.

Skyldner, der ønsker at sikre en Kreditor en gunstigere Stilling under sin eventuelle Konkurs end den, der regulært vil tilkomme ham som simpel Kreditor, i alt Fald ikke aabenlyst vil gjøre dette paa ovennævnte Maade ved en ligefrem Vedtagelse om, at B. i hans Konkursbo skal tage Dividende i Forhold til et større Beløb end det, han virkelig har til Gode. Naar Situationen foreligger saaledes, at Skyldneren af en eller anden Grund ikke kan anvende det regulære Panteretsinstitut eller ikke ønsker at benytte det og heller ikke kan hjælpe sig med at skaffe Kaution, kan han til Sikring af Fordringshaveren *paatage sig selv en Pligt til eventuelt i Tilfælde af Mora at betale en større Ydelse end den, han skylder*. Har han retsgyldigt paataget sig selv en saadan Forpligtelse, maa den ogsaa være bindende for hans Konkursbo. Det 53 er Retsgyldigheden af saadanne Vedtagelser, som her skal undersøges. Hvorvidt ere saadanne Retshandler ugyldige som Omgaaelse af K. L. §§ 1 og 35 eller af Panteretsreglerne?

2. Først undersøges *den direkte Poenalstipulation*. Skyldneren paatager sig udtrykkeligt for Tilfælde af, at hans Ydelse til Fordringshaveren ikke finder Sted i rette Tid, at betale en Bod, f. Eks. at betale det laante Beløb tilbage med dets dobbelte Beløb. Det er, vel at mærke, ikke enhver Vedtagelse af f. Eks. at betale et Laan tilbage med det dobbelte Beløb, som hører herhen; det Tilfælde, at Gjælds-brev udstedes med større Beløb end det laante, fordi Laantageren under de foreliggende Forhold finder sig og sin Virksomhed tjent med et ekstraordinært dyrt Laan, vedkommer os ikke her.

Poenalstipulationens naturlige Formaal er dels at virke som Tvangsmiddel til behørig Opfyldelse, dels at befri Fordringshaveren fra Bevis for, at Skade er lidt ved Ikke-Opfyldelse og for Skadens Størrelse. Disse Formaal er der i Almindelighed god Grund til at beskytte; ordentligvis er Poenalstipulationen gyldig og følgelig ogsaa forbindende for Skyldnerens eventuelle Konkursbo. Men Vedtagelsen kan forekomme i Former, i hvilke den lidet eller slet ikke er egnet til de ovennævnte Formaalets Realisation, medens den *Følge at skaffe Fordringshaveren forøget Dividende i Skyldnerens Konkursbo træder i Forgrunden*. *Selvkautionering* kan man med Bentzon^s kalde saadanne Dispo-

^s U. f. R. 1886 S. 438.

sitioner. Til disse hører den ovennævnte Vedtagelse om, at Skyldneren i Tilfælde af Mora skal tilbagebetale et Laan med dets dobbelte Beløb. Det forudsættes, at Vedtagelsen ikke skyldes den Omstændighed, at en Mora i det foreliggende Tilfælde vilde tilføje Laangiveren ekstraordinære Tab, f. Eks. Bedriftsstandsning. Bortset fra saadanne Tilfælde er der ved Pengeskyld ikke nogen naturlig Brug for en Bod som Taksation af Skade. Som Tvangsmiddel til Betaling i rette Tid er en Bod som den omtalte urimelig stræng. Og ifølge denne Strænghed ⁵⁴ bliver Forholdet det, at Boden *ikke kan paaregnes at blive aktuel undertagen i Tilfælde af Skyldnerens Konkurs*. Den gaar, som det udtrykkes af *Gistrén*,⁹ ud paa, at naar Skyldneren *ikke magter* at betale et mindre Beløb, *skal* han betale et større (det dobbelte). Saalænge Skyldneren paa nogen Maade kan holde sig oven Vande, vil han betale Gjælden for at slippe for Boden. De Interesser, der bortset fra Konkurstilfælde knytte sig til Vedtagelsen, have ikke stærkt Krav paa Retsbeskyttelse. Set som Tvangsmiddel til Opfyldelse i rette Tid er Boden egnet til at drive Skyldneren ind paa at betale paa et Tidspunkt, hvor Begunstigelse af en Kreditor ved Betaling til ham ikke burde finde Sted. Fyldestgjørelsen af den Interesse, som Fordringshaveren har i at have den større Fordring paa Skyldneren selv derved, at denne efter Konkursen erhverver Formue, er saa usikker, at den ikke kan veje stærkt. Paa den anden Side vil Skyldneren *ikke føle Vedtagelsen som et Offer*. Den lægger ikke som en Pantsætning noget Baand paa hans hidtidige Handlefrihed. Han vil stole paa eventuelt at kunne afværge Bodens Ikrafttræden ved Betaling i rette Tid, og det, der vil ske, hvis det skulde gaa galt, vil han faktisk føle ikke som en Byrde for sig, men kun som en Følge for hans eventuelle Konkursbo. Under saadanne Omstændigheder, altsaa naar Adgangen til at faa større Dividende i Skyldnerens Konkursbo fremtræder som Vedtagelsens Hovedmaal, medens Fordringshaveren ikke har anden Interesse i den, eller dog de Interesser, som han iøvrigt kunde knytte til Vedtagelsen, have ringe Krav paa Retsbeskyttelse, maa Poenalstipulationen være ugyldig som Omgaaelse af den Regel, at en Skyldner ikke ved direkte

⁹ Nytt juridiskt Arkiv 1878 II S. 6.

Vedtagelse alene kan tillægge sin Kreditor større Dividende i det eventuelle Konkursbo end den ham ifølge K. L. §§ 1 og 35 tilkommende.

3. Benyttelsen af den under 2 omhandlede udtrykkelige og direkte
- 55 Poenalstipulation til at forskaffe en Kreditor forøget Dividende ses ikke praktisk at forekomme, men det fandtes nødvendigt at belyse den som Indledning til Undersøgelsen af visse praktisk forekommende Forhold. Undertiden støtte Fordringshavere paa visse af Skyldneren til dem direkte eller indirekte (Akkommodationsobligationer) udstedte *Forskrivninger, der ikke lyde som Poenalstipulationer*, den Paastand, at de give ham Ret til forøget Dividende i Skyldnerens Konkursbo under Henvisning til, at de ere givne ham *til Sikkerhed* for en anden Fordring. Om Akkommodationsobligationen skal handles nedenfor under 4; her omhandles *Forskrivninger, udstedte af Skyldneren direkte til hans Kreditor*.

Undersøgelsen maa da først rettes paa, hvad der har været Meningen med Forskrivningens Udstedelse og Overgivelse til Fordringshaveren. Naar A., der skylder B. c. 1000 Kr. i mundtlig Gjæld, giver B. Gjældsfor skrivning for dette Beløb (muligvis afrundet lidt opad), vil Ingen opfatte Forholdet saaledes, at der tilsigtes at give B. Adgang til forøget Dividende. Meningen maa antages at være at fjerne Tvivl i Mellemværendets Omfang, at give Fordringshaveren et Bevismiddel og at sætte Fordringshaveren istand til gennem Gjældsbreve's Diskontering at faa Fyldestgjørelse nemt og hurtigt. Forsaavidt siges det og kan sprogrigtigt siges, at Gjældsbreve't er givet ham »til Sikkerhed« for det underliggende Forhold. Men det kan ikke antages tilsigtet at skabe eller at give Fordringshaveren Beføjelse til at skabe noget materielt nyt Mellemværende, gaaende ud paa en eventuel Forøgelse af Omfanget af Skyldnerens Pligt saaledes, at denne kommer til at skyldte kumulativt efter Gjældsbreve't og efter det underliggende Forhold. Fordringshaverens Udnyttelse af Gjældsbreve't skal kun være en Udnyttelse af det underliggende Forhold. Diskonterer Fordringshaveren Gjældsbreve't, uanset at han ikke herved opnaar Dækning af det fulde Beløb, gaar det udover ham selv; hos A. kan han ikke kræve mere. For at kunne holde sig til det underliggende Forhold maa For-

dringshaveren give Gjælds brevet ubenyttet tilbage til A.¹⁰ Fordrings- 56
haveren har ikke Beføjelse til at realisere Gjælds brevet som Pant for
den sikrede (underliggende) Fordring, saaledes at han beholder den
Del af denne, som ikke dækkes ved Realisationssalget.

Men naar det underliggende Forhold allerede var sikret ved Gjælds-
brev, eller naar der udstedes Gjælds brev med et større Beløb end det
underliggende Forhold, uden at der dog kan antages at foreligge en
Gavehensigt, kan Udstedelsen unægtelig vække den Forestilling, at
der tilsigtes noget andet end det ovenfor angivne, nemlig at der til-
sigtes materielt at give Fordringshaveren en gunstigere (sikrere) Rets-
stilling end før.¹¹ Her maa det da først undersøges, om Meningen
med Dispositionen kun er at skaffe Fordringshaveren forøget Divi-
dende i Skyldnerens eventuelle Konkursbo, eller om den tillige gaar
ud paa at paalægge Skyldneren selv yderligere Pligt end før. Det
første maa her i Almindelighed antages. At Besvarelsen af det til-
svarende Formodningsspørgsmaal ved Akkommodationsobligationen
muligvis maa falde anderledes ud, se nedenfor S. 348, skyldes den
Omstændighed, at dennes Benyttelse i Formen fremtræder som en
Pantsætningsakt (eller som Transport til Sikkerhed) og en muligvis
hertil støttet Retsopfattelse. Slige Grunde til at svække Formodnin-
gen for, at det ikke har været Skyldnerens Mening at forpligte sig
selv yderligere end før, foreligge ikke her. Dispositionen vil altsaa i
Almindelighed være ugyldig som direkte stridende imod K. L. §§ 1
og 35.

Men det kan naturligvis forekomme, at man tvinges til at antage,
at Meningen har været at paalægge Skyldneren selv yderligere Plig-
ter, hvis Anerkjendelse vilde medføre Ret til en større Dividende i
Skyldnerens Konkursbo. Det bliver efter det under 1. og 2. udviklede
unødvendigt her nærmere at dvæle ved saadanne Vedtagelser. De
ville alle — det erindres, at der her kun tales om Tilfælde, hvor det
anses oplyst, se nedenfor, at Gjælds brevet er udstedt til Sikkerhed
for et underliggende Forhold — i Virkeligheden være Poenalstipula-
tioner med de under 1. omhandlede Egenskaber, der gjøre dem ugyld- 57

¹⁰ Min Hdbg. § 64 Note ved 53 og f. Eks. D. i U. f. R. 1889 S. 445.

¹¹ Undén S. 65—68.

dige som Omgaaelse. At det bliver uden Betydning, at Poenalstipulationens Effektivitet maatte anses betinget af et Realisationssalg fra Fordringshaverens Side, paavises nedenfor S. 349.

I Resultatet stemmer en Sjø- og Handelsrettens Skiftedecision i U. f. R. 1915 S. 235 ganske med det her antagne. Forholdet var det, at A., der skyldte B. ifølge Veksel 2000 Kr., havde overgivet ham til Sikkerhed herfor nogle af C. akcepterede Veksler til paalydende Beløb 1700 Kr. og forsynet disse Veksler med almindeligt Endossement, ikke, som det vilde være det i Forhold som det foreliggende sædvanlige og naturlige, med Prokuraendossement (Incassoendossement). B. lod de pantsatte Veksler realisere ved Tvangsauktion. Kurator i A.s Konkursbo mødte ved Auktionen og bemærkede, at, da Vekslerne vare haandpantede til B. af A., kunde de i den Anledning afgivne Endossementer kun anses for Incassoendossementer, og saafremt Vekslerne maatte blive anmeldte i Konkursboet, maatte Kuratorerne nedlægge Indsigelse imod deres Anerkjendelse. Ved Opraabet fik C. Hammerslag paa Vekslerne for en Kjøbesum af ialt 18 Kr. og anmeldte dem med deres paalydende Beløb i A.s Konkursbo. B., der havde beholdt den sikrede Veksel, havde anmeldt denne i Konkursboet. Decisionen nægtede C. Anerkjendelse af de af ham i Boet anmeldte Veksler med følgende Motivering: B. havde ikke selv overfor A. kunnet fremsætte Krav paa noget større Beløb end de sikrede 2000 Kr., selv om han under Iagttagelse af Reglerne om Realisation af Haandpant havde overtaget Vekslerne til Ejendom. C., der forinden Kjøbet var underrettet om Sammenhængen, kunde ikke erhverve anden Ret end den, der tilkom B. Og selv om man, ifølge Benyttelsen af det almindelige Endossements Form i Stedet for Prokuraendossement, vilde antage, at Skyldnerens Mening havde været at forskaffe B. Adgang til i Tilfælde af Skyldnerens eventuelle Konkurs at skaffe sig ekstra Dividende for Vekslens Paalydende udover Dividende ifølge Hovedkravet, maa det hævdes, at en Debitor uden Lovhjemmel ikke til Skade for sine øvrige Kreditorer kan indrømme en enkelt Kreditor det Privilegium i Skyldnerens Konkursbo at faa Dividende⁵⁸ af et større Beløb, end Kreditors Tilgodehavende andrager. Skulde Pantsætteren tilsige Panthaveren noget yderligere Beløb, maa dette

have Karakteren af en Gave, som i Konkurstilfælde ikke vilde kunne fyldestgjøres til Skade for Kreditorerne.¹²

Som det vil ses, gaa Afgjørelsens Motiver rigtigt ud paa, at en Gjældsfor skrivning til Fordringshaveren til Sikring af et bestaaende Skyldforhold ikke kunde formodes at tilsigte en materiel Retsforandring, og at Forskrivningen, forsaavidt den tilsigtede saadant, maatte være uvirksom overfor Skyldnerens andre Kreditorer i Konkurstilfælde. Men kunstigt og misvisende — om end Misvisningen i praktisk Henseende ikke er af større Betydning — er det, at Dispositionen, dersom den gaar ud paa en Udvidelse af Skyldnerens Pligt, siges at have Karakteren af en Gave og derfor i Konkurstilfælde (K. L. § 35) ikke vil kunne fordres fyldestgjort til Skade for Kreditorerne. Den maa, som paavist, være ugyldig som Omgaaelse. — Under den i U. f. R. 1901 S. 572 ff. refererede Sag var der i et Konkursbo nedlagt en lignende Paastand som i det fremstillede Tilfælde, men den blev overfor Kurators Protest taget tilbage.

Men faktisk vil Skyldnerens Selvkautionering vel nok af og til kunne komme til at gaa ud over hans Konkursbo. Muligvis bliver det til Fordringshaverens Sikkerhed afgivne Gjælds brev benyttet saaledes overfor en godtroende Tredjemand, at denne efter Grundsætningen i Fdn. 9. Fbr. 1798 § 2 faar en selvstændig Ret i Overensstemmelse med Gjælds brets paalydende Beløb overfor Boet, som da maa nøjes med et ved Fordringshaverens Misbrug af Gjælds brevet opstaaende Erstatningskrav paa denne. Bortset herfra vil det kunne ske, at Konkursboet slet ikke kommer under Vejr med, at Gjælds brevet ikke repræsenterer nogen selvstændig virkelig Skyld. Og selv om det faar ⁵⁹ Anelse herom, kan det være vanskeligt at faa Sagens Sammenhæng oplyst, naar Skyldneren og Fordringshaveren ikke indrømme, at der foreligger en til Sikring af en anden Skyld udstedt Forskrivning fra

¹² Decisionen gaar ud fra som selvfølgelig, at, da Afhændelsen til C. havde fundet Sted som Realisation af et Pant, saaledes at B. beholdt den underliggende Fordring (den sikrede Veksel), kunde der ikke være Tale om at behandle Salget til C. som en Diskontering, saa at, se ovenfor S. 336, C. havde erhvervet Ret efter de af ham anmeldte Veksels Beløb, medens B. havde mistet en tilsvarende Del af det sikrede Forhold, se herom nedenfor S. 349—50.

Skyldneren. Disse Bevisvanskeligheder¹³ skulle ikke omhandles her. Det skal blot bemærkes, at Beviset for, at der foreligger Selvkautio-
nering, selvfølgelig ikke er ført dermed, at det er oplyst, at Gjælds-
brevet er udstedt med et større Beløb end mellem Parterne materielt
motiveret. Hermed er for det første ikke oplyst, at det er en Poenal-
stipulation; det kan være, at det tilsigter at virke ganske uafhængigt
af Skyldnerens Mora, se ovfr. S. 334, f. Eks. at det er et virkelig ment
Gaveløfte. Det bliver da fra ganske andre Synspunkter,¹⁴ at Spørgs-
maalet om Dispositionens Retsgyldighed maa afgjøres. Og selv om det
er oplyst, at Udvidelsen af Skyldnerens Pligt er paataget som Mora-
virkning, er det ikke givet, at Dispositionen hører til de væsentligt
mod en eventuel Konkurs rettede Poenaltipulationer eller med andre
Ord, at den er en Selvkautio-
nering,¹⁵ se herom ovfr. S. 334—35.

4. Endelig skal her *Akkommodationsobligationen* undersøges.

a. Vi tænke os denne benyttet saaledes,¹⁶ at A. for sin Gjæld til
B. giver ham i Haandpant et af A. til C. proforma udstedt Gjælds-
brev, forsynet med C.s skriftlige Samtykke til Pantsætningen. A.s
Gjæld til B. antages at være 10,000 Kr., Akkommodationsobligationen
lyder paa 12,000 med 2den Prioritet i A.s faste Ejendom. Det forud-
sættes, at B. — hvad der i slige Tilfælde vil være det sædvanlige¹⁷ —
60 er vidende om, at det, der pantsættes til ham, ikke er en virkelig
Fordring, som C. har paa B., men en Akkommodationsobligation. A.
indfrier ikke i rette Tid den sikrede Fordring; B. stiller Haandpantet
til Auktion efter Reglerne for Haandpants Realisation, og det kjøbes
paa Auktionen af C., der forud er underrettet om Obligationens Be-
skaffenhed, eller af B. selv for 4000 Kr. Vi tænke os endvidere, at før-

¹³ Jfr. f. Eks. D. i U. f. R. 1896 S. 537. Om Forstaaelsen af D. L. 5—14
—46 se Munch-Petersen Civilproces I S. 428 ff.

¹⁴ Jfr. D. i U. f. R. 1904 S. 208.

¹⁵ D. i U. f. R. 1904 S. 664.

¹⁶ Om Benyttelsen af Akkommodationsobligationer her i Landet se Hinden-
burg og Krarup Formularbog S. 477—478, 483—484. Den Form for Benyt-
telsen, at Mellemanden, som Akkommodationsobligationen er udstedt til,
overfor Laangiveren (der forudsættes vidende om Sammenhængen) optræder
som Laantager, ses ikke for det foreliggende Emnes Vedkommende at give
Anledning til særlig Undersøgelse.

¹⁷ E. Møller S. 165 Note 28.

ste Prioritet opsluger hele den pantsatte Ejendoms Værdi, saa at der ikke bliver noget af denne tilovers til Akkommodationsobligationen. En almindelig Opfattelse,¹⁸ som ogsaa jeg selv har fremsat, gaar ud paa, at Virkningen af en saadan Retshandel, uden at der kan indvendes noget imod dens Gyldighed, bliver i det valgte Eksempel, at C. eller B. som Kjøber af det pantsatte Gjælds-brev kan fordre dettes Beløb 12,000 Kr. af A., og B. kan som ufyldestgjort Rest af den sikrede Fordring kræve 6000 Kr. af A. Af disse Beløb, tilsammen 18,000 Kr., kan der altsaa fordres Dividende i A.s Konkursbo.

Mod denne Opfattelse har tidligere *Gistrén*¹⁹ og *Hagen*²⁰ udtalt sig. Den er nu udførligt imødegaaet af *Undén*, og jeg maa ganske slutte mig til ham.

Det ovenfor beskrevne Resultat hviler paa den Betragtning, at det, der sker ved Overgivelsen af Akkommodationsobligationen til B., — bortset fra Panteretten i den faste Ejendom — er det, at A. *herved giver B. Haandpant i en Fordring paa sig selv*. Ganske vist ikke en, en Tredjemand C. virkelig tilkommende Fordringsret overfor A., men en først gennem Pantsætningen opstaaende Fordring paa A. Men dette gjør, menes der, ingen Forskjel. En saadan ikke-eksisterende Fordring — »en Fordring, som Skyldneren har paa sig selv« — maa ligesaagodt kunne være Pantsætningsobjekt som en, en Tredjemand⁶¹ virkelig tilkommende Fordringsret overfor A. Med andre Ord man griber til *en kunstig Udvidelse af Panteretsgjenstandene*; kunstig, thi Lovgivningen har ikke havt denne Panteretsgjenstand for Øje ved Konkurs- og Panteretslovgivningen. Spørgsmaalet bliver nu, om dette virkelig er Meningen med Akkommodationsobligationens Overgivelse, og om, i bekræftende Fald, denne Udvidelse er lovmedholdelig. Ved Besvarelsen af dette Spørgsmaal følger jeg samme Fremstilling som *Undén*, og den følgende Undersøgelse om Akkommodationsobligatio-

¹⁸ Jul. Lassen i U. f. R. 1896 S. 641, Hdbg. I § 50 ved Note 28, Fr. Hagerup S. 171 Note 2 og vistnok ogsaa Aagesen Indledning til den danske Formueret S. 681 Noten. Saaledes ogsaa en Minoritet i svensk Højesteret i den af Undén S. 87—92 omtalte Retssag (ndfr. S. 352 Note 36). Om Retspraksis ndfr. S. 351—52.

¹⁹ Nytt juridiskt Arkiv 1878. II N: 2.

²⁰ Til Ret og Lovgivning 1888.

nen bliver i det væsentlige kun en Gjentagelse af, hvad *Undén* har udtalt. Men jeg maa dog under Hensyn til Spørgsmaalets Stilling her i Landet paa flere Punkter gaa noget udførligere frem, medens jeg paa den anden Side ikke skal dvæle ved de Bemærkninger hos *Undén*, der fremkomme, fordi hans Fremstilling angaaende det her foreliggende Spørgsmaal er et Led i hans Undersøgelse om og Forsvar for Berettigelsen af Konstruktionen »Panteret i Rettigheder«.²¹

Først spørges nu: hvad er Meningen med Overgivelsen af en Akkommodationsobligation til Haandpant? Der bortses herved indtil videre ganske fra den i Obligationen indeholdte Pantsætning af Ustederens faste Ejendom, se herom under d; vi tage som Eksempel en *Akkommodationsobligation, der ikke giver Pant*.²² For at holde uvedkommende Betragtninger ude, tænke vi os endvidere, at Akkommodationsobligationen lyder paa samme Beløb som den Skyld, den gives til Sikkerhed for. Og det forudsættes, at Fordringshaveren, som faar Akkommodationsobligationen til Pant, er vidende om, at Pantet ikke repræsenterer en virkelig Fordring. Skulde han i saa Henseende
62 være i god Tro, maa jo Pantsætteren (Skyldneren) være stillet overfor ham, som om Akkommodationsobligationen var en virkelig, Tredjemand tilkommende Fordring paa Skyldneren; denne »eksstinktive« Virkning vedkommer os ikke her.

Altsaa: A., som laaner 10.000 Kr. af B., giver ham i Haandpant et af A. til C. udstedt, med fornøden Paategning fra C. forsynet Akkommodationsgjældsbrief paa 10,000 Kr., der ikke er udrustet med Panteret. Hvilke Rettigheder tilsigter A. herved at give B., eller — hvad der retligt er det samme — hvad er Fordringshaveren beføjet til at antage for Skyldnerens Mening med Pantsætningen? Paa Forhaand synes det antageligt, at Meningen er at give B. en Retsstilling, der svarer til den, som B. vilde faa derved, at en C. virkelig tilkommende Fordring paa A. til Sikring af B.s Fordring paa A. pantsættes

²¹ Jeg benytter Lejligheden til at henlede Opmærksomheden paa *Undéns* Bog, der giver højst fortjenstfulde Bidrag til Belysning af den nævnte Retskonstruktion og adskillige i Forbindelse hermed staaende Retsspørgsmaal. En kort Anmeldelse af Bogen har jeg givet i *Svensk Juristtidning* I S. 415 ff.

²² Se om Benyttelsen af saadanne i Sverige *Undén* S. 63—65, 85; her i Landet forekomme saadanne Akkommodationsobligationer vistnok ikke.

til B. af C. eller med C.s Samtykke af A. Naturligvis kunne særlige Omstændigheder og Tilkjendegivelser vise, at noget andet og mere har været tilsigtet, jfr. nedenfor S. 346—48; herom kan Intet i Almindelighed siges, og herfra kan indtil videre bortses.

b. *De Haandpanthaveren i en virkelig Fordringsret* i Tilfælde af, at Skyldneren ikke betaler i rette Tid, tilkommende Beføjelser ere regelmæssig ²³ *Realisationsbeføjelsen* ∴ Ret til at sælge Pantet til Fyldestgjørelse efter Lovgivningens Regler herom (K. L. § 155) og *Inddrivelsesbeføjelsen* ∴ Beføjelsen til at inddrive den til Pant givne Fordring. Opnaar Fordringshaveren ved Benyttelsen af en af disse Beføjelser fuld Dækning, er den sikrede Fordring ophørt; opnaar han mere end Dækning, maa Overskuddet udover den sikrede Fordring afgives til Pantets Ejer. Opnaar Fordringshaveren ikke fuld Dækning ved Beføjelsens Udøvelse, har han den udækkede Rest af den sikrede Fordring og kun denne Rest til Gode hos Skyldneren. Det Tilfælde, som det her gjælder Sammenligning med, er det, at *den til Haandpant* ⁶³ *givne Fordring er en Fordring paa Skyldneren selv*, f. Eks. A., som skylder B. 10,000 Kr., har med C.s Samtykke givet B. til Sikkerhed en C. paa A. tilkommende Gjældsbrieffordring paa 10,000 Kr. Har nu B. realiseret den pantsatte Fordring, og har Salget indbragt 4000 Kr., staar Kjøberen i Realisationssalget — vi sætte, at dette er B. selv — med en Fordring paa A. paa 10,000 Kr., og B. har endvidere 6000 Kr. til Gode hos A. Kommer derefter A. under Konkurs, kan det omtvistet, om B. staar saaledes, at han i Konkursboet kan fordre Dividende af 10,000 Kr. + 6000 Kr., medens C. konkurrerer med et Regreskrav paa 4000 Kr., eller om B. kan fordre Dividende af 10,000 Kr. + 10,000 Kr., saaledes at han maa afgive til C., hvad han opnaar udover 16,000 Kr., saa at C. intet Regreskrav kan gjøre gjældende i Boet. Dette Spørgsmaals Afgjørelse, der afhænger af, hvorledes man forstaar K. L. § 18, og i hvilket Omfang man vil anvende denne Lovbestemmelses Analogi, vedkommer os ikke her. Hvis B. forinden A.s

²³ Naturligvis er der Intet til Hinder for, at en Skyldner giver sin Fordring paa Tredjemand til Sikkerhed saaledes, at Fordringshaveren ikke skal kunne realisere den, men være henvist alene til at tage Fyldestgjørelse gennem Fordringens Inddrivelse, f. Eks. Pantsætning af Veksel, som forsynes med Prokuraendossement, jfr. det ovfr. S. 338 refererede Retstilfælde.

Konkurs har benyttet sin Inddrivelsesbeføjelse og herved har opnaaet 4000 Kr., kan han i Konkursboet fordre Dividende af 16,000 Kr. Kommer A. under Konkurs, forinden B. har realiseret eller inddrevet, kan B. i Konkursboet fordre Dividende af baade den sikrede og den pantsatte Fordrings fulde Beløb;²⁴ nogen Regres overfor Boet har C. i saa Fald ikke. Som det vil ses, kommer Konkursboet i intet Tilfælde til at svare Dividende af et større Beløb end det, som det skulde have givet Dividende af, hvis Pantsætningen ikke havde fundet Sted. Boets Stilling er kvantitativt upaavirket af Pantsætningen; ved denne er der kun sket den Forandring, at en Dividende, som ellers vilde være tilfaldet C., nu tilfalder en anden.

En Pantsætning af den her omhandlede Art, Pantsætning af en Fordring paa Skyldneren i det sikrede Forhold, vil altsaa, bortset fra Konkurstilfælde, ikke være Panthaveren til nogen nævneværdig Nytte udover det, at han — idet det er lettere at finde en Kjøber til et Gjælds-
 64 brev end til en mundtlig Fordring — hvis den sikrede Fordring ikke var en Gjældsbrevsfordring, opnaar overfor en modvillig Skyldner at kunne skaffe sig Fyldestgjørelse ved at realisere det til Pant givne Gjælds-brev. Den ham som Panthaver tilkommende Inddrivelsesbeføjelse er udenfor Konkurs materielt betydningsløs; han kunde lige-saa godt have inddrevet den sikrede Fordring. I Virkeligheden bliver Pantsætningen kun af Betydning for Panthaveren, naar Skyldneren kommer under Konkurs, idet den forskaffer ham forøget Dividende i Konkursboet. Betydningen af C.s Samtykke til Pantsætningen bliver praktisk taget kun en Hjælp for B. for Tilfælde af A.s Konkurs.²⁵ Paa den anden Side skader Dispositionen, som oplyst, ikke Konkursboet, og der kan altsaa ikke rejses nogen Indvending mod dens Gyldighed.

c. Efter denne Digression skal den ovfr. S. 342—43 omtalte *Pantsætning af en Akkommodationsobligation, der ikke giver Pant*, fortolkes og retligt bedømmes. Som bemærket, kan det paa Forhaand ikke antages at være Meningen at give Fordringshaveren yderligere Beføjelser end dem, der vilde tilkomme ham ifølge Pantsætning af en virke-

²⁴ Nogle ville dog mene, at B. ikke kan kræve Dividende af den sikrede Fordrings fulde Beløb, se ndfr. III S. 382—85.

²⁵ Hagen S. 109—110.

lig Fordring paa Skyldneren; paa den anden Side synes det paa Forhaand antageligt at være Meningen at tillægge ham disse med de Modifikationer, som følge af Forholdenes Forskjellighed. Forskjellen er jo den, at Akkommodationsobligationen, som pantsættes, ikke repræsenterer en virkelig, bortset fra Pantsætningen, eksisterende Fordringsret mod Skyldneren, men er en gennem Pantsætningen skabt Fordring, og den Person, der svarer til C. som den pantsatte Fordrings Ejer i det under b. omtalte Tilfælde, er her Skyldneren selv. Der spørges altsaa: maa det antages at være Meningen med Akkommodationsobligationens Pantsætning at indrømme Fordringshaveren Ret til, ligesom ellers en Panthaver, til Fyldestgjørelse af den sikrede Fordring at inddrive eller realisere Akkommodationsobligationen, og ere i saa Fald disse Indrømmelser retsyldige?

En *Inddrivelsesret svarende til den under b. beskrevne vil, saalænge A. ikke er kommen under Konkurs*, bestaa i Beføjelse til at tilegne sig 65 Akkommodationsobligationens Beløb, saavidt det udkræves til den sikrede Fordrings Fyldestgjørelse med tilsvarende Afskrivning paa den sikrede Skyld; skulde Akkommodationsobligationen lyde paa et større Beløb end den sikrede Fordring, vil Fordringshaveren dog kun kunne tilegne sig denne sidstes Beløb. Denne Beføjelse kan det vel nok antages at være Meningen at tillægge Fordringshaveren. Men om man antager dette eller ikke, er for den foreliggende Undersøgelse ligegyldigt. Indrømmelsen af denne Beføjelse giver ikke Fordringshaveren nogen større Ret end den, han før havde, og paalægger ikke Skyldneren nogen ny materiel Forpligtelse. Den bliver følgelig uden Betydning for hans Konkursbo. Med det Tilfælde for Øje, at Akkommodationsobligationens Beløb skulde være større end den sikrede Fordrings, kunde man dog muligvis, i det man formulerer den til Tilfældet under b. svarende Inddrivelsesret saaledes, at Fordringshaveren kan inddrive Akkommodationsobligationens fulde Beløb med Forpligtelse til at tilbagegive, hvad der derved indkommer udover det sikrede Beløb, gjøre gjældende, at hertil vil overfor Konkursboet svare den Beføjelse at kunne kræve Dividende af Akkommodationsobligationens Beløb og beholde den saaledes beregnede Dividende, saavidt denne ikke overstiger den sikrede Skyld. Vi komme her ind paa Spørgsmaalet om, *hvilken Anmel-*

delsesbeføjelse overfor Skyldnerens eventuelle Konkursbo det maa antages at være tilsigtet at give Fordringshaveren ved Akkomodationsobligationens Pantsætning, og der spørges først, hvilken Anmeldelsesbeføjelse vil svare til den i det under b. omhandlede Tilfælde angivne? I det under b. angivne Tilfælde vilde Fordringshaveren, der hverken har inddrevet eller realiseret den pantsatte Fordring, i Skyldnerens Bo kunne kræve Dividende baade af det sikrede og af det pantsatte Fordringsbeløb, indtil han har opnaaet Fyldestgjørelse af den sikrede Fordring. Men det her foreliggende Tilfælde er forskelligt fra det under b. omhandlede deri, at den pantsatte Fordring her »tilhører Skyldneren selv«, og den, der har Pant i Skyldnerens Ejendele, kan i hans Konkursbo kun fordre Dividende af den Del af den sikrede Fordring, som 66 ikke dækkes af Pantet, K. L. § 130. Den til Tilfældet under b. svarende Anmeldelsesbeføjelse vilde altsaa ikke være Beføjelse til at kræve Dividende af begge Fordringer, men Beføjelse til at kræve Dividende af Akkomodationsobligationens Beløb og af den Del af den sikrede Fordring, som ikke dækkes af denne Dividende. Hvorledes man praktisk vilde finde sig til Rette med Beregningen af denne Dividende, henstilles; Undersøgelsen heraf vil være uden Betydning.

Hvad enten nemlig Meningen antages at være den at tillægge Fordringshaveren Beføjelse til at fordre Dividende af begge Fordringer eller den at give ham Beføjelse til at kræve Dividende af Akkomodationsobligationen og en Del af den sikrede Fordring (Akkomodationsobligationen forudsættes at lyde paa mindst ligesaa stort et Beløb som den sikrede Skylds), vil Vedtagelsen fra vort Udgangspunkt, at Fordringshaveren udenfor Konkurs ikke kunde kræve mere af Skyldneren end den sikrede Fordrings Beløb, være ugyldig som stridende imod K. L. §§ 1 og 35, se ovfr. S. 333. Dette rammer ogsaa den ovfr. S. 345 omtalte Opfattelse, at Fordringshaveren, naar Akkomodationsobligationens Beløb er større end den sikrede Fordrings, skulde kunne kræve Dividende af dette større Beløb. Ganske vist forekommer der Tilfælde, hvor der i et Konkursbo kan kræves Dividende af et større Beløb end det, der skyldes, K. L. § 18, Lov om Tvangsakkord 14. April 1905 § 32. Men Paatagelse af Pligt til at betale et Beløb, saaledes at dog en Del af det straks skal gives tilbage, er materielt kun Paatagelse af Pligt til

at betale det mindre Beløb og kan altsaa ikke medføre Ret til at kræve Dividende i Skyldnerens eventuelle Konkursbo af mere end dette mindre Beløb.

Maa den Fordringshaveren ved Akkommodationsobligationens Pantsætning tillagte Inddrivelsesret antages udenfor Konkurs kun at være en Beføjelse til at tilegne sig den sikrede Fordrings Beløb, vil Fordringshaveren altsaa ikke i Skyldnerens Konkursbo kunne kræve Dividende af mere end den sikrede Fordrings Beløb. Men der kan da spørges, om det ikke er Meningen med Akkommodationsobligationens Pantsætning at give Fordringshaveren Beføjelse til i Tilfælde af Skyldnerens Mora at inddrive hos denne selv Akkommodationsobligationens Beløb og beholde det *ved Siden* af den sikrede Skyld (*»udvidet Inddrivelsesret«*). I Retshandelens Form som Pantsætning savner, som paavist, denne Forstaaelse enhver Tilknytning,²⁶ og her i Landet vil vistnok Ingen antage, at dette er Meningen. Skulde alligevel dette antages at være tilsigtet,²⁷ kan man ganske vist ikke direkte paaberaabe sig K. L. §§ 1 og 35 for Dispositionens Ugyldighed. Men hvad der foreligger, er i Virkeligheden kun en mod det eventuelle Konkursbo rettet Disposition af den ovfr. under 2 omhandlede Art, der er ugyldig som Omgaaelse.²⁸

Altsaa: Inddrivelsesbeføjelse kan kun antages tillagt Fordringshaveren som Beføjelse til at tilegne sig hos Skyldneren den sikrede Fordrings Beløb, og forsaavidt en videregaaende Inddrivelsesbeføjelse er tillagt ham, er Indrømmelsen heraf ugyldig. Spørgsmaalet bliver dernæst, om Meningen med Akkommodationsobligationens Pantsætning kan antages at være at tillægge Fordringshaveren en *Realisationsbeføjelse*, der svarer til den, som tilkommer Panthaveren i en virkelig Fordring. Antages dette, og antages Retshandelen forsaavidt at være gyldig, bliver Retsstillingen følgende: Fordringshaveren, der har solgt Akkommodationsobligationen til sin Fyldestgjørelse, har fremdeles overfor Skyldneren Krav paa den ved Realisationssalget udækkede Del af

²⁶ Undén S. 68, 70, 74, 92—93.

²⁷ At Schl. H. R. D. III 426 ikke repræsenterer dette Standpunkt, fremgaar af, hvad der ndfr. S. 351 bemærkes om denne Dom.

²⁸ Undén S. 67, 68.

den sikrede Fordring, og Kjøberen i Realisationssalget bliver For-
dringshaver overfor Skyldneren med Akkommodationsobligationens
paalydende Beløb. Dette Resultat kan ikke afværges ved, at Skyldne-
ren under Realisationsauktionen møder og oplyser Forholdets Sammen-
hæng. Fordringshaveren har jo efter Forudsætningen en lovlig Ret til
ved Salget at gjøre sin Skyldner til Skyldner for Obligationens Beløb.
Opnaar Fordringshaveren B. i det ovenfor S. 333 angivne Eksempel ved
Realisationssalget en Dækning af 1000 Kr., hæfter A. fremdeles for
9000 Kr. af den sikrede Fordring. B. kan endvidere, hvis han selv er
Kjøber i Realisationssalget, fordre hos A. Akkommodationsobligatio-
68 nens Beløb, og det uanset, at dette var større end den sikrede For-
dring,²⁹ i vort Eksempel 10,000 Kr., i alt 19,000 Kr. Og kommer B.
senere under Konkurs, kan B. i Boet fordre Dividende af 19,000 Kr.,
og denne Dividende beholder han, selv om den overstiger den sikrede
Fordrings Beløb. Forholdet bliver det samme, naar B. foretager Reali-
sationssalg, efter at A. er kommet under Konkurs; Forpligtelsen paa-
hvilede jo allerede før Konkursen A. som betinget. Saalænge B. ikke
har realiseret, staar han vel saaledes, at han i Konkursboet kan fordre
Dividende afsat i Forhold til Akkommodationsobligationens Beløb for
dennes eventuelle Kjøber. Men han kan ikke ved Siden heraf fordre
Dividende af den sikrede Skyld med dennes fulde Beløb; der maa,
da Skyldneren selv er »Ejer af Pantet«, finde en Reduktion Sted, se
ndfr. under III.

Det er denne Retsstilling, som, efter hvad der ovenfor S. 341 ved
Note 18 er bemærket, ifølge en her i Landet udbredt Anskuelse antages
at indtræde ved Akkommodationsobligationens Pantsætning.

Undén synes at mene, at det ikke kan antages at være Hensigten
med Akkommodationsobligationens Pantsætning at tillægge Fordrings-
haveren denne Realisationsbeføjelse.³⁰ Som sagt, her i Landet er det
vistnok ikke ualmindeligt antaget, at netop dette bl. a. er Meningen.

²⁹ Saaledes O. R. D. 1840 i J. U. I S. 405, se ndfr. S. 351. Fordringshaveren
havde her dog kun nedlagt Paastand om at erholde Akkommodationsobligatio-
nens Beløb (500 Rdl., den sikrede Fordring var 208 Rdl.), ikke om den
udækkede Del af den sikrede Fordring.

³⁰ Saaledes vistnok ogsaa Hagen l. c. S. 109—110. Nogle ville vel finde
det inkonsekvent at antage, at Realisationsbeføjelse er tillagt Fordrings-

Men selv om dette har været Meningen, kunne de herved tilsigtede Retsvirkninger ikke indtræde. Dispositionen er forsaavidt kun en Underart af de ovenfor under 2. omhandlede Poenalstipulationer, der maa være ugyldige ³¹ som Omgaaelse af Konkurslovgivningen og Pante- 69 retslovgivningen. At Poenalstipulationens Effektivitet er betinget af et Realisationssalg, forandrer ikke Sagen; herved forøges ikke Fordringshaverens berettigede Interesse i Dispositionen, og herved formindskes ikke Faren for Konkursboet paa en Maade, der kan komme i Betragtning. Faktisk vil Udøvelsen af Realisationsbeføjelsen føre til omtrent samme Resultat som Udøvelsen af den S. 347 omhandlede »udvidede Inddrivelsesbeføjelse«; Udøvelsen vil jo kun blive aktuel, naar Skyldneren staar paa svage Fødder, og i saa Fald vil der kun blive budt meget lidt for Fordringen, naar den realiseres,³² jfr. det ovfr. S. 338 refererede Retstilfælde. Skyldneren skylder uanset Akkommodationsobligationen ikke mer end den sikrede Fordrings Beløb til Fordringshaveren, og denne kan ikke lovligt ved at realisere Obligationen gjøre ham til Skyldner for mere.

Retsstillingen, hvis dette anerkjendes, bliver, i Modsætning til den S. 347—48 angivne følgende: Ganske vist er der den Mulighed tilstede, at Fordringshaveren ved at sælge Akkommodationsobligationen til en godtroende Tredjemand bevirker, at denne ifølge Grundsætningen i Fdn. 9. Febr. 1798 § 2 bliver Kreditor overfor Skyldneren og altsaa overfor hans eventuelle Konkursbo ifølge Akkommodationsobligationen med dens paalydende Beløb, og det uanset at dette overstiger den sikrede Fordrings. Men herved bliver Fordringshaveren erstatningspligtig overfor Skyldneren, eventuelt overfor hans Konkursbo. Møder Skyldneren under Realisationssalget med Oplysning om Sagens Sammenhæng, er hermed den til ovennævnte eksstinktive Erhvervelse af

haveren, medens man antager, at den S. 347 omhandlede »udvidede Inddrivelsesret« ikke er tillagt ham, jfr. Undén S. 75—76, D. i U. f. R. 1915 S. 235. Hertil bemærkes, at Realisationsbeføjelsen, selv om den faktisk virker paa omtrent samme Maade som Inddrivelsesbeføjelsen, se ndfr. i Teksten, dog føles som mindre brutal.

³¹ Undén S. 72—76, Hagen l. c. S. 110.

³² Undén S. 75—76.

Gjældsrevet fornødne gode Tro hos Kjøberen udelukket.³³ Men om Retsstillingen i saa Fald kunde der maaske være nogen Tvivl. Man kunde antage, at Salget virker som en Diskontering, saaledes at C. ved Købet erhverver Krav efter Gjældsrevet, saavidt den sikrede Fordring rækker, medens Fordringshaveren har mistet denne, jfr. ovfr. S. 336. Men dette har aabenbart ikke været tilsigtet ved Salget; B.s
 70 Benyttelse af Panterealisationens Form viser, at det er hans Mening at beholde den underliggende (sikrede) Fordring, forsaavidt den ikke dækkes ved Realisationssalget. Ifølge denne Betragtning erhverver C., der er underrettet om Sammenhængen, ikke ved Realisationssalget nogen Fordringsret mod A. udover det, at han er indtraadt i det sikrede Krav, saavidt som han ved Betaling til B. har frigjort A. for dette, og ikke en Gang dette Krav kan han gjøre gjældende, hvis det sikrede Krav er et Gjældsrevskrav, og han ikke kan præsentere Gjældsrevet, se ovfr. S. 339 Note 12. I Skyldnerens Konkursbo vil der, bortset fra den omtalte eksstinktive Erhvervelse, ikke kunne fordres Dividende af mere end den sikrede Fordrings Beløb.

Undersøgelsen har vist, at Pantsætningen af en Akkommodationsobligation, som ikke selv er forsynet med Pant, er uden materiel Retsvirkning, materielt ugyldig. Udvidelsen af Pantsætningsobjekterne til at omfatte »Skyldnerens Fordring paa sig selv« viser sig at være ulovmedholdelig som stridende imod Konkurslovgivningens Formaal. De Interesser, som Fordringshaveren knytter til en saadan Disposition, kunne ikke komme i Betragtning. Og paa den anden Side indeholder denne Pantsætning *ikke nogen saadan Opofrelse fra Skyldnerens Side, som Panteretsinstituttet ifølge Formaalet med Reglerne om Pantsætningsformerne kræver*, se ovfr. S. 329 og 331; Skyldneren afskjærer sig ved saadan Pantsætning ikke engang fra nogen retlig Raaden, som ellers vilde tilkomme ham. Allerede ifølge disse sidste Betragtninger alene vilde man naa til det Resultat, at Skyldnerens Pantsætning af »en Fordring, som han har paa sig selv«, ikke vilde kunne staa sig overfor Konkursboet. Men betonede man alene dette, vilde Pantsætningen være bindende for Skyldneren seiv; at den ikke engang har denne Virkning, maatte begrundes ved Henvisning til K. L. §§ 1 og 35.

³³ Jfr. den ovfr. S. 338 refererede Decision.

d. Den Omstændighed, at Akkommodationsobligationen giver *Pant i fast Ejendom*, kan ikke medføre, at det Indhold, den ved Siden heraf maatte have, faar nogen Gyldighed, som det ellers ikke vilde have.³⁴ Det er imidlertid blevet antaget,³⁵ at en Højesteretsdom af 8. Decbr. 71 1828 i Schl. H. R. D. III S. 426 med Hensyn til en med Pant i fast Ejendom forsynet Akkommodationsobligation skal have statueret, at Auktionskjøberen af denne kunde gjøre den gjældende efter dens fulde Beløb, og det selv om dette var større end det sikrede Beløb, uanset at det under Auktionen var blevet oplyst, at Obligationen var en Akkommodationsobligation. Men en Undersøgelse af Højesterets Voteringsprotokol viser, at denne Forstaaelse af Dommen er urigtig. Den angaar et Tilfælde, hvor A. havde udstedt en Akkommodationspantobligation til B., for at denne derpaa kunde rejse et Laan *til sig selv*; Akkommodationsobligationen var benyttet til Stiftelse af en Kaution. B. havde benyttet den til at rejse sig et Laan i Nationalbanken. Banken solgte ved offentlig Auktion Obligationen til C., og under Auktionen blev det meddelt, at Obligationen var udstedt pro forma, for at B. kunde optage Laan til sig for den i Banken. Da saa C. gjorde Obligationen gjældende mod A., fremsatte denne den Indsigelse, at Obligationen var udstedt pro forma, og at C. ligesaa lidt kunde støtte nogen Ret overfor ham paa den, som B. vilde have kunnet det; *nogen Indsigelse om, at der var laant mindre paa Obligationen end dens Paalydende, var ikke fremsat*. Dommen statuerede, at ligesom Banken selv, naar B. ikke indfrie sit Laan, havde kunnet gjøre Obligationen gjældende mod A. efter dens Paalydende, maatte den, uanset den paa Auktionen stedfundne Meddelelse, kunne overdrage Ret hertil til C. Dommen angaar altsaa ikke de her foreliggende Spørgsmaal, om end Vendinger i den kunne tyde paa, at den bestridte Opfattelse ikke har været Højesteret fremmed. Derimod antager en Overretsdom af 1840 i J. U. I S. 405, se ovfr. S. 348 Note 29, at en Akkommodationsobligation, der paa Fordringshaverens Realisationsauktion var blevet kjøbt af ham selv, af ham kunde gjøres gjældende for dens fulde Beløb 500 Rdl., medens han kun havde givet et Laan af 208 Rdl. paa den. Denne Retsafgjø-

³⁴ Undén S. 81—82, Hagen l. c. S. 106—112.

³⁵ Saaledes Jul. Lassen i U. f. R. 1890 S. 614.

relse er den eneste danske, som repræsenterer den ovfr. S. 340—41
 72 fremstillede, under c. imødegaaede Opfattelse; yngre Retsafgjørelser angaaende denne Side af Akkommodationsobligationen foreligge ikke. Hvis man fra Stillingen i Praksis overfor andre Omgaaelsesforsøg, rettede imod Konkursboet, kan drage nogen Slutning angaaende det foreliggende Æmne, maa det vel blive den, at man, ligesom det er sket overfor de saakaldte Møbellaan (se herom under II), vil forsøge at komme saa langt som muligt ved at præsumere, at hverken den ovfr. S. 347 omtalte »udvidede Inddrivelsesbeføjelse« eller den i det foregaaende bestridte Realisationsbeføjelse er tillagt Panthaveren. Og skulde de foreliggende Kjendsgjæringer udvise, at det virkelig har været Meningen at tillægge Panthaveren disse Beføjelser eller dog Realisationsbeføjelsen, stiller i alt Fald en enkelt Retsafgjørelse, nemlig den ovenfor S. 338 omhandlede Decision i U. f. R. 1915, 235, det i Udsigt, at Dispositionen vil blive kjendt uforbindende for Skyldnerens Konkursbo.³⁶

Det antages derefter, at Akkommodationsobligationens Overgivelse til Fordringshaveren kun har materiel retlig Virkning,³⁷ forsaavidt angaar den deri indeholdte Pantsætning af Skyldnerens Ejendom. Og det formenes hermed oplyst, at *Skyldnerens Selvkautivering* (ovfr. S. 334) *er ugyldig i alle dens Former*.

Hermed er Undersøgelsen om Akkommodationsobligationen afsluttet, forsaavidt den vedrører denne Afhandlings Æmne. Men nogle Ord skulle dog tilføjes om *Betydningen af den i Akkommodationsobligationen indeholdte Pantsætning af Skyldnerens faste Ejendom*.

Der findes Laangivere, som foretrække at erholde til Sikkerhed en
 73 Panteobligation i en fast Ejendom i Stedet for direkte at faa Pant i

³⁶ Om norsk Praksis findes Bemærkninger hos Hagerup S. 171 Note 2; en yngre norsk Overrettsdom af 1907 i Norsk Retstidende 1910 S. 640, tildels gengivet af Undén S. 92—94, synes at nærme sig til den her forsvarede Opfattelse. Om svensk Praksis se Undén S. 81 Note 2 og S. 85—92, hvor det oplyses, at den svenske Højesteret i 1913 imod en Minoritet paa 7 Medlemmer, se ovfr. S. 341 Note 18, har nægtet Kjøberen paa Realisationsauktionen over en Akkommodationsobligation Ret til i Udstederens Konkursbo at erholde Dividende af Obligationens paalydende Beløb.

³⁷ Der bortses her fra den paa en Akkommodationsobligation tegnede Kautionserklæring, se herom Undén S. 77—81.

Ejendommen. Og Ejeren af en fast Ejendom har Interesse i at udstede en Akkommodationsobligation for paa Forhaand at have en færdig Obligation liggende, som han ved Lejlighed kan benytte til Kreditbasis, være sig ved Pantsætning eller Transport.³⁸ Til Fyldestgjørelse af saadanne Øjemed, der andetsteds imødekommes ved Anerkjendelse af »Ejerpantet«³⁹ (og Grundschildinstituttet), er det sædvanmæssigt anerkjendt, at Ejeren af en fast Ejendom ved en Akkommodationsobligations Udstedelse og Thinglæsning kan skabe sig et Kreditgrundlag, som, skjønt Ret ifølge Obligationen først stiftes ved dens Benyttelse, indenfor visse Grænser i Kollisionstilfælde har Gyldighed fra Thinglæsningsdagen⁴⁰ (Udstedelsesdagen). Hvilken er saa Retsstillingen, naar ifølge en Akkommodationsobligations Udstedelse Panteret i den faste Ejendom i Overensstemmelse med disse Regler lovligt er stiftet, og naar Panterealisationssalg har fundet Sted? Som Eksempel vælges, at A. til Sikkerhed for Forstrækninger fra B. har overgivet denne som Haandpant en Akkommodationsobligation, lydende paa 12,000 Kr. med første Prioritet i A.s faste Ejendom; A. har faaet Forstrækninger af B. til Beløb 10,000 Kr. Kjøberen i det eventuelle Salg af Obligationen tænkes underrettet om Sammenhængen; der bortses ganske fra al eksstinktiv Virkning af Salget.

Man kunde tænke sig, at Forholdet — idet Pantebrevets Angivelse af personlig Skyld som irrelevant bortelimineres — retligt opfattes og behandles paa samme Maade, som om Gjældsbrief med Pant var udstedt af Skyldneren direkte til Fordringshaveren, jfr. ovfr. under 3. 74 Efter denne Opfattelse kan B. inddrive Obligationen hos Skyldneren, saaledes at han for den sikrede Fordrings Beløb 10,000 Kr. (med Ren-

³⁸ E. Møller S. 164.

³⁹ Hagerup S. 170, 46 Note 39, Torp-Grundtvig S. 569—576, E. Møller S. 287—288, 407—410, 442 ff., N. Lassen i T. f. R. IV S. 84—86, Undén S. 83.

⁴⁰ Se herom og om Løsningen af de forskjellige Tvivl, som i saa Henseende opstaa, Torp-Grundtvig S. 672—673, 675, 569—575, E. Møller S. 164—169, 184 Note 40, 389, Hagerup S. 171—172, E. Hambro i N. Rt. 1914 S. 4—5 og i T. f. R. XXVI S. 30—32, H. R. T. 1903, 258 (U. f. R. 1903 B. 283), 1888, 644 (U. f. R. 1889, 155), 1886, 581 (U. f. R. 1887, 210), 1907, 475 (U. f. R. 1908, 74, U. f. R. 1909, 193, 1887, 319. Jfr. iøvrigt D. i U. f. R. 1912, 105, 1892, 296, 1885, 281, J. T. IV 1 S. 165, H. R. D. 30. Juni 1823 i Foræte 1823 S. 336.

ter og Omkostninger) kan holde sig til den faste Ejendom. Hvad der ved denne Realisation maatte indkomme herudover, tilbagegives til Skyldneren; indbringer Ejendommens Salg mindre, har B. fremdeles sin Fordring imod Skyldneren for Restbeløbet. Sælger B. Obligationen til T. underhaanden eller ved frivillig Auktion, faar Kjøberen ved Kjøbet en Fordringsret mod Skyldneren paa 10,000 Kr. med Pant i den faste Ejendom som i Obligationen angivet. Hvad han ved Ejendommens Realisation maatte faa ind udover dette Beløb, maa afgives til Skyldneren; faar han mindre ind, har han Restfordring mod Skyldneren. Og B. har herefter ikke længer nogen Fordring paa A.; det bliver uden nogen Betydning for denne, hvad T. har givet for Obligationen. Men hvorledes, naar, som det vel altid sker, B. realiserer Obligationen ved Tvangssalg og saaledes viser, at det er Meningen, at han skal beholde den sikrede Fordring, saavidt denne ikke dækkes ved Realisationssalget? Kjøberen vilde da, jfr. ovfr. S. 349—50, kun erhverve en Fordringsret imod A. med det Beløb, som han ved Betaling til B. har frigjort A. for, og hvad Panteret i Ejendommen angaar, maa Kjøberen i alt Fald kun kunne erhverve Panteret for dette Beløb : Ingen kunde være tjent med at optræde som Kjøber i Tvangssalget af en Akkommodationsobligation, naar han var underrettet om Sagens Sammenhæng.

Den tænkte Opfattelse viser sig saaledes umulig at gennemføre. Den vilde ikke gjøre Øjemedene med Beskyttelsen af Akkommodationsobligationen Fyldest, særlig ikke de Øjemed, som finde Udtryk deri, at visse Instituter ikke give Laan mod direkte Pant i fast Ejendom, men vel mod Pant i en Akkommodationsobligation med Pant i fast Ejendom. Opfattelsen vilde gjøre det uforklarligt, hvorfor Akkommodationsobligationen i Almindelighed udstedes med et større Beløb end den sikrede Fordring, selv om dette ikke er begrundet ved Uvished om, hvor stort et Laan, der vil blive rejst paa den. Og selve Dispositionens Udtryk vise, at det netop ikke er tilsigtet at give Fordringshaveren direkte Pant i den faste Ejendom, men en Retsstilling, hvis Beskaffenhed nogenlunde oplyses ved Betegnelsen »Pant i Panteret over en fast Ejendom«.

Man føres da ind paa den af *Undén* S. 82—92 forsvarede Opfattelse: Som pantsat betragtes med Virkning som Haandpantsættelse den

i Akkommodationsobligationen angivne Del af den pantsatte Ejendoms Værdi, i det valgte Eksempel de første 12,000 Kr. af, hvad den ved Salg kan indbringe. Kun dette Pant, ikke Akkommodationsobligationen som Bærer af den sikrede Fordring eller af en selvstændig Fordring er Gjenstand for Fordringshaverens Realisationssalg. Fordringshaveren kan vel, saalænge han ikke har realiseret Obligationen, i Analogi med den Inddrivelsesret, der tilkommer den, som har faaet en Fordringsret i Haandpant, tage Dom over Skyldneren for det sikrede Beløb og udnytte Panteretten i den faste Ejendom, men ikke udover det sikrede Beløb. Og B. har ikke nogen Ret til at sælge Obligationen paa anden Maade end efter Reglerne om Realisation af Haandpant. T., der har kjøbt Obligationen ved B.s Realisationssalg, f. Eks. for 8000 Kr., kan tilegne sig og beholde, hvad Ejendommen ved senere Tvangssalg — i Overensstemmelse med Reglerne om Tvangssalg af fast Ejendom — indbringer indtil et Beløb af 12,000 Kr. (med Renter og Omkostninger), men nogen personlig Fordring mod A. har han ikke, og B. staar fremdeles med en Fordring overfor A. paa 2000 Kr. Har B. selv paa Tvangsauktionen overtaget denne for 8000 Kr., kan han tilegne sig den pantsatte Ejendoms Værdi indtil et Beløb af 12,000 Kr. og ved Siden heraf kræve den udækkede Del af den sikrede Fordring, 2000 Kr. En Opfattelse som den angivne synes, om end under forskellig Uklarhed, at ligge til Grund for den ovfr. S. 352 Note 36 omtalte svenske Højesteretsdom.

Disse Resultater ses ikke at komme i Strid med noget almenanerkjendt reelt Retshensyn, f. Eks. Hensynet til Skyldnerens Kreditorer. Resultaterne blive de samme, som naar en rørlig Ting af uvis Værdi er givet i Haandpant. Ifølge en Lovgivningspræsumption vil en Tvangsauktion — eller andet Haandpanthaveren til hans Fyldestgjørelse anvist Tvangssalg — gennemsnitligt indbringe Pantets Værdi; det lyst- 76 havende Publikums Skjøn over Pantets Værdi præsumeres gennemsnitligt at være rigtigt. Slaar dette til, lider Skyldneren, eventuelt hans Konkursbo, ikke kvantitativt nogen Skade ved Realisationen af Pantet. Har Skjønnet om den pantsatte Tings Værdi paa Realisationens Tidspunkt været urigtigt i den Retning, at det gaar for højt, bliver dette til Skyldnerens Fordel og til Skade for Kjøberen, han har gjort et daarligt

Kjøb. Gaar Skjønnet for lavt, bliver det til Skyldnerens Skade, Køberen har gjort et gunstigt Kjøb. Saaledes ogsaa her. Til Belysning tænke vi os, at i det valgte Eksempel den efterfølgende Tvangsauktion over den ved Akkommodationsobligationen pantsatte faste Ejendom indbringer 15,000 Kr. Var nu Skjønnet paa det Tidspunkt, da Obligationen blev realiseret, i Overensstemmelse hermed (eller gik det ud paa, at Ejendommen havde en endnu højere Værdi), vil Budet paa Obligationen ganske vist ikke gaa op til omkring 15,000 Kr.; det vil, da Køberen kun kan tilegne sig 12,000 Kr. af Ejendommens Værdi, præsumptivt blive omkring 12,000 Kr. Men dette skader ikke Skyldneren. Hvad B. ved sit Salg faar ind udover 10,000 Kr., skal han jo afgive til A., og hvad T. ved den senere Realisation af den faste Ejendom faar ind udover 12,000 Kr., skal ligeledes afgives til A.: A. er befriet for sin Skyld 10,000 Kr. ved en til dette Beløb svarende Opofrelse. Gik Skjønnet ud paa, at Ejendommen ikke er 12,000 Kr. værd eller end ikke 10,000 Kr., saa at Budet for Akkommodationsobligationen bliver f. Eks. 6000 Kr., er Resultatet ganske vist ugunstigt for Skyldneren. Han staar fremdeles overfor B. som Skyldner for 4000 Kr., og C. (eller B. selv som Auktionskøber) tager 12,000 Kr. af Ejendommens Værdi. Men dette er ikke andet, end hvad der ellers sker, naar et Pant sælges ugunstigt. Det viser højest, at der i al Almindelighed er Mangler ved Tvangsrealisationens Resultat som Værdimaaler.⁴¹ Men det ses ikke, at der i Akkommodationsforholdets Ejendommelighed er

77 Noget, som fremmer Forekomsten af slige Misforhold. At det kun er en begrænset Del af den faste Ejendoms Værdi, der er haandpantset, kan i alt Fald ikke volde Skade. At man i Akkommodationsforholdet har en særlig Fornemmelse af det omtalte Resultats Ubillighed, kommer vel kun deraf, at den senere Realisation af den faste Ejendom, der danner Mellemværendernes Afslutning, gjør Misforholdet mellem Pantets Værdi og det ved Pantets Realisation indvundne saa særligt iøjnefaldende. Ogsaa en Betragtning af de Resultater, som fremkomme, naar den senere Realisation af den faste Ejendom indbringer mindre end den sikrede Fordring, vil vise, at der her ikke foreligger andre Ulemper end ved andet Haandpant.

⁴¹ Jfr. bl. a. Steenbuch-Jensen og Sig. Thamsen i U. f. R. 1915 B. S. 41 ff., S. 123 ff.

Det forekommer mig altsaa, at denne Opfattelse fyldestgjør Akkommodationsforholdets berettigede Formaal uden at komme i Strid med noget realt Retshensyn. Men Behandlingen af dette Spørgsmaal hører ikke under det foreliggende Æmne, og de foranstaaende Bemærkninger tilsigtede kun at give Bidrag til en orienterende Oversigt.

5. Et andet Spørgsmaal om Udvidelse af Panteretsgjenstande udover dem, som Lovgivningen har havt for Øje, er det, om der kan stiftes Haandpant eller dog en haandpantlignende Ret over mundtlige Fordringer. For Sammenhængens Skyld udskydes Undersøgelsen herom til Fremstillingen i det følgende angaaende Transport af Fordringer, som er foretagen til Sikkerhed, se ndfr. II S. 366—69.

II. Ejendomsoverdragelse og Transport til Sikkerhed.

1. Til Stiftelse af Haandpant kræves Pantets Overgivelse til Fordringshaveren; finder Overgivelse ikke Sted, og ere heller ikke Reglerne for Underpants Stiftelse (Thinglæsning) iagttagne, savner Pantsætningen tinglig Retsbeskyttelse, altsaa, hvad der interesserer os her, Retsbeskyttelse overfor Pantsætterens Kreditorers individuelle Retsfølgning og overfor hans Konkursbo, Fdn. 28. Juli 1841 § 1. Til Undgaaelse af Afsavnet af den Ting, som skal tjene til Fordringshaverens Sikkerhed, har man saa fundet paa at *overdrage Ejendomsret til Sik-* 78
kerhed i Stedet for Panteret, saaledes at den overdragne Ting forbliver hos Overdrageren. Ejendomsoverdragelse af Løspøse i Almindelighed savner efter den almindelige Mening, der dog ikke kan paaberaabe sig noget Lovbud, som udtaler Regelen, ikke Retsbeskyttelse overfor Overdragerens Kreditorer, fordi Tingen forbliver hos Overdrageren. Men maa ikke denne Regel brydes, og Panteretsreglerne komme til Anvendelse, naar Ejendomsoverdragelse foretages i samme Øjemed som Pantsætning, nemlig til Sikkerhed for Opfyldelse af en Forpligtelse? Hvis ikke, vil, som Erfaringen har vist (»Møbellaan«), Panteretsregelens Formaali lide betydeligt Afbræk.

Den Stilling, som dansk Retspraksis har indtaget overfor dette Spørgsmaal, er i sine Hovedtræk almindelig bekendt; jeg har nærmere omtalt den i U. f. R. 1890 S. 619 ff., og i Hdbg. § 20 Note 27: Overfor

Tilfælde, hvor en Skyldner til Sikkerhed for en Ydelse har overdraget Fordringshaveren Ejendomsret over en Ting, som forbliver i Skyldnerens Værge, fulgte man først Proformasynspunktet; man nægtede Dispositionen Beskyttelse overfor Overdragerens Kreditorer under Paaberaabelse af, at i Virkeligheden kun en Pantsætning var tilsigtet. Og man gik herved efterhaanden udover naturlige Fortolkningsregler; man *præsumerede* mere eller mindre vilkaarligt, at kun en Pantsætning var ment. Dette Standpunkt blev i Længden uholdbart; man kom til Erkjendelse af, at i mange Tilfælde i Virkeligheden netop en Ejendoms-overdragelse og ikke blot en Pantsætning var tilsigtet. Saa kom Omslaget med en Højesteretsdom af 13. Febr. 1888 i U. f. R. 1888 S. 479. I et Tilfælde, hvor A. har solgt nogle Møbler til B. mod Erlæggelse af kontant Betaling, saaledes at Møblerne samtidig lejedes af A. og forblev hos ham, hvorhos der blev indgaaet Kontrakt med B. om Tilbagekøb mod Afbetaling, blev det ved den nævnte Dom udtalt, at der ved Retshandelen, »om endog en Ejendomsoverdragelse til C. derved havde været tilsigtet«, ikke kunde antages virkelig for ham at være stiftet en Ejendomsret, som kunde gøres gjældende imod A.s Konkursbo. At Ejendomsretten kun var overdraget til Sikkerhed, var under de foreliggende Omstændigheder ganske klart. Men dette paaberaaber Dom-
79 men sig ganske vist ikke; den giver ingen nærmere Begrundelse af sit Resultat. Imidlertid synes det klart, at ingen anden Begrundelse af Ejendomsoverdragelsens Uvirksomhed i Forhold til Konkursboet var mulig end den, at Overdragelsen var en Omgaaelse af Reglerne om Haandpants Stiftelse. Denne Retspraksis, hvorefter Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed, naar Tingen forbliver hos Overdrageren, kjendes uvirksom i Forhold til Overdragerens Kreditorer, er senere stadig fulgt. Og efterhaanden give Dommene udtrykkeligt Begrundelsen, se saaledes f. Eks. Højesteretsdom af 3. Oktober 1912 i U. f. R. 1912 S. 923, hvor der nægtedes en Ejendomsoverdragelse Retsbeskyttelse overfor Overdragerens Kreditor, fordi det maatte antages at være Formaalet med Retshandelen, at de overdragne Effekter, der forbleve hos Overdrageren, »skulde tjene til Sikkerhed for et Overdrageren ydet Laan, og Lovgivningens Regler om Stiftelse af saadan Ret ikke vare iagttagne«, se N. Lassen i T. f. R. XXV S. 339. I Dom af 2. Maj 1911 (U. f. R. 1911

S. 735) slutter Højesteret sig til Kriminal- og Politirettens Dom, som udtaler, at det med en Ejendomsoverdragelse maatte antages at være Meningen, at Effekterne, der forblev hos Overdrageren, skulde tjene til Sikkerhed for et modtaget Laan, og at Forholdet herefter — uanset at Formaalet søgtes realiseret ved en Gjenkjøbsret forbunden Ejendomsoverdragelse — rammes af Bestemmelserne i Fdn. 28. Juli 1841 § 1. Som et betegnende Modstykke til de nævnte Domme kan nævnes Højesteretsdom af 4. Oktbr. 1909 i U. f. R. 1909 S. 910, der erklærer en Ejendomsoverdragelse, som Overretten havde antaget for en Sikkerhedsstillelse, for virksom overfor Overdragerens Konkursbo, uanset at Besiddelsen var forblevet hos Overdrageren, da Ejendomsoverdragelsen efter de foreliggende Oplysninger »hverken kan antages at være sket pro forma eller til Sikkerhed for nogen Forpligtelse«.

Dansk Retspraksis har saaledes her anerkjendt Omgaaelsesregelen paa et praktisk vigtigt Omraade. Erfaringen havde vist, at Anvendelsen af Retsreglerne om Panterets Stiftelse paa Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed var nødvendig, hvis ikke disse Panteretsreglers Formaal skulde undergraves. Skyldnere havde erfaringsmæssigt vist sig ikke at sky det Overskud af Ofre, som Overdragelse af Ejendomsret til 80 Sikkerhed sammenlignet med Indrømmelse af Panteret forvolder dem. I Theorien har denne Retsanvendelse fundet almindelig Tilslutning, se foruden tidligere Citater *E. Møller* i T. f. R. IX S. 149, *Torp-Grundtvig* S. 365—367.

Mellem Forsvarerne af denne Anvendelse af Omgaaelsesregelen har der været adskillig Uenighed om *det nærmere Omraade for denne Anvendelse* og angaaende Bevissspørgsmaalene i saa Henseende,⁴² jfr. ovfr. S. 332. Herom bemærkes følgende:

For at Panteretsregelen skal komme til Anvendelse paa Ejendoms- overdragelse, naar Besiddelsen forbliver hos Overdrageren, maa det

⁴² Se herom Hagerup Om Tradition S. 99, Panteret S. 105—107, Jul. Lassen i U. f. R. 1890, S. 623—624, Torp-Grundtvig S. 367, E. Møller i T. f. R. IX S. 148—151, Lundstedt Om Lösöreköp S. 59—70, Undén S. 101—103. Jfr. Hagerup Bull i N. Rt. 1903 S. 9—14. Som det vil ses, sammenblandes Spørgsmaalet om Omgaaelsesregelens Rækkevidde jævnlgt med det, om virkelig en Ejendomsoverdragelse eller kun en Pantsætning er tilsigtet, se herom i det Følgende.

være gjort antageligt, at Overdragelsen har fundet Sted for at forskaffe Erhververen Fyldestgjørelse for en anden Ydelse; hvis saadant ikke er bevist eller fremgaar af Omstændighederne, kan Panteretsreglen ikke anvendes.⁴³ Men Overdragelse af Ejendomsret til Forskaffelse af Fyldestgjørelse af en anden Ydelse indbefatter ikke blot Overdragelse til Sikkerhed, men ogsaa Overdragelse til endelig Betaling (*datio in solutum*). Den endelige Betaling kan vistnok ikke, selv om den sker ved et nok saa usædvanligt Betalingsmiddel, rammes af Omgaaelsesreglen: Panteretsreglen, fordi den Ting, hvormed der betales, forbliver hos Skyldneren, se ndfr. S. 361; her maa man nøjes med Konkurslovens Afkræftelsesregler. Spørgsmaalet bliver da, hvorledes *Grænsen imellem de to Begreber, Overdragelse til Sikkerhed og endelig Betaling* i den heromhandlede Henseende bør drages. *Det reale Hensyn*, som bestemmer Grænselinien, er væsentligt Faren for Realisationen af Panteretsregelens Formaal. Denne Fare er utvivlsomt tilstede, naar Skyldneren har forbeholdt sig Ret til Gjenerhvervelse af den overdragne Ting ved den sikrede Ydelses Erlæggelse. Erfaringen har vist, at Skyldnere ikke føle Ejendomsoverdragelse med saadant Forbehold som et væsentligt større Offer end Indrømmelse af Panteret; paa den anden Side er i saa Fald Overdragelsen ikke Bærer af andre Interesser hos Erhververen, end en Panteret vilde være. Her maa Panteretsreglerne utvivlsomt anvendes.⁴⁴ Det samme gjælder, *naar Overdragelsen ellers er fiduciarisk*: ogsaa, naar vel ikke Tilbageerhvervelsesret oplyses at være betinget, men der dog maa gaas ud fra, at det mellem Parterne er Forudsætningen, at der holdes Skyldneren en Adgang aaben til at erholde den overdragne Ting tilbage mod den sikrede Ydelses Erlæggelse. Heller ikke i saa Fald føles erfarings-

⁴³ Se f. Eks. H. R. D. i U. f. R. 1909 S. 910, D. i U. f. R. 1916 S. 286, 1913 S. 986, 1912 S. 342, 1909 S. 801, 1902 S. 821, 1897 S. 733. Om alle disse Afgjørelser ere rigtige i Resultatet, kan dog omtvistes, se ndfr. S. 363 Note 55.

⁴⁴ Saaledes H. R. D. i U. f. R. 1912 S. 923, 1911 S. 735, 1893 S. 1171, 1888 S. 479; D. i U. f. R. 1909 S. 216, 1900 S. 92, 1896 S. 970, 1890 S. 291, jfr. dog maaske U. f. R. 1892 S. 990. Men at Gjenerhvervelse af en Ting forbeholdes ved dens Afhændelse, oplyser naturligvis ikke, selv om Tingen forbliver hos Overdrageren, at der foreligger Overdragelse til Sikkerhed, U. f. R. 1909 S. 801 (Ovfr. Note 43).

mæssigt Opofrelsen ved Ejendomsoverdragelse som væsentligt større end ved Pantsætning; ogsaa her maa Omgaaelsesregelen anvendes, hvis Formaalet med Panteretsregelen skal realiseres.⁴⁵ Ved Omgaaelsesregelens Begrænsning til de Tilfælde, hvor Tilbageerhvervelse oplyses at være betinget, vilde desuden mange Tilfælde, hvor saadan Ret virkelig er betinget, ikke rammes af den, idet saadan Aftale holdes skjult. At Overdragelsen er fiduciarisk, vil ofte fremgaa af den overdragne Tings Beskaffenhed, af Overdragerens Behov for den, og Fordringshaverens Mangel af Behov for den, af Fordringshaverens Næringsvej som Laanyder og deraf, at Overdragelsen har fundet Sted ifølge en Henvendelse om Erholdelse af et Laan, idet der paa Henvendelsen svares Laansøgeren, at man ikke vil yde Laan, men være villig til Kon- 82 tantkjøb o. s. v. Et noget omtvisteligt Spørgsmaal er det, om en Formodning — forudsat naturligtvis, at de S. 360 ved Note 43 omtalte Oplysninger foreligge — bør opstilles for, at Overdragelse af Ting, som forblive hos Erhververen, er fiduciarisk, saa at Overdragelse, der finder Sted til Fyldestgjørelse af en Fordring, naar Overdrageren beholder Tingen, formodes at være fiduciarisk. I Overretternes Praksis synes der overvejende Tilbøjelighed til, hvad ogsaa turde være det rigtige, i alt Fald for Brugstings Vedkommende,⁴⁶ at følge en saadan Formodning;⁴⁷ fra Højesteret foreligger vistnok ingen Afgjørelse, som i saa Henseende kan paaberaabes. Kan det ikke antages, at der ved Ejendomsoverdragelsen paaregnedes Gjenerhvervelse af Tingen, kan der vistnok ikke erkjendes at være fornødent Grundlag for Panteretsregelens Anvendelse.⁴⁸ Paa den ene Side bæres Dispositionen her af Interesser

⁴⁵ Saaledes D. i U. f. R. 1900 S. 825, 1903 S. 168, 1897 S. 318, 500, 1896 S. 1163, 1892 S. 23, 1141 og Afgjørelser ndfr. Note 47; jfr. dog en urigtig D. i U. f. R. 1892 S. 990.

⁴⁶ Jfr. E. Møller i T. f. R. IX S. 149—151.

⁴⁷ Medens Overdragelsens fiduciariske Karakter vistnok var positivt indiceret i de ovfr. Note 45 nævnte Tilfælde, ses dette ikke at være saa i dem, som ere afgjorte ved D. i U. f. R. 1897 S. 131, 1896 S. 448, 1895 S. 398, 232, 1892 S. 1021, 1890 S. 409. Afvigende D. i U. f. R. 1912 S. 342.

⁴⁸ F. Eks. D. i U. f. R. 1903 S. 223, 1898 S. 826, 1894 S. 512, 1337, 1892 S. 321. Overfor Udtalelser i Aftalerne om, at den overdragne Ting staar til Erhververens Disposition, naar han ønsker det, o. desl. maa man dog ofte være mistænsom.

for Erhververen, som gaa udover Panteretten. Paa den anden Side vil den definitive Opgivelse af Tingen fra Pantsætterens Side antageligt gennemsnitligt følges som et større Offer end Pantsætningen, saa at Aerkjendelse af saadanne Dispositioner som retsgyldige antageligt ikke vil sætte Panteretsregelens Realisation i Fare; i alt Fald foreligger der ingen Erfaring for saadan Fare.

Ogsaa naar den Ting, som overdrages, vel overgives til Erhververen, men derpaa gives tilbage til ham, maa Panteretsregelen komme til Anvendelse, saafremt Overdragelsen maa antages for fiduciarisk.⁴⁹ Om det er en tidligere bestaaende Fordring, som Sikkerhed gives for, eller
 83 en samtidig med Sikkerhedsstillelsen stiftet, og om Arrangementet er et isoleret eller et Led i et andet Negotium, er i og for sig uden Betydning for Pantereglens Anvendelse. Denne maa saaledes f. Eks. komme til Anvendelse, naar i Kontantkjøb Sælgeren beholder Tingen under Paaregning af Gjenerhvervelse, og Formaålet for Dispositionen er Sikring af den udbetalte Kjøbesums Erholdelse.⁵⁰ Paa den anden Side kommer Panteretsreglen ikke til Anvendelse, naar Ejendomsret overdrages og Tingen overgives til Kjøberen med Forbehold af Ejendomsret til Sikkerhed for Kjøbesummens⁵¹ behørlige Erlæggelse. Dette har positiv Hjemmel i K. L. § 16 og maatte maaske ogsaa antages uden positiv Hjemmel;⁵² Ejendomsforbehold ved Salg til Sikkerhed for Kjøbesummen uden Panteretsregelens Anvendelse er ikke nogen »kunstig« Sikkerhedsforanstaltning, men en sædvansmæssig og ganske normal. Men den fiduciariske Erhverver kan ikke slippe for Pantereglens Anvendelse ved at overdrage Tingen tilbage til Skyldneren med Forbehold af Ejendomsret.⁵³ — Den Overdragelse af Ejendomsret, som finder Sted, idet Kjøberen til Sikring af Sælgerens Fyldestgjørelse gaar ind paa for Fremtiden at have de kjøbte Varer, som han ligger inde

⁴⁹ D. i U. f. R. 1900 S. 92, jfr. 1909 S. 216, Torp-Grundtvig S. 647; om D. i U. f. R. 1912 S. 342 se ovfr. Note 47.

⁵⁰ H. R. D. i U. f. R. 1888 S. 479, 1911 S. 735, D. i U. f. R. 1909 S. 216.

⁵¹ D. i U. f. R. 1913 S. 347, 1916 S. 824.

⁵² Torp-Grundtvig S. 367 Note 103, men dog Hagerup S. 107. Med det anførte stemmer norsk Retspraksis, Hagerup l. c., T. f. R. XIX S. 260.

⁵³ H. R. D. i U. f. R. 1911 S. 735, D. i U. f. R. 1916 S. 823, jfr. H. R. D. i U. f. R. 1888 S. 479.

med, i Konsignation for Sælgeren, antages ikke at kunne behandles som fiduciarisk Salg, naar Meningen virkelig maa antages at være Etablering af et Konsignationsforhold;⁵⁴ i saa Fald kan Dispositionen vistnok kun angribes som Betaling efter Konkurslovens Afkræftelsesregler.

Efter den givne Begrundelse synes Panteretsregelen at maatte anvendes paa den fiduciariske Ejendomsoverdragelse ikke blot, naar det er en retskraftig Fordring, der sikres, men ogsaa naar Overdragelsen gaar 84 ud paa Sikring af en Ydelse, som Fordringshaveren ikke har noget — aabenlyst eller maskeret (»Leje« i Stedet for Laan) — Krav paa. Panteretsregelen synes saaledes, naar en Fordringsret er bleven »betalt« ved fiduciarisk Overdragelse, at maatte komme til Anvendelse, uanset at Meningen maa antages at være, at Fordringshaveren herefter ikke mere skal have nogen Fordringsret mod Skyldneren. Og i de ovenomtalte Tilfælde af Kontantsalg, hvor Formaalet er Sikring af den udbetalte Kjøbesums Tilbagebetaling, bør Regelen formentlig anvendes, uanset at Meningen maa antages at være, at Sælgeren ikke skal have nogen retskraftig Fordring paa Kjøbesummens Tilbagebetaling. I Praxis synes der dog at være Tilbøjelighed til at antage, at Sikringen maa gjælde en retskraftig Fordring.⁵⁵

Som selvstændige Tilfælde, i hvilke Overdragelse til Fyldestgjørelse af en Fordring, naar den overdragne Ting forbliver hos Overdrageren, skulde rammes af Panteretsregelen, nævnes undertiden saadanne som det, at Erhververen, hvis den overdragne Gjenstands Salg ikke dækker hans Fordring, fremdeles skal kunne fordre Restbeløbet hos Skyldneren, og det, at Erhververen, hvis Tingens Salg indbringer mere end den sikrede Fordring, skal give det overskydende tilbage til Skyldneren, og deslige Vedtagelser, som udvise, at der i Resultatet tilsigtes det

⁵⁴ Jfr. herom H.R.D. i U. f. R. 1897 S. 1000, D. i U. f. R. 1905 S. 284, 1900 S. 743. 1898 S. 576, 1897 S. 381.

⁵⁵ F. Eks. H. R. D. i U. f. R. 1909 S. 910, D. i U. f. R. 1916 S. 286, 1910 S. 286, 1897 S. 733 og maaske andre af Afgjørelserne S. 360 Note 43. Med Hensyn til flere af disse kan det være tvivlsomt, om der ved Benægtelsen af, at Overdragelsen var »foretaget til Sikkerhed«, menes, at det S. 360 ved Note 43 omtalte Bevis ikke var ført, eller at der ikke forelaa nogen retskraftig Fordring.

samme som ved en Pantsætning.⁵⁶ Det ses nu ikke, at saadanne Vedtagelser i og for sig kunne motivere Panteregelens Anvendelse. Men ordentligvis maa Reglen anvendes, fordi det, hvor slige Vedtagelser ere trufne, i Almindelighed maa antages, at Overdragelsen er fiduciarisk, eller at i Virkeligheden kun en Pantsætning er tilsigtet. Maa det antages, at Overdragelsen ikke er fiduciarisk, men at Overdrageren
 85 har tilsigtet en endelig Afhændelse, kan Panteregelen vistnok ikke anvendes;⁵⁷ der har saa fundet en endelig — ialt Fald delvis — Betaling Sted.

Om dansk Retspraksis bemærkes endnu, at det rigtige Resultat, en Ejendomsoverdragelseserklærings Tilsidesættelse overfor Overdragerens Kreditorer, fordi Panteretsreglerne ikke ere iagttagne, ogsaa efter Afsigelsen af H. R. D. 1888 (ovfr. S. 358) undertiden ses motiveret ved saadanne Udtalelser som den, at »ikke Ejendomsret, men Sikkerhedsstillelse maa antages tilsigtet«.⁵⁸ Der præsumeres altsaa at foreligge Proformaværk 3: i Virkeligheden kun at være tilsigtet en Pantsætning, og i alt Fald i nogle af Tilfældene synes denne Præsumption ret vilkaarlig. Men hvad man end vil mene herom, maa det fremhæves som en beklagelig Begrebsforvirring paa dette Omraade, jfr. ovfr. S. 359, Note 42, at Sikkerhedsret identificeres med Panteret, og at Sikkerhedsstillelse sættes i Modsætning til Ejendomsoverdragelse. Forholdet er det, at virkelig ment Ejendomsoverdragelse erfaringsmæssigt har vist sig i vidt Omfang at benyttes som Sikkerhedsstillelse, eller med andre Ord, at Ejendomsretten faktisk fungerer ogsaa som Sikkerhedsret. Og Problemet er netop dette, om Ejendomsretten i denne Funktion skal undergives Reglerne om Panterets Stiftelse. Nogen større Rolle spiller dog denne Begrebsforvirring ikke her; de ovenfor S. 358—59 omtalte Højesteretsdomme af 1888 og 1911, navnlig den sidste, maa siges i det Hele at have gjort op med den.

⁵⁶ Jfr. herom D. i U. f. R. 1906 S. 474, 1903 S. 223, 1892 S. 23; H. R. D. i U. f. R. 1899 S. 588, D. i U. f. R. 1910 S. 286 (ndfr. S. 375).

⁵⁷ H. R. D. i U. f. R. 1899 S. 588, D. i U. f. R. 1906 S. 474; i det sidste Tilfælde synes der dog at være Grund til at antage, at Overdragelsen var fiduciarisk.

⁵⁸ H. R. D. i U. f. R. 1892 S. 586, D. i U. f. R. 1903 S. 168, 1897 S. 500, 1895 S. 664, 1892 S. 1441.

I *Norge* er den her omhandlede Anvendelse af Omgaaelsesreglen anerkjendt af *Hagerup*, Om Tradition S. 98—99, Panteret S. 104, der mener, at Forholdet ogsaa opfattes saaledes i norsk Retspraksis, jfr. ndf. S. 378—79 om den norske Praksis med Hensyn til Overdragelse af Fordringsrettigheder til Sikkerhed, og af *Fred. Stang* Norsk Formueret I S. 535. *Platou* har, saavidt jeg forstaar, i sin Fremstilling i Privatrettens almindelige Del S. 208—210 kun Overdragelse af Fordringsrettigheder for Øje, se herom ndfr. under 2. Mod Sætningen har 86 *Hagerup Bull* udtalt sig i N. Rt. 1903 S. 1 ff., se ovfr. S. 331.

I *svensk* Ret har Fdn. 20. Novbr. 1845 spillet en Rolle ved Behandlingen af Spørgsmaalet. Ifølge denne Forordning skal ved Salg af Løvsøre (derunder ikke Fordringsrettigheder), naar Salgsgjenstanden forbliver hos Sælgeren, visse Forholdsregler (skriftlig Affattelse med Vidners Underskrift, Offentliggjørelse) iagttages, for at Ejendomsoverdragelsen kan have Retsbeskyttelse overfor Sælgerens Kreditorer. Fdn. 1845 antages almindeligt at omfatte ogsaa den under Kjøbets Form foretagne Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed, saa at denne er retsbeskyttet overfor Overdragerens Kreditorer, naar de i Fdn. foreskrevne Forholdsregler ere iagttagne; omvendt antages Fdn. i Almindelighed ikke at omfatte Pantsætninger, der skjule sig under Ejendomsoverdragelsens Maske.⁵⁹ Stillingen til vort Spørgsmaal synes at kunne angives saaledes: Den svenske Theori gaar imod Omgaaelsesregelens Anerkjendelse, se de ovfr. S. 331 anførte Udtalelser.⁶⁰ Den i Theori og Praksis almindelige Opfattelse⁶¹ gaar ud paa, at det alene gjælder om at udfinde, om der foreligger en Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed eller Pantsætning. Findes der at foreligge en Ejendomsoverdragelse,

⁵⁹ Lundstedt S. 70 ff. med Angivelse af modstaaende Opfattelser.

⁶⁰ Anderledes dog Nordling Om lösöreköp S. 16 ff. Undén S. 105 synes i alt Fald at nære nogen Tvivl. Og Almén, som under Juristmødet 1902 (Forhdlgr. S. 161) afgjort udtalte sig imod Omgaaelsesregelens Anvendelse, har senere udtalt sig forbeholdent i Kommentar til Lag om Köp § 17 ved Note 111 a. Chydenius Säkerhetsöfverlåtelse (1916) S. 1—2 tiltræder for finsk Ret Omgaaelsesreglen, jfr. dog herved Bemærkninger hos Lundstedt S. 55.

⁶¹ Lundstedt S. 54—58, Sjögren S. 303—304, Undén S. 98, 105. Mod hele denne Opfattelse, navnlig mod det af Retspraksis anerkjendte Resultat vender Sjögren sig i T. f. R. XXVII S. 302 ff. Herimod atter Chydenius l. c.

er Panteretsregelen om Nødvendigheden af Tingens Overgivelse uanvendelig. Findes kun en Pantsætning at være ment, er Overgivelse af Tingen til Fordringshaveren nødvendig, for at Retshandelen kan være virksom overfor Pantsætterens Kreditorer. Men i Praxis følges ved 87 Afgjørelsen visse Præsumptioner til Fordel for Antagelsen af Panteret,⁶² saa at *Resultaterne*, saavidt ses, blive væsentlig de samme som efter dansk Retspraksis. Det vil sige: Omgaaelsesregelen er forkastet af Theorien, men — under Maske — anerkjendt af Retspraksis.⁶³

Det bemærkes, at Baggrunden for Omgaaelsesregelen er noget forskjellig i de tre Lande, idet Danmark, men ikke Norge og Sverige, anerkjender Underpant i Løsøre.

Til Sammenligning skal endnu bemærkes, at den tyske Reichsgericht har vægret sig ved at underkjende Gyldigheden af Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed, fordi Tingen forbliver hos Overdrageren. Dette Standpunkt stemmer med de tyske Domstoles almindelige Opfattelse af Forholdet mellem Lovgivning og Retsanvendelse og støttes ved den borgerlige Lovbogs hele Karakter med stærkt detaillerede Regler ogsaa om, hvad der kræves til Gyldighed af Overdragelse af Ejendomsret; undertiden støttes Resultatet særligt ved Henvisning til B. G. B. § 223, 2°. Standpunktet angribes dog ofte i Literaturen, bittert og ret træffende bl. a. af *Hellwig* *Gläubigerrecht* S. 144—151. Ifølge *schweizerisches Zivilgezetzbuch* Art. 717 er derimod Ejendomsoverdragelse over Løsøre, naar Tingen forbliver hos Overdrageren, uvirksom overfor Tredjemand, naar »dermed tilsigtes en Omgaaelse af Bestemmelserne om Haandpant,« *Wieland* *Kommentar* ad § 717, 4 c.

2. Et Spørgsmaal, der synes ganske analogt med det under 1 omhandlede, er det, om *Transport af Fordringsrettigheder*, naar den er foretagen til Sikkerhed for et Cessionaren overfor Cedenten tilkommende Krav, bør undergives Panteretsreglerne. Spørgsmaalet er, her i Landet og andetsteds, navnlig blevet rejst og skal her undersøges med Hensyn til Transport af *mundtlige Fordringer*.⁶⁴

⁶² Lundstedt S. 59—70, Undén S. 101—103.

⁶³ Sjøgren S. 305—306, Undén S. 106, 103.

⁶⁴ Se om Emnet f. Eks. Hoeniger *Die Diskontierung von Buchbeforderungen*, hvor der gives udførlige Oplysninger om denne »Diskonterings« Anvendelse og rettlige Behandling i Tyskland.

a. Forinden dette Spørgsmaal undersøges nedfr. under b. maa der gjøres nogle Bemærkninger om, *hvorvidt overhovedet mundtlige Fordringer kunne gives i Haandpant*. Tidligere har det været ret almindeligt antaget her i Landet, at kun negotiable Fordringer kunne gives i Haandpant;⁶⁵ vor Panteretslovgivning har utvivlsomt ikke mundtlige Fordringer for Øje som Gjenstand for Haandpanteret. Ganske vist er det nu saa, at der over mundtlige Fordringer ikke kan stiftes en Panteret, der i et og alt ligner Haandpanteretten over Løsøre, og det kan ikke altid formodes at være Meningen med en »Haandpantsætning« af mundtlige Fordringer at give Panthaveren alle de Beføjelser, der regelmæssigt tilkomme Haandpanthaveren i Løsøre eller Gjældsbreve (D. L. 5. 7. 2. og 3, K. L. § 155). Men der synes i Literaturen at være mere og mere Tilbøjelighed til at anerkjende, at der over mundtlige Fordringer kan stiftes en haandpantlignende Sikkerhedsret, der navnlig giver Panthaveren samme Retsbeskyttelse overfor Pantsætterens Kreditorer som en Haandpanteret.⁶⁶ Dette er der vist ogsaa god Grund til at antage. Mundtlige Fordringer ere i og for sig ikke uegnede til at danne en Kreditbasis; der kan endog i visse Forhold være en særlig Trang til at kunne benytte dem saaledes,⁶⁷ og det er jo da ogsaa for dansk Rets Vedkommende givet, at mundtlige Fordringer — hvad der ganske vist synes ikke at have megen praktisk Betydning — kunne benyttes som Gjenstand for Underpantsætning. Den eneste Modgrund imod mundtlige Fordrings Anerkjendelse som Gjenstand for Haandpant maatte være, at de til Haandpants Stiftelse fornødne Forholdsregler ikke kunne anvendes her; Overgivelse af Pantet til Panthaveren er her udelukket ved Pantets Beskaffenhed. At f. Eks. Overgivelse af Pantsætterens Handelsbøger til Fordringshaveren ikke er en Forholdsregel, der svarer til den pantsatte Tings

⁶⁵ Evaldsen S. 219 Noten. Fra det Mellemstandpunkt, at der kan gives Haandpant ogsaa i andre skriftlige Fordringer end de negotiable, men ikke i blot mundtlige Fordringer, Matzen Tingret S. 506—507, Torp-Grundtvig S. 650—651, bortses her; reale Grunde for det kan næppe anføres. Jfr. Undén S. 170, 168—169. Jfr. ndfr. S. 369 Note 74.

⁶⁶ F. Bülow i Jurid. Forenings Aarbog 1900—1901 S. 47, Munch-Petersen smstds. S. 50, E. Møller S. 514, Jul. Lassen Hdbg. § 50 ved Note 21 a.

⁶⁷ Hagerup Bull i N. Rt. 1903 S. 16—19, jfr. Hoeniger 1. c. S. 4 Note 3.

Overgivelse, er klart. Men derimod synes en Denunciation til den pantsatte Fordrings Skyldner om den stedfundne Pantsætning at svare saaledes til Overgivelsen af den rørlige Ting, at den maa være tilstrækkelig, forsaavidt angaar Retsbeskyttelsen overfor Pantsætterens Kreditorer.⁶⁸ Herved sættes Pantsætteren faktisk ud af Stand til at raade over Pantet, og at dette, hvad Retsbeskyttelsen angaar, er det afgjørende Moment mellem de Forholdsregler, der efter Lovgivningen skulle foretages ved Stiftelse af Haandpant, maa sikkert antages; det er paa det i det faktiske Afsavn liggende Offer, at Vægten i saa Henseende maa lægges, se ovfr. S. 329. Ganske vist kan Overgivelsen af den pantsatte Ting ogsaa have en anden Betydning,⁶⁹ nemlig den, at Kreditgivere ikke skuffes i deres Antagelse om Paagjældendes økonomiske Tilstand ved hans Ihændehavelse af Pantet, men herpaa bør der næppe lægges Vægt.⁷⁰ Det antages altsaa, at Haandpanteret (eller, om man vil, en haandpantlignende Sikkerhedsret med samme Retsbeskyttelse som Haandpanthaverens) kan stiftes over mundtlige Fordringer, saaledes at Denunciation⁷¹ til den pantsatte Fordrings Skyldner er en til Stiftelsen fornøden Forholdsregel, som her træder i Stedet for den rørlige Tings Overgivelse.⁷²

I dansk Retspraksis har det tidligere været antaget, at Haandpanteret over mundtlige Fordringer ikke kunde stiftes.⁷³ Men overfor et Tilfælde, hvor mundtlige Fordringer vare »deponerede« til Sikkerhed for et Krav, udtalte Højesteretsdom af 28. Oktober 1910 (i U. f. R. 1911 S. 49), at »selv om en lignende Sikkerhedsret som Haandpant

⁶⁸ Undén S. 146—149, 170, Eschelsson Om Skuldebref S. 183.

⁶⁹ Hagerup S. 89, Nordling Om Lösöre köp S. 9.

⁷⁰ Undén S. 127, Torp-Grundtvig S. 324.

⁷¹ Eschelsson S. 183—184 og Undén S. 149 bemærke, at Skyldnerens Kundskab om Pantsætningen ikke kan være nok, men at der maa kræves Underretning fra Pantsætteren eller fra Panthaveren med tilstrækkeligt Bevis. Dette er vistnok rigtigt. Jfr. B. G. B. § 1280 smh. m. §§ 398 og 407.

⁷² Saaledes B. G. B. § 1280, se ogsaa om andre Lovgivninger Undén S. 170—171, 147. Schweizerisches Gesetzbuch Art. 900 kræver skriftlig Affattelse af Pantsætningen (som ogsaa kræves til Transport, Obligationenrecht Art. 165), men ikke Denunciation.

⁷³ Torp-Grundtvig S. 651 Note 50 med Retsafgjørelser.

har kunnet stiftes over de deponerede Fordringer, uanset at de ikke ere knyttede til noget af vedkommende Debitor udstedt Haandskrift, kan en saadan Ret i alt Fald ikke anses behørig stiftet, da Underretning om Deponeringen ikke er meddelt Debitorerne.« Og angaaende denne Dom oplyses det af *N. Lassen* i T. f. R. XXV S. 340, at det under Voteringen i Højesteret erkjendtes, at vægtige Grunde kunde anføres for Aerkjendelsen af en saadan Ret. Ganske tilsvarende Udtalelser findes tiltraadte af Højesteret i H. R. D. i U. f. R. 1913 S. 136 og 1915 S. 592.⁷⁴ Der synes herefter god Udsigt til, at Haandpanteret (eller en haandpantlignende Ret) over mundtlige Fordringer vil blive erkjendt, saaledes at der til dens Stiftelse kræves Underretning til den pantsatte Fordrings Skyldner.

For *Norges* Vedkommende hævdes det derimod af *Bergh* i N. Rt. 1872 S. 457 ff., 473 ff., af *Hagerup* S. 99—107, af *Hagerup Bull* i N. Rt. 1903 S. 1 og af *Platou* i Privatrettens almindelige Del S. 209, og er anerkjendt i Praksis, herom ndfr. S. 378, at Pantsætning af Fordringer er udelukket, naar Fordringen ikke er knyttet til negotiabelt Dokument.

I *Sverige* antages, at skriftlige Fordringer kunne gives i Haandpant, selv om Haandskriftet ikke er »löpande skuldebref«, *Eschelsson* S. 183 ff., *Undén* S. 149—151, hvor ogsaa andre Forff. anføres. Til Stiftelse af Retten kræves, foruden Overgivelse af Haandskriftet, *Undén* S. 152, *Eschelsson* S. 183, Denunciation til det pantsatte Dokuments Skyldner, *Eschelsson* S. 183, *Undén* S. 146—147; Spørgsmaalet om Nødvendigheden af Denunciation ses ikke klart afgjort i 91 Retspraksis, *Undén* S. 153 ff. At ligeledes rent mundtlige Fordringer kunne haandpantsettes, synes antaget af *Undén* S. 170, *Eschelsson* S. 183, uden at dog Støtte herfor findes i Retspraksis.

b. At Transporten af en Fordring, naar det oplyses, at den ikke er ment som Transport, men kun som Pantsætning eller Indrømmelse af

⁷⁴ Sidstnævnte Dom angaar Pantsætning af en ikke-negotiabel skriftlig Fordring; jfr. ogsaa H. R. D. i U. f. R. 1881, 98. At Panteret over saadanne Fordringer kan stiftes ved Pantsætning i Forbindelse med Dokumentets Overgivelse og Denunciation, er almindeligt antaget i dansk Literatur, Jul. Lassen Hdbg. § 50 ved Note 23 a, Torp-Grundtvig S. 650, se ogsaa i D. i J. U. 1861 S. 892. Jfr. ovfr. S. 367 Note 65.

en lignende begrænset Sikkerhedsret, maa være undergivet Panteretsreglerne, er naturligvis uomtvistet.⁷⁵ Derimod er det omtvistet, om Panteretsreglerne ifølge Omgaelsesregelen maa komme til Anvendelse paa den Transport (»Ejendomsoverdragelse«) af en Fordring, der er foretaget til Sikring af et Cessionaren overfor Cedenten tilkommende Krav. Den bekræftende Besvarelse vil, hvis Panteret over mundtlige Fordringer ikke anerkjendes, se ovfr. om den norske Opfattelse, føre til, at en til Sikkerhedsgivelse foretagen Transport af en mundtlig Fordring — hvad enten Denunciation til den transporterede Fordrings Skyldner har fundet Sted eller ikke — savner Retsbeskyttelse overfor Cedentens Kreditorer. For den Opfattelse, der ovfr. under a. er fremstillet som den danske og maaske ogsaa som den svenske Rets, bliver Følgen af Spørgsmaalets bekræftende Besvarelse den, at den Transport, der er foretaget til Sikring af et Krav, savner Retsbeskyttelse overfor Cedentens Kreditorer, medmindre Denunciation til den pantsatte Fordrings Skyldner har fundet Sted. Efter dansk Ret vil det dog ogsaa være tilstrækkeligt til Retsbeskyttelsens Erhvervelse, at Reglerne for Stiftelse af Underpant ere iagttagne.

Naar man antager, at Ejendomsoverdragelse over Løsøre, som foretages til Sikring af en Fordring, er undergivet Panteretsreglerne, synes det ifølge de herfor angivne reale Grunde, se ovfr. under 1, givet, at det samme maa gjælde, naar en Fordring transporteres til Sikkerhed. Herom vil der vel heller ikke være Tvivl, naar en Fordring paa 92 anden Ydelse end Pengeydelse transporteres til Sikkerhed for en Pengefordring. Men i det almindelige Tilfælde, at det er en Pengefordring, der transporteres til Sikkerhed for en Pengefordring, komme nogle Ejendommeligheder⁷⁶ frem. Medens jeg i den første Udgave af min Haandbog i Obligationsrettens almindelige Del § 50 ved Note 27 antog, at Transport til Sikring ligesom Ejendomsoverdragelse af Løsøre til Sikring maatte være undergivet Panteretsreglerne, har jeg i 2den Udg. § 50 ved Note 27—27 a opgivet denne Sætning for det

⁷⁵ Se om Kriterier i saa Henseende Evaldsen S. 198—199, Deuntzer Skifteret S. 323—424, hvor dog Forskjellen mellem Panteret og Transport til Sikkerhed ikke haves for Øje, jfr. ovfr. S. 359 Note 42, ndfr. S. 376 Note 80.

⁷⁶ Herom jfr. Undén S. 106—107.

Tilfælde, at en Pengefordring gives til Sikkerhed for en Pengefordring. Efter fornyet Overvejelse mener jeg, ifølge de Betragtninger, som nedenfor fremstilles, at maatte forlade dette sidste Standpunkt, der bl. a. vilde føre til et saadant stødende Resultat som det, at medens den, der ligger med et Varelager til Salg, ikke kan overdrage Varer til Sikkerhed uden den faktiske Opofrelse at overgive Tingen til Fordringshaveren, skulde han kunne transportere Fordringer paa Betaling for solgte Varer til Sikkerhed uden en tilsvarende faktisk Opofrelse. Jeg maa vende tilbage til mit første Standpunkt og atter slutte mig til *Hagerups* Opfattelse, Panteret S. 106, at *de samme Grundsætninger, som i den her omhandlede Retning gjælde for Ejendomsoverdragelse, ogsaa maa komme til Anvendelse paa Transport af Fordringer.*⁷⁷ Men de reale Betragtninger, der førte til Fastsættelsen af den ovenfor under 1. fastsatte Grænselinie imellem Overdragelse til Sikkerhed og endelig datio in solutum for Løsoverdragelsens Vedkommende, maa dog maaske føre til, at Grænselinien burde drages noget anderledes, naar en Pengefordring gives til Sikkerhed for en Pengefordring.

Ved Fremstillingen af Omgaaelsesregelens Anvendelse paa Overdragelse af Løsover opstilledes som første Betingelse herfor, at det er oplyst, at Overdragelsen tilsigter Fyldestgjørelse for en anden Ydelse, 93 ovfr. S. 360. Denne Betingelse maa selvfølgelig ogsaa gjælde for Transport af Fordringsrettigheder. Dernæst blev med Hensyn til Løsover Grænsen imellem Overdragelse til Sikkerhed (den Overdragelse, som bør rammes af Omgaaelsesregelen 2: den Overdragelse, som, naar Tingen forbliver hos Overdrageren, savner Retsbeskyttelse overfor Overdragerens Kreditorer) og den endelige datio in solutum (den Overdragelse, der ikke rammes af Omgaaelsesregelen) draget saaledes, at Overdragelse til Sikkerhed, naar den overdragne Ting forbliver hos Overdrageren, maa antages at foreligge, hvis Overdragelsen maa anses for fiduciarisk, men ellers ikke. Denne sidste Begrænsning af Om-

⁷⁷ Den Indsigelse, som F. Bülow i Jurid. Forenings Aarbog S. 45 ff. synes at rette imod Panteretsreglernes Anvendelse paa Transport til Sikkerhed, viser sig, navnlig l. c. S. 50—51, kun at være rettet imod den Antagelse, at en haandpantlignende Ret ikke kan stiftes over mundtlige Fordringer.

gaaelsesregelens Omraade mentes at maatte fastholdes, navnlig fordi den Overdragelse til Fyldestgjørelse, der ikke er fiduciarisk, gennemsnitlig føles som en større retlig Opofrelse end Pantsætning og den fiduciariske Overdragelse, saa at Anerkjendelsen af dens Gyldighed overfor Overdragerens Kreditorer, uanset at Tingen forbliver hos Overdrageren, ikke kan antages at sætte Realisationen af Panteretsregelens Formaal i Fare, ovfr. S. 362. Det synes da paa Forhaand at ligge nær at antage, at i alt Fald denne Begrænsning ogsaa maa gjælde, naar en Pengefordring gives til Sikkerhed for en Pengefordring, og dette synes, som nedenfor skal paavises, at være Opfattelsen i Retspraksis. Men i dette Tilfælde savner Begrænsningen dog maaske fornødent Holdpunkt. Det kan ikke paastaas, at den endelige Overdragelse af en Pengefordring til Betaling af en anden Pengefordring gennemsnitligt føles som en større Opofrelse end Pantsætning eller fiduciarisk Overdragelse af Fordringen; det vil ordentligvis være Skyldneren ligegyldigt, om han definitivt mister den borttransporterede Fordring eller gjenerhverver den mod at betale den sikrede Fordring. De reale Betragtninger, der ere fremstillede ovenfor under 1. som Grundlag for Dragelsen af Grænselinien imellem Overdragelse til Sikkerhed og endelig *datio in solutum* ved Løsøre, maa saaledes maaske her føre til, at Transporten af en Pengefordring til Fyldestgjørelse af en anden Pengefordring, uanset at Transporten maa antages at være en ikke blot fiduciarisk, anses for Transport til Sikkerhed $\therefore$ savner Retsbeskyttelse overfor Overdragerens Kreditorer, naar Cedenten ikke har berøvet sig den faktiske Adgang til at raade over Fordringen derved, at der er givet Fordringens Skyldner Underretning om Transporten, saa at han ikke længer kan frigjøre sig ved Erlæggelse til Cedenten. Der kunde dog spørges, om ikke en Undtagelse fra den Sætning, at den faktiske Adgang til at raade over Fordringen maa være berøvet Cedenten, burde antages med Hensyn til Fordringer, om hvilke det gjælder, at Denunciation for Skyldneren ikke kan foretages med den Virkning, at han derved udelukkes fra med frigjørende Virkning at erlægge til Cedenten, og som følgelig vistnok ikke kunne gives i Haandpant.⁷⁸ Det ligger her ikke fjærnt at slutte saaledes: naar en For-

⁷⁸ Jul. Lassen Hdbg. § 50 Note 21, jfr. dog Undén S. 166—169, Munch-Petersen Borgerlig Ret S. 227.

dring ikke kan gives i Haandpant, kan der ikke være Tale om, at Transporten af en saadan Fordring skulde være en Omgaaelse af Panteretsreglerne, og der bliver følgelig ikke Plads for Omgaaelsesregelens Anvendelse. Dette vilde dog kun være at hæfte sig ved den tidligere S. 331 omtalte Unøjagtighed i Terminologien »Omgaaelse«. Spørgsmaalet maa stilles direkte paa, om en analogisk Anvendelse af den Panteretsregel, at Retsbeskyttelse overfor Kreditorer ikke opnaas ved en Haandpantssætning, uden at den faktiske Adgang til at raade over det pantsatte betages Pantsætteren, bør finde Sted paa Transport til Sikkerhed, uanset at den transporterede Fordring hører til dem, hvor denne Adgang ikke kan berøves Cedenten gennem Transport og Denunciation for Skyldneren i den transporterede Fordring, idet denne ikke herved udelukkes fra at betale med frigjørende Virkning til Skyldneren. For den benægtende Besvarelse kan anføres, at Cedenten, i alt Fald naar han har givet Denunciation til Skyldneren, har gjort alt, hvad der fra hans Side kan foretages til Sikring af Cessionaren, og at Fordringer som de omhandlede, hvis Panteretsregelen anvendes (bortset fra Underpantreglerne), ikke kunne benyttes til Sikkerhedsstillelse. For den bekræftende Besvarelse synes dog den Betragtning at være afgjørende, at man ved at opretholde en Sikringstransport af saadanne Fordringer overfor Cedentens Kreditorer, selv om man som Betingelse herfor opstiller, at Transporten skal være med- 95 delt Skyldneren i Fordringen, som oplyst kommer i Konflikt med den Grundsætning, at man ikke kan sikre en enkelt Kreditor fremfor andre blot ved at indrømme ham Panteret eller ved at fraskrive sig anden retlig Raaden end den af Panteretsindrømmelse følgende, naar Fraskrivelsen dog ikke føles som større Opofrelse end Panteretsindrømmelsen, men at hertil maa komme en faktisk Opofrelse. Den faktiske Opofrelse, som ligger i Denunciationen, synes ikke at kunne være relevant, naar Denunciationen ikke udelukker Skyldneren fra Frigjørelse ved Betaling til Cedenten.

Dansk Retspraksis staar ret uklar overfor det foreliggende Spørgsmaal. Først nævnes en Gruppe (1.) af Domme, som nægte Transport til Sikkerhed Retsbeskyttelse overfor Overdragerens Kreditorer, fordi Panteretsreglerne ikke ere iagttagne a. H. R. D. af 15. Decbr. 1869 i

U. f. R. 1870 S. 162: En skadesløs Transport af Bogfordringer var foretaget til Sikkerhed for Betaling af en Gjæld; Cedenten havde Ret til Gjenerholdelse af Fordringen imod den sikrede Fordrings Betaling. Der blev nægtet Transporten Retsbeskyttelse overfor Cedentens Konkursbó, da det af Omstændighederne fandtes tydeligt at fremgaa, at der »ikke havde været tilsigtet andet end at give en Sikkerhedsret i de nævnte Fordringer«, og da »de lovlige Betingelser for Stiftelse af en Panteret eller lignende Sikkerhedsret« ikke vare tilstede. Det fandtes herefter »ufornødent at undersøge, om Dokumentet, hvis det efter sit Indhold gik ud paa en Ejendomsoverdragelse, vilde have været tilstrækkeligt til at bevirke en saadan.« b. H. R. D. 28. Novbr. 1912 i U. f. R. 1913 S. 136 (omtalt ovfr. S. 369) stadfæster og tiltræder »i det væsentlige« Motiveringen af Sjø- og Handelsrettens Dom i U. f. R. 1912 S. 700: Bogfordringer vare transporterede og overdragne til en Kreditor med Tilkjendegivelse af, at Kreditoren var berettiget til at modtage og kvittere for Beløbene, og at, hvis noget af Beløbene skulde blive udbetalt til Cedenten, havde denne straks at udlevere dette til Cessionaren. Denunciation fandt ikke Sted, og faktisk gik det saaledes til, at Debitorerne altid betalte til Cedenten, som i Almindelighed straks sendte Beløbene til Cessionaren, men dog, 96 naar hans Skyld til Cessionaren i det paagjældende Øjeblik ikke var saa stor som de indkomne Beløb, beholdt Overskuddet. Dommen lød paa, at Transporterne ikke kunde betragtes som virkelige og endelige Transporter, men kun som et Slags Sikkerhedsstillelse i Lighed med Haandpant, og at Dispositionen følgerlig savnede Retsbeskyttelse overfor Cedentens Fragaaellesbo allerede af den Grund, at Debitorerne ikke vare underrettede om Sikkerhedsstillelsen. c. En Overretsdom i U. f. R. 1915 S. 289 tilsidesætter en til Sikkerhed foretagen virkelig Transport af ikke-negotiable Slutsedler for Varer, solgte paa Afbetaling, i Cedentens Konkursbo, da den ikke var modtaget som Betaling, men som Sikkerhed, og der ikke havde fundet Denunciation Sted; med denne Dom stemme i Resultat og Motivering D. i U. f. R. 1898 S. 172, 1897 S. 200, 1893 S. 605.

I en anden Gruppe af Domme (2) opretholdes Transport, foretagen til Fyldestgjørelse af en Fordring. a. H. R. D. 1. Maj 1899 i U. f. R.

1899 S. 588 underkjenner en Overrettsdom, der havde erklæret en Transport uvirksom overfor et af en af Cedentens Kreditorer foretaget Udlæg. Sagen angik Transport af en i Overformynderiet indestaaende Arv, som var foretaget til Sikkerhed for og Dækning af Gjæld. Højesteret udtalte herom, at ved Transporten maatte Cedenten »antages at have overført Raadigheden« over den faldne Arv til Kreditor for saa stor en Del af Arven, som svarede til hans Fordring, og at den saaledes skete Overdragelse ikke kunde fordres tilsidesat af Udlægshaveren, idet den Omstændighed, at Overdragelsen er sket »for at skaffe Kreditor Dækning« for hans Fordring, medens han dog, indtil saadan Dækning opnaaedes, beholdt sit personlige Krav mod Overdrageren, ikke kan bevirke, at Overdragelsen paa Grund af manglende Thinglæsning skulde blive ugyldig i Forhold til Tredjemand. b. Højesteretsdom 19. Oktober 1905 i U. f. R. 1906 S. 21 angik et Tilfælde, hvor en Entreprenør til en Kjøbmand, der havde paataget sig at yde ham Assistance til Fuldførelse af et Arbejde for Statsbanerne, havde givet Anvisning paa sit hos Statsbanerne efterhaanden forefaldende Vederlag. Anvisningen var meddelt Statsbanerne, som havde erklæret, at de muligvis nok vilde være villige til at udbetale de Afdrag, der maatte tilkomme Entreprenøren, til Kjøbmanden. Viborg 97 Overret havde antaget, at Dispositionen ikke kunde gjælde overfor Entreprenørens Konkursbo, men denne Afgjørelse blev tilsidesat af Højesteret, som statuerede, at det maatte antages, at Kjøbmanden havde stillet som Betingelse for at yde Entreprenøren Forstrækninger, at han fik Raadighed over det Entreprenøren tilkommende Vederlag hos Statsbanerne, efterhaanden som det forfaldt, og at Entreprenøren var indgaaet derpaa, saaledes at Udbetalinger skulde ske til ham. Hermed maatte Fordringen paa Statsbanerne anses overdraget til Kjøbmanden, der herefter maatte anerkjendes som Separatist i Konkursboet.⁷⁹ c. D. i U. f. R. 1910 S. 286 opretholder en af Laantageren A. til Laangiveren B. udstedt Transport, uanset at A. fremdeles havde

⁷⁹ H. R. D. i U. f. R. 1916 S. 1062 (b. b.) opretholder ligeledes, under Tilsidesættelse af en Skiftedecision, overfor Cedentens Konkursbo nogle »til Sikkerhed« foretagne Transporter af Fordringer, angaaende hvilke Cessus »ikke modtager Forkyndelse af Transport« (tilføjjet under Korrektoren).

betalt Rente til B., og uanset at Transporten var skadesløs, idet Forholdet, ifølge Transportens Ord og den Omstændighed, at B. ikke ses at have haft nogen Ret til at forlange Laanet tilbagebetalt paa anden Maade end ved Retten til Dækning af det B. tiltransporterede Krav, ikke fandtes at kunne betragtes som et Laan mod Sikkerhedsstillelse, men der maatte ved Transporten anses at være foregaaet en virkelig Overdragelse af det omhandlede Krav. d. D. i U. f. R. 1908 S. 265 antager om en Transport af nogle i Overformynderiet indestaaende Effekter, der indtil videre vare baandlagte, at da Cessionaren ifølge Overdragelsesdokumentet var berettiget til efter Baandlæggelsens Ophør at træde i Besiddelse af det overdragne, kunde den Omstændighed, at Overdragelsen alene var sket til Sikkerhed for Cessionarens Fordring ikke bevirke, at Transporterne mistede deres Gyldighed overfor Cedentens Konkursbo, fordi de ikke vare thinglæste. Denunciation for Overformynderiet ses ikke at have fundet Sted. Fra en ældre Dom i U. f. R. 1868 S. 157 kan bortses.

Et harmonisk Hele indbyrdes og overfor Retsafgjørelserne angaaende Overdragelse af Løsøre til Sikkerhed, se ovfr. S. 359 ff., danne de refererede Afgjørelser unægteligt ikke. I Motiveringerne findes 98 undertiden den tidligere S. 364 omtalte ulykkelige Identificering af Overdragelse til Sikkerhed med Pantsætning eller Indrømmelse af pantelignende begrænset Sikkerhedsret og Overseen af, at en egentlig Ejendomsoverdragelse (virkelig Transport) meget vel kan finde Sted til Sikkerhed. Højesteret har kun i to Tilfælde nægtet Transport Retsbeskyttelse overfor Cedentens Kreditorer, fordi Panteretsreglerne ikke vare iagttagne, og i begge Tilfælde (1. a og b) sker dette paa den Maade, at man, ligesom tidligere med Hensyn til Løsøre, præsumerer,⁸⁰ at kun Stiftelse af Panteret var tilsigtet. Men den første af disse Domme antyder dog Muligheden af, at ogsaa en virkelig Transport

⁸⁰ Jfr. ogsaa H. R. D. i U. f. R. 1870, 187. Præsumptionens Berettigelse i disse Tilfælde kan være tvivlsom. I hvert Fald kan man ikke komme langt med saadanne Præsumptioner uden Vilkaarlighed, jfr. Heckscher i T. f. R. II S. 327: »Der er i Handelsforhold ikke stor Tilbøjelighed til Overdragelse af begrænsede Raadighedsrettigheder, men Retshandeler, hvis Formaal er Sikkerhedsstillelse, blive ordentligvis baade i Form og Indhold til fuld Ejendomsoverdragelse.«

kan rammes af Panteretsreglerne. I de tre Højesteret forelagte Tilfælde, hvor Transporten anses for virkelig (2 a, b, og bb), har imidlertid denne Ret, i Modsætning til den underordnede Ret, antaget Panteretsreglerne for uanvendelige med Begrundelser, der synes at aabne liden Plads for disses Anvendelse. Herved maa dog bemærkes, at alle disse Tilfælde have den ovenfor S. 372 omtalte Ejendommelighed, som Afgjørelserne dog ikke ses at have lagt Vægt paa, at Denunciation ikke kunde foretages med den Virkning, at Cessus derved sættes ud af Stand til med frigjørende Virkning at betale til Cedenten, se om Overformynderiet Hdbg. § 51 Note 5 og om Dommen 2 b. Hdbg. § 50 Note 21. Og i saadanne Tilfælde kan, som ovfr. S. 372—73 omtalt, Noget anføres for at anse Panteretsreglerne for uanvendelige. Men hvor betænkeligt det, overfor de S. 372 fremhævede Hensyn, ogsaa i disse Tilfælde er at udelukke Panteretsreglerne, vil særlig det af Dommen 2 b paadømte Tilfælde vise, naar man tænker sig, at Entreprenørens Transport var foretaget ikke til hans Leverandører til Entreprisens Fuldførelse, men til Sikring af en anden Kreditor, altsaa til Skade bl. a. for hans Leverandører.

De underordnede Retters Stilling ere klarere. De finde ikke Betænkelighed ved at anvende Panteretsregelen paa virkelig Transport, se 99 Dommene l. c. Paa den anden Side vedkjende disse Domme sig ifølge Motiveringen ikke den ovfr. S. 372 forsvarede Sætning, at Transport til Fyldestgjørelse af en Fordring altid er undergivet Panteretsreglerne. Det forudsættes, at der er en Grænselinie, og denne kan da vel ikke være nogen anden end den, der gjælder for Løsoverdragelse, altsaa at Panteretsregelen er uanvendelig, naar det maa antages, at Transporten ikke er fiduciarisk, eller vel snarere, at Panteretsregelen kun er anvendelig, naar Omstændighederne tale for, at Transporten kun er fiduciarisk, jfr. ovfr. S. 362. Dommen 2 c er en Anerkjendelse af, hvad der ogsaa i Praksis antages om Løsoverdragelse, se ovfr. S. 363, at Panteretsregelens Anvendelse forudsætter, at det er en retskraftig Fordring, der sikres. Dommen 2 d er en direkte Affødning af H. R. D. 2 a; den angaar som denne Transport af en Fordring paa Overformynderiet.

Hvis man antager, at Udviklingen i Retspraksis vil foregaa paa

samme Maade, som det er sket ved Løspæreoverdragelse, tør det forventes, at ogsaa Højesteret enten gennem Fiktioner om, at der kun foreligger en Pantsætning, eller gennem direkte Anvendelse af Antydningen i H. R. D. 1 a vil komme til lignende Resultater som Overretternes. Men Højesteretsdommene 2 a og b, der, som bemærket, ikke i Motiveringerne lægge Vægt paa de paadømte Tilfældes særlige Karakter, synes dog at vise, at Panteretsreglerne i hvert Fald næppe ville blive antaget anvendelige, medmindre der foreligger ret stærke Grunde for at antage Transporten for fiduciarisk. At dette vil blive antaget om Transporten af Bogfordringer, med Hensyn til hvilke Cedentens Interesse i, at Tredjemand ikke optræder overfor hans Kunder, i Almindelighed vil være aabenbar, derfor taler den Omstændighed, at Panteretsreglerne ere blevne anvendte i alle Tilfælde, hvor den til Sikkerhed transporterede Fordring var en Bogfordring, jfr. ogsaa D. i U. f. R. 1914 S. 209. Og hermed er den, som det efter de foreliggende Erfaringer synes, farligste Form af Transport til Sikkerhed ramt.

For Norge repræsenterer, som allerede S. 371 bemærket, *Hagerup* den ovenfor forsvarede Anskuelse, at de Grundsætninger, som gjælde 100 for Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed, ogsaa maa gjælde for Transport til Sikkerhed, se Panteret S. 106—107, jfr. 37, 43, se ogsaa i Resultatet *Bergh* i N. Rt. 1872 S. 473 ff. Oversigter over norsk Retspraksis gives af *E. Hambro* i T. f. R. XXII S. 156—159, XXIX S. 244 og af *Bech* Konkurslovgivningen S. 328—331. Resultatet sammenfattes af *Bech* saaledes: Ere mundtlige Fordringer endeligt transporterede og solgt, og Købesummen er betalt og afgjort saaledes, at Cessionaren ikke har eller ikke vil faa noget at kræve hos Overdrageren, staar Transporten uberørt af Cedentens senere Konkurs. I den senere Tids Højesteretsdomme angaaende Æmnet er Transporten anset uvirksom overfor Cedentens Konkursbo med den Begrundelse, at Overdragelse ikke kunde antages at være sket »til Ejendom«. Med Overdragelse »til Ejendom« formener *Bech*, at Højesteret forstaar endelig (definitiv) Overdragelse, medens Ejendomsoverdragelse til Sikkerhed af mundtlige Fordringer opfattes som Pantsættelse, der antages at foreligge, naar Overdragelsen ikke er endelig. — Som det vil ses, foreligger der

her i Motiveringerne den samme forvirrende Identifikation af Overdragelse til Sikkerhed med Indrømmelse af Panteret som i dansk Retspraksis, ovfr. S. 376. Resultaterne ere lignende som i dansk Praksis, dog at der synes at være mere Tilbøjelighed i Norge end i Danmark til at antage, at Transporten ikke er endelig, men fiduciarisk, naar Cedenten fremdeles hæfter, hvis den overdragne Fordring viser sig ikke at være god, jfr. ovfr. S. 374. Mod Panteretsreglernes Anvendelse er, som ovfr. S. 331 omtalt, energisk Protest rejst af *Hagerup Bull* i N. Rt. 1903 S. 17—35 og 257—259; og *Platou* erklærer sig i Privatrettens almindelige Del S. 210 mest tilbøjelig til at slutte sig til *Hagerup Bull*. Som paavist kan jeg ikke finde *Hagerup Bulls* Protest berettiget, forsaavidt den gaar ud paa, at Panteretsreglerne ikke skulle anvendes paa Transport til Sikkerhed. Men deres Anvendelse vil jo for norsk Rets Vedkommende — idet mundtlige Fordringer i Norge ikke erkjendes at kunne være Gjenstand for Haandpanteret (eller en haandpantlignende Ret), se ovfr. S. 369, og idet Underpant i Fordringer ikke kjendes i Norge — føre til det Resultat, at mundtlige Fordringer ikke kunne benyttes som Kreditbasis. Det 101 er vel ogsaa navnlig denne Omstændighed, der bærer *Hagerup Bulls* Indvendinger, i alt Fald er det herpaa, at *Platou* støtter sig. Forsaavidt maa jeg give dem min Tilslutning og med dem beklage, at norsk Praksis ikke vedkjender sig, at Haandpant kan stiftes over mundtlige Fordringer gennem Denunciation for Skyldneren i den pantsatte Fordring, se ovenfor S. 369. Her er da ogsaa den i T. f. R. XXVIII S. 209 omtalte (nu atter bortfaldne) Lejlighedslov af 21. Aug. 1914 brudt igjennem.

I *svensk* Ret antages — det bemærkes, at Fdn. 20. Novbr. 1845 ikke anses anvendelig paa Overdragelse af Fordringsrettigheder — Spørgsmaalet om Panteretsreglernes Anvendelse paa Overdragelse af mundtlige Fordringer at staa paa samme Maade som med Hensyn til Ejendomsoverdragelse over Ting, se ovfr. S. 365—66. Theorien er ugunstig for Omgaaelsesregelen, men Transport til Sikkerhed præsumeres at være Pantsætning, og herved naas lignende Resultater som ved Omgaaelsesregelens Anvendelse.⁸¹

⁸¹ Undén S. 101, 175—176.

I tysk Retspraksis anses Transport af Fordringer til Sikkerhed for virksom overfor Cedentens Konkursbo, selv om Denunciation ikke har fundet Sted; Bestemmelsen i B. G. B. § 223 2° smh. m. § 398 anses i Almindelighed for afgjørende i saa Henseende, jfr. ovfr. S. 366. Uvirksom erkjendes Transporten dog at være, naar udelukkende Beføjelse til at inddrive Fordringen er forbeholdt Cedenten. Om den saaledes foreliggende Retstilstands Uholdbarhed, se f. Eks. *H. Hoeniger* Die Diskontierung von Buchforderungen.

3. Det forekommer, at en Skyldner A. overlader Ting eller Fordringsrettigheder til C. (f. Eks. A.s Sagfører) til Fordeling imellem A.s Kreditorer eller nogle af disse, og at der ved saadanne Dispositioner ikke benyttes Terminologier som »Bemyndigelse«, »Fuldmagt« o. desl., men f. Eks. »uigjenkaldelig Bemyndigelse«, »Overdragelse til Ejendom«, »Transport« eller desl. Alligevel har Dispositionen, naar C. ikke er Bærer af de paagjældende Kreditors Interesser, kun retlig Betydning som en Bemyndigelse, saa at den ikke udelukker nogen 102 af A.s Kreditorer fra at tage Fyldestgjørelse af de til C. »overdragne« Ting og »transporterede« Fordringer. Dette følger ligefrem af den almindelige Regel, at en Viljeserklæring ikke, selv om Afgiveren ønsker det, er bindende, medmindre den er afgivet til den, der skal have Retten, eller til en Interessesbærer for denne, H. R. D. i U. f. R. 1908 S. 966, 1897 S. 791, D. i U. f. R. 1905 S. 298. Det er altsaa ufor nødent, og det vilde være urigtigt og misvisende, se f. Eks. D. i U. f. R. 1913 S. 789, med D. i U. f. R. 1894 S. 878 at støtte saadanne Dispositioners Uvirksomhed overfor Kreditorerne derpaa, at de, som udelukkende tilsigtende at forhindre Kreditorerne fra at erholde Fyldestgjørelse ved Rettergang, ere lovstridige og derfor ugyldige. Er der af A. direkte eller gennem C. givet dispositiv Meddelelse til en Fordringshaver B. om Arrangementet, foreligger der en Overdragelse fra A. til denne, D. i U. f. R. 1912 S. 103, og der bliver da efter Omstændighederne Anvendelse for Omgaaelsesregelen. Herved maa da erindres, at den til Stiftelse af Haandpant fornødne Overgivelse til Fordringshaveren ikke foreligger alene derved, at B. har faaet Underretning om og har tiltraadt Dispositionen, men dette vil kun være Tilfældet, naar C. overfor B. er blevet udelukket fra at tilbagegive Tingen til A.

III. *Panthaverens Ret til Dividende.*

1. Hvorledes den *Fordringshaver, der har Pant for sin Fordring, er stillet med Hensyn til Dividende i Skyldnerens Konkursbo*, er til dels omtvistet. Kan Fordringshaveren, uanset at han har Pant for sin Fordringsret, kræve Dividende af den sikrede Fordrings fulde Beløb (»fuld Anmeldelsesret«), eller kan han kun fordre Dividende i Forhold til den Del af den sikrede Fordring, som ikke dækkes af Pantet (»begrænset Anmeldelsesret«)? Den begrænsede Anmeldelsesret kan gennemføres paa forskjellig Maade; den kan være ordnet saaledes, at Fordringshaveren, uanset at han har Pant, kan fordre Udlæg for eller Dividende afsat i Forhold til hele Fordringen mod Afskrivning paa Pantet eller senere Reduktion,^{s2} K. L. § 130. Spørgsmaalene ved- 103 rørende saadan nærmere Gjennemførelse vedkomme os ikke her; ogsaa for de Tilfælde, hvor en Ordning som den nævnte er gennemført, benyttes i det følgende Betegnelsen »begrænset Anmeldelsesret.«

I Almindelighed antages det, at der maa sondres imellem, om Pantet tilhører Skyldnerens Konkursbo eller ikke; i første Fald haves kun begrænset Anmeldelsesret, i sidste Fald fuld Anmeldelsesret. Men Berettigelsen af denne Sondring er ikke ubestridt. Og der er Tvivl om Sondringens nærmere Forstaaelse, saaledes om Anmeldelsesretten ogsaa er begrænset, naar Konkursboet vel er Ejer af Pantet, men Pantsætningen har fundet Sted under urigtig Angivelse af, at Pantet tilhører Tredjemand, eller Fallentens Erhvervelse er indtraadt efter Pantsætningen. Om denne nærmere Forstaaelse handles nedenfor under 4. Indtil videre tænkes kun paa Tilfælde, hvor Ejendomsforholdet til Pantet ved Konkursens Indtræden er uforandret det samme som paa Pantsætningstiden, og hvor Pantsætningen er foretaget af Pantets Ejer i eget Navn.

2. Den *Fordringshaver, som har Pant i en Skyldnerens Konkursbo tilhørende Gjenstand* (Ting eller Fordringsret), kan i Konkursboet kun fordre Dividende af den Del af hans Fordring, som ikke dækkes af Pantet. Denne Sætning har i alt Fald for Underpants Vedkommende Hjemmel i K. L. § 130 i Slutn. (norsk Konkurslov § 101),

^{s2} Deuntzer Skifteret S. 251—254, 176—177.

jfr. ogsaa K. L. §§ 42, 105, 114, og er, ogsaa for Haandpanthaverens Vedkommende, enstemmig antaget i Theorien⁸³ og nu ogsaa i Praxis.⁸⁴

Regelen kan, som en Fastsættelse af, hvorledes Konkursboets For-
 104 mue skal fordeles mellem Kreditorerne, selvfølgelig ikke fraviges ved Aftale mellem Skyldneren og Panthaveren.⁸⁵ Det forandrer altsaa ikke Retsstillingen, at Skyldneren udtrykkeligt har givet Fordringshaveren Ret til først at gennemføre den pantesikrede Fordring overfor ham selv og hans Konkursbo og derefter at holde sig til Pantet for Resten, eller at Pantet er stillet for det Tab, som Fordringshaveren maatte lide ved ikke at faa sin Fordring fyldestgjort.⁸⁶

3. Anderledes efter den almindelige *Mening*, naar *Pantet ikke tilhører Konkursboet*. Naar B. for en Fordring paa A. har Pant i en Gjenstand, som ikke tilhører A., men Tredjemand C., antages i Almindelighed B. uanset Panteretten at kunne fordre Dividende i A.s Konkursbo i Forhold til den sikrede Fordrings hele Beløb.⁸⁷ — Der bortses her fra det Tilfælde, at B. har faaet Betaling ved Pantets Realisation; hvorvidt han i saa Fald desuagtet kan konkurrere i A.s Konkursbo med Fordringens oprindelige Beløb uden Hensyn til den modtagne Betaling, afhænger af Fortolkningen af K. L. § 18.⁸⁸ Imidlertid er den Opfattelse, at en Panthavers Anmeldelsesret, ogsaa naar Pantet ikke tilhører Konkursboet, er begrænset af Pantets Værdi, bleven

⁸³ Deuntzer Skifteret S. 176, 252—253 (den noget utydelige Udtalelse S. 177 har kun Hensyn til Spørgsmaalet om Regelens nærmere Gjennemførelse), Evaldsen i U. f. R. 1885 S. 824, Hallager-Aubert II S. 351, Hagerup S. 326, E. Møller S. 388, 392—393, Munch-Petersens Skifteret S. 59, Torp-Grundtvig S. 602, Bech Konkurslovgivningen S. 236.

⁸⁴ H. R. D. i U. f. R. 1897 S. 797, D. i U. f. R. 1876 S. 890, 1899 S. 511, 1901 S. 572, 1908 S. 918, men derimod tidligere N. J. T. II S. 336.

⁸⁵ Evaldsen U. f. R. 1885 S. 824, Hagerup S. 326 Note 19, Torp-Grundtvig S. 602, E. Møller S. 393—394, 400—401.

⁸⁶ D. i U. f. R. 1901 S. 572, H. R. D. i U. f. R. 1897 S. 797 (Skiftedecisionen; Højesteret kom ikke ind paa dette Spørgsmaal, idet Retten ikke fortolkede Pantsætningen saaledes, at der forelaa en Vedtagelse som den her omhandlede).

⁸⁷ Torp-Grundtvig S. 602—603, Hagerup S. 325—326. Fra denne Forudsætning udgaa ogsaa D. i U. f. R. 1905 S. 282 og 1901 S. 572 (ndfr. S. 390—91).

⁸⁸ Torp-Grundtvig S. 602—603, Hagerup S. 325—326.

forsvaret af *E. Møller*.⁸⁹ Det paastaas vel ikke, at der forsaavidt maa opstilles en saadan ufravigelig Retsregel som for det Tilfælde, at 105 Pantet tilhører Konkursboet; det erkjendes, at en Aftale imellem C., der giver sin Ting i Pant for A.s Gjæld til B., og B. om, at denne først skal holde sig til A. eller hans eventuelle Konkursbo for Fordringen og kun, forsaavidt han ikke herved erholder Dækning, kan holde sig til Pantet, maa være retsgyldig. Bag *Møllers* Argumentation ligger den af ham bl. a. paa D. L. 5—7—17 støttede Opfattelse, at Panthaverens Retsforfølgning overfor Skyldneren, som har givet ham en af sine Ting i Pant, overhovedet kun er subsidiær.⁹⁰ En nærmere Drøftelse af dette Spørgsmaal kan ikke optages her; jeg maa nøjes med at henvise til Fremstillingen hos *Torp-Grundtvig* S. 600—601, der formentlig tilstrækkelig oplyser, at D. L. 5—7—17 netop hjemler Panthaverens Beføjelse til, med den i Lovstedets 2det Stk. givne Begrænsning og med de Begrænsninger, som følge af Skyldnerens almindelige Paavisningsret under Eksekution, at holde sig til Skyldnerens andre Midler uden at opgive Pantet. Bortset herfra støttes Sætningen, at Panthaverens Anmeldelsesret, ogsaa naar C. for B.s Fordring paa A. har stillet Pant i en C. tilhørende Ting, er begrænset af Pantets Værdi, paa, at dette skal være den naturlige Fortolkning af Pantsætningsakten: Ganske vist har C., hvis A. er solvent, Interesse i, at B. først holder sig til A., altsaa i, at B. fuldtud kan udnytte sin Fordringsret overfor denne uden Hensyn til Pantet. Men naar A. kommer under Konkurs — og Retsstillingen under Konkurs træder her i Forgrunden — vil C. i Almindelighed være interesseret i, at A. ikke har fuld Anmeldelsesret, navnlig fordi C. ved B.s Udnyttelse af en saadan vilde miste den Regresret overfor Boet, som han i Al-

⁸⁹ *E. Møller* S. 391—401; noget tvivlende *Evaldsen* i U. f. R. 1885 S. 826 Noten. Afgjørelsen i U. f. R. 1888 S. 198 hviler vistnok paa denne Opfattelse, se *E. Møller* S. 399 Noten og ndfr. S. 391—92. — At Fordringshaveren i Kautionsistens Konkursbo, naar denne kun har paataget sig at hæfte for den Del af Fordringen, som ikke dækkes af det af Hovedskyldneren stillede Pant, kun kan forlange Dividende af Restbeløbet, følger ligefrem af, at Kautionsisten ikke skylder og aldrig har skyldt mere, jfr. *Evaldsen* l. c.

⁹⁰ *E. Møller* S. 391—393. Jfr. herved *Jaeger* Kommentar zur Konkursordnung, 5te Aufl. (1916) ad § 64 Anm. 9 og 10.

mindelighed ifølge sin Intercession vil have. Ogsaa Hensynet til Konkurskreditorerne taler for denne Fortolkning af Tredjemands Pantsætningsakt. Om end Anmeldelsesrettens Begrænsning ofte kun vil betyde en Galgenfrist for Konkursboet, idet det, naar en saadan er anerkjendt, til Gjengjæld maa svare til Tredjemands Regresfordring, gives der dog Tilfælde, hvor Regresret ikke haves eller dog er om-
 106 tvistelig eller faktisk ikke vil blive gjort gjældende, og »det synes da rettest at overlade det til Boet selv at afgjøre, hvad dets Interesse kræver.«

Det anførte viser, at der de lege ferenda kan anføres Grunde for, at ogsaa Pant i Tredjemands Ting medfører Begrænsning af Pant-haverens Anmeldelsesret i Skyldnerens Konkursbo. Men paa den anden Side staar Hensynet til Panthaveren. Den »naturlige Fortolkning« af Tredjemands Pantsætningsakt kan ikke afhænge alene af, hvad dennes og Kreditorernes Interesser kræve. Fortolkningen maa ogsaa bero paa, hvad Tredjemand maa gaa ud fra som Fordringshaverens Forstaaelse af Retshandelen. Og at Tredjemands Pantsætningsakt i nogen Maade skulde forringe Fordringshaverens Retsstilling i Skyldnerens eventuelle Konkursbo, vil sikkert være Fordringshaveren en ganske fremmed Tanke. At Fordringshaverens Adgang til Dividende maa være begrænset, naar Pantet tilhører Konkursboet, og at denne Begrænsning maa gjælde uden noget Hensyn til hans Beregninger, se ndfr., skyldes særlige konkursretlige Hensyn, der ikke foreligge, naar Pantet tilhører Tredjemand. Og Fordringshaverens Opfattelse af, at han trods Pant i Tredjemands Ting beholder sin fulde Adgang til Fyldestgjørelse i Skyldnerens Konkursbo, støtter sig til den naturlige Betragtning, at de, der intercedere til Sikkerhed for en Skyldner, sammen med denne, forsaavidt de ikke have taget Forbehold, fremfor Fordringshaveren maa lide Tabet ved Skyldnerens Insolvens. Netop paa denne Betragtning hviler ogsaa K. L. § 18 (norsk Konkurslov § 121, svensk Konkurslov §§ 115, 116). I dette Lovbud finder *Hagerup* S. 326 Note 18 en sikker Hjemmel for, at Pant i en Gjenstand, som tilhører Tredjemand, ikke begrænser Anmeldelsesbøjelsen. Naar Fordringshaveren, der har flere solidariske Skyldnere, ikke udelukkes fra at erholde Dividende i Forhold til Fordringens fulde Beløb i en af

Skyldnernes Konkursbo derved, at han har foretaget Udlæg hos en anden, eller derved at en af de andre fra først af har stillet Pant,⁹¹ kan, siges det, denne Adgang heller ikke være udelukket, fordi Tredje- 107 mand kun har intercederet med Pant uden Overtagelse af personligt Ansvar, se ogsaa *Torp-Grundtvig* S. 602—603. Denne Slutnings Berettigelse bestrides af *E. Møller* S. 387—388, 402—406, jfr. S. 396, hvis Fremstilling i saa Henseende formentlig kan gjengives saaledes, at K. L. § 18 kun viser, at B. har fuld Anmeldelsesret i A.s Konkursbo, uanset at en anden af de solidariske Medskyldnere C. har stillet Pant for sin Forpligtelse, men ikke, at B. har fuld Anmeldelsesret i A.s Bo, uanset at C. har stillet Pant for A.s Forpligtelse, hvilket er Tilfældet, naar C. kun har intercederet som Pantsætter uden Overtagelse af personligt Ansvar. Dette er vel rigtigt nok. Men selv om Slutningen fra K. L. § 18 saaledes ikke er umiddelbart logisk tvingende, er den efter det bemærkede naturlig og realt beføjet, idet den bag K. L. § 18 liggende Tankegang som oplyst medfører, at B.s Anmeldelsesret i A.s Bo ikke begrænses ved det af en anden solidarisk Skyldner direkte for A.s Forpligtelse stillede Pant.

Det antages altsaa for gjældende dansk Ret, at Regelen om Anmeldelsesrettens Begrænsning ved Panteret kun gjælder for det Tilfælde, at Pantet tilhører Konkursformuen. At dette ligeledes er den almindelige Mening i Norge, fremgaar af de anførte Citater. Ogsaa den svenske Rets Lovbestemmelser i Handelsbalken Kap. 17 §§ 15 og 16, jfr. Konkurslag § 54, Utsökningslag § 114, om Anmeldelsesrettens Begrænsning ved Panteret antages at have kun det Tilfælde for Øje, at Pantet tilhører Konkursboet. Ligeledes kommer det efter den tyske Konkurslovs § 64 og vistnok efter fremmede Lovgivninger i Almindelighed an paa, om Pantet tilhører Konkursboet eller ikke.⁹²

4. a. Fra det Standpunkt, at det ikke kan opstilles som almindelig Regel, at en Fordringshaveren tilkommende Panteret begrænser hans Anmeldelsesret, men at der i saa Henseende maa gjøres en Sondring,

⁹¹ D. i U. f. R. 1895 S. 1065, jfr. 1896 S. 535. Saaledes ogsaa Jaeger ad § 64 Anm. 3.

⁹² Jaeger ad § 64 Anm. 3, 18. — At Skyldneren har givet Fordringshaveren Ejendomsret til Sikkerhed i Stedet for Pant, antages af Jaeger ad § 64 Anm. 6 at virke som Pantsætning.

er det blevet antaget, at Sondringen ikke just, som under 2 og 3 antaget, kan bero paa, om Pantet tilhører Konkursboet, men at det 108 maa komme an paa, om Tingen er pantsat som Skyldnerens eller som Tredjemands.⁹³ Har Tredjemand eller Skyldneren givet Pant i en Skyldneren tilhørende Gjenstand under Angivelse af, at den tilhører Tredjemand, saa at Fordringshaveren har paaregnet at faa fuld Anmeldelsesret, synes den Omstændighed, at Pantet tilhører Skyldneren, ikke at burde kunne medføre en ugunstigere Retsstilling for ham. Og tilhørte Pantet paa Pantsætningens Tidspunkt Tredjemand, af hvem Pantsætningen foretages, synes den i Forhold til Panthaveren ganske tilfældige Omstændighed, at Pantet senere er gaaet over i Skyldnerens Eje, ikke at burde komme Panthaveren til Skade.

Dette lyder ved første Øjekast tiltalende. Men er det rigtigt? Disse Indvendinger mod ubetinget at lade det komme an paa, om Pantet tilhører Konkursboet eller ikke, hvile paa den Betragtning, at denne Sondring maa modificeres af Hensyn til Fordringshaveren. Han bør beskyttes i sin Beregning af, hvorvidt han er sikker og vil faa fuld Fyldestgjørelse for sin Fordring, naar han først kan tage Dividende i Konkursboet af hele sin Fordring og saa derefter holde sig til Pantet. Men fortjener den Slags Beregninger over en eventuel Dividendes Størrelse saadan Retsbeskyttelse paa de andre Kreditorers Bekostning. Er der Grund til at antage, at Retsordenen saaledes beskytter saadanne Beregninger?

Som den reale Grund til, at Panthaveren kun har begrænset Anmeldelsesret, naar Pantet tilhører Konkursboet, anføres under noget forskellige Formuleringer den Betragtning, at Panthaveren vilde faa for meget og Fallentens andre Kreditorer for lidt ud af Konkursboet, dersom Panthaveren, der gennem Pantet *dækkes af Konkursboets Formue* for en Del af sin Fordring, skulde have Anmeldelsesret for mere 109 end Resten.⁹⁴ Bestemmelsen i Konkurslovens § 130 er en Regel, der

⁹³ Evaldsen i U. f. R. 1885 S. 826 Noten, E. Møller S. 388, 390.

⁹⁴ Motiverne til Konkursloven S. 123 udtale om Bestemmelsen i K. L. § 130 i Slutn. (Forslagets § 129) kun, at Regelen »forstaar sig af sig selv«. Se iøvrigt Hagerup S. 326, Torp-Grundtvig S. 602, Hallager-Aubert II S. 351 (»Fordringen vilde ellers blive to Gange betalt, om end kun med Procenter«, jfr. E. Møller S. 393), Evaldsen i U. f. R. 1885 S.

er givet til Beskyttelse for Fallentens andre Kreditorer i Kollisionen med Panthaveren. Den anførte reale Grund⁹⁵ passer utvivlsomt ogsaa paa de ovenfor nævnte Tilfælde. Den eneste Grund til at fravige Regelen om begrænset Anmeldelsesret i disse Tilfælde vilde være Hensyn- tagen til Panthaverens Beregninger angaaende Størrelsen af den eventuelle Dividende i Skyldnerens Konkursbo. Men saadanne Beregninger ere jo for det første ganske usikre.⁹⁶ Og — og dette maa særligt fremhæves — der kan ikke være Tvivl om, at *Beskyttelsen for saadanne Beregninger mægtigt vil støtte den Trafik ved økonomisk Assistance at holde det for længe gaaende for Skyldnere paa Bekostning af deres andre Kreditorer*. Paa den anden Side kan Beskyttelsen jo kun gives Panthaveren paa de andre Kreditors Bekostning. I alt Fald gjælder dette, naar Pant er givet i Skyldnerens Ting under Argivelse af, at Tingen tilhører Tredjemand. Og i det Tilfælde, at Krydsningen af Panthaverens Beregning ligger i Skyldnerens senere Erhvervelse af Pantet, vil det vel i alt Fald ofte være saa, at Pantets Erhvervelse har kostet Fallenten en tilsvarende Opofrelse. Under disse Omstændigheder ses det ikke rettere, end at der bør gives Hensynet til de andre Kreditorer Overvægten over Hensynet til Panthaverens Beregninger. Hvor værdiløs den Beskyttelse, som K. L. § 130 tilsigter at give de andre Kreditorer, vilde være, dersom man fortolker Bestemmelsen indskrænkende, saa at den viger for Panthaverens Beregninger og gode Tro, fremgaar tilstrækkeligt af flere i det følgende anførte 110 Eksempler. Der kan ikke mod det Anførte indvendes, at de her omhandlede Kjendsgjæringer, som medføre, at Panthaveren bliver rin-

824. — E. Møller begrundet S. 392—394 Regelen som stemmende med naturlig Fortolkning af Pantsætningsakten, og dens Ufravigelighed derved, at en Vedtagelse om fuld Anmeldelsesret for Fordringshaveren, uanset at han har Pant i Skyldnerens Ting, ifølge Vedtagelsens praktiske Formaal og Funktion alene er at give Kreditor en gunstigere Retsstilling i Konkurstilfælde, end der ellers efter Loven tilkommer ham.

⁹⁵ Det er den samme Betragtning som den, der medfører, at fuld Anmeldelsesret trods stedfunden Afbetaling i Henhold til K. L. § 18 ikke haves i den Skyldners Konkursbo, som har erlagt Afbetalingen, se Motiverne til K. L. S. 13, Bentzon i U. f. R. 1886 S. 451, jfr. 438, Evaldsen i U. f. R. 1885 S. 824, 826, 832.

⁹⁶ E. Møller S. 393.

gere stillet end paaregnet, jo i Almindelighed er hidførte ved Skyldnerens egne vilkaarlige Handlinger eller dog under hans Medvirken og følgelig udgjøre et Retsbrud overfor Fordringshaveren fra hans Side, der, ligesom Skyldnerens Retsbrud iøvrigt, maa gaa udover hans Kreditorer i Almindelighed. At Skyldneren efter Pantsætningen erhverver Pantet, kan ikke i Almindelighed opfattes som en retsstridig Handling. Derimod er det ganske vist en retsstridig Handling fra Skyldnerens Side, at han ved sin Pantsætning urigtigt har angivet, at Pantet ikke tilhører ham, eller at han lader Tredjemand pantsætte en ham (Skyldneren) tilhørende Gjenstand i eget Navn. Men dette Forsøg paa at forringe Retsstillingen for hans Kreditorer i Almindelighed bør i hvert Fald ikke komme disse til Skade. Forholdet maa, hvad Panthaverens Stilling overfor Konkursboet angaar (om Stillingen overfor Tredjemand se nedfr.) sammenstilles med det, at en Skyldner har opnaaet et Laan ved urigtig Angivelse om det stillede Pants Værdi, eller at han forsætlig forringer det af ham stillede Pant. Saadant Forhold vil kunne give Panthaveren Beføjelse til at kræve Tilbagebetaling af det af ham ydede Laan tidligere end aftalt eller Krav paa, at nyt Pant stilles, og Skyldnerens svigagtige Forhold kan muligvis paadrage ham Strafansvar. En ny Pantsætning vil naturligvis forringe de andre Kreditors Retsstilling, men har en saadan ikke fundet Sted forinden A.s Konkurs, vil Retsbrudet ikke forringe de andre Kreditors Retsstilling til Fordel for Panthaveren.

Efter det anførte vil der *ikke være nogen Grund til at fortolke K. L. § 130 indskrænkende, men tværtimod al Grund til at forstaa Lovbudet efter Ordene, saa at Anmeldelsesrettens Begrænsning gjælder i alle Tilfælde, hvor Pantet ejes af Konkursboet.*⁹⁷ Den tyske Konkurslovs § 64 er da ogsaa blevet fortolket saaledes, at Begrænsningen af Anmeldelsesretten omfatter f. Eks. det Tilfælde, at Pantet efter Pantsætningen er erhvervet af Skyldneren, og det, at Tredjemand har pantsat en Skyldneren tilhørende Ting som sin under saadanne Omstændigheder, at Pantsætningen er virksom efter Reglerne om eksstinktiv Erhvervelse.⁹⁸

⁹⁷ Saaledes ogsaa Hagerup S. 326 Note 18.

⁹⁸ Jaeger ad § 64 Anm. 3.

Den ovenfor bestridte Opfattelse medfører paa den anden Side⁹⁹ (hvad der mindre interesserer i den foreliggende Sammenhæng), at Panthaverens Anmeldelsesret, selv om man som almindelig Regel antager, at Anmeldelsesretten ikke er begrænset af Pantet, naar dette ikke tilhører Konkursboet, dog i visse Tilfælde maa være begrænset ved Pant i Gjenstande, som ikke tilhøre Konkursboet. Dette formentes saaledes at være Tilfældet, naar Panthaveren ved Panterettens Erhvervelse maatte gaa ud fra, at han kun vilde faa begrænset Anmeldelsesret i Skyldnerens eventuelle Konkursbo, altsaa naar Pantet ved Pantsætningen urigtigt er angivet at tilhøre Skyldneren, eller naar Pantet paa Pantsætningstiden tilhørte Skyldneren, men senere forinden Konkursen er overgaaet i Tredjemands Eje. Der formentes ikke at være nogen Grund til at give Panthaveren nogen bedre Retsstilling end den af ham ved Panterettens Erhvervelse forudsatte. Hertil bemærkes, at Fordringshaveren i disse Tilfælde — vi gaa jo ud fra, at Lovgivningens almindelige Regel er den, at Anmeldelsesretten i Almindelighed ikke er begrænset, naar Pantet ikke tilhører Konkursboet — har fuld Anmeldelsesret simpelthen af den Grund, at Hindringen for den ubegrænsede Anmeldelsesret, nemlig den Omstændighed, at Dækningen ved Pantet finder Sted udaf Konkursboet, her faktisk ikke foreligger.¹⁰⁰ Ogsaa det her omtalte Ræsonnement hviler paa en Miskjendelse af, at Bestemmelsen i K. L. § 130 er en Norm for Fordelingen af Konkursboets Formue mellem Kreditorerne, given til Beskyttelse for de almindelige Kreditorer, uden Hensyn til hvad Panthaveren ved Pantets Erhvervelse har forudsat. Ogsaa i denne Henseende er den tyske Konkurslovs § 64 blevet fortolket i Overensstemmelse med det her forsvarede.¹⁰¹

Forsøg paa at begunstige en Kreditor paa de andres Bekostning ved 112 at skaffe ham fuld Anmeldelsesret i Strid med K. L. § 130 og denne Lovbestemmelses Formaal finder navnlig Sted derved, at Gjenstande, som tilhørte Fallenten og nu tilhøre Konkursboet, ved Pantsætningen urigtigt ere angivne og senere fremdeles urigtigt fastholdes at tilhøre

⁹⁹ E. Møller S. 388, 390, Evaldsen i U. f. R. 1885 S. 826 Noten.

¹⁰⁰ Hagerup S. 326 Note 18.

¹⁰¹ Jaeger l. c. ad § 64 Anm. 3.

Tredjemand. Det vil forsaavidt for Boet kun gjælde om at oplyse den virkelige Sammenhæng; at Panthaveren var uvidende om Sammenhængen, er efter det oplyste uden Betydning overfor Konkursboet, se nærmere under b og c. Det samme gjælder, naar Forsøget er anstillet ved, at Pantet pro forma er afhændet af Pantsætteren til Tredjemand. Skulde Forsøg finde Sted ved en virkelig Afhændelse, der ikke bæres af andre Interesser end Undgaaelse af K. L. § 130, maa Omgaaelsesregelen komme til Anvendelse. Det samme maa *under samme Betingelser* gjælde, naar Skyldneren i Stedet for at give Fordringshaveren Pant af sin Formue giver Pant til en Kautionist for hans Regresret, se nærmere ndfr. under c.

b. Om Stillingen i *Retspraksis* overfor det almindelige Spørgsmaal angaaende Anmeldelsesrettens Begrænsning ved Fordringshaverens Panteret er Oplysninger givet ovfr. under 2 og 3. Med Hensyn til det under a omhandlede Spørgsmaal findes ikke mange Retsafgjørelser. De, der foreligge, synes at bæres af den under a bekjæmpede Opfattelse; den her forsvarede Forstaaelse af K. L. § 130, hvorefter denne Bestemmelse er en af Panthaverens Forestillinger og Beregninger uafhængig Fordelingsregel, findes der, saavidt ses, ikke Spor af i Praksis.

En Sø- og Handelsrets Skiftedecision i U. f. R. 1901 S. 572 antog for et Tilfælde, hvor nogle, en Fallent tilhørende Pengeeffekter vare pantsatte til en Fordringshaver af Tredjemand i eget Navn dels direkte for Fordringen dels for en for denne indgaaet Tabskaution, at Fordringshaveren havde eller maatte have indset, at Effekterne tilhørte Fallenten, og statuerede, at der herefter maatte gaas ud fra, at Pantsætningen var sket paa Skyldnerens Vegne, og at Fordringshaveren følgelig maatte være henvist til først at realisere Haandpantet og derefter kræve Dividende af sin Restfordring. Denne Afgjørelse er
 113 jo utvivlsomt rigtig, men den gaar vistnok ud fra den urigtige Antagelse, at Afgjørelsen maatte være faldet anderledes ud, hvis der ikke havde kunnet oplyses Mangel af god Tro hos Fordringshaveren. En Sø- og Handelsrets Skiftedecision i U. f. R. 1905 S. 282 indrømmede en Fordringshaver, der fra Tredjemand havde modtaget Pant i nogle Ihændehaverobligationer, fuld Anmeldelsesret overfor Konkursboets

Paastand om, at de pantsatte Obligationer tilhørte Fallenten. Der var ikke ført Bevis for, at Obligationerne tilhørte Fallenten; Fordringshaveren paastod, at han i hvert Fald havde været uvidende om, at de tilhørte denne. I Afgjørelsens Begrundelse hedder det, at Fallentens Ret til Obligationerne under alle Omstændigheder i Forhold til Fordringshaveren var eksstingveret ved den skete Pantsætning. Hvad man nu end mener iøvrigt om Afgjørelsen, er denne sidste Bemærkning i alt Fald urigtig og irrelevant.¹⁰² Pantsætningen af en, en anden tilhørende Ihændehaverobligation kan ikke eksstingvere Ejerens Ret, men kun bevirke, at Ejeren maa respektere Pantsætningen. Obligationen tilhørte, hvis den var Fallentens, fremdeles denne og Konkursboet. Og Fyldestgjørelse ved Pantet var Fyldestgjørelse ud af Konkursboets Formue. Afgjørelsens Resultat er rigtigt, idet der ikke antoges at være ført Bevis for Boets Ejendomsret. Men det bag Begrundelsen liggende Ræsonnement er tydeligt nok det, at Regelen om Anmeldelsesrettens Begrænsning maa vige for Panthaverens gode Tro. En Sø- og Handelsrettens Skiftedecision i U. f. R. 1888 S. 198 angaar et Tilfælde, hvor A. og C., der vare solidariske Skyldnere overfor B., havde givet B. i Haandpant en dem i Forening tilhørende Panteobligation. Senere overdrog C. ifølge et Arrangement med A. sin Andel af Obligationen til denne. C. kom derefter under Konkurs. B. anmeldte sin Fordring i Boet. Det blev antaget, at der ikke kunde gives B. nogen Dividende af Konkursboet, saalænge Pantet ikke havde vist sig utilstrækkeligt, eller B. havde givet Afkald paa det og sat Boet i Stand til at disponere over Pantet, »der, uanset at Ejendomsretten over Fallentens Andel i dette er overdraget til A., er vedblevet at hæfte ogsaa for C.s Forpligtelse.« Afgjørelsen kunde synes at under- 114

kjende den ovenfor forsvarede Opfattelse, at Pantets Ejerskifte bliver af Betydning for Spørgsmaalet om Anmeldelsesrettens Begrænsning. Nærmere beset vil det dog nok vise sig, at Afgjørelsen ikke hører herhen. Den hviler sikkert paa den ovfr. under 3 bestridte Opfattelse, at det overhovedet er ligegyldigt for Panterettens Begrænsning, at Pantet ikke tilhører Konkursboet, se E. Møller S. 399 Noten, og kommer altsaa ikke ind paa det her omhandlede Spørgsmaal, om der under en

¹⁰² Se ovfr. S. 389 ved Note 101.

modsat Forudsætning bør tillægges Ejerskifte efter Pantsætningen nogen Betydning. H. R. D. i U. f. R. 1897 S. 797 angaar et Tilfælde, hvor et navngivet Interessentskab og begge dets Interessenter vare tagne under Konkursbehandling under et, »ikke som tre adskilte Boer hver med sin særskilte Formuemasse«. Den ene af Interessenterne havde givet en Bank, der havde indrømmet Selskabet en Kredit, nogle ham tilhørende Effekter i Haandpant til Sikkerhed for ethvert Tab, som Banken maatte komme til at lide ved den Selskabet indrømmede Kredit. Det statueredes, at Banken i Selskabets og dets Indehaveres Boer kun kunde erholde Dividende af dens Fordring efter Fradrag af Haandpantets Værdi. Dommen hviler paa Opfattelsen af de tre Boer som en Enhed (jfr. derimod Jaeger ad § 64 Anm. 4) og giver saaledes ingen udover Interessentskabsforhold — som det ikke kan være Opgaven her at gaa nærmere ind paa — rækkende Oplysning om Stillingen til Spørgsmaalene angaaende Anmeldelsesrettens Begrænsning ved Panteret.

Den her hævdede Opfattelse er saaledes fremmed for dansk Retspraksis, men i alt Fald kun en enkelt Retsafgjørelse gaar afgjort imod den, og Højesteret har ikke udtalt sig. Erfaringerne turde mere og mere vise, at Regelen i K. L. § 130 i Slutn. let bliver et tomt Bogstav, om man ikke tager den efter Ordene, men bøjer Regelen efter Pant-haverens Beregninger og Forestillinger, og at Hensyntagen til disse i ikke ringe Grad vil medvirke til Hidførelsen af de Tilstande i Konkursboer, som fra saamange Sider beklages. Et Eksempel skal omtales og belyses nedenfor under c.

- 115 Ogsaa i *Norge* synes, skjønt *Hagerup* forlængst, i alt Fald i en enkelt Retning, har hævdet den formentlig rette Opfattelse, Retspraksis at staa fremmed overfor denne; ogsaa her lægges der stundum Vægt paa, af hvem (i hvis Navn) Pantsætningsakten er foretaget, se herom *Hagerup* S. 326 Note 18, *Bech* S. 236—243. I svensk Literatur ses ikke at foreligge nogen Fremstilling af Æmnet.

c. I Ugebladet »Lov og Ret« 1915 S. 71—72 beskriver en Indsender under Overskriften »Tabskaution« følgende kunstige Kreditorbegunstigelse¹⁰³: A. trænger til et Driftslaan paa 50.000 Kr.; han sidder i

¹⁰³ Se ogsaa en Meddelelse under Overskriften »En ejendommelig Laaneform« i »Børsen« den 5. Januar 1914.

en Forretning, der altid, saalænge den drives, vil ligge med et vist Varelager og en Del udestaaende Fordringer, saa at der stedse vil være ubehæftede Aktiver til Ydelse af en ikke ringe Dividende. A. henvender sig til B. om et Laan paa 100.000 Kr., idet han faar C. til at stille en Tabskaution -- Kaution for det Tab, som B. maatte lide ved A.s Konkurs eller Tvangsakkord — paa indtil 50.000 Kr. Han yder C. Sikkerhed mod dennes eventuelle Tab i 50.000 Kr. i Kontanter eller Værdipapirer, som han tager af Laanet fra B. Videre kan det saa ske, enten at C. — idet B. finder ham sikker nok — lader den stillede Sikkerhed forblive hos sig selv, eller at C. giver B. den til Sikkerhed for sin Kaution. Hvis nu A. kommer under Konkurs, og Boet kan give 50 pCt. Dividende, lider, saafremt de beskrevne Dispositioner virkelig have de tilsigtede Retsvirkninger, hverken Laangiveren B. eller Kautionisten C. noget Tab. B. anmelder det fulde Laan 100.000 Kr. i A.s Konkursbo, faar her 50.000 Kr. i Dividende og holder sig for Resten til den stillede Sikkerhed, hvorved Kautionisten frigjøres, eller til Kautionisten, som dækker sig med det stillede Depositum. Det bliver de andre Kreditorer, som lide Tabet; der er forskaffet B. en Stilling »som et Slags privilegeret Kreditor«. Er, spørges der saa, denne Disposition holdbar, og hvorvidt afhænger Holdbarheden af, om B. kjender Transaktionen eller ikke? Indsen- 166 deren har Fornemmelsen af, at Dispositionen maa være uholdbar. Han gjør i saa Henseende gjældende, at det muligvis efter Omstændighederne kan siges, at der i Virkeligheden kun er ydet et Laan paa 50.000 Kr., men mener, med særligt Henblik paa det Tilfælde, at C. har givet B. Sikkerhed i det modtagne Depositum, at man dog nærmest maa støtte sig til den Betragtning, at det i Virkeligheden er A. selv, som stiller Sikkerheden overfor B., saa at denne følgelig kun kan fordre Dividende af den usikrede Del af Fordringen uden at kunne holde sig til Kautionisten udover den ved Kautionserklæringen fastsatte Grænse. Men han nærer dog Tvivl om, hvorvidt disse Betragtninger holde stik, naar A. var fuldt solvent, da Sikkerheden stilledes, og om det er muligt at undgaa den privilegerede Stilling, hvori Laangiveren fra Begyndelsen var uvidende om Arrangementet og dets Formaal.

Det synes paa Forhaand indlysende, at Reglerne om Kreditorernes Retsstilling i Konkurs ikke kunne omgaas ved Dispositioner som den ovenfor beskrevne, og som det allerede vil fremgaa af det tidligere udviklede, mener jeg ogsaa, at det er Betragtninger som de af Indsenderen fremhævede, det i saa Henseende kommer an paa. Dispositionerne skulle nu betragtes i deres forskellige Former.

Først tænke vi os, at det ved Laanets Ydelse mellem Laangiveren B. og Laantageren A. har været udtrykkelig aftalt eller dog stiltiende forudsat, at 50.000 Kr. af Laanet skal forblive urørt som Depositum (Pant) til Laangiverens eventuelle Disposition hos B. selv eller hos Kautionsisten C. I saa Fald ses der ikke at kunne være Tvivl om, at B. i A.s Konkursbo kun kan fordre Dividende af Restbeløbet 50.000 Kr. Man kan konstruere Forholdet paa forskellig Maade. Det kan opfattes saaledes, at B. i Virkeligheden kun har ydet A. et Laan paa 50.000 Kr.; denne Opfattelse vil ligge nær, naar de andre 50.000 Kr. ere forblevne hos B., f. Eks. naar »Pantet« bestaar i et af B. udstedt Skylddokument eller Modtagelsesbevis. B. vil da i A.s Konkursbo kun
117 kunne fordre Dividende af 50.000 Kr. Det nytter ham ikke at henvise til, at Meningen med Aftalen netop har været, at han eventuelt skulde kunne fordre Dividende i Boet af »hele Laanet«, 100.000 Kr.; en saadan Vedtagelse er ugyldig, se ovfr. I. 2 og 3. Eller man kan opfatte Forholdet som en virkelig Sikkerhedsstillelse. Denne Opfattelse ligger nærmest, naar Pantet af A. overgives til B., eller naar det overgives til C. for at forblive hos ham eller for af ham at overgives til B. som Sikkerhed. Hvad enten nu det ene eller det andet sker, bliver Resultatet, at B. kun kan fordre Dividende af 50.000 Kr., og dette maa gjælde, selv om man fastholder den ovenfor bekjæmpede Begrænsning af Bestemmelsen i K. L. § 130. Overgives Pantet til B. til Sikkerhed for B.s Fordring paa A., følger Resultatet ligefrem af K. L. § 130. Og at Pantet af A. eller C. overgives til B. til Sikkerhed for C.s Tabskaution, eller at det af A. overgives til C. for at forblive hos ham til Sikkerhed for hans Regresfordring paa A., kan ikke forandre Sagen. I alle Tilfældene er der i Virkeligheden paa B.s Foranledning af A.s Bo udgaaet til Dækning af B.s Fordring paa A. et Beløb af 50.000 Kr., og at B. ikke ved saadant Arrangement kan frigjøre sig for

Bestemmelsen i K. L. § 130 synes utvivlsomt, se ogsaa den S. 390 anførte Skifteretsdecision i U. f. R. 1901 S. 572, jfr. endvidere ndfr.

Men kunde man ikke komme Dispositioner som den beskrevne til Livs, uden at der var Medviden hos Laangiveren, vilde man kun være slet hulpen, saameget mere som Medviden eller dog Mangel af begrundet god Tro hos B. ofte vil være tilstede uden at kunne oplyses. Resultaterne, naar *Laangiveren var uvidende om Arrangementet og dets Formaal*, maa formentlig blive følgende. Først betragtes det Tilfælde, at Kautionsisten C. har overgivet det stillede Pant til B. som Sikkerhed for sin Tabskaution. Som oplyst i det foregaaende vilde nu B.s Anmeldelsesret kun være en begrænset, dersom C. havde stillet Pantet, der jo tilhører A., direkte for A.s Forpligtelse overfor B.; B.s Formening om, at Pantet tilhører C., kunde ikke komme i Betragtning overfor Konkursboet. Fra dette Tilfælde er det foreliggende forskjelligt deri, at der som Mellemed er indskudt et Kautionsforhold, og at Pantet er stillet ikke for A.s Forpligtelse, men for C.s Kaution for denne. For Konkursboet maa denne Forskjel være uden Betydning. 118 Dispositionen medfører reelt, at Pantets Værdi udgaar af Boets Formue til Dækning af B.s Udlaan. *Indskudet af Kautionsforpligtelsen bæres ikke af nogen relevant Interesse udover den at hjælpe A. til et Laan ved at forskaaffe Laangiveren en imod Formaalet med K. L. § 130 stridende Retsstilling eller ved at bibringe Laangiveren den Forestilling, at han vil faa en gunstigere Retsstilling end den, han virkelig faar.* Og efter hvad der er bemærket ovenfor under a., kan B.s gode Tro ikke komme i Betragtning overfor Konkursboet. B.s Retsstilling i Forhold til Boet maa da *ifølge Omgaaelsesregelen* blive den samme, som om A. havde givet B. Pant for Laanet under urigtig Angivelse af, at Pantet tilhørte Tredjemand. Men medens Laangiverens gode Tro saaledes ikke kan gavne ham overfor Konkursboet, maa Kautionsisten vistnok staa ham til Ansvar som den, der har skuffet ham, saaledes at han maatte antage, at han vilde faa større Anmeldelsesret overfor Boet, end han virkelig faar. Visse Grunde, som tale imod, at B.s Beregninger beskyttes paa Bekostning af A.s Kreditorer, se ovfr. S. 387, tale ikke imod, at A. beskyttes overfor C. B. kan, hvis dette er rigtigt, ikke blot tage Dækning af Pantet, hvis Provenue afskrives paa

Laanet (ikke paa Kautionsforpligtelsen), fordre Dividende i A.s Bo af Restfordringen og holde sig til Tabskautionen, indenfor den af denne angivne Begrænsning, men ogsaa udover denne, idet Kautionisten maa erstatte det Tab, som B. lider ved hans Anmeldelsesbeføjelses Forringelse. Kautionisten staar forsaavidt paa lignende Maade som en Intercedent, der har bevirket Ydelsen af et Laan ved urigtig Angivelse af det af ham tilbudte Pants Værdi. — Er Pantet forblevet hos C. til Sikkerhed for dennes Regresfordring mod Laantageren, kan Pantsætningen, som B. jo forudsættes uvidende om, i og for sig ikke paavirke B.s Retsstilling. Men Kautionisten kan, da Arrangementets *direkte* (jfr. ndfr.) Formaal er at hidføre en imod K. L. § 130 stridende Forringelse af Boets Retsstilling, ikke fastholde Pantsætningen med den Retsvirkning, at en saadan Forringelse indtræder. Konkursboet kan altsaa fordre, at han afgiver Pantet til B. til Sikring af Laanet, eller med andre Ord, at Pantsætningen kun skal have Virkning som en Pantsætning til Laangiveren til Sikring af dennes Fordring paa Laantageren. Laangiveren kan da tage Fyldestgjørelse af Pantet, fordre Dividende af Restfordringen i Konkursboet og indenfor Tabskautionens Grænse holde sig til Tabskautionisten.

Som det vil ses, staa de her hævdede Resultater uafhængige af, om den stillede Sikkerhed just er anskaffet for en Del af det ydede Laan. Forsaavidt Pantet er overgivet til B. til Sikkerhed for Tabskautionen, følge Resultaterne af den rigtige Fortolkning af K. L. § 130 og af Omgaaelsesregelen, efter Omstændighederne i Forbindelse med en Anvendelse af den almindelige Erstatningsregel. Og Ugyldigheden af den Tabskautionisten for hans Regresfordring indrømmede Panteret støttes paa, at Arrangementets direkte Formaal er en imod K. L. § 130 stridende Forringelse af Konkursboets Retsstilling. Ganske vist kan ikke enhver Aftale, som frembringer Resultater, der stride imod Formaalet med K. L. § 130, tilsidesættes som stridende imod Loven. I al Almindelighed kan en Kautionist lovligt betinge sig Panteret over Hovedskyldnerens Ting til Sikkerhed for sin Regresfordring mod Skyldneren, skjønt Resultatet heraf i Realiteten *kan* blive, at Hovedskyldnerens Konkursbo, f. Eks. for et denne ydet Laan, kommer til at udrede mere, end der vilde følge af K. L. 130. Dette sker ikke, hvis

Fordringshaveren først holder sig til Kautionisten og faar Fyldestgjørelse af ham. Men det vil ske, saafremt Fordringshaveren først holder sig til Hovedskyldnerens Konkursbo og tager Dividende af sin fulde Fordring; *ved Siden heraf* kan Kautionisten da for sin Regresfordring tage Fyldestgjørelse af Pantet. Alligevel kan intet indvendes imod Pantsætningens Gyldighed. Arrangementet er ikke direkte rettet imod K. L. § 130. Og praktiske Nyttehensyn kunne meget vel i al Almindelighed retfærdiggjøre, at Pant stilles til en Kautionist for hans Regresfordring og ikke til Fordringshaveren for hans Fordring. Men Gyldigheden af den Panteret, som betinges af en Person, idet han 120 for at hjælpe en anden til et Laan optræder som Tabskautionist — saa at hans Forpligtelse kun bliver aktuel i Tilfælde af Laantagerens Konkurs — til Sikring af hans Regresfordring, vilde ikke blot medføre Mulighed for Konflikt med K. L. § 130, men vilde være direkte i Strid med denne Lovbestemmelses Formaal og retfærdiggjøres paa den anden Side ikke af modstaaende Nyttehensyn. Derfor kan denne Pantet ikke overfor Hovedskyldnerens Konkursbo have videre Retsvirkning, end om Pantet var stillet til Fordringshaveren for hans Fordring. Men man kan næppe blive staaende ved det Tilfælde, at Arrangementet finder Sted for at tilvejebringe et Laan. Det samme som i dette Tilfælde maa vistnok gjælde, naar Tabskautionen indgaas for et allerede bestaaende Skyldforhold, og naar Pantsætningen finder Sted, efterat Tabskautionen er indgaaet, jfr. Overvejelserne ovenfor S. 396. Resultatet bliver da, at overhovedet Pantsætning af Skyldnerens Midler til Sikkerhed for en *Tabskautionists* Regresfordring overfor Skyldnerens Konkursbo kun kan virke som en Pantsætning til Fordringshaveren, der er foretaget til Sikring af Hovedskylden.

Om Forældelsesloven af 22. December 1908.¹

(Juridisk Tidsskrift VI 1920 S. 81—91)

Det er en Erfaringssætning her i Landet — og i de andre nordiske Lande —, at Rækkevidden af en formueretlig Lovs Betydning for Retslivet væsentlig afhænger af, hvorledes dens Grundtanke slaar an mellem Retshaandhævelsens Udøvere. Slaar Grundtanken an mellem dem, hvilket i det Hele og Store i Længden falder sammen med, at den stemmer med den almindelige Retsopfattelse, vil Loven faa Rækkevidde langt ud over dens Ord og Hensigt. Som Lovformens Funktion paa Formuerettens Omraade er opfattet i nordisk Ret — sparsom Lovgivning med vidt Raaderum for Retsanvendelsens Frihed — vil der ordentligvis ikke være nogen Hindring for udvidende Fortolkning af den nye Lov eller for dens analogiske Anvendelse, og denne vil blive rigeligt benyttet. Jeg minder, som et oplysende Eksempel, om de sparsomme Lovregler i Frdn. 9. Febr. 1798 og 28. Juli 1841; paa dem er opbygget et helt System af Retsregler angaaende negotiable Papirer, som staar fast i Retsanvendelsen. Paa den anden Side, naar den almindelige Retsopfattelse staar antipathisk overfor en Lovs Tanke, vil Lovens Skjæbne blive den, at dens Omraade søges indskrænket; jeg minder om Frdn. 14. Maj 1754 angaaende Umyndiges Gjældsforpligtelser.

Dette, den i Gjerning virksomme sympathiske eller antipathiske Holdning overfor formueretlige Love, har utvivlsomt virket overordentligt gavnligt paa Retsudviklingen.

Men det er et Spørgsmaal, om denne i Gjerning virksomme sym-

¹ Jfr. Ugeskrift for Retsvæsen 1908 B. S. 273—75 og Juridisk Forenings Aarbog for Vinteren 1919—20 (Kbhvn. 1920) S. 49—57.

pathiske eller antipathiske Holdning er ligemeget paa sin Plads over- 82
for Love af enhver Art. Om der ikke er Omraader, hvor det er af
overvejende Betydning, at Borgerne kunne have den skrevne Lovs Ord
at holde sig til, hvor Retsanvendelsen Hverv bedst røgtes ved en
indifferent, neutral Holdning, saa at den mindsker sit sædvanlige
Tempo i Supplering og Forbedring af Lovene. Mon ikke dette gjæl-
der netop Forældelseslovgivning?

Et Tilbageblik over Retsudviklingen synes ikke at tale herfor. Over-
for Lovbestemmelsen i D. L. 5—14—4 om, at Gjældsbreve forældes
i 20 Aar, regnede fra Fordringens Stiftelse, stillede Retsanvendelsen
1. Øj Grad sympathisk og udvidede Bestemmelsen til at gjælde
for Fordringsrettigheder i Almindelighed. Og vel med god Grund.
De reale Grunde, som tale for, at Gjældsbreve forældes i 20 Aar fra
Fordringsrettens Stiftelse, tale utvivlsomt, ofte endog a fortiori, for
en tilsvarende Forældelse af andre Fordringsrettigheder. I alt Fald
en saadan Forældelighed tiltrængtes for Fordringsrettigheder i Almin-
delighed. Det var utvivlsomt et heldigt Greb, at Praksis udvidede
Bestemmelsen i D. L. 5—14—4 til en Regel for Fordringsrettigheder
i Almindelighed og ikke nøjedes med processuelle Surrogater, Slap-
pelse af Kravene til Proceserklæringer og Bevis for Ophør i Sagen
angaaende gamle Fordringer. Ganske vist, det gik her som saa ofte,
at Kjærlighed undertiden gjør blind. Det blev (1851) antaget af
Højesteret, at Panteret i fast Ejendom ophæves som Følge af den sik-
rede Fordrings Forældelse efter D. L. 5—14—4. For Forældelse af
Fordringsrettigheder kunne forskellige Grunde anføres. Blandt disse
hviler D. L. 5—14—4 med den lange Forældelsesfrist, regnet fra For- 83
dringens Stiftelse, aabenbart paa den, at det er misligt at anerkjende
en Fordringsret som bestaaende paa Grundlag af meget gamle Beviser.
Men denne Grund passer aabenbart ikke paa thinglæste Pantebreve.
Det viste sig da ogsaa, at man var kommet ud i et Uføre. Mange af
os huske endnu, hvilke Bryderier »Valløsagerne« forvoldte Retsan-
vendelsen. Sag efter Sag bragtes frem af Kjøbere af Fæstegaarde,
der havde kjøbt saaledes, at Kjøbesummen blev indestaaende i Ejen-
dommen rentefrit og uopsigeligt i Fæsters og Enkes Livstid. Der var
nu gaaet over 20 Aar, uden at Fordringshaveren havde rørt ved For-

dringen, følgelig var denne og — efter Højesterets Afgjørelse — ogsaa Panteretten bortfaldet. Til Forligelse med den almindelige Retsfølelse, der ikke kunde vedkjende sig Resultatet, antog man bl. a. (1892), at Udstedelse af Panteobligation næst efter en vis Gjæld afbryder Forældelsen af denne. Det endte, som bekjendt med, at Højesteret statuerede, at D. L. 5—14—4, trods dens skarpe Ord, ikke er anvendelig paa alle Gjældsbreve. Nu, bortset fra den omtalte uheldige Grænseoverskridelse, virkede Retsanvendelsens sympathiske Holdning overfor D. L. 5—14—4 utvivlsomt meget heldigt.

Spørgsmaalet bliver nu, om en tilsvarende Holdning er paa sin rette Plads overfor Forældelsesloven af 1908. Denne Lovs Grundtanke, at mange Fordringsrettigheder bør være underkastede en hurtig Forældelse, har sikkert og med god Grund almindelig Sympathi. Bør denne Sympathi afføde en lignende, i Gjerning virksom Holdning, som man indtog overfor D. L. 5—14—4? Bør Domstolene, hvis de finde, at et eller andet Tilfælde, som ikke er af Lovens Ord er inddraget under 84 den femaarige Forældelse, burde være medtaget, stille sig frit som elers med analogisk Anvendelse?

Jeg mener, at dette Spørgsmaal bør besvares med et ubetinget Nej. Stillingen er jo denne: Vi har gennem Aarhundreder haft den Regel, at Fordringshaveren, bortset fra ganske specielle Undtagelsestilfælde, uden Retstab kan forholde sig passiv i 20 Aar. Saa indførte L. 1908 en femaarig Forældelse for mange Tilfælde, men dog kun som Undtagelse fra den gamle almindelige Regel. Den enkelte har da, forekommer det mig, et uafviseligt Krav paa at kunne vide, i hvilket Tilfælde det er, at han saa skal skynde sig. Angaaende denne Viden er han henvist til Lovens Ord og til de Oplysninger om dens Mening, som staa til Raadighed. Og i den Viden, som han saaledes har forskaffet sig, bør han ikke skuffes. Muligvis er Lovens Grænselinie paa et eller andet Punkt ikke rationelt draget. Men hvor meget man end i Principet anerkjender, at mange Fordringer bør være undergivet hurtig Forældelse, viser det sig ved et Blik over Retsforfatningerne, at der hersker megen Uenighed om den rette Grænses Dragelse; noget vilkaarligt i den enkelte Lovs Dragelse af Grænsen vil der vist altid synes at være. Og i hvert Fald: den samfundsmæssige Ulempe ved,

at Tilfælde ikke komme med, som Loven ikke har ment at burde medtage, bliver forsvindende overfor Hensynet til den enkelte, som ikke gennem Loven har fundet eller kunnet finde nogen Hjemmel for, at den hurtige Forældelse omfatter hans Fordring, og som har indrettet sig herpaa.

Jeg mener altsaa at maatte fastholde, at den ved L. 1908 hjemlede femaarige Forældelse ikke bør anerkjendes for andre Tilfælde, end hvor den har Hjemmel i Lovens Ord eller dog i Lovens Mening, som den fremgaar af Oplysningerne herom. Den femaarige Forældelse 85 bør ikke anvendes analogisk paa et Tilfælde, blot fordi man finder dens Anvendelse paa dette naturlig, først og fremmest ikke paa Tilfælde, hvor den femaarige Forældelse er udelukket af Lovens Ord. I første Linie kommer det an paa Lovens Ord. Hvor disse ikke ere afgjørende, maa man gennem de til Raadighed staaende Midler søge Oplysning om Lovens Mening. Med disse Oplysningsmidler forholder det sig nu her noget ejendommeligt. De almindelige Oplysninger om, hvad en Lov har tilsigtet, ere Rigsdagsforhandlingerne og Lovforslagets Motiver. L. 1908 hviler paa et privat Lovforslag, som ikke var ledsaget af Motiver. Men Forslaget var aabenbart en Slags Ekstrakt af et tidligere flere Gange forelagt Regeringsforslag. Under Forhandlingerne i Rigsdagen blev det private Forslag undergivet meget væsentlige Ændringer, og denne Omdannelse skete i stor Udstrækning under Hensyn til det nævnte Regeringsforslag. Dettets Motiver blive saaledes af lignende Betydning for Forstaaelsen af L. 1908 som ellers et Lovforslags egne Motiver. Og Regeringsforslaget var udarbejdet under Samvirken mellem norske og danske Delegerede. I Norge førte dette Arbejde til L. 27. Juli 1896, for Island til L. 20. Oktober 1905. Ogsaa disse to Love og Fremstillinger af den i Henhold til dem gjældende Ret, navnlig Hambros Fremstilling (1897) ville saaledes kunne afgive Oplysninger om Meningen med Bestemmelsen i L. 1908.

Jeg har hidtil kun talt om Holdningen overfor L. 1908, forsaavidt angaar Inddragelse af unævnte Tilfælde under dens femaarige Forældelse. Holdningen til Gunst for Fordringshaveren overfor Udtalelser i denne Lov, som udelukke femaarig Forældelse og lade

Forholdet forblive under Bestemmelsen i D. L. 5---14—4, har jeg
 86 hidtil ikke talt om. Bør Retsanvendelsen ogsaa overfor saadanne Bestemmelser i L. 1908 forholde sig neutral, mere reserveret end sædvanligt med Lovsupplering og Lovforbedring? Jeg mener ikke at kunne hævde dette. Hensynet til den enkelte Skyldner, som ifølge Lovens Ord mener sig frigjort ved femaarig Forældelse, kan der i alt Fald ikke tillægges saa stærk Betydning som Hensynet til den Fordringshaver, der i Tillid til, at hans Krav ikke rammes af den femaarige Forældelse, har undladt at foretage afbrydende Skridt.

Som en ledende Grundsætning for Retsanvendelsens Stilling overfor L. 1908 hævder jeg altsaa, at intet Tilfælde bør inddrages under den femaarige Forældelse, som ikke ifølge Lovens Ord eller antagelige Mening falder ind under den. Jeg tænker mig, at en Mand henvender sig til en Sagfører om Oplysning. Han krymper sig ved under de foreliggende Forhold at foretage de Skridt, som efter L. 1908 kræves til Afbrydelse af Forældelse, Krav til Skyldneren om Anerkjendelse eller Søgmaal imod ham, men han vil paa den anden Side ikke lade sin Fordring forældes. Han siger til Sagføreren: giv mig nu nøje Oplysning, om min Fordring falder ind under den femaarige Forældelse, undersøg Spørgsmaalet nøje, det er ligemeget, hvad det koster. Efter samvittighedsfuld Undersøgelse afgiver Sagføreren den Erklæring, at det forelagte Tilfælde hverken efter Ordene i L. 1908 eller ifølge, hvad der maa antages tilsigtet af den, falder ind under den femaarige Forældelse, og Fordringshaveren undlader i Tillid til denne Besked at foretage afbrydende Skridt. Det vilde, forekommer det mig, være uretfærdigt, om Manden, hvis Sagføreren's Undersøgelse virkelig har været forstandig og omhyggelig, skulde skuffes i sin Tillid til, at Fordrin-
 87 gen ikke vil blive henført under L. 1908.

Med den her hævdede Grundsætning har Retsanvendelsen brudt i to Tilfælde.

1. Landsover- samt Hof- og Stadsretsdom af 29. Oktbr. 1917 (i U. f. R. 1918 S. 256) statuerer, at det Regreskrav, der tilkommer Kautionsisten for Varegjæld og Husleje, naar han har indfriet sin Kautions, er undergivet femaarig Forældelse ifølge L. 1908 § 1. 1^o a og b og 2^o. Rigtigt er det, at den indfriende Kautionsists Krav overfor Skyld-

neren er undergivet samme Forældelse som det indfrie Krav, forsaavidt Kravet alene støttes paa Indfrielsen. Men i det almindelige Tilfælde, at Kautionen er overtaget efter Skyldnerens Anmodning — og at det forholdt sig saaledes, gjorde Kautionisten netop gjældende, har Regreskravet tillige et andet Grundlag, for hvis femaarige Forældelse der ikke haves nogen Hjemmel i L. 1908. I Retsafgjørelsen nævnes slet ikke L. 1908 § 1. 3^o, der hjemler femaarig Forældelse af »Fordring ifølge Forløfte, indgaaet for noget i denne Paragraf omhandlet Krav.« Dersom man, som man burde, havde taget sit Udgangspunkt i en Undersøgelse af denne Bestemmelse, kunde man ikke være kommet til det antagne Resultat. Havde det været Mening, at Kautionistens Regreskrav skulde være undergivet femaarig Forældelse, maatte Bestemmelsen herom ventes at findes i denne Forbindelse. Men de anførte Ord omfatte ikke Kautionistens Regreskrav. De selv samme Ord »Fordring ifølge Forløfte« findes i Regeringsforslagets § 3. 4^o, og det erkjendes i dets Motiver, at de ikke omfatte Kautionistens Regreskrav. Ganske vist finder Regeringsforslaget, der inddrager Kaution i Almindelighed under hurtig Forældelse uden Hensyn til, om Hovedfordringen er undergivet saadan Forældelse, det naturligt ogsaa at inddrage Kautionistens Regreskrav under denne. Men en tilsvarende Bestemmelse findes netop ikke i L. 1908. Og selv om Rets- 88 anvendelsen overhovedet vil finde det beføjet at anvende Lovens Bestemmelse om femaarig Forældelse analogisk paa unævnte Tilfælde, ses Dommens Resultat ikke at kunne naas. Den afgjørende reale Grund for hurtig Forældelse af Krav ifølge Forløfte, nemlig en for Kautionisten ejendommelig Uvished, om Forløftet vil blive gjort gjældende mod ham, passer ikke paa den indfrie Kautionists Regreskrav, og heller ikke findes noget andet Forhold, der ligner Kautionistens Regreskrav, inddraget under L. 1908 § 1. Tværtimod. Den indfrie Kautionists Regreskrav er, naar Kautionen er overtaget ifølge Skyldnerens Anmodning, simpelthen et Krav paa at erholde godtgjort Udgifter, som man har afholdt for en Anden ifølge hans Anmodning, og saadanne Krav høre (bortset fra, at Udlægene kun ere Led i det af de i L. 1908 § 1 nævnte Mellemværender mellem de Paagjældende) netop ikke til de ifølge L. 1908 forældelige. Naar det ubestridelig maa er-

kjendes, at det Regreskrav, der tilkommer B., fordi han efter A.'s Anmodning om eventuelt at betale en Gjældspost for ham, naar den forfalder, har gjort dette, ikke er undergivet femaarig Forældelse, synes det ganske vilkaarligt uden nogen særlig Hjemmel, der som oplyst ikke haves, at antage B.'s Krav for undergivet denne Forældelse, fordi der forud for Betalingen ligger en Kaution.

2. Efter nogen Vaklen i Praksis har Højesteretsdom 10. Decbr. 1918 (i U. f. R. 1919. 125) statueret, at de i L. 1908 § 1 som Gjenstand for den femaarige Forældelse opregnede Fordringer ere (eller dog kunne være) undergivne den femaarige Forældelse, uanset at der er udstedt Veksel for dem. Det hedder herom i Dommens Præmisser: »Efter de foreliggende... Oplysninger maa det antages, at
89 Indstævnte som Vederlag for ham af Olsen solgte, Appellanten tilhørende Varer har akcepteret (det skete i 1903 og 1904) de i Dommen nævnte 5 nu forlængst forældede Veksler, af hvilke Appellanten er bleven Ejer, og at Indstævnte ved Vekselkravenes Forældelse er blevet beriget med det under Sagen indtalte Beløb. Da imidlertid Appellantens heromhandlede Krav falder ind under § 1. 1^o a i L. 22. Decbr. 1908, og da der ikke ved de fornævnte Veksler er tilvejebragt et saadant særligt Retsgrundlag, som efter Slutningsbestemmelsen i nævnte Paragraf udelukker den femaarige Forældelse, var det indtalte Krav forældet, dengang nærværende Sag i 1916 blev anlagt.«

Som det vil ses, hviler denne Afgjørelse paa en Forudsætning om, at Kvaliteten af Berigelseskravet efter Veksellovens § 93 bestemmes ved det underliggende Forhold, og at Berigelseskravet altsaa ikke er en almindelig Gjældsfordring, som kun er undergivet Forældelse efter D. L. 5—14—4. Allerede Rigtigheden af denne Forudsætning maa bestrides. Den stemmer ikke med Ordene i V. L. § 93, som lyde paa, at Berigelseskravet gjælder som en *almindelig Gjældsfordring*. Disse Ord maa af dobbelt Grund understreges. Dels fordi Veksellovskommissionens Motiver udviser, at de ere brugte i Modsætning til »det underliggende Forhold«, om hvilket det udtales, at det efter Omstændighederne muligvis ogsaa kan tillades Ejeren af den forældede Veksel at vende tilbage til det. Dels ifølge den reale Grund for Vekselforæl-

delse. Naar Vekslen uanset dens Egenskab af Gjælds-brev er undergivet hurtig Forældelse, skyldes dette Hensynet til Regressen. Men ifølge denne Grund bør Vekselforældelser, i Overensstemmelse med Veksellovens nævnte Ord, være uden materiel Virkning overfor den dækningspligtige Vekselskyldner, hvad den jo ikke vilde være, hvis Vekselejeren efter Forældelsen skulde nøjes med det underliggende ⁹⁰ Forhold. Berigelseskravet efter V. L. § 93 er altsaa en almindelig Gjældsfordring, der kun er undergivet Forældelse efter D. L. 5—14—4.

Men, hvad man end mener herom, maa det hævdes, at Højesteretsdommen er i Strid med Ordene i Slutningsbestemmelsen i L. 1908 § 1, som erklærer den femaarige Forældelse for udelukket, naar der »for Fordringen er udstedt Gjælds-brev«. Efter almindelig Sprogbrug er Vekslen et Gjælds-brev, og at L. 1908 netop følger denne almindelige Sprogbrug, oplyses af Regeringsforslagets Motiver. Selv om man fastholdt den bestridte Forstaaelse af V. L. § 93, vilde man ikke kunne naa til det af Højesteret antagne Resultat, thi det underliggende Forhold hører efter Vekslens Udstedelse ikke til dem, som ere undergivne femaarig Forældelse.

Det ses da ikke rettere, end at Højesteretsdommen anvender den femaarige Forældelse paa et Forhold, som ved Lovens Ord og Mening er unddraget fra denne. Man kan saa spørge, om Dommens Resultat dog ikke er en Forbedring af Loven. Ogsaa dette maa bestrides. Resultatet strider mod de naturlige Principer for Lovgivning om hurtig Forældelse. Om og hvorvidt det underliggende Forhold hører til de ifølge L. 1908 forældelige eller ikke, vil det ofte være vanskeligt at skaffe Klarhed over, ofte vil Forholdet være et blandet. Efter de almindelige Regler om Bevisbyrdens Fordeling, naar Forældelse paa-beraaes, vil Ejeren af den forældede Veksel have Bevisbyrden for, at det underliggende Forhold var et saadant, som ikke omfattes af den femaarige Forældelse efter L. 1908. Og selve den Kjendsgjæring, at Veksel er udstedt for en Fordring, vil efter Omstændighederne være egnet til at svække Fordringshaverens Omhu for Bevaring eller Sik- ⁹¹ ring af Beviset for det underliggende Forholds Beskaffenhed. Retsafgjørelsen vil sikkert, ligesom den Højesteretsdom af 1851, som jeg

tidligere har omtalt, vise sig at forvolde adskillige Bryderier. Muligvis skulle Ordene »de fornævnte Veksler« antyde, at man dog efter Omstændighederne vil antage, at Vekseldstedelse udelukker femaarig Forældelse, og at saaledes visse særlig betænkelige Resultater ville blive undgaaede.

FREDERIKSBERG
KOMMUNEBIBLIOTEKER

Rettelser og Trykfejl.

- S. 22 L. 13 f. o. Juni. Saaledes hos Lassen. Læs: August.
- 23 - 3 f. o. 18de læs: 13de.
 - 30 - 4 f. o. Medkontrahenter. Saaledes hos Lassen. Muligvis en Trykfejl for Medkontrahenten.
 - 49 - 8 f. o. Søndag. Saaledes hos Lassen. Læs: en Søndag.
 - 99 - 2 f. o. A. læs: B.
 - 99 - 7 f. o. Adressaten læs: Adressatens.
 - 108 - 17 f. n. Bemærkningen. Saaledes hos Lassen. Læs: Bemærkninger.
 - 109 - 15 f. o. Afgivelse. Saaledes hos Lassen. Læs: Afgivelse.
 - 109 - 2 f. n. deres læs: dens.
 - 120 - 1 f. o. ikks læs: ikke.
 - 121 - 6 f. n. fastat læs: fastsat.
 - 122 - 3 f. n. D H H B læs: D H G B.
 - 125 - 16 f. o. Landsret læs: Landret.
 - 149 - 7 f. o. sammen læs: samme.
 - 159 - 13 f. o. Efter »Berigelseskravet« tilføjes: efter.
 - 160 - 4 f. o. der læs: det.
 - 164 Note 25 L. 6 f. o. foran »assereret« sættes: var.
 - 171 L. 12 f. n. akcepterede læs: akcepterende.
 - 173 - 3 f. o. Vedkomendes læs: Vedkommende.
 - 177 - 2 f. o. kunde læs: kunne.
 - 199 - 2 f. n. Acta læs: Act.
 - 207 - 5 f. o. ipse læs: ipso.
 - 217 - 10 f. n. man læs: maa.
 - 264 Note 12 L. 1 f. o. G læs: B.
 - 270 L. 4 f. n. kunne læs: kunde.
 - 282 - 12 f. o. Tilsagnsmodtageren. Saaledes hos Lassen. Læs: Tilsagnsgiveren.
 - 282 - 16 f. o. Tilsagnsgiverens gode Tro læs: Tilsagnsgiverens Vilje og Tilsagnsmodtagerens gode Tro.
 - 284 - 3 f. n. uden læs: under.
 - 306 - 1 f. o. af. Saaledes hos Lassen. Læs: fra.
 - 308 - 7 f. o. mod læs: med.

- S. 313 L. 12 f. n. Sed læs: Sted.
- 327 - 1 f. n. fortolket læs: fortolker.
 - 337 - 16 f. o. og fl. St. Akkommodationsobligationen læs: Akkommodationsobligationen.
 - 348 - 12 f. o. B. Saaledes hos Lassen. Læs: A.
 - 354 - 14 f. n. Beskyttelsen læs: Benyttelsen.
 - 359 - 5 f. o. Genkjøbsret læs: med Gjenkjøbsret.
 - 375 - 14 f. n. forefaldende læs: forfaldende.
 - 383 - 3 f. n. A. Saaledes hos Lassen. Læs: B.
 - 393 - 15 f. n. 166 læs: 116.
 - 393 - 3 f. n. hvori læs: hvor.

FREDERIKSBERG
KOMMUNEBIBLIOTEKER