

VINDING KRUSE

RETSLÆREN

1 BOG

Almindelig Del



NYT NORDISK FORLAG . ARNOLD BUSCK

KJØBENHAVN MCMXLIII

Nordlundes Bogtrykkeri, København

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. BOG

<i>RETSLÆRENS ALMINDELIGE DEL</i>	1-516
---	-------

1. AFSNIT

RETTENS NATUR, OPRINDELSE OG FORMAAL. RETSVIDENSKABENS METODE	5-103
--	-------

1 Kapitel.

<i>Hvad er Ret? Rettens Oprindelse</i>	5-15
1. Hvad er Ret?	5-8
2. Aarsagerne til Naturfænomenerne: Det menneskelige Samfunds og Rettens Opstaaen	8-11
3. Ret. Forskellen mellem Retten og andre Handleregler og Afgørelser. Teknik. Sprog. Skik og Brug. Moral	11-15

2 Kapitel.

<i>Retsreglen. Den konkrete Afgørelse. Reglens Aarsager</i> ...	16-24
1. Gentagelsen	18
2. Valget	18-21
3. Sikkerheden	21-24

3 Kapitel.

<i>Rettens Formaal. Oversigt over Retsystemet. Rettigheder og Pligter</i>	25-49
I. Ledende Retsgrundsætninger. Sjælelige Kvaliteter. Konflikter mellem Ret og Moral	25-30
II. Forskellige Betydninger af Ordet Ret. Retsordningen og Retshaandhævelsen. Retsystemet. Ret og Pligt	30-49

4 Kapitel.

<i>Retsvidenskabens Metode</i>	50-103
I. Naturretten. Den historiske Skole	50-57
II. Retsordningen og Menneskelivet. Retsordningen og det økonomiske Liv. Den klassiske Nationaløkonomi	58-73
1. Den borgerlige Rets Betydning for Produktion, Om-sætning og Kredit	65-70
2. Erhvervsrettens Betydning	70-71
3. Retten om Landets Formning	71
III. Realisme. Specialisme. Retslivets centrale Problemer og Grundsætninger	73-86
IV. Retsvidenskabens i Sammenligning med andre anvendte Videnskaber. Den positive Retsvidenskab og Retslæren. Lov-Kodifikationen	86-93
V. Generalisering. Verifikation i Erfaringen	93-100
VI. Samfundsmæssige Hensyn, der er vejledende for Lov-giveren	100-103

2. AFSNIT

RETSKILDERNE	105-171
Det formelle og reelle Retskildebegreb. Strømninger i Rets-kildelæren i de forskellige Kulturlande	107-133
I. Loven	133-148

II. Retsædvanen	148-154
III. Retspraksis og Sagens Natur. Samarbejdet mellem Vi- denskab og Praksis. Analogi- og Modsætnings slutninger	154-171
1. Retspraksis	154-158
2. Sagens Natur	158-171

3. AFSNIT

<i>DE RETSLIGE KENDSGERNINGER</i>	174-458
Indledning	175-180

A.

VILJESERKLÆRINGER	181-274
Fælles Betragtninger om alle Viljeserklæringer	183-196

1 Kapitel.

<i>Offentlige Viljeserklæringer</i>	197-219
1. Egenskaber hos den erklærende	197-200
a. Afgørelser af urette Myndighed	198-199
b. Afgørelser af Myndighed, der mangler de af Rets- ordenen krævede personlige Egenskaber	199-200
2. Viljeserklæringens Form	200
a. Almene Viljeserklæringer. Love og Anordninger ...	200-203
b. Konkrete Viljeserklæringer. Forvaltningsafgørelser. Domme og Kendelser	204
3. Tidspunktet for Indtrædelsen af Viljeserklæringens Retsvirkning	204-210
4. Strid mellem Ord og Vilje	210
5. Forudsætninger, Svig og Tvang ved Viljeserklæringens Tilblivelse	211-214
6. Viljeserklæringer i Afhængighed af hinanden	214-219

2 Kapitel.

<i>Private Viljeserklæringer</i>	220-274
Indledning	220-221
1. Personlige Egenskaber	221-225
2. Viljeserklæringens Form	225-228
3. Tidspunktet for Indtrædelsen af Viljeserklæringens Retsvirkning.	228-250
I. Paa hvilket Tidspunkt eller Stadium i Viljeserklæringens Tilblivelse skal den erklærende være myndig?	234-237
A. Almindelige Viljeserklæringer	234-236
B. Ensomme Viljeserklæringer	236-237
II. Fra hvilket Tidspunkt ophører Retten til at tilbagekalde Viljeserklæringen?	237-239
a. Løfter og Tilbud	237-238
b. Paabud	238-239
c. Blandede Viljeserklæringer	239
III. Fra hvilket Tidspunkt skaber eller udløser Paabud Pligt for Modtageren?	239-243
IV. Fra hvilket Tidspunkt stifter Tredjemands-Aftaler Ret for Tredjemand?	243-249
V. Viljeserklæringens Retsvirkning for Tredjemand i Almindelighed	249-250
4. Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring	250-259
5. Tvang, Svig, urigtige og bristende Forudsætninger	259
Undtagelser fra Grundsætningen om Ordenes forpligtende Kraft, og Retsordenens Indgriben	259-270
6. Viljeserklæringer i Afhængighed af hinanden	273-274
Sammenfatning af Grundsætningerne for offentlige og private Viljeserklæringer	274

B.

RETSTRIDIGE HANDLINGER	275-458
------------------------------	---------

1 Kapitel.

De første Momenter i Begrebet: Skyld	277-299
1. Skade og Aarsag	277-284
2. Aarsag og Skyld	285-289
3. Begrebet Skyld	289-299

2 Kapitel.

<i>Skyld — Forudseelighed</i>	300-310
-------------------------------------	---------

3 Kapitel.

<i>Interesseafvejning</i>	311-340
Indledning	311-322
A. Ejendomsretlig Kollision, fremkaldt af en af Kollisio- nens Parter	322-326
B. Ejendomsretlig Kollision, der ikke er fremkaldt af Kol- lisionens Parter	326-331
C. Dagliglivets sædvanlige Handlinger	332
D. Handlinger i Erhvervsliv og offentligt Liv	332
Fælles Betragtninger	332-337
Sammenfatning	337-340

4 Kapitel.

<i>Den ny Betingelse for Retstridigheden</i>	341
Ledende Synspunkter	341-345
a. Retsgodet	346-355
b. De retstridige Handlingers Art	355-359

5 Kapitel.

<i>Problemet: Skadens Forudseelighed. Forudseelighedsfeltet</i>	360-372
---	---------

6 Kapitel.

<i>Sjælelig Skade. Det forudseeliges Grænse</i>	373
Ledende Synspunkter	373-381

Skade forårsaget ad sjælelig Vej, og Skade paa sjælelige	
Goder	381-390
Sammenfatning	390-397
Forslag til Lovordning	395-397

7 Kapitel.

<i>Om særlig farlige Virksomheder og Bedrifter</i>	398-420
--	---------

8 Kapitel.

<i>Hensigtens eller Motivets Betydning for Handlingens Ret-</i> <i>stridighed</i>	421-450
Indledning	421-424
A. Den retstridige Vilje. Straffen	424-425
B. Den retstridige Handling. Særlig om privatretligt An-	
svar	425-437
Udviklingslinjen i den hidtidige Forskning, a, b, c	425-431
a. Misbrug af Rettigheder	425-426
b. Skadende Handlinger i Erhvervslivet	426-427
c. Farlige Handlinger i Almindelighed	427-431

I. Ufarlige Handlinger	431-432
II. Nødretshandlinger	432-433
III. De ikke helt ufarlige Handlinger	433-436
IV. Farlige og skadende Handlinger i Erhvervsliv, offentlig	
Kritik og personlig Vandel	436-437
Fælles Synspunkter	437-450

9 Kapitel.

<i>Erstatningsretten og Forsikringsvæsenets Udvikling</i>	451-458
<i>Noter</i>	459-513

FORKORTELSER

- Allen:* C. K. Allen: Law in the Making, Oxford 1930.
- Ernst Andersen:* Ernst Andersen: Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen, 1940.
- Kristen Andersen:* Kristen Andersen: Rettens Stilling til konkurrenceregulerende Sammenslutninger og Aftaler. 1937.
- Poul Andersen:* Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, 2 Udg. 1936.
- Arnholm:* Carl Jacob Arnholm: Passivitetsvirkninger. 1932.
- Aschehoug:* T. H. Aschehoug: Socialøkonomi. 1 Bd 3 Udg 1920. Bd 3-4, 2 Udg 1913-14 ved Thorvald Aarum.
- Ashley:* W. J. Ashley: An Introduction to English economic History and Theory. 2 Bd 1888 og 1893.
- v. Bar:* L. v. Bar: Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.
- Bentzon:* Viggo Bentzon: Retskilderne 1905.
- Berlin I:* Knud Berlin: Den danske Statsforfatningsret. I 1937. II 1939.
- Berlin II:* Knud Berlin: Udsigt over Forfatningsudviklingen i forskellige fremmede Lande, 3 Udg. 1938.
- Birck:* L. V. Birck: Den økonomiske Virksomhed, I og II. 1928.

- Borum I:* O. A. Borum: Personretten 1942.
- Borum II:* O. A. Borum: Familieretten I, Forældre- Børn- Dansk Navneret, 1936.
- Borum III:* O. A. Borum: Familieretten II, Ægteskabs Indgaelse, Opløsning, Retsvirkninger, 1941.
- Bryan:* I. W. Bryan: The Development of the English Law of Conspiracy, i 27de Række af John Hopkins University Studies, 1909.
- Castberg:* Fr. Castberg: Folkeret. 1937.
- Charmont:* J. Charmont: Les transformations du droit civil. 1912.
- Sven Clausen:* Sven Clausen: Essays om Almindelig Retslære. 1935.
- Cunningham:* W. Cunningham: The Growth of English Industry and Commerce in modern times. Cambridge, 1907.
- Dagfinn Dahl:* Dagfinn Dahl: Synspunkter i og udenfor Erstatningsretten 1939.
- Demogue:* René Demogue: Les notions fondamentales du droit privé. Paris 1911.
- Dernburg:* Heinrich Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 1-6 Bd. 1906-1910.
- Deuntzer:* I. H. Deuntzer: Privatrettens almindelige Del. 1894.
- Dicey:* A. V. Dicey: Introduction to the study of the law of the Constitution. 7 Udg. 1908.
- Mc. Dougall:* William Mc. Dougall: Social Psychology, 1912.
- Drioux:* J. Drioux: Etude sur les Associations, 1884.
- Duguit I:* L. Duguit: Les transformations générales du droit privé, 1912.
- Duguit II:* L. Duguit: Les transformations du droit public, 1913.
- Durkheim:* Emile Durkheim: Les Règles de la Méthode Sociologique, 7 Udg. 1919.

- Eberstein*: Gösta Eberstein: Om Skydd för Individualiteten. 1940.
- Federspiel*: Holger Federspiel: Viljeserklæringernes Systematik. 1903.
- Fischer-Henle*: Otto Fischer, Wilhelm Henle og Heinrich Titze: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe 1932.
- Frank*: Jerome Frank: Law and the Modern Mind. 1936.
- Gény*: François Gény: Methode d'Interprétation, et sources en droit privé positif. Essai critique I og II Bd. 1919.
- Getz*: Bernhard Getz: Juridiske Afhandlinger, udgivet af Francis Hagerup 1903.
- Goodhart*: A. L. Goodhart: Essays in Jurisprudence and common law. 1931.
- Goos I*: C. Goos: Almindelig Retslære, 1 og 2, 1889 og 1892.
- Goos II*: Strafferetten. Alm Del 1 1875 og 2 1878.
- H d R*: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, udgivet af Fritz Stier-Somlo og Alexander Elster, 1-7 Bd. 1926-1931.
- Hedemann*: Justus Wilh. Hedemann: Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939.
- Hoel*: Astrup Hoel: Den moderne Retsmetode. 1925.
- Hurwitz*: Stephan Hurwitz: Tvistemaal. 1941.
- Ihering*: Rudolph von Ihering: Der Zweck im Recht, I og II Bd. Udgave 1916.
- Illum*: Knud Illum: Den kollektive Arbejdsret 1939.
- Stig Juul*: Stig Juul: Romersk Formueret 1942.
- Poul Johs. Jørgensen*: Poul Johs. Jørgensen: Dansk Retshistorie. 1941.
- Troels G. Jørgensen*: Troels G. Jørgensen: Erstatning for Ejendomsafstaaelse. 1905.

- Mc. Kecknie:* W. S. Mc. Kecknie: *Magna Charta. A Commentary on the Great Charter of King John. With an historical Introduction.* 1905.
- Knoph:* Ragnar Knoph: *Hensiktens Betydning for Gensen mellem Rett og Uret.* 1921.
- Knoph Arveret:* Ragnar Knoph: *Norsk Arveret.* 1929.
- Krabbe:* Oluf H. Krabbe: *Kommentar til Straffeloven 24 Juni 1939.* 3. Udg. 1941.
- Kraft:* Carl Kraft: *Om Hovedprincipperne i den formueretlige Anordning 1881.*
- Jul. Lassen:* Julius Lassen: *Obligationsretten Alm Del, 1917-1920.*
- Levasseur:* E. Levasseur: *Histoire des classes ouvrières et de l'industrie en France de 1789 à 1870.* 2 Udg 1-2 Bd. 1903-1904.
- Liszt:* Fr. v. Liszt: *Deliktobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs.* 1898.
- Lundstedt:* A. V. Lundstedt: *Til frågan om Rätten och Samhället.* 1921.
- Matzen:* Henning Matzen: *Den danske Retshistorie I-VI, 1897.*
- Morin:* G. Morin: *La révolte des faits contre le code.* 1920.
- H. Munch-Petersen:* Hans Munch-Petersen: *Den Danske Retspleje,* 2 Udg. 1923-24. I og II.
- Erwin Munch-Petersen:* Erwin Munch-Petersen: *I. Konkurs-Surrogater, 1932. II. Overdragelser til Fyldestgørelse, 1935.*
- Neergaard:* Niels Neergaard: *Under Junigrundloven, I, II, III, 1892 og 1916.*
- Nørlund:* Poul Nørlund: *Det romerske Slavesamfund, en Analyse af Underklassens Retskaar i Oldtidens Slutning.* 1920.
- Planiol:* M. Planiol: *Droit Civil, 1-3, 1922, 1921.*
- Platou:* Oscar Platou: *Retskildernes Teori.* 1915.

- Popp-Madsen*: Carl Popp-Madsen: Bod. Bidrag til Læren om Rets-
haandhævelsens Midler. 1933.
- Roscoe Pound*: Roscoe Pound: Interpretations of legal history. 1923.
- Rasting*: Carl Rasting: Folkeretten 1940.
- Ross*: Alf Ross: Folkeret. 1942.
- Scheel*: A. W. Scheel: Privatrettens alm Del I, 1865, II 1866.
- Sindballe*: Kristian Sindballe: Selskabsret I-V. 1928-1935.
- Skeie*: Jon Skeie: Den norske Strafferet. I og II. 1937 og 1938.
- Stammler I*: Rudolf Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte.
1902.
- Stammler II*: Rudolf Stammler: Wirtschaft und Recht. 1906.
- Stang*: Fredrik Stang: Indledning til Formueretten 3 Udg. 1935.
- Torp*: Carl Torp: Strafferettens alm Del, 1905.
- Tybjerg*: E. Tybjerg: Om Bevisbyrden. 1904.
- Tønnies*: Ferdinand Tønnies: Gemeinschaft und Gesellschaft. 1912.
- Östen Undén I*: Östen Undén: Kollektivavtalet. 1912.
- Östen Undén II*: Östen Undén: Svensk Sakrätt. 1. Lös Egendom.
1927. 2. Fast Egendom. I. 1936. II. 1941.
- Ussing*: Henry Ussing: Erstatningsret, 1937.
- Ussing Aftaler*: Henry Ussing: Aftaler paa Formuerettens Omraade,
1931.
- Ussing Skyld og Skade*: Henry Ussing: Skyld og Skade, 1914.
- Webb*: S. og B. Webb: The History of Trade Unionism. 2 Udg. 1911.
- Weber*: Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft III, 1928.
- Vedel-Petersen*: K. Vedel-Petersen: Danmarks Statistik 1942.
- Westrup*: C. W. Westrup: Historisk Romerretsforskning, 1919.
- Zeuthen*: F. Zeuthen: Den økonomiske Fordeling 1928.

Ørsted: Anders Sandøe Ørsted: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed. I-V. 1822-1833.

Ørsted. ny Udg: Anders Sandøe Ørsted: Skrifter i Udvalg. 1930-36.
Ved *Troels G. Jørgensen*.

1 Bog: Vinding Kruse: Erkendelseslæren og Naturvidenskabens Grundbegreber. 1941.

2 Bog: Vinding Kruse: Erkendelse og Vurdering. 1942.

ER: Vinding Kruse: Ejendomsretten I-V. 1929-33.

Organisationer: Vinding Kruse: Arbejdets og Kapitalens Organisationer, retslig bedømt. 1913

I. BOG

RETSLÆRENS ALMINDELIGE DEL.

1. AFSNIT
RETTENS NATUR, OPRINDELSE
OG FORMAAL.
RETSVIDENSKABENS METODE.

1 Kapitel.

HVAD ER RET? RETTENS OPRINDELSE.

1. HVAD ER RET?

FØRST maa vi søge Fænomenet Rets Plads i Universet, altsaa gaa Naturens Rige igennem for at finde det. Det maa søges indenfor Stoffet. Stoffet (Materien) udgør kvantitativt kun en eventyrlig lille Del af Verdensrummet. Men selv indenfor Stoffet findes Fænomenet Ret kun indenfor en overordenlig ringe Del. Langt den største Del af Stoffet i Universet er det, vi kalder uorganisk Stof, og der finder vi det ikke. Vi maa da søge det indenfor det organiske Stof eller den Del af Stoffet, hvori der findes det uforklarlige Fænomen, vi kalder Liv. Det organiske Stof udgør kun en meget ringe Del af hele Stoffet i Universet. Det gælder selv i Forhold til den Klode, som er den eneste, hvor der hidtil er iagttaget organisk Stof, nemlig Jorden. Liv findes kun paa dennes Overflade. Det er indenfor denne lille Del af Universet, det levende Stof, at Fænomenet Ret maa søges. Men selv indenfor dette begrænsede Felt af Universet, Livet, vil vi i Reglen ikke finde det Fænomen, vi kalder Ret. I hele Planteverdenen finder vi det ikke; og selv indenfor Dyreverdenen finder vi det kun i yderst begrænset Omfang. Ret møder vi først, naar vi støder paa det ejendommelige Fænomen indenfor Dyreverdenen, vi kalder: et Samfund. Herved forstaar vi det Naturfænomen, at 1) flere organisk selvstændige Individier 2) virker sammen om fælles Formaal, navnlig om de livsvigtige Behovs Tilfredsstillelse og om Afværgelse af fælles Farer. Naar man under-

tiden om Cellerne i en Organisme (f Eks i et Menneskelegeme) bruger det Udtryk, at de udgør et »Samfund«, et »Cellesamfund«, er det et urigtigt, ikke dækkende Ord, en falsk Analogi, ti Cellerne i en Organisme er netop ikke organisk selvstændige, af hinanden uafhængige Individuer, idet de har fælles Stofskifte, Ernæring. Men det ejendommelige ved et Samfund i egenlig Forstand er, at Individuerne er organisk fuldstændig uafhængige af hinanden, idet deres Organisme hver for sig har deres eget Stofskifte og altsaa kan tilfredsstille deres Livsbehov uden hinanden, men at de alligevel har fundet paa at virke sammen, for derigennem at opnaa en bedre Tilfredsstillelse af Behovene og en bedre Afværgelse af fælles Farer. I Dyreverdenen opstaar en saadan Samvirken, hvor den overhovedet forekommer, rent instinktivt.

Hos højere udviklede Dyr møder vi Naturfænomenet Samfund i den Form, man kalder Familien, idet en Han og Hun virker i Fællesskab til Pasning, Ernæring og Fareafværgelse for Ungerne og sig selv. I Reglen naar Dyrene kun til denne enkle Urform for Samfund. Men hos enkelte Dyrearter møder vi større og mere sammensatte Samfund. Fugle optræder saaledes undertiden i Flokke, der flyver i bestemte Formationer. Men varige og fast organiserede Samfund træffer vi kun yderst sjældent blandt Dyrene, nl hos visse Abeerter og hos Bier og Myrer, hvis Samfund har en gennemført fast Arbejdsplan og Arbejdsdeling, alt dog beroende paa Instinkt. De højest udviklede Former for Samfund møder vi hos Menneskene. Paa disses højere Kulturtrin er Samfundene desuden bevidst planmæssig organiserede.

Det er indenfor dette, saaledes afgrænsede Naturfænomen, Samfundet, en Samvirken mellem organisk selvstændige Individuer, at vi møder Fænomenet Ret. I Myrernes og Biernes Samfund ser vi de enkelte Individuer følge en ganske bestemt ensartet Opførsel i

En endnu mere falsk Analogi end »Cellesamfund« er det at kalde et Molekyl for et »Samfund af Atomere«. Se om falske Analogier i Videnskabens 2 Bog 319-21, jfr 122 ff og 1 Bog 284-86, 292-93, 404-412.

Forhold til hinanden, navnlig m H t Arbejdsdeling, Indsamling af Føde o l. Det samme gælder i Dyrenes Familiesamfund. Moren opholder sig hos Ungerne, mader og passer dem; Faren virker ude omkring for at erhverve Føde. Den ensartede Opførsel gennemføres, om fornødent, med Magt. I Reglen virker Instinkt i disse Samfund som tilstrækkelig tvingende Magt. Men hvis f Eks en Bi afviger fra det normale og ikke følger den fælles Opførsel, eller, hvis en Unge i en Fuglefamilie ikke kan følge med i Flyvningen, vil dette fra Normen afvigende Individ enten blive dræbt eller udstødt af Samfundet. Da Livets Tilfælde af Behovenes Tilfredsstillelse bestandig er de *samme*, kan der gennemføres en *ensartet* Opførsel, hvilket vi ogsaa udtrykker ved, at der kan følges en *Regel*. Men undertiden, i uventede Situationer maa der træffes en konkret *Enkeltafgørelse*, f Eks hvis et yngre Medlem af en Fuglefamilie paa Langfarten mod Syd saares eller af anden Aarsag hindres eller hæmmes i Flugten, og hvor der af dette Samfund maa træffes en Afgørelse, enten Drab eller Efterladelse. Men hvad enten den af vedkommende Samfund fulgte Ordning er en Regel, en ensartet Optræden i mange Tilfælde, eller en individuel Enkeltafgørelse, gennemtvinges den i alle Tilfælde overfor Samfundets enkelte Medlemmer med Magt, enten af Samfundets, in casu Familiens Overhoved, eller af de andre Medlemmer i Forening. Det samme Fænomen træffer vi, i mere udviklede og differentierede Former, i det menneskelige Samfund.

Det er dette Fænomen, der kaldes: *Ret*, og det kan efter det anførte defineres som: *den af et Samfund med Magt gennemførte Ordning af Forholdet* — eller Samlivet — *mellem Samfundets In-*

Den generelle Iagttagelse, at Samfund og Ret kun findes mellem selvstændige, af hinanden organisk uafhængige Individuer, har dog en Undtagelse. I Fostertilstanden har Moren og Fostret saaledes samme Stofskifte; og dog bestaar der et Retsforhold mellem dem, et af Samfundet med Magt reguleret Forhold, idet Fostret har en vis Retsbeskyttelse, dels for sit Liv og dels for sin Arveadgang.

divider, hvad enten Ordningen bestaar i en ensartet Optræden i lige Tilfælde, i *en Regel*, eller i *en individuel Enkeltafgørelse*. I primitive Menneskesamfund opstaar og gennemføres disse Ordninger ogsaa ofte instinktmæssig, ligesom i Dyresamfundene. Men i de højere menneskelige Kultursamfund udformes Reglerne for den indbyrdes, fælles Optræden og Enkeltafgørelserne bevidst, planmæssig; og der findes særlig indrettede øverste Myndigheder til med Magt at gennemtvinge Ordningerne. Vi begrænser i det følgende Begrebet Ret til det menneskelige Samfund. I Dyresamfundene møder vi kun dette Fænomen paa dets første embryonale Stadier og kun som Led i Instinktlivet. Først i Menneskelivet naar Fænomenerne Samfund og Ret deres fulde Udfoldelse, deres rigt varierende, planmæssige Anvendelse. Men det er vigtigt at konstatere og fremhæve, at disse Fænomener ogsaa findes paa Dyrestadiet. Sammenhængen med dette viser, at, hvad enten vi staar overfor højere eller lavere Udviklingsformer, er Fænomenerne Samfund og Ret lige saa vel Naturfænomener som Grundstoffer og Celler, opstaar ligesaa naturnødvendig som disse, som de sidste Led paa Trinstigen af Universets Udvikling: Rum, Stof, Organisme, Organismer i Samvirken.

2. HVILKE ER AARSAGERNE TIL DISSE NATURFÆNOMENER: DET MENNESKELIGE SAMFUNDS OG RETTENS OPSTAAEN?

Man har ment, at det større menneskelige Samfund har sin Oprindelse i Familiesamfundet, og at vi derfor i Slægtforholdet mellem Ægtefæller og mellem disse og deres Børn har Aarsagen til det større Samfunds Opstaaen. I det følgende kalder vi det større Menneskesamfund eller det, vi nu kalder Samfundet i egentlig Betydning, for Samfundet i Modsætning til Familien eller Familieforholdet. Det turde nu for en nærmere Iagttagelse være klart, at

Familieforholdet ialtfald ikke kan være den eneste eller den vigtigste Aarsag til Samfundets Opstaaen. Mangfoldige højere Dyrearter lever i Familier; men som Hovedregel har der ikke deraf udviklet sig noget Samfund. Omvendt kan der eksistere og har der eksisteret Samfund uden Familier. Hos visse primitive Folk møder vi Samliv uden Familieliv — Parring i Flæng, Polyandri —, men der finder alligevel en vis Samvirken i Erhverv og Forsvar Sted hos disse Folk. Om dette Samfund og Samliv uden Familier hører til de allerældste eller til noget senere Kulturtrin, er omtvistet. Men Hovedsagen i denne Forbindelse er, at der findes saadanne Samfund. Den tidligere almindelige Opfattelse, at Familien er den naturnødvendige Urcelle, hvorfra alle Samfund har udviklet sig, med Klanen eller Stammen som Overgangsled, er altsaa ikke i denne Almindelighed rigtig. Der maa være andre Grunde, der, ved Siden af Slægt-Samlivet, har drevet Menneskene sammen i de større Sammenslutninger, vi kender i de menneskelige Kultursamfund, og hvortil de mange Dyrearter, der bor i Familiesamfund, aldrig har kunnet hæve sig. Sandsynligheden taler for, at det er et helt Komplex af Aarsager, der efterhaanden har skabt dette Fænomen, det menneskelige Samfund. Den allerførste Spire hertil maa allerede søges i den nye Livstype, det Spring i den organiske Udvikling, Mennesket betegner, da det hæver sig til den oprejste Gang og faar Hænderne fri til alle Slags Arbejder i den omgivende Natur. Dette Spring i Udviklingen, denne nye Livstype er en af Aarsagerne, ti uden denne nye Type var det menneskelige Samfund aldrig blevet til. Denne Livstype forbinder sig nu som drivende Kraft med Familie-Sammenslutningen som medvirkende Aarsag hos de Menneskegrupper, hvor Parring i Flæng er afløst af konstant Samliv i Familieform. Da Menneskene under sin Hjernes Anspændelse lærte sig at anvende de frigjorte Hænder dels til at forfærdige Redskaber og dels til at nyttiggøre sig visse Dyr som Husdyr, maatte en Deling af de forskellige Arbejder mellem Familiens Medlemmer yderligere befordre deres fælles Erhverv og

Forsvar; og efterhaanden som Familien voksede, og de yngre Medlemmer, da de blev voksne, ogsaa stiftede Familier, opdagede de ældre og yngre snart de praktiske Fordele i Erhverv og Forsvar ved at blive sammen og yderligere dele Arbejdet og Opgaverne mellem sig. Allerede paa Nomadestadiet udvikler Familiesamfundet sig derfor ganske naturlig ofte til et Klan- eller Stamme-Samfund. Flokinstinktet og Kampinstinktet befordreder yderligere denne Udvikling.

Den næste Aarsag eller drivende Faktor i det menneskelige Samfunds Udvikling er nogle ejendommelige Naturforhold paa visse særlige Steder, der tvinger Menneskene ind paa et endnu stærkere Samarbejde og en endnu større Samling af Kræfter til Behandling af den omgivende Natur. Det er ingen Tilfældighed, at større Samfund med høj Kulturudvikling allerede i de ældste historiske Tider særlig viser sig at opstaa i store Floddale (det ægyptiske Oldtidssamfund langs Nilen, det babyloniske og assyriske langs Eufrat og Tigris, det indiske ved Ganges, det kinesiske ved Jangsekiang). Det er vel en Overdrivelse, at menneskelig Kultur, i Videnskab, Kunst og Samfundsliv, altid tager sin Begyndelse i de store Flodlande. Der var før det første allerede paa Nomadestadiet hos visse Folk udviklet en ikke ringe Redskabs- og Vaaben-Kultur, baade teknisk og kunstnerisk, og en Retskultur med Besiddelse og Tilhør ved Løseegenstande (se ER II 588-96). Men dernæst har der ogsaa været andre Egne end Flodlande, hvor en fortrinlig frugtbar Jordbund og andre gunstige Forhold særlig fristede og bevægede Menneskene ind paa den store Opfindelse, Saaningen, og den dermed forbundne faste Bosættelse. Men det er rigtigt, at de store Flodlande ved deres regelmæssige Oversvømmelser og ofte regnfattige Klima i ganske særlig Grad maatte tvinge Menneskene ind paa en Række sammensatte Arbejder til Regulering af Floden med fælles Plan, hvoraf der nødvendig maatte fremspringe en højt udviklet Teknik, Videnskab, Kunst og Samfundsorganisation (Landmaalerteknik, hvoraf Geometri; Iagttagelse af regelmæssige Him-

melfænomener, hvoraf Astronomi; Inddeling af Jorden, hvoraf Ejendomsrettens og Besiddelsesformernes højere Udvikling o fl a).

Men først og sidst er Samfundet og Retten instinktivt vokset op af Livet, ikke blot som Menneskenes Værn mod Naturmagterne og Vilddyrene, men som deres Værn mod Dyret i Mennesket selv, mod alle dem, der vil dræbe, saare og plyndre Næsten. Samfundet blev Fristedet for de fredelig arbejdende. Retsordenens Vogtere maatte sætte Magten ind imod Menneskedyrenes Vold.

Efterhaanden som de bosiddende Folks Samfund udvidedes og kom til at omfatte større og større Landomraader, bidrog ogsaa en Række andre Faktorer, af sjælelig Art, navnlig fælles Sprog og fælles religiøs Kultus, til at holde selv store Befolkninger fast knyttede til hinanden i Samfund. Endelig bliver den fælles Tilfredsstillelse eller Lykke ved Samarbejde og Samliv hos de højere Mennesketyper lidt efter lidt en stærk Faktor i Samfundets Bevaring og Udvikling. Samfundet er en Forbindelse, hvor baade Forstanden og Hjertet har haft sin Stemme med.

Efter det anførte maa det saaledes antages, at det ikke er en enkelt Aarsag, men en hel Række forskellige Aarsager, — typobiologiske, familiemæssige, stammeinstinktive, jordbundsfysiske, beskyttelsesmæssige og sjælelige — der har været de skabende og drivende Kræfter i dette Naturfænomen, det menneskelige Samfunds Opstaaen og Udvikling.

3. RET. FORSKELLEN MELLE RETTEN OG ANDRE HANDLEREGLER OG AFGØRELSER. TEKNIK. SPROG. SKIK OG BRUG. MORAL.

En Retsregel kan efter det anførte bestemmes som *ensartet menneskelig Opførsel*, være sig *Handling eller Undladelse*, som *Samfundets Myndighed med Magt gennemtvinger i Forholdet mellem Mennesker indbyrdes*. Men al Udøvelse af Ret behøver ikke at være *Regeludøvelse*; den kan, som ovennævnt, ogsaa bestaa i en

enkelt konkret Afgørelse, en *Retsafgørelse* i et enkelt særligt Tilfælde. Men hvad enten Retten er en Retsregelanvendelse eller en individuel Retsafgørelse, kan al *Ret* bestemmes som: *den af Samfundet ved dets Myndigheder med Magt gennemførte Ordning af de menneskelige Samlivsforhold*. Ved denne Magtanvendelse adskiller Retten sig fra alle andre menneskelige Handleregler og Afgørelser. Der findes mangfoldige andre menneskelige Handleregler og Afgørelser end de retslige. Disse udgør i Virkeligheden kun et lille Mindretal. Da Menneskene fandt paa at anvende Redskaber, Vaaben og Vogne, at anvende Dyrene i deres Tjeneste og at besaa Jorden, opdagede de snart, til stor Lettelse og Forenkling af Livsførelsen, at trods Livets Mangfoldighed kom de samme Tilfælde dog stadig igen i stor Udstrækning, at de derfor kunde opstille bestemte fælles *Regler* for, hvorledes Redskaber skulde forfærdiges, Husdyr skulde passes, Jorden behandles, og senere, hvorledes Huse skal bygges, Floder reguleres, Kanaler graves o s v. Hele den *Teknik*, som opstod den Gang og siden hen har udviklet sig og nu behersker hele det praktiske Liv i Samfundet, har altsaa kunnet opbygge et mægtigt System af Handleregler. Men disse er ikke Retsregler; de har for det første Forholdet til Naturen og dens Stoffer, Behandlingen af disse til Genstand, og ikke Forholdet til Mennesker, og dernæst gennemføres de netop derfor i Hovedsagen frivilligt, uden Samfundsmyndighedernes Tvang. Noget andet er, at de undertiden kan optages som Led i Retsregler (f Eks Paabud om Lygters Tænding paa Vogne og Skibe). Endvidere frembyder *Sproget* et stort System af fælles Regler, der følges uden ydre Tvang. Dernæst findes der et stort System af Handleregler, der hedder *Skik og Brug*, der heller ikke er Retsregler, f Eks Regler for, hvorledes man skal spise, Bordskik (grundet dels i Hygiejne og dels i Høflighed), hvorledes man skal hilse, behandle Gæster o s v. I Reglen vil Samfundets Tvang heller ikke her være paa sin Plads. Endelig gælder det samme det store System af Regler for Livsførelse, der kaldes *Moral*. Som i Etikken paavist, kan Moralens

Livsregler og Afgørelser begrundes dels I i Hensynet til den Enkeltes legemlige og aandelige Sundhed og Erhvervsdygtighed og dels II i Hensynet til det mest betryggende og arbejdsfremmende Forhold mellem Mennesker, der navnlig kræver, at de ikke skader hinanden og i et vist Omfang virker sammen, se 2 Bog S 339-383. Moralens Regler egner sig i vidt Omfang ikke til at gennemføres ved Samfundets Tvang. Mange Moralreglers Værdi beror netop paa, at de gennemføres af Menneskene ganske frivilligt. De fleste af Moralreglerne under I, den individuelle Etik, egner sig saaledes overhovedet ikke til at gennemføres ved Myndighedstvang. Kun hvor de paa særlig alvorlig Maade kommer til at berøre Forholdet til andre Mennesker, kan Brud paa dem foranledige retslig Indskriden, undertiden ved direkte Magt, Straf, (f Eks ved Drikfældighed hos Bilkørere, seksuelle Udskejelser overfor Børn), men i mange Tilfælde kun paa indirekte Maade (en Ægtefælles Utroskab giver den anden Ægtefælle Ret til Skilsmisse). Men selv under II, den sociale Etik, er der mange Regler, der ikke egner sig til at gennemtvinges ved Samfundets Magt. Hjælpsomhed overfor Medmennesker trives saaledes bedst i Frihed. Og under System II blev det i Etikken fremhævet, at der findes mange Former, hvorunder Mennesker skader hinanden, som det er umuligt for Samfundet at hindre med Magt. *Moralens Omraade* er derfor *langt større end Rettens*. Det er kun et mindre Antal af Moralens Samlivsregler, der *praktisk egner sig* til at gennemføres med Magt, eller som det endog er muligt at gennemføre paa denne Maade. Hindringerne ligger dels i Menneskematerialets — derunder Myndighedernes — Ufuldkommenhed og dels i Ufuldkommenheder ved de Tvangsmidler, der staar til Samfundets Raadighed. Juraen har efterhaanden faaet megen Erfaring og Øvelse i at bedømme, om en moralsk Regel under Hensyn til disse Arter af menneskelig Ufuldkommenhed praktisk er egnet til at blive Retsregel, og har udviklet en hel Teknik i saa Henseende, *Retsteknikken* kaldet. Mange i sig selv ideelle Samfundsreformer strandede, fordi deres Forslagsstillere har

overset de praktiske, retstekniske Vanskeligheder for deres Gennemførelse, hvilket igen binder i manglende Menneskekundskab og utilstrækkeligt Kendskab til de virkelige Livsforhold idethele.

Retten har under Samfundets Udvikling mere og mere udvidet sit Omraade, modvirker altsaa i Nutiden flere skadende Handlinger end nogensinde før og er med sin højere Teknik ogsaa bedre i Stand dertil end tidligere. Men der findes dog ogsaa enkelte Omraader, hvor Samfundet tidligere anvendte Retstvang, men hvor det i nyere Tid har ophørt hermed og har overladt det til den frivillige Opfyldelse af Moralens Regler. Man bruger her ofte det Udtryk, at et saadant Forhold nu falder udenfor *Retsfæren*, og omvendt, naar Retten udvider sit Omraade, at et Forhold nu falder indenfor *Retsfæren*.

Blandt de Samlivsregler, der falder udenfor *Retsfæren*, kan der sondres mellem to Grupper. a. For det første er der Regler, der *overhovedet ikke egner sig til at gennemføres med Rettens Tvang*. Medens saaledes den Regel, at Forældre bør forsørge deres Børn indtil en vis Alder, egner sig til at gennemtvinges med Magt, vilde en Regel, der berører det højere Følelsesliv, som f. Eks. den Regel, at man bør ære sin Far og Mor, ikke egne sig til Retsregel, ogsaa fordi Livet her frembyder en Mangfoldighed af individuelle Afskygninger og særegne Forhold. b. Men selv, hvor *en Regel i og for sig egner sig*, rent teknisk set, til at være Retsregel, gør Retsordenen undertiden klogt i ikke at gennemføre den med Tvang, men at overlade den til Moralens Omraade af frivillig Tilslutning og Gennemførelse, idet Lovgiveren her ofte vil kunne gøre mere Skade end Gavn ved at blande Retsordenens ydre Tvang ind i Forholdet. En Regel som f. Eks. den, at Børn bør forsørge deres Forældre, naar disse bliver gamle, egner sig saaledes i og for sig meget vel til at være Retsregel, lige saa vel som den omvendte, der er Retsregel, at Forældre skal forsørge deres Børn. Naar Retsordenen dog gennemgaaende i Landene har afholdt sig fra at gribe ind med Retsregler i dette Forhold, skyldes det formentlig, at det bedst

trives i fuld Frihed, at denne Forsørgelse faktisk uden Tvang finder Sted i betydeligt Omfang, at den ganske særlig finder Sted overfor de Forældre, der selv, i de yngre Aar, har været mest for deres Børn, har bragt flest Ofre for disse, og at endelig i Nutidens Samfund Socialforsikringen mod Alderdom har taget sig af den mest nødvendige Minimumsdel af denne Opgave. Endelig maa fremhæves, at Retsordenen, som ovenfor nævnt, undertiden trækker sig tilbage fra en retslig Regulering af et Forhold, som den tidligere gennemførte. Eksempelvis kan saaledes nævnes, at dansk Ret tidligere, lige til 1923, efter Fr 5 Marts 1734 i visse, særlig graverende Tilfælde tvang — med Fængsel som sidste Tvangsmiddel — en Mand til at ægte en Kvinde, han havde faaet et Barn med. Men ved Ægteskabslov I, Lov 30 Juni 1922, er denne Tvang blevet ophævet, se nævnte Lovs § 91.

2 Kapitel.

RETSREGLEN. DEN KONKRETE AFGØRELSE. REGLENS AARSAGER.

DET fremhæves undertiden fra enkelte Sider, at Retten er et Kunstprodukt, at Retten lægger ligesom et Net af Regler over Livet, der hæmmer Livets egen naturlige, frie Udfoldelse. Gennem det foregaaende har jeg formentlig vist, at denne Opfattelse ikke stemmer med Virkeligheden. Udviklingen i det virkelige Liv viser, at det mægtige System af Retsregler, der i vidt Omfang behersker Nutidens Samfund, er vokset op af Naturens Skød med en uimodstaaelig Kraft, lige saa uundgaaelig, naturnødvendig som Cellen, Organismen, og Samfundet af selvstændige Organismer. Med dette Samfund hænger Retssystemet naturnødvendig sammen, ti Retten er intet andet end den til Samfundets Opretholdelse nødvendige Opførsel af de selvstændige Organismer.

Opfattelsen af Retten som Reglernes Net over Livet berører iøvrigt ikke al Ret; den berører, som Ordene viser, kun den Ret, der bestaar i *Regelanvendelse*, ikke den Ret, der bestaar i konkrete Retsafgørelser. Man kunde paa Forhaand synes, at den kon-

Skik og Brug kaldes ogsaa ofte Konvention, og Regler, grundet i Skik og Brug, *konventionelle Regler*.

I Forretningslivet beror megen rigtig Opførsel paa frivillig fulgt Skik og Brug. Men det sker ofte, at Regler, der oprindeligt alene er grundet i faktisk fulgt Skik og Brug i Handelslivet, senere af Retten — gennem Domstolene eller Lovgivningen — gøres til Retsregler.

krete Retsafgørelse var den mest idelle Form for Ret. Man skulde herefter aldrig følge Regler, men altid afgøre Livets enkelte Tilfælde ud fra hvert Tilfældes hele individuelle Beskaffenhed, efter nøje Afvejelse af alle dets mange forskellige Momenter. En saadan individualistisk Betragtning kan ogsaa støttes paa, at Livet bestandig frembyder nye Tilfælde, forskellige fra alle tidligere, og at det idethele er vanskeligt at skære alle Mennesker og Tilfælde over én Kam. Man kunde derfor synes, at den største Retfærdighed er den helt konkrete, individuelle Retsafgørelse.

Der er det rigtige i den individualistiske Opfattelse, at vi ved mange Beslutninger i det daglige Liv f. Eks, om vi skal gaa eller køre til et Sted, om vi vil tage en Samtale, gaa til et Møde, et Selskab eller ej, om vi skal bygge et Hus eller leje det o s v, kan træffe Afgørelsen efter nøje Hensyntagen til alle det enkelte Tilfældes konkrete Omstændigheder, og at vi ogsaa i Retslivet bør overlade Dommeren paa visse Omraader at fælde Dommen paa en lignende konkret Maade. Men det er urigtigt deraf at ville slutte, at al Ret egentlig burde være konkret Retsafgørelse, og at Regelanvendelse er en mindre naturlig og mindre ideel Form for Ret. Det sande Forhold er i Virkeligheden, at Reglen vokser op af Livet selv lige saa naturligt som selv den mest konkrete Afgørelse. Det gælder, som ovenfor vist, ogsaa paa andre Omraader af Livet, i Teknik, i Sprog, i Skik og Brug, Moral, saavel som i Retslivet.

Først bemærkes, at hvor konkret og individuel man end vil træffe sin Afgørelse, kan man — baade i Teknik, Moral, Ret m v — simpelthen ikke lade være at tænke paa tidligere Erfaringer, inden man træffer sin Afgørelse, og tage Hensyn til dem. Man ligger under for et psykologisk Selvbedrag, hvis man tror, at man fælder nogen Afgørelse helt konkret. I Virkeligheden er der i ens Overvejelser forud for hver eneste Afgørelse i Livet ubevidst indvævet en Række større og mindre Erfaringer som Motiver til den kommende Handling. Dette beror paa det før fremhævede Faktum, at Livet *gentager sig*, at de samme Tilfælde gaar igen. Det er ikke

blot i den ydre, omgivende Natur, at Fænomener ustanselig frembyder *Ligheder* med hinanden. Selvom det menneskelige Samfundsliv er meget mere sammensat end Livet i den omgivende Natur, hos Planter og Dyr, sker det dog ogsaa i Menneskelivet, at mangfoldige Forhold og Tilfælde ligner hinanden eller er beslægtede; og dette muliggør *ensartede Afgørelser*, til Held for Menneskene, ti herved sker der en stor *Forenkling*, som letter os Livet og giver os et stærkt Herredømme over det, i Teknik, i Sprog, i Moral og Ret.

Spørger vi, hvilke er *de reale Aarsager* til det Fænomen i Livet, vi kalder: *Reglen*, maa man altsaa paa alle Livsomraader først nævne:

1. *Gentagelsen*, Lighederne i Livet og den deraf følgende *Forenkling*.

Men foruden denne fælles Aarsag findes der særlige Aarsager eller Grunde til Reglen paa Rettens og tildels ogsaa Moralens Omraade. Blandt disse særlige Grunde maa først nævnes én, der fuldtud gør sig gældende baade paa Moralens og paa Rettens Omraade. Denne Grund kunde man maaske kalde: *det karaktermæssige Enten-Eller* eller *Valget*.

2. *Valget*. I den Enkeltes Livsførelse er det ingenlunde altid saa, at Mennesket kan træffe en konkret Afgørelse, der forener alle tilstedeværende Hensyn. Dette kan vel til en vis Grad ske i de ovennævnte almindelige Tilfælde, af Beslutninger om at gaa til et Møde, Selskab, indgaa en Forretningsforbindelse o. l. Men undertiden staar den Enkelte i Afgørelsen overfor et Valg. Man kan ikke baade i Livets enkelte Øjeblikke tilfredsstille sin Lyst til Kokain eller Alkohol og dog samtidig bevare Sundheden, Kilden til en Række andre Lystfølelser. I disse Tilfælde kommer *Individualismen* tilkort med sit Program: i hvert Øjeblik at forene alle Hensyn. Paa store Omraader af Livet er Hensynene forskellige Tilbøjeligheder, som Mennesket gerne vilde forene; men Livet er, om man vil, for snevert til at kunne forene dem; Mennesket staar overfor et haardt Enten-Eller, et Valg. Det samme gør sig ofte gældende

paa Rettens Omraade, i Konflikten mellem to Menneskers Interesser. Disse kan være lige berettigede, lige vel begrundede, set fra det enkelte Tilfældes Synsvinkel. Men Livet tillader ikke nogen Forening af disse to lige rimelige Hensyn. Samfundets Retsorden staar overfor et haardt Enten-Eller og maa træffe sit Valg. Som Eksempel kan nævnes en Forfatters og en Kreditors modstridende Interesser i det Tilfælde, hvor Kreditor for at faa Betaling af Forfatterens Gæld til sig vil gøre Udlæg i dennes Forfatterret til en Bog og derved fremtvinge en Offenliggørelse af denne, som Forfatteren nægter at gaa med til. Baa de Forfatterens og Kreditors Interesser kan her være lige vel begrundede, f Eks en Interesse hos Forfatteren i ikke at udgive en Bog, der ikke tilfredsstillter ham i dens nuværende Skikkelse, og Kreditors lige saa legitime Interesse i at faa sine Penge. Som andet Eksempel kan nævnes det Tilfælde, at Ejeren, A, mister sin Ting ved Tyveri, og Tyven, B, sælger den videre til C, der er i god Tro. Ogsaa her er de to kolliderende Interesser, A's og C's, lige berettigede; men Samfundet er ogsaa her nødt til at træffe et Valg. I Tilfældet: Forfatter ktr Kreditor giver Samfundets Retsorden i Nutiden Forfatterens Interesser Fortrinet og nægter altsaa Kreditor Ret til Udlæg i Forfatterretten d v s til at udgive Forfatterens Værk mod dennes Vilje. I Tilfældet: Den oprindelige Ejer ktr godtroende Køber giver Samfundets Retsorden under de nævnte Omstændigheder (Tyveri fra B's Side) den oprindelige Ejer Fortrinet (Ret til at vindicere Tingen fra C).

Det, der afgør Valget i alle de nævnte Tilfælde, baa de ved den Enkeltes Valg mellem to Tilbøjeligheder og ved Samfundets Valg mellem de to Menneskers kolliderende, berettigede Interesser, er Løsningen paa lang Sigt d v s den Afgørelse, der, naar den gennemføres i alle kommende Tilfælde af samme Art, giver det (i for-

Som Eksempler paa, at det i visse Tilfælde har været muligt for Retsordenen at finde en vis Art Forsoning mellem de kolliderende Interesser kan nævnes Reglerne om Ekspropriation og Nødret, hvor A's mindre Gode

ste Tilfælde) for Individet eller (i de to sidste Tilfælde) for Samfundet gavnligste samlede Resultat. Men denne Helhedsløsning af de mange ensartede Tilfælde i Livet er netop *Reglen*.

Individualismen ser altsaa for lyst paa Livet, naar den mener i alle Livets Tilfælde at kunne forene eller forsonne alle Hensyn. Dette bør man naturligvis altid forsøge. Men i mangfoldige Tilfælde er det ikke muligt; Livet selv kræver et Valg.

Dette Valg, som betyder, at Reglen maa følges ubetinget, i alle Kollisioner mellem Tilbøjeligheder (i den Enkeltes Liv) og Interesser (hos de to Personer), vil undertiden af Menneskene føles som urimelig haardt. Livet falder imidlertid let fra hinanden, den gavnlige Helhedsløsning smuldrer bort, hvis Reglens Bud ikke følges i *alle* Tilfælde. Selve dette: urokkeligt, ubøjeligt, i alle Tilfælde, uden Undtagelse at kunne underkaste sig en Regel, der bringer Bud fra et højere Syn paa den Enkeltes og Samfundets Liv, er et Udtryk for: *Karakter*, den Egenskab, der baade hos den Enkelte og Samfundet fører til de højeste Maal, de største Resultater, og er et Adelsmærke for den menneskelige Slægt. Der bør i ethvert Menneske, særlig hvor det gælder dets egne Tilbøjeligheder og Interesser, være noget af Malmet hos hin romerske Feltherre, Titus Manlius Torquatus, der lod sin egen Søn henrette for, at Reglens ubetingede Bud kunde ske Fyldest. Der var i dette enkelte Til-

ofres til Fordel for B's større Gode, men hvor A faar Erstatning af B, og Reglen om Vindikation af *faste Ejendomme*, hvor den oprindelige Ejer, ligesom ved *Løsøre*, beholder Ejendomsretten, men hvor den tinglyste godtroende Køber (efter dansk og norsk Lov) faar Erstatning af Staten for sin Interesse i den vindicerede Ejendoms Værdi. *Fuldkommen* er Forsoningen af de kolliderende Hensyn dog end ikke i disse Tilfælde, ti saavel for Ejeren, hvis Ejendom ofres i Ekspropriationstilfældet og Nødretstilfældet, som for den godtroende Køber i sidstnævnte Tilfælde, vil den mistede Ejendom ofte være noget andet og mere end en Pengeværdi, ofte have en personlig, sjælelig Værdi; og for Skuffelsen ved at miste denne Værdi bringer Retsordenen selv ved de nævnte Regler ingen forsonende Erstatning, intet adækvat Bodemiddel.

fælde meget, der talte til Undskyldning for denne unge Mand, der netop ved sin Dristighed og Tapperhed lod sig friste til Nærkamp med Fjenden. Men Statens Liv stod paa Spil; i den Folkets Skæbne afgørende Kamp blev det nødvendigt at følge den strategiske Plan, at ingen enkelte Troppedele isoleret maatte indlade sig i Nærkamp med Fjenden; og derfor maatte den ubetingede Regel blive, at ingen under Dødstraf maatte indlade sig herpaa. Med hvilken urokkelig Tillid og Tryghed kunde ikke Hæren og Folket lægge sin Skæbne i den Feltherres Hænder, der uden Personsanselse ubøjelig haandhævede Livets nødvendige haarde Regel. Det var ved Malmets i saadanne Karakterer, at det romerske Folk vandt Verdensherredømmet. Men hvad der gælder i det Store, gælder ogsaa i det Smaa i Menneskelivet. Der vil fra det mindste til det største, i ethvert Menneskes og ethvert Samfunds Liv komme adskillige Torquatus-Valg, mellem modstridende Tilbøjeligheder, Lyster, Interesser.

3. *Sikkerheden.* I de ovenfor under 2 nævnte Tilfælde er den ensartede Afgørelse efter Reglen i alle de konkrete Tilfælde helt rigtig; den kan i intet Tilfælde blive anderledes, som Livet nu en Gang er. Der findes imidlertid Grupper af Tilfælde, hvor Retsreglen vel maa siges at træffe det rigtige i de fleste Tilfælde, men hvor den dog i enkelte Tilfælde maa erkendes at være uretfærdig. Naar vi alligevel ogsaa her opretholder en ubetinget Regel, skyldes det, at Retsordenen ikke kan betro Menneskene, Borgerne og Myndighederne, at bevilge Undtagelser fra Reglen. Eksempelvis kan vi belyse dette ved en Retsregel som den, at alle skal holde deres Løfter om Ydelser af økonomisk Værdi. Naar Personer f. Eks. ved Gældsbreve lover at betale en Sum Penge, maa Domstolene ubetinget, i alle Tilfælde fremtvinge denne Gælds Betaling, selvom den i enkelte Tilfælde kan virke altfor haardt. Samfundet kan nemlig, grundet paa Menneskenes Upaalidelighed, ikke tillade Skyldnere at fritage sig for en Betaling ved Erklæring om at være i Nød; og Samfundet kan heller ikke betro Dommerne at bevilge en saa-

dan Fritagelse i Undtagelsestilfælde, ti Dommere er som alle Mennesker ufuldkomne, og det er kun yderst faa, der besidder en saa dyb Menneskekundskab og idethele Evne til at trænge helt tilbunds i Livets enkelte Tilfælde og dets mange Momenter, at de her kunde træffe den helt retfærdige Afgørelse. Tilliden til indgaaede Forpligtelser vilde rokkes i Samfundet, dersom det var overladt en slet Skyldner eller en mere eller mindre menneskekyndig Dommer at fritage for Pligten i enkelte Tilfælde. Dette vil altsaa sige, at *Sikkerheden* i Menneskelivet kræver den ubetingede, ubøjelige Regel. Ganske særlig er det en Betryggelse for Borgerne mod *Vilkaarlighed fra Myndighedernes Side* at vide, at Domstolen ubøjelig følger faste Regler i Kollisionerne mellem de mange forskellige menneskelige Interesser.

Det ovenfor under I fremhævede Motiv til Retsreglen, den ved *Gentagelsen* muliggjorte *Forenkling* af Retsvæsenets Administration virker nu ofte sammen med det her under 3 fremhævede Motiv til Reglen, *Sikkerhedshensynet*. Det vilde f Eks i og for sig være en ideel Ordning, at unge Menneskers Myndighed indtraadte, naar de havde naaet den til Forvaltning af deres Økonomi fornødne aandelige Modenhed og Erfaring, hvilket Stadium naturligvis indtræder i meget forskellige Aldre, alt efter Menneskenes individuelle Modenhed. Alligevel fastslaar Retsordenen (i de fleste Kulturlande) over en Bank, at alle Mennesker — uden Hensyn til individuelle Forskelligheder — bliver myndige i økonomisk Henseende, naar de bliver 21 Aar. Baade det fremhævede *Sikkerhedshensyn* og *Forenklingshensyn* fører her i samme Retning. Øvrigheden har hverken tilstrækkelig dyb Menneskekundskab til med fuld Retfærdighed i hvert enkelt Tilfælde at kunne afgøre, om et Menneskes Karakter og Modenhed nu berettiger ham til at opnaa Myndighed, eller *Tid* til at fordybe sig i dette vanskelige psykologiske Spørgsmaal ved de mangfoldige Mennesker, det her drejer sig om. Faste Regler om Tider og Terminer som 21 Aars Reglen — eksempelvis kan ogsaa nævnes Hævdreglens 20 Aar, Forældelses-

reglens 5 eller 20 Aar — betyder en overordenlig Forenkling i hele Retsvæsenets Arbejde.

Naar vi saaledes forskyder en Regel fra en konkret Hensyn-tagen til hvert enkelt Tilfælde — f Eks fra nævnte Regel om, at man bliver myndig, naar man er moden dertil — til en Regel med et ydre, fast Skelnemærke, — til, at man bliver myndig, naar man er 21 Aar, — siger vi, at Lovgivningen har foretaget en *retsteknisk Forskydning* af Reglen.

Disse retstekniske Forskydninger maa dog ikke drives videre end højst nødvendig; og fordi en skarp Termin eller en bestemt Aldersregel kan være rimelig paa ét Omraade, kan den være ganske urimelig paa et andet. Forskydningen kan blive for grov. Medens det saaledes kan være rimeligt, praktisk fornuftigt at give alle 21aarige Myndighed, er det derimod temmeligt urimeligt at give alle 25aarige politisk Valgret og dermed Indflydelse paa Valg af Landets Styrere og af Program for dets Styrelse.

Det er forstaaeligt, at der ved de særlig sikkerhedsbestemte og retsteknisk forskudte Regler er Muligheder for, at der i enkelte Tilfælde kan opstaa Konflikter mellem Ret og Moral. Den faste Gældsinddrivelsesregel kan saaledes i enkelte Tilfælde bruges af en Kreditor i Strid med den Moral, der byder ham ikke at skade sin Næste.

Nutidens Lovgivning søger at bøde paa saadanne Haardheder ved at give fast afgrænsede Underregler. Saaledes giver Loven i mange Stater den Underregel under Gældsinddrivelsesreglen, at ikke blot Skyldnerens Klær men ogsaa hans Hjemms Bohave indenfor en vis Grænse er fritaget for Kreditors Udlæg. Undertiden hjemler Loven ogsaa en særlig begrænset Undtagelsesregel ved de faste Terminer, f Eks Adgang for Øvrigheden til at give en Person under 21 Bevilling til at være myndig.

Særlig ved Strafferegler kan der opstaa dybe Konflikter mellem Ret og Moral. Nutidens Lovgivning om Forbrydelser søger dog i vidt Omfang at undgaa eller formilde disse Konflikter, dels ved

at give vide Strafferammer og tillægge den handlendes Motiv, Al-
der o l stor Betydning og dels ved at give Adgang til at anvende
andre Retsmidler end Straf.

Det vil fremgaa af det ovenfor anførte, at det er urigtigt, naar
man ofte har karakteriseret Retslæren som en *normativ* Erkendelse,
altsaa en Erkendelse, der altid udtrykkes i Normer, i Regler. Ret-
ten bestaar, som paavist, baade i Retsregler og konkrete Retsafgø-
relser. Det er kun i den mest formelle Betydning, at man ogsaa
kan kalde Dommerens rent konkrete Retsafgørelse for Udslag af
en Norm, nemlig af den Regel, særlig en Lovregel, der bemyndiger
Dommeren hertil. Realiteten er dog, at Domstolene paa visse Om-
raader kan træffe deres Afgørelser efter et konkret Skøn over det
enkelte Tilfældes samtlige Omstændigheder. Heller ikke her maa
imidlertid overses den Vejledning for Dommeren, der kan ligge i
hans egne tidligere Erfaringer og i de etiske Grundsætninger, der
er Udtryk for Menneskehedens Erfaringer gennem Aartusinder.

3 Kapitel.

RETTENS FORMAAL.

OVERSIGT OVER RETSYSTEMET. RETTIGHEDER OG PLIGTER.

I.

DE Regler for menneskeligt Samfundsliv, som Retten med Magt gennemtvinger, tilsigter, som berørt, i første Række at gennemføre det Krav, uden hvilket intet Samfund kan bestaa, nemlig, at Mennesker ikke indbyrdes skader hinanden. Herved sikres ikke blot Menneskers Liv, men først og sidst ogsaa Arbejdsfreden i Samfundet. Som i Etikken fremhævet, gaar de fleste Love, lige fra Mose Lov og Hammurabis Lov til Nutidens Straffe- og Erstatningslove ud paa dette: med Magt at hindre Mennesker i at tilføje hinanden Skade (2 Bog S 364 ff).

Men dette er ikke tilstrækkeligt til at gennemføre en planmæssig Samfundsordning, som er Rettens Formaal. Idethele kræver dette Formaal Gennemførelsen af de Grundsætninger, som blev fremhævet i Etikken (370-71) altsaa: 1. Mennesker skal ikke skade hinanden indbyrdes uden højere, af Samfundet anerkendt Grund. 2. Enhver skal opnaa den Virksomhed eller Stilling i Samfundet, som hans Karakter og Evner gør ham særlig egnet til. 3. Enhver skal opnaa den Løn, som svarer til hans Arbejdsindsats eller anden

Danske og Norske Lov siger i Fortalen: Hvis ethvert Menneske var retsindigt og vilde nøjes med det hannem med Rette tilkom og ikke søge sin Næstes Skade, da gjordes ingen Lov fornøden.

af Samfundet anerkendt Indsats. 4. Enhver skal bidrage positivt til de Foranstaltninger af Samfundet, som er til fælles Gavn for alle Samfundets Medlemmer.

De menneskelige Handlinger, der er Brud med Grundsætning 1, kaldes retstridige Handlinger, og modvirkes af Samfundets Retsorden med forskellige Magtmidler, navnlig Straf, Erstatning, Vindikation og anden Genoprettelse af den tidligere Tilstand, der bestod, før den retstridige Handling blev begaaet. Grundsætningerne 2 og 3 er kun ufuldkomment gennemført selv i Nutidens Samfund. Grundsætning 4 har under Samfundets Udvikling faaet en større og større Anvendelse og omfatter i Nutidens Kultursamfund en Række store Opgaver, baade aandelige og økonomiske. I ældre Tid bidrog Borgerne ofte med personligt Arbejde til disse Opgaver, f. Eks Bøndernes Statshoveri i mange Lande ved Anlæg og Vedligeholdelse af Veje. I Nutiden bidrager Borgerne næsten udelukkende med Penge, nemlig ved Skatterne, til de fælles Samfundsopgaver. Herved tvinges Masserne til at se ud over deres egen snevre Interessekres og at tænke paa samtlige Menneskers Vel. De tvinges ikke blot til at se ud over deres egen lokale Kres og hen til Landets økonomiske og sundhedsmæssige Interesser, ved Bidragene til Veje, Gader, Broer, Havne, Jernbaner og andre offentlige Transportmidler, Hospitaler o l, men ogsaa til at støtte det aandelige Liv, som mangfoldige ingensomhelst Interesse har for, gennem Bidragene til Videnskab (Skoler, højere Lærestalter o l) og Kunst. Erfaringen viser forøvrig, at dersom Samfundsmagten, Staten, ikke tager sig af en vigtig Kulturopgave, økonomisk eller aandelig, vil de dygtigste blandt Borgerne, før eller senere, selv gennemføre den, under en frivillig Sammenslutnings Form. Ofte er Borgerne under denne Form bedre i Stand til at løse den end Staten. De Sammenslutninger, jeg har kaldt Samfund indenfor Samfundet, har under

I Romerretten findes et Bud, der i al Korthed rummer Grundsætningerne 1-3, nemlig § 3 Inst. (1-1): »Juris præcepta sunt hæc: alterum non lædere, suum cuique tribuere«.

en driftkommunistisk Form i vidt Omfang organiseret Samfundets Behov for fælles Produktion, Indkøb, Kredit, Opsparing, Forsikring, Boliger m v (Andels- og Brugsforeninger, Kreditforeninger, Sparekasser, Forsikringsselskaber, Boligforeninger). Nutidens Samfund tenderer henimod større og større Sammenslutning om Fællesopgaver. Undertiden sker det, at det, der begynder som frivillige Sammenslutningers Opgaver, ender med at overtages af Staten; dette gælder saaledes den nu samfundsmæssig organiserede Forsikring mod Alder, Sygdom og Invaliditet.

Ser man, hvorledes Samfundets Ledere efterhaanden gennem Tidernes Løb har tvunget Menneskene mere og mere ind under disse Rettens Grundsætninger, bliver det klart, at Retsordenen er et Mindretals, en Elites gigantiske Forsøg paa at hæve den øvrige Menneskehed opad til Virken for de højeste Maal, for en Tilværelse under de højeste Livsformer. Retsordenen er de Udvalgtes Riddervagt om Menneskehedens Idealer. Med Sværdet har denne Riddervagt gennem Aartusender tvunget den genstridige Menneskehed, Dyret i Mennesket, til at afstaa fra at dræbe, saare og paa anden Maade skade hinanden, en Skade, der baade i sig selv er Ulykke og Lidelse og som hindrer Menneskehedens produktive Arbejde. Men Retsordenen har ogsaa fremtvunget et vist Samarbejde om nødvendige fælles Opgaver, lige fra den Gang, da Flodlandenes Herskere tvang Folket til fælles Arbejde paa Kanaler og Diger til Oversvømmelsens Regulering, til Nutidssamfundet med dets mangfoldige offentlige Arbejder. Hvor Statens Indgriben ikke slog til, ledede Eliten mangfoldige Mennesker til Samling om Fællesopgaver gennem frivillig Sammenslutning. Og i Fremtiden maa Retsordenen, som senere skal vises, i langt højere Grad end hidtil med Magt søge at tvinge Menneskene til at indrømme hinanden den Stilling og den Løn, hver enkelt fortjener.

Den Elite i Samfundet, der som Retsordenens Vogtere, Lovgivere og Dommere, ned gennem Tiderne har kuet Dyret i Mennesket til ikke at skade Næsten, har herunder ogsaa set det som

en særlig Opgave at beskytte de Svage mod at blive undervunget og udnyttet af de Stærkere. Bydende lyder denne Stemme imod de Stærkere gennem Lovbøgerne ned gennem Tiderne fra de ældste til vore Dage. Vi hører den i Hammurabis saavel som i Chr. den V's Lov og i den nyeste nordiske Fælleslovgivning. Danske og norske Lov indskærper Dommerne, at de ganske særlig skal tage under deres Beskyttelse Enker og faderløse og de, som »med Vold tvinges«. Hammurabi siger mere end 2000 Aar tidligere: »Forat den stærke ikke skal undertrykke den svage, forat faderløse og Enker skal faa deres Ret forat haandhæve Landets Ret og give de undertrykte deres har jeg i Babylon skrevet mine kostelige Ord paa mit Mindesmærke og stillet dem op foran mit Billede som Retfærdighedens Konge.«

Hvor Nutidens Samfund giver Menneskene en Særret til et vist Omraade, navnlig en Ejendomsret, eller Friheder til Handling, der kan gribe ind i andre Menneskers Goder, indskærper Retsordenen samtidig, at Særretten vel i Almindelighed maa udøves, men dog ikke i den udelukkende Hensigt at skade Andre (jfr B G B § 226), og at Friheden til at kontrahere og at konkurrere ikke maa udøves overfor Medkontrahenter og Konkurrenter paa en Maade, der strider mod almindelig Hæderlighed (jfr f Eks. den nordiske Aftalelovs § 33, Generalklausulen i den danske Konkurrencelov § 15, norsk Lov § 1, tysk Lov § 1). Forsikring dækker aldrig forsætlig tilføjet Skade, heller ikke ved Ansvarsforsikring (se den nordiske Forsikringsaftalelov § 18). Kontrakter, indgaaet under Anvendelsen af Vold, Svig, Udnyttelse af en Andens Nød, er ugyldige. Moralske Kvaliteter sætter Retsordenen ogsaa ofte som Betingelse for særlige Retsvirkningers Indtræden. Hævd over en Ejendom vindes saaledes kun af den Besidder, der er i god Tro. Ejendomsret til en Genstand, man har købt af en Person, der ingen Ret har til den, kan kun vindes af den, der er i god Tro. Ogsaa som Betingelse for ekstinktiv Frembringelse, Tilvækst og Frugterhvervelse kræves god Tro. *De faktiske Magtstillinger i Livet gæl-*

der saaledes i Retsordenens Øjne intet, naar den moralske Kvalitet mangler.

Alle disse Regler er vel i og for sig kun Anvendelser af Retfærdighedens Grundsætning 1, at Mennesker ikke skal skade Næsten; men disse særlige Regler viser, hvor nøje Retsordenen følger Grundsætningen selv ind paa Omraader, hvor den i Forvejen har givet Borgerne Særrettigheder til at udnytte Goder eller Friheder til at handle. Retsordenen slipper end ikke her, paa deres Enemærker, Menneskene og deres dyriske Skadetilbøjelighed af Syne.

I de nævnte Regler, der træffer Afgørelsen efter rent sjælelige Kvaliteter, som Hæderlighed, god Tro o l, falder Ret og Moral sammen. Men Konflikter mellem Ret og Moral vil idetheletaget mere og mere svinde i Antal og Styrke, efterhaanden som Samfundsmagten gennemfører Retfærdighedens fire Grundsætninger. Men selv med det mest ideelle Retsystem beror det i sidste Instans paa Dommerens Menneskekundskab og anden Indsigt i Livet, om Konflikter mellem Ret og Moral skal undgaaes. Selv den bedste Retsregel kan føre til urigtige Afgørelser, naar Dommerens Menneskekundskab og Indsigt i Livet svigter. Paa et bestemt Omraade faar Konflikten mellem Ret og Moral ofte en særlig alvorlig Karakter selv i Nutidens Ret, nemlig paa Strafferettens Omraade. Adskillige Digttere giver gribende Skildringer netop af disse Konflikter. Eksempelvis kan nævnes Tolstojs Bog: Opstandelse, Ibsens: et Dukkehjem, Jakob Knudsens: Den gamle Præst. En menneskekyndig og erfaren Dommer, der ikke nøjes med at konstatere Forbrydelsen, men søger ind i dette Menneskes Forhistorie, vil allerede under Nutidens Straffelove i Kulturstaterne kunne naa til forholdsvis forstaaende Afgørelser i de nævnte Bøgers Tilfælde, nemlig ved Anvendelse af Reglerne om Hensyntagen til Motivet og andre individuelle Omstændigheder og de vide Strafferammer. Men, hvis der skabes et nyt Samfund paa andre Omraader af Retslivet, vil der ogsaa kunne gennemføres en dybtgaaende Forandring af Strafferetten og Strafferetsplejen i organisk Sammenhæng, der

kan give de etisk helt rigtige Afgørelser ogsaa paa dette Omraade (se sidste Del om Retshaandhævelsen).

Ved Moral forstaas her ikke paa alle Punkter det samme som den nedarvede Moral. Denne anerkendes kun i det Omfang, den videnskabelig etisk kan begrundes, efter den eksperimentalt vurderende Erfaringsmetode (se 2 Bog 14 Kap.). Men som i Etikken vist, bestaar de vigtigste Grundsætninger i den nedarvede Moral den videnskabelige Erfaringsetiks Prøvelse. Disse Grundsætninger er rigtige Udtryk for Menneskelivets Erfaringer gennem Aartusender.

Det enkelte Menneskes individuelle Moralopfattelse kan Retsordenen ikke tage Hensyn til. Det gælder naturligvis for det første, hvor denne individuelle Opfattelse ikke kan videnskabelig etisk begrundes. Men dernæst maa Retsordenen idethele kræve sine Regler opfyldt, selvom de paa enkelte Punkter ikke videnskabelig etisk kan forsvares. Selv den ufuldkomne Retsorden maa lydes, som Sokrates saa stærkt fremhævede ved sin Død (i Kriton).

II.

Ordet Ret tages i to Betydninger. Dels 1) betyder det hele den af Samfundet satte Ret, hele Systemet af Retsregler og Afgørelser, der ordner de menneskelige Livsforhold, og dels 2) den det enkelte Menneske tilkommende Ret, ogsaa kaldet Rettighed. Vi har f. Eks flere Retsregler, der forbyder at angribe et Menneskes Liv og Frihed. Disse Regler er den af Samfundet anordnede Ret; og i Kraft af den tilkommer der hvert Menneske en Ret til Liv og Frihed. Vi kan ogsaa udtrykke denne Sprogbrug saaledes: vi siger, 1) at det er Ret i Samfundet, at man ikke maa skade en Andens Liv og

I den nuværende danske Grundlovs § 77 staar der: Ingen kan paa Grund af sin Trosbekendelse unddrage sig Opfyldelsen af nogen almindelig Borgerpligt.

Frihed; og vi siger, 2) at Personen A som Følge heraf har en ham tilkommende Ret til sit Liv og sin Frihed.

Medens Ret i Betydning 1) maa defineres, som i det foregaaende fremhævet (S 12), altsaa som den af Samfundet ved dets Myndigheder med Magt gennemførte Ordning af de menneskelige Samlivsforhold, maa Ret i Betydning 2) defineres som *et det enkelte Menneske tilkommende, af Samfundets Myndigheder med Magt overfor andre Mennesker beskyttet Gode*. Denne Samfundets Beskyttelse med Magt af et Gode kaldes *Retsbeskyttelse*: og Godet kaldes foruden en Ret ogsaa et *Retsgode*. Et Gode kan defineres som et indre eller ydre Fænomen, der giver Menneskene Tilfredsstillelse af Behov eller Lystfølelser eller begge Dele. Som Eksempler paa Goder, der er Retsgoder, altsaa beskyttede af Retsordenen, kan nævnes: Liv og Legem, Frihed, ydre Genstande — faste Ejendomme eller Løsøre, — Forfatterværker, Kunstværker, Opfindelser o. l.

Hvor den positive Lovgivning i et Land anvender Ordet »Ret«, kan det betyde snart Ret i ovennævnte Betydning 1) (ogsaa kaldet den objektive Ret), snart Ret i den under 2) angivne Betydning. I hvilken Betydning det er taget, vil i Reglen fremgaa af Sammenhængen, hvori Ordet »Ret« forekommer i den paagældende Lovbestemmelse.

Det hele System af Retsregler og Retsafgørelser, der beskytter de menneskelige Goder, altsaa Ret i Betydning 1), kaldes *Retsordenen*. *Samfundsmagten*, der ved sine Myndigheder gennemfører denne Retsbeskyttelse, kaldes ogsaa *Staten*.

Retsordenen kan, som Goos har fremhævet, deles i *Retsordningen* d v s selve den retslige Ordning af Livsforholdene (af Goos kaldet *Retsanordningen*) og *Retshaandhævelsen* d v s den Magt-

Hvor en Lovbestemmelse bruger Ordet »Rettighed«, maa den, hvor den ikke udtaler det modsatte, antages at tage dette Ord i Betydning 2) og altsaa at henholde sig til denne Retslærens almindelige Definition, se f Eks i dansk Ret Tinglysningslovens § 1: *Rettigheder* (over fast Ejendom).

anvendelse, som Samfundet sætter i Gang, naar Retsordningen trues eller krænkes.

Retshaandhævelsen har 3 Arter af Haandhævelsesmidler: den afværgende (Forbud, Nødværge o a), den oprettende (Erstatning, Vindikation o a) og den straffende.

Fra gammel Tid inddeles Retten i *Privatret* og *offenlig Ret*; men man har undertiden lagt forskelligt ind i disse to Omraader. Den bedste Deling faar man her efter min Opfattelse, naar man til den offentlige Ret alene henregner Statsretten, taget i vid Forstand, altsaa: Forfatningsretten og Forvaltningsretten, alle Forhold vedrørende Statens og Kommunernes Forfatning og Styrelse. Den private Ret omfatter herefter: Personretten, Familie- og Arveretten, Ejendomsretten, herunder Fordringsretten.

Herefter omfatter den offentlige og den private Ret tilsammen hele Retsordningen. Rethaandhævelsen falder da udenfor begge Omraader; og dette er ogsaa det naturlige, eftersom Retshaandhævelsens Ret (Strafferet, Erstatningsret o l og deres Gennemførelse i Retsplejen) angaar baade den offentlige og private Ret. Borgernes Rettigheder, baade i privatretlige og offentligretlige Forhold, beskyttes jo overalt ved Retshaandhævelsens Midler og gennem Retsplejen.

Privatretten inddeles fra gammel Tid i *personlige Rettigheder* og *Ejendomsrettigheder*. Under de førstnævnte gaar Retten til Liv og Legeme, Frihed, Ære, Fred, o l; under Ejendomsrettigheder indbefattes to Grupper af Rettigheder, der efter min Opfattelse maa karakteriseres som *individuel Ejendomsret* og *artsbestemt Ejen-*

Man har hidtil ogsaa almindelig om de to ovennævnte Grupper af Rettigheder brugt Ordene: tinglige og obligatoriske Rettigheder og har derved blandet Spørgsmaalet om den saakaldte tinglige Beskyttelse eller Omsætningsbeskyttelsen ind i Sondringen mellem Rettigheder over Ting og Fordringsrettigheder, hvilke to Fænomener i og for sig ikke har noget med hinanden at gøre, idet der findes Rettigheder over Ting, der ingen tinglig Beskyttelse har, og omvendt findes Fordringsrettigheder, der har tinglig Beskyttelse er nærmere E R I.

domsret eller *Fordringsret*. Hidtil har man kaldt disse to Grupper for *Rettigheder til Ting* (faste Ejendomme og Løsøreting) og *Fordringsrettigheder*. I nyere Tid har man imidlertid maattet anerkende Ejendomsret ikke blot til Ting, men ogsaa til Elektricitet og andre Naturkræfter, ligesom man sikkert ogsaa maa henregne Forfatter-, Kunstner- og Opfinderrettigheder til Ejendomsretten, som aandelig Ejendomsret, ti baade over Naturkræfter og over Forfatter- og Kunstværker og Opfindelser har Retsordenen i nyeste Tid indrømmet den, hvem disse Kræfter og Værker tilhører, de samme Beføjelser, som Retsordenen giver Ejere over Ting. Disse Beføjelser, der udgør Ejendomsrettens Indhold, er, saa vidt jeg kan se, følgende Beføjelser: 1) til faktisk at raade over sin Ejendom (indre Raaden), 2) til at sælge, pantsætte og paa anden Maade at kontrahere om sin Ejendom, 3) at belaste samtlige sine Ejendomme med almindelige Gældsforpligtelser, og 4) til at disponere over sin Ejendom som Arv efter sig.

Hvad er nu det særlig ejendommelige ved de Goder, som Retsordenen giver Borgerne de ejendomsretlige Beføjelser 1) - 4) over?

Af de forskellige Goder, Samfundet anerkender som Retsgoder for de enkelte Borgere, er der en Række Goder, der er *uadskillelig knyttet til den Enkeltes legemlige eller sjælelige Liv* og beror paa den uforstyrrede Væren eller Virken af dette legemlige og sjælelige Liv. Hertil hører navnlig Retten til Liv og Legeme (beskyttet mod Manddrab og andre Legemskrænkelser), til Ære og Frihed, og til det private Livs Fred. Men foruden disse Goder findes der en Række andre Goder, der er knyttet til *Genstande*, der har deres *selvstændige Tilværelse udenfor den Enkeltes legemlige og sjælelige Liv*, som *kan bestaa uafhængig* af dette. Selvom de ofte er skabt af den Enkeltes legemlige eller sjælelige Virksomhed, fører de efter deres Skabelse en Tilværelse uafhængig af den skabende Person og dennes Liv. De er: *særlige, begrænsede Udsnit* af den ydre eller indre Verden, E R 180. Hertil hører de ydre, materielle Genstande eller Tingene, men hertil hører ogsaa Forfatter- og

Kunstværker, Opfindelser, Mønstre, Varemærker, en Forretnings Søgning (good-will), endvidere en Persons Navn, et Firma. *I denne ejendommelige Egenskab* ved disse Goder, at de er særlige, begrænsede Dele af Tilværelsen og ligger udenfor den Enkeltes Person, selv udenfor deres Skabers Person, idet de efter Skabelsen eller Frembringelsen har løsrevet sig fra dennes Liv og kan fortsætte deres Eksistens uafhængig af dette, ligger netop *Muligheden* for, at Samfundet kan give Borgerne de fremhævede Beføjelser 1)-4) over disse Goder. Jeg siger udtrykkelig kun, at der er en *Mulighed* for at give en Enkelt nævnte Beføjelser over disse særlig udskilte Goder. Ti det er ikke paa Forhaand givet, at Samfundet anser det for rigtigt at give en Enkelt en Eneaaften over saadanne Goder. Det afhænger af, om et saadant Særgode er opstaaet ved en Enkelts *Arbejdsindsats* eller en anden af Samfundet anerkendt *Indsats*. Det Særgode, vi kalder *Navnet*, faar man saaledes som Vuggegave eller paa anden Maade uden nogen *Arbejdsindsats* e l fra ens Side. Dels af denne Grund og dels paa Grund af Samfundets Interesse i sikker Individualisering og dels paa Grund af Navnets intime Tilknytning til Bærerens Personlighed kan Samfundet ikke give den Enkelte Beføjelserne 1)-4) over hans Navn. Navnet kan saaledes hverken sælges eller pantsættes, tilegnes af Kreditorer eller være Genstand for Arv, se *Borum: Familieret* I 165-69. *De særlig udskilte Goder, som derimod skyldes en Arbejdsindsats* fra den Enkeltes Side eller en anden samfundsmæssig værdifuld *Indsats*, giver *Samfundet i Reglen Beføjelserne 1)-4)*.

Et saadant særlig udskilt Gode kalder vi den Enkeltes *Ejendom*; og Beføjelserne 1)-4) kalder vi *Ejendomsretten*. Som jeg andetsteds har udtrykt det: »Begrebet Ejendom er ethvert særligt, begrænset Udsnit af den ydre eller indre Verden, som i Kraft af en *Arbejdsindsats* eller anden af Retsordenen anerkendt Grund naturlig tilhører en bestemt Person saaledes, at han er berettiget til at raade over det i Kraft af *Ejendomsrettens* ovenfor angivne Beføjelser«, E R I 180.

Grundinddelingen af de private Rettigheder skulde altsaa i og for sig blive: de *personlige Rettigheder* og *Rettigheder over de særlig udskilte Goder*. Et naturligt Navn for den sidste Gruppe er *Særrettigheder*. Men da langt den vigtigste og mest omfattende af disse dog er *Ejendomsrettighederne*, og da de, der falder udenfor disse, som Navneretten, paa Grund af dens stærke personlige Tilknytning kan henregnes til de personlige Rettigheder, kan vi stadig beholde den gamle Sondring mellem personlige Rettigheder og Ejendomsrettigheder.

Ejendomsrettigheder, altsaa de Rettigheder, hvorover Borgerne har Beføjelserne 1)-4), falder i Nutiden i 3 Grupper:

I Ejendomsretten til ydre, legemlige Genstande, Ting (fast Ejendom og Løsøre) og Naturkræfter. Fordringsrettigheder.

II Ejendomsretten til Aandsværker, aandelig Ejendomsret: Forfatter- og Kunstnerrettigheder, Patent- og Mønsterrrettigheder.

III Ejendomsretten til individuelt oparbejdede Krese af Erhvervsforbindelser og de ydre Kendetegn herpaa (en Forretnings Søgning, Kundekres, good-will, og de dertil knyttede Varemærker og andre Forretningskendetegn).

Hvis man til Fordringsrettigheder kun henregner de artsbestemte, altsaa Krav paa Pengcydelser eller andre artsbestemte Ydelser, kan man dele Ejendomsrettighederne i 2 Hovedgrupper: A Individuel Ejendomsret og B artsbestemt Ejendomsret. Til A hører da alle Rettigheder til Ting, Naturkræfter, Aandsværker, Erhvervsforbindelser med Varemærker o l; og til B Fordringsrettigheder. Til B hører Krav paa Penge og andre generisk bestemte Ting og Krav paa Arbejdsydelser. Disse sidste er en mærkelig Art artsbestemte Ydelser, der, hvis de skal præsteres af en bestemt Person, faar et vist individuelt Islæt. Hvis der ikke er lagt nogen Vægt paa, at Arbejdet udføres af en bestemt Person, er Fordringen paa Arbejdsydelsen rent artsbestemt. Hvis der er lagt Vægt paa, at Arbejdet netop udføres af Personen A, er Fordringen for det første artsbestemt i den Forstand, at, hvis A ikke præsterer

Arbejde, kan han i Nutidens Kulturstater i Reglen ikke tvinges dertil (saaledes som ved Krav paa Erlæggelse af Ting og anden individuel Ejendom), men maa istedenfor betale en Sum Penge i Erstatningsydelse. Men selv den principale Ydelse, Arbejdet af A, er, saalænge det ikke har materialiseret sig i et bestemt Arbejdsresultat (og derved ofte i en individuel Ejendom), ikke individuelt bestemt, saaledes som Kravet paa Udlevering af en Ting o l, men er artsbestemt indenfor alle Personen A's Arbejdsmuligheder, paa en noget lignende Maade, som Kravet mod A paa en Pengesum er artsbestemt indenfor alle A's økonomiske Muligheder. Der er noget lignende ubestemt over A's Løfter om at yde Arbejde som over hans Løfter om at yde Penge. De sidste Løfter er forøvrig ogsaa ofte afhængig af hans Arbejdsmuligheder, navnlig hans Arbejds-kraft og dennes kvalitative Værdi.

Begrebet *Formueret* er en Underafdeling under Begrebet Ejendomsret. De fleste Ejendomsrettigheder har økonomisk Værdi, men behøver ikke at have det og har det i mange Tilfælde ikke; og det har i Reglen ingen retslig Betydning, om de har denne Værdi eller ej. Mangfoldige Løseøregenstande har ingen økonomisk Værdi (hvis de f Eks skal sælges ved Auktion eller i Handlen), men en betydelig personlig Værdi for enkelte Mennesker. Selv Jordstykker kan være usælgelige. Mange Servitutter og Retentionsrettigheder er blottet for økonomisk Værdi. De Retsregler og Grund-sætninger, der gælder om Ejendomsrettigheder, kommer imidlertid til Anvendelse paa dem, hvad enten de har økonomisk Værdi eller ej. Det er kun ganske enkelte Retsregler, der alene faar Anvendelse paa de Ejendomsrettigheder, der har økonomisk Værdi og saaledes kan kaldes Formuerettigheder. Saaledes kan nævnes Reglen om Pantsætning og Reglen om Kreditorforfølgning. Disse to Retsregler viser imidlertid, at Begrebet Formueret ikke kan opretholdes som en Enhed. Begrebet tages i to forskellige Betydninger: 1) en Ret, som har *økonomisk Værdi*, *Bytteværdi* og: 2) en Ret, hvis *Hovedformaal* er at tjene *økonomiske Interesser*. Paa en

Panteret og en almindelig Fordringsret (til Penge) passer saaledes baade den første og sidste Definition. Paa en Tilbageholdsret passer den sidste, men ikke den første Definition; paa en Forfatterret passer kun den første o s v.

Ved *Pantsætningsreglen* er det Betydning 1), der maa anvendes. Denne Regel maa nemlig lyde saaledes: Genstand for Pantsætning er Rettigheder, der har økonomisk Værdi, Bytteværdi. Ikke blot Løsøre og fast Ejendom, Aktier, Obligationer, Gældsbreve og Pantebreve kan pantsættes, men det samme gælder Livsforsikringspolicer og Forfatter- og Kunstnerrettigheder o l. Forøvrig kan man end ikke ved denne særlige Regel kræve positivt Bevis for, at den paagældende Ret har økonomisk Værdi. Tinglysningensmyndighederne kræver saaledes ikke som Betingelse for Tinglysning af et Pantebrev nogensomhelst Oplysning om eller Bevis for, at vedkommende faste Ejendom eller Løsøre virkelig har økonomisk Værdi. Ved den anden Retsregel, *Retsforfølgningsreglen* er det baade Betydning 1) og 2), der maa anvendes, idet denne Regel maa lyde saaledes: Genstand for Kreditorforfølgning er Rettigheder, som har økonomisk Værdi, og hvis Hovedformaal er at tjene økonomiske Interesser. Derfor er Forfatter- og Kunstnerrettigheder, hvis Hovedformaal ikke er at tjene økonomiske Interesser, men ihvertfald mindst lige saa meget at tjene personlige, aandelige Interesser, i vidt Omfang unddraget Kreditorforfølgning. Men forøvrig har Begrebet Formueret heller ikke i denne Definition nogen absolut Betydning, idet der ogsaa findes adskillige Rettigheder, som har økonomisk Værdi og hvis Hovedformaal er at tilfredsstille økonomiske Behov, og som dog er unddraget Kreditorforfølgning, f Eks Livsforsikringer, Livrenter. Paa Grund af disse vekslende Betydninger og tilmed svækkede Betydninger af Begrebet Formueret, maa man formentlig hellere helt opgave dette Begreb, selv ved disse to særlige Retsregler og i kommende Lovgivning hellere udtrykke disse Regler ved at sondre mellem Ejendomsrettigheder, der har økonomisk Værdi, og Ejendomsrettig-

heder, hvis Hovedformaal er at tjene økonomiske Interesser, eller udtrykke begge Retsregler som gældende Ejendomsrettigheder, der har økonomisk Værdi, og derefter nøjagtig ved hver af disse Regler opregne de Rettigheder, der trods deres økonomiske Værdi er undtaget fra dem, idet der i saa Fald gælder andre Undtagelser fra Pantsætningsreglen end fra Retsforfølgningsreglen.

Begrebet Formueret opstod i forrige Aarhundrede under den materialistiske Nationaløkonomis og Juras og den materialistiske Historieopfattelses Herredømme, og fik ogsaa i nordisk Jura mange Tilhængere, ligesom det sporadisk fandt Vej ogsaa til enkelte Lovbestemmelser, jfr ER I 173 ff, V 1980 ff. Men nu er Tiden inde, som jeg har søgt at vise, til en Revision af dette Begreb, baade i Lovgivningen og Videnskaben. Hvor nødvendig denne Revision er, kan alene ses deraf, at selv betydelige Forfattere, der opererer med det traditionelle Begreb Formueret, endog vil udvide det til at omfatte Firmaretten og den personlige Navneret, endskønt disse Rettigheder hverken er Genstand for Pantsætning eller Kreditorfølgning. Altsaa selv de enkelte Retsregler, som i Fremtiden alene kan blive Formueretsbegrebets beskedne Anvendelsesomraade, nemlig Kreditorfølgning og Pantsætning, har ingen Relation til disse to Retsgoder, som man har villet presse ind i Formueretten.

For at rydde op i disse traditionelle Begreber som Formueretten og Formuerettigheder og deraf følgende anstrengt Systematik, der ikke har Bund i Virkeligheden, kræves der en Revolution i Tænkemaade, som tillige er en Revolution i Indstillingen overfor de bærende Værdier i Livet. For hver Dag, der gaar, bliver Begrebet Formueret mere og mere forældet for Juraen og anden Socialvidenskab. For hver Dag, der gaar, gror der op af det virkelige Liv en Række retslige Fænomener, der alene eller overvejende er af sjælelig eller aandelig Art. Og for hver Dag, der gaar, faar Begreberne sjælelig og aandelig Ejendomsret, og det omfattende Begreb Ejen-

dom, større og større Realitet, medens Begrebet Formueret har en mere og mere svindende Betydning.

— Familieretten og Arveretten bestaar dels af personlige Retsforhold og dels af ejendomsretlige Forhold. Der er derfor i og for sig intet i Vejen for efter den personlige Ret og Ejendomsretten at optage som en tredje Gruppe Familie- og Arveretten. Da det imidlertid er de personlige Livsforhold, der i langt overvejende Grad præger Familieretten og Arveretten, er det formentlig mest naturligt at behandle disse Rettigheder under de personlige Rettigheder, idet det, saa vidt jeg kan se, har stor Betydning til Belysning af Problemerne at bevare Forbindelsen mellem Familie- og Arveretten og de personlige Rettigheder, navnlig Retten til Navn, til Liv, Frihed og Ære.

Den gamle Inddeling af Privatretten i den personlige Ret og Ejendomsretten er vel i det hele og store rigtig; men den er ikke udtømmende. Der findes en stor og betydningsfuld Gruppe Rettigheder, som har Vanskelighed ved at vinde Anerkendelse ved Siden af de to gamle Grupper, fordi den ikke kendtes i Romerretten. Denne kendte netop kun: *jus quod ad personas* og *jus quod ad res pertinet*. Under det middelalderlige Lavssamfund blev man heller ikke opmærksom paa den Art Rettigheder, jeg her hentyder til. Under det frie Erhvervsliv, der opstod, da Staten under Liberalismens Indflydelse ophævede Lavene og andre Skranker, blev der snart af de Erhvervsdrivende begaaet Handlinger, f Eks skadelig Omtale af Konkurrenter (der ikke behøver at være ærekrænkende), Boycot, o a, som først Domstolene, senere Lovgivningen gav Retsbeskyttelse imod. Men hvilket Gode var det, man her tog under Retsordenens Beskyttelse? Det kunde naturligvis i nogle

Om Begreberne Ejendomsret og Formueret se iøvrigt min Afhandling i U f R 1937 B 67-86.

Ordet personlig Ret bruges undertiden udenfor de egenlige personlige Rettigheders Omraade, nemlig om to særlige Grupper af Ejendomsrettigheder, se E R I 208-211, jfr 206-7.

Tilfælde være en oparbejdet Kundekres. Men det behøvede ikke at være Tilfældet. Hvilket Gode, hvilken Ret krænktes der da?

Der kan næppe findes noget bedre Udtryk for dette nye Retsgode, der kæmper sig frem til Anerkendelse hos Retsmyndighederne, end: en *Erhvervsret*. Til Erhvervsrettigheder bør ikke blot de udelukkende Erhvervsrettigheder eller Enerettigheder henregnes, men ogsaa de simple Erhvervsrettigheder, der ikke nyder Eneretsbeskyttelse, se *Troels G Jørgensen* 21-27. En Erhvervsret kan, saa vidt jeg kan se, defineres som: en retsbeskyttet Adgang til gennem et Arbejde at opnaa økonomiske Værdier. En saadan retsbeskyttet Adgang til at erhverve disse Værdier staar undertiden aaben for alle og enhver, f Eks Ret til Jagt og Fiskeri paa det aabne Hav, eller aaben for alle et Lands Borgere (eller i en vis Tid bosatte), som Jagt og Fiskeri paa Soterritoriet, eller for alle Borgere, der opfylder visse almindelige Betingelser, saasom en vis Alder og hæderlig Vandel, der i nogle Lande kræves for at faa Næringsbevis d v s en Tilladelse af Myndighederne til at drive et nærmere betegnet Erhverv (Haandværk, Handel o l). Men undertiden kræves der en særlig faglig Uddannelse som Betingelse for af Myndighederne at faa Ret til at drive et bestemt Erhverv (f Eks som Læge, Sagfører o l). Endelig er der Tilfælde, hvor en Enkelt har faaet Eneret paa et vist Erhverv eller paa et vist Erhverv indenfor et lokalt begrænset Omraade (Ret til Produktion af Alkohol, Apotekerrettigheder, Færgerettigheder). Men hvad enten der nu kræves større eller mindre eller slet ingen Betingelser for at drive et Erhverv, foreligger der her et Gode, som er forskellig fra Ejendomsrettighederne og de personlige Rettigheder, men som lige som disse to Arter bør anerkendes som et Retsgode, en Ret, idet Lovgivningen og Domstolene ikke blot beskytter Borgernes Frihed til at foretage Erhvervshandlinger gennem den almindelige Straf for Krænkelser af den personlige Frihed, men ogsaa og særlig beskytter en Borgers Adgang til Erhverv gennem Forbud og Straf — ofte ogsaa Erstatning — mod visse Handlinger fra andres Side, der

hverken krænker den Erhvervendes Frihed eller Ære, men som ikke des mindre skader hans Erhvervsadgang, og som gaar under forskellige Navne: illoyal Konkurrence, Boycot.

Da man ikke hidtil har været klar over dette nye Retsgodes nærmere Karakter og Omraade, vil man finde det omhandlet eller berørt paa meget forskellige juridiske Omraader. De Erhvervsrettigheder, til hvis Udøvelse der kræves Tilladelse af Myndighederne, behandles i et særligt Fag, der kaldes *Næringsretten*, som paa Grund af nævnte Tilladelse ofte betragtes som en Del af Forvaltningsretten. Dette er der ikke mere Grund til end til at betragte Patent-, Mønster- og Varemærkerrettighederne som en Del af Forvaltningsretten, fordi disse Rettigheder først opnaar Retsbeskyttelse gennem Registrering hos visse Myndigheder, eller at betragte Ejendomsretten over fast Ejendom og Skib som en Del enten af Retsplejen eller Forvaltningsretten, fordi denne Ret først opnaar fuld Retsbeskyttelse gennem Tinglysning hos Retsmyndigheder eller Registrering hos en Forvaltningsmyndighed. Men dernæst er der en Mængde Erhvervsrettigheder, der kan udøves uden nogen Tilladelse af Myndighederne. Disse frie Erhvervsrettigheder behandles for en stor Del i *Ejendomsretten*. De retstridige Handlinger, der krænker Erhvervsrettigheder, illoyal Konkurrence, Boycot o l, behandles tildels i *Erstatningsretten*, men undertiden i særlige Fremstillinger af, hvad man kalder *Konkurrenceret*, hvilket alene af den Grund er urigtigt, at Handlinger, der krænker en Erhvervsret, slet ikke behøver at være begaaet af Konkurrenter eller overhovedet at have noget med Konkurrence at gøre. Truster og Fagforeninger, der er Forsøg paa at regulere Erhvervsrettighedernes Udøvelse paa store Omraader af Erhvervslivet, bør ogsaa behandles i Erhvervsretten. Det samme gælder de kollektive Aftaler, der nu behandles i Særfremstillinger, ofte kaldet den kollektive *Arbejdsret*.

Fra alle disse spredte Omraader — Næringsret, Ejendomsret, Erstatningsret, Konkurrenceret, Arbejdsret — bør alle Emner og

Problemer om Borgernes Erhvervsrettigheder efter min Opfattelse samles i et stort Retsomraade og Fag, ligeberettiget med de gamle privatretlige Retsomraader, de personlige Rettigheder og Ejendomsrettighederne.

Efter de ovenfor givne Begrundelser kan man i skematisk Oversigt fremstille Retsystemet saaledes:

RETSORDENEN.

A. RETSORDNINGEN.

- a) Privatret. b) Offenlig
 I. *Den personlige* Ret.
 Ret: I. *Statsret.*
 Retten til Liv, II. *Forvaltningsret.*
 Legeme, Frihed, *Folkeret.*
 Fred, Ære, Nav-
 neretten, Fami-
 lie- og Arveret-
 ten.
 II. *Ejendomsretten:*
 1. *Individuel Ejendomsret.*
 1) Ejendomsretten til Ting (fast
 Ejendom og Løsøre) og Natur-
 kræfter.
 2) Ejendomsretten til Aandsvær-
 ker, aandelig Ejendomsret: For-
 fatter- og Kunstnerret, Patent-
 og Mønsterret.
 3) Ejendomsretten til individuel
 Kres af Erhvervsforbindelser:
 Kundekres, Varemærker.

B. RETSHAANDHÆVEL- SEN.

- a) *Retshaandhævel-
sens* Arter.
 I. *Afværgende:* Forbud, Nød-
 værgе o l.
 II. *Oprettende:* Erstatning,
 Vindikation, Fremtvingselse
 af misligholdte Forpligtel-
 ser, Tilintetgørelse af ret-
 stridige Tilstande, f Eks
 Nedrivning af Bygninger
 o l.
 III. *Straffende.*
 b) *Retshaandhævel-
sens* Myndigheder
 og Fremgangsmaa-
 der.
 I. *Rettergangen i Tvistemaal.*
 II. *Rettergangen i Straffesager.*

Man har undertiden kaldt Forfatter-, Kunstner-, Patent- og Mønsterrettigheder for *udelukkende Erhvervsrettigheder*. Dette giver en urigtig Karakteristik. De aandelige Ejendomsrettigheder er overhovedet ikke Erhvervsrettigheder; de giver ingen *Adgang til* gennem en Række *Arbejds-handlinger* at opnaa eller erhverve økonomiske Fordele, men derimod Herredømme over et bestemt *individuel Arbejdsresultat*, ganske som over en Ting, en Løsøregenstand, der er et bestemt Arbejdsresultat. Ordet *udelukkende Erhvervsrettighed* kan rationelt kun betegne det samme som Or-

2. *Artsbestemt Ejendomsret eller Fordringsretten.*

- 1) Fordringsret til Penge og andre artsbestemte Ting.
- 2) Fordringsret til Arbejde.

III. *Erhvervsretten.*

1. *De forskellige Arter af Erhvervsrettigheder, der tilkommer Enkeltpersoner eller Enkeltvirksomheder.*

- 1) Frie Erhvervsrettigheder.
- 2) Næringsrettigheder, betinget af Næringsbrev fra Myndigheder.
- 3) Faglig betingede Erhvervsrettigheder.
- 4) Enerettigheder eller Monopoler.

2. *Retten i Erhvervssammenslutninger (Fagforeninger, Arbejdsgiverforeninger, Truster, Karteller) og deres Retsstilling.*

Under Erhvervsretten maa iøvrig, foruden denne Fremstilling af selve Rettighederne og deres Art, behandles: *A. Aftaler paa Erhvervsrettens Omraade.* Herunder falder 1) Konkurrenceafkald og

dene Eneret og Monopol, hvilket netop vil sige *Eneadgang* til en *Række Erhvervshandlinger*. Hertil hører bl a hvad man kalder Koncessioner, Fabrikationsmonopoler o l.

En Forretnings Kundekres eller good-will er heller ikke en Erhvervsret, lige saa lidt som Varemærke. Good-will er et *individuel Arbejdsresultat, frembragt gennem en Række Arbejds- og Erhvervshandlinger.*

Under det hidtil raadende Begreb: Formueret, inddeltes Formueretten som Fag en Tid i tinglige Rettigheder eller Raadighedsrettigheder og Fordringsrettigheder. Senere tilføjede man saa som en tredje Gruppe Formuerettigheder de udelukkende Erhvervsrettigheder eller Enerettigheder, *Torp: Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del, 1900, 6.* Denne Systematik maa, som ovenfor vist, helt opgives. Selve Grundinddelingens Hovedbegreb, Formueret falder og kan fremtidig højst faa en begrænset Anvendelse ved enkelte Retsregler; og Ejendomsretten bliver det omfattende Grundbegreb. Sondringen mellem tinglige Rettigheder eller Raadighedsrettigheder over Ting og Fordringsrettigheder har ingen Berettigelse og maa afløses af en Sondring indenfor Ejendomsretten mellem individuel og artsbestemt Ejendomsret, se ER I 166 ff. Dernæst kan Erhvervsrettighederne overhovedet ikke henregnes til Formueretten eller Ejendomsretten, hverken de udelukkende Erhvervsrettigheder eller de almindelige Erhvervsrettigheder, men er, som ovenfor vist, en selvstændig Gruppe Privatrettigheder, paa lige Fod med Ejendomsretten og den personlige Ret; og endelig kan Forfatter-, Kunstner- og Patentretten, som man henregnede til de udelukkende Erhvervsrettigheder, som fremhævet, overhovedet ikke henregnes til disse.

andre Erhvervsaftaler mellem enkelte Erhvervsdrivende, 2) Kollektive Aftaler (Aftaler mellem Erhvervssammenslutninger), og B: *Retstridige Handlinger, der krænker en Erhvervsret* (illoyal Konkurrence, Boycot o l).

Idet en *Ret* defineres som *et i 1) Forhold til Mennesker, 2) med Magt, af 3) Samfundets Myndigheder beskyttet 4) Gode*, vil det ses, at den ovenfor givne Systematik tager Hensyn til alle de fire, her fremhævede Momenter i Begrebet *Ret*. Ved Momentet *Magt*-anvendelse sker saaledes Udsondringen af *Retshaandhævelsen* fra *Retsordningen*. Ved Momentet: *Beskyttelse ved Myndigheder* sker Udsondringen af *Rettergangen (Retsplejen)* fra *Retshaandhævelsens Arter*. Ved Momentet: *Forhold til Mennesker* sker Udsondringen af de statsretlige *Forhold* fra de privatretlige *Forhold*. Ved Momentet: *Gode* sker Udsondringen indenfor *Privatretten* mellem de forskellige *Arter af Retsgoder*: *Personlig Ret, Ejendomsret og Erhvervsret*, samt disses *Underafdelinger*.

En af de vigtigste Grunde til Systematik i *Juraen*, til *Sondring* mellem forskellige *Retsomraader*, er, at det ene *Retsomraade* beherskes af helt andre ledende *Grundsætninger og Regler* end det andet. *Statsretten og Forvaltningsretten* beherskes saaledes af helt andre *Grundsætninger og Regler* end *Privatretten*. De personlige *Rettigheder* præges af helt andre *Synspunkter og Grundsætninger* end *Ejendomsrettighederne*. Grunden til, at det nye *Retsomraade, Erhvervsretten*, maa udskilles saavel fra *Ejendomsretten* som fra den personlige *Ret*, er en lignende fundamental *Modsætning*. Hvad særlig *Forholdet til Ejendomsretten* angaar, maa fremhæves, at de 4 *Grundsætninger*, der udtrykker *Ejendomsrettens samfundsmæssige Funktioner*, ikke kan finde *Auwendung* paa *Erhvervsrettigheder*. Man kan saaledes hverken sælge eller pantsætte en *Erhvervsret* eller lade den gaa i *Arv*, ligesom der heller ikke bliver Tale om en *Tilegnelse fra Kreditorernes Side*. En *Erhvervsret* maa fødes paany for ethvert enkelt *Menneske*. Selve denne *Ret* kan man

hverken arve eller købe. Dette gælder kun det individuelle Arbejdsresultat, den oparbejdede Kundekres, den forarbejdede Ting o l, hvori Erhvervsvirksomheden har udkrystaliseret sig.

Ved et *Gode* forstaas alt, hvad der tilfredsstillter menneskelige Behov. Den Egenskab, der gør en Ting eller andet Fænomen til *Gode*, kalder vi *Nytte*.

Økonomiske Goder er, som Nationaløkonomien fremhæver, saadanne *Goder*, som eksisterer i *utilstrækkelig Mængde* til at tilfredsstille ethvert Behov for dem. Som Regel kan de kun tilvejebringes ved Anstrengelse, Arbejde. En Undtagelse herfra er Jord.

Frie Goder er derimod saadanne, der eksisterer i *tilstrækkelig Mængde* til at tilfredsstille ethvert Behov for dem.

Juraen spænder over flere Omraader af Livet end Nationaløkonomien, idet Retsordenen beskytter langt flere *Goder* end de økonomiske, saaledes baade legemlige, sjælelige og aandelige. Retsordenen beskytter *Goder* som Liv, Legeme, legemlig Frihed, en Række Følelser som Æresfølelse, Sædelighedsfølelse (seksuel Renhed), religiøs Følelse o l. Selv Ejendomsretten beskytter langt flere og andre *Goder* end de økonomiske, som jeg nærmere har søgt at vise i Ejendomsretten, i Afsnittene om aandelig og sjælelig Ejendomsret, se ER I 97-135.

Til enhver Ret svarer som nødvendigt *Korrelat en Pligt*. Ordet *Pligt* tages i forskellige Betydninger. Den første og vigtigste Betydning af Ordet *Pligt* er: 1) en Handling eller Undladelse, som, hvis den henholdsvis undlades eller ikke undlades, drager en eller anden *Retshaandhævelse* efter sig, altsaa enten Straf, Erstatning e l. Langt de fleste af Retsordenens Pligter er Pligter i denne Betydning. Den anden Betydning af *Pligt* er: 2) en Handling eller Undladelse, der, hvis den henholdsvis undlades eller ikke undlades, drager efter sig *en anden af Retsordenen almindelig fastsat Retsvirkning*. Naar det saaledes siges, at Ægtefæller har en Samlivspligt,

tages Ordet Pligt her i denne sidste Betydning. Hvis en Ægtefælle ikke opfylder denne Samlivspligt, sætter Retsordenen ikke i den Anledning nogen Retshaandhævelse i Gang, hverken Straf, Erstatning, Forbud e. a. Men der indtræder andre Retsvirkninger af denne Opførsel. Den kan saaledes give den anden Ægtefælle Ret til Skilsmisse, den faar Indflydelse paa Underholdspligter o l. Endelig tages Ordet Pligt i Betydning 3), nemlig: en Handling eller Undladelse, der, hvis den henholdsvis undlades eller ikke undlades, drager efter sig en i en *privat Viljeserklæring fastsat Retsvirkning* eller *deklaratorisk* i Lovgivningen for vedkommende Kontrakt fastsat Retsvirkning. Det siges saaledes, at man har Pligt til at reklamere om ukontraktmæssig Vare, hvis man vil bevare Retten til at hæve Kontrakten o l; man siges at have Pligt til at iagttage Vekselomgangen, hvis man vil bevare sin Vekselret. En Pligt i denne Betydning kan naturligvis ogsaa kaldes en Betingelse for at bevare en Ret.

Af det ovenfor anførte ses det altsaa, at *Retshaandhævelse* og *Retsbeskyttelse* er to Ting, se ogsaa min Afhandling i T f R 1919. 202-4.

Undertiden har der været Tvivl om, hvorvidt et juridisk Fænomen kan kaldes en Ret eller ej. Man maa her ikke lade sig forvirre af, at Fænomenet ikke kaldes en Ret. Man taler saaledes om en *Forældremagt*. Denne er utvivlsomt en Ret eller rettere et Indbegreb af Rettigheder, der tilkommer Forældre i Forhold til deres Børn. *Myndighed* maa sikkert ogsaa siges at være en Ret, saaledes som det er et værdifuldt Retsgode at blive Herre over sine økonomiske Anliggender, selv at kunne indgaa saavel erhvervende som forpligtende Aftaler. Ogsaa det at faa Evne til at paatage sig Forpligtelser er af største Værdi for et Menneske, idet det er Betingelsen for, at man overhovedet vil indlade sig i Kontraktsforhold, i Forretningsaftaler med ham.

Undertiden sker det, at en Ret tilkommer en Person A, men faktisk tillige kommer en anden, B, til Gode. Dette kaldes Rettens *Refleksvirkning*. A's Ret faar Refleksvirkning for B. En Servitut, der ensartet er lagt paa et helt Villakvarter, tilkommer som en Ret kun Ejerne af Villaerne i dette Kvarter, men kommer rent faktisk som Refleksvirkning Beboerne af Naboejendommene til Villakvarteret til Gode. Ikke-Jurister er undertiden tilbøjelige til at forveksle, hvad der kun er en rent faktisk Refleksvirkning, med en virkelig juridisk Ret.

— Om de det enkelte Menneske tilkommende Rettigheder har man ofte

brugt Udtrykket *subjektive Rettigheder*. Under Enevælden var den Enkeltes Ret ikke meget værd; det var derfor naturligt, at man, da Enevælden blev styrtet, i England med Revolutionen i 1688 og i Frankrig med Revolutionen i 1789, følte Trang til stærkt at betone, at det enkelte Menneske virkelig er et Retssubjekt, og at der tilkom det visse naturlige Menneskerettigheder, som i enhver Stat bør være ukrænkelige. At man har kaldt disse det enkelte Menneske som Retssubjekt tilkommende Rettigheder for subjektive Rettigheder, er der naturligvis intet at sige til. Men det har vist sig, at dette Udtryk har givet Anledning til megen Uklarhed og forskellige Udlægninger. Det er saaledes blevet bestemt som a) alle den Enkelte tilkommende Rettigheder, ikke blot i *privatreftlige*, men ogsaa i *statsretlige* Forhold. Det omfatter herefter baade Rettigheder som Ejendomsret og Embedsmænds Ret til Løn. Men ofte indskrænker man Begrebet subjektive Rettigheder til b) de den Enkelte tilkommende *Privatreftigheder*. Undertiden indskrænkes Begrebet yderligere, nemlig til kun at omfatte c) de den Enkelte som *Særrettigheder* tilkommende Rettigheder. Herefter omfatter det kun Rettigheder som Ejendomsret til fast Ejendom og Løsøre, Forfatter- Kunstner- Patent- Varemærke-Retten, Fordringsretten, Navneretten o l, men ikke Retten til Liv, Frihed o l, da disse jo ikke tilkommer den enkelte Person A som en Ret for ham alene, altsaa som en *Særret*. Hvis sidstnævnte Betydning c), af subjektiv Ret som Særret, vælges, falder ogsaa de Rettigheder, der tilkommer alle og enhver, eller ialtfald en *ubestemt Kres af Personer*, udenfor Begrebet. Til disse Rettigheder, som den norske Jurist Rynning med Rette har kaldt *Allemandsrettigheder* i Modsætning til *Særrettigheder*, hører f Eks Retten til at færdes og fiske og jage paa det aabne Hav, eller samme Ret paa Søterritoriet, endvidere Retten til at færdes ad offentlige Veje eller private Veje, hvor Befolkningen har erhvervet Færdselsret ved Alderstid, Retten til at plukke Bær, o s v. Disse Allemandsrettigheder maa vel adskilles fra den Ret, som tilkommer Beboerne i en By eller bestemte Egne til Græsning e l i Almindelighed, en Ret, der nu i Reglen er ophørt i Danmark. Denne *Almindingsret* tilkommer netop en *bestemt Kres* af Personer, er altsaa ikke en *Allemandsret*, se *Lorents Rynnings* værdifulde Afhandling om Særret og Allemandsret i T f R 1928 Tillæg 19-40.

Efter dette sidste Begreb c) om subjektiv Ret falder idethele alle personlige Rettigheder med Undtagelse af Navneretten udenfor de subjektive Rettigheder, og det samme gælder alle Erhvervsrettigheder med Undtagelse af Enerettigheder, medens alle Ejendomsrettigheder falder indenfor Begrebet de subjektive Rettigheder.

Reelt set har hele denne Tvivl og Strid om Begrebet subjektiv Ret ingen Interesse; og det bedste vil, efter de ovennævnte vidt forskellige Betydninger, være helt at afskaffe Betegnelsen subjektiv Ret. Nogen reel Begræns-

ning kan kun findes, hvis man indskrænker Betegnelsen til at omfatte, hvad jeg har kaldt Rettigheder til særlige, udskilte Dele af den indre og ydre Verden, indenfor hvilke Rettigheder Ejendomsretten er den vigtigste Gruppe. Men i saa Fald maa man hellere bruge Udtrykket *Særref.* Sondringen mellem *Særrettigheder* og *Allemandsrettigheder* har en vis praktisk Betydning i enkelte Retninger. Allemandsrettigheder omfatter jo ikke blot Retten til Liv, Legeme, Frihed, Goder, der er uadskillelig knyttet til den Enkeltes Person, men ogsaa Ret til *Raaden* over Dele af den ydre og indre *Omverden*, f Eks Ret til at færdes paa Havet, Søterritoriet, offentlige Veje, Gader, o l, Ret til at udnytte Aandsværker, hvortil den aandelige Ejendomsret er ophørt, o s v. En Allemandsret til saadan Raaden, altsaa en Ret for alle og enhver eller for en ubestemt Kres af Personer, kan man ikke erhverve ved almindelig, ordinær Hævd, men kun ved den Retsdannelse, der gaar under Navn af Alderstidshævd, men som bør hedde Alderstid, og som i Virkeligheden er det samme som Retssædvane, se E R II 542 ff. Ordinær-Hævd kan man kun vinde paa Særrettigheder og endda kun paa en Underafdeling af disse, nemlig Ejendomsrettigheder. Navnretten som Særret og en Eneret til et Erhverv kan man saaledes ikke vinde Hævd paa.

— Foruden de ovenfor S 45-46 under 2) og 3) nævnte Tilfælde, hvor en Pligts Ikke-Opfyldelse vel ikke drager en Retshaandhævelse efter sig, men derimod har *andre Retsvirkninger*, maa nævnes en Gruppe Tilfælde, hvor man end *ikke* naturlig kan tale om en *Pligt* til en Ydelse, men hvor Retsordenen, naar Ydelsen er leveret, dog forsaavidt giver denne Opfyldelse en vis Retsbeskyttelse, som den ikke vil medvirke til at søge Ydelsen tilbage. Man har saaledes ingen *Pligt* til at betale Spillegæld. Dersom man ikke betaler denne, indtræder der *hverken* nogen *Retshaandhævelse* eller nogen *anden Retsvirkning* imod den tabende, der ikke vil betale. Men *han* kan betalt, kan han ikke søge den tilbage ved Domstolene. Det samme gælder, hvor en Person har betalt en anden for at begaa en forbrydersk eller umoralsk Handling. Her at tale om »obligatio naturalis«, som Romerretten, eller om en »sjælelig Forpligtelse«, som *Ernst Møller* i sin Afhandling: Dækningsadgang 14 ff kalder det, er uheldigt, da det leder Tanken hen paa, at Retsordenens Grund til at anerkende nævnte svagere Retsvirkninger skulde være, at der i Virkeligheden forelaa som Enhedsgrund i alle Tilfælde en naturlig, sjælelig eller moralsk Forpligtelse, som man blot ikke vilde omgærde med det kraftigste juridiske Værn, Retshaandhævelsen. En saadan Grund foreligger imidlertid ingenlunde i de herhenhørende Tilfælde. Selv i Spillegældstilfældet kan man formentlig ikke tale om nogen moralsk Forpligtelse, (saaledes som i ældre Tider, hvor man ud fra forkvaklede *Æresbegreber* talte om en »Æresgæld«). Og i de Tilfælde, hvor en Person betaler en anden for en umoralsk (f Eks en seksuelt forkastelig) Handling eller for en Forbrydelse, vilde det være fuldstændig unaturligt at tale om en moralsk

eller sjælelig Forpligtelse. Naar Retsordenen her nægter at medvirke til, at det betalte søges tilbage, skønt den, der har betalt, ingen Pligt havde dertil, er det jo ingenlunde, fordi Retsordenen mener, at han havde nogen moralsk eller sjælelig Forpligtelse til at betale, men simpelthen fordi det overhovedet ligger under Retsordenens Værdighed at befatte sig med Gennemtvungelsen af den Slags Krav; den har alvorligere og nyttigere Ting at varetage; ja at anmode Domstolene herom maa ligefrem anses for krænkende for Rettens Værdighed. Dommersædet skal ikke tilsmudses, end ikke med den blotte Fremsættelse af sligt.

4 Kapitel.

RETSVIDENSKABENS METODE.

1.

NATURRETEN. DEN HISTORISKE SKOLE.

VED *positiv Ret* forstaar vi den til en bestemt Tid i et bestemt Land gældende Ret. Ved *naturlig Ret* eller *Naturret* forstaas den efter Livsforholdene i et Samfund naturlige, mest hensigtsmæssige Ret. Den positive Ret bestaar i første Række af de til en given Tid i et Samfund gældende Love, Retssædvaner og Domsafgørelser (ogsaa kaldet Retspraksis eller Domspraksis). Den naturlige Ret eller Naturretten, der undertiden ogsaa kaldes den ideale Ret, er den Ret, der bør gælde i et Samfund, fordi den kan rationelt begrundes. Den positive Ret kan paa mange Omraader, ogsaa i Nutidens Samfund, falde sammen med den naturlige Ret. De positive, i Lovene fastsatte Retsregler er paa flere særlige Omraader fremgaaet af sagkyndige, paa alsidige Erfaringer støttede Overvejelser om den mest rationelle Ordning. Men paa mange Omraader er der dog en stærk Modstrid mellem den positive Rets Regler og de Regler, som en rationelt begrundet Retsordning, den naturlige Ret vilde kræve. Hvor dette er Tilfældet, opstaar der i Samfundet en vis Spænding mellem den positive Ret og den naturlige Ret; og alt eftersom denne Spænding føles af Befolkningen i højere eller højeste Grad, faar Spændingen Udløsning enten i begrænsede Reforme eller i Revolutioner, Omvæltninger af hele den hidtil gældende positive Retsorden.

Da der med Renaissance opstod en Tænkning, der begyndte at søge en fornuft- og planmæssig Begrundelse af det menneskelige Samfund og dets Retsregler, forefandt den i Datidens europæiske Samfund en fra middelalderlige Tilstande nedarvet, i mange Henseender forældet positiv Retsorden, med vilkaarlige Skel mellem Mennesker, urimelige Privilegier for en faatallig Overklasse og trykkende Vilkaar for de mange, for Folket, barbariske Straffe o. l. Istedendfor at forklare Retsreglerne som Guds Bud eller tage dem som Udslag af en Fyrstes Naade, opfattede den nye Tænkning Samfundet og dets Regler som naturlig begrundet i en Kontrakt mellem Samfundets Medlemmer, indgaaet til alles fælles Tarv. Denne Samfunds-Kontrakt blev af de klareste Tænkere ikke opfattet som en historisk Kendsgerning; men den blev for alle de førende Aander i det 18 Aarhundrede et Udtryk for den simple Tanke, at Samfundet var oprettet i *alle* Samfundsmedlemmers Interesse; følgelig maatte hele Samfundets Retsordning, alle dets Retsregler begrundes ud fra denne fælles Interesse hos alle Mennesker, hos hele Folket; og derfor blev Samfunds-Kontrakten det fornuftmæssige Grundlag for Kritikken mod hele det da bestaaende Samfund: dets vilkaarlige store Begunstigelser af enkelte Personer eller Klasser, dets arvelige Standsprivilegier, den arvelige Enevoldsmagt, Overgreb og Vilkaarlighed mod Borgerne i Retsplejen, de middelalderlige Straffe o. l. Folket blev den, fra hvem al Magt stammede og i hvis Interesse al Magt i Samfundet burde udøves; Fyrstens Magt var saaledes afledet af en Overdragelse fra Folket. Den af dette Grundsynspunkt udledede naturlige Menneskeret, »das Recht, das mit uns geboren ist«, skulde sejre over alle de vilkaarlige, urimelige »Gesetze und Rechte«, som nedarves »wie eine ewige Krankheit fort«, og som »schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte, und rücken sacht von Ort zu Ort«. Kontraktteorien og Naturretten viste sig overfor al denne nedarvede, middelalderlige Ret som en sprængende Kraft, der fik Udløsning i Revolutioner, i England 1688, med den nye Overenskomst mellem det engelske

Folk og William den 3die med declaration of rights, i den franske Revolution 1789, i Frederik den Stores oplyste Enevælde, hvorefter han betragtede sig som Folkets Tjener, og i omfattende Lovbøger, Codificationer, der fejede alle de gamle Retsordninger bort og opbyggede det nye Samfund paa Naturretten, paa dennes ledende Grundsætninger om Lighed for alle Mennesker og Frihed for alle i Erhverv, og dens mangfoldige hensigtsmæssige, rationelle Enkeltregler paa de særlige Omraader.

Den historiske Skole, der opstod i Begyndelsen af det 19 Aarhundrede som en Reaktion mod Naturretten, havde let ved at paavise, at Naturretten havde overset Værdien af Retsordningernes langsomme, organiske Vækst gennem Tiderne, havde nedbrudt adskillige værdifulde Retsregler og ofte under Reformerne helt misforstaaet den historiske Sammenhæng. Hvor der handles, der spildes; og Stormen var nødvendig. Code civil, den franske Revolutions blivende Resultat, kunde *Savigny* paa mange Punkter kritisere; med Rette paaviste han dens historiske Uvidenhed og dens mange Misforstaaelser af romersk Ret. Men som det træffende er sagt: Code civils misforstaaede Romerretsregel var ofte bedre end den rigtige Romerretsregel, mere hensigtsmæssig, mere praktisk; og hvad gør saa Uvidenheden, *Roscoe Pound*, 15-16. Se iverig nærmere om Naturretten og den historiske Skole 2 Bog S 36-48.

I Nutidens Retsvidenskab, hvor vi har faaet Kampen mellem Naturretten og den historiske Skole paa Afstand, kan vi objektivt bedømme disse Retningers Værdi. De har ikke blot begge haft en betydningsfuld Indflydelse paa Rettens Udvikling i det 18 og 19 Aarhundrede, men de betegner to Retninger, der har blivende Værdi for Retsvidenskabens Metode, idet de hver for sig har fremhævet et rigtigt Synspunkt og ingenlunde er uforenelige, men tværtimod supplerer hinanden, til den rette alsidige Behandling af Retsvidenskabens Problemer. Vi bør i Nutidens og Fremtidens Samfund for det første have Tid nok til at give den retshistoriske Forskning alt, hvad der tilkommer den. Det har altid sin videnskabelige

Betydning, ikke blot i sig selv, men ogsaa af Hensyn til Fremtidens Ret, at faa den helt korrekte og nøjagtige Fremstilling af Rettens historiske Udvikling. Vi forstaar ogsaa bedre Nutidens Retsordninger, naar vi ser, hvorledes de historisk er blevet til. Men dertil kommer, at der ofte i den langsomme historiske Udvikling og Vækst af en Retsordning, et Komplex af Retsregler eller en Enkeltregel, ligger et vægtigt *Erfaringens* Vidnesbyrd om vedkommende Retsordnings eller Retsregels Værdi. Særlig gælder dette, hvor en Retsregel eller et Komplex af Regler langsomt baner sig Vej gennem Retspraksis og spredte Lovbestemmelser, idet Retsordenen herved lidt efter lidt giver efter for Livets praktiske Krav. Det er, hvad jeg har kaldt naturgroede Retsordninger. Som Eksempler kan nævnes Tinglysningsordningens langsomme historiske Udvikling og Vækst gennem Retspraksis og Lovbestemmelser, den tilsvarende langsomme Udvikling af Retsreglerne om Overdragelse af Ejendomsret til Varer og andre Løsøregenstande, endvidere Reglerne om illoyal Konkurrence i Erhvervslivet, jfr ER III₁ 866-904, III₂ 1217 ff, U f R 1918 B 66. Men det maa naturligvis paa den anden Side ikke overses, at en historisk gennem lange Tider fortsat Retsudvikling undertiden ogsaa kan føre til en uhensigtsmæssig Retsordning, der efterhaanden stivner i forældede Former, og som kun en ny Lovgivning, der ser med friske Øjne, kan feje til Side. Herpaa findes der adskillige Eksempler, selv i engelsk Ret, hvor der i Reglen vises en stor Respekt for Retsreglernes langsomme historiske Vækst. The law of property act af 1925 ryddede saaledes godt op i forskellige forældede, gennem en langsom Retsudvikling tilblevne Retsregler. En vis Maaler for en Retsudviklings Værdi vil der ofte ligge i, om den langsomme Vækst gennem Tiderne af en Retsordning er sket ikke blot i et enkelt Land, men parallelt i en Række Kulturlande, uafhængig af hinanden, jfr til Eksempel

De gode Love opstaar efter Romernes Opfattelse »rebus ipsis dictantibus et necessitate exigentibus«.

Tinglysningsordningen, Reglerne om illoyal Konkurrence og Reglerne om Løsøreomsætningen.

Idetheletaget maa den rette Metode være: naar der er givet den retshistoriske Undersøgelse, hvad der tilkommer den, altsaa naar en gældende Retsordnings Tilblivelse og Udvikling er blevet historisk fuldtud belyst, tilkommer det derefter Retslæren selvstændig, ud fra samtlige Erfaringer, Nutidens og Fortidens, at bedømme, om den nedarvede Retsordning er hensigtsmæssig, rationel, eller, om den som stridende mod Nutidens praktiske Forhold og Krav maa afskaffes og erstattes af en til Livsforholdene reelt afpasset Ordning. Denne anden Opgave for Retsvidenskaben var det, Naturretten havde Blik for; og at have fremhævet denne Opgaves Selvstændighed er Naturrettens Fortjeneste. Nutidens og Fremtidens Retsvidenskab maa baade være retshistorisk forstaaende og naturretlig skabende.

Man har mod Naturretten fremhævet, at den opstillede sine Retsætninger som evige, uforanderlige Grundsætninger, gyldige for

Naar en nedarvet Retstilstand efterhaanden er blevet meget indviklet, saa at det kræver et helt Studium og lang Øvelse for Praktikere at arbejde med den og udfinde passende Fremgangsmaade i dette Arbejde, vil denne indtrængende Beskæftigelse gennem lange Tider efterhaanden bevirke, at man i Praxis nødvendig vil af med denne Retstilstand, selvom den i Tidernes Løb er blevet ganske irrational og forældet. Om denne Konservatisme hos gamle, i et saadant Speciale indlevede Praktikere siger Lord *Brougham*: »They love and revere the mysteries which they have spent so much time in learning, and cannot bear the rude hands that would sweep away the cobwebbs in spinning which they have spent their zeal and their days for perhaps half a century«.

Hvad der her udtales om lærde Praktikere, gælder forøvrig ogsaa undertiden Teoretikere i Juracn, som ved Fortolkningen, Kommenteringen af en nedarvet ufuldkommen, spredt og indviklet Retstilstand efterhaanden har nedlagt et mægtigt Arbejde i en logisk systematisk Lærebygning over den indviklede, forældede Retstilstand. De kommer tilsidst til at holde af den. En ny klar Lovordning vil gøre hele den foregaaende Litteratur til en død Masse. Som *J. H. Kirchmann* har bemærket: »Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur«.

alle Tider og alle Folk, men at Erfaringen viser, at Rettens Regler og Grundsætninger stadig maa skifte, efter de forskellige Tider og de forskellige Landes og Folks Livsforhold. Naturretten og denne Kritik har imidlertid begge delvis Ret og delvis Uret.

Man maa sondre mellem de store ledende Retsgrundsætninger og de talrige særlige Retsregler paa de mange forskellige Omraader af det praktiske Liv. De sidstnævnte Retsregler, de mangfoldige Særregler om de enkelte Livsforhold er ikke evige og uforanderlige, men maa skifte med de faktiske Livsforholds Forandring, ikke blot gennem Tiderne, men tillige ofte fra Land til Land, idet Landenes forskellige Naturforhold ogsaa kan sætte deres Præg paa Retsreglerne.

Alligevel er der en Sandhed i Naturrettens Tro paa en evig, uforanderlig Ret. Det er en Gang sagt: »es ist ein nie ausgeträumter Traum der Menschheit, dass es ein ewiges, unwandelbares Recht gebe«. I de øverste ledende Grundsætninger, hvori Retfærdigheden faar Udtryk (ovenfor 25, 2 Bog 371), er der en evig Ret, som maa gælde for alle Mennesker til alle Tider, saalænge der overhovedet findes et menneskeligt Samliv. Hvis der en Gang i Fremtiden skulde opstaa et Kultursamfund, der udelukkende bestod af gode, uselviske Mennesker, vilde disse for det første alligevel have en vis Orden behov; men dernæst vilde de selv frivillig gennemføre disse højeste Retsgrundsætninger.

De mangfoldige særlige Retsregler paa de forskellige Omraader vil iøvrigt, hvis de stemmer med den naturlige Ret, alle, naar man betragter dem dybere, vise sig at være Udslag af de øverste fire Retsgrundsætninger. Det er kun de mangfoldige skiftende faktiske Livsforhold, hvis Særegenhed præger Grundsætningernes Udformning i Enkeltregler.

Om en retslig Regel eller Grundsætning virkelig kommer til at tilfredsstille Livets Behov, afhænger derfor dels af, om den stemmer med de øverste Retsgrundsætninger, og dels af, om den er

formet ud fra et indgaaende praktisk Kendskab til det paagældende Livsforholds Enkeltheder og derunder et Kendskab til de Mennesker, vedkommende Grundsætning eller Regel skal virke mellem.

Det kan imidlertid ikke nægtes, at flere af de fra Naturretten afledede Teorier eller Grundsætninger for et nyt Samfund, som Lederne af Revolutionerne i det 18 og 19 Aarhundrede satte som Program for Omvæltningen, og som de ansaa for evige, i Virkeligheden var livsfjerne, ganske abstrakt holdte Sætninger, der hverken vidnede om Menneskekendskab eller om Kendskab til Livets mangecartede praktiske Forhold. Som typiske Eksempler herpaa kan nævnes Sætningerne om Frihed og Lighed for alle Mennesker. Disse Sætninger var polemisk rettet mod de mange uberettigede Forskelle mellem Mennesker, Klasser, Stænder, og de mange urimelige Frihedsindskrænkninger i de den Gang bestaaende Samfund, som man løb Storm imod og tilsidst omstyrtede. Men fordi disse nedarvede Uligheder mellem Mennesker og Frihedsindskrænkninger var uretfærdige, generaliserede man dristig til de almindelige Principper om Frihed og Lighed, der beherskede Politikerne i det 19 Aarhundrede og ofte uden tilstrækkelig praktisk Begrundelse ophævede retslige Forskelle og Indskrænkninger i Friheden. Mange fornuftige Forskelle og Frihedsindskrænkninger blev i denne Periode ophævet af Lovgivningen under en simpel Henviisning til disse abstrakte Principper om Frihed og Lighed.

Disse Principper er reelt set ganske intetsigende. Hvis man spørger: skal Menneskene have Frihed, bør man samtidig stille det Tillægsspørgsmaal: Frihed til hvad? Og spørger man: skal Menneskene være lige, maa man ligeledes tilføje: Lighed i Henseende til hvad? En nærmere Indgaaen paa de praktiske Erfaringer viser her, at paa visse Omraader kan man give Menneskene Frihed, paa andre ikke og paa atter andre en Frihed med visse Begrænsninger.

Frihed i Erhvervsliv og Kontraktfrihed blev fulgt som bærende Retsidéer i de europæiske Stater fra Slutningen af det 18 Aarhun-

drede og gennem det 19 Aarhundrede. De praktiske Erfaringer har imidlertid senere vist, at denne Erhvervsfrihed og Kontraktfrihed ikke kan fastholdes. I den sidste Del af det 19 Aarhundrede og i det 20 Aarhundrede ser Samfundet sig nødsaget til at indføre den ene Indskrænkning i Erhvervsfriheden og Kontraktfriheden efter den anden, tvunget dertil af de praktiske Behov. Og hvor Samfundet holder sig tilbage eller tøver i saa Henseende, viser det sig, at Borgerne selv danner Sammenslutninger for at gennemføre de nødvendige Indskrænkninger i Friheden.

I Statens Forfatning var det vel rigtigt, at man i det 18 og 19 Aarhundrede nedbrød Skrankerne mellem de forskellige Stænder eller Klasser og afskaffede de Privilegier, som de højere Stænder, navnlig Adelen besad, og idethele alle Forrettigheder, der var knyttet til Fødsel, og ikke til Fortjeneste. *Lighed for Loven* og særlig *Lighed i Betydningen: lige Adgang* for alle til at opnaa Stillinger, Embeder og Erhverv er det Naturrettens og det 18 og 19 Aarhundredes Revolutioner, vi kan takke for. Men denne Periodes politiske Ledere generaliserede fra Ligheden paa disse Omraader til alle Omraader og fastslog derfor navnlig, at alle Mennesker ogsaa skulde have lige Ret til at deltage i Statens Styrelse; men de oversaa herved, at den almindelige og lige Valgret, som blev Følgen af denne Generalisering, igen betød Indførelse af en Ret, der skænkede Menneskene alene i Kraft af Fødsel, og ikke i Kraft af Fortjeneste. Demokratierne i Nutidens saavel som i Oldtidens Stater har overset de *sjælelige Kvalitetsforskelle* mellem Mennesker, der alene kan begrunde men ogsaa bør begrunde Forskelligheder og *store Forskelligheder* i Menneskers *Ret* til at opnaa Stillinger, Embeder, Erhverv og til at opnaa Deltagelse i Statens Styrelse.

II.

RETSORDENEN OG MENNESKELIVET. RETSORDENEN OG DET ØKONOMISKE LIV. DEN KLASSISKE NATIONALØKONOMI.

Kan Retsordenen overhovedet gennem sine Regler og konkrete Retsafgørelser indvirke paa Menneskelivet og blive bestemmende for dettes Forløb og Udvikling? Eller vil Menneskelivet gaa sin egen Gang, uden Hensyn til Love og anden Indgriben af Retsordenen, og udvikle sig efter sine egne indre Naturlove? Det er det første Spørgsmaal, enhver Lovgiver maa stille sig, inden han overhovedet forsøger paa at gribe ind i Menneskelivet. Og selvom man i dette primære Spørgsmaal skulde komme til det Resultat, at Retsordenens Indgriben kan indvirke paa Menneskenes Liv og til en vis Grad bestemme dettes Retning, saa bliver det for den samvittighedsfulde og dygtige Lovgiver overalt paa de mange særlige Omraader af Menneskers Liv det næste Spørgsmaal, han maa stille sig: *hvor langt* er det muligt gennem Retsregler at paavirke Menneskers Liv eller Opførsel, og hvornaar kommer man til det Punkt, hvor en retslig Indgriben ikke længer har Virkning, hvor en Lovregulering bliver et Slag i Luften?

Det menneskelige Samfunds Erfaringer gennem Aartusender viser nu utvivlsomt, at det ialtfald paa *visse Omraader* er muligt gennem Lovregler og Retsafgørelser at virke bestemmende ind paa Menneskers Opførsel, naar der blot bag Loven og Myndighederne staar en tilstrækkelig faktisk *Magt*. Den Erfaring kan vi alle komme til at opleve, ogsaa i Nutidens Samfund, f. Eks. hver Gang der i politisk bevægede Tider sker Opløb paa Torve og Gader og de modsatte Partiers Mængde i politisk Lidenskab vil angribe, lem-læste og dræbe hinanden. Naar de Lovregler, der forbyder dette og idethele vil sikre Roen og Ordenen i Samfundet, gennemtvinges med Magt af en tilstrækkelig Politi- og Militær-Styrke, der holder Menneskemasserne tilbage og hindrer dem i at komme i Kamp

med hinanden, har man det haandgribelige Bevis for, at Lovreglen endog *direkte fysisk*, ved Magt kan tvinge Menneskene til en bestemt Opførsel. Og naar Retsordenens Haandhævere gennem Aartusender med Bøddelsværdet har tilintetgjort Voldsmændene, har dette ikke blot haft denne direkte fysiske Virkning, at uskadeliggøre de Individuer, der truer Samfundets Fred, men har utvivlsomt ogsaa i det lange Løb gennem disse Enkelttilfælde haft den *indirekte psykiske* Virkning paa Mængden at afskrække den fra Mord og Rov, saa at disse, der i mange Samfund i Oldtid og Middelalder var meget hyppige, efterhaanden i Nutidens Samfund er blevet til sjældne Undtagelsestilfælde. *Modproven* paa alle disse Erfaringer kan vi ogsaa gøre i Nutiden, nemlig i Forholdet mellem Staterne, der som bekendt stadig, ligesom i ældre Tid, kaster sig over hinanden med Mord og Brand, ogsaa mod Tusender af fredelige Mennesker, med Rov af hinandens Lande som Maal, fordi der i disse Forhold endnu mangler en Overstat, der er stærk nok til med fysisk Magt at tvinge Enkeltstaterne til at afstaa fra de Mord- og Rovdyrtoget, Krigene i Reglen er.

At Retsordenen saaledes, naar den raader over tilstrækkelig fysisk Magt, baade direkte og indirekte kan virke bestemmende ind paa Menneskers Opførsel i Forhold af fundamental Betydning for Menneskers Liv og Velfærd, er der altsaa ingen Tvivl om. Retsordenen skaber gennem den fysiske Magt først og fremmest Arbejdsro i Samfundet.

Omvendt findes der utvivlsomt store Omraader af Menneskelivet, hvor det ikke er muligt for Retsordenen at indvirke paa Menneskers Liv eller hvor det vilde være uheldigt, om Retsordenen forsøgte det. De Love, der modvirker Mord, Rov og Ulovligheder i Samfundet, navnlig Straffelove, indskrænker sig, som i det foregaaende fremhævet, nøgternt til den begrænsede Opgave at hindre Mennesker i at skade hinanden. Derimod egner Retsordenen sig som Regel ikke til at bevæge Mennesker til positivt at gavne og hjælpe hinanden, endsige til at nære et velvilligt Sindelag mod hin-

anden. Dette er et indre, stærkt personligt Forhold, der trives bedst i Frihed, og som Lovgiveren derfor som Hovedregel gør klogt i ikke at blande sig ind i, og som der selv rent etisk ikke kan gives almene Grundsætninger for, se 2 Bog 362-83. Noget andet er, at Samfundet gennem Skatterne tvinger Borgerne til at bidrage til en Række store Virksomheder og Opgaver, der er til fælles Gavn for alle.

Endelig findes der en 3die Gruppe store Omraader, hvor der er Tvivl, om Retsordenen, navnlig Lovgivningen overhovedet kan indvirke paa Menneskelivet og dets Udvikling. Det gælder ganske særlig Samfundets økonomiske Liv. *Hume*, der indledte, og *Adam Smith*, der grundlagde Nationaløkonomien i det 18 Aarhundrede, angreb stærkt den foregaaende Perodes mange Indskrænkninger og Indgreb i Erhvervslivets Frihed gennem Lovbestemmelser; og selvom de ikke var doktrinære, var deres Hovedtendens dog den, at det økonomiske Liv trivedes bedst i Frihed, uden Lovgivningens Indgreb. *Adam Smiths* Efterfølgere, den liberalistiske Skole, kom derfor meget naturlig ind paa at opfatte det menneskelige Erhvervsliv som en Art Naturliv, der beherskedes af sine egne nødvendige Love, hvis Udvikling foregik lige saa uafvendelig som Udviklingen i den organiske og uorganiske Natur, og som det derfor var ganske haabløst for Lovgiveren at gribe ind i. Der opstilledes ogsaa fra flere Forfatteres Side visse Naturlove, der formentes at beherske det økonomiske Liv (Loven om Tilbud og Efterspørgsel, *Malthus* Befolkningslov, den jernhaarde Lønningslov o l). Ogsaa *Karl Marx* sluttede sig til dette naturmæssige Syn paa det økonomiske Liv. Hans Socialisme betegner intet selvstændigt nyt i videnskabelig Metode eller Grundopfattelse. Ogsaa han mener, at det økonomiske Livs Udvikling foregaaar uafvendelig efter visse Naturlove, og at alle Forsøg paa Indgriben heri ved Lovgivning er ganske orkesløse. Hans Socialisme adskiller sig kun fra Liberalismen i Spørgsmaalet om den økonomiske Udviklings *Retning*. *Adam Smith* og mange af den liberalistiske Skole efter ham mente, at i det frie Erhvervs-

liv vilde den Enkelte ud fra en naturlig Egoisme udfolde sine Arbejdskræfter til den størst mulige og mest værdifulde *Produktion*; Egoismen vilde saaledes, sig selv uafvidende, føre til det for Samfundet i det hele gavnligste Resultat, medens Marx, der havde et skarpt Blik ikke blot for Produktionen, men ogsaa og ganske særlig for *Fordelings-Problemet*, mente, at det økonomiske Liv gennem en stadig stigende Kapital- og Bedriftskoncentration paa faa Hænder og en tilsvarende Udbytning af Befolkningens Flertal nødvendig vilde udvikle sig henimod en Katastrofe, hvor tilsidst alle Produktionsmidler og alle Kapitalværdier af sig selv vilde overgaa til Samfundet (se nærmere ER I 30 ff). For begge Opfattelser var de enkelte Menneskers materielle Egoisme, deres Drift til frit at erhverve saa mange materielle Goder som muligt de drivende Naturkræfter i den økonomiske Udvikling. Dette Grundsyn fik ogsaa en vis Indflydelse paa den historiske Videnskab. En Retning indenfor denne, der fik stor Indflydelse i det 19 Aarhundrede, den *materialistiske Historieopfattelse* hævdede saaledes, at Samfundets historiske Udvikling ikke skyldtes ideelle Faktorer, ej heller store ledende Personligheder, men de materielle Faktorer, den store Befolknings mangfoldige Arbejder for Tilfredsstillelsen af dens materielle Behov (Føde, Klær, Bolig o l), og talrige gradvise tekniske Fremskridt, i Agerbrug, Haandværk og Industri. Saaledes har f Eks Opfindelsen af Ploven og af de stadig forbedrede Former for denne haft langt mere indgribende Betydning for Samfundet end de mange Krige og Bevægelser, der er fremkaldt af de saakaldte store Mænd. Denne materialistiske Historieopfattelse benægtede i og for sig ikke, at aandelige Faktorer, som Religioner, tilsyneladende havde haft Virkninger i det økonomiske Liv, men hævdede, at i sidste Instans vilde det ogsaa her vise sig at være materielle, egoistiske Drivkræfter, der laa bag.

Hele denne Grundopfattelse af det økonomiske Liv som uafhængig af Retsordenen og andre ideelle Faktorer er for en nærmere Undersøgelse ikke holdbar. Selv Retslivet havde man for-

øvrig, dels under Indflydelse af den historiske Skole og dels under Indflydelse af Udviklingslæren, villet fremstille som Udfoldelser af en Naturmagt, der nødvendig maatte føre bestemte Retsordninger med sig, en Udvikling, som man til syvende og sidst ikke bevist fra en Lovgivers Side kunde gribe ændrende ind i. Herimod vendte allerede *Ihering* sig, idet han fremhævede: »Retten er ingen Plante, men et Stykke menneskelig Tænken og Følen — ikke et Værk af en blindt raadende Naturkraft, men den tænkende Menneskeaaands Fortjeneste og frie Handling«. Revolutionerne i det 18 og 19 Aarhundrede, og de helt nye Forfatninger og Lovbøger, der da opstod, var en Erfaringens Bekræftelse af dette Syn paa Retsordenen. Men den samme Periode viser de store Personligheds Betydning for Samfundets Udvikling. Det er *John Locke* og hans Elever, *Montesquieu*, *Voltaire* og *Rousseau*, der satte Tankerne i Bevægelse hos Europas aandelige Elite og gav Stødet til den amerikanske og franske Revolution i det 18 Aarhundrede og de mange Forfatningsforandringer, der fulgte i deres Kølvand i det 19 Aarhundrede. Udviklingslæren og den materialistiske Historieopfattelse var en gavnlig Reaktion mod den ældre Historie-skrivnings Overvurdering af Krigenes og Feltherrernes Betydning og fremhævede heroverfor Samfundets langsomme Vækst gennem en Tilpasningsproces, foraarsaget af materielle Faktorer, som Befolkningsforhold, Klima-, Jordbunds- og andre Naturforhold. Men denne Tendens gik til den modsatte Yderlighed. Det menneskelige Samfunds Udvikling er et meget sammensat Fænomen, hvori baade de ydre materielle, naturmæssige Faktorer og den store Indsats af Menneskehedens aandelige Førere har deres Andel. Dette gælder baade de store Religionsstiftere, Statsmænd og Opfindere. *Carlyle* fremhævede de store førende Personligheder som dem, der baade i Statsliv og Aandsliv har præget Menneskehedens historiske Udvikling.

Feltherrer, der som Aleksander og Cæsar tillige var store Statsmænd, skabte nye mægtige Statsdannelser, der fik stor Betydning

for de følgende Tiders økonomiske og aandelige Udvikling, ikke mindst ved at udvide Menneskehedens kulturelle Horisont (Hellenismen, det romerske Verdensrige). De mægtige aandelige Strømninger, skabt af de store Religionsstiftere og Tænkere, har sat de dybeste Spor i den sociale Udvikling. Kristendommen har saaledes ved sin stærke Betoning af de *Enkeltes*, selv de lavestes Menneskeværd utvivlsomt betydet meget for Dannelsen af Begrebet Menneskerettigheder i de nyere Tiders Samfund og idethele for Udviklingen af den personlige Ret. De banebrydende Fremskridt i Teknikken skyldes i historisk Tid førende Personligheder; i den ældste Tid forblev de naturlig nok ukendte; men Folkeinstinktet følte rigtigt, da det gjorde den ukendte Skaber af den store Opfindelse, Ilden, til hin mægtige Sagnskikkelse, Menneskehedens Velgører, Prometheus, som selv Guderne misundte.

At de førende Personligheder og de store Aandsstrømninger saaledes har haft en betydelig Indflydelse paa Samfundet og Retslivets Udvikling, vil da ikke kunne betvivles. Og det økonomiske Liv kan ikke skilles fra Retslivet. Mod den anførte socialøkonomiske Opfattelse, der var den herskende gennem Størstedelen af det 19 Aarhundrede, og hvorefter Folkenes Erhvervsliv betragtedes som uafhængig af den herskende Retsorden og de retslige Idealer, vendte *Friedrich Lange* sig. Han hævdede, at den materialistiske Opfattelse i Historie og Socialøkonomi var utilstrækkelig, og at Idealismen er nødvendig som førende Kraft; men Idealismen maa bygge paa reale Kendsgerninger. *Rudolf Stammler* fremhævede, at den Naturtilstand, som den materialistiske Opfattelse gaar ud fra, og hvori den Enkeltes frie Kamp for Tilfredsstillelse af Behov er den drivende Kraft i det økonomiske Liv, slet ikke eksisterer. Det isolerede Enkeltindivid er en Abstraktion. Al Tilfredsstillelse af materielle Behov er i Virkeligheden i ethvert Samfund en social Samvirken, en Samvirken mellem flere, der er socialt reguleret. Socialt Liv er ydre reguleret Samliv mellem Mennesker, først og fremmest en reguleret Samvirken om de menneskelige Behovs, sær-

lig de materielle Livsforødenheders Tilfredsstillelse. Den ydre Regulering af denne Samvirken er i første Række et Lands Retsorden. Der kan ikke opstilles nationaløkonomiske Læresætninger, der har almen Gyldighed uden Hensyn til en bestaaende Retsordning. Derfor maa en Kritik af sociale Tilstande altid tage Sigte paa den herskende Retsordning. Det har været skæbnesvangert for den hidtidige Nationaløkonomi (den klassiske), at den har ment at kunne udelade Hensynet til den ydre, retslige Regulering. Nationaløkonomien er altid betinget af en given Retsorden. »Kapital« betyder f Eks noget helt andet i et privatkapitalistisk end i et kommunistisk Samfund. Visse Nationaløkonomer har erkendt, at en bestemt Retsordning er en stiltiende Forudsætning for deres Videnskab. Bedst passer dette paa Merkantilisterne, hvis Lære er udformet med Henblik paa en bestemt social, retslig Regulering. Men i Virkeligheden maa det erkendes, at ogsaa Adam Smiths Lære om national Velstand kun har Betydning under en bestemt Retsordning, se Stammler 70 ff, 112 ff, 206 ff.

Lange og Stammler har utvivlsomt ved deres Kritik af Materialismen rigtig ramt det ensidige i Størstedelen af det 19 Aarhundredes økonomiske Tænkning. Det økonomiske Liv og de moralske og retslige Faktorer kan ikke skilles ad. Stammler har særlig beskæftiget sig med de retslige. Men hans Udviklinger bevæger sig i et stærkt abstrakt Plan. Hans Opfattelse virker ikke helt overbevisende, fordi man i hans Udviklinger savner en erfaringsmæssig Dokumentation, en indgaaende Undersøgelse af de vigtigste praktiske økonomiske Omraader og Retsordenens Betydning for

Th. Carlyles Hovedværker er: *Sartor Resartus* (1835), *On Heroes, Hero-Worship and the Heroic in History* (1840), *History of the French Revolution* (1837), *Life and Letters of Oliver Cromwell* (1845), *The History of Friedrich II* (1865), *Friedrich Langes* Hovedværk er: *Die Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart*, 1866. *Stammlers* betydeligste Værker er: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (1896), *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902).

disse, en nøje Paavisning af Vekselvirkningen af de økonomiske og retslige Faktorer.

I Undersøgelser paa forskellige Omraader har jeg gjort Forsøg paa at vise denne Vekselvirkning (i Organisationer I ff og i ER I 22 ff), dels paa den almindelige borgerlige Rets Omraade og dels paa de to mest betydningsfulde Særomraader, nemlig Landbrugs-erhvervets og Byerhvervets. I det følgende skal der gives en kort Oversigt over de vigtigste af de Resultater, jeg paa disse Omraader mener at kunne fastslaa.

1. Ved en Paavisning af Retsordenens Indflydelse paa det økonomiske Livs forskellige Omraader maa først fremhæves, at alene den *almindelige borgerlige Rets* Regler har en afgørende Virkning for det økonomiske Livs hele Udformning, baade for *Produktionen*, *Omsætningen* og *Kredit*ten.

I. Der vilde for det første overhovedet ikke kunne *produceres* uden *Kontraktsretten* og *Ejendomsretten* som det betryggende Fundament for alt menneskeligt *Arbejde*. Den, der f Eks anlægger en Fabrik og begynder at producere, vilde overhovedet ikke begynde herpaa, hvis han ikke trygt kunde stole paa, at de *Arbejds-kontrakter*, han slutter med sine Arbejdere og Funktionærer, og de *Leveringskontrakter*, han slutter med Aftagerne af Fabrikens Varer, af *Retsordenen*, om fornødent, vil blive gennemtvunget med *Magt*, ud fra en af de vigtigste Retsgrundsætninger i ethvert Kulturlands Love, at Kontrakter ubetinget skal holdes i alle deres Ord og Punkter. Men han vilde heller ikke kunne begynde nogen- somhelst Virksomhed, hvis han ikke trygt kunde stole paa, at Rets- ordenen, ogsaa med *Magt*, vil værne om hans *Ejendomsret* til Fabriksbygning, Maskiner, Jord og de af ham producerede Varer.

Selve Kontrakternes Indgaaelse foregaar dernæst idethele under en betryggende Kontrol fra Retsordenens Side, idet Retten med *Magt* værner Kontraktens Parter mod *Svig*, *Tvang* og anden ubere- rettiget *Pression* fra den anden Parts Side og giver faste Regler for, hvornaar Kontrakten faar *Retsvirkning for Parterne*, og under

hvilke Betingelser man kan træde tilbage fra den, se nærmere ER III, 756-97.

II. Men dernæst giver Retsordenen sit betryggende Værn til *Omsætningen* af Varer og alle andre omsættelige Goder i Samfundet. Ingen vilde overhovedet i det økonomiske Liv turde optræde som *Sælger* og *Køber* af nogensomhelst Ting, hvis de ikke vidste, at der gives betryggende Retsregler ikke blot for det nys nævnte Forhold, Kontraktens *Retsvirkning* for *Kontraktens Parter*, men ogsaa for *Kontraktens Retsvirkninger for Tredjemænd*. En *Køber* er saaledes betrygget i sin Erhvervelse af Varen, har, som vi siger, faaet en fuldt sikret Ejendomsret til Varen overfor den Gruppe Tredjemænd, der hedder *Sælgerens Udlægs- og Konkurskreditorer*, naar Varen enten ved Kontraktens Indgaaelse er individuelt bestemt (f Eks 100 Sække Korn, der alle er udskilt og mærket som værende afsat til denne bestemte Køber), eller efter Kontraktens Indgaaelse bliver individualiseret (ved Udskillelse, Mærkning, Afsendelse o l) paa loyal Maade. Og mod *Omsættingserhververe*, andre Købere af samme Varer i god Tro, er Køberen retsbeskyttet, naar han har faaet Varen overleveret til sig. Omvendt er *Sælgeren* af Retsordenen beskyttet for sin Interesse i Købesummens Betaling overfor *Køberens Kreditorer* efter de ganske bestemte Retsregler, der indeholdes i den saakaldte Stansningsret, hvorefter Sælgeren, hvis Køberen gaar Fallit, kan kræve fuld Betaling af Køberens Kreditorer eller trække sin Vare tilbage, enten naar Varen er undervejs, altsaa endnu ikke naaet frem til Køberen inden dennes Fallit, eller den først er ankommet til Køberen efter Fallittens Indtræden.

Naar Nationaløkonomien ikke har set, at det økonomiske Liv, hverken Produktionen eller Omsætningen overhovedet kan eksistere uden denne Retsordenens overalt ordnende og kontrollerende Indgriben, uden Ejendomsrettens, Kontraktsrettens og Konkursrettens mange tvingende Regler, ligger det i, at den ved Lovens Kontrol med det økonomiske Liv alene har tænkt paa de politisk iøjne-

faldende Lovregler som Toldlove, Import- og Eksportforbud o l, der hindrer den frie Omsætning af Goderne, Lavsmopolreglerne, der hindrede den frie Udøvelse af Haandværk, Fabriksvirksomhed og anden Produktion, m a O alle de gamle hæmmende Lovregler fra Merkantilismens Tid, som den nye Videnskab, Nationaløkonomien med *Adam Smith* og hans Efterfølgere vendte sig polemisk imod. Den almindelige borgerlige Rets Regler virker derimod, om saa maa siges, mere *stiltfærdig*, i det ubevidstes Baggrund, uden politisk Kamp og Støj. Men det er ofte de stiltfærdigste af Rettens Regler, der har de dybeste Virkninger. Men det maa iøvrig til Nationaløkonomiens Undskyldning siges, at Juraen selv indtil den allerseneste Tid slet ikke har været klar over, at Ejendomsrettens og Kontraktsrettens Regler, i vidt Omfang i Forholdet mellem Kontraktens Parter, men i videste Omfang i Forholdet til Tredjemand, er virkelig *tvingende*, præceptive Regler d v s Regler, der *ikke* kan *fraviges* ved Kontraktparternes Aftale, og at disse Retsregler *netop* ved denne *tvingende* Karakter i Virkeligheden er de Hængsler, hvori det økonomiske Liv, baade dets Produktion, Omsætning og Kredit, hviler og virker. Der er en *liberalistisk Jura* saavel som en *liberalistisk Nationaløkonomi*. Man har hidtil i Juraen i vidt Omfang haft den Opfattelse, at Borgerne levede under en Kontraktfrihedens Grundsætning, hvorunder de selv frit kunne bestemme baade Kontraktens Virkninger for dem selv og dens Virkninger for Tredjemand. At selv disse sidste Virkninger skulde bero paa Parternes Aftale, har været den herskende Lære overalt i Landene, har skabt Uklarhed og Usikkerhed i Videnskaben, i Ejendomsrettens Omsætningsregler og sat sit Præg paa Lovgivningen gennem flere uheldige Bestemmelser i denne. Som jeg andetsteds nærmere har paavist, er Kontraktens Virkninger for Tredjemænd, baade for Sælgerens og Køberens Kreditorer og for Købere af samme Varer, ikke noget, Kontraktens Parter kan bestemme, men derimod noget, som *Samfundet*, *Retsordenen* og denne *alene* bør *bestemme*, med tvingende, præceptive Regler, se nærmere E R III

798-843. Men selv i Forholdet mellem *Kontraktens Parter* er det Retsordenen, der griber ordnende og regulerende ind, ofte ogsaa gennem *tvungende* Retsregler.

Ved *Omsætningen* af Samfundets vigtigste Aktiver, de *faste Ejendomme*, fører Retsordenen endog en *direkte Kontrol*, gennem *Tinglysningen*, og knytter *Kontrakternes* ovennævnte *Retsvirkninger for Tredjemand* til Indførelsen i Tinglysningsmyndighedens Bøger og giver herved en betryggende Konstatering af indbyrdes stridende Rettigheders Prioritet og betrygger Tredjemands Tillid til de tinglyste Kontrakter.

III. Men dernæst vilde *Kredit*ten i det økonomiske Liv overhovedet ikke kunne bestaa, hverken *Personalkredit*ten eller *Realkredit*ten, hvis ikke Retsordenen, atter med *tvungende* Regler, nøje fastsatte de *personlige Kreditorers* fuldstændige Lighed i Retsstilling i Tilfælde af Forretningsmænds og andres Konkurs. I denne skal som Hovedregel alle Kreditorer ligelig tilfredsstilles gennem Konkursboets Midler; og en *særlig Fortrinsstilling* til Fyldestgørelse af enkelte af disse Midler, faste Ejendomme, Løsøre e a for *enkelte Kreditorer* fremfor disses Flertal, gennem *Pantere rettigheder* tilstaaes kun under ganske *bestemte*, af *Retsordenen foreskrevne, tvungende Betingelser*, nemlig *Tinglysning*, hvorved en Mands Kreditorer og Forretningsforbindelse i det hele — gennem Tinglysningens Bøger — nøje holdes underrettet om slige Fortrinsrettigheders Stiftelse, eller Pantegenstandens *Overgivelse* til Pantekreditor eller andre Akter, der dels kan underrette de samme Krese og dels betryggende kan konstatere Fortrinsrettens Opstaaen i Forhold til andre Fortrinsrettigheder. Al *Realkredit* er saaledes gennem Panterettens tvungende Regler nøje reguleret og kontrolleret af Samfundet.

Rent praktisk kan den ovenfor fremhævede Vekselvirkning mellem Retsordenen og det økonomiske Liv udtrykkes saaledes:

En Forretningsmand spørger, naar hans Sælger gaar Konkurs, først og fremmest: er mit Krav paa de aftalte 100 Sække Korn et

retslig beskyttet Krav paa at faa disse Sække udleveret af Konkursboet eller er det kun et Krav paa at faa betalt af Boet, ligesom andre almindelige Kreditorer, en ringe Procent (Dividende) i Kroner af disse Varers Værdi? Hensynet til Trygheden og Fastheden i det økonomiske Liv kræver altsaa først og fremmest, at Retsordenen tvingende for alle Parter, baade Købere og almindelige Gældskreditorer, fastslaar *bestemte Skæringspunkter* for, hvornaar *Køberens* Krav er et Krav paa Udlevering af selve Varerne, og hvornaar det kun er et almindeligt Dividendekrav paa nogle Penge; og *ligeledes* kræver det samme Hensyn til det økonomiske Liv, at Retsordenen tvingende fastslaar *bestemte Skæringspunkter* for, hvornaar *Sælgerens* Krav paa Udlevering af sin solgte Vare eller den fulde Købesum fra Køberens Konkursbo gaar over til kun at blive et almindeligt Dividendekrav, et procentvis nedsat Gældskrav paa Købesummen. Disse præceptive Skæringspunkter eller Stadier er, som ovenfor fremhævet, i førstnævnte Retning (for Køberens Krav paa Varen): Varens Individualbestemthed i Kontraktindgaaelsens Øjeblik eller senere betryggende Individualisering, og i sidstnævnte Retning (Sælgerens Krav paa sin Vare eller Krav paa den fulde Købesum): Varens Overlevering til Køberen efter Konkursen. I første Tilfælde begrundes Retsordenen sit Skæringspunkt derpaa, at først naar en Del af Sælgerens, den senere Fallents, Aktiver, her en Vare, er bestemt *udskilt* som en *individuel* Genstand fra hele den øvrige Masse af Sælgerens Aktiver, Varer, Penge, Ejendomme o s v, til Opfyldelse af en bestemt Handel, kan Varen naturlig betegnes som *udgaaet* af den generisk eller artsbestemte Masse, som er alle Kreditorers Fyldestgørelsesbasis, og som nu *tilhørende* en bestemt Mand, Køberen; og ligger denne individualiserende Udskillelse *før* Fallittens Indtræden, hvor Sælgeren endnu er Herre over sin Økonomi og kan disponere paa almindelig Maade, maa Varen tilfalde Køberen, og ikke Konkursboet. I sidstnævnte Retning er en Vare omvendt gaaet ind i en Købers almindelige Økonomi, til Videre salg eller Forbrug, naar den er udleveret til ham af Sælgeren;

og er denne Udlevering sket allerede inden Køberens Fallit, maa Varen tilfalde Konkursboet; og Sælgerens Krav er som alle andre Leverandørers, Udlaaneres e a blevet et almindeligt Gældskrav paa Købesummen (altsaa et procentvis nedsat Dividendekrav paa denne).

Hovedsagen for Forretningslivets Trang til Fasthed og Tryghed er 1) at faa *aldeles bestemte Skæringspunkter* fastsat af Loven, saa at Sælgere og Købere ved, hvad de har at rette sig efter, og 2) at faa fikseret disse Skæringspunkter paa naturlige, for alle Parter rimelige, til begge de modsatte Sider retfærdige Stadier, saaledes som formentlig ogsaa sket ved de ovenfor nævnte, af Retsordenen valgte Stadier af Kontraktmellemværendets Udvikling.

2. Men Retsordenens tvingende Regler er ikke blot grundlæggende og betryggende for al Produktion, Omsætning og Personal- og Realkredit i de menneskelige *Livsforhold i Almindelighed*, paa *alle Omraader af Erhvervslivet*. Men Retsordenen griber dernæst ordnende og kontrollerende ind paa de enkelte *særlige Omraader*, baade paa *a. Landbrugserhvervets* og *b. Byerhvervets Omraade*, med præceptive Retsregler, der er særlig egnet til at regulere *Arbejdsdelingen* og *Ejendomsfordelingen* netop paa disse Særomraaders Erhvervsliv. Dette har jeg nærmere paavist i min Undersøgelse i *Ejendomsretten*, se ER I 233-331 og nedenfor i *Erhvervsretten*, hvortil henvises. Her skal blot anføres, a, at gennem de store Landboreformer i dansk Ret indførte vore fremragende Lovgivere i det 18 Aarhundrede, uden at være klar herover, et System af præceptive, altsaa i Erhvervslivet ufravigelige Regler, som har *fordelt Landbrugserhvervet* og dets Ejendomme paa en Mængde mindre Bedrifter, værnet disse mod at blive opslugt af de store Bedrifter og derved bidraget til at gøre det danske Landbrug til et af de førende i Verden. Dette Tvangssystem kan være forbillig for andre Stater. *b. I Byerhvervet* er det, som jeg skal søge at vise, ligeledes paakrævet, at Retsordenen gennem tvingende Retsregler griber ordnende og regulerende ind, netop ogsaa for at

opnaa en god planmæssig *Fordeling* af Arbejdet og Erhvervsmulighederne, her indenfor **Handel, Haandværk og Industri**. Og jævnsides hermed maa Retsordenen gribe beskyttende ind og hindre de Erhvervende i at skade hinanden ved illoyalt økonomisk Kapvirke og Boykot.

3. Men endelig maa Retsordenen gennem tvingende Retsregler i Bygnings- og Byplan-Love, i Bygnings- og Natur-Fredningslove gribe stærkt ind i hele den ydre Formning af Landet, lede dettes Bebyggelse og dennes Indvirkning paa Naturen. Under Liberalismens Herredømme i det 19 Aarhundrede forsøgte Lovgivningen disse Opgaver, og Resultatet ser vi for os i Nutidens forvirrede, aamløse og skønhedsforladte Storbyer.

Den Kontraktfrihed, som den liberalistiske Jura gennemførte i Lovgivningen i det 19 Aarhundrede, har utvivlsomt paa visse Omraader været af Værdi ved at overlade det private Initiativ i *Kontrakternes Udformning* at bane Vej for en ny gavnlige Retsudvikling. De kontraktaffattende Sagførere vidste ofte, gennem deres Kontakt med Forretningslivet, hvad dette praktisk havde Behov for. Men det maa samtidig betones, som Resultat af mange Erfaringer, at selv paa dette særlige Omraade, Kontraktudformningen, har det vist sig, at Kontraktfriheden ogsaa ofte i Forretningslivet førte til en Forvirring og Uklarhed, som kun Retsvidenskaben og en paa denne bygget Lovgivning kunde raade Bod paa. I *deklaratorisk* Retning kan nævnes, at Loven ofte har skabt faste Former for Kontraktaffattelse, f Eks gennem Veksellovens, Checklovens, Sølovens og andre lignende Loves bestemte Krav til *Dokumenternes Indhold* (Vekslen, Checken, Konnossementet). I *præceptiv* Retning kan fra nyere Tid eksempelvis nævnes, at naar man i Forretningslivet i Danmark før 1927 foretog en *Sammenlægning* af faste Ejendomme, gjorde man i Praksis intet for klart at fastlægge Prioritetsforholdene i den nye større Ejendom ved at foretage et Opgør mellem

Pantehæftelserne i de sammenlagte Ejendomme; først Loven skabte her Orden og Fasthed i Forholdene gennem et ufravigeligt Paabud om en klar Fastlæggelse af de indbyrdes Prioritetsforhold *inden* Sammenlægningen, se T L §§ 21, jfr 23 og 24. Ved *Udstykning* af Ejendomme gjorde Forretningslivet og Kontraktpraksis intet for at skabe Orden og Oversigt i *Servitutforholdene*, hvad der medførte, at man uden videre overførte alle de gamle Servitutter fra den udstykkede Ejendom til alle Lodderne, til Overfyldning af Dokumenter, Skøder og Pantebreve, af Tingbøgernes Blade for disse Lodder, til store Ulæmper for Banker, Kreditforeninger og Hypotekforeninger ved Bedømmelse af disse Byrds økonomiske Betydning. Ogsaa her var det først Loven, der ved præceptive Bud udrensede og skabte Overskuelighed i Dokumenter og Tingbøger, se T L § 22. Et tredje Omraade, hvor den private Kontraktpraksis ogsaa i vidt Omfang opgav Ævret, var Oprykningsforholdene ved Panterettigheder i fast Ejendom. Ogsaa her maatte Loven gribe ordnende ind med faste Regler, se T L § 40.

Det maa saaledes efter det ovenfor anførte fastslaas, at Retsordenen kan gribe stærkt ind i det økonomiske Liv og omforme og vejlede dette til dets Gavn, baade i Produktionen, Omsætningen og Kreditten. Men omvendt maa Lovgiveren ikke overse, at naar han vil gribe ordnende, vejledende og omformende ind i det økonomiske Liv, idet han navnlig tvinger dette til at følge Retfærdighedens øverste Grundsætninger (jfr ovenfor S 25), maa han ved den nærmere praktiske Gennemførelse af disse Grundsætninger i Enkeltheder nøje iagttage de faktiske økonomiske, tekniske og sjælelige Forhold. Han lovgiver ikke for et Land eller et Folk in abstracto, men for det *bestemte Land* med ganske bestemte Naturforhold i H t *Jordbund, Klima, Raastofkilder* o l og med det ganske bestemte *Folk* med en bestemt *Befolkningsmængde*, med de og de *Race- og Karakteregenskaber, Udviklingsgrad*, og endelig for den

bestemte *Tid* med dens ganske bestemte *Stade* paa *Teknikkens* Omraade. Om Lovgiveren saaledes f Eks ved den retslige Organisation af Landbruget skal vælge Stordriften eller de mange, mindre selvstændige Bedrifter, afhænger saaledes i høj Grad af disse faktiske Naturforhold, tekniske, økonomiske Forhold o l (se ER I, 38-48, 55-73 med Noter). Endvidere skal eksempelvis nævnes, at ved den nærmere retslige Ordning af Lejeforholdene maa Lovgiveren ogsaa tage nøje Hensyn til de faktiske Naturforhold i Landet, Befolkningsmængden, de økonomiske og tekniske Forhold idet hele. Ved den nærmere Udformning af Retsreglerne om den aandelige Ejendomsret maa Lovgiveren nøje følge Offenliggørelsesteknikkens og Reproduktionsteknikkens Udvikling, o s v. Men selvom Lovgiveren saaledes — hvad enten det drejer sig om Ejendoms- og Bedriftsfordeling, Lejeforhold, aandelig Ejendomsret eller andre Forhold — aldrig bør undlade nøje at undersøge de faktiske naturmæssige, økonomiske, tekniske og sjælelige Forhold ved den nærmere Udformning af Retsreglerne i Enkeltheder, maa han samtidig aldrig tabe de høje Maal af Syne, der skal ligge bag alle Retsregler, nemlig Ordningen af Forholdet mellem Mennesker efter Retfærdighedens øverste Grundsætninger som Ledestjerne.

III.

REALISME. SPECIALISME. RETSLIVETS CENTRALE PROBLEMER OG GRUNDSÆTNINGER.

Det skulde i og for sig ikke være nødvendigt i Retsvidenskaben — eller i nogen anden Videnskab i Nutiden — at betone, at den videnskabelige Undersøgelse overalt skal være realistisk d v s hvile paa en nøje Iagttagelse af Virkeligheden. Siden den middelalderlige skolastiske Tænkning, der var en logisk Fortolkning og Bearbejdelse af *Bøger* (navnlig Biblen og Aristoteles' Værker), i Renaissance afløstes af en paa Iagttagelse og Eksperiment grundet Na-

turvidenskab, med Galilei, Kepler og Newton, har Videnskaben i stigende Grad været realistisk i denne naturlige Betydning. Fra Naturvidenskaben har den realistiske eller erfaringsmæssige Metode bredt sig til Aandsvidenskaben; i vore Dage bygger Psykologi, Sprogvidenskab, Historie og Samfundsvidenskab overalt bevidst planmæssig lige saa vel paa Iagttagelse af Virkeligheden og, saa vidt gørligt, paa det erfaringsmæssige Eksperiment som Naturvidenskaben. Naar det alligevel i en enkelt Aandsvidenskab, Retsvidenskaben, har været nødvendigt i nyere Tid særlig at betone Værdien af den realistiske Metode, skønt den skulde synes selvfølgelig, ligger det i, at Juraen i en vis Forstand, nemlig i Form af den positive Retsvidenskab, ogsaa i Nutiden stadig maa tage sit Udgangspunkt i *Bøger*, nemlig i Lovbøgerne, altsaa paa Forhaand skriftlig fikserede Lovregler, der urokkelig skal anvendes paa det virkelige Liv. I ældre Tid var juridiske Fremstillinger faktisk ofte blot *Lovkyndighed*, en Fortolkning af og Kommentar til de gældende Love uden synderligt Hensyn til deres Virkning i Livet; det gjaldt navnlig i Lande, hvor der var givet en omfattende Lovbog, som Chr den V's Lov i Danmark og Norge, som Code Napoléon i Frankrig o l; denne fortolkende og kommenterende Jura kunde ofte faa et noget livsfjernt Præg og udarte til en formel logisk Begrebsjurisprudens. I Lande som England, hvor der ikke var megen Lovgivning, blev til Gengæld Dommene Genstand for en Dyrkelse og Fortolkning, der ikke stod synderlig tilbage for Lovdyrkelsen paa Fastlandet, og som ogsaa kunde være temmelig livsfjern. Men efterhaanden erkendtes det, navnlig fra Slutningen af det 19 Aarhundrede, i nordisk, tysk og fransk Ret, senere ogsaa i engelsk Ret, at Domspraksis burde undersøges ikke blot for Lovenes og Dommenes egen Skyld, men som en Kilde til at lære det virkelige Liv i Samfundet at kende, idet Livets Krav ofte baner sig Vej i Domspraksis, medens Loven som én Gang fikseret staar stille. Ofte indfortolker Domstolene en ny Retsudvikling, der stemmer med det praktiske Livs Krav, i den gamle Lovs omfattende eller uklare Ord;

ofte bryder Domspraksis selvstændig nye Baner, fordi Loven ialtfald ikke indeholder nogen Bestemmelse, der hindrer den nye Udvikling. Men idetheletaget giver den indgaaende Undersøgelse af Domspraksis ofte et godt Materiale til Belysning af Lovens *Virkninger*; og allerede derigennem kommer man ind paa en Vurdering af Lovreglerne som mer eller mindre hensigtsmæssige i det virkelige Liv.

Men dernæst erkendes det i nyeste Tid mere og mere, at selv det Virkelighedsstudium, som Domspraksis kan give, ikke er tilstrækkeligt, men, at Retsvidenskaben, hvis den vil gøre fuld Fyldest, foruden de Erfaringer, der ligger i 1) Lovene og 2) Dommene, ogsaa maa inddrage 3) *Iagttagelser* af det *økonomiske* og *sjælelige* Liv i Samfundet, af de Bevægelser, der opstaar herude, ofte paa Omraader, der falder udenfor Lovenes og Dommenes Rækkevidde, at Juraen derfor ogsaa maa bygge paa det store Erfaringsmateriale, der indsamles af andre Videnskaber, som de *tekniske Naturvidenskaber*, *Nationaløkonomien*, *Statistikken*, *Psykologien*, *Psykiatrien*, *Lægevidenskaben* idethele, og et Materiale, der i høj Grad kan belyse Lovenes og Dommenes Virkninger i Livet, og som derfor baade Retsvidenskaben og den paa denne byggende Lovgiver maa behandle ved Vurderingen af den gældende Lov og Domspraksis, ved Overvejelserne om nye Lovregler og for Domstolene ved Overvejelserne om en ny Retspraksis. Det er efter min Opfattelse navnlig dette Materiale, 3), fra Livet udenfor Juraen i snever Forstand, der kan modvirke en virkelighedsfjern Begrebsjurisprudens.

Man kan saaledes, før at tage nogle metodiske Eksempler, ikke tilfredsstillende fremstille eller vurdere Lovreglerne eller Reglerne i Domspraksis om Handelsagentur uden nøje at kende, hvorledes *Agenturforholdene* faktisk former sig i det praktiske *Handelsliv* i Nutiden, se U f R 1912 B 49-66. Man kan endvidere ikke fyldestgørende behandle vigtige Spørgsmaal vedrørende Retsreglerne om *Pantebreve* i fast Ejendom og andre Omsætningsgældsbreve uden at kende *Bankernes Praksis*, eller Spørgsmaal vedrørende

Retsreglerne om Sparekassebøger uden at kende Sparekassepraksis, jfr E R IV 1541 ff og II 696 ff. Man kan ikke behandle Retspørgsmaalene vedrørende Pant i Tilbehør til Landbrugsejendomme (Besætning, Afgrøde o l) uden nøje at kende, hvorledes Landbrugsbedriften i Enkeltheder praktisk foregaar i Nutiden (se E R IV 1729 ff). Man kan ikke behandle *Andelsforeningernes* eller *Fagforeningernes* Retstilling uden nærmere at kende, hvorledes disse Organisationer virker i det daglige Liv, se min Afhdl: *Andelsforeninger og Aktieselskaber* 1920, 22 ff, 98 ff, og: *Arbejdets og Kapitalens Organisationer*, retslig bedømt, 162 ff. Det nytter ikke ved Retspørgsmaals Behandling at teoretisere ud fra, hvad der logisk »følger af en Rets«, f Eks »Panterettens Begreb« eller »Væsen«, ti, som jeg tidligere har sagt: hvis en bestemt praktisk Regel strider imod, hvad der flyder af Panterettens Væsen, er det værst for dette Væsen. I Reglen er saadanne Begreber som Panteretten ikke fastlagt i Loven og kan derfor udformes efter det praktiske Livs Krav; men skulde det undtagelsesvis være begrebsmæssigt fastslaaet i Loven, og det viscr sig upraktisk som Hindring for en hensigtsmæssig Ordning, maa man søge Loven ændret.

Man kunde paa Forhaand synes, at Naturvidenskaben ved Gennemførelsen af den erfaringsmæssige Metode, ved Iagttagelse og Eksperiment, var bedre stillet end Samfundsvidenskaben, nemlig ved sine *Laboratorier*. Som jeg andetsteds har fremhævet, er dette imidlertid en skæv Betragtning, idet Samfundsvidenskaben i Virkeligheden ogsaa, nærmere beset, har sine Laboratorier, baade til Iagttagelser og til vurderende Eksperimentalundersøgelser, men at disse Laboratorier i nogen Grad er blevet overset og ikke hidtil er blevet tilstrækkelig udnyttet af Samfundsvidenskaben. Disse Laboratorier til samfundsmæssige Undersøgelser er: Banker, Forsikringsselskaber, Sparekasser, Kredit- og Hypotekforeninger, Boligselskaber, Andelsforeninger, Fagforeninger, Karteller, Truster, Dommerkontorer og administrative Kontorer. De store og mange-

artede Erfaringer, disse samfundsmæssige Laboratorier i Tidens Løb har samlet, giver ofte vægtige Bidrag til Belysning af det virkelige Liv i Samfundet; og megen unyttig Begrebsjurisprudens kunde være undgaaet, hvis man havde undersøgt Retsbegreberne ud fra Erfaringerne fra disse Samfundets Laboratorier, jfr E R IV 1541 ff.

Den realistiske Fordring har paa alle Videnskabers Omraade efterhaanden medført en mægtig Indsamling af Erfaringsmateriale, en vidt dreven Ophobning af Fakta, af Iagttagelser og Eksperimenter. Denne Indsamling oversteg den enkelte Videnskabsmands Kræfter, hvis han vilde spænde over større Omraader. Følgen er i Nutidens videnskabelige Liv blevet en stedse mere og mere vidt dreven *Arbejdsdeling*. I Kraft af den gamle Erfaring, at der ligger Styrke i Begrænsningen, udsøger den moderne Videnskabsmand sig i Reglen et mindre, snevert afgrænset Undersøgelsesfelt, opdyrker det intensivt i den Forstand, at han med stor Omhu indsamler alle de Fakta, han kan finde paa dette Felt, ikke blot hans egne direkte Iagttagelser og Eksperimenter, men ogsaa andres, i Reglen fra deres Bøger hentede Undersøgelser paa mange forskellige Omraader, derunder talrige statistiske, historiske og Redegørelser. Følgen er i Nutiden bleven en vidt dreven *Udstykning* indenfor alle Videnskaber af Undersøgelserne i et mægtigt Antal særlige Felter. Den enkelte Videnskab er efterhaanden blevet delt i en Række Specialfag. *Realismen* har haft *Specialismen* til Følge.

Denne vidtdrevne Specialisering rummer imidlertid betydelige Farer for en dybere videnskabelig Forskning. Specialiseringen kunde paa Forhaand synes at være ensbetydende med Grundighed. Men Specialiseringen er ofte kun tilsyneladende Grundighed og i Virkeligheden i mange Tilfælde, nærmere beset, Overfladiskhed. At gøre en Enkelt-Iagttagelse kan enhver; at gøre mange Enkelt-Iagttagelser og indsamle mange af andre gjorte Iagttagelser kan ogsaa enhver; det kræver kun en vis Flid. Men at se en Enkelt-Iagttagelse

eller flere som Led i en større Sammenhæng, i Lys af Livets dybe, almene Love er kun faa givet. Hos den store Forsker kan undertiden blot en enkelt lagttagelse eller ganske faa kaste Lys over en stor Livsammenhæng. Fra Naturvidenskaben behøver vi blot eksempelvis at nævne Forskere som *Newton* og *Ørsted*. Kendskabet til Livet vokser ikke altid proportionelt med Kendsgerningernes Mængde.

Fakta og Fakta er ma O to Ting. Det er ikke alle Fakta, der har videnskabelig Værdi; og nogle har større Værdi end andre. Uden at slaa det mindste af paa den realistiske Fordring, at der samvittighedsfuldt og grundigt paa hvert videnskabelig Felt skal samles et saa alsidigt og omfattende Materiale af Erfaringer som muligt, maa der samtidig udøves en skarp og indgaaende Kritik af hele dette Materiale; og selv paa det mest specielle Omraade maa der forskes efter større og dybere lovmæssige Sammenhæng, der rækker ud over dette særlige Felt, i Samarbejde med Specialforskere paa tilgrænsende Felter. Eksempelvis skal fremhæves, at den Lægevidenskabsmand, der har valgt sig et Speciale, hvad enten det er Hjertesygdomme eller Lungesygdomme, Gigtssygdomme eller Hals-, Næse- og Øresygdomme, vil faa langt større Muligheder for at yde en fremragende videnskabelig Indsats, hvis han ikke blot omhyggeligt samler et saa stort Stof af Erfaringer om de lokale Fejl og Svagheder i det bestemte legemlige Organ, han har valgt til Special-Felt — hvilket Krav naturligvis først maa opfyldes —, men derefter undersøger de lokale Svækkelser og Sygdomme i Forbindelse med hele den fysiologiske Almentilstand hos hver enkelt Syg, og, om muligt, helst ogsaa i Forbindelse med hele vedkommendes almene psykiske Tilstand, hans Livsførelse, hans Livshistorie, Skæbne, hans Bekymringer og Sorger, og endelig naar Speciallægen har faaet undersøgt et tilstrækkeligt stort Antal Syges lokale Lidelser og hele fysiologiske og psykiske Tilstand, prøver, om der — naar ikke bestemte fysisk-organiske Fejl er hele Aarsagen — kan udfindes mere almene lovmæssige Sammenhæng mellem de lokale

Sygdomme og de mere skjulte centrale Svagheder, Ulykker, eller Sygdomme, fysiske eller psykiske. I Fremtidens Retsvidenskab bør det heller ikke være tilstrækkeligt at behandle de enkelte Forbrydelsesarter, f Eks Tyveriforbrydelsen, isoleret d v s give en Fortolkning af de om Tyveri eller Vold gældende Paragraffer i Straffeloven, en Redegørelse for deres Forhistorie, en Behandling af de i Henhold til disse Paragraffer afsagte Domme, og i en almindelig Del en Behandling af de for alle Forbrydelser fælles Begreber, Forsæt, Ugatsomhed, Retstridighed o l. Alt dette, som den hidtidige positive Strafferetsvidenskab har udrettet, er udmærket og aldeles *nødvendigt*, men ikke *tilstrækkeligt*; til den rette Behandling fra Samfundets Side af Tyveriforbrydelsen i Fremtiden kræves der, som det ogsaa i stigende Grad erkendes fra kriminalistisk Side, at Tyveriforbrydelsen undersøges i en videre Sammenhæng, i Sammenhæng med andre Omraader af Juraen, med hele den erhvervsretlige Ordning i Samfundet, endvidere med de faktiske økonomiske, derunder indtægt- og beskæftigelsesmæssige, de familie- og opdragelsesmæssige Tilstande, hvorunder de Mennesker, der bliver Forbrydere, lever, disses psykiske, derunder intelligensmæssige Egenskaber o l. Fra den borgerlige Ret kan eksempelvis nævnes, at der kan udarbejdes store Specialafhandlinger, med betydelige Materialesamlinger af Domme, merkantile Sædvaner, økonomiske, statistiske Oplysninger o l, om de enkelte Kontraktforhold og de enkelte Dokumenter; og dette er ofte udmærket gjort i Specialværker eller Kommentarer om f Eks Pengelaan og dets Dokumenter, Gælds brevet og Vekslen og dens Ret, om Befragtningsforholdet og Konnossementet, om Lejekontrakten, om Reklamationen o s v. Alt dette er ogsaa *nødvendigt*, men ikke *tilstrækkeligt*. Der maa tillige forskes i *dybere lovmæssige Sammenhæng* om alle privatretlige Viljeserklæringer, og endnu videre om alle retslige Viljeserklæringer idethele, ti for dem alle opstaar fælles, almene Grundproblemer. Endvidere kan nævnes, at der udarbejdes store Specialafhandlinger, paa Grundlag af omfattende Stof-Samlinger, om de enkelte

Ejendomsrettigheder, — om Panteretten, om Servitutretten o l — men den centrale Undersøgelse af det omfattende *Grundbegreb*: Ejendomsretten og det andet herhen hørende Grundbegreb: den personlige Ret, maa ikke derfor forsømmes, jfr ER I 8 ff og U f R 1937 B 65-93.

Faren for Videnskaben ved den mægtige Stof-Ophobning og den dermed sammenhængende vidt drevne Specialisering i Nutiden er da, at der opnaas det modsatte af det, der tilsigtes hermed, det modsatte af Grundighed, at det store Materiale ikke sigtes tilstrækkelig kritisk, og at Arbejdet med det stadig stigende Stof paa særlige Omraader alene tager saa megen Kraft, at der ikke bliver meget tilovers til en indgaaende Forskning af de dybere lovmæssige Sammenhæng med Livet paa andre Omraader. I Retsvidenskaben har den vidt drevne Specialisering og Stof-Ophobning faktisk i nyere Tid paa adskillige Punkter svækket Interessen for de centrale Undersøgelser af *Rettens Grundbegreber* og af *Rettens ledende Grund-sætninger*. Realisme i Form af ukritisk Opsugning af Kendsgerningernes Masse og Specialisering fører til Tanketræthed overfor Retslivets store Problemer. Udblikket til andre Felter af det virkelige Liv og Overblikket over Rettens store Maal mistes.

Vi har i Juraen et Udtryk for den rigtige Tanke, at ikke alle Kendsgerninger er lige betydningsfulde, men at man tværtimod kritisk maa vurdere den store Masse af Kendsgerninger, som Livet frembyder, ofte i forvirrende S sammensætninger. Denne Tanke giver vi Udtryk, naar vi son drer mellem relevante og irrelevante Kendsgerninger d v s mellem de for en Rets sag eller et Retspørgsmaal afgørende Kendsgerninger og de for Sagen eller Spørgsmaalet uvæsenlige Kendsgerninger, hvad enten det nu drejer sig om Forudsætninger for en Kontrakt, Momenter i Bedømmelsen af retstridig Handling eller andre Fakta.

De enkelte Tilfælde i Livet, som en Rets sag angaar, frembyder ofte et Mylr af mange forskellige Kendsgerninger, der ved første Blik kan synes ganske forvirrende og kaotiske. Den betydelige

praktiske Jurist, Dommer eller Sagfører, kender man paa, at han i dette forvirrende Mylr af Kendsgerninger som en Ørn slaar ned paa den eller de centrale, relevante Kendsgerninger, der er afgørende for Sagen, udskiller skarpt kritisk alle de mange uvigtige, irrelevante Fakta, og fælder Dommen i kort og klar Form. Særkendet for den mindre betydelige Jurist i Praksis er derimod, at han ikke naar til denne Beherskelse af Kendsgerningernes kaotiske Mængde, til den afgørende kritiske Udskillelse af alle de irrelevante Kendsgerninger, men bliver hængende i flere af disse og enten slet ikke eller kun delvis naar frem til de centrale, afgørende Kendsgerninger, til, hvad vi ogsaa kalder: Kernen i Sagen; og denne Uklarhed og Usikkerhed viser sig ogsaa i en udtværet og ikke afklaret sproglig Form.

Men, hvad der i denne Henseende gælder den praktiske Jurist, gælder ogsaa Videnskabsmanden og Lovgiveren. Ogsaa for dem frembyder det virkelige Liv en forvirrende Masse af Kendsgerninger, relevante og irrelevante mellem hinanden; og Dygtigheden viser sig ogsaa her i Evnen til at finde frem til de centrale, afgørende Kendsgerninger.

Sammenfatter vi det foregaaende, maa det da fremhæves, at uden at slaa det mindste af paa den realistiske Fordring: at foretage en saa omhyggelig Indsamling af Virkelighedsiaagttagelser og Forsøg som muligt, maa det i den videnskabelige Forsknings Interesse kræves, 1) at denne Indsamling forenes med en skarp kritisk Sigtning og Prøvelse af denne Kendsgerningernes Masse, og 2) at denne Materialesamling ikke i Forening med Specialiseringen, Arbejdsdelingen, maa blive en Hindring for en Undersøgelse i dybere lovmæssige Sammenhæng af Retslivets Grundproblemer.

For Lovgiveren saavel som for Retsforskeren og den juridiske Praktiker findes der midt i Livets forvirrende Mangfoldighed enkelte store Ledestjerner, der fører til en stærk Vurdering af Kendsgerningerne, og det er de øverste Retsgrundsætninger, jeg har søgt

at begrunde under de før fremhævede fire Hovedpunkter (ovenfor S 25-30, 2 Bog 370-71) og som alene kan give Grundlaget for det faste ideale Retsystem, som Menneskeheden stræber op imod som det, der bør beherske Samfundslivet i saa vidt Omfang, som det er praktisk gennemførligt i det virkelige Liv. Realismen udelukker ikke Idealismen. Fremtidens Retsvidenskab og Fremtidens Lovgivning vil kun kunne gøre Fyldest ved at forene den mest gennemførte Realisme med de ideale Maal, altsaa ved at søge det mest indtrængende og omfattende Kendskab til det virkelige Liv og dets faktiske Enkeltheder, men alene med det ideale Maal at gennemføre Retfærdighedens højeste Grundsætninger i det virkelige Menneskeliv saa langt som det er praktisk muligt.

Det er, som jeg formentlig tidligere har paavist, en fejltagtig videnskabelig Metode at indskrænke Retsvidenskabens Opgave til at fastslaa, hvad den gældende Ret faktisk er, og alene at kalde denne faktiske Beskrivelse for Realisme. For det første er det kun i rent *formel* Forstand, at man kan fremstille Retten, de gældende Loves og Dømmes Regler og Afgørelser som noget, der er, ti reelt, *indholdsmæssig* gaar hver eneste Lovregel eller Regel eller Afgørelse i Domspraksis alene ud paa at fastslaa, hvad der i *Fremtiden skal være*, den Opførsel, som Mennesker skal eller bør følge i Forhold til hinanden. Men for det andet gaar Undersøgelsen af, om den gældende Ret, Lovgivning eller Domspraksis, er tilstrækkelig, udelukkende ud paa, om den gældende Retsregel *fremtidig bør* vedblive at herske, eller om den bør afløses, ved ny Lov eller ny Retspraksis, eller om der paa helt nye Omraader, udenfor de gældende Loves og Dømmes Felter, bør indføres nye Retsregler, altsaa ved Siden af den nugældende Ret. Og denne nye, naturlige Ret eller, som den ogsaa kaldes, Sagens Natur, hænger organisk nøje sammen med selve den gældende positive Ret, er allerede en levende Del af denne, idet det nedenfor, i Afsnittet om Retskilderne, vil blive paavist, at baade ved Fortolkningen af de gældende Love,

deres ofte ubestemte og udefinerede Begreber og i Valget af Analogislutninger og Modsætningsslutninger fra Lovenes Regler, saavel som paa helt ubestemte Omraade virker den naturlige Ret eller Sagens Natur og sætter sig igennem som virkelig gældende Ret saaledes at altsaa det, der bør være Ret, og det, der er Ret, her falder sammen i højeste Forstand.

Den Teori, der vil indskrænke Retsvidenskaben til alene at fremstille faktisk gældende Ret, indvikler sig i uløselige Problemer. Den vil alene fremstille Retten som et Faktum, vi kan iagttage i Virkeligheden. Virkelighed tages her i den sædvanlige, populære Betydning: de hidtil gjorte Sansiagttagelser af Fænomener i Omverdenen. Hvad vi iagttager i Omverdenen, er imidlertid kun en vis ensartet Opførsel hos bestemte Mennesker. Det ejendommelige ved Retten, at denne ensartede Opførsel er Udtryk for en Viljesbeslutning af Samfundet om, at denne ensartede Opførsel *skal* eller *bør* følges, iagttager vi derimod ikke som Virkelighed i denne Betydning. Hvis vi — efter en mere videnskabelig Opfattelse — udvider Begrebet Virkelighed til ogsaa at omfatte det psykiske, vil vi kun iagttage det yderligere, at de Mennesker, der udviser den omtalte ensartede Opførsel, bevæges dertil af visse, ret ensartede Motiver eller Følelser, saasom Følelse af Agtelse for eller Frygt for Loven, og at denne *d v s* en Viljesbeslutning af Samfundet, tilbleven paa en bestemt Maade, i Reglen er gaaet forud for den ensartede Opførsel. Men alt dette er stadig kun en Iagttagelse af, hvad der hidtil faktisk *er* sket, psykisk og fysisk. Kernen i enhver Retsregel: at der *skal* eller *bør* handles paa den og den bestemte Maade, er derimod noget, der aldrig kan iagttages som noget virkeligt i denne snevre Betydning af Virkelighed: noget, der er sket i Omverdenen eller i den psykiske Verden. Denne Teori maa derfor konsekvent anse alle etiske og retslige Forestillinger om, at noget bør eller skal ske, som uvirkelige, som Fiktioner, som Forestillinger, der er erkendelsesmæssig uforstaaelige, logisk ubegribelige, abnorme.

Grundfejlen ved denne Betragtningssmaade er imidlertid, at den

overser, at i Videnskaben kan Fortid, Nutid og Fremtid ikke skilles ad, at selv Naturvidenskaben ingenlunde indskrænker sig til at konstatere det, der *er sket* eller *sker* i dette Øjeblik, idet alle Naturlove udtaler sig ganske generelt, ogsaa om, hvad der i Fremtiden vil ske, at det naturvidenskabelige *Eksperiment* kun er en særlig Anvendelse af denne Fremtidsviden, idet vi gennem Eksperimentet ved *vor Viljesbeslutning* griber ind i Naturprocessernes Forløb og fastslaar, at naar vi foretager de og de Handlinger, saa vil der ske det og det, og at vi ogsaa kan foretage de videnskabelige Eksperimenter, baade paa fysisk og psykisk Omraade, saaledes, at Resultatet bliver til Gavn for os. Denne Viden, som jeg har kaldt den vurderende Eksperimentalviden, bygger baade de tekniske Naturvidenskaber og Lægevidenskaben paa; og det er paa en Viden af ganske samme Art, Etikken og Retslæren bygger, som jeg andetsteds har paavist. Baade de tekniske Videnskaber, Lægevidenskaben, Etikken og Retslæren fastslaar, være sig paa fysisk eller psykisk Omraade, i de vurderende Eksperimenter, der er deres Erfaring, at hvis man vil opnaa de og de gavnlige Virkninger, skal man anvende de og de Fremgangsmaader, og de og de Handle- eller Opførselsmetoder; og man kan videnskabeligt korrekt lige godt om en teknisk Brokonstruktion, om en lægevidenskabelig Helbredelsesmetode, og om en bestemt etisk eller retslig Opførsel sige, at man skal eller maa eller bør gøre det og det for at opnaa det og det gavnlige Formaal (se nærmere 2 Bog S 249-60). Alle disse anvendte Videnskaber bygger hele denne deres Eksperimentalviden paa de generelle Naturlove, paa fysisk og psykisk Omraade, altsaa paa den af talrige Erfaringer opbyggede Viden om en lovmæssig Sammenhæng i Naturen, der omfatter baade Fortid, Nutid og Fremtid, og som tillader os om *hele denne Virkelighed* at udtale generelle Domme og at indrette hele vor Handlen og Opførsel paa disse generelle Domme. Dersom de tekniske Naturvidenskaber og Lægevidenskaben er Videnskaber, er Etikken og Retslæren det ogsaa. Hvis ingen af disse Videnskaber er Videnskaber, er Konsekvensen

den, at saa er Fysikken og Kemien, al teoretisk Naturvidenskab det heller ikke, ti de udtaler sig i Naturlovene ogsaa generelt om Fremtiden, og de vurderende Eksperimentalvidenskaber, baade de tekniske Naturvidenskaber, Lægevidenskaben, Etikken og Retslæren, er overhovedet kun særlige Anvendelser af de generelle Naturlove gennem den Viljesbeslutning, der hedder det videnskabelige Eksperiment. Der er derfor i sidste Instans intet mere erkendelsesmæssig uforstaaeligt, ulogisk eller abnormt i en etisk eller retslig Regel om, at vi bør foretage en bestemt Handling, eller i en teknisk og lægevidenskabelig Opfattelse, at vi skal eller maa foretage en bestemt Handling, end i Fysikkens og Kemiens generelle Love om, at x vil ske, naar y indtræder, derunder ogsaa naar en menneskelig Handling indtræder.

Der er kun en gradvis Overgang mellem alle disse Videnskaber derved, at de lovmæssige Sammenhæng er enklere paa den ydre Naturs Omraade, altsaa i Fysik og Kemi og de tekniske Naturvidenskaber, end i Fysiologi og Lægevidenskab, og mest sammensat paa det psykologiske og samfundspsykologiske Omraade. Paa den anden Side kender vi de lovmæssige Sammenhæng mellem Fænomenerne i en vis Forstand bedre paa de sidstnævnte Omraader, de psykiske, end paa de ydre fysiske Omraader; ti de psykiske kender vi direkte fra vor Selviagttagelse af vore egne indre Tilstande.

Men endelig maa bemærkes, at selv den Del af Videnskaben, der angaar det, der er sket, er iagttaget i Fortiden indtil dette Nu, til syvende og sidst ogsaa beror paa og kun kan begrundes ved *det vurderende Eksperiment*. Alle vore Iagttagelser af det i Fortiden skete beror paa vor Opfattelse af Forskelle og Ligheder og af lovmæssige Sammenhæng, og vor Opfattelse af disse Forhold kan, som jeg formentlig har godtgjort (2 Bog S 133 ff), overhovedet kun begrundes, fordi vi gennem alle vore Sansefornemmelser, Forestillinger, Følelser og Viljesbeslutninger har arbejdet eller eksperimenteret os frem til denne Opfattelse. Vor Opfattelse af

disse Grundforhold (Lighed og Forskel og lovmæssige Sammenhæng) og dermed ethvert Virkelighedsbegreb og al Videnskab kan kun begrundes, fordi baade vore Sansefønelser, Forestillinger og Følelser, Viljesbeslutninger har vist os, at vi *bør* følge denne Grundopfattelse, dette Virkelighedsbegreb i al Videnskab.

IV.

RETSVIDENSKABEN I SAMMENLIGNING MED ANDRE ANVENDTE VIDENSKABER. DEN POSITIVE RETSVIDENSKAB OG RETSLÆREN. LOV-KODIFIKATIONEN.

Den positive Retsvidenskab giver en systematisk Fremstilling af de Opførselsmaader og Fremgangsmaader, der er fastsat i Lovene, Domspraksis og i den videnskabelige Undersøgelse af Sagens Natur eller den naturlige Ret og som derfor skal følges af Samfundets Medlemmer. Disse Opførselsmaader og Fremgangsmaader er fastsat, fordi de af Lovgiveren, Domstolene og Videnskaben efter de hidtidige Erfaringer er blevet anset for de mest hensigtsmæssige Metoder til Gennemførelsen af Rettens Formaal. Sammenligner vi den positive Retsvidenskabs systematiske Fremstilling af disse Metoder og Lægevidenskabens systematiske Fremstilling af dens Opførsels- og Behandlingsmetoder, ligner disse Videnskabers Metoder hinanden deri, at de begge tilstræber den for Menneskeheden mest hensigtsmæssige Opførsel eller Fremgangsmaade; den ene angaar det enkelte Menneskes Opførsel eller Behandling af Hensyn til dets egen Sundhed, den anden Menneskets Opførsel overfor andre Mennesker, for Tilvejebringelsen af det bedste Forhold mellem disse. En anden Forskel er, at den ene Videnskabs, Retsvidenskabens Opførsels- og Behandlingsmaader i vidt Omfang er autoritativt fastslaaet i Love og Domme — netop fordi de angaar Forholdet mellem Mennesker indbyrdes — og kun delvis i den

frie videnskabelige Undersøgelse, medens Lægevidenskabens Opførsels- og Behandlingsmaader alene er fastslaaet i den frie videnskabelige Undersøgelse. Men hvis den i en Lov eller Domspraksis fastsatte Fremgangsmaade efter en indgaaende, fri videnskabelig Undersøgelse findes at være uhensigtsmæssig, vil den i Reglen efterhaanden blive forandret, ved ny Lov eller ny Praksis. Lovgivningen i Nutidens Samfund foregaar paa stadig flere og flere Omraader i nøje Samarbejde med Videnskaben; det samme gælder Retspraksis.

Men fordi den positive Retsvidenskab i vidt Omfang i sin Fremstilling af Opførselsmaader er bundet af de i Lovene og Domspraksis fastsatte, tiltrænges der en Retsvidenskab, der uafhængig af enhver positiv Retsorden, altsaa metodisk lige saa frit som Lægevidenskab — og de tekniske Naturvidenskaber — kan søge frem til de mest hensigtsmæssige Behandlingsmaader, altsaa frem til de Regler, vi i Juraen kalder Sagens Natur eller den naturlige Ret. Den Retsvidenskab, der paatager sig denne Opgave, kalder vi den almindelige Retslære eller blot Retslæren. Men Retslæren har tillige en anden Opgave, som den positive Retsvidenskab heller ikke er helt egnet for, og det er Behandlingen af Retsordenens Grundbegreber og Grundspørgsmaal.

Uafhængig af enhver positiv Retsorden maa Retslæren behandle disse Grundbegreber og Grundproblemer. Hertil hører for det første: Rettens Opstaaen og Formaal, de øverste Retsgrundsætninger, Begreberne Ret og Pligt, Rettighedernes System, der giver Overblikket over Retsordenen, over de forskellige Arter af Rettigheder, Hovedklasserne indenfor disse: Grundbegreberne Personret, Ejendomsret og Erhvervsret; privat og offentlig Ret. Disse Emner har det foregaaende søgt at behandle; men dernæst er der Grundproblemerne: Retskilderne, de retstiftende Kendsgerninger, Hovedgrupperne indenfor disse: de retslige Viljeserklæringer og de retstridige Handlinger, som det følgende skal behandle. Ved at behandle disse for al Ret fælles, centrale Emner er Retslæren 1) hele

Retsvidenskabens, de forskellige juridiske Fags *almindelige Del*. Ligesom alle Fagvidenskaber trænger til en almindelig Del, Erkendelseslæren, saaledes trænger den enkelte Fagvidenskab, naar den efterhaanden er udstykket i en Række særlige Fag, til en almindelig Del. Men dernæst maa Retslæren, som ovenfor fremhævet, søge 2) at angive Retningslinjerne for, hvorledes Hovedordningen i Samfundet paa de centrale Livsomraader bør være, altsaa den retslige Hovedordning i de personlige Livsforhold, i Ejendomsforholdene, i Erhvervsforholdene, i Retsmyndighedernes Beskyttelse, og i Statens Styrelse. Retslæren skal maa søge at angive de ledende Grundsætninger for den personlige Ret, Ejendomsretten, Erhvervsretten, Retshaandhævelsen og Statsretten.

Der bør imidlertid være et nøje Samarbejde mellem Retslæren og de enkelte juridiske Fag indenfor den positive Retsvidenskab. Ligesom Retsvidenskabens enkelte positive Fag som nævnt i et vist Omfang selv maa udvikle Ret efter Sagens Natur, nemlig hvor Loven tier eller er ubestemt, saaledes kan de positive Fag, efter Fremstillingen af den gældende Ret, søge at belyse, paa hvilke Punkter den trænger til Reform. Dette er navnlig værdifuldt ved de mange særlige Retsregler, hvor de positive Fag ud fra deres Arbejde med disse og store Erfaring bedst er i Stand til at foretage Vurderingen. Den almindelige Retslæres Opgave er derimod ikke at behandle disse særlige Enkeltheder, men at forsøge at angive Hovedretningslinjerne i den naturlige Ret. Undertiden er denne i et vist Omfang gennemført i den positive Ret eller i et bestemt Lands positive Ret, som saaledes bliver Forbilledet for andre. Men ofte, særlig i Tider, hvor den herskende Samfundsordning i de centrale Dele lider af dybe Brist, vil Retslæren kunne vise Vejen fremad for Menneskeheden til højere Samfundsformer.

Ogsaa paa et andet vigtigt Punkt maa der være et Samarbejde mellem Retslæren og Retsvidenskabens positive Fag, og det er ved Undersøgelsen af de retslige Grundbegreber. De positive Fremstil-

linger af Ejendomsretten, Fordringsretten og Personretten kan saaledes kaste Lys over Grundbegreberne: Ejendomsrét, personlig Ret, Formueret, Underafdelinger af Begreberne som individuelt bestemt Ret og artsbestemt Ret eller Fordringsret o.l. Ofte giver Landenes positive Retsordninger ingen Bestemmelser af disse Grundbegreber; og det er ubetinget det bedste, at den positive Ret ialtfald i vidt Omfang overlader Udformningen af de retslige Grundbegreber til Retsvidenskaben. Derfor vil de enkelte positive juridiske Fag ofte ved disse Grundbegreber være lige saa frit stillet som den almindelige Retslære. Det er idetheletaget meget vel muligt for det enkelte positive Fag tillige at virke som en almindelig Retslære indenfor sit Omraade, naar Retslærens Metode ikke er abstrakt, men realistisk, empirisk, i den ovenfor hævdede Betydning. Det positive Fag maa da foruden at give en indgaaende Fremstilling af den gældende Ret, i Love og Domme, derefter tillige give en Vurdering af denne Ret og i en almen Indledning til Faget en Undersøgelse af dets Grundbegreber og Grundproblemer. Jeg har for Ejendomsrettens Vedkommende forsøgt at løse denne dobbelte Opgave, at give dels den positive Ret dels Retslærens Undersøgelse af Ejendomsrettens Begreb og Grundproblem og paa Hovedpunkter en Vurdering af gældende Ret. Jeg kan derfor for Retslærens Afsnit om Ejendomsretten, dens Hovedordning og Grund-Problemer hen-vise til min Fremstilling af denne Ret.

Ligesom der saaledes indenfor Retsvidenskaben maa være et nøje Samarbejde mellem de systematiske Fremstillinger af den positive Ret og den almindelige Retslære, saaledes maa der være et nøje Samarbejde mellem Retsvidenskaben idethele og Lovgivningen og Retspraksis, disse to Hovedfaktorer i Juraen, der i det hele og store svarer til Videnskab og Praksis. Ny Lovgivning bør fremgaa af Retsvidenskaben, og denne maa samtidig fortolke, udfylde de gældende Love; og mellem Retspraksis og Videnskab maa der være en lige saa stadig Kontakt, som der er mellem Lægeviden-

skab og Lægepraksis, hvilket Maal allerede er naact i flere fremkredne Landes Ret, navnlig i nordisk Ret, som det nærmere vil blive paavist nedenfor i Afsnittet om Retskilderne.

De anførte metodiske Betragtninger har formentlig ogsaa kastet et vist Lys over Spørgsmaalet, om en *Lovkodifikation* af Retten er ønskelig. Der kan næppe være Tvivl om, at en Lovbog kan have en stor samlende Kraft for et Folk. Erfaringerne fra Code civil af 1804 overfor den ældre i Frankrigs forskellige Provinser splittede Ret og fra den tyske borgerlige Lovbog overfor den i de forskellige tyske Stater splittede Ret, fra den danske og norske Lovbog af 1683 og 1687, og fra den svenske Lovbog af 1734, er tilstrækkeligt Bevis herfor. En fælles nordisk Lovbog vilde sikkert nu have en lignende samlende Kraft overfor de geografisk splittede nordiske Folk. Men dernæst maa det fremhæves, at disse samlende Lovkodifikationer efterhaanden vil bane Vejen for en fælles, alle Folk omfattende Verdensret.

Men der maa efter det anførte stilles visse Krav til Fremtidens Lovkodifikationer. Disse Lovbøger maa 1) udarbejdes i nøje Kontakt med Retsvidenskaben, med de sigtede, kritisk prøvede Erfaringer fra Domspraksis og fra det praktiske økonomiske og sjælelige Liv i Nutidens Samfund. Men 2) maa Lovbøgerne i første Række sætte sig til Opgave at give Retsregler paa *de særlige, praktiske Livsomraader*, og afholde sig fra at lovgive om *abstrakte Emner*, en Retningslinje, den nordiske Fælleslovgivning hidtil har fulgt, men som f. Eks. den tyske Lovbog ikke har fulgt — til betydelige Ulæmper i det praktiske Liv. De retslige Grundbegrebers nærmere Udformning maa i Reglen overlades til et Samarbejde mellem Retsvidenskab og Domspraksis.

En stor Lovbogs Værdi for Folket forringes ikke, fordi det maa erkendes, at en Lovbog nødvendigvis efterhaanden, som Tiden gaar, paa flere Punkter vil vise sig at komme i Strid med en ny Udvik-

ling. Saaledes er det gaaet Chr. den V's danske og norske Lov af 1683 og 1687 og Sverrigs Lovbog af 1734; og saaledes er det ogsaa gaaet Frankrigs Code civil af 1804. Da der var gaaet henved Hundrede Aar efter den franske Lovbogs Udstedelse, begyndte en Række Videnskabsmænd at foretage et Opgør med denne Lov ved at undersøge, paa hvilke Punkter den efterhaanden er kommet ud af Kontakt med den personlige og økonomiske Udvikling, der har fundet Sted i de sidste Hundrede Aar, siden Lovbogen udkom.

Man fremhæver saaledes fra det *personlige* Retsomraade, hvorledes Udviklingen her mere og mere er gaaet imod Lovbogens ledende Grundsætninger i Familieforholdet; Mandens eneraadende Myndighed over Formuen, den store Forskel i den retslige Behandling af de indenfor og udenfor Ægteskab fødte Børn, den altfor stærkt gennemførte Tvangsarveret.

Fra det *økonomiske* Livs Omraade fremhæver man, at Code civil i Overensstemmelse med den franske Revolutions Grundtanke, med Menneskerettighedernes Erklæring, er individualistisk i sin Grundopfattelse. Den beskytter den Enkeltes *private Ejendomsret* som en næsten *absolut* Ret, tillader den enkelte Ejer at raade over sin Ejendom ganske frit og uhæmmet som han vil; endvidere giver Lovbogen de enkelte Borgere fuld *Kontraktfrihed*, Ret til frit at indgaa, hvilke Aftaler de vil og med hvem de vil. Og i deres øvrige Handlinger udadtil er de kun bundet af Skyld-Grundsætningen (*Culpa-Princippet*) d v s de kan frit handle som de vil, naar de blot derved ikke forsætlig eller uagtsomt tilføjer en Anden Skade.

Paa alle disse Punkter er den senere faktiske økonomiske og tekniske Udvikling gaaet Lovbogen imod. De enkelte Borgeres Stilling er efterhaanden ved denne Udvikling gennem de sidste Hundrede Aar fra at være individualistisk fri blevet mere og mere socialt betinget og afhængig. *Ejendomsretten* er saaledes lidt efter lidt blevet undergivet talrige Indskrænkninger, tildels gennem en fri Udvikling i Retspraksis, nemlig ved den efterhaanden stærkt

udvidede Naboret, den i større og større Omfang benyttede Ekspropriationsret og andre Statsindgreb. *Kontraktfriheden* er blevet mere og mere begrænset. Arbejdsforholdet reguleres saaledes gennem tvingende Regler om Fabrikkers Indretning og om Børns og Kvinders Arbejde i disse i Sundhedslovgivningen, endvidere Regler om Arbejdstidens Længde, fastslaaet enten i Lov eller kollektiv Aftale. Idetheletaget betyder den nyere Tids Sammenslutninger, Fagforeninger og Arbejdsgiverforeninger, og deres kollektive Aftaler en Række fundamentale Brud paa den Enkeltes Frihed; og Udviklingen tenderer henimod en Tvang for alle et Erhvervs Udøvere til at være Medlem af disse Sammenslutninger, og til at følge deres Regler i alle deres Arbejdsforhold. Endelig fremhæves, at Skyld-Grundsætningen efterhaanden med de industrielle Bedrifter og de moderne tekniske Samfærdselsmidlers mægtige Udvikling mere og mere udfyldes af et Risikofordelings-Princip, hvorefter Skaden, uden Hensyn til Skyld, bæres af de økonomisk stærkeste og største Faktorer og derigennem fordeles paa videre Kreser; det subjektive Ansvar erstattes af det objektive Ansvar, og denne *responsabilité objective* opfattes atter som et Eksempel paa Rettens »socialisation«; se idethele om denne Udvikling i Strid med Code civils ledende Grundsætninger, *Charmont* 1 ff, *Duguit* I 8 ff, 38 ff, 135 ff, *Morin* 62-75, jfr 221-49, 147 ff, 185-218.

Alt dette forringer dog, efter min Opfattelse, ikke i mindste Maade Kodifikationens Betydning. For det franske Folk har det haft den største Værdi, at det gennem det 19 Aarhundrede, uanfægtet af politiske Omvæltninger, har kunnet bygge sit borgerlige Liv paa denne Lovbog som det faste Grundlag; og Udviklingen paa de nævnte Punkter bort fra Lovbogen er sket ganske gradvis og langsomt. Paa flere af de vigtigste Punkter frembyder Udviklingen efter Code civil isørig ikke noget helt nyt, men en Genoptagelse af en Udviklings Traad, der blev altfor voldsomt afbrudt ved den franske Revolution. Denne Revolutions og Code civils individualistiske Grundsætninger var, saa vidt jeg kan se,

altfor doktrinære i deres Brud med den gamle Næringsordning og dens Lavsorganisationer. Lovbogen kunde have sikret sig en meget længere Gyldighed paa disse fundamentale Punkter, dersom den havde bevaret en vis Kontinuitet med Retsordningen i det gamle Samfund.

Men dernæst burde Lovgiveren til en borgerlig Lovbog vistnok følge det Raad, som *Platon* (i sin Bog: *Lovene*) giver, nemlig at lade Loven først virke en vis Prøvetid, f. Eks 5 eller 10 Aar, og iagttagte, hvilke Virkninger den faar i det praktiske Liv, og derefter paa Grundlag af disse Erfaringer foretage en sidste kritisk Gennemgang af de enkelte Lovbestemmelser. Ved et omfattende Lovværk som en Lovbog vilde denne Fremgangsmaade virke ganske særlig betryggende. Men efter denne sidste kritiske Revision skulde Lovbogen til Gengæld virke i lange Tider i Fred, for derigennem at sikre den Fasthed og Kontinuitet, der skaber Tryghed og Tillid for Borgerne i det daglige Liv.

V.

GENERALISERING. VERIFIKATION I ERFARINGEN.

Retsvidenskaben og Samfundsvidenskab idethele anvender de samme fundamentale Erkendemetoder som al anden Videnskab, Naturvidenskab og Aandsvidenskab, altsaa: Konstatering og Registrering af Ligheder og Forskelle, derunder Dannelsen af Almenbegreber, og af lovmæssige Sammenhæng i Tid og Rum. De almene videnskabelige Metodefejl, som jeg andetsteds har søgt nærmere at belyse, gør sig altsaa ogsaa gældende i Retsvidenskaben og anden Samfundsvidenskab: for omfattende, ubestemte Begreber, falske Analogier, og uberegtigede Generaliseringer, se nærmere 2 Bog S 316-21, om Induktion og Deduktion se særlig 2 Bog S 321-38. I det følgende vil det paa flere vigtige Punkter yderligere blive paavist, hvorledes en eller flere af disse metodiske Tankefejl ofte har forvirret Begreberne og hindret

den rette Løsning af Samfundsproblemerne. De altfor omfattende Begreber og uberettigede Induktioner eller Generaliseringer har jeg iøvrig tillige belyst ved Eksempler fra den Del af den positive Ret og Retslæren, jeg tidligere har behandlet, nemlig Ejendomsretten, se saaledes om de uberettigede generaliserende Slutninger, som visse Samfundsteorier, navnlig den liberalistiske og den socialistiske, har draget af visse særlige Erfaringer paa ret begrænsede Omraader, se nærmere E R I 22 ff; om de urigtige Generaliseringer fra Rettigheder over Ting til hele Ejendomsretten og til et uberettiget, omfattende Begreb: tinglige Rettigheder se nærmere i E R I 159 ff og III₂ 1243 ff om uberettigede Generaliseringer fra visse begrænsede Erfaringer til Besiddelsesbegrebet se E R II 621 ff om Generaliseringen fra Fordringsrettens og Panterettens hyppige Samhør til deres nødvendige Samhør se E R IV 1542 ff o l. Som Eksempler paa uberettigede Generaliseringer paa andre Retsomraader til stor Skade for Samfundet maa fremhæves de altfor omfattende Teorier om *Frihed* og *Lighed* i de frie Forfatninger i det 19 Aarhundrede. Fordi *aandelig Frihed* har vist sig gavnlig for Samfundets Udvikling paa et vist Omraade og i et vist Omfang, kan man ikke heraf drage den generaliserende Slutning, at denne Frihed paa alle Omraader og i ubegrænset Omfang er det rette. Aandelig Frihed paa *Pressens* Omraade kan saaledes ingenlunde tilstedes i ubegrænset Omfang, men maa tværtimod undergives en Række faste Begrænsninger, hvis der ikke skal opstaa uoprettelige Skader for de enkelte Borgere og en tøjlesløs aandelig Vildførelse af Befolkningen som Helhed. Og fra en vis begrænset Frihed paa dette Omraade kan der ikke sluttet alment til andre Omraader. Fordi *Lighed* i Retstillingen paa en Række Omraader har vist sig hensigtsmæssig for Samfundets Udvikling, kan der ikke deraf sluttet generelt til, at Lighed mellem Mennesker paa alle Omraader vil være det rette. Om disse generelle Friheds- og Ligheds-Ideer se nærmere i Afsnittet om den statsretlige Ordning i Samfundet.

Alle disse store omfattende Teorier om Frihed og Lighed paa erhvervsøkonomiske, ejendomsretlige og statsretlige Omraader viser, at Videnskaben her endnu er i sin Barndom. Udviklingen har i de demokratiske Perioder af Folkenes Historie helt været overladt til sig selv, til uhæmmet Tøjlesløshed under de partipolitiske Stridigheder, og i Enevældens Tider til en lige saa ubegrundet general Tvang fra oven, med Undertrykkelse af al aandelig Frihed og Fornægtelse i vidt Omfang af Ligheden paa de mest fundamentale Omraader.

I Fremtiden maa den rent videnskabelige Undersøgelse med dens nøgterne, søgende Aand afløse de politiske Lidenskaber. Hvad der i det politiske Liv hidtil har været præsteret til disse vanskelige Problemers Løsning, har for Samfundsvidenskaben været, hvad Kvaksalverier er for Lægevidenskaben.

Det fremgaar af disse forskellige Undersøgelser, at det er vigtigt, som i 2 Bog fremhævet, at vise Forsigtighed med at slutte fra en hyppig, en endog statistisk meget hyppig Samoptræden af to Fænomener til *nødvendig lovmæssig Sammenhæng* mellem disse.

I en Videnskab som den positive Retsvidenskab, der for et stort Omraade maa bestaa i en logisk Opereren med de i Loven fikserede Begreber og Grundsætninger, er der en Fare for, at den rent logiske Refleksion fortsætter ud over det af Loven fikserede Omraade; og naar der opstaar en Debat mellem forskellige Teorier om Problemer, der ikke er løst af Loven, vil juridiske Forfattere undertiden fristes ind paa at søge Løsningen gennem en fortsat logisk Refleksion af nogle pro og contra og over nogle Muligheder, der frembyder sig umiddelbart for en saadan abstrakt Tænkning. Man glemmer ved at blive i en saadan Tænkning, at naar man kommer udenfor de af Loven fikserede Begreber og Grundsætninger, slaar en logisk Refleksion ikke til i nogen Erfaringsvidenskab, ligesaa lidt i Juraen som i Naturvidenskaben. Man bør helst allerede, *inden* den logiske Refleksion begynder, søge til Erfaringerne i det virkelige

Liv, for Juraens Vedkommende ikke blot til Domspraksis og Erfaringer i ens eget Land, men ogsaa til Handelslivets og den praktiske Retsudvikling Verden over. Og *har* man uden at søge disse store Erfaringer opstillet Teorier, bør man ihvertfald kun opfatte dem som foreløbige Hypoteser og søge dem verificeret i Erfaringen, som alle andre Erfaringsvidenskaber maa gøre. Et meget illustrerende og typisk Eksempel paa en saadan abstrakt logisk Refleksion og Debat mellem Teorier uden Verifikation i Erfaringen er de hidtidige Teorier om Ejendomsrettens Overgang i Løsørcomsætningen, der blev fremsat i nordisk Retslitteratur i Slutningen af det 19 og Begyndelsen af det 20 Aarhundrede, og hvorom der rejste sig en Debat, der syntes at være endeløs, navnlig mellem den alternative Teori, der hævdede, at Ejendomsretten ved Løsørcsalg var gaaet over til Køberen med Beskyttelse for denne overfor Sælgerens Kreditorer, naar alternativt enten Købesummen var betalt eller Salgsgenstanden var overgivet Køberen, og en anden Teori, der hævdede, at Køberen altid — paa et hvilket som helst Stadium af en Handels Afvikling — erhvervede en af Købesummens Betaling betinget Ejendomsret til Salgsgenstanden. Som jeg andetsteds har søgt at vise, kunde hele denne abstrakte Refleksions-Debat være undgaaet, hvis man gennem en retsammenlignende Undersøgelse straks havde konfronteret de nævnte Teorier med Erfaringerne i Handelslivet gennem Aarhundreder og den praktiske Retsudvikling i Kulturlandene Verden over. Man vilde da have set, at baade den alternative Teori og Teorien om den af Købesummens Betaling betingede Ejendomsret kun var logiske Studerekammer-Refleksioner, at de begge var praktisk umulige, idet intet Lands Handelsliv eller Retsordning nogensinde havde anvendt eller kunnet bruge nogen af de Løsninger, som disse Teorier repræsenterede, se nærmere ER III, 1278 ff.

Et andet Eksempel paa juridiske Teorier, der har været fremsat uden tilstrækkelig Konfrontering med Erfaringerne fra det praktiske Liv, er den saakaldte Viljesteori og Tillidsteori i Spørgs-

maalet om Løfters og Kontraktens forbindende Kraft. Disse Teorier er hver for sig Udslag af en Generalisering ud fra et utilstrækkeligt Grundlag af Erfaringer. Det samme gælder Teorien om en Befaling til Borgerne som Element i Lov-Begrebet, se nedenfor i Afsnittet om Viljeserklæringen S 201. Noten, S 202-03.

Al *Systematik* og *Definition* bygger paa den fundamentale Erkendeevne: Iagttagelse af Ligheder og Forskelle. Den rette Systematik beror paa, at man faar fat paa de afgørende, relevante Ligheder og Forskelle. Men mangfoldige daarlige systematiske Sondringer i Videnskaben er opstaaet, fordi videnskabelige Fremstillinger er blevet hængende i uvæsenlige Ligheder og Forskelle. I Ju-raen er det særlig vigtigt, at man ikke i samme Gruppe anbringer Fænomener, der vel har visse Ligheder med hinanden, men hvor disse Ligheder dog ikke er tilstrækkelig vægtige til at bære fælles Retsregler eller Retsgrundsætninger. En Systematik, hvorefter Ejendomsrettigheder sættes i en Gruppe for sig i Modsætning til personlige Rettigheder, er rigtig, fordi der om alle Ejendomsrettigheder gælder en Række Grundsætninger, som ikke gælder for de personlige Rettigheder, se ovenfor S 32-42. En Systematik, hvorefter der opstilles et meget omfattende Begreb: Formuerettigheder, som endog skal omfatte Rettigheder som Navneret og Firmaret, kan derimod ikke erkendes for rigtig, idet en saadan Systematik dels bygger paa Ligheder, der nærmere beset er irrelevante, og dels overser Forskelligheder og helt andre Ligheder, der i det virkelige Liv er afgørende, og som samler og skiller Fænomenerne i helt andre Grupper, se ovenfor S 36-39. Hvad Livet har sammenføjet, skal Videnskaben ikke adskille, og omvendt.

Definitioner af retslige Begreber gives undertiden af selve Loven, se f Eks Købelovens Definitioner af »Cif-Salg«, »Fob-Salg« o l, i §§ 62-71, og TL's Definitioner af »god Tro« og »Skøde« i §§ 5 og 6. I Reglen giver Lovene imidlertid ingen Definition af

Retsbegreberne, men overlader denne Opgave til Retsvidenskaben. *Jul Lassen* har med Rette fremhævet, at Definitioners Værdi ligger i deres Nytte eller Brugbarhed i bestemte Øjemed. Juraen maa derfor overalt, hvor Loven ikke selv har givet Definitioner af de i Lovene anvendte Begreber, søge at definere disse paa den Maade, der mest hensigtsmæssig passer til de om Begreberne gældende Retsreglers Indhold og Øjemed, se nedenfor i Afsnittet om Retskilderne.

Ligesom i andre Videnskaber udgør Begreberne i Juraen ofte en Række af Over- og Underbegreber. Begrebet: Ret er Overbegreb med Begreberne: Personlige Rettigheder, Ejendomsrettigheder og Erhvervsrettigheder som Underbegreber. Begrebet: Viljeserklæring er Overbegreb med offentlige og private Viljeserklæringer som Underbegreber. Hvert af disse Underbegreber er igen Overbegreb i Forhold til en Række mindre omfattende Begreber, og man kan derfor tale om en *Begrebernes Stamtavle*, som *Ihering* med Rette har kaldt denne Rækkefølge af over- og underordnede Begreber. Under offentlige Viljeserklæringer falder saaledes: Love, Anordninger, Domme og Forvaltningsafgørelser. Under private Viljeserklæringer falder: Viljeserklæringer inter vivos og Viljeserklæringer mortis causa. En anden Inddeling af de private Viljeserklæringer er: primære og sekundære, en tredje: Løfter og Paabud, se i Afsnittet om Viljeserklæringer.

Der gælder naturligvis om denne Begrebernes Rækkefølge i Juraen den almindelige Lov fra Logikken om alle videnskabelige Over- og Underbegreber, at Begrebets Indhold staar i omvendt Forhold til dets Omfang, se 1 Bog 350-51. Iøvrig beror en Begrebsrækkes og dens Over- og Underbegrebers Værdi for Juraen paa, om den er en hensigtsmæssig Gruppering af Fænomenerne i Forhold til Retsreglerne og Retsgrundsætningerne herom. De nys nævnte Begrebsrækker er hensigtsmæssige; der gælder saaledes enkelte store Retsgrundsætninger, der er fælles for alle Viljeserklæ-

ringer; men ved Siden heraf gælder der særlige Retsgrundsætninger, der er fælles for de private Viljeserklæringer, endvidere Grundsætninger, der er særlige for de private primære Viljeserklæringer inter vivos, o s fr.

I ældre Tiders Jura søgte man ofte at begrunde Retsregler og Retsgrundsætninger ved Hjælp af *Fiktioner*; og ganske særlig skete dette, naar det gjaldt om at begrunde en *retslig Nydannelse*. Man skjulte en saadan Nydannelse ved at foregive, at den i Virkeligheden kun var en Anvendelse af en gammelkendt Retsform; og derved tilfredsstillende man Trangen til at bevare den bestaaende Retstilstand. Eksempelvis kan saaledes nævnes, at da man i Retslivet begyndte at indføre en ny Grundsætning, at Fordringer maa kunne transporteres af Kreditor til en Tredjemand, søgte man i Begyndelsen at begrunde denne Transport-Regel ved en Fiktion, idet man fingerede, at en Transport af en Fordring i Virkeligheden skete med Debtors Samtykke. Endvidere kan nævnes, at da man ved Aktieselskabers Fremkomst overførte Reglerne om en Enkeltpersons Forhold til Omverdenen, søgte man at begrunde dette med den Fiktion, at Aktieselskabet ogsaa var en Person, en saakaldt juridisk Person, i Analogi med en fysisk Person.

I Nutidens Retsvidenskab bør man undgaa alle Fiktioner og hellere aabent erkende det sande Forhold, som i de nævnte Tilfælde er, at Transport-Reglen maa anerkendes, ikke fordi den foregaar med Debtors Vilje eller Samtykke — hvad ialtfald i mange Tilfælde er urigtigt — men simpelthen, fordi denne Regel er hensigtsmæssig for det økonomiske Liv, og at Reglerne om Enkeltpersoners Handleevne overfor Omverdenen overføres paa Aktieselskabet, ikke fordi dette er nogen Person, men udelukkende, fordi disse Handleregler giver den for Forretningslivet mest praktiske Ordning.

Ligesom det gælder om at finde den rigtige Systematik d v s de med det virkelige Liv, dets afgørende Ligheder og Forskelle bedst stemmende Grupperinger, og de mest hensigtsmæssige Begreber, saaledes er det ogsaa i alle Videnskaber vigtigt, at man helst fra første Færd finder de helt dækkende Ord og Udtryk for Grupperingen og Begreberne. Ofte kan et fra første Færd valgt Ord senere vise sig uheldigt, vise sig ikke at være et dækkende Udtryk for det sande Forhold og undertiden endog hæmme den klare Erkendelse. Som Eksempel fra Naturvidenskaben kan nævnes *Franklins* Brug af Ordene positiv og negativ om de elektriske Fænomener, en Sprogbrug, der efter Nutidens Atomteori maa anses for uheldig, se 1 Bog S 211-12, 235-36. Fra Juraen kan nævnes den hidtidige Brug af de samme Ord, positiv og negativ om forskellige Grupper af de Rettigheder, vi kalder Servitutter, se E R I 177 ff.

VI.

SAMFUNDSMÆSSIGE HENSYN, DER ER VEJLEDENDE FOR LOVGIVEREN.

Ved Udformningen af de mange Enkeltregler paa de forskellige Retsomraader gør der sig en Række særlige Hensyn gældende, som skyldes de praktiske Forhold paa vedkommende Omraade og retstekniske Grunde, altsaa idetheletaget alle de Hensyn, der angaar Retsreglens praktiske Gennemførlighed. Men naar disse praktiske Hensyn fuldtud varetages, er det Retsordenens store Maal, der overalt bestemmer Retsreglernes *Indhold*. Bag alle Retsregler maa Retfærdighedens øverste Grundsætninger virke som de for Samfundet afgørende Maal.

1. Det er ret almindeligt at fremhæve Trangen til *Sikkerhed*, Borgernes Tryghedsfølelse, som et afgørende Hensyn, der ligger bag mange Retsregler. Man har saaledes fremhævet, at dette Hensyn ligger bag Retsreglerne om, at Borgerne kan kræve Spørgsmaalet om Berettigelsen af deres Fængsling hurtig indbragt for

Domstolene, at Straffelove som Hovedregel ikke har tilbagevirkende Kraft, at Love om Kontraktsforhold i Almindelighed ikke har tilbagevirkende Kraft for de før saadanne Loves Udstedelse stiftede Kontraktsforhold, at Kontrakter skal holdes i alle deres Ord og Punkter, at Omsætningserhvervelse i god Tro, baade ved Ihændeleverpapirer, andre Omsætningsgældsbreve, faste Ejendomme og Løsøre i vidt Omfang beskyttes, at en langvarig Besiddelse beskyttes ved Hævd, at Staten gennem en tvungen Folkeforsikring i vidt Omfang værner Borgerne mod Følgerne af Ulykke, Sygdom og Alderdom, jfr bl a *Demogue* 62 ff.

I Virkeligheden er Trangen til Sikkerhed, Hensynet til Borgernes Tryghedsfølelse dog et saa vidt rækkende Hensyn, at det praktisk talt kan siges at ligge bag *alle Retsregler*. Den almindelige Erstatningsregel, at der ydes Erstatning for al Skade, forvoldt ved retstridige og tilregnelige Handlinger, giver jo saaledes ogsaa Borgerne en betydelig Sikkerhed; ja Erstatningsansvaret og Straffen mod Forbrydelser maa dog vel anses for de allervigtigste Værn for Borgernes Sikkerhed. De øverste Retsgrundsætninger 1 og 4, at Mennesker hindres i at skade hinanden, og at Mennesker skal bidrage efter Evne til alle Foranstaltninger af Samfundet til fælles Gavn, og de mangfoldige Retsregler, som paa de forskelligste Omraader gennemfører disse Retsregler i Enkeltheder, beskytter jo alle Tryghedsfølelsen i Samfundet. Men ogsaa Gennemførelsen af Grundsætning 2 og 3, at Stillinger, Virksomheder og Løn for Arbejde skal tildeles Borgerne efter hver enkelts Evner, Karakter og Arbejdsindsats, tilfredsstiller dette Hensyn. Iøvrig bemærkes, at Retsordenen desværre ret ofte staar overfor at skulle vælge mellem den ene Borgers og den anden Borgers Tryghedsfølelse. Vindikationsreglen beskytter saaledes en lige saa berettiget Tryghedsfølelse hos den oprindelige Ejer, fra hvem et Gode er bortkommet, som den ekstinktive Omsætningsregel gør, naar den beskytter Trygheden hos den godtroende Køber af dette Gode. Her maa altsaa ogsaa andre Hensyn end Sikkerhedshensynet gribe ind

og bidrage til Valget. Naar der her særlig maa tages Hensyn til Godets Art, dets følelsesmæssige Tilknytning, de to Parters Opførsel, henholdsvis ved Tabet af Godet og Erhvervelsen af Godet, vil det ses, at det særlige Sikkerhedshensyn her maa suppleres med de Hensyn, som de øverste Retsgrundsætninger 2 og 3 ganske særlig er Udtryk for.

2. Medens Hensynet til Betyggelsen af Borgernes Goder praktisk talt ligger bag alle Retsregler, som et væsenligt Motiv, gør der sig jævnsides hermed ved mange Retsregler andre Hovedhensyn gældende, som dels til en vis Grad krydser og begrænser Sikkerhedshensynet og dels supplerer og støtter dette; og, som antydet, kommer her i første Række det Hovedhensyn frem, der ligger i de øverste Grundsætninger 2 og 3. I disse virker ganske særlig Hensynet til at fremme *Omhu, Arbejdsomhed, Initiativ i Produktion og Omsætning* hos Borgerne. Det er allerede nævnt, at en større eller mindre omhyggelig Optræden spiller en Rolle ved Valget mellem Vindikation eller Eksstinktion. Endvidere kan nævnes, at bag den store Retsgrundsætning: først i Tid og først i Ret (prior tempore potior jure), der gør sig gældende baade ved Omsætningen af faste Ejendomme gennem Tinglysningen og ved Omsætningen af Løsøre, er det Foretagsomheden, Opfindsomheden, Forudseenheden, som Retsordenen særlig tager Hensyn til. Det samme Motiv ligger bag ved Reglerne om Registrering af Patenter, Mønstre og Varemærker, bag Reglerne om Forfatter- og Kunstnerretten. Den, der først opfinder og først faar Opfindelsen registreret og den, der først skaber et Forfatter- og Kunstværk og først faar det offentliggjort, tildeler Lovgiveren Retten, se nærmere E R II S 436 ff. Erhvervelse af materiel Ejendomsret følger i Reglen Skaberen af den individuelle Ting. Men undertiden krydses dette Hensyn, nemlig i de Konflikter, der opstaar ved Frembringelse og Frugterhvervelse, af Retsbeskyttelseshensynet, Grundsætning 1, og giver en anden Afgørelse. I disse Konflikter brydes idethele Pro-

duktionshensynet og Beskyttelseshensynet med hinanden i Lovgiverens Overvejelse, se nærmere E R II S 404 ff.

3. De mange praktiske, derunder retstekniske Hensyn, der gør sig gældende ved Retsreglernes Udformning, er i Reglen saa forskellige, at der vanskelig kan siges noget alment herom. Enkelte af disse Hensyn gør sig dog gældende paa en Række særlige Omraader. *Demogue* har saaledes med Rette fremhævet, at *Økonomiseringen med Tid og Arbejdskraft* er et vægtigt Hensyn, der ligger bag mange særlige Retsregler; og han nævner som særlig oplysende, at de gamle stive Kontraktformer i Nutiden er afløst af mere formløse Kontraktindgaaelser, at Loven til Lettelse for Erhvervslivet ofte har fastslaaet klare og korte merkantile Formularer, som afleder ganske bestemte Retsvirkninger (Veksler, Checks, Konnossementer). Endvidere kan nævnes Indførelsen af korte, hurtige Procesmaader, korte Forældelsesfrister, Reklamationsfrister, Frister for Kontraktens Anfægtelighed, *Demogue* II 54 ff. Ved mange af disse Retsregler betrygges ogsaa Borgernes Retsgoder, ligesom de opfordrer til Omhu, Arbejdsomhed og Hurtighed.

Lovgiveren maa særlig paase, at der under Overvejelse af de forskellige Hensyn ved Retsreglernes Udformning ikke sker en Overbetoning af et enkelt særligt Hensyn, saaledes at det gaar utilbørlig ud over et andet lige saa vægtigt Hensyn. Hurtighed og Forenkling er godt; men det maa paases, at deres Gennemførelse ikke i for høj Grad sker paa Bekostning af Hensynet til Retsikkerheden, til Godernes Betryggelse. Den rette Afvejelse heraf er Lovgiverens vanskelige Kunst.

2. AFSNIT
RETSKILDERNE.

HVIS Ordet Retskilder tages i videste Forstand som Rettens eller Retsreglernes Kilder eller Aarsager, maa disse bestemmes som: de Kræfter, Forhold, Opfattelser og Bevægelser i Samfundet, der faktisk har ført til og skabt Retsreglerne. Det er en af Samfundsvidenskabens Opgaver at efterspore disse dybere liggende Aarsager; og ofte kan der herved kastes nyt Lys over Retsreglerne, vindes en klarere Forstaaelse af disse. Forskellige Grene af Samfundsvidenskaben, Retshistorien, Sociologien (i snævrere Forstand), Socialøkonomien o1 søger at løse denne Opgave.

Men sædvanlig tages Ordet Retskilder i Retsvidenskaben i snævrere Betydning. Dette ses, naar man nævner Rækken af de Fænomener i Samfundslivet, der sædvanlig gaar under Navn af Retskilder i juridisk Sprogbrug: Loven, Anordningen, Retssædvanen, Analogi, Retspraksis og Sagens Natur. Loven, Analogien, Dommen o1 er alle Fænomener, der er forskellige fra de samfundsmæssige Kræfter, Forhold og Bevægelser, der har skabt dem.

En væsentlig Del af de Regler, Retsordenen bestaar af, er skabt af menneskelige *Viljeserklæringer*: Love, Anordninger, Domme og andre Myndighedsafgørelser. Og *formelt* kan man meget vel definere Retskilderne som de *offentlige Viljeserklæringer*, der stifter, forandrer eller ophæver Rettigheder, Love, Anordninger, Domme o1, ti selvom en Retsregel siges at bero paa Retssædvane, en Ana-

logislutning fra en Lov eller Anordning eller Sagens Natur, er den dog først formelt anerkendt som Retskilde, naar en Lov bekræfter den eller en Domstolsafgørelse har udtalt den. Det vilde imidlertid være unaturligt at blive staaende ved dette *formelle Retskildebegreb*. Ti det, det reelt kommer an paa i denne Sammenhæng, er til Vejledning for Dommerne, andre Myndigheder og Borgerne at søge fastslaaet, hvilke *Regler eller Enkeltafgørelser der er og maa være bestemmende eller vejledende for Dommernes og andre Myndigheders Retsudøvelse*, fordi dennes Hensigt kræver det, og *derigennem for Borgernes Opførsel overfor hinanden*. Erfaringen i Retslivet viser imidlertid, at de Regler og Enkeltafgørelser, der er bestemmende eller vejledende for Myndighederne og Borgerne i saa Henseende, ikke blot er saadanne, som er fastslaaet i Lovgivningen og Domstolenes Praksis, men tillige er saadanne, som Sædvaner, Analogislutninger, Retsgrundsætninger og den Faktor, vi kalder Sagens Natur, har skabt. Det *reelle Retskildebegreb* kan derfor bestemmes ved de sidst udhævede Ord.

Hos de forskellige Forfattere finder man forskellige Definitioner af Begrebet Retskilde. *A. W. Scheel* bestemmer saaledes Retskilderne eller den positive Rets Kilder som »de positive Retsreglers Tilblivelsesgrunde«, Scheel 7. Dette sidste Udtryk turde dog være for ubestemt, ti herved kan ligesaavel forstaaes de sociale Aarsager til Retsreglerne som de Regler eller Afgørelser i Dommerens Sind — udledede af Lov, Sædvane, Analogi, Sagens Natur o l — som er afgørende for Dommerens Afgørelse. *Deuntzer* definerer Begrebet Retskilde som: »de Kendsgerninger, hvorigennem den retstiftende Samfundsvilje udtaler sig, og gennem hvilke den positive Ret derfor kommer til Eksistens«, Deuntzer 2. Denne Definition er formentlig for snever. Skal Ordet »retstiftende Samfundsvilje« have en klar Betydning, kan der næppe herved tænkes paa anden end den lovgivende Vilje eller Myndighed; og herefter bliver kun *Loven* Retskilde. Naar Deuntzer tillige vil medtage *Sædvanen* herunder og hævde, at denne er »Udtryk for en Almenvilje«, en Almenvilje om, at den ved Sædvane fastslaaede Regel skal gælde, Deuntzer 33, maa det dog sikkert indrømmes, at det ihvertfald er en Almenvilje af en ganske anden ubestemt og ubestemmelig Karakter end Lovgiverens Vilje. Hvor stor en Del og hvitken Del af Befolkningen staar i *Virkeligheden* bag en Sædvaneregel? Selvom denne er, som man siger,

I Norden hævdede allerede *Ørsted* stærkt det reelle Retskildebegreb. *Ørsted* gaar imod en ældre Opfattelse, der bestred Tilværelsen af en »uskreven Ret« og som hævdede, »at al gældende Ret maa hidledes fra den lovgivende Magts Vilje«. *Sædvaneretten* bestod saaledes længe, før der fandtes skrevne og vedtagne Love; alene af den Grund er det kunstigt at hidlede *Sædvanerettens* Gyldighed fra et stiltiende Samtykke fra Lovgiveren, som en vis Opfattelse hævdede. Men dernæst fremhæver *Ørsted* en anden Form for den uskrevne Ret, der utvivlsomt ogsaa maa anerkendes, nemlig hvad *Ørsted* kalder *den naturlige Ret*. Han siger saaledes, at man »uden Tvivl maa lægge det Synspunkt til Grund, at den naturlige

almindelig fulgt, er det dog givet, at det er et ret begrænset Antal Tilfælde, hvori dens Gyldighed er blevet anerkendt. Og naar man anerkender dette Fænomen som et Udtryk for en retstiftende Samfundsvilje, ses det paa den anden Side ikke, hvorledes man som *Deuntzer* (S 37) med nogen Ret kan udelukke en fast Domspraksis fra Begrebet Retskilde. Hvorfor en »retstiftende Samfundsvilje« ikke ligesaavel kan lægge sig for Dagen i en af *Samfundets Myndigheder* — Domstole og andre — regelmæssig fulgt Fremgangsmaade som i en af en større Kres af *Samfundets Medlemmer*, af *Borgere*, regelmæssigt fulgt Fremgangsmaade, ses ikke. Det nytter ikke her at sige, at Domstolene som retsanvendende ikke har nogen retstiftende Myndighed. Ti for det første er dette netop Spørgsmaalet. Der findes dog ingen anden Samfundsmagt, der kan afgøre dette Spørgsmaal end Lovgivningsmagten. Men hvoraf ved man, at Lovgivningsmagten vil nægte Domstolene en vis retstiftende Myndighed, men derimod indrømme en vis større, men ubestemt Del af Befolkningen en saadan Myndighed, naar Lovgivningen, saaledes som hos os, intetsteds har udtalt sig om dette Spørgsmaal? Men dernæst er det jo et Faktum, at Domstolene endda i vidt Omfang i lang Tid har virket og virker retstiftende, har statueret Ret i mangfoldige Tilfælde, som Loven slet ikke har udtalt sig om; og dog har Lovgivningsmagten i Reglen ikke grebet ind heroverfor. Og hvor Lovgivningsmagten undtagelsesvis har grebet ind overfor en Retsdannelse gennem Domstolenes Praksis, som f. Eks. overfor Højesteretsdommen af 1845, der fastslog, at Statsobligationer var uforældelige, saa erkendte Lovgivningsmagten netop ved at give en ny særlig Lov, Loven af 28 Jan 1871 (jfr *Jul Lassen* I 834-35), i modsat Retning, klart, at der ved Dommen var stiftet en gyldig, ny Ret, som maatte være gældende, indtil en ny Lov særlig ophævede den.

Ret bestaar ved sig selv, saalænge ingen særdeles Lov forordner en Afvigelse«, og at dette Synspunkt baade ved Sædvane-retten og Sagens Natur er et naturligere Synspunkt end at grunde disse Retskilders Gyldighed paa Lovgiverens stiltiende Samtykke, *Ørsted*, Haandbog I 108-109, jfr 81 ff, ny Udg I 40-41, jfr 24 ff.

Som Eksempler paa Retsregler eller Retsgrundsætninger, der skyldes Sagens Natur og ikke har Hjemmel i nogen skreven Lov, nævner *Ørsted* Reglerne eller Grundsætningerne i vor Erstatningsret, om Ejendomsrettens Grænser, om uanmodet Forretningsførelse o fl a. Men ved Sagens Natur forstaar *Ørsted* ikke en abstrakt, metafysisk Retsfilosofis Sætninger, der ved Begreber a priori vil ordne alle Retsforhold, men et System af Regler, der er opbygget paa det borgerlige Livs Tarv, Retsgenstandens Natur, naturlig Retsfølelse o l, i det hele Regler eller Grundsætninger, der giver en efter de faktiske Forhold naturlig og hensigtsmæssig Løsning. Han kan saaledes eksempelvis ikke slutte sig til Naturretslærens absolute Ejendomsretsbegreb, idet disse udleder Ejerens udelukkende Raaden af Ejendomsretsbegrebets Væsen. Han fremhæver heroverfor, at naturlige Retsgrunde og faktiske Forhold tværtimod maa kræve adskillige Indskrænkninger i Ejerens Raaden, *Ørsted* ny Udg I 24 ff, Haandbog I 83 ff.

Ørsted er dernæst klar over, at denne vigtige Retskilde, den naturlige Ret eller Sagens Natur, altid vil gøre sig gældende, hvor fuldstændig man end vilde bestræbe sig for at forme Loven. Han er forøvrigt imod en altfor fuldstændig eller omfattende Lovgivning. Han siger saaledes: »det vilde uden Tvivl blive en meget mislig Sag, hvis Lovgivningen saaledes foretog sig at optegne enhver Sætning, som maatte gjælde i Rettergang, og Dommeren følgelig aldrig maatte tage Hensyn til andet end hvad der i Loven var optegnet og bekræftet«. Ofte vil en Lovgiver have vanskeligt ved at forme de rigtige Retsgrundsætninger og sætte de sande Grænser herfor; og derved vil der opstaa »en Forvanskning

af den ægte Ret, som man vilde have undgaaet, hvis man havde overladt det til Domstolene at bedømme de enkelte Tilfælde efter den naturlige Retsregel, uden at indknibe samme i en bestemt, almindelig Formel. Med al Omhu og Vidtløftighed vilde vist adskiligt blive overset, og, naar da et Tilfælde indtraf, hvorfor Loven ikke indeholdt en Regel, saa vilde i en Stat, hvor ingen anden Retskilde maatte gælde end den skrevne Lov, en fuldkommen Retsløshed indtræde.« Man kan ej heller her indvende: hvorfor ikke optage den naturlige Rets Regler i Lovene? Thi de naturlige Retsregler eller Regler ud fra Sagens Natur giver ofte en bedre Ordning ved at forblive at være uskreven Ret. Se *Ørsteds Haandbog* I 91-95, ny Udg I 30-33.

Idethele fremhæver *Ørsted* som sit almindelige Syn paa Forholdet mellem den positive Lovgivning og den naturlige Ret som Retskilder: »*de positive Love bør, hvor de ikke i sig selv er klare, fortolkes i Overensstemmelse med den naturlige Ret; og denne maa ligeledes herske, hvor den skrevne Lov ingen Regel indeholder*«, *Ørsteds Haandbog* I 324.

Klarere har ingen optrukket de rigtige Retningslinjer for *nordisk Retskildelære*; og disse Retningslinjer er senere blevet fulgt af langt de fleste Forfattere, til Gavn for vort Retslivs Udvikling.

A W Scheel fremhæver saaledes i sin Fremstilling af Retskilderne (i hans Værk om Privatrettens almindelige Del), at ved Siden af Lovene og Anordningerne maa der gælde en uskreven Ret; og hertil hører foruden Retssædvanen den naturlige Ret eller, som Scheel ogsaa kalder den: »den videnskabelige Ret«. Herved forstaar Scheel: »de Retssætninger, som er grundet i Retsvidenskaben uden at udledes af andre Retskilder«. At denne Retskilde maa gælde, skyldes, at Lovgivningen ikke kan udtømme den hele Retsforfatning, selv ikke naar Anvendelsen af Lovenes Analogi og Sædvaneretten kommer til. Der maa altsaa være en anden Retskilde, hvorfra man henter de saaledes manglende Retsregler, »efterdi

disse ikke kunne undværes, da enhver Retstvist, naar den bringes for Domstolene, skal finde sin Afgjørelse«. Men denne anden Retskilde kan ikke være nogen anden end selve Retsvidenskaben, se *A. W. Scheel* 180-181. Senere nordisk Videnskab er gaaet i samme Retning. Ligesom Ørsted og Scheel anerkender de senere Forfattere i det hele og store som Kilder til den uskrevne Lov: Lovenes Analogi eller Modsætningsslutninger fra Lovene, Sædvaneret, Retspraksis og Sagens Natur — den naturlige eller videnskabelige Ret, jfr *Goos*, *Alm Retslære* I 119, *Bentzon*, *Retskilder*, 2-3, 67 ff, 124 ff, *Herman Scheel* i T f R 1907, 249 ff, *Vinding Kruse* samme St 234-37, *Knoph*, *Norges Ret* 13-18, *Undén* 11-13, 15-18, *Björling* 2-9.

Men ligesom Ørsted forstaa ogsaa de senere nordiske For-

I Slutningen af det 19 Aarhundrede sporedes der hos nogle nordiske Forfattere en Tendens, der formentlig skyldtes Paavirkning fra tysk Litteratur, og som kun anerkendte som Retskilder Love og Retsædvaner, se nedenfor. Som Repræsentant for denne saakaldte positivistiske Retning kan hos os nævnes *Deuntzer* anf V 2, 32-33, 37. Ogsaa *Goos* var en Tid paavirket heraf, nemlig i hans første Værk *Straffretten* I 105-7; men senere, i den Almindelige Retslære, forlod han den og gik over til *Ørstedes* og *Scheels* Opfattelse, at ogsaa Forholdets Natur er Retskilde, se *Alm Retslære* I 119. Imod denne tysk paavirkede Tendens rettede forøvrigt *Herman Scheel* en berettiget skarp Kritik, idet han med Føje gjorde gældende, at den i Virkeligheden skyldtes en Mangel paa tilstrækkelig Gennemtænkning af Retskildeproblemet, ti inden man kan blive klar over, hvilke Foreteelser der maa anerkendes som Retskilder, maa man være klar over selve Rettens Grund; og naar denne anerkendes at være den etiske, at fremme Samfundets Vel, og dette maa være Ledestjernen ogsaa for Retshaandhævdelsen, følger heraf, at hvis man ikke kan fremme Summen af de praktiske og almenetiske Formaal, der har Værdi for Samfundet, uden at fuldstændiggøre Retsystemet, hvor Loven og Sædvaneretten svigter, med andre Kilder til Retsregelsdannelse, som Sagens Natur, som den udvikles gennem Videnskab og Praksis — hvad der ialtfald i Nutidens Samfund er nødvendig — saa maa disse sidste Faktorer ogsaa anerkendes som Retskilder, se *Herman Scheel* i T f R 1907, 256-62. Ogsaa nyere danske Forfattere tog bestemt Afstand fra den nævnte Tendens, se *Bentzon* *Retskilderne* 129 ff, *Vinding Kruse* i T f R 1907, 234-37. Af svensk Litteratur kan i denne Forbindelse særlig nævnes *Reuterskiöld* i T f R 1902: om Lagskiftning og Lagstiftning.

fattere ved Sagens Natur eller den naturlige Ret *ikke en abstrakt Retsfilosofis Grundsætninger*, hævet over Tidens og Stedets Indflydelse, saaledes som den gamle Naturret hævdede, men en *efter de praktiske Livsforhold nøje afpasset, reelt hensigtsmæssig Rets Regler*.

I vor *Retspraksis* har det siden Ørsteds Dage været almindelig *anerkendt*, at der findes andre gyldige Retskilder end den skrevne Ret, at Sædvaneret, Retssætninger udledede af *Analogi- eller Modsætningslutninger*, og af *Sagens Natur*, den naturlige eller videnskabelige Ret, maa anerkendes ved Siden af de skrevne Loves Bud.

At *Sædvaneret* kan udfylde Lovgivningens Regler, er forlængst *anerkendt* i Retspraksis; eksempelvis skal blot nævnes, at den almindelige Rentefod her i Landet, 4 pCt, der gælder, naar intet andet er aftalt, er opstaaet ved Sædvane. Undertiden er Sædvane udtrykkelig *anerkendt* i en enkelt Lov indenfor dennes særlige Omraade, se f Eks Købelovens § 1, der udtaler, at Købelovens Regler kun kommer til Anvendelse, naar ikke andet er aftalt eller »følger af Handelsbrug eller anden Sædvane«. Men heraf maa ikke sluttes, at Sædvaneret ikke skulde være *anerkendt* udenfor denne Lovs særlige Omraade. Sædvanerettens Gyldighed beror, som allerede af Ørsted fremhævet, overhovedet ikke paa noget stiltiende Samtykke fra Lovgivningsmagten.

Da vi ikke har nogen Kodifikation af den borgerlige Ret, men en meget ufuldstændig og spredt Lovgivning paa dette store Omraade, er et meget betydeligt Antal af de Retsætninger, som nu udgør faste Dele af vort positive Retsystem, udledet af *Analogi- eller Modsætningslutninger* fra Lovbud.

At *Sagens Natur* eller *den naturlige Ret* er Retskilde, er forlængst fastslaaet hos os gennem en lang Retspraksis. Paa Ejendomsrettens Omraade er saaledes en meget betydelig Del af, hvad der nu er gældende Ret, udledet af Sagens Natur. Adskillige Domme udtaler endog udtrykkelig, at den Retsætning, de fastslaar, er bygget paa Sagens Natur. Allerede meget tidlig udtaler

vor Domspraksis en saadan udtrykkelig Anerkendelse af Sagens Natur eller den naturlige Ret som Retskilde. Eksempelvis kan saaledes anføres, at Dommen i J T 13 Bd, 1 Hæfte, 127 (1825) udtaler, at en Tilbageholdsret til Fordel for den, der har modtaget en Ting til Istandsættelse el for sit Krav i den Anledning, er en Ret, der har »Hjemmel ligesaa meget i Sagens Natur som i Lovgivningens Grundsætninger«. Dommen i J T 36 Bd, 166-68 (1839) statuerer, at Prækusion af Underpanterettigheder i Løsøre bla er grundet i Sagens Natur. Dommen i J U 1855, 767 fastslaaer (771), at Pant-haverens Ret til at indkræve den haandpantssatte forfaldne Fordring hos Debitor, uden først at indkræve sit Tilgodehavende hos Pantsætteren, følger af Retsforholdets Natur. Afgørelsen i J U 1856, 500 H fastslaaer to fundamentale Retsregler med Hjemmel i Sagens Natur, idet den statuerer, at det er stemmende med Forholdets Natur, at udelukkende Raadighed over en Fjordstrækning overhovedet ikke kan formodes at skulle tilkomme de tilgrænsende Grundejere, men at samme i Reglen maa forudsættes at være en Staten tilhørende, til offentlig Brug værende Genstand (J U 1856, 510), og at det maa anses som en Følge af Sagens Natur, at Bestemmelsen af Grænsen mellem Fjordomraadet og den tilstødende private Ejendom maa bero paa den til enhver Tid tilstedeværende faktiske Tilstand, saa at navnlig, hvad der til en given Tid befindes at være Landjord, maa betragtes som henhørende til denne, uden Hensyn til at det tidligere har udgjort en Del af Fjordomraadet, hvis Udstrækning efter Naturens Orden idelig vil være Forandring undergivet snart i den ene, snart i den anden Retning, uden at det i de fleste Tilfælde efter Forandringens Beskaffenhed vil være gørligt til hvert enkelt Tidspunkt bestemt at paavise deres Omfang (anf St 511-12). Fra seneste Tid kan bla fremhæves Dommen i U f R 1935, 286.

Det er værd at fremhæve, at disse Domme er blevet de ledende Retsafgørelser paa deres respektive Omraader, og at de af dem ud fra Sagens Natur fastslaaede Retsregler er gældende Ret den Dag

i Dag, henholdsvis indenfor Tilbageholdsretten, Panteretten og Grænseejendomsretten, jfr E R IV 1955, 1659, 1895, II 393, jfr I 273, II 419-22, jfr 404 ff.

Medens nordisk Retsvidenskab og Domspraksis saaledes allerede fra Ørstedes Tid, fra Begyndelsen af det 19 Aarhundrede fastslog det naturlige Synspunkt, *at* den skrevne Ret eller Loven ikke kan være eneste Retskilde, at en Række andre Retskilder fuldstændiggør Retsordenens System af Regler, og *at* disse Retskilder ikke blot er Sædvane og Domspraksis, Analogi- og Modsætningslutninger, men ogsaa den naturlige Ret eller Sagens Natur, saa har derimod denne Erkendelse haft store Vanskeligheder ved at bane sig Vej i andre Lande. I Frankrig, Tyskland og England er denne Erkendelse saaledes først trængt igennem i Slutningen af det 19 Aarhundrede og Begyndelsen af det 20 Aarhundrede.

Erfaringen viser, at en omfattende *Kodifikation* i Reglen virker stærkt *hæmmende* paa de *udenfor Loven værende Retskilder*, og navnlig paa en *Udvikling af Retsregler efter Sagens Natur*. Derfor var, som ovenfor nævnt, *Ørsted* imod altfor omfattende Kodificationer. Denne Erfaring har bekræftet sig baade ved den franske Code civil og den tyske Lovbog. I det 18 Aarhundrede havde Naturretten en væsenlig praktisk Mission som kritisk angribende og opløsende overfor en Mængde middelalderlige, forældede og ofte tilfældige Love i de europæiske Samfund. Men naar et nyt Sam-

Det er forøvrigt ofte sket i Retspraksis, at Domme først har fastslaaet en Regel ud fra Sagens Natur, og at denne Regel senere er blevet optaget i Lovgivningen, se eksempelvis U f R 1873, 1053, der fastslog, at *efter Sagens Natur* har Staten overfor et Vrags Ejer Krav paa, at Vraget snarest fjernes, og Ret til, naar Ejeren ikke fjerner det, selv at fjerne det og for Bekostninger herved have Sikkerhed i Skib og Inventar, en Grundsætning, der senere blev fastslaaet af Loven, nemlig i Strandingsloven, Nr 85, af 30 April 1909 § 7, med en Udvidelse af Sikkerhedsretten til ogsaa efter Omstændighederne at gælde Ladningen, jfr E R II 577, IV 2009.

fund, som det franske efter Revolutionen, opbyggede en ny Lovgivning efter Naturretslærens Grundsætninger og derfor ogsaa satte sig til Opgave at skabe en almindelig borgerlig Lovbog, maatte de nye Lovgivere ganske naturlig stille sig afvisende overfor Sædvaneret, der den Gang netop repræsenterede forældede, tilfældige og ofte stedlige farvede Regler, og overfor en Retspraksis udenfor Rammerne af den nye Lovbog, der jo netop overalt skulde repræsentere den naturlige Ret og Fremskridtet. I det hele taget var det forstaaeligt, at en saadan, fra Naturretslæren udgaaet Lovbog vilde stille sig fjendtlig overfor alle ekstra-legale Retskilder. Domstolene skulde alene *anvende* Loven, *ikke skabe ny Ret*; dette stemmede ogsaa med *Montesquieus* Lære om den skarpe Adskillelse mellem den lovgivende og dømmende Myndighed. For Revolutionens Mænd skulde den nye Ret da alene skabes af Loven. Loven var givet af det encherskende suveræne Folk, og som saadan kunde den ikke anerkende nogen anden Retskilde, hverken over sig eller ved Siden af sig.

Napoléons Code civil blev imidlertid ingenlunde saa doktrinær, heller ikke paa dette Punkt, i Problemet om Retskilderne, som Revolutionens i saa Henseende stærkt teoretisk indstillede Lovgivere, der under Revolutionsperioden i 90'erne af det 18 Aarhundrede forsøgte sig med forskellige Udkast til en borgerlig Lovbog. Code civil viser i Virkeligheden sund praktisk Sans i Forstaaelsen af de ekstra-legale Retskilders Uundværlighed, selv under en almindelig Lovbog, idet den i sin Art 4 udtrykkelig siger, at Dommeren ikke uden at gøre sig skyldig i Fornægtelse af Retten kan vægre sig ved at dømme under Paaskud af Lovens Tavshed, Uklarhed eller Utilstrækkelighed («Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice»). Og i Tiden lige efter Lovbogens Udgivelse fulgte Retslærerne ogsaa i deres Fremstillinger af Lovbogen denne Anvisning. Men senere og gennem Størstedelen af det 19 Aarhundrede viste Codificationens

Tryk sig paa Retsforskningen og Retsudviklingen. De Kommentatorer, der virkede i denne Periode, holdt sig til en blot Udlægning eller grammatisk-logisk Fortolkning af Lovteksten. En Retskilde som *Modsætningslutningen* kunde naturligvis ikke undgaas; men man sluttede i Reglen rent formelt-logisk; man søgte, ogsaa ved Uklarheder i Teksten, at fastslaa Lovgiverens Vilje gennem Forarbejderne til Loven; og Sædvaneret og Sagens Natur eller den naturlige Ret anerkendte man ikke. Med andre Ord Teorien om *Loven* som *eneste Retskilde* blev atter den herskende, ligesom i Revolutionens Tid. Mod denne Retskole, ofte kaldet Fortolkningskolen (*l'école de l'exégese*), begyndte der i Frankrig først i de sidste Aar af det 19 Aarhundrede og i det 20 Aarhundrede at rejse sig en Bevægelse. Det er et vægtigt Erfaringens Vidnesbyrd om Uundværligheden af de ekstra-legale Retskilder, navnlig ogsaa af Sagens Natur, at det ikke var i Teorien, men i det praktiske Retsliv, man først begyndte at vende sig imod Fortolknings skolens formelle og ufrugtbare Retskildelære. Domspraksis, der stod i nærmere Berøring med det praktiske Livs Krav end Fortolkerne, traf ofte en Afgørelse, der fortolkede Lovens Bestemmelser i Overensstemmelse med disse Krav, men som ikke helt harmonerede med, hvad en rent logisk Udlægning af Lovbudet vilde føre til; og derved opstod der i den sidste Del af det 19 Aarhundrede en stedse større Kløft mellem Praksis og det, den eksegetiske Teori lærte. Tilsidst opstod der omkring Aarhundredskiftet en Række retsvidenskabelige Forfattere, som bevidst tog Retskildeproblemet op til Behandling og tog Parti for Praksis imod den hidtil herskende Teori. *Salettes* tog saaledes til Orde for en mere frugtbar Fortolkningsmetode, der tog Hensyn til den Udvikling, der havde fundet Sted i Samfundet, siden Code civil udkom. Den naturlige Ret fremhævedes atter som Retskilde, omend i en praktisk Betydning, hvorefter den forandrer sig og afpasses efter Tid og Sted. *Lambert* paaviste i sine grundige Undersøgelser af Sædvaneretten dennes store Betydning. Og *Geny* søgte at give hele

den nye Bevægelse Form gennem en bevidst og systematisk Retskildelære, der paaviser Utilstrækkeligheden af den skrevne Lov paa mange Omraader og giver den naturlige Ret den Plads, der tilkommer den som udfyldende og fortolkende Faktor, hvor Loven er ufuldstændig eller mindre klar, altsaa som en vigtig subsidiær Retskilde. Men at udfinde denne naturlige Ret maa i Nutiden blive Opgaven for den frie videnskabelige Undersøgelse. Den videnskabelige Undersøgelse bliver saaledes den vigtigste subsidiære Retskilde. — Senere i det 20 Aarhundrede har dernæst flere Forfattere, som *Duguit*, *Morin* og *Charmont*, paa en Række særlige Omraader indgaaende paavist, hvorledes Code civil's Retsgrundsætninger efterhaanden i Løbet af et Aarhundrede er kommet ud af Kontakt med de sociale Forholds Udvikling. Men disse Undersøgelser rækker forøvrig ud over Retskildelæren og tilstræber en Reform af selve Lovværket.

I *Tyskland* betegnede *den historiske Skole* ogsaa paa Retskildelærens Omraade en Modbevægelse overfor Naturretten. Naar den historiske Skole i Modsætning til Naturretten betonedes, at Retten ikke var et Produkt af en fri menneskelig Viljesakt, men et Resultat af en langsom organisk Vækst ned gennem Tiderne ud fra Folkcaanden som øverste Retskilde, maatte nødvendigvis *Sædvareretten* træde i Forgrunden som Retskilde; men den historiske Skole maatte naturligvis i Overensstemmelse med Virkeligheden erkende, at medens denne Retskilde i ældre Tider beherskede de største Omraader af Samfundslivet, var den i nyere Tid paa ret betydelige Omraader afløst af en anden Retskilde, *Lovgivningen*. *Savigny* var saa omfattende en Aand, at han ikke forfaldt til de Ensidigheder, som en stærk Betoning af Retten som Produkt af en langsom historisk Vækst ellers let kunde føre til; og han anerkendte i Virkeligheden, ved Siden af Retsædvanen og Loven, som subsidiære Retskilder ogsaa Analogi og i det hele en Loven udfyldende Virksomhed, hvor naturligvis ogsaa Retsvidenskaben var og maatte være virksom. Men Tanken om den naturlige eller videnskabelige

Ret som selvstændig Retskilde trængtes dog i det hele og store tilbage af den historiske Skoles Tilhængere. Den historiske Skole var jo med sin Lære om Folkeaanden som første Retskilde, hvorfra Sædvaneretten, Lovene, al Ret i det hele taget havde sit Udspring, et Led i den almindelige Aandsretning paa hin Tid, *Romantikken*. I den sidste Halvdel af det 19 Aarhundrede bevirker Naturvidenskaben gennem sine mægtige Undersøgelser af den omgivende Naturs utallige Fakta og dens mangfoldige praktiske Sejre ganske naturlig en Forandring i Synsmaaden, fra Romantikken med dens Tro paa mystiske Kræfter til en Dyrkelse af det *ydre iagttagelige*, det saakaldte *faktiske* eller *positive*, til *Realismen* eller *Positivismen* som Livsanskuelse. Paa Retslivets Omraade førte denne Aandsretning til at forkaste saadanne ubestemte og uklare Begreber som Folkeaanden som øverste Retskilde og til at fremhæve et ydre, lettere begribeligt Fænomen som *Staten* og dens *Love* som den egenlige *Virkelighed*. Udtrykket: »positiv Ret«, i første Række om Loven, stammer fra denne Periode. Loven er den erklærede Statsvilje og derfor den første Retskilde. Naar Positivismen dog, efter Loven, ogsaa anerkendte Retsædvanen som positiv eller virkelig Ret, begrundes dette af de positivistiske Forfattere i Reglen ud fra et stiltiende Samtykke fra Statens, Lovgiverens Side eller ud fra Betragtninger som, at Sædvanen ligesaa vel som Loven var Udtryk for Samfundsviljen eller Statsviljen. Derimod anerkendte Positivismen ikke Sagens Natur eller den videnskabelige Ret som Retskilde. Paa dette sidste Punkt var der saaledes en vis Overensstemmelse mellem den historiske Skole i det 19 Aarhundredes Begyndelse og Positivismen i dets Slutning. De betegner begge i saa Henseende en Modsætning til det 18 Aarhundredes Naturret. Positivismens stærke Betoning af Loven som første og vigtigste Retskilde har forøvrig sikkert en vis Forbindelse med Kodificationens stærke Vækst i de tyske Stater i Løbet af det 19 Aarhundrede, baade paa den borgerlige Rets og paa Strafferettens Omraade, en Kodificationsbevægelse, der naar sit Højde-

punkt i den for hele det tyske Rige fælles Straffelov (1870-1872), og den borgerlige Lovbog (1900). Retsvidenskabens Opgave blev herefter, ligesom i Frankrig i det 19 Aarhundrede, mere og mere Lovfortolkning, Udredning af de i Loven værende Retsbegreber og Konstruktioner paa Grundlag heraf. Men denne Fortolknings- og Begrebsjura maatte naturligvis ofte, ligesom i Frankrig, komme i Strid med det praktiske Livs Krav.

I Slutningen af det 19 og i Begyndelsen af det 20 Aarhundrede opstaar der imidlertid en stærk Bevægelse mod Positivismen, mod dennes ensidige Dyrkelse og Overvurdering af Loven og dennes Begreber som væsenligste Retskilde. Denne Bevægelse, der betegnende for sin Tendens kaldes *Friretsbevægelsen*, og som opstaar jævnsides med og tildels under Paavirkning af den tilsvarende Bevægelse i Frankrig, hævder, at ved Siden af Loven staar der andre Retskilder, som Dommeren ogsaa maa søge Vejledning hos, først og fremmest den frie videnskabelige Undersøgelse. Den frie og levende Ret, der skabes herigennem, maa virke baade, hvor Loven tier, og ved Anvendelsen af Loven paa Livets Enkelttilfælde, indenfor Lovens Rammer. Juraen maa overalt virke i nøje Forbindelse med det praktiske Liv og ikke udelukkende bygge Retsreglerne paa en formel Udlægning af Loven og dennes Begreber. Overfor en ensidig Paragraf- og Begrebsdyrkelse sætter Bevægelsen Videnskaben som Retskilde. Som man ser, betyder denne nye Bevægelse, ligesom den tilsvarende i Frankrig, en Genfødelse af Naturretten, men i en Form, der svarer til Nutidsamfundets Behov, altsaa som en fri naturlig Retsdannelse efter det virkelige Livs Krav.

I *England* var Retslærerne i det 18 Aarhundrede, fremfor alt den betydeligste af dem, *Blackstone*, stærkt paavirket af Naturretten. Ogsaa for ham fandtes der en ideal Ret, evige, naturlige Love, gældende for alle Folk og alle Tider. Men dette Syn fik dog ingen Indflydelse paa hans praktiske Retskildelære i engelsk Ret. De Retsregler, som Borgerne i en Stat skal adlyde, og Dommerne

dømme efter, er de Regler for borgerlig Opførsel, der er fastsat af den øverste Magt i Staten. Disse Regler er dels skrevne, dels uskrevne. De skrevne er naturligvis *Lovene*, men de uskrevne er efter *Blackstone Sædvaneretten*. De Retsregler, der skabes gennem Lovene, erkendes let, ti Lovene er de af Folkets *lovgivende Myndighed* (Parlamentet) udtrykkelig vedtagne Regler for borgerlig Opførsel. Men spørger man, hvorledes den uskrevne Ret, Sædvanerettens Regler, erkendes, svarer Blackstone, at disse Regler og deres Gyldighed fastsættes af *Dommerne* i Landets forskellige Domstole. Men han begrundet iøvrigt Sædvanerettens bindende Kraft ved Fiktionen om Folkets stiltiende Billigelse af dens Regler gennem Folkets i umindelig Tid fulgte og over hele Riget anerkendte Sædvane.

Blackstones positive Retskildelære for engelsk Rets Vedkommende er saaledes ikke bestemt af den abstrakte Naturretsteori, men derimod af hans Virkelighedsagttagelse af det engelske Retsliv selv. Som dette formede sig i hans Land, bestod the laws of England af Love og Sædvaneret, af statute law og common law (eller af common law og equity, naar disse to Begreber tages i deres tekniske Betydning); og ganske særlig maatte her det mægtige Retsystem af uskrevne Regler, der er opbygget af engelsk common law, blive bestemmende for hans Retskildeopfattelse; dette System udgør — og udgjorde paa Blackstones Tid i endnu højere Grad end i Nutiden — en meget stor Del af engelsk Ret idethele. Men, betegnende for Blackstones nøgterne, praktiske Sans, bliver dette mægtige System af Sædvanerettens Regler ikke for ham Anledning til luftige Spekulationer over Folkeandaen som øverste Retskilde, saaledes som Sædvaneretten i Tyskland gav Anledning til, men derimod til den Virkelighedsagttagelse, at Sædvaneretten erkendes og Omfanget af dens Gyldighed fastslaas af Dommerne, altsaa af en *Samfundsmyndighed, ligesaavel* som Tilfældet er med *Lovene*. Han fastslog saaledes herved klart det positive formelle Retskildebegreb. Derimod har det, jeg ovenfor har

kaldt det reelle Retskildbegreb, ikke staaet ham klart. De ekstra-legale Retskilder i videre Forstand har han ikke erkendt som noget Problem.

Denne Erkendelse naas derimod i senere engelsk Retslitteratur. *Austin*, den betydeligste Forfatter paa engelsk Retskildelæres Omraade i det 19 Aarhundrede, har en ganske klar og bevidst Opfattelse af dette Problem. Paa en vis Maade fortsætter han Blackstones Tankegang. Det formelle positive Retskildbegreb faar imidlertid hos ham sin konsekvente Udformning. I Realiteten er der den Enighed mellem ham og *Blackstone*, at de begge anser Loven og Domstolenes Afgørelse for de eneste Midler til at erkende de gældende Retsregler i Landet. Men *Austin* hævder i Modsætning til *Blackstone*, at Sædvaneretten ikke er en selvstændig Retsorden, der ligesom Loven eksisterer i Landet forud for Domstolenes Afgørelser og kun følges af disse. Sædvanerettens Regler faar overhovedet først Gyldighed, naar og forsaavidt de anerkendes og gennemføres af Dommernes Afgørelser. Sædvaneretten er altsaa i Virkeligheden en af Dommerne skabt Ret (judge-made law). Retsregler er *Befalinger af Statsmagten, Suverænen*; enten er Retsreglerne skabt direkte og umiddelbart af den øverste Lovgivningsmagt, som Lovene, eller de er vel ikke skabt direkte eller umiddelbart af denne Magt, men afleder deres Gyldighed fra et udtrykkeligt eller stiltiende Samtykke af denne øverste Magt, saaledes som den Ret, der skabes af Domstolene. Hermed har *Austin* gjort det af med Sædvaneretten som selvstændig Retskilde, baade i *Blackstones* Form: en af Folket gennem umindelig Tids Brug og almindelig Tilslutning stiltiende godkendt Sædvane og i den tyske historiske Skoles Form: en af en mystisk Magt, Folkeanden, ned gennem Tiderne skabt og af Folket fulgt Ret. Sædvaneretten er efter *Austin* ikke anderledes stillet end private Juristers Mening og Praksis eller Naturretten eller anden videnskabelig Opfattelse. Ingen af dem er Retskilder, men de er alle kun Former af den af Domstolene skabte Ret, nemlig forsaavidt Domsafgørelserne følger dem.

Retskilde i virkelig Forstand er nemlig altid kun de af Statsmagten direkte eller indirekte fastslaaede Regler for menneskelig Opførsel. Alle Retsregler er i sidste Instans den suveræne Statsmagts Befalinger; denne Magt med dens to Former for Befalinger, Love og Domme, er altsaa i Virkeligheden den eneste Retskilde. Og disse Befalinger, de positive gældende Retsregler, maa skarpt adskilles fra Moral, Naturret, Sædvane o.l. Loven eller Retten, som den i et bestemt Land faktisk er — i Lovene og Dommene — er én Ting og maa være Genstand for én Undersøgelse. Hvorvidt den saaledes i et Land faktisk gældende Rets Værdi er efter en moralsk eller anden Maalestok, er en ganske anden Sag, Genstand for en helt anden Undersøgelse.

Det er Austins Fortjeneste klart og konsekvent at have bestemt *det formelle Retskildebegreb*; og forsaavidt er der intet at indvende mod hans Opfattelse. Det vil ogsaa for Klarhedens Skyld altid være rigtigt i en retsvidenskabelig Undersøgelse *først* og særligt at fremhæve, hvorledes den gældende Lovgivning og de hidtil afsagte Domme stiller sig til de forskellige Retspørgsmaal: *om* de gældende Love og de afsagte Domme har løst Spørgsmaalet, og i bekræftende Fald hvorledes, eller de *ikke* har løst Spørgsmaalet. Men det maa da samtidig bestemt overfor enhver formel Retskildelære betones, at med denne faktiske Konstatering og Referering af Lovenes og Dommenes Indhold, er Retsvidenskabens Opgave ikke udtømt. Retsvidenskabens i Nutiden vilde forsømme sin vigtigste Opgave og ikke fortjene Navn af Videnskab, hvis den indskrænkede sig til nævnte nemme, passive refererende Virksomhed. Den formelle Retskildelære lader nemlig Domstolene og det praktiske Retsliv i Stikken paa alle de mange og vigtige Punkter, hvor Praxis allermest har Videnskabens Vejledning Behov. I mangfoldige Tilfælde staar Domstolene i deres daglige praktiske Gerning overfor Spørgsmaal, som hverken findes løst i nogen Lov eller i nogen af de hidtil afsagte Domme. Det gælder da om at faa en saa grundig og alsidig Belysning af det Spørgsmaal, hvilken

Afgørelse i saadanne Tilfælde Domstolene bør træffe. Denne Undersøgelse kan i Nutiden alene *Videnskaben* give. Dommerne og Advokaterne har, da de fra Dag til Dag bestandig maa gaa til nye Tilfælde, simpelthen ikke *Tid* til en saadan indgaaende og alsidig Undersøgelse af, hvilken Afgørelse der i det lange Løb tjener Samfundet bedst. En saadan Undersøgelse er i Nutidens Samfund ikke gjort med almene moralske eller abstrakte naturretlige Betragtninger. Der kræves dels en indgaaende Undersøgelse af de praktiske Forhold og Behov i Erhvervslivet (eller andet Omraade af Samfundslivet) og de modstridende reelle Interesser, og dels en nøje Vurdering af de, ofte mange, pro et contra, som Retspørgsmaalet rummer. Da Dommere og Advokater alene paa Grund af deres Massepraksis naturligvis ikke magter denne Opgave, bliver det simpelthen en aldeles *nødvendig Arbejdsdeling i Nutidens Samfund*, at *Retsvidenskaben* overtager denne Opgave. Og lidt efter lidt vil dennes Undersøgelse, hvis den skal gøre virkelig Fyldest, som Vejledning i Livets ofte forviklede Tilfælde, gaa ud over de enkelte, hidtil uløste konkrete Tilfælde og give en Udredning af mere almene videnskabelige Grundsætninger for vedkommende Omraader af Retslivet; og hertil vil i stigende Grad kræves videregaaende Undersøgelse af Nutidens Samfundsforhold, disses større Problemer og de modstridende sociale Opfattelser. Overfor disse vanskelige Problemer og omfattende Opgaver slaar en formel Retskildelære og dens snevre Opfattelse af Retsvidenskabens Opgaver slet ikke til. Dette erkendes da ogsaa mere og mere i den nyeste engelske Retslitteratur, i Slutningen af det 19 og i Begyndelsen af det 20 Aarhundrede, ligesom i fransk og tysk Retslitteratur i samme Periode. En af de nyeste engelske Forfattere paa dette Omraade karakteriserer denne stadig stigende Tendens hos de engelske juridiske Videnskabsmænd, der i Nutiden er Foregangsmænd i saa Henseende, saaledes: »No longer are they satisfied merely to state the law as it is. They are attempting to analyze the various principles involved, ... and to consider the

extent to which they meet the needs of present-day society. Scholars are realizing that law is not a static concept which can be described as at rest, but it is a continually changing whole which is, both consciously and unconsciously, being adapted to novel conditions«, *Goodhart* 27. I et af de betydeligste Værker indenfor den nyere engelske Retskildelære, *C. K. Allens: Law in the making*, paavises det, at Austins Begreb om Retsreglerne som Befaling af en Statsmagt, en Suveræn, er uholdbart som altfor snevert, at det ikke er stemmende med Virkeligheden, at Sædvaneretten alene skulde være skabt af Domstolene, og, at det 18 Aarhundredes Lære om Retsregler, der udspringer af den naturlige Ret, eller Fornuftens naturlige Regler, trods Lærens mange Overdrivelser og Fejltagelser, indeholder en vigtig Sandhed paa de mange Omraader, hvor der ingen Love eller Domme er, anf V 2—8, 14, 23—25, 25—29, 32—33, 56 ff. Der er i nyere Tid »a growing realization that a new conception of law is made necessary by changed conditions«, »a continuous movement in legal thought which makes it impossible to regard law, a primary function of society, as the product solely of sovereign power«; og Allen paaviser i sine indgaaende Undersøgelser af Rettens faktiske Tilblivelse, at en stor og meget betydelig Del af Retsreglerne, der baner sig Vej i Praksis, i Virkeligheden stammer fra the science of law, fra de i betydelige videnskabelige Undersøgelser udviklede »guiding rules of right and reason« eller natural justice, 157—69, 175—83, 188.

Det erkendes idethele mere og mere i nyere engelsk Jura, at der, foruden Love og Domme, er andre Retskilder, og at der jævnsides med Behandlingen af de sidste maa gaa en bevidst og systematisk Søgen efter ledende videnskabelige Grundsætninger for Retsproblemernes Løsning, der kan hjælpe Dommerne baade i de af Lovgivning og Domspraksis uafgjorte Tilfælde og i de Tilfælde, hvor Fortolkningen og Anvendelsen af Reglerne fra de afgjorte Tilfælde frembyder Tvivl. I Angivelsen af, hvilke Retskilder der idethele maa anerkendes, bruges der vel nu og da hos de forskel-

lige Forfattere varierende Udtryk. Men det fremgaar dog klart af de nyere Fremstillinger, at de ved Retskilder forstaaer væsenlig det samme, som jeg ovenfor har kaldt det reelle Retskildebegreb, altsaa: de Regler og Afgørelser, der bør være bestemmende for Dommeren ved hans Retsafgørelse; og disse Kilder er ikke blot Love, Sædvaneret og Domme, men tillige den naturlige eller videnskabelige Ret. Om denne sidste bruges forskellige Udtryk, saasom natural law, science of law, scientific principles, opinions of experts o.l. Men mere og mere trænger det i England som i de andre Lande igennem, at den videnskabelige Undersøgelse, Retsvidenskaben, er Retskilde. Blandt de nyere Forfattere, der hylder det friere Syn, maa navnlig fremhæves *Allen, Holland, Gray og Goodhart*. Og jævnsides med det friere og videre Syn paa Retskildelæren er gaaet en fundamental Forandring af de videnskabelige Fremstillinger af engelsk Ret. I ældre Tid og endnu gennem Størstedelen af det 19 Aarhundrede var disse Fremstillinger overvejende *Digest-Litteratur*, d v s refererende Fremstillinger og Samlinger af *Domsafgørelserne* og *Lovbestemmelserne* paa vedkommende Omraade. For at blive klar over, hvilken gennemgribende Forandring i Retning af virkelig videnskabelig, metodisk Fremstilling der her er sket i nyere Tid, kan man sammenligne de nyeste Fremstillinger af *The Law of Torts* og *The Law of Contracts* med de ældre. I nyeste Fremstillinger af førstnævnte Emne er Hovedvægten lagt paa en indgaaende Problem-Drøftelse af de almene Grundsætninger for Læren om Retsbrudet og de moderne Strømninger indenfor dette Omraade; og *The Law of Contracts* begynder med en omfattende og dissekerende Analyse af selve Kontraktens eller Aftalens Natur.

Til den engelske juridiske Litteratur gennem Størstedelen af det 19 Aarhundrede passer den formelle Retskildelære af Austin egenlig godt. Denne Litteratur var nemlig, som ovenfor fremhævet, overvejende *Digest-Litteratur*, refererende Fremstillinger paa hvert særligt Omraade af gældende Love og Domsafgørelser. Naar der forefaldt Tilfælde, der var nye,

Erfaringerne fra andre Landes Retskildelære viser saaledes i nyere Tid i samme Retning som vore Erfaringer i Norden paa dette Omraade. En formel Retskildelære slaar ikke til i Nutidens Samfund. Under Nutidens sammensatte tekniske, socialøkonomiske og sjælelige Forhold staar Domstolene Gang paa Gang overfor Spørgsmaal, som de ikke finder nogen Løsning paa i Lovbestemmelser eller afsagte Domme. Dette gælder saaledes paa mange Omraader baade af Ejendomsretten og af den personlige Ret; det gælder mange vigtige Spørgsmaal indenfor Kontraktslæren og Retsbrudslæren, og indenfor Sammenslutningernes Ret. Juraen vil derfor forsømme sin Opgave, hvis den blot indskrænker sig til at re-

altsaa Tilfælde, som ikke var lig de Tilfælde, der hidtil var afgjort af en Dom eller en Lovbestemmelse, søgte man at finde den i saa Henseende nærmest liggende Dom eller Lovbestemmelse og søgte da Løsningen i en Analogislutning — eller, naar en saadan Slutning maatte anses for unaturlig, i en Modsætningsslutning. Man følte sig imidlertid herved stadig som værende paa Domsprædikaternes eller Lovens Grund og var ikke klar over, at det afgørende for, om man valgte en Analogislutning eller ej, i Virkeligheden var en helt anden Retskilde end Loven og Dommene, nemlig Sagens Natur. Her maa iøvrigt erindres, at Retsforholdene gennem en stor Del af denne Periode maatte synes Menneskene paa den Tid ret usammensatte og lette at behandle, og de opfordrede derfor ikke i samme Grad som Retsforholdene i Nutiden til mere omfattende Undersøgelser af Retsproblemer eller til Søgen efter dyberegaaende Retsgrundsætninger. Paa Austins Tid, i Begyndelsen af det 19 Aarhundrede, hvor det engelske Samfund lededes af de enkle Grundsætninger om uafhængige og ubegrænsede private Ejendomsrettigheder og uafhængige erhvervsdrivende i et frit Erhvervsliv, syntes Samfundsforholdene og Retsforholdene mellem Mennesker forholdsvis overskuelige og ligetil. De Problemer i Nutidens Samfund, som vi i den sidste Del af det 19 Aarhundrede og i det 20 Aarhundrede kalder de *sociale* Problemer, var endnu ikke bevidst gaet op for hin Tids Mennesker.

Af den i det foregaaende omtalte fremmede Litteratur om Retskildespørgsmaal maa for *fransk* Rets Vedkommende særlig fremhæves: *R. Saleilles: École historique et droit naturel. Revue trimestrielle du droit civil, I*

ferere Indholdet af de gældende Lovbestemmelser og af de faldne retslige og administrative Afgørelser; en saadan væsenlig refererende Fremstilling vil ikke fortjene Navn af Videnskab. Hvad Domstolene først og fremmest ønsker og behøver, er en virkelig Vejledning i Livets ofte vanskelige og sammensatte Tilfælde; men hertil kræves mere end en Redegørelse for Lovenes og Dommenes Indhold. Ogsaa paa dette Sted maa det betones, at hertil kræves: et samlende Overblik over Grundlinjerne i Lovgivning og Praxis, en retshistorisk Paavisning af de Hovedstrømninger, der har ført op til den nuværende Retstilstand og belyser denne, og en Søgen

1902, og: *Le code civil et la méthode historique. Le code civil 1804-1904. Livre du centenaire, 1904; F. Geny: Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, 1919; E. Lambert: Etudes de droit commun législatif, 1903. Af almene Vurderinger af Code civil — der rækker ud over Retskildelæren — maa navnlig fremhæves L. Duguit: Les transformations générales du droit privé, 1912, og samme Forfatters Værk: Les transformations du droit public, 1913; J. Charmont: Les transformations du droit civil, 1912. Ejendommeligt for denne nyere Bevægelse er ogsaa en Afhandling af G. Morin med den for Bevægelsen idethele betegnende Titel: La révolte des faits contre le code, 1920. Den nye friere Aandsretning, der hævder Berettigelsen af Sagens Natur eller Naturretten i praktisk Forstand ved Fortolkningen og Anvendelsen af Loven, Code civil, fik ogsaa et klart Udtryk i en Udtalelse af Præsidenten for Cour de cassation ved Aarhundredfesten for Code civil, idet han fremhævede: »Dommeren bør ikke stædig alene søge efter, hvad der har været Lovgiverens (her Code civil-Forfatternes) Tanke med den eller den Artikkels Formulering; han bør spørge, hvad denne Tanke vilde være, dersom den samme Artikel i Dag blev formuleret af dem«. — Af den tyske Litteratur, der tilhører den nyere Strømning, Friretsbevægelsen, maa særlig nævnes: F. Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht, 1872, O. Bülow: Gesetz und Richteramt, 1885, E. Ehrlich: Lücken im Recht, 1888, Freie Rechtsfindung, 1903, Grundlegung der Sociologie des Rechts, 1913, E. Zitelmann: Lücken im Recht, 1903, Gnæus Flavius (Dæknavn for H. U. Kantorowicz): Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906. — Af den engelsk-amerikanske Litteratur, der betegner de forskellige Stadier i engelsk-amerikansk Retskildelære, maa nævnes: W. Blackstone: Commentaries on the Laws of England, 1765, J. Austin, hvis videnskabelige Virksomhed indskrænkede sig til Aarene 1828-32, i hvilke han holdt en*

frem til ledende Retsgrundsætninger, der kan give Domstolene Vejledning ved Fortolkningen og Anvendelsen af Lovene og ved Afgørelsen af de uløste Tilfælde, og endelig vise Retningen i Fremtidens Retsliv paa vedkommende Omraade. Kun en Undersøgelse, der tilfredsstiller disse Krav, kan med Rette kaldes videnskabelig. Det er disse Undersøgelser, der mere og mere baner sig Vej, bevidst eller ubevidst i Landenes Retsliv i Nutiden, i Frankrig som »la libre recherche scientifique«, i England som »the study of the general principles of law from the scientific standpoint as contrasted with the purely practical experience of its various rules«.

Række Forelæsninger, som imidlertid i deres Helhed først blev samlet og udgivet efter hans Død, i 1860'erne, nemlig: *Lectures on Jurisprudence*, 5 Udg 1885; og af Værker, tilhørende den nyere Strømning: *J. Gray: The Nature and Sources of the Law*, 1921, *J. Salmond: Jurisprudence*, 1924, *Th. Holland: Elements of Jurisprudence*, 1924, *C. K. Allen: Law in the Making*, 2 Udg 1930, *A. L. Goodhart: Essays in Jurisprudence and the Common Law*, 1931, se ogsaa den interessante Udvikling af *Lord Wright: Study of Law*, i *The quarterly Review*, 1938 S 185-200, og *Roscoe Pound* i *Harvard Law Review* 1937. 557 ff, 1938. 444 ff, og navnlig 777 ff, og 811-812. — Til Belysning af Forskellen mellem ældre og nyere Fremstilling af engelsk Ret i Retning af mere videnskabelig Metode kan eksempelvis anføres *Fr. Pollock: The Law of Torts*, 12 Udg, og *Salmond: The Law of Torts*, 7 Udg (ved *Stallybrass*), og *Salmond og Winfield: Law of Contracts*, i Sammenligning med ældre Digest-Værker om samme Emner. Hvorledes Sagens Natur som Retskilde i nyere Tid mere og mere trænger igennem i Retspraksis, i »case law«, i de mangfoldige Tilfælde, hvor de hidtil afgjorte cases er uklare, ufuldstændige eller modstridende, fremgaar bla ogsaa af den indgaaende Undersøgelse af *R. N. Llewellyn* i *The Yale Law Journal*, 1938, 1243-71. — Af nordisk Litteratur om Bevægelser i fransk, tysk og engelsk Retskildelære maa nævnes *Francis Hagerups* Afhandling i *T f R* 1915 S 16-77, om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, *Platou* 32 ff og *Alf. Ross: Theorie der Rechtsquellen*, 1929 (Afd af *Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien*), 3-192 (og *T f R* 1931, 241-301), jfr *J T* 1929, 346-47, *Sv J J T* 1929. 524 ff, *T f R* 1930. 135-62, *U f R* 1930 B 71 ff, 1935. 121-27. Om sidstnævnte Forfs Standpunkt i hans Fremstillinger: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, og *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, 1934 (jfr *T f R* 1932. 81-106), se min Afhdl i *T f R* 1934, 259-295, jfr *U f R* 1940. B. 149-71, 177-86.

og i Tyskland som den Freirechtsbewegung, der betyder der Kampf für die Rechtswissenschaft, og som overalt mere og mere bliver den Retskilde, der giver Vejledningen, naar alle andre Retskilder svigter. Det er *ikke blot for Domstolene*, at den videnskabelige Undersøgelse i nævnte omfattende Forstand betyder Vejledningen i Livets tvivlsomme Tilfælde. Ogsaa for Sagførerne i deres daglige Raadgivning til Befolkningen, ja *for Forretningslivet* idethele fastslaar denne Undersøgelse Retningslinjerne. Og disse Retningslinjer følges faktisk i mangfoldige Tilfælde og bruges i vidt Omfang til Afgørelser af Interessekollisioner, *uden* at man gaar til Domstolene, idet man forventer, at disse Retningslinjer ialtfald ret normalt kan forventes fulgt af Myndighederne, hvis deres Afgørelse af Kollisionen bliver paakaldt. Det overses almindeligt, at Retskilde i Virkeligheden maa tages i denne videregaaende Betydning: *de Grundsætninger, Regler eller Afgørelser, der giver Retningslinjerne for al Praxis i Retspørgsmaal, baade for Dommernes og Forvaltningsmyndighedernes Afgørelser, og for Sagførernes og Borgernes Handlemaade eller Optræden*, se overensstemmende hermed Definitionen ovenfor S 107-8. Ogsaa set fra denne Side vil det da ses, hvor utilstrækkelig en formel Retskildelære er, ti det praktiske Forretningsliv kræver Svar paa, hvorledes man skal bære sig ad, hvilken Handlemaade man tryggest kan vælge, ogsaa naar Lov og Domspraksis tier. Spørger Forretningsmanden, hvorledes der mest sandsynlig vil blive dømt i saadanne Tilfælde, kan Sagføreren eller andre juridiske Raadgivere, naar de vil være samvittighedsfulde, kun svare: det er sandsynligt, at der vil blive dømt, saaledes som de mest omfattende og grundige videnskabelige Fremstillinger, der behandler vedkommende Emne, angiver som Resultat af Undersøgelserne. Dette naturlige Svar paa de uløste Spørgsmaal dukker uvilkaarlig op i de forskelligste Egne af Nutidens Retsliv. Vi møder det i den Schweiziske Lovbog § 1, naar denne Lovbestemmelse som Indledning til sin omfattende Codification henviser Dommeren til, naar Loven ikke indeholder nogen Bestemmelse om Tilfældet (og

Sædvaneretten heller ingen Løsning har), da at afgøre Tilfældet efter den Regel, han som Lovgiver vilde opstille, og derunder særlig at følge »bewährter Lehre« og Overlevering; og det er det samme Svar, vi møder, naar nyere engelske Fremstillinger om Retskildespørgsmaal i samme Tilfælde særlig henviser til »esteemed treatises«.

Retsudviklingen er saaledes i de store Lande i Retskildespørgsmaalene i Realiteten naaet til samme Resultat, som vi er naaet til i Norden: at Retsvidenskaben eller Sagens Natur er den vigtigste Retskilde, naar Loven og Retsædvanen tier. Forskellen er blot den, at vi i Norden, takket være *Ørsted*, naaede til Erkendelse heraf allerede i Begyndelsen af det 19 Aarhundrede, medens de andre Lande først naaede frem til fuld Klarhed herover i det 20 Aarhundrede.

Spørgsmaalet om Retskildelæren deler sig som ethvert andet Retsproblem i to Spørgsmaal. Det første Spørgsmaal er det almene: hvilken Retskildelære er idetheletaget den rigtige, den mest hensigtsmæssige i et Kulturland? Dette er et Spørgsmaal ud fra Sagens Natur. Det andet Spørgsmaal er: hvilken Retskildelære er anerkendt i hvert enkelt Lands positive Retsorden, hvilke Retskilder skal Myndighederne og Borgerne i det enkelte Land følge? Ved begge Spørgsmaal maa der tages Stilling til Retskildelærens to Hovedpunkter: Valget mellem en formel eller en reel Retskildelære, og Rangfølgen mellem Retskilderne.

a. Hvad det første Spørgsmaal angaar, kan det formentlig efter det ovenfor anførte fastslaas, at den reelle Retskildelære er den rette *efter Sagens Natur*. For vort Lands vedkommende kan dernæst fastslaas, at denne Lære efter Sagens Natur ogsaa er *positiv dansk Rets Retskildestandpunkt*, ti efter dansk Ret er ikke blot *Loven og Retsædvanen* Retskilder, men, som ovenfor paavist, er det gennem en mere end hundreedaarig Domspraksis hos os fastslaet, at *Retsvidenskaben eller Sagens Natur* er Retskilde overalt,

hvor Loven og Retssædvanen tier, saavel som, hvor Lovens Ord rummer Mulighed for flere Forstaaelser. Og dette reelle Retskildestandpunkt har efter vore Erfaringer vist sig som det mest frugtbare og udviklende for Retslivet, og overhovedet som det mest hensigtsmæssige ikke blot for Retspraktis, men for vort Forretningssliv, vort praktiske Liv idethele. Vi har altsaa ikke i dansk Ret behovet en udtrykkelig Lovbestemmelse som den schweiziske Lovbogs § 1 til at fastslaa dette naturlige Retskildestandpunkt.

b. Hvad dernæst Spørgsmaalet om *Rangforholdet mellem Retskilderne* angaar, er det sikkert den rette Ordning, *efter Sagens Natur*, at *Loven* er den *øverste Retskilde*, og at *de andre Retskilder* er *subsidiære* i Forhold hertil, ti det er for Befolkningen det klareste og mest betryggende, at den skrevne og derfor mest tilgængelige Del af Retten er den øverste Rettesnor for Borgernes Handlinger og for Domstolenes Afgørelser.

I *dansk Ret* har vi ikke som i schweizisk Ret (i Lovbogens nævnte § 1) en særlig Lovbestemmelse, der udtrykkelig fastslaar dette Rangforhold mellem Retskilderne. Grundlovens § 2 bestemmer en Adskillelse mellem den lovgivende og dømmende Myndighed og fastslaar, at denne sidste er hos Domstolene, men siger intet om Rangforholdet. I Grundlovens § 71 fastslaaes, at Domstolene har i deres Kald »alene at rette sig efter Loven«. Men denne Bestemmelses Hensigt har alene været at værne Domstolenes Uafhængighed af den udøvende Magt, og Ordet »Loven« er her taget i videre Forstand som betydende alle de Retsregler, som Dommerne skal følge, hvad enten de er fastslaaet i Loven, Retsædvaner eller andre Retskilder, jfr *Berlin Statsret* II 315-16. Og det har ligget helt udenfor dens Hensigt særlig at tage Stilling til Retskildeproblemet. Derimod tør man formentlig hævde, at baade Grundlovens § 2 med dens skarpe Betoning af Arbejdsdelingen mellem den lovgivende og den dømmende Myndighed og § 71 med dens *særlige sproglige Fremhævelse af Loven som Værn for Retsikkerheden* hviler paa den *Forudsætning*, at den fra Lovgivningsmyndigheden

udgaaende, almene, skrevne Ret, Loven i snevrere Forstand, *først og fremmest maa følges af Domstolene*, og at *andre Retskilder* maa være *subsidiære* i Forhold hertil. Og da *denne Ordning ogsaa stemmer med Sagens Natur*, som den *for Borgerne mest betryggende* og mest praktiske, tør dette Rangforhold fastslaaes som dansk Rets ledende Grundsætning. Ogsaa Fortalen til Chr V's Lov fastslaaer Loven som øverste Retskilde.

Efter dansk Ret saavel som efter Sagens Natur omfatter Begrebet Retskilder efter det tidligere anførte alle Regler og Enkeltafgørelser, der bør være bestemmende for Dommernes, andre Myndigheders og Borgernes Afgørelser i Retspørgsmaal; og disse Retskilder er, som vist: Loven, Retsædvanen, Retspraksis og Sagens Natur. I det følgende skal der gives en Oversigt og Behandling af disse Retskilder med en Undersøgelse af, under hvilke Betingelser Myndighederne og Borgerne maa benytte de enkelte Retskilder.

I.

LOVEN.

Ved hvert Retspørgsmaals Afgørelse bør Dommeren altsaa efter det anførte først undersøge Landets Love, om der findes nogen Lovbestemmelse, der behandler Retspørgsmaalet, og i bekræftende Fald afgøre dette efter Lovens Regel. Herfra gælder dog en Undtagelse i de Tilfælde, hvor en Lov strider mod Grundloven, ti i saa Fald skal Dommeren naturligvis ikke dømme efter Loven, men tværtimod tilsidesætte Loven som grundlovstridig. En lignende Konflikt opstaar, dersom en af Regeringen udstedt Anordning eller anden administrativ Retskilde er i Strid med Loven eller ikke har Hjemmel i den Lov, i Henhold til hvilken den er udstedt. I saa Fald skal Dommeren ikke følge, men tilsidesætte Anordningen som ulovmedholdelig. Der er altsaa her, som tidligere berørt, indenfor den øverste Retskilde: Loven (i videre Forstand)

en Rangfølge mellem de herunder hørende Retskilder: Grundloven, Loven, Anordningen. Dette gælder for Forholdet mellem Lov og administrativ Anordning ikke blot i dansk Ret, men i Reglen i Kulturstaternes Ret, men for Forholdet mellem de nævnte to Slags Love naturligvis kun i de Lande, hvor der findes en særlig Grundlov, forudsat at Domstolene, saaledes som hos os, har en selvstændig Prøvelsesret.

Domstolene skal under Lovanvendelsen først og fremmest rette sig efter Lovens — eller Anordningens — *Ord*, efter disses naturlige, sproglig-grammatikalsk rigtige Forstaaelse. Selvom det kan oplyses, at Lovgiveren eller Regeringen med en vis Lovbestemmelse (eller Bestemmelse i en Anordning) har ment noget andet end Lovordene (eller Anordningens Ord) udtaler, efter naturlig, rigtig Sprogbrug, er det *Lovordene*, der gælder. En Anvendelse af Loven, der er subjektiv rigtig d v s stemmer med Lovgiverens Hensigt, men falder udenfor *Ordgrænsen*, d v s udenfor, hvad der overhovedet efter naturlig Sprogbrug kan lægges i Ordene, er utilstedelig. Baade af Hensyn til Borgernes Retsikkerhed og af Hensyn til Lovens Autoritet maa det være det ydre objektive: Lovens Ord, der maa være afgørende for Landets Retshaandhævelse, og ikke en Lovgiverhensigt, som overhovedet ikke har faaet Udtryk i Lovens Ord. Forsaavidt maa en *objektiv Fortolkningsteori* vælges, og en subjektiv forkastes. Kun hvis *selve Lovens Ord* rummer Mulighed for *flere Forstaaelser*, kan det subjektive, Lovgiverens Hensigt, faa en vis Betydning; men her kommer ogsaa andre Momenter i Betragtning, se nedenfor.

Det hænder undertiden, at en Lovtekst er uklar og vanskelig at faa Mening i. Man maa da vælge den Opfattelse af Teksten, som der er mest praktisk Mening i, forudsat at den kan forenes med almindelige Sproglove. Det er endog hændet, at Fortolkere, for overhovedet at faa nogen Mening i en Lovbestemmelse, har ment at maatte stryge en Del af dens Tekst (et helt Stykke eller Sætning). Det siger sig selv, at denne Udvej kun maa vælges i yder-

ste Nødsfald, naar ingen anden Mulighed kan findes. Hvis det overhovedet er muligt at tillægge det omstridte og uklare Stykke af Lovteksten blot en mindre, selv nok saa ringe reel Betydning, bør en saadan Forstaaelse foretrækkes for den, der helt vil slette Stykket. *Lovens Autoritet* bør ikke røkkes uden i det mest yderlige Tilfælde, hvor ingen anden Udvej gives.

Aarsagerne til Uklarhed i en Lovtekst kan iøvrigt være meget forskellige; og af Hensyn til *Indøvelse i god lovteknisk Affattelse* har det sin Interesse at udrede disse Aarsager noget nærmere.

For det første kan Aarsagen være den meget nærliggende, at Lovgiveren ikke har været heldig med at finde et klart — eller endog blot sproglig rigtigt — *Udtryk* for sin Tanke. Som særlig afskrækkende Eksempel herpaa kan nævnes Konkursloven af 1872 § 4. I Sætningen: »selvom Skyldneren ikke alt tidligere havde erhvervet Ejendomsret derover« har Lovgiveren ved Ordet »selvom« i Virkeligheden ikke ment »selvom«, men »forsaavidt«, det Udtryk, der anvendtes i den ældre Fallitlov af 1858 § 10. — For ældre Lovbestemmelser kommer jo yderligere den Aarsag til, som ligger i, at Sprogbrugen forandrer sig gennem Tiderne, saaledes at det Ord

Et ejendommeligt Tilfælde af ovennævnte Art, hvor Fortolkningen endog var inde paa helt at ville se bort fra et enkelt Stykke af en Lovparagraf, er den i sin Tid saa stærkt omtvistede, højst indviklede og uklare Bestemmelse i Lov Nr 75 af 7 April 1899 § 5, der i sin Tid gav Anledning til de mest indgaaende og omfattende Drøftelser og foraarsagede en hel Litteratur, se foruden Systemfremstillingerne i *Deuntzer: Familieret* 4 Udg 1899. 156-58, 168-71, *Bentzon: Familieret*, 1910. 152-54, 164-68, og 2 Udg 1916. 168-73, den langvarige og overordentlig omfattende Drøftelse mellem en Række Forfattere i U f R 1906 B 253-54, 1907. 19-26, 53-56, 73-79, 1910. 266-68, 1916. 257-67, 1917. 33-51, 75-90, 90-92, 92-94, 95-101. Selv nu, efter at Lov af 7 April 1899 § 5 er ophævet ved Ægteskabslov II, Nr 56 af 18 Marts 1925, jfr § 58, §§ 45-51 og T L §§ 43-46, 49, har nævnte store Drøftelse stadig sin Betydning, nemlig som en udmærket *Indøvelse i Lovteknik*, i Undgaaelse af de store Farer, der ved indviklede Retsforhold er for uklare og kunstige Lovaffattelse. Se herom nærmere min nævnte Afhandling i U f R 1916. 257-67, 1917. 33-51.

eller Udtryk, som maaske i sin Tid havde en ganske klar og utvetydig Mening, i Tidens Løb er blevet noget dunkel eller ihvertfald usikker i Betydningen, jfr f Eks i tidligere gældende Lovbestemmelser Ordet »volde« i D L 3-16-2, og Ordet »vræge« i D L 5-2-70 o l.

Men dernæst kan — hvad der er værre end uklart Udtryk — Aarsagen til Fortolkningsvanskeligheden ligge i, at selve Lovgiverens *Tanke* ikke har været klar, hvad enten det nu skyldes, at Lovgiveren ikke har gjort sig rigtig klar en Grundsætnings Rækkevidde eller en Regels Retsgrund, eller der har været forskellige kæmpende Hensyn fremme for hans Bevidsthed, hvis indbyrdes Vægt han ikke er naaet til Klarhed over, kort sagt overalt, hvor

Som Eksempel paa Lovbud, hvor selve Lovgivningens Tanke ikke har været klar, kan nævnes Konkursloven 1872 § 18. Denne bestemmer: »Ere flere, der hæfter solidarisk for samme Fordring, komme under Konkurs, da har Fordringshaveren Ret til i ethvert af Boerne at fordre Udlæg efter Fordringens hele paalydende Beløb, indtil han har faaet sit hele Tilgodehavende dækket. Udgør Udlægene sammenlagte mere end den hele Fordrings Beløb, da tilfalder det overskydende det eller de Boer, som, dersom Fordringen alene havde været gjort gældende imod samme, vilde have haft Ret til at fordre Tilbagebetaling af de øvrige, dog selvfølgelig saaledes, at intet Bo faar mere af det overskydende, end det selv har betalt paa Fordringen. Iøvrigt have i deslige Tilfælde de Boer, i hvilke en saadan Fordring er anmeldt, intet Krav paa hverandre indbyrdes«. Efter disse Ord maa det anses for tvivlsomt, om Kreditor uanset en delvis Betaling fra en Skyldner, opnaaet inden en anden solidarisk Skyldners Konkurs, skal have fuld Anmeldelsesret (Ret til at anmelde Fordringens fulde Beløb) i dette Konkursbo, se *Jul. Lassen* I 907 ff. Lovgiveren har aabenbart *ikke tænkt alle de Tilfælde, der her kan forekomme igennem*; og navnlig har han ikke tænkt paa det Tilfælde, hvor en Kreditor A f Eks har 1000 Kr til Gode hos to solidariske Skyldnere B og C, og hvor A har faaet frivillig delvis Betaling hos B, f Eks 300 Kr, før C gaar Konkurs. Hvad skal gælde i et saadant Tilfælde? Skal A ogsaa her i C's Konkursbo kunne anmelde Fordringens fulde Beløb, 1000 Kr, eller skal han kun kunne anmelde 700 Kr? Her kan kun en fuldstændig Gennemtænkning af Reglens Retsgrund og Rækkevidde bringe den Klarhed, som Lovgiveren har manglet, se *Jul. Lassen* I 908 ff, *Henry Ussing*: Dansk Obligationsret 373 ff.

Sagen ikke er tænkt igennem til Bunds. Det halvt gennemtænkte røber sig i en sproglig Vagthed og Uklarhed.

Endelig for det tredje kan Grunden være den, at det oprindelige Lovforslag er undergaaet en Ændring hos *den anden Deltager i den lovgivende Magt*. Der kan ofte opstaa en betydelig Uklarhed i Lovteksten, navnlig under de nuværende statsretlige Forhold. Navnlig maa her fremhæves de Tilfælde, hvor den lovgivende Forsamling ikke har villet tage alle de Konsekvenser af en Grund sætning, som Forslaget selv har taget, men kun har anerkendt dens Gavnlighed i visse Tilfælde, eller den vel har anerkendt den som Hovedregel, men statueret Undtagelser derfra.

Det kan imidlertid endog forekomme, at en Lovbestemmelse i sig rummer alle de nævnte tre Aarsager til Fortolkningsvanskeligheder, altsaa baade en Uklarhed i Lovgiverens Tanke, en Uklarhed i Udtrykket selv paa de Punkter, hvor hans Tanke har været klar, og endelig en Uklarhed, opstaaet ved en Tilføjelse, som en anden Deltager i Lovgivningsvirksomheden, en lovgivende eller raadgivende Forsamling, har givet den oprindelige foreslaaede Lovbestemmelse. Som Eksempel paa en saadan uheldig Lovbestemmelse kan fra dansk Ret nævnes § 5 i den ældre Ægteskabslov af 7 April 1899, jfr ovenfor S 135 Noten.

Som Eksempel paa Uklarhed, opstaaet ved en Ændring af den anden Deltager i Lovgivningsmagten, kan nævnes den Tvivl, der opstod for Fortolkningen af Straffeloven 1866 § 203 derved, at Landstinget ikke i Almindelighed havde villet anerkende Lovforslagets Grundsætning: at skærpe Straffen for en fortsættelig Voldshandling, naar den til sin Følge, omend uforsættelig, har haft en Legemsskade af alvorlig Natur, idet Landstinget opgav denne Grundsætning ved § 204 og § 188 (naar den uforsættelige Følge var Lemlæstelse eller Død), men lod § 203 staa uforandret som i Ud-kastet, jfr Goos: Strafferet, spec Del I 63-80. Fra den nugældende Ret kan nævnes Naturfredningsloven, Nr 140, 7 Maj 1937 § 25, 2 Stk, hvor der er opstaaet en betydelig Uklarhed ved, at det oprindelige Lovforslags Ord: »ikke maa bygges uden Fredningsnævnets Tilladelse« af Rigsdagen blev ændret til: »maa der kun bygges med Fredningsnævnets Tilladelse«, idet der ved denne Ændring er opstaaet stærkt modstridende Meninger i Fortolkningen.

Det vil af det her anførte ses, hvor umuligt det er at skille de forskellige Retskilder fra hinanden. De griber organisk og ganske jævnt over i hinanden. Det anførte viser saaledes, at det er ganske umuligt at skille Loven og Sagens Natur eller den videnskabelige Undersøgelse ad. De store Uklarheder og den Forvirring, som Lovene, som paa vist, undertiden i sig selv rummer, kan kun de mest indgaaende videnskabelige Undersøgelser bringe Rede i. Det er her *Loven selv*, der ved sin egen uklare Tilstand faktisk *paakalder Videnskabens Indgriben*; og ved dennes Undersøgelser banes Vejen for en forbedret Lovteknik og Lovaffattelse, jfr nærmere U f R 1916 257-67, 1917 33-51. Den formelle Retskildeopfattelse viser sig saaledes, ogsaa fra denne Side set, at bunde i et manglende Kendskab til det virkelige Liv, her til selve den faktiske Lovtilstand. Man kan end ikke indenfor Lovens eget Omraade hævde Loven som eneste Retskilde; Sagens Natur eller Videnskaben maa selv indenfor Lovens eget snævre Omraade træde hjælpende til. Det synes at være saa simpelt og ligetil: hvor Loven selv taler, er den den eneste Retskilde, og alle andre Retskilder viger. Saa simpelt er Forholdet ikke, ti naar Loven selv er uklar, i Tanke eller Udtryk, eller i begge Henseender, eller forvirret, ved forskellige Lovgivningsfaktorerens uheldige, uklare Samvirken, rykker den Retskilde, der efter den formelle Retskildeopfattelse slet ikke skulde være Retskilde, nemlig Retsvidenskaben, endog *ind i selve Lovteksten* og fastslaar denne, til Klarhed og Mening.

Men ikke blot i Tilfælde, hvor Loven rummer Uklarheder, derunder Mulighed for flere Forstaaelser, og Meningsløsheder, men ogsaa i en Række andre og *mere almindelig forekommende Tilfælde* er man indenfor selve Lovtekstens Omraade nødt til at paa kalde den anden Retskilde, Videnskabens Hjælp.

Først maa her nævnes, at mange *Lovbestemmelser* anvender *Ord og Begreber uden at definere dem*. Retsvidenskaben er da nødt til at træde hjælpende til og gennem en nærmere Undersøgelse finde frem til en Definition af Begrebet, til en Fastslaaen af Ordets

Betydning. Ofte kan et enkelt Ord i Lovteksten kræve omfattende videnskabelige Undersøgelser, derunder retshistoriske og økonomisk historiske. Eksempelvis skal her nævnes, at den danske Lov om Grundbyrder af 28 September 1918 ikke giver nogensomhelst Bestemmelse eller Forklaring af, hvad den forstaar ved det i Loven ofte anvendte Begreb Grundbyrde. End ikke i denne Lovs ubetingede Forbud mod fremtidig Stiftelse af Grundbyrder i Lovens § 7 gives der nogen Definition heraf. Og Lovens Forarbejder giver heller ikke synderlig Oplysning. I Virkeligheden har Lovgiveren selv ikke været klar over Rækkevidden af nævnte Forbud, idet man ikke, før man gav dette Forbud, nøje undersøgte Kernen i det Grundbyrdebegreb, man vilde forbyde. Her kan kun den videnskabelige Undersøgelse, derunder en nærmere økonomisk historisk Undersøgelse af den sociale Udvikling gennem Tiderne paa dette Omraade, bringe den fornødne Klarhed over Lovens Grundbegreb, saa at Loven kan anvendes, se ER IV Bd S 1678-1689.

I et Tilfælde som dette havde det naturligvis været det rette, om Lovgiveren havde givet en Definition i Loven af Begrebet. Men iøvrigt maa det fremhæves, at man ingenlunde kan opstille som almindelig Lovgiverregel, at Lovene altid skal definere de Begreber, de anvender. Det vilde simpelthen være uoverkommeligt. I mange Tilfælde maa Lovgiveren kunne henholde sig til den sædvanlige, gængse Betydning af Ordene. I andre Tilfælde vil det derimod være rigtigt at give en bestemt Definition. Men almindelige Raad eller Grundsætninger for, hvornaar Lovgiveren skal give Definitioner, og hvornaar ikke, er det vanskeligt at give. Jeg skal her forsøge at give enkelte vejledende lovtekniske Anvisninger.

Paa en Række *særlige Omraader af Nutidens Handelsliv* har det vist sig praktisk nødvendigt at give bestemte og skarpe Definitioner i Lovgivningen, dels af de vigtigste *Handelsdokumenter*, hvortil der i Lovene er knyttet en Række bestemte Retsvirkninger, saaledes af Vekslen, Checken, Konnossementet, Skødet o l (Vekselovens § 1, Checklovens § 1, Sølovens § 132, T L § 6), og dels af

adskillige hyppig forekommende, vigtige *Handelsudtryk*, se saaledes Købeloven §§ 62, 63, 64 og 65 (Udtrykkene »fob«, »fragtfrit«, »cif« o l)), og dels af en Række *Stillinger*, der giver deres Indhavere visse Beføjelser i Handelslivet (se saaledes om »Handlende«, »Kommissionær« Kommissionslovens §§ 2, 4, 65).

Hvor Lovgivningen derimod beskæftiger sig med mere *omfattende Livsomraader* og følgelig gør Brug af *almene Grundbegreber*, maa det derimod i mange Tilfælde anses for uklogt af Lovgiveren at indlade sig paa Definitioner. Det er formentlig særlig paa disse Omraader, at den gamle romerske Erfaring: *omnis definitio in jure civili periculosa est*, gælder. Det vil saaledes i Reglen være uheldigt, om Lovgiveren vilde forsøge at give Definitioner i Lovene af saa almene Grundbegreber som: Aftaler, Viljeserklæringer, retstridige Handlinger, for ikke at tale om det mest omfattende Udtryk: Rettigheder. Her er det den naturligste Arbejdsdeling mellem de to Retskilder: Loven og Retsvidenskaben eller Sagens Natur, at Loven blot anvender de almene Retsbegreber, men overlader den nærmere Definition af dem til den videnskabelige Undersøgelse. Denne fornuftige Linje har *nordisk Lovgivning* gennemgaaende fulgt. Saaledes har Aftaleloven med Føje ikke indladt sig paa at give Begrebsbestemmelser af Grundbegreberne »Viljeserklæring«, »Aftale« eller »Retshandel« (jfr Aftalelovens §§ 28-34, 39, 37, 10, 11, 20-23). Derimod har den tyske borgerlige Lovbog ofte vovet sig ind paa disse omfattende Omraader med abstrakte Definitioner. Paa samme Maade har *nordisk Lovgivning* gjort vel i ikke at give Bestemmelser af almene Livsbegreber som Besiddelse, Tilegnelse eller Bemægtigelse o l, medens derimod tysk Ret ogsaa her ofte har dristet sig til Definitioner, med Resultater, der lovteknisk maa anses for uheldige, jfr E R II 400-402, 602 ff. Ogsaa her maa den nærmere Undersøgelse og Bestemmelse af Lovens Begreber helst overlades til Retsvidenskaben.

Medens Loven, hvor den anvender det mest omfattende af alle retslige Begreber, Grundbegrebet *Rettigheder*, i Almindelighed gør

bedst i at overlade Definitionen til Videnskaben, her endog til den mest almene af Juraens Fag, den almindelige Retslære, (se f Eks Tinglysningslovens § 1), vil det derimod ofte indenfor de *enkelte særlige Arter af Rettigheder* være hensigtsmæssigt at give endog skarpe Begrebsbestemmelser, se f Eks Tinglysningslovens § 42, hvor *Panteretten* ifølge almindelige *Pantebreve* og ifølge *Skadesløsbreve* skarpt adskilles, idet denne Regel kun erklærer Retten ifølge de førstnævnte Dokumenter for uforældelig.

Ved mange *almindelige Ord* i Lovsproget ligger der naturligvis i selve den normale naturlige Sprogbrugs Forstaaelse af Ordet *en bestemt Grænse for Fortolkningen*. Og det kan ikke tilstedes Fortolkningen at afvige fra denne normale, naturlige Forstaaelse af Ordene, selvom der derved kunde opnaas et Resultat, der bedre stemmer med Sagens Natur. Af Hensyn til *Lovordenes Autoritet* i Befolkningen maa Fortolkningen aldrig, selvom Formaålet er nok-saa godt, fravige *Ordgrænsen: Ordene efter naturlig, normal Sprogbrug*, overalt, hvor denne *i Folkets Tale har en klar, bestemt Mening*. Men paa den anden Side maa det betones, at det i adskillige Tilfælde hænder, at *Ordet i sig selv er saa ubestemt i sine Konturer*, at det *naturlig* lader Banen fri for de Løsninger, der stemmer med Sagens Natur, se f Eks Ordet »Bevisninger« i D L 5-5-3, N L 5-5-5, jfr E R II 671 ff.

Hvor et Ords og et Begrebs Betydning og Værdi er meget omtvistet i Videnskaben, bør Lovgiveren helst undgaa at anvende det, jfr f Eks Ordet »tinglig«, se herved Tinglysningsloven, der helt har undgaaet dette Udtryk, i Modsætning til Forsikringsaftalelovens § 54. Og hvis Lovgiveren endelig vil anvende et saadant Ord, er det ihvertfald hans Pligt da selv at give en ganske bestemt og klar Definition af det (hvad Lovgiveren til nævnte § 54 har forsømt), da i modsat Fald hele Debatten ganske unødigt kaldes til Live igen, denne Gang tilmed under Anvendelsen af en enkelt Lovregel.

Foruden de ovennævnte to Grupper af Tilfælde, hvor den anden Retskilde, Videnskaben, er nødt til at gribe ind i Lovens Om-

raade, altsaa dels hvor 1) *Loven er uklar*, og dels 2) hvor *Loven* ligefrem overlader en Del af sin Tekst til Bearbejdelse og Udfyldning af *Videnskaben*, i nyere Tid i et mere og mere *bevidst Samarbejde med denne Retskilde*, er der en tredje Gruppe Tilfælde, hvor Sagens Natur eller Videnskaben ogsaa er nødt til at gribe ind i Lovens eget Omraade, og det er alle de Tilfælde, hvor det 3) er nødvendigt at bringe *Sammenhæng og Harmoni* mellem de *forskellige spredte Love eller Lovbestemmelser*. Tilmed er Lovene ofte givet til meget forskellige Tider, undertiden med Aarhundreders eller Menneskealdres Mellemrum. De forskellige Love eller Lovbestemmelser maa da, navnlig i Anvendelsesomraade, *afstemmes* efter hinanden. Og dette magter kun den retsvidenskabelige Undersøgelse, der har det samlede Overblik over hele Lovstoffet. Det var saaledes den videnskabelige Undersøgelse ud fra Sagens Natur, der bragte de særlige Lovbestemmelser i Fr 9 Februar 1798 og Fr 28 Juli 1841 § 2 ind under fælles ledende Synspunkter eller Grundsætninger og bevidst udformede disse efter en fælles Plan.

Herhen hører ogsaa den i nyere Tid almindelig anerkendte Fortolkningsgrundsætning, at en *almen Lovgivning* maa *underforstaas* med en *særlig Lovgivning* paa samme Omraade som *Begrænsning*, og en *særlig Lov* paa samme Maade med en *almen Lov* som Begrænsning, som allerede Goos har paavist, se Goos: Strafferet I 172, 169 ff, Retslære I 105. Naar saaledes f Eks Tinglysningens § 1 fastslaar, at alle Rettigheder over fast Ejendom skal lyses til Tinge, maa herved underforstaas de i den særlige Lovgivning eller Ret, som Skovloven, Bygningsloven, Naboretten el, anerkendte Grundsætninger, hvorefter de i disse Love eller denne Ret hjemlede særlige Indskrænkninger i Ejendomsretten (offenligretlige Tilstandsservitutter) maa gælde uden Tinglysning mod enhver.

Undertiden indeholder en *nyere Lov* en *Forudsætning* om *Indholdet af en ældre Lov*. Spørgsmaalet bliver da, hvornaar en saadan Forudsætning er *bindende*. Herom maa det vistnok siges, at hvis Anvendelsen af den yngre Lov vilde blive meningsløs, hvis

Forudsætningen ikke fastholdes, altsaa hvis den ældre Lov ikke fortolkes i Overensstemmelse med den yngre Lov, maa Forudsætningen anses for bindende.

Ofte vil naturligvis det samme Ord og Begreb have samme Betydning i de forskellige Lovbestemmelser. Og indenfor visse Grænser maa ogsaa en ensartet fast Lovterminologi tilraades. Men undertiden medfører de forskellige praktiske Hensyn ved de forskellige Lovbestemmelser, at disse tager samme Ord i forskellige Betydninger; og dette er der intet at sige til, naar blot Lovgiveren er sig det klart bevidst. Saaledes tager Lov om Landbrugsejendomme af 3 April 1925 Ordet Landbrugsejendom, se § 1, i en anden Betydning end andre Love, f Eks Tinglysningslovens § 3, tager et lignende Ord »Landejendom«.

Man plejer som to Arter af Fortolkning at fremhæve den *indskrænkende* og den *udvidende Fortolkning*. Ved dem begge er det i Reglen den anden Retskilde, Sagens Natur eller Videnskaben, der virker. Ved *Fortolkning* kan man naturlig kun forstaa *en Tankevirksomhed, der søger at fastslaa Betydningen af de i en Lovtekst, i et litterært Værk eller anden skriftlig eller mundtlig Tale anvendte Ord*. Men Ordene er ofte modtagelige for en videre og snevrere Forstaaelse. Saaledes kan f Eks et Ord som »Ejendomsret« tages baade i Betydningen: umiddelbar, fuldstændig Ejendomsret, og i den videre Betydning som omfattende baade denne Ejendomsret og de middelbare eller delvise Ejendomsrettigheder, ligesom Ordet ogsaa kan tages baade i den snevrere Betydning: materiel Ejendomsret, og i den videre Betydning som omfattende

Som Eksempel paa en bindende Forudsætning kan nævnes den i Lov af 24 April 1896 og T L § 41, 3 Stk, indeholdte Forudsætning om Kreditforeningsloven af 20 Juni 1850 § 4 d (om, at det i sidstnævnte Lovbestemmelse omhandlede solidariske Ansvar for Medlemmer af en Kreditforening er en Hæftelse paa den faste Ejendom), jfr E R 4 Bd 1708. Se nu Kreditforeningsloven, Nr 109, 7 April 1936 § 21, og Hypotekforeningsloven, Nr 108, 7 April 1936 § 15.

baade aandelig og materiel Ejendomsret. Naar Ordet »Ejendom« eller Ejendomsret i Grl § 80 efter den almindelig herskende Fortolkning — sikkert med Rette — tages i den videste Betydning som omfattende alle Arter, baade fuldstændige og delvise, materielle og aandelige Ejendomsrettigheder, jfr *Berlin* II 2 382-385, E R I 222-224, er det i Virkeligheden, fordi Sagens Natur afgjort taler for den videre Forstaaelse. § 80 har jo til Formaal at beskytte Borgernes Ejendom overfor Statsmagten ved Ekspropriation; men Hensynet til Borgernes Retssikkerhed paa dette Omraade kræver, at alt, hvad der overhovedet med Rimelighed kan henføres til Borgernes Ejendom, ogsaa beskyttes efter denne Regel. Der kan, som jeg andetsteds har fremhævet, være *Spørgsmaal* om, hvorvidt det ved *alle Arter* af *Indgreb* er rimeligt og samfundsmæssigt forsvarligt at paalægge Staten Erstatningsansvar; men i alle Tilfælde, hvor dette skønnes at være forsvarligt, bør man paa den anden Side sikkert i Reglen ogsaa give Beskyttelse for *alle Arter* af, hvad man kan kalde Borgernes *Ejendom*.

Som Eksempel paa en *indskrænkende Fortolkning* kan nævnes, at den tidligere, mod Laangivere strenge Regel om unge umyndiges Gældsforpligtelser i Fr 14 Maj 1754 i Fortolkningen indskrænkedes til *Pengelaan* til umyndige, skønt Forordningens Ord var tvetydige, idet de ogsaa kunde forstaaes som omfattende alle Gældsforpligtelser, og ikke blot Gældsforpligtelser, der skyldtes Pengelaan. Men ogsaa her var det Sagens Natur, der virkede, her altsaa til Valget af en indskrænkende Fortolkning, idet nævnte Forordning med Føje af Videnskab og Praksis ansaas for at være for streng mod Kreditorerne ved mindreaariges Gældsforpligtelser, jfr *Jul. Lassen* I 88.

Medens det, som anført, vil være Sagens Natur eller den videnskabelige Undersøgelses Resultater angaaende den mest hensigtsmæssige Løsning, der i *Reglen* bliver bestemmende for, om en indskrænkende eller udvidende Fortolkning af Lovordene vælges, maa det dog ogsaa fremhæves, at der kan opstaa Tilfælde, hvor Hen-

synet til *Harmonien i Lovgivningen*, til Overensstemmelse med den øvrige *Lovgivnings Bestemmelser*, kræver enten en udvidende eller indskrænkende Fortolkning. Og hvor dette Hensyn vejer stærkt, idet der vilde opstaa Anomalier, om en vis Fortolkning, udvidende eller indskrænkende, ikke valgtes, maa dette ske, selvom denne Løsning ikke stemmer med Sagens Natur. Ti *Loven selv*, her *Lovene i deres Sammenhæng*, maa som øverste Retskilde altid have Fortrinet. Men hvor Hensynet til denne Sammenhæng ikke kræver en bestemt Løsning, maa Løsningen efter Sagens Natur følges.

Undertiden møder man, navnlig dog i ældre Fortolkningslære, under Navn af udvidende Fortolkning en Lovanvendelse, der i Virkeligheden slet ikke er Fortolkning, men *Analogislutning*, altsaa en Anvendelse af en i Loven givet, klar Regel paa et i Loven slet ikke omtalt, men i Lovreglens Tilfælde beslægtet Tilfælde.

De *subjektive Fortolkningsdata*, der, som før fremhævet, subsidiært kan faa Betydning, nemlig naar selve Lovens Ord rummer Mulighed for flere Forstaaelser, er: *Lovens Motiver* og *andre Forarbejder*, de *lovgivende og raadgivende Forsamlingers Forhandlinger*, og lignende Bidrag, *der kan give Oplysning om Lovgiverens Vilje*. Herunder gaar ogsaa *historiske Oplysninger* om, hvad man paa Lovens Tid forstod ved de af Loven anvendte, omtvistede Ord.

I *kort Oversigt* er de *vigtigste Fortolkningsbidrag* eller Fortolkningsgrunde i det hele taget, efter det ovenfor anførte, følgende: de *sproglig-logiske*, *Lovbestemmelsernes indbyrdes Sammenhæng*, *Lovgiverens Motiver* (i videre Forstand), *historiske*, og *Sagens Natur*. Efter det ovenfor udviklede er de to førstnævnte de *primære*, de 3 sidstnævnte de *subsidiære* Fortolkningsgrunde. Først maa man søge at udfinde *Lovtekstens egen Mening*, udfra *grammatisk rigtige Sproglove* og *Logikkens almindelige Regler*; og dernæst maa ogsaa den Klarhed over Lovreglens Mening, der eventuelt kan vindes ved at betragte den i *Sammenhæng med andre Lovbestemmelser* paa beslægtede Omraader, faa væsenlig Betydning. Først naar der efter disse Fortolkningsbidrag bliver Fortolkningsstvivl tilbage, idet Lov-

teksten ogsaa herefter kan forstaas paa flere Maader, kommer de nævnte subsidiære Fortolkningsbidrag til Anvendelse. Om Rangforordningen mellem de subsidiære Fortolkningsbidrag maa henvises til den almindelige Udvikling om Rangforholdet mellem de subsidiære Retskilder i det hele, se nedenfor.

Indenfor den øverste retsregeldannende Myndighed er der i Nutidens Kulturlande opstaaet en naturlig Arbejdsdeling mellem to Arter af Retsregler, nemlig mellem dem, der fastslaas direkte af Lovgivningsmagten, og dem, der fastsættes af Forvaltningsmyndighederne indenfor Lovens Rammer, med Bemyndigelse i Loven. Lovene skal give det samlede Overblik, de ledende Retsgrundsætninger og de vigtigste Regler paa vedkommende Livsomraade. Forvaltningens Anordninger, Bekendtgørelser e l, skal give de udfyldende Særregler, de udførlige Reguleringer i alle de mange, mindre Enkeltheder. De fleste Sprog har særlige Benævnelser for disse to Arter af Retsregelformer. I dansk Ret sondrer vi i nyere Tid mellem Love paa den ene og Anordninger og Bekendtgørelser paa den anden Side. I tysk Ret sondres der paa tilsvarende Maade mellem Gesetze og Verordnungen, i fransk Ret mellem lois og décrets. I England kaldes Love for statutes, Anordninger o l for rules eller orders.

Bestemmelser for *enkelte Tilfælde*, rettet til underordnede Myndigheder, udstedes ofte i Form af ministerielle *Skrivelser*. Samlinger af Retsregler, der udfærdiges af et Ministerium med særlig Lovhjemmel for kommunale Omraader, benævnes ofte *Vedtægter*, f Eks Sundhedsvedtægter. Underordnede Myndigheder — Amtmænd, Politimestre, Kommunalraad o l — kan ogsaa — med Hjemmel i Lov eller Anordning — udfærdige *stedlige Anordninger* eller Bekendtgørelser, jfr Lov 25 Juni 1870 § 4. De gaar ofte under meget forskellige Navne. En fast Brug af et enkelt bestemt Ord (eller enkelte bestemte Ord) vilde være ønskelig. I fransk Retssprog kaldes saadanne af underordnede Myndigheder udstedte Anordninger,

navnlig alle actes réglementaires des préfets et des maires, for *arrêtés*.

Under den danske Enevælde havde Sondringen mellem Love og Anordninger jo ingen Betydning i Henseende til statsretlig Hjemmel. Kun meget omfattende eller grundlæggende Love benævnedes under Enevælden med Ordet Lov, saaledes Danske og Norske Lov, Kongeloven, Indfødsretten af 15 Januar 1776 (der i § 1 udtrykkelig benævner sig Lov). De andre Bestemmelser af mere almindelig Interesse og Betydning, som vi nu kalder Love, kaldtes sædvanlig under Enevælden *Forordninger*. Kortere eller mindre vigtige Love kaldtes ofte *Plakat*. Som andre Navne brugtes Forbud, Patent, Kundgørelse, eller, med Hentydning til Lovens Indhold, Privilegier, Lavsartikler, Instruks, Oktroi, Fundats o.l. Under Navnet *Reskripter* gik navnlig Bekendtgørelser eller Skrivelser, stilet til en eller flere Myndigheder eller til enkelte Personer, og de angik ofte kun enkelte Tilfælde, jfr iøvrig *Deuntzer* 2-6, *Bentzon* 4-8.

Ørsted tager i sin Fremstilling om Lovfortolkning i Haandbogen (I 292-458, ny Udg I 113-187) Stilling til de fleste herhen hørende Spørgsmaal. I Overensstemmelse med sin almindelige Opfattelse af Sagens Natur som Retskilde fremhæver *Ørsted*, at hvor et Lovsteds Ord lige godt kan modtage begge forskellige Meninger, bør den mest hensigtsmæssige eller den, som har en vis Analogi for sig, foretrakkes, *Ørsted* I 393, ny Udg 149, jfr I 302-3, ny Udg 119. *Ørsted* fremhæver iøvrig, at hvis man har Valget mellem en Betydning, hvorefter et Lovbud ingensomhelst Virkning eller Realitet faar, og en Betydning, hvorefter det faar en Virkning, maa den sidste Betydning foretrakkes, *Ørsted* I 383, ny Udg 143. I Litteraturen før *Ørsted* var det almindelig at betegne som udvidende Fortolkning det, der i Virkeligheden gaar udenfor Fortolkningens Grænser, og faktisk ofte er en *Analogislutning*. Dette er *Ørsted* klar over. Han udtaler nemlig: »Det meste af, hvad man plejer at henføre til udvidende Fortolkning, gaar udenfor Fortolkningens Grænser, idet det ikke blot viser, hvad Lovgiveren har villet tilkendegive, men ogsaa, hvad han, i Consequens af sin tilkendegivne Vilje, bør antages at ville«, s St I 373, ny Udg 137. Han er i Virkeligheden ogsaa klar over, at naar man udleder en Regel ved en *Modsætningslutning* fra et Lovbud, er Ordet Fortolkning egenlig heller ikke passende, s St I 374-75,

ny Udg I 138. Om det Fortolkningsbidrag, der kan ligge i et Lovbuds Sammenhæng med andre Lovbestemmelser, se s St I 382-83, 390-91 og ny Udg I 143, 147-48. *A. W. Scheels* Bidrag til Fortolkningslæren findes i *Scheel* I 513-609. Han slutter sig i det hele og store til Ørsteds Udvikling. *Deuntzer* har ogsaa i sin Fremstilling et selvstændigt Afsnit om Lovfortolkning, S 43-62. I Spørgsmaalet om Lovmotivers og andre Forarbejders Betydning for Lovfortolkningen ved deres Oplysninger om Lovgiverens Vilje fremhæver *Deuntzer* med Rette stærkt, at Valget ikke staar mellem en subjektiv og en objektiv Fortolkningsteori — mellem en Teori, der alene lægger Vægt paa Lovgiverviljen, og en Teori, der alene lægger Vægt paa Lovordene — men at man bør tillægge begge Momenter Betydning, men dog saaledes, at de subjektive Fortolkningsbidrag er subsidiære, idet det overfor en klar Lovtekst ikke kan nytte at henvise til, at Lovgiveren — efter Lovens Motiver, Forhandlingerne i den lovgivende eller raadgivende Forsamling eller lign — er imod Teksten, men at disse subjektive Data kan faa deres Betydning, hvor Lovteksten rummer Mulighed for flere Forstaaelser, *Deuntzer* S 43-46.

Man har undertiden talt om en *autentisk Lovfortolkning*. En saadan foreligger, naar en Lov erklærer, at en vis Regel skal gælde som den rette Fortolkning af et andet Lovbud. Det er imidlertid, som *Deuntzer* og *Scheel* med Rette har fremhævet, urigtig at opstille den autentiske Fortolkning som en Art Fortolkning ved Siden af den videnskabelige. Da den autentiske fortolkede Lov jo byder, at den ældre Lov skal forstaaes paa en bestemt Maade — uanset om denne stemmer med rigtig videnskabelig Fortolkning — er den i Virkeligheden ingen Fortolkning, men netop en Ophævelse af den ældre Lov. Eksempler paa saakaldte autentisk fortolkende Love findes forøvrig i dansk Ret kun fra før 1849. Hvad der gælder saadan Lovgivning, gælder ogsaa den saakaldte usuelle eller sædvanemæssige Fortolkning. Her er det blot Sædvanen, der i Virkeligheden ophæver den Lovregel, der siges at blive »fortolket« af Sædvanen, se *Deuntzers* udførlige Bemærkninger 48-50, se ogsaa *Scheel* 516-17.

II.

RETSÆDVANEN.

Ved en Sædvane eller *Retsædvane* forstaaes almindelig en, *bestemt Handlemaade, der følges af et Samfunds Medlemmer eller af en Kres af disse, almindelig, stadig, længe og i den Overbevisning, at de var retslig forpligtet dertil* (ex opinione obligationis).

At Retsædvanen kan være bestemmende for Rettigheder og

Pligter i større og mindre Krese af Befolkningen, ja selv for enkelte Menneskers Ret og Pligt, har i dansk Ret altid været anerkendt gennem den Retsdannelse, vi kalder *Alderstid*. At en Egn Beboere uhindret har færdedes ad Stier eller Veje, saa langt tilbage som selv gamle Folk paa Egnen kan huske, skaber saaledes en Ret for Befolkningen til fortsat uhindret Færdsel. Mangfoldige Kirkestier, Tingstier, Skolestier o l rundt i Landet har Befolkningen erhvervet Ret til ved saadan Alderstid. Men ved saadan Retsædvane, altsaa en bestemt Handlemaade fra Befolkningen igennem umindelig Tid, er ogsaa mange Rettigheder for Staten og andre offentlige Indretninger opstaaet. Saaledes er mange Skatter og Afgifter til Staten og Kirken, ja til enkelte Indretninger og Embeder indenfor disse (f Eks til Kirker, Præsteembeder) opstaaet ved Alderstid, altsaa ved, at Egnens Befolkning i umindelig Tid har erlagt disse Ydelser. Men selv for Enkeltpersoners Ret og Pligt, f Eks ved Afgørelsen af, hvad og hvormeget af Jord og Rettigheder der hører til den ene Ejendom i Forhold til Naboejendommen eller Naboejendommene, kan Retsædvanen eller Alderstid blive afgørende. Paa den anden Side er der ingen Grænse for Størrelsen af den eller de Krese af Befolkningen, som Alderstid kan skabe Rettigheder og Pligter for. Eksempelvis kan nævnes, at det ikke blot, som nævnt, er en Egn Befolkning, der ved Alderstid kan vinde Ret over Stier og Veje i vedkommende Egn, men at Landets Befolkning i det hele taget ofte oprindelig har erhvervet Ret til de store Alfarveje og Vandløb ved Alderstid, se i det hele ER II 541-43. Retsdannelse ved Sædvane kan saaledes i en vis Forstand siges at have Hjemmel i vore gamle Lovregler om Alderstid. Nyere Love anerkender undertiden udtrykkelig Gyldigheden af Retsædvaner indenfor deres Omraade, se f Eks Købeloven af 6 April 1906 § 1. Men forøvrig er Retsædvanen en selvstændig Retsdannelse, der oprindelig er opstaaet ganske uafhængig af Lovgivningsmagten, og den behøver, som *Ørsted* fremhævede, ikke til sin Gyldighed nogen Stadfæstelse af Lovgivningen; og det har da ogsaa altid været anerkendt i nor-

disk Retspraksis, at en Retsædvane, naar den forelaa i den ovenfor angivne Betydning, var bindende for Borgerne.

Medens det tidligere har været almindelig antaget, at Sædvane-retten var en fuldud selvstændig Retsdannelse, opstaaet uafhængig ikke blot af Loven, men ogsaa af Retspraksis, har i nyere Tid flere Forfattere hævdet, at Retsædvanen i Virkeligheden var en Retsdannelse, skabt af Domstolene. Der er næppe Grund til at fortsætte Striden herom. Begge disse Anskuelse rummer en vis Sandhed. Man maa her først og fremmest klart holde to Spørgsmaal ude fra hinanden, nemlig dels Spørgsmaalet om Retsædvanernes *faktiske historiske Oprindelse* og dels Spørgsmaalet om Retsædvanens *formelle juridiske Bekræftelse*.

I førstnævnte Spørgsmaal maa der gives nyere Undersøgelser Ret i, at mange af de retslig bindende Handlemaader, som senere faar Navn af Retsædvaner, oprindeligt er opstaaet i de ældste Domstoles (Tings) Praksis eller har faaet deres afgørende, endelige Form gennem denne Praksis. Paa den anden Side maa det sikkert erkendes, at paa flere Omraader har der baade i ældre og nyere Tid først dannet sig Sædvaner ude i Livet, der efterhaanden her har fæstnet sig, faaet bestemt Form og er blevet betragtet som retslig bindende af Befolkningen længe, inden de kom for Domstolene og blev anerkendt af disse. Dette gælder saaledes for det første mangfoldige af de Retsædvaner, der er opstaaet gennem Retsdannelsen ved *Alderstid* indenfor de Omraader, hvor denne Retsdannelse faktisk i nedarvet nordisk Ret har gjort sig gældende, se ovenfor. Men dernæst er der i *Kontraktpraksis*, baade i ældre og nyere Tid, ofte opstaaet Fremgangsmaader, der først blev indført ved Aftaler mellem Parterne i Kontraktsforholdet, og som efterhaanden viste sig at være saa praktiske, at de gik igen i mangfoldige Aftaler ned gennem Tiden, og tilsidst blev saa almindelige, at man fulgte dem ogsaa, hvor de ikke var vedtaget eller omtalt i Aftalerne, og ansaa dem for retslig bindende som deklaratoriske Regler, som først senere fik deres Bekræftelse i Domspraksis, jfr

Poul Johs. Jørgensen 149, ER IV (om Panterettens Udvikling) 1494, 1498-1500. Endelig maa nævnes, at der i *Handelsomsætningen* er opstaaet adskillige Sædvancr, der faktisk er blevet fulgt som retslig bindende, inden de blev anerkendt i Domme.

Men naturligvis skal det ikke med det udviklede benægtes, at der ofte, baade i ældre og nyere Tid, har fundet et nøje Samarbejde Sted mellem Retsædvane og Retspraksis, og at det faktisk i mange Tilfælde kan være vanskeligt at oplyse, hvornaar Retsædvanen holder op og Retspraksis begynder.

I det andet Spørgsmaal gælder, som allerede tidligere fremhævet, at *formel juridisk Bekræftelse* faar en Retsædvane naturligvis først ved at blive anerkendt i en Dom eller en Lov, jfr Købeloven af 6 April 1906. Men det vilde stride mod Virkeligheden, baade i ældre og nyere Tid at hævde, at Borgerne altid først ansaar en Sædvane for retslig bindende, naar den havde opnaaet denne formelle Bekræftelse. At Retsædvanens Gyldighed ikke beror paa et stiltiende Samtykke fra Lovgivningsmagten, er tidligere fremhævet, se ovenfor S 109, 113.

Den ovenfor anførte Opfattelse, at Retsædvanen er en af Domstolene skabt Ret (judge-made law), er bl a hævdet af *J. Austin* (i Begyndelsen af forrige Aarhundrede), se ovenfor, af *A. S. Schultze* i »Privatrecht und Procces«, 1883 (ud fra historiske Studier om de middelalderlige Schöffengerichte og tildels under Paavirkning af engelsk Jura), og i vidt Omfang af *E. Lambert* i hans før nævnte Arbejde (ogsaa tildels under engelsk Paavirkning). I nyere engelske Retskildeundersøgelser, navnlig i *Allens: Law in the making*, (1930), hævdes det derimod overfor Austin, at den historiske Dannelse af retslig bindende Sædvancr faktisk i ret vidt Omfang er sket, forinden Domstolene bekræftede dem, selvom det naturligvis samtidig erkendes, at Domstolene paa store Omraader har øvet Indflydelse paa Sædvanerettens Dannelse, se navnlig *Allen* S 79 ff. I vor Litteratur har det været langt den overvejende Opfattelse, at Retsædvanen faktisk, historisk i ikke ringe Omfang er opstaaet uafhængig af Domspraksis, og maa anerkendes som gyldig, retslig bindende Retskilde, uafhængig af Lovgivning og Domstole, altsaa selvom Sædvanen endnu ikke har faaet den formelle Bekræftelse af disse, se *Ørsted* I 81-83, 99 ff, ny Udg 24 ff, 35 ff, *Scheel* I 154 ff, *Deuntzer* 32 ff, og tildels *Bentzon* 85-87, *Matzen* I 57 ff. Bentzon betoner med Føje, at det naturlig-

vis ofte er vanskelig at løse Praksis og Sædvane ud fra hinanden, Bentzon 87. Se om Retsædvanen ogsaa *Platou* 18 ff.

Medens Retsædvanen i ældste Tid var den vigtigste og mest omfattende Retskilde, tildels i Samvirken med Retspraksis, er den i nyere Tid mere og mere vejet for Lovgivning; og i Nutiden er Retsædvanernes Omraade og Betydning meget begrænset.

Loven er ogsaa i Forhold til Retsædvanen den øverste Retskilde. Retsædvaner, yngre som ældre, maa derfor overalt vige for Loven, hvor de er i Strid med denne; og dette gælder baade *deklaratoriske* og *præceptive* Love (Retsædvanen gælder ikke contra legem, men præter legem) — hvilket ogsaa er anerkendt i dansk Retspraksis, jfr J U 7 (1845-46) 912, 1861 778, U f R 1869 399. Noget andet er, at hvor en Lov kun er deklaratorisk, altsaa maa vige for modstaaende privat Aftale, kan en Retsædvane *faktisk* undertiden i de enkelte Tilfælde fortrænge en deklaratorisk Lov, nemlig hvor den enkelte Kontrakt enten til sin Udfyldning udtrykkelig henviser til en Retsædvane eller klart forudsætter dennes Gyldighed i saa Henseende, se *Deuntzer* 35-36, *Goos* I 136. Og det turde i Virkeligheden være dette, som de Forfattere har haft for Øje, der undertiden noget uklart har hævdet, at den deklaratoriske Lov veg for modstaaende Retsædvaner. Undertiden bestemmer en Lov ligefrem, at den viger for modstaaende Retsædvane; og saa ligger Hjemmelen hertil jo ligefrem i selve Loven, se den nordiske Købelov af 6 April 1906 § 1, der bestemmer, at dens Regler viger ikke blot for modstaaende Aftaler mellem Parterne, men ogsaa for »Handelsbrug eller anden Sædvane«.

Fra denne Grundsætning, at Retsædvanen, selv en yngre, ikke gælder mod Loven, anerkendes der med Føje i de fleste Landes Ret, ogsaa i nordisk Ret, den stærkt begrænsede *Undtagelse*, at Lovregler kan bortfalde ved meget lang Tids *Ikke-Brug* (desvetudo). Dette viser sig imidlertid at være en i Forhold til Nutidslovenes Antal og Omfang yderst sjælden Foreteelse. Eksempelvis kan fra dansk Ret nævnes, at danske Lovs Regler om Lovbydelse,

DL 5-3-1 og 2, forlængst var gaaet af Brug og anerkendt som ikke længer gældende, inden de formelt blev ophævet af Tinglysningsloven (1926).

Om andre Eksempler paa Lovreglers Bortfald ved Ikke-Brug, navnlig i Danske Lov, se *Bentzon* 96-98.

At Retsædvanens Gyldighed ikke udelukkes ved saadanne Lovudtalelser, som i dansk Ret findes i Grundlovens § 71 — om at Dommerne i deres Kald alene have at rette sig efter Loven, se ogsaa DL 1-1-1 og 2 og 4, — er tidligere fremhævet, se ovenfor S 132-33.

Undertiden sondres der mellem faktisk Skik og Brug og Retsædvane. Denne Sondring er dog meget vag og uklar, jfr *Jul. Lassen* I 375 med Note 20, *Bentzon* 84. Det turde være legislativt uheldigt, at Købelovens § 1 har brugt en Sondring, der synes at svare til den nævnte, og idethele har ladet Spørgsmaalet herom staa aabent. Forholdet synes i Virkeligheden at være dette, at hvis en Handelsbrug eller anden Skik og Brug ikke har fæstnet sig saa almindelig og stærkt, at den kan kaldes en egenlig Retsædvane — være sig lokal eller almen — saa burde Domstolene ikke tage den i Betragtning til Udfyldning af Parternes Aftale, medmindre dens Anvendelse var vedtaget eller klart forudsat i denne Aftale, se iøvrig om nævnte Sondring i Købelovens § 1 *Fr. Stang* i TFR 1908. 288, *Almén*: Kommentar I 28 ff. Se iøvrigt om Handelskoutumer nærmere *Fr. Stangs* nævnte Afhandling.

Om Handelsædvaners *faktiske Indhold* giver Grossererersocietetets Responsa paalidelige og værdifulde Oplysninger. Derimod er disse Responsa ikke kompetente til autoritativt at besvare det *retslige* Spørgsmaal, om en saadan Sædvane ogsaa er en Retsædvane, jfr *L. A. Grundtvig*: Om Reklamation i Formueretsforhold 52-53.

Naar en Lovregel er bortfaldet ved desvetudo, vil den i *Reglen* ikke mere blive genoplivet og atter anvendt af Domstolene. Der findes dog Undtagelser fra denne Regel; men saadan Genoplivelse finder dog, som *Bentzon* med Rette har fremhævet (*Bentzon* 97), aldrig Sted paa Grund af en formel Lovtroskab, men fordi nye Forhold atter gør Reglen brugbar, altsaa i Virkeligheden paa Grund af Sagens Natur. Som Eksempel herpaa kan nævnes, at Reglen i DL og NL 5-7-8 om Panthaverens Ret til at tage Pantet til Brugelighed, efter i mere end Hundrede Aar at være gaaet helt af Brug, atter i Slutningen af det 19 Aarhundrede blev bragt til Anvendelse i dansk og norsk Retspraksis og nu er almindelig anvendt. Sagens

Natur i Form af en stærk praktisk Trang under Nutidens Forhold kaldte atter den afdøde Lovregel til Live, jfr herved ogsaa om D L og N L 6-17-5 E R III: 1366-67.

III.

RETSPRAKSIS OG SAGENS NATUR.

Samarbejdet mellem Videnskab og Praksis.

Analogi og Modsætningslutninger.

1. Retspraksis.

Ved *Retspraksis* forstaas en *Doms Afgørelse* eller flere *Dømmes ensartede Afgørelse af et Retspørgsmaal*.

Naar der undertiden mellem Forfattere har været Strid om, hvorvidt Retspraksis er Retskilde, beror det paa en for snever Opfattelse af Begrebet Retskilde. Man har villet indskrænke Begrebet Retskilde til Summen af *bindende* Retsnormer. Men dette er uholdbart. Bindende i egenlig Forstand kan man næppe kalde anden Retskilde end Loven; og selv om denne gælder det kun som Hovedregel. I enkelte Tilfælde har det vist sig, at selv Loven ikke var ubetinget bindende, idet den, som ovenfor vist, undertiden er bortfaldet ved desvetudo. Man kan i det hele næppe bestemme Begrebet Retskilde anderledes end som tidligere fremhævet, altsaa som de Retsregler eller Enkeltafgørelser, der bør være bestemmende eller vejledende for Dømmernes (og andre Myndigheders) Retsudøvelse, fordi dennes Hensigt kræver det. Men det vil ikke kunne bestrides, at en Række Dømmes ensartede Afgørelse af samme Retspørgsmaal i Reglen er i høj Grad bestemmende eller vejledende for en Dommer, der skal afgøre samme Retspørgsmaal, og bør være det; og undertiden kan en enkelt Afgørelse, navnlig en Højesteretsdom, være bestemmende i saa Henseende, altsaa som Præjudikat.

Jo længere Tid en bestemt Retspraksis har været, og jo flere

Domme, den ved denne Retspraksis antagne Regel har givet sig Udtryk i, jo større Sandsynlighed er der naturligvis for, at den herved fæstnede Regel ogsaa vil blive fulgt af Domstolene i den kommende Tid. Dette har stor Betydning, dels hvor Retspraksis fastslaar en bestemt Forstaaelse af en tvivlsom Lovbestemmelse, og dels hvor den fastslaar en helt ny Regel paa ulovbestemt Omraade. I dansk Ret, og i nordisk Ret i det hele, er en betydelig Del af vort Retsystem paa Privatrettens Omraade opstaaet gennem Praksis. Det har selvfølgelig stor Betydning for Borgerne, at de saaledes gennem en fast Retspraksis givne Retsregler i det hele og store følges ogsaa i den kommende Tid og ikke uden afgørende Grunde forlades, idet Borgerne i saa Fald med større Tryghed kan indrette deres Forhold og træffe deres Bestemmelser paa Grundlag af de saaledes fæstnede Regler.

At disse Regler ikke bør forlades eller ændres, gælder ubetinget, hvor de gennem Dommene fastslaede Retsregler er stemmende med *Sagens Natur* eller ialtfald ikke kan bevises at stride mod denne. Og da de fleste af de i Praksis opstaaede nye Retsregler hos os er udviklet gennem et nøje Samarbejde mellem Retsvidenskab og Praksis, og i mangfoldige Tilfælde først er udformet af den videnskabelige Undersøgelse, gælder det om langt *den overvejende Del* af vore Retsregler, der paa ulovbestemte Omraader er fæstnet gennem Domspraksis, at de stemmer med *Sagens Natur*.

Paa den anden Side er vore Domstole, baade de overordnede og de underordnede Domstole, Gang paa Gang ikke meget tilbage for at *forandre* en Retspraksis og indlede en helt ny Kurs i *de Tilfælde*, hvor den hidtil fulgte Retspraksis gennem den videnskabelige Undersøgelse eller Domstolenes egen Erkendelse i vedkommende Periode er godtgjort at være stridende mod *Sagens Natur*, se Eksempler herpaa bl a i E R II 420, jfr U f R 1935 686 H, E R II 539-43, 546-47, 560 Noten, jfr. 555 ff, V 2008, 2001-07, jfr U f R 1935 1078 H, E R III^a 1335-44, IV 1659-1660, 1788-93, jfr 1795-99, 1913-15, jfr U f R 1935 987. Der har saaledes aldrig i vor Ret været

den gennemførte Fastholdelse af tidligere Afgørelser, navnlig af den højeste Domstol, eller i det hele den Præjudikat-Dyrkelse, som er Særkendet for engelsk Ret. Højesteret har hos os forbeholdt sig Frihed til at ændre Kurs, hvor den overbevistes om, at den hidtil fulgte Kurs var i Strid med Sagens Natur. Og netop dette Forhold forklarer, hvorfor mange af vore Forfattere saa bestemt har hævdet, at Domspraksis ikke var Retskilde, idet de nemlig herved forstod en *bindende* Retskilde, jfr *Deuntzer* 38-39, *Goos* I 140-41, *Scheel* I 199.

Det er imidlertid overfor engelsk Ret værd at betone, at vor Domspraksis har kunnet udøve denne *Frihed* og *Smidighed* overfor tidligere Præjudikater *uden*, at *Retsikkerheden* eller *Borgernes Tillid til Retningslinjerne i Domspraksis* er blevet *rokket*. Og det ligger netop i det *nøje Samarbejde mellem Videnskab og Praksis*, der raader hos os, og som bevirker, at langt den overvejende Del af de mange Retsregler, der paa ulovbestemte Omraader er opstaaet i Domspraksis, som ovenfor fremhævet, virkelig stemmer med Sagens Natur, hvorfor Kursændringerne i Praksis, selvom de i sig selv i Tidens Løb har været ret talrige, dog i Sammenligning med det store Flertal, hvor Linjen er blevet opretholdt i Praksis, er forholdsvis faa.

Som Følge af de anførte lykkelige Omstændigheder kan Retspraksis altsaa hos os behandles i nøje Forbindelse med den anden Retskilde, Sagens Natur eller den videnskabelige Ret. Vi er i Virkeligheden i vor Ret meget nær ved den naturlige Form for Samarbejde mellem Videnskab og Praksis, at ny og rigtigere videnskabelig Erkendelse og nye, forbedrede Metoder forholdsvis let omsættes i en forbedret Praksis, til Gavn for Befolkningen. Paa store Omraader af Privatretten følger vore Domstole i Nutiden faktisk i vidt Omfang en ny Kurs, naar en saadan efter grundige videnskabelige Undersøgelser eller efter Domstolenes egen Undersøgelse og Erkendelse maa anses at stemme med Sagens Natur,

altsaa at være den for Befolkningen gavnligste Behandlingsmaade og Retningslinje.

Kun undtagelsesvis har Kursændringer i Retspraksis formentlig været ikke helt tilstrækkelig motiveret. Det er paa et enkelt Omraade i nyere Tid endog sket, at Højesteret først har fastslaaet en bestemt Regel i ulovbestemte Tilfælde og derefter med faa Aars Mellemrum fuldstændig har forandret Kurs og har fastslaaet lige den modsatte Retsregel, og det i Tilfælde, hvor Afgørelsen efter Sagens Natur var tvivlsom og omstridt, jfr ER III 2 1386-87, 1393, V 2021, jfr U f R 1935. 359 og 353 H, 1066 H. Hvor der, som i dette Problem, (om *paatrykte Priser* o l), er virkelig begrundet videnskabelig Tvivl om den rette Løsning efter Sagens Natur, turde det have været det rette at fastholde den først angivne Kurs, som blev klart og bestemt statueret i de første nye Højesteretsdomme, der faldt, efter at Omraadet var blevet ulovbestemt. Endvidere maa nævnes, at den noget usikre Kurs, der i de seneste Aar synes at gøre sig gældende i Højesterets Praksis i Spørgsmaal om *Afkræftelse* i Konkurstilfælde, heller ikke er uden Betænkkelighed, jfr ER IV 1606-7, se foruden de der nævnte Domme ogsaa U f R 1934. 426 H. — Om Højesterets Domme i senere Aar i *Servitutspørgsmaal* ogsaa er Udtryk for en Kursforandring, er maaske tvivlsomt, jfr U f R 1935 B. 26570. Højesterets gennem mange Aar hævdede, faste Holdning paa Servitutomraadet — der har været byplanmæssig helt rigtigt — kan ialtfald endnu opretholdes.

At Grunden til, at vore ældre Forfattere nægtede Retspraksis Karakter af Retskilde — nemlig i Betydningen bindende Retskilde — er Frygten for, at vor Retspraksis herved skulde miste sin Bevægelsesfrihed overfor ny, rigtigere Erkendelse, er med Føje fremhævet af *Bentzon* 119.

Hvad der overfor er fremhævet om Domspraksis, gælder ogsaa Forvaltningsmyndighedernes Praksis, dog at den enkelte Afgørelses Betydning her som Præjudikat paa store Omraader er endnu mindre end i Domspraksis.

Trykte Domssamlinger begyndte hos os at udkomme i Slutningen af det 18 Aarhundrede. Men først fra Begyndelsen af det 19 Aarhundrede sker der en regelmæssig Udgivelse af de afsagte Domme, hvad der navnlig skyldtes *Ørsted's* fortjenstfulde Udgivervirksomhed.

I. *Fra ca Aar 1800* til vore Dage har vi saaledes ret fuldstændige Domsamlinger, nemlig: Juridisk Arkiv, 1803-1812, Nyt juridisk Arkiv, 1812-1820, Juridisk Tidsskrift 1820-1840, Juridisk Ugeskrift 1839-1875, Ugeskrift for

Retsvæsen fra 1867 og til vore Dage, hvilket nu er vor største gældende Domssamling. Ved Siden af denne udkommer der imidlertid paa forskelligt, spredt Initiativ en Række mindre Domssamlinger: Højesteretstidende, Sø- og Handelsrets Tidende, Vestre Landsretstidende, den af juridisk Tidsskrift udgivne Østre Landsretstidende, og den af Tidsskriftet: Juristen udgivne Samling af Byretsdomme.

Der mangler i hele denne splittede Udgivervirksomhed i Nutiden i ikke ringe Grad Plan og Samarbejde; og der sker samtidig herved i et vist Omfang et Kraft- og Tidspild. — En værdifuld *kort Udgave* af Domme, der endnu har Betydning paa Privatrettens Omraade, er den i 1935 udkomne: Udvalg af Domme i civile Sager. 1825-1930 ved *Adam Jacobi* og *C. Popp-Madsen*.

II. For Domspraksis i *Tiden for Aar 1800* er der i det 19 og 20 Aarhundrede fra forskellig Side udfoldet en Udgivervirksomhed paa væsentlige Omraader. For Perioden 1447-1596 er *Kongens Rettefærdighedsdomme* og Domme, afsagt paa Landsting, saaledes udgivet i 1842-48, i 4 Bind, og for Perioden 1595-1614 er *Kongens Rettefærdighedsdomme* udgivet i 1881-83, 1885-86, i 2 Bind. *Højesteretsdomme* paa Ejendomsrettens Omraade fra Chr. V's Lovs Ikrafttræden 1683 til 1760 findes trykt som Tillæg til ovennævnte Udvalg af Domme i civile Sager, 1935. Et Udvalg af *Landstingsdomme* i Tiden fra 1676-1789 er offentliggjort, dels i Ugeskrift for Retsvæsen 1870 S 401-536, og dels i et selvstændigt Skrift af E. Schjøttz i 1875.

2. Sagens Natur.

Det er ovenfor fremhævet, at Sagens Natur allerede virker indenfor selve *Lovens* Omraade, idet den videnskabelige Undersøgelse 1) overfor uklare og forvirrede Lovtekster i vidt Omfang virker for at naa frem til en saadan Klaring ved Fortolkning, at den mest hensigtsmæssige Løsning vælges indenfor de Muligheder, Lovteksten frembyder, og 2) samarbejder med Loven ved Bestemmelsen af de i Loven anvendte, men udefinerede Ord og Begreber, hvorved ikke blot den retshistoriske Udvikling, men ogsaa den mest hensigtsmæssige Løsning tages i Betragtning. I det hele gør Sagens Natur eller den videnskabelige Undersøgelse af de hensigtsmæssige Løsninger sig indenfor *Lovens* eget Omraade stærkt gældende overalt, hvor *Lovens* Ord frembyder Mulighed for en snevære og videre Forstaaelse, idet der herved anlægges snart den saa-

kaldte indskrænkende Fortolkning, snart den udvidende Fortolkning. I mange Tilfælde, navnlig hos ældre Forfattere, var denne Sagens sande Sammenhæng ikke klart erkendt, idet disse Forfattere ret ofte ubevidst i Virkeligheden lod sig lede af Betragtninger ud fra Sagens Natur, hvor de troede at indskrænke sig til en rent sproglig fortolkende Virksomhed.

Men dernæst er der et andet stort Omraade, hvor Fremstillinger af den positive Ret ofte mener at søge en Støtte i en *Udvikling i en vis Tilknytning til Loven*, men hvor Fremstillingerne, ofte uden at være sig det bevidst, i Virkeligheden vælger deres Løsninger ud fra Hensynet til Sagens Natur. Dette store Omraade er det, vi sædvanlig kalder *Analogislutninger* og *Modsætningsslutninger* fra Lovbud. Forholdet er i Virkeligheden m H t *Analogislutninger* ikke det, at vi først undersøger uden noget Hensyn til Sagens Natur, om en Lovs Grunde eller Formaal kræver en vis Analogislutning; men, som *Bentzon* med Rette har fremhævet, er »det faktiske og rette Forhold i vor Videnskab og Praksis meget snarere dette, at vi først skønner over, hvad der er den praktisk attraaelsværdige Løsning, og derefter opsøger en eller flere Analogier til Støtte for en Afgørelse i denne Retning«. Men det samme er i Virkeligheden Tilfældet med *Modsætningsslutninger*. Der gælder faktisk det samme om Analogi- og Modsætningsslutningen, som ovenfor blev fremhævet om den udvidende og indskrænkende Fortolkning i egenlig Forstand, at ved Afgørelsen af, om vi fra et bestemt Lovbud skal drage en Analogislutning eller en Modsætningsslutning, er det i det sidste Instans den videnskabelige Undersøgelse af den rette Løsning efter Sagens Natur, der bliver den bestemmende Faktor, undtagen i de Tilfælde, hvor det paagældende *Lovbuds Sammenhæng med andre Lovbestemmelser* bydende kræver den ene eller den anden af disse Slutninger. For nærmere at undersøge, hvorledes der faktisk i positiv Ret og Praksis sluttes, har jeg foretaget en Undersøgelse af et meget stort Antal Tilfælde af Analogislutninger og Modsætningsslutninger, taget fra meget forskellige Omraader af

den gældende danske Ret i Nutiden; og det viste sig, at i samtlige Tilfælde havde faktisk Hensynet til Sagens Natur, til den mest hensigtsmæssige Løsning, været den afgørende Faktor; kun i enkelte Tilfælde havde Hensynet til Harmonien med andre Lovbestemmelser *tillige* været medvirkende; men dette Hensyn havde forøvrig i disse Tilfælde været anført som *Støtte* for Løsningen efter Sagens Natur.

Ved en *analogisk Anvendelse* af et Lovbud forstaas *Overførelse af den i Lovbudet for visse Tilfælde givne Regel til andre, der ikke er omtalte i Loven, men beslægtet med de i Loven omtalte Tilfælde*. At man drager saadanne Analogislutninger, skyldes, at de samme reale Grunde, der taler for Lovbudets Anvendelse paa de af Lovbudet omtalte Tilfælde, ogsaa taler for at anvende Budets Regel paa de af Loven uomtalte Tilfælde. Man plejer her at sige, at der er et Hul i Loven, at Loven vilde blive ufuldstændig, hvis man ikke drog Analogislutningen, at Hensynet til Konsekvens i Lovgivningen kræver denne Slutning. Men allerede her er man ofte inde paa et Skønsspørgsmaal. Man vil nemlig opdage, at Grunden snart i højere, snart i mindre Grad taler for at drage en Analogi. Det var tidligere ret almindelig at kræve, hvad man kaldte *fuldstændig Aarsagernes Lighed* som Betingelse for en Analogislutnings Berettigelse. Hermed maa naturligvis ikke forveksles *Tilfældenes fuldstændige Lighed*, ti de af Loven omtalte og det uomtalte Tilfælde maa selvfølgelig i en eller flere *faktiske* Omstændigheder være *ulige*, for at man overhovedet kan tale om en *Analogi*, ti er Tilfældene i alle faktiske Henseender fuldstændig lige, identiske, falder de jo alle ind under Lovreglen. Naar saaledes Reglen i det af Fr 9 Februar 1798 udtrykkelig omtalte Tilfælde, *Afdrag* paa en Gæld, fastslaar, at den Indsigelse fra Debitor med Gælds brevet, at der er betalt Afdrag herpaa, fortæbes, naar Afdraget ikke er paaskrevet Gælds brevet, overfor en Tredjemand, som i god Tro har faaet Gælds brevet tiltransporteret, saa er dette Tilfælde, *Afdragstilfældet*, selvfølgelig *faktisk forskellig* fra Tilfældet: *Indfrielse*

af *hele* Gælden; men naar der her siges at være fuldstændig Aarsagernes Lighed mellem disse to Tilfælde, menes der hermed, at ganske de samme reale Grunde, der taler for Lovens Regel om Afdrag, ogsaa maa føre til Lovens Anvendelse paa hel Indfrielse. Ved denne analogiske Anvendelse af Fr 1798 er Videnskab og Praksis imidlertid ikke blevet staaende; man har nemlig endvidere draget en Analogislutning fra Betalingsindsigelsen til en hel Række andre, derfra meget forskellige Indsigelser, som, at Gældsforpligtelsen ikke er bindende som Følge af urigtige eller bristende Forudsætninger, Svig, Proformaværk o s v. Men her vil man i høj Grad kunne tvistes om, hvorvidt der er fuldstændig Aarsagernes Lighed eller ej. Naar man imidlertid baade i Videnskab og Praksis ikke har været betænkelig ved at drage de mest vidtgaaende Analogislutninger fra Reglen om Betaling i Fr 9 Februar 1798, skyldes det simpelthen, at *Sagens Natur* i høj Grad formentes at tale for disse Slutninger, jfr nu Gældsbrevslovens § 15. Man har derfor ogsaa i nordisk Ret i nyere Tid opgivet Kravet om fuldstændig Aarsagernes Lighed, og den dermed sammenhængende Sondring mellem nødvendige og ikke nødvendige Analogier, idet der overalt er Tale om Gradsforskelle, og den større eller mindre Nødvendighed i Virkeligheden, bevidst eller ubevidst, i Teori og Praksis bestemmes af Hensynet til, om Analogien giver en hensigtsmæssig Løsning eller ej. At ogsaa fjernere Analogier af et Lovbud efter Omstændighederne kan tilstedes, forudsættes i Virkeligheden ogsaa i vor Lovgivning, idet denne undtagelsesvis paa et bestemt Omraade kræver, at der her skal være fuldstændig Aarsagernes Lighed. Dette er sket ved Strfl § 1, der kræver som Betingelse for, at en Bestemmelse i Straffelovgivningen kan udvides analogisk, at det Forhold, som ikke er omtalt i Loven, »ganske maa ligestilles med« det i Loven omtalte. Dette Krav er paa *dette særlige Omraade* kun naturligt og retfærdigt, ti *Borgernes Retsikkerhed kræver* netop overfor et saa haardt Retsmiddel som *Straf*, at Domstolene her holder sig saa tæt op ad Lovens udtrykkelige Bud som muligt,

hvorfor fjernere og mere skønsmæssige Analogislutninger maa være udelukket. Men herfra kan man naturligvis ikke overføre samme Grundsætning til *andre* Omraader af Retslivet, navnlig *Privatretten*, hvor Hensyn til Retslivets hensigtsmæssige Udvikling netop kræver Anvendelse snart af fjernere, snart af nærmere Analogier.

At *Valget mellem en Analogislutning eller Modsætningslutning* i Virkeligheden i høj Grad beror paa Hensynet til den mest hensigtsmæssige Løsning, viser talrige Tilfælde fra vor Retspraksis. Vi har endog Tilfælde, hvor Praksis i mere end et Aarhundrede drog en *Modsætningslutning* fra et Lovbud, fordi den ansaas for stemmende med Sagens Natur, og hvor Praksis derefter vendte og bestemte sig for en *Analogislutning* fra samme Lovbud, fordi denne Slutning efter nyere videnskabelig Undersøgelse ansaas for mere stemmende med Sagens Natur, hvorefter Analogislutningen fulgtes af Praksis i Hundrede Aar, lige til der kom en ny Lovbestemmelse. Eksempelvis kan her nævnes Lovreglen i Chr V's Lov 5-14-4 om, at *Gældsbreve*, ældre end 20 Aar, forældes. Her sluttede Retspraksis i Tiden fra 1683 til Begyndelsen af det 19 Aarhundrede *modsætningsvis* til *Pantebreve* — altsaa, at disse er uforældelige —; men under *Ørsteds* Indflydelse vendte Praksis i Begyndelsen af det 19 Aarhundrede og sluttede nu omvendt *analogisk* fra *Gældsbreve* til *Pantebreve* — altsaa, at de sidste ogsaa forældes — hvilken Praksis derefter fulgtes lige til 1927, da Tinglysningslovens nye Regel i § 42 om Uforældeligheden af *Pantebreve* i fast Ejendom traadte i Kraft, hvorimod hidtidig Praksis stadig følges for *Pantebreve* i *Løsøre*, hvilket sidste forøvrig sikkert er rigtigt, jfr E R IV, S 1662 ff.

Om Analogi- og Modsætningslutninger se iøvrig særlig *Ørsted* I 400 ff, ny Udg 154 ff, *Deuntzer* 62 ff, *Bentzen* 137 ff, *Tybjerg* 19 ff.

Man taler om *delvis (partiel) Analogi*, naar man *overfører en Lovregel paa et i Loven uomtalt Tilfælde* saaledes, at selve Lovreglen samtidig derved faar *et noget ændret Indhold*. Naar saaledes en Lovbestemmelse om Vidner bestemmer, at en høj Grad af Uvenskab kan gøre Vidner inhabile

(saaledes som i sin Tid Chr. V's Lov 1-13-15 »aaenbare Uven eller Avindsmand«), maa man delvis analogisk herfra kunne slutte, at Dommere, til hvis Upartiskhed der efter Sagens Natur maa stilles endnu strengere Krav end til Vidners, selv ved en mindre Grad af Uvenskab vil blive inhabile, jfr *Deuntzer* 67. Som man ser, er det i Virkeligheden ogsaa her Sagens Natur, der gør sig gældende og begrunder Tilladeligheden af den partielle Lovanalogi. Se som et andet Tilfælde af partiel Lovanalogi Slutningen fra Ægteskabslov I §§ 44, 56-63 om Omstødelse eller Ophævelse af Ægteskab, til Ophævelse af Forlovelse, *Bentzon Familieret* I 23. *Borum* II, 9.

Naar en Lovbestemmelse fremtræder som en *Undtagelsesbestemmelse* fra Lovens almindelige Regel, bør man være varsom med at udvide Undtagelsesbestemmelsen *analogisk*; og dette gælder særlig, hvor Spørgsmaalet efter Sagens Natur er tvivlsomt eller omstridt. Paa den anden Side er en Analogi af en Undtagelsesbestemmelse ingenlunde udelukket, nemlig hvis Sagens Natur afgjort og uomtvistelig kræver en saadan Analogislutning, jfr *Ørsted* I 422-25, ny Udg 167-171.

I *alleregenligste* Forstand *nødvendig* kan en Analogislutning i meget sjældne Undtagelsestilfælde blive, nemlig hvor en Lovregel overhovedet *ikke kan anvendes uden Analogi* fra en anden Bestemmelse; som et Eksempel herpaa kan nævnes det sjældne Tilfælde, at en Lov bestemmer, at en Handling er strafbar, men intet bestemmer om Straffens Art eller Størrelse.

Om en *Forudsætnings-Slutning* taler man, naar en Lovregel til sin Anvendelse klart forudsætter Eksistensen af en anden Regel, uden hvilken den ikke hensigtsmæssig kan anvendes. Naar saaledes Tinglysningslovens § 7 bestemmer, at Tinglysningen vedrørende Rettigheder over *fast Ejendom*, jfr Fælles-Overskriften over Kapitlerne 1-6, foretages af *Underretsdommeren*, saa *forudsættes* her den Regel, at Tinglysningen sker i den Retskres, hvor vedkommende faste Ejendom ligger. Se om andre Tilfælde af lige saa nødvendige Forudsætning-Slutninger *Tybjerg* 26-27.

Det fremhæves almindelig, at ved ældre Love, der ofte er stærkt konkret (eller kasuistisk) affattet, som f. Eks. Chr. V's Lov, er der mere Trang til Analogislutninger end ved moderne Lovgivning, der er mere generelt affattet og i mange Tilfælde tilsigter at være udtømmende. Dette er sikkert ogsaa til en vis Grad rigtigt. Men det maa dog herved fremhæves, at Erfaringen viser, at der stadig, selv ved den nyeste og tilsyneladende mest udtømmende Lovgivning, er stærkt Brug for Analogislutninger, endog i de mere omfattende Former, vi kalder ledende Retsgrundsætninger.

Enhver Analogislutning gaar i og for sig ud paa at finde en

mere *almen Grundsætning*, hvoraf Lovbudet, hvorfra der analogiseres, er et enkelt Udslag og den ved Analogi fundne Regel et andet Udslag. Der er derfor i Virkeligheden kun en Gradsforskel mellem Analogislutninger og mellem, hvad man i nedarvet Sprogbrug i Retslæren plejer at kalde ledende *Retsgrundsætninger*. Man plejer nemlig sædvanlig at forbeholde dette sidste Navn for Grundsætninger eller Retsregler, der er udfundet ved Analogislutninger fra flere, ofte en Række Lovbud, idet man saa, som man udtrykker det, betragter disse Lovbud som kun værende *sporadiske Udslag* af en mere *almen, mere omfattende Regel* eller *Grundsætning*. Eksempelvis kan saaledes nævnes den almene Retsgrundsætning i vor Ret, at Værdier, der opstaar eller fremkommer i Naturen uden nogen privat Arbejdsindsats eller noget privat Initiativ, tilfalder Samfundet, se E R I 278-79, II 393, 398-99, 400, 402, endvidere den Retsgrundsætning, som jeg har søgt at udlede af Forfatter- og Kunstnerlovens spredte Bestemmelser i §§ 12, 29, 11, 28, 9, 10 og 27, og som kan udtrykkes saaledes, at hvor Forfatterens og Kunstnerens personlige, aandelige Interesser støder sammen med andre Personers økonomiske Interesser, maa disse sidste vige, jfr E R I 207-211. Fra et andet Omraade kan eksempelvis nævnes den Retsgrundsætning, der har været gældende i vor Ret siden Slutningen af det 18 Aarhundrede, og som væsenlig skyldes *Henrik Stampes* Virksomhed, nemlig, at alle Spørgsmaal om Retskonflikter af Borgerne kan bringes for Landets Domstole, og ikke kan afgøres af administrative Myndigheder, medmindre denne sidste Afgørelsesform udtrykkelig er hjemlet ved særlig Lovbestemmelse, jfr hertil *Munch-Petersen* I 9-22.

At *almene Retsgrundsætninger* kan paaberaabes som *Retskilde*, er Gang paa Gang anerkendt i vor Retspraksis, se rent eksempelvis U f R 1936, 87 H (jfr 91).

Hvor vi kommer helt udenfor den positive Lovgivnings Omraader, altsaa ud paa Omraader, hvor selv de fjerneste Analogier og de mest almene Retsgrundsætninger svigter, og der skal træffes

en retslig Afgørelse af menneskelige Konflikter, maa Dommeren dømme efter Sagens Natur, altsaa efter videnskabelig Prøvelse af de reale, samfundsmæssige Grunde for den mest hensigtsmæssige Løsning. Det blev ovenfor, i Begyndelsen af denne Undersøgelse paavist, at det er fast antaget i dansk Retspraksis, at Dommeren paa disse ulovbestemte Omraader, der er ret store i vor Ret, maa søge Løsningen i Sagens Natur. Det staar herunder ogsaa Dommeren i ret vidt Omfang frit for at give *nye Krav*, der rejser sig af en praktisk Trang i Livet, Retsbeskyttelse, altsaa *udvide Retsordenens Omraade*. Den *almindelige Erstatningsregel* er hos os væsenlig udviklet efter Sagens Natur; og denne Regel tillader Dommeren at give en Ret, som en lang Tid blot har kæmpet sig frem til Anerkendelse som en moralsk Ret, Karakteren af en juridisk Ret ved at give Erstatning for Krænkelser af den. En Forudsætning herfor maa det imidlertid være, at der foreligger et menneskeligt *Livsforhold*, der overhovedet egner sig til at blive *et Retsforhold*, at det moralske Krav ogsaa *praktisk, retsteknisk egner sig* til at beskyttes ad Rettens Vej. Men en reel Undersøgelse af Spørgsmaalet om denne Egnethed kan selvfølgelig netop kun foretages ud fra Sagens Natur.

Dernæst maa fremhæves, at der findes en Række *Regler*, der *efter selve deres Indhold* overhovedet ikke kan hjemles ved Sagens Natur, men *maa have Hjemmel i en positiv Lov*. Saaledes kan *Skatter og Afgifter* naturligvis kun paalægges ved Lov (eller Retsædvane, Alderstid, se ovenfor), og ikke ud fra Sagens Natur. Endvidere kan alle bestemte *Tidsrum, Terminer og Frister* for Retsvirkningers Indtræden, som f Eks Hævds- og Forældelsestider, Omslagsterminer, Præklausionsfrister, naturligvis kun hjemles ved Loven, og ikke ved Sagens Natur. Derimod er der intet i Vejen for, at der ud fra Sagens Natur danner sig Regler om, at man i visse Forhold skal reklamere inden en vis rimelig — ubestemt — Tid for at kunne gøre en Retsvirkning gældende.

At Sagens Natur eller den mest hensigtsmæssige Løsning ud

fra en videnskabelig Undersøgelse af de samfundsmæssige reale Grunde paa store Omraader er vejledende for Dommeren, betyder dog selvfølgelig ikke, at Dommeren skal følge enhver ny opduk- ket videnskabelig Teori om et Forholds rette Ordning. Men han bør tage alle Opfattelser paa vedkommende Omraade, ældre og nyere, med i sine *Overvejelser*. Hvorvidt Domstolene bør følge en bestemt Opfattelse efter Sagens Natur, beror paa forskellige Om- stændigheder. Den schweiziske Lovbogs Udtryk i saa Henseende: »bewährte Lehre« viser hen til noget rigtigt. En Lære, der er ble- vet almindelig anerkendt i Videnskaben, eller som har staaet sin Prøve gennem alsidige videnskabelige Drøftelser, eller som efter- haanden trænger sejrende igennem trods modstridende Anskuelser, kan Domstolene naturligvis med større Tryghed følge end en Op- fattelse eller Lære, der ingen Tilslutning vinder. Men det er her meget vanskeligt at give nærmere Regler. Meget beror her paa den enkelte Dommers Selvstændighed og vedkommende videnskabelige Forfatters Talent. Hvor Domstolene efterhaanden har faaet Tillid til en Forfatter, idet det mange Gange har vist sig, at hans Under- søgelser gav samfundsmæssig sunde og gode Løsninger, vil hans Opfattelser tilsidt kunne vinde en betydelig Autoritet i Praksis. Vi har jo i dansk Ret faktisk flere Gange oplevet, at betydelige retsvidenskabelige Værker fra Slægtled til Slægtled blev den vej- ledende og bestemmende Faktor for det praktiske Retsliv, til Gavn for dette.

Ved Øvelser over Retskildespørgsmaal foretog jeg med interesserede Deltagere en Gennemgang af et større Antal Tilfælde af Analogislutninger og Modsætningslutninger fra Lovbud, taget fra meget forskellige Omraa- der af den positive, nugældende danske Ret; ligeledes fik jeg tilstillet en Del Eksempler ved velvillig Bistand fra Kolleger i forskellige Fag; og Un- dersøgelsen af dette Materiale foretoges uden nogen Art af forudfattede Meninger, altsaa alene med den Opgave at konstatere, hvorledes der rent *faktisk sluttes* i dansk Retsliv, analogisk og modsætningsvis. Af det saaledes undersøgte Materiale, fra saa forskellige Retsomraader som Person- og Fa- milieret, Ejendomsret, Strafferet og Retspleje, fremgik det, som ovenfor anført, at i samtlige Tilfælde var det i Virkeligheden *Sagens Natur*, der var

afgørende for *Valget af Analogi- og Modsætningslutningerne*, undertiden tillige støttet af Hensyn til Overensstemmelse med andre Lovbestemmelser. Ofte har dette Valg efter Sagens Natur været vedkommende Forfatter fuldt bevidst; undertiden har Slutningen forekommet saa naturlig, at man overhovedet ikke har anset det nødvendigt at begrunde den, idet Løsningen efter Sagens Natur uvilkaarlig og ubevidst har meldt sig som selvfølgelig.

Fra *Personrettens* Omraade kan saaledes eksempelvis nævnes Spørgsmaalet om Analogien af Myndighedslovens § 43, se *Bentzon*, *Personret* 81, Note 13, *Ussing*, *Aftaler* 276, Note 13, om Analogier fra § 44, se *Bentzon* 84-85, 89, Note 34, *Ussing* i *UfR* 1923 B 134-35, om Analogien eller Modsætningslutninger fra samme Lovs § 63, se *Bentzon* s St 98, *Ussing* anf St 139-42, om Modsætningslutning fra Lov om Umyndiges Midler 26 Maj 1868 § 5 og Skiftelovens § 92, se *Bentzon* s St 154. Fra *Familierettens* Omraade kan anføres, at Ægteskabslov I, §§ 6 og 7, om en vis Alder og Forældres Samtykke til Ægteskab ikke kan anvendes analogt paa Forlovelse, men at der til denne maa sluttes *modsætningsvis*, da dette afgjort stemmer med Sagens Natur, jfr ogsaa Lovens § 3, der modsætningsvis støtter samme Resultat, se *Bentzon Familieret* I 22, men at der derimod kan sluttes *analogisk* fra Ægteskabslov I, §§ 44 og 56-63, om Ophævelse af Ægteskab til Ophævelse af Forlovelse uden Erstatning efter § 1, da gode Grunde fra Sagens Natur taler herfor, se *Bentzon Familieret* I, 23. Her foreligger forøvrig endog et Tilfælde af *partiel Analogi*, jfr ovenfor S 163. Se endvidere om en *Analogislutning* fra Erstatningsreglen i Ægteskabslov I § 1 (paa Tilfælde, hvor Forlovelse og Ægteskab er objektivt udelukket, f Eks paa Grund af for nært Slægtskab), *Bentzon Familieret* I 25, og derimod om en *Modsætningslutning* fra § 8 — om Samtykke fra Værge til Ægteskab — til Enker med fast Lavværge o l, *Bentzon* s St 41, hvor dette Resultat, der stemmer med Sagens Natur, tillige støttes ved Sammenhængen i Lovbestemmelserne (Ægteskabslov Kap 2's Karakter af udtømmende); jfr ogsaa om en *Modsætningslutning* fra Ægteskabslov I § 44 ved Tilfældene i §§ 7 og 8 *Bentzon* s St 41-42. *Borum* II, 4, 9, 7, 23.

Fra *Ejendomsrettens* Omraade skal blandt mange Eksempler anføres, at der maa sluttes *analogisk* fra Begrebet »rørligt Gods« i Rpl § 609 (ved Retsmidlet Indsættelsesforretninger) til saadanne Naturfænomener som elektrisk Strøm o l, da alle Grunde efter Sagens Natur taler herfor, og Hensynet til Harmonien med den øvrige Lovgivning, her Strfl's § 276, fører i samme Retning, se ER I 161 ff, jfr 159-60; endvidere kan nævnes *Analogislutningen* fra DL 5-10-4 om Bortfæstning (Udlejning) til andre Forføjninger indenfor den sædvanlige Drifts Rammer, se ER 354, og fra DL 5-5-3 om Beskyttelse for den nuværende Besidder til Beskyttelse i visse Tilfælde for den tidligere Besidder, hvilket Resultat efter Sagens Natur ogsaa støttes af Sammenhængen med den øvrige Lovgivning, her Chr. V's Lov 6-17-5, ER II

675, endvidere *Analogislutningen* fra Chr. V's Lov 5-5-4, fra dennes Regel om Frugter af fast Ejendom til Frugter af Løsøre, Obligationer, Aktier o l, ER II 746; om en *Modsætningslutning* fra TL § 3 om Brugsrettigheder til Tilegnelseservitutter, se ER III, 1, 1053-54, om *Analogislutningen* fra 5-14-4 om Gældsbreve til alle Pengekrav og andre artsbestemte Fordringer, ja endog til individuelt bestemte Rettigheder, se ER III, 2, 1261-64, se iøvrig om andre *Modsætningslutninger* og *Analogislutninger* fra 5-14-4 ovenfor S 57; om en *Analogislutning* fra Købelovens § 39, se ER III, 2, 1293-94, og om *Modsætningslutninger* fra Chr. V's Lov 5-3-36, se ER III, 2, 1400, fra 5-7-17, 2 Sætning (Reglen om Pant i Jordegods) ER IV 1579, fra TL § 42, ER IV 1662. Om en *Analogislutning* fra Reglen i TL § 19 om Bygninger til andre beslægtede Fænomener, som Kulkraner, Tankanlæg o l, se Kommentaren til Tinglysningsloven 2 Udg 62; om en *Modsætningslutning* fra TL §§ 2, 10, 1 Stk, 11, 2 Stk og § 28 om Pantebreve til Skadesløsbreve, jfr ogsaa Sammenhængen med §§ 40, 4 Stk og 42, se Kommentaren 10.

Fra *Strafferettens* Omraade, hvor Grænsen for Analogislutninger, som nævnt, efter Strfl's § 1, er særlig snever, og hvor Modsætningslutningerne derfor er de hyppigste, kan eksempelvis nævnes *Analogislutninger* fra Strfl's § 65, jfr *Krabbe* 152, fra § 76, jfr *Krabbe* 164, fra § 84, 1 Stk Nr 1 og 4, *Krabbe* 189-190, fra § 88, Stk 4, og § 89, Stk 4, s St 209 og 214, og fra § 278, Nr 2, s St 315. — Analogislutninger indenfor Strafferetten kan snart være til Skade, snart til Gavn for Gerningsmanden, alt eftersom Sagens Natur kræver det. Som Eksempel paa Analogislutninger til *Skade* for Gerningsmanden kan nævnes den Anvendelse af Strfl's § 169 om Forfærdigelse, Udspredelse o l af *pengelignende* Genstande *analogisk* paa Fremstilling af falske *Penge* uden Udgivelseshensigt, og Anvendelsen af Ikrafttrædelseslovens § 14 om Arverets Fortabelse ved Drab (eller Forsøg herpaa) *analogisk* paa Strfl § 255's Tilfælde (Hensættelse eller Forladen i hjælpeløs Tilstand), se *Krabbe* 313 og 597. Som Eksempel paa en Analogislutning til *Gavn* for Gerningsmanden kan nævnes Anvendelsen af Reglen i Strfl § 86 om Varcættsfængsels Afkortning i Fængselsstraf *analogt* paa anden Anbringelse, f Eks Indlæggelse til Observation, s St 195. Som Eksempel paa *Modsætningslutning* indenfor Strafferetten kan nævnes, at af Strfl § 208 om Bigami — et concursus necessarius Tilfælde — maa udledes, at den ugifte, der indgaar Ægteskab med en gift Person, uvidende om dennes Ægteskab, modsætningsvis maa være straffri, *Krabbe* 17.

Fra *Retsplejens* Omraade kan som Eksempel paa *Analogislutning* nævnes Rpl § 205's analogiske Anvendelse i U f R 1933, 620, og som Eksempel paa *Modsætningslutning* Slutningen fra Reglen i Rpl § 441, 1 og 2 Stk, om Indsigelserne fra Umyndighed, Falsk og Vekselomgang modsætningsvis til Indsigelsen Tvang, se *Munch-Petersen*, 2 Del, 374; *Hurwitz*, 279.

Om *Rangfølgen* mellem de *forskellige Retskilder* kan der kun paa ét Punkt siges noget bestemt, nemlig om *Loven* paa den ene og alle de andre Retskilder paa den anden Side. Loven staar, som fremhævet, over alle andre Retskilder; men mellem disse sidste, de subsidiære Retskilder indbyrdes kan der ikke angives nogen bestemt Rangfølge. De udfylder hinanden og bidrager ofte til en indbyrdes Kritik af hinanden. Navnlig giver den videnskabelige Undersøgelse af Sagens Natur ofte en Vurdering og Kritik af de andre Retskilder, hvorefter disse i adskillige Tilfælde ændres. Da *Retsædvanen* først faar sin formelle Bekræftelse ved Dommen, kan Domstolene øve en vis Kritik overfor denne Retskilde ud fra Sagens Natur. Hvis en Retsædvane afgjort strider mod en højere samfundsmæssig Vurdering, altsaa snarere maa siges at være en Uskik end en Skik, maa Domstolene forbeholde sig at tilsidesætte den. For vor Ret fremhæves det ialtfald med Føje, at hvis Sædvanen skønnes at stride mod Forholdets Natur, respekteres den ofte ikke, *Bentzon* 83.

Ogsaa overfor *Retspraksis* paa Omraader, der ikke er helt reguleret og bestemt af Loven, virker Sagens Natur undertiden kritisk og kan derved foranledige en Ændring i Praksis. Betydningen af Sagens Natur ved Valget af Analogislutninger og Modsætningslutninger er ovenfor fremhævet.

Et Samarbejde mellem de forskellige Retskilder i en fælles Retning finder naturligvis ofte Sted; men undertiden sker det ogsaa, at to eller flere Retskilder fører i forskellig Retning. Under en Retssag i et Tilfælde, hvor Lovens Ord lader Mulighed aaben for forskellige Forstaaelser, er det naturligvis den stærkeste Stilling, hvis man for en bestemt Forstaaelse kan paaberaabe sig baade Lovens Motiver, Retspraksis og Sagens Natur. Man kan godt kalde Lovens Motiver for en Retskilde, men det er en Retskilde, der i Almindelighed er ret svag i Konflikten med andre Retskilder. Lovfortolkning er jo ikke som litterær Fortolkning, f. Eks. af et Drama af Shakespeare, et Forsøg paa at udfinde, hvad der ligger bag Forfat-

terens Ord, hans Motiver, de Erfaringer i hans Liv, Ordene i Værket søger at give Udtryk. *Loven* maa, som under I fremhævet, først og fremmest forstaas ud fra dens *Ord*, objektivt set, *uden Hensyn til*, om de stemmer med *Lovens Motiver* eller ej. *Hvis flere Forstaaelser er mulige*, har det ganske vist *noget* Betydning at kunne anføre for en bestemt Fortolkning, at *Lovens Motiver* stemmer med den. *Men* den juridiske Fortolkning forfølger, i Modsætning til den litterære, først og fremmest et *praktisk* Formaal. Hvis derfor en anden mulig Forstaaelse af *Lovens Ord* afgjort stemmer med *Sagens Natur*, maa *Hensynet til Lovens Motiver* vige, se eksempelvis ved Fortolkningen af T L § 37 E R IV 1744 med Note. Der danner sig følgelig ofte en fast Retspraksis for en vis Forstaaelse af *Loven* i Strid med dennes *Motiver*, men stemmende med *Sagens Natur*; og i saa Fald er *Paaberaabelsen* af *Motiverne* endnu svagere. Men lykkeligst er det naturligvis for *Retslivet*, naar baade *Lovens Motiver*, altsaa *Lovgiverens Hensigter*, og *Sagens Natur* kan *paaberaabes* for samme Forstaaelse, og *Retspraksis* derefter ligeledes slutter sig til denne.

Det vil saaledes ses, at ogsaa ved Opstillingen af de subsidiære *Retskilder* og ved *Sammenspillet* mellem dem i de enkelte Tilfælde er det *Sagens Natur* eller *Hensynet til den mest hensigtsmæssige Løsning*, der er bestemmende.

Fra Dag til Dag, fra Retsag til Retsag, maa *Juristen, Dommeren* saavel som *Sagføreren*, kæmpe for *Fremtidens rigtige Ret*. For dette *Ideal* kæmper han under *Fortolkningen af Lovbud*, i *Valget af Analogislutninger og Modsætningslutninger* og i *Udfindelsen af Retten* paa de ulovbestemte *Omraader*. Det giver *Juristens daglige Færd* den ideelle *Berettigelse*; han er hver Dag med til at kæmpe for og bygge op *Fremtidens rigtige Ret*.

Som *Eksempler fra positiv dansk Ret* paa *Anvendelse af de forskellige Retskilder og Underarter af Retskilder* skal her, foruden de ovenfor nævnte, til yderligere konkret *Belysning* anføres:

1. Som *Eksempler paa Retsregler, opstaaet ved Retspraksis*, kan nævnes:

Reglerne om Ekstinktion og Vindikation ved Ejendomsforhold, jfr ER III: 1368-71, 1374-81, U f R 1933 B 181-87, 1935 B 129-33, Reglen, at fleres Løfte om samme Ydelse skaber solidarisk Pligt, *Jul. Lassen I* 529, Reglen om at simpel Kautio kun giver subsidiært Ansvar, *Jul. Lassen III* 157, og Reglen, at Genkaldelse af et Testamente ikke kræver nogen Form, *Bentzon Arvret*, 1931, 129.

2. Som Eksempler paa almindelige *Retsgrundsætninger* kan yderligere nævnes *den almindelige Erstatningsregel*, den ekstinktive Grundsætning om *Penge*, der krydser Reglen i Myndighedslovens § 44, 1 Stk, jfr *Bentzon Personret* 74-75, Grundsætningen om Betydning af Samtykke og overordnet Befaling i Strafferetten, se *Krabbe* 19-20. Efter det ovenfor udviklede om Gradsforskellen mellem Analogislutninger og almindelige Retsgrundsætninger er det ret beset fuldt korrekt, naar Domme ofte i Præmisserne til Begrundelse af deres Resultat anfører »Grundsætningen« i en *enkelt særlig Lovbestemmelse*, se eksempelvis Dom i U f R 1933. 620, der henviser til »Grundsætningen i Retsplejelovens § 205«.

3. AFSNIT.

DE RETSLIGE KENDSGERNINGER.

DER findes mange Kendsgerninger i Naturen og Menneskelivet, der ikke er retslige eller retstiftende. Ved *retslige Kendsgerninger* forstaas alene de *Kendsgerninger*, hvortil *Samfundet knytter Retsvirkninger*. I Naturen findes der saaledes et Utal af Fænomener, som Samfundet alene af den Grund ikke kan knytte Retsvirkninger til, at de falder helt udenfor Menneskers Herredømme, saasom ubrørte Vidder, uendelige Kræfter i Verdensaltet; og i Menneskelivet findes der Verdener af sjæleligt Liv, som Retsordenen ikke griber ind i — og staar sig ved ikke at forsøge en Indblanding i.

De retslige Kendsgerninger er kun de Kendsgerninger i Menneskelivet og Naturen, som det har vist sig hensigtsmæssigt og praktisk gennemførligt at knytte Retsvirkninger til, til Gavn for Menneskeheden. Nærmere bestemt er de retslige Kendsgerninger saadanne, som bevirker Rettigheders Opstaaen, Bevaring, Forandring eller Ophør. Men *hvilke* Kendsgerninger der skal bevirke disse fundamentale Begivenheder i Retslivet, kan naturligvis kun den nøjeste, i Enkeltheder gaaende Erfarings-Undersøgelse og Vurdering af de menneskelige Livsforhold med Samfundets Tarv for Øje vise.

De retslige Kendsgerninger er af højst forskellig Art. Eksempelvis kan nævnes: Tiden, de menneskelige Handlinger, de ydre Ting, Løseegenstande og faste Ejendomme, de aandelige Frembringelser, Forfatterværker, Kunstværker og Opfindelser, Slægtsforhold, Fød-

sel paa et bestemt Lands Omraade o s v. Hver enkel af disse Kendsgerninger har dernæst ofte Retsvirkninger paa forskellige Omraader. Saaledes benytter Retsordenen f Eks *Tiden* paa højst forskellig Maade. Tiden i Betydning af en Persons *Alder* har saaledes Retsvirkning ved Spørgsmaalet om Personens Myndighed, med forskellige Tal af Aar, eftersom det er Myndighed til at indgaa økonomiske Aftaler (21 Aar), Aftaler om personligt Arbejde (18 Aar), til at indgaa Ægteskab (21 Aar for Manden, 18 Aar for Kvinden), oprette Testamenter (18 Aar) o s fr. Tiden har Betydning som *Tidsrum* ved Hævd og Forældelse indenfor Ejendomsretten, ved Strafskylds Forældelse indenfor Strafferetten, ved Ægteskabets Opløsning indenfor Familieretten (Separationstiden), som *Frister*, for Indsigelser ved præklusive Erhvervelser, og ved Indkaldelser i Rettergang.

Ofte kan det være et Spørgsmaal, om en Kendsgerning bør være retslig, om Samfundet skal knytte Retsvirkninger til den. Det er saaledes et Spørgsmaal — og ofte et brændende og hæftig omstridt Spørgsmaal —, om saadanne Kendsgerninger i Naturen som *Køn* og *Race* skal være retslige, om Retsordenen bør knytte Retsvirkninger hertil, om den bør lade disse Forskelle i Naturen præge sig ogsaa i retslige Forskelle mellem Mennesker. Det kan nu i Virkeligheden ikke benægtes, at Kønsforskellen i et vist Omfang ogsaa bør sætte sit Præg paa Retsreglerne, gennem Forskelle i disse. Saaledes findes det f Eks almindelig anerkendt, at Retsreglen om Myndighed til at indgaa Ægteskab bør være forskellig; Ægteskabsalderen er derfor — i de nordlige Lande — for Mandens Vedkommende 21, men for Kvinden 18. Det store Problem drejer sig imidlertid om, i *hvilket* Omfang Kønsforskellen bør præge Samfundets Retsregler. Forud indtagne, følelsesbetonede Meninger, Dogmer har ingensomhelst Interesse i disse Spørgsmaal, ligesaa lidt som i noget andet. Kun den mest indtrængende Erfarings-Undersøgelse kan løse dem.

Ogsaa i det daglige Retslivs mange private Forhold er det ofte

et vanskeligt Problem, om en vis Kendsgerning bør have retslig Betydning. Det er saaledes i de private Kontraktsforhold et af de hyppigste Konfliktspørgsmaal, der giver Anledning til utallige Rets-sager mellem Aar og Dag: om en vis sjælelig Kendsgerning, en Forestilling eller Antagelse hos den ene Part i et Kontraktsforhold skal være retslig afgørende og navnlig have den Retsvirkning, at denne Part kan hæve Kontrakten, hvis denne hans Forestilling eller Antagelse skuffes, viser sig urigtig eller brister, jfr E R III¹ S 773 ff. Dette, at den paagældende *Forestilling* eller *Antagelse* hos Kontraktparten er *retslig* eller *retslig afgørende*, i denne Forstand, udtrykker vi i teknisk juridisk Sprog ogsaa saaledes, at Forestillingen eller Antagelsen er en væsenlig eller *relevant Forudsætning* for Aftalen (af det latinske Ord *relevare*: at hæve, løfte op).

Foruden Forestillinger kan ogsaa *Følelser* være retslige Kendsgerninger, idet Retsordenen har givet visse Grupper af Følelser en særlig Retsbeskyttelse (*Æresfølelsen*, den religiøse Følelse o fl a).

For hele denne brogede Mangfoldighed af retslige Kendsgerninger og Underafdelinger af disse: Tiden, Fødsel, Slægt, Ting, Frembringelse, Køn, indre sjælelige Kendsgerninger, som Forudsætninger, Følelser o s v, er det umuligt at finde fælles Regler eller Grundsætninger. Disse Kendsgerninger er udvalgt af Samfundet paa vidt forskellige Omraader af Menneskelivet, for at tilfredsstille vidt forskellige praktiske Behov.

En særlig betydningsfuld Gruppe af de retslige Kendsgerninger er de *menneskelige Handlinger*, hvortil *Samfundet knytter Retsvirkninger*, ogsaa kaldet *Retshandlinger*. Men selv disse er en saa

I fransk Retsvidenskab kaldes ofte de retslige Kendsgerninger, der ovenfor er kaldt *Retshandlinger*, for »faits juridiques«, i Modsætning til alle *andre* retslige Kendsgerninger, der undertiden kaldes »faits matériels«. Under »faits juridiques« gaar altsaa, ligesom under det ovenfor anvendte Begreb *Retshandlinger*, baade retstridige Handlinger og andre menneskelige Handlinger, hvortil der er knyttet Retsvirkninger. Man kan naturligvis

omfattende og højst forskelligartet Gruppe Fænomener, at der ikke lader sig opstille fælles Regler for dem. Denne Gruppe omfatter eksempelvis saa forskellige Handlinger som: Bemægtigelse eller Menneskets Tilegnelse af en herreløs Genstand, en Opgivelse (De-reliction), en Frembringelse, en Viljeserklæring — som f Eks et Løfte, et Testamente —, en retstridig Handling, en Vidneforklaring, en Begæring om Tinglysning, om Optagelse i Alders- og Sygeforsikringen, en Ekspropriation, en Benyttelse og Brug af en Ejendom i Hævdsojemed, en Individualisering, Afsendelse eller Overgivelse af en Ting i Overdragelsesøjemed, Udlevering af Dokumenter under en Retsag, Udlevering af Forbrydere til fremmed Land, Fængsling, Beslaglæggelse o s v. Der kræves af Retsordenen ved alle disse Handlinger vidt forskellige Betingelser for Retsvirkningens Indtræden; og der kan end ikke opstilles et Minimum af Egenskaber hos den handlende Person. Man har ganske vist selv ved Handlinger, hvor man var klar over, at et saadant Minimum ialtfald var ringe, som f Eks Bemægtigelse, ment, at der dog kunde findes et saadant Mindstemaal, idet Sindssyge og Børn ikke skulde kunne foretage en retsgyldig Bemægtigelse. Saadant Krav beror imidlertid paa abstrakt Tænkning — der særlig har floureret i romanistisk Retslitteratur — og ikke paa Erfaringer fra det virkelige Liv. I visse Hensender er det ialtfald rigtigt og praktisk, af Hensyn til Ordenen i Samfundet, at statuere en Bemægtigelse med Bemægtigel-

ogsaa skille de retstridige Handlinger ud fra Retshandlinger som en Gruppe for sig og alene kalde de andre Handlinger (Bemægtigelse, Viljeserklæringer o l) for Retshandlinger, se saaledes *E. R. Bierling: Juristische Principienlehre*, 1894, II Bd 42 ff. Men da der dog næppe kan opstilles fælles Grundsætninger for alle de andre Retshandlinger i Modsætning til retsstridige Handlinger, synes en saadan Sondring paa dette Stadium ikke fornøden. Idetheletaget anvendes saadanne omfattende Begreber som retslige Kendsgeninger og Retshandlinger eller retslige Handlinger jo kun paa dette *indledende Stadium* til kort *Orientering og Oversigt* over Retslivets Fænomener, og ikke til Systemgruppering, til hvis forskellige Grupper der skal udfindes særlige Grundsætninger.

sens Retsvirkninger uden Hensyn til Bemægtigerens Alder eller indre Sindstilstand, jfr E R II 401-2. Om der skal opstilles nærmere Betingelser for de forskellige menneskelige Handlingers Retsgyldighed, og i bekræftende Fald *hvilke*, maa idethele afgøres ved en nøje Prøvelse ud fra de særlige Erfaringer paa de forskellige Retsomraader, Familie- og Arveretten, Ejendomsretten og Fordringsretten, Strafferetten, Retsplejen og Statsretten; og noget almindeligt herom kan ikke angives.

Der er imidlertid to særlige Grupper af menneskelige Handlinger, der er Retshandlinger, som vi møder overalt, paa de forskelligste Omraader af Retslivet, og som maa behandles i den almindelige Retslære, fordi disse to Fænomener overalt, hvor vi møder dem i Retslivet, frembyder visse fælles, grundlæggende Træk, der bevirker, at de samme Problemer opstaar omkring dem paa de forskelligste Omraader. Disse to Grupper af Retshandlinger er: de menneskelige *Viljeserklæringer* og de *retstridige Handlinger*.

De menneskelige Viljeserklæringer er Kilden til al Ret i Samfundet, der fastsættes af dettes Myndigheder eller aftales af dets Borgere, medens Sædvanen og Sagens Natur er Kilden til al anden Ret, jfr min Afhdl: Retskilderne 9 ff, 53 ff. Jeg deler i det følgende Viljeserklæringerne i to Grupper, *offenlige* Viljeserklæringer og *private*. Hvad enten vi betragter de offentlige Viljeserklæringer, som Love, Anordninger, Domme, eller de private, som Løfter, Kontrakter, Testamenter, er det ved alle disse, offentlige og private *Viljeserklæringer* i Forening, at *udadtil al Ret i Samfundet sættes*, at Regler for fælles menneskelig Opførsel gives. De *retstridige Handlinger* indeholder derimod *Angrebene paa den saaledes givne Ret*, og paa *al Ret* idethele. Snart angriber de retstridige Handlinger den ved Loven eller anden offentlig Viljeserklæring satte Ret, snart angriber de den ved en Aftale eller anden privat Viljeserklæ-

Det mere omfattende Begreb: Retshandlinger kan naturligvis ogsaa inddeles i offentlige og private, jfr T L § 12, 1.

ring skabte Ret. Men det er jo kun naturligt, at vi paa alle Retslivets Omraader møder disse to retslige Grundfænomener: de menneskelige Handlinger, der skaber Retten, og de Handlinger, der søger at nedbryde den. Indenfor hvert af disse Fænomener vil der paa store Omraader kunne paavises visse fælles Grundsætninger, gældende for hele Retslivet. Og selv hvor saadanne Grundsætninger ikke kan paavises, gennemløber disse retslige Grundfænomener visse fælles Stadier og giver paa disse Stadier Anledning til de samme fælles Grundproblemer, paa samme Maade som Fænomenerne i Naturen gennemløber visse fælles Stadier og herunder optræder paa bestemte Maader.

I det følgende gives der først en fælles Undersøgelse af de menneskelige Handlinger, der skaber Retsordenen, Viljeserklæringerne, A, derefter en fælles Undersøgelse af de retstridige Handlinger, B.

A.

VILJESERKLÆRINGER.

EN Viljeserklæring er først og fremmest en Erklæring fra et Menneske til andre Mennesker. Ved en *Erklæring* forstaar jeg *en ved Ord, mundtlige eller skrevne, eller andre Tegn givet Meddelelse fra det ene Menneske til det andet (eller andre) om et vist faktisk Forholds Eksistens*. De fleste Erklæringer er givet i Ord, mundtlige eller skriftlige, f Eks en Sagkyndigs Udtalelse for Retten om et vist Faktum eller visse Fakta, en Lægeattest, en almindelig privat Oplysning mellem Mennesker, mundtlig eller i et Brev, en faktisk Oplysning i Dagblade eller i Radioen. Men der kan ogsaa i Meddelelsesøjemed anvendes *andre Tegn end Ord*. Særlige Tegn- eller Signalsystemer (ved Farver o l) anvendes som bekendt bla i Søfarten og Jernbanefærdselen, til at give faktiske Oplysninger fra Menneske til Menneske; et bekræftende Nik eller en Haandbevægelse kan ogsaa give en faktisk Oplysning o s v. Idetheletaget kan Tegnene i adskillige Tilfælde bestaa i *en Persons ydre Opførsel*, derunder Passivitet. — En Erklæring behøver dernæst ikke at være rettet til et *bestemt Menneske*; den kan ogsaa være rettet til en ubestemt Kres af Personer, f Eks en privat Bekendtgørelse i et Dagblad om, at Ejendomme eller Bohave er til Salg.

Dissc Bemærkninger gælder ogsaa den *Undergruppe af Erklæringer*, vi kalder *Viljeserklæringer*. En Viljeserklæring er en Erklæring, altsaa en ved Ord, andre Tegn eller Opførsel, fra Menne-

ske til Menneske given *Meddelelse* om et ganske *bestemt, særligt Faktum*, nemlig det indre sjælelige, at den erklærende *vil*, at en bestemt menneskelig Handling skal ske, med en bestemt Virkning for Øje. Og en *retslig Viljeserklæring* er en saadan Viljeserklæring, som tilsigter en Handling, hvortil Samfundet har knyttet Retsvirkninger. De fleste retslige Viljeserklæringer anvender Ordene som Meddelelsetegn: Love, Domme, Anordninger, Kontrakter, Testamenter. Men en retsgyldig Viljeserklæring kan, som enhver anden menneskelig Erklæring, ogsaa udtrykkes ved *andre Tegn*. Et bekræftende Tegn paa et Tilbud, f Eks under en moderne Auktion ved særlige Signaler, i andre Forhold ved Haandbevægelser, kan være fuldt retsgyldig. En retslig Viljeserklæring kan ogsaa være rettet til en ubestemt Kres af Personer, f Eks en Lov, en Anordning, en Udlovning i Dagbladene om en Belønning for en vis Handling, en Tinglysning.

Baade *Erklæringer* og *Viljeserklæringer* kan indeles i *offenlige* og *private*. Offenlige er de, naar de enten afgives af offentlige Myndigheder eller til offentlige Myndigheder til Brug i offentligretlige Forhold. Private Viljeserklæringer er alle af Private — eller Myndigheder — afgivne Viljeserklæringer i privatretlige Forhold.

En Vidneforklaring, et Syn og Skøn, en Lægeattest til Brug ved Syge- og Invalideforsikringen, en Toldangivelse, en Tingbogattest er Eksempler paa *offenlige Erklæringer*. En Kvittering for et Beløbs Modtagelse, en Faktura, en privat Bladkundgørelse om Salg o l er Eksempler paa *private Erklæringer*. Ovenfor er nævnt Eksempler paa offentlige og private Viljeserklæringer.

Undertiden kan der i den daglige Praksis opstaa Tvivl om, hvorvidt en Erklæring er en almindelig Erklæring — ogsaa kaldet en simpel Erklæring — altsaa blot en Bevidnelse af et Faktum, eller om den er en Viljeserklæring. Dette gælder eksempelvis et saa hyppigt Dokument i det daglige Liv som *Kvitteringen*. Hvis denne er en a conto Kvittering, er den kun en Erklæring eller simpel Erklæring; den meddeler da kun det rent faktiske: at et Beløb af

den og den Størrelse den paagældende Dato er modtaget af NN. En Generalkvittering eller Saldokvittering er derimod en Viljeserklæring; den kvitterende erklærer herved positivt, samtidig med et vist Beløbs Modtagelse, at hermed er han som Kreditor helt fyldestgjort, at hermed er hele Mellemværendet opgjort og afgjort. — En *Reklamation* maa anses for en Viljeserklæring, uanset at den ofte har Form af en blot faktisk Meddelelse. I Køberens rettidige Meddelelse om Mangler ved Varen eller om dens Forsinkelse undervejs ligger, foruden den faktiske Konstatering heraf, tillige, at han ihvertfald forbeholder sig at gøre de heraf flydende Retsvirkninger gældende (Ophævelse af Kontrakten, Erstatningsansvar).

En Viljeserklæring foreligger ikke, blot fordi en menneskelig Handling udtrykker en Vilje, der har retslig Betydning for Omverdenen. En Bemægtigelse eller en Bortkaste (Dereliktion) af en Ting er saaledes vel en *Handling*, der *udtrykker en Vilje* af Betydning for Omverdenen. Men disse Handlinger er *ikke* det, en Viljeserklæring først og fremmest er, en *Erklæring til Omverdenen*. En Viljeserklærings *Hovedformaal* er Meddelelsen til andre Mennesker om Indholdet af den Erklærendes Vilje. Men en Bemægtigelse og en Bortkaste af en Ting er *efter sit Hovedformaal* ikke nogen *Meddelelse*, men først og fremmest en *Tilegnelsehandling* eller en *Opgivelsehandling*. Dette, at der i Handlingen tillige skulde ligge

Det kan som bekendt meget vel forekomme, at offentlige Myndigheder afgiver private Viljeserklæringer; dette sker fEks hver Gang Stat eller Kommune sælger en Ejendom til Private eller til hinanden indbyrdes. Det desangaaende udstedte Skøde er et privat Dokument, der oprettes og tinglyses efter Privatrettens Regler.

— I handels- og søretlige og toldretlige Forhold findes der mange *simple Erklæringer*, der er af stor praktisk Betydning, og hvormed der er forbundet et *betydeligt Ansvar*, jfr saaledes *Fakturaer*, *Skipperens Erklæring* ifølge Toldforordningen af 1 Febr 1797 § 147, hans *Generalangivelse over Skib og Ladning*, jfr nævnte Fr §§ 150-154, 251, 253-255, og *Købmandens*, *Afladerens Specialangivelse* over det enkelte, ham tilhørende Vareparti, jfr samme Fr §§ 163-171, 232-250.

en Meddelelse til andre Mennesker om, at den Handlende har tilgnet sig eller opgivet en bestemt Ting, er enten noget, den Handlende slet ikke har skænket en Tanke, eller er noget, der ihvertfald for ham er kommet i anden Række. Allerede af den Grund er det givet, at der slet ikke kan være Tale om at overføre de Krav om personlige Egenskaber, som vi stiller til Afgiveren af en Viljeserklæring (Myndighed o l), paa den, der bemægtiger sig en Ting.

Paa den anden Side findes der utvivlsomt *Handlinger*, der maa opfattes som *Tegn*, som *Viljeserklæringer* efter deres Hovedformaal. En Viljeserklæring kan være stiltiende saavel som udtrykkelig, hvilket ogsaa er forbeholdt i den ovenfor givne Begrebsbestemmelse, idet denne omfatter ikke blot Viljestilkendegivelser i *Ord*, men ogsaa Viljestilkendegivelser ved andre *Tegn* og ved *Opførsel*; en Persons *Handlinger*, *Opførsel* idethede, ogsaa Passivitet, derunder *Tavshed* overfor en *vis Sagernes Stilling*, kan virke som en stiltiende Viljeserklæring, ligesaavel som de kan virke som simple, faktiske Erklæringer, som ovenfor fremhævet.

En ejendommelig *Mellemform mellem Viljeserklæringer og andre Retshandlinger*, der ikke er saadanne, møder vi i visse *Tilegnelseshandlinger*. Hvis en Person A overlader B en Ting eller andet Gode eller stiller det til Raadighed for ham paa Betingelse af visse Pligters Overholdelse, derunder Betaling for Godets Benyttelse, anses B, dersom han herefter tilegner sig Godet, forpligtet til at opfylde de saaledes af A stillede Betingelser. I de fleste Tilfælde vil B's Tilegnelseshandling faktisk være en stiltiende Viljeserklæring, idet B er ganske indforstaaet med at opfylde Betingelserne, naar han tilegner sig Godet. Naar saaledes en Person benytter et offentligt Befordringsmiddel, f. Eks en Sporvogn, ligger der normalt alene i den faktiske Benyttelse en Erklæring om at ville betale Taksten herfor. Men *selvom* Tilegnelsen ikke er en saadan Viljeserklæring, idet B endog samtidig med Tilegnelsen tager Forbehold imod Betingelserne herfor, forpligtes han alligevel i Overensstemmelse med disse. Her er Tilegnelsen simpelthen en Retshandling, der uanset

den Handlendes Vilje har visse Retsvirkninger, Forpligtelsernes Indtræden i Overensstemmelse med Vilkaarene for Godets Overladelse, til Følge, jfr *Jul. Lassen* 235-36, *Henry Ussing Aftaler* 209-11. Den, der tilegner sig ubestilte Varer, der er sendt ham, bliver pligtig at betale den af ham forud, navnlig paa Fakturaen, forlangte Betaling. Endvidere maa, som berørt, ogsaa den, der benytter en Sporvogn, Jernbane, Færge eller andet offentligt Transportmiddel, betale herfor efter de herfor almindelig fastsatte Takster, selvom han i et enkelt Tilfælde ikke vil og gør Indsigelse.

Paa samme Maade, som det saaledes forholder sig med en Persons Handlinger, forholder det sig ogsaa med en Persons *Undladelser*, hans Passivitet. Ofte er Forholdet vel faktisk det, at Passiviteten er et Udtryk for Personens Vilje, en Meddelelse til Modparten eller Omverdenen herom. Naar f. Eks. en Husvært uden Forbehold modtager en for sent erlagt Husleje, er denne Handling saavel som den dermed forbundne Passivitet utvivlsomt normalt et Udtryk for en Vilje, en Viljeserklæring overfor Lejeren, nemlig om, at Husværten ikke i Anledning af Forsinkelsen vil sætte Lejeren ud af Lejligheden. Men Retsordenen kan i sine Regler desangaaende alene af praktiske, retstekniske Grunde ikke fordybe sig i dette Viljespørgsmaal. Lovgivningen fastslaar derfor i mangfoldige Tilfælde, at en Persons Passivitet har visse bestemte Retsvirkninger, uden at berøre og uden at tage Hensyn til, om Personen virkelig vil disse Retsvirkninger eller ej. Naar Lovgivningen saaledes fastslaar i en Række Forhold, at en Person, dersom han ikke reklamerer overfor en vis Begivenhed, maa finde sig i, at visse Retsvirkninger indtræder, vilde det være en Fiktion at hævde, at Passiviteten altid er et Udtryk for dens Vilje, der undlader at reklamere. Retsvirkningen indtræder efter Loven, selvom han ikke har forbundet nogen Vilje med Undladelsen i saa Henseende. Eksempelvis kan saaledes fra nordisk Ret nævnes Aftalelovens §§ 28, 32, Købelovens §§ 52, 54, Kommissionslovens §§ 22 og 23, Ægteskabslov I § 24, II §§ 18 og 19, Aktielovens § 58. Naar en Fordring eller

anden Ret forældes ved Kreditors eller anden berettigets Passivitet gennem en vis Aarrække, indtræder Retsvirkningen, Forældelsen ligeledes uden Hensyn til, om Opgivelsen af Retten er villet eller ikke; og her er Undladelsen i endnu langt flere Tilfælde ikke Udtryk for nogen Viljeserklæring end ved de sidstnævnte Tilfælde af Undladelser af Reklamationer. De reale Grunde til Forældelse saavel som til Hævd er idetheletaget flere foruden den, at den berettigede ikke har villet gøre Retten gældende. Ogsaa udenfor de af Lovgivningen omtalte Tilfælde er det i Retspraksis fastslaaet, at en Passivitet kan have en Retsvirkning til Følge, selvom det bagefter kan paastaas eller sandsynliggøres, at vedkommende ikke forbandt nogen Vilje til saadan Retsvirkning med sin Undladelse, jfr U f R 1918.183.

Baade for den daglige Praksis og for Lovgiveren har det Betydning at være klar over, hvornaar der foreligger en egenlig Viljeserklæring, og hvornaar der foreligger en Tilegnelsehandling eller en Undladelse, der ikke behøver at være Udtryk for nogen Vilje fra den handlendes eller undladendes Side. Lovgiveren bruger ofte Udtryk som Viljeserklæring, Aftale, Viljesbestemmelse eller Bestemmelse, det germanske Udtryk Retshandel eller det romanske Disposition, se f Eks Aftalelovens §§ 28-34, 37, 39: »Viljeserklæring«, Aftalelovens §§ 4, 6, 37, Ægteskabslov I, § 72, Myndighedslov §§ 35, 36, 38, 43, 44, Ægteskabslov II, § 32, Forsikringsloven §§ 1-4, 12, 15, 16, 23, 28-30, T L §§ 1, 5, 47 og 48: »Aftaler«, Ægteskabslov II §§ 21, 28: »Bestemmelse«, K L § 24: »Disposition«, K L §§ 26, 29 og 30, Aftaleloven §§ 10, 11, 19-26, Myndighedsloven § 34, Ægteskabslov II §§ 11, 14, 18-20: »Retshandel«. Ligesom disse Udtryk ikke omfatter saadanne Handlinger som *Bemægtigelse*, *Hævdserhvervelse* o l, der ikke med nogen Ret kan opfattes som Viljeserklæringer eller Aftaler, omfatter de i Reglen heller ikke *Undladelser*,

Se om Undladelser og deres Retsvirkninger idethele *C. J. Arnholm: Passivitetensvirkninger*, 1932, og om Undladelse af Reklamationer *Vilh. Meyer i U f R 1918 B 49-59 og 89-102*.

idet det er unaturligt at indbefatte disse saavel som Tilegnelses-handlinger under Udtryk som Viljeserklæringer, Aftaler, Retshandler. Saaledes falder Undladelse af at afbryde en Forældelse eller Hævd ikke ind under Gaveretshandler i K L § 26. Men der kan forøvrig under Fortolkningen af de enkelte Lovbestemmelser undertiden opstaa Tvivl, om ikke visse Undladelser eller Tilegnelses-handlinger, trods Ord som Retshandel eller Viljeserklæring, efter Bestemmelsens Formaal maa falde ind under den.

Det er derfor det rigtigste, at Lovgiveren ved hver enkel Lovbestemmelse nøje gør op, hvorvidt den kun skal anvendes paa Viljeserklæringer, Aftaler, eller om den ogsaa skal kunne anvendes paa visse Tilegneshandlinger eller Undladelser og da hvilke. Og ved en Codification vilde det være heldigt, om Lovgiveren ogsaa paa dette Omraade slog Begreberne og Ordens Anvendelse paa dem fast og gennem hele Lovværket anvendte en ensartet Sprogbrug. Ved Siden af det omfattende Ord *Viljeserklæring*, der betegner baade offentlige og private Viljeserklæringer, burde der i Loven fastslaaes et særligt Udtryk for den *private Viljeserklæring*, f Eks *Viljesbestemmelse* eller *Bestemmelse* (altsaa ensbetydende med det franske: disposition og det tyske: Rechtsgeschäft), og dette burde altsaa omfatte: baade Viljeserklæringer inter vivos og mortis causa. For et saadant omfattende Ord vil der navnlig blive praktisk Brug, hvis der kan opstilles visse fælles Grundsætninger for private Viljesbestemmelser, jfr eksempelvis B G B §§ 104 ff, 116 ff. For Undergruppen: Bestemmelser mortis causa har vi Ordet

Den nødvendige Germanisme: Retshandel, der anvendtes meget i dansk Lovsprog i Slutningen af det 19 og Begyndelsen af det 20 Aarhundrede, fortrænges i nyeste Tids Lovgivning mere og mere af de nordiske Ord Aftaler og Bestemmelser. Den første Lov, der bevidst helt udelukkede Ordet Retshandel og overalt anvendte Ordet Aftaler, var Tinglysningsloven af 31 Marts 1926, se de anførte Bestemmelser, §§ 1, 5, 47 og 48. Forsikringsloven af 15 April 1930 anvender i næsten alle sine Bestemmelser Ordet Aftaler, se §§ 1-4, 12, 15, 16, 23, 28-30, 32, 34, 43, 50, 51, 60, 65, 67, 75-76, 92, 94, 107, 111, 121 og 126, og har aabenbart i Reglen ingen Trang haft til

Testamenter (1); for Undergruppen: de retstiftende Viljeserklæringer inter vivos (2) har vi Ordet: *Aftaler*. For de afledede Viljesbestemmelser (3), der har Hjemmel i en i Forvejen eksisterende Aftale, som Opsigelser, Reklamationer o.l. se nærmere nedenfor, mangler vi et Ord i nordisk Sprog; men som anvendelig kan formentlig foreslaas: *Følgebestemmelser* eller *sekundære Viljeserklæringer*.

Allerede ved de simple retslige Erklæringer opstaar der en Række fælles Spørgsmaal, der hænger sammen med Kernen i Fænomenet: Erklæringen, *Meddelelsen af et Bevidsthedsindhold fra det ene Menneske til det andet*, med *Retsvirkning* i Følge. Man maa nemlig ved alle saadanne Erklæringer spørge: hvilke personlige Egenskaber kræver Retsordenen af Erklæringens Afgiver for at tillægge den retslig Betydning? Endvidere: kræves der en bestemt Form for Erklæringen, for at den kan faa Retsvirkning? Fra hvilket Tidspunkt faar den Retsvirkning, og hvad sker, hvis der viser sig Uoverensstemmelser mellem Erklæringens Ord (eller andre Tegn) og den Erklærendes Bevidsthedsindhold? De personlige Egenskaber, der kræves af den Erklærende, er yderst forskellige paa de forskellige Omraader. Man tænke f. Eks paa en Lægecattest og en Vidneforklaring. I det ene Tilfælde skal den Erklærende tilfredsstille betydelige Krav m H t saglig Indsigt, i det andet kun minimale, almenmenneskelige Krav, jfr *Munch-Petersen: Retspleje I S 203 ff.* Herom kan der ikke opstilles almindelige Regler. Det samme gælder Spørgsmaalet om Erklæringens Form og om Tids-

Anvendelse af Ordet Retshandel. Kun i en enkelt §, nemlig § 113, anvender Loven dette Udtryk; og her kunde Loven ogsaa godt have undværet det og som Fællesudtryk for alle private Viljeserklæringer have anvendt Udtrykket: *Bestemmelser eller Viljesbestemmelser*. Som saadant Fællesudtryk kunde endelig ogsaa Ordet: *Forføjninger* — der anvendes meget i norsk Sprog — bruges.

Om Tvivlen ved Udtrykket: Retshandelen i K L § 26 se *Lassen II 9-10, Henry Ussing i Lassen og Ussing 35-38.*

punktet for Retsvirkningens Indtræden. De besvares iøvrig ret let paa de mange forskellige Omraader, hvor de simple Erklæringer optræder, og giver sjældent Anledning til Tvivlspørgsmaal. Det samme gælder Spørgsmaalet om Uoverensstemmelser mellem Erklæringens Ord og det, den Erklærende tilsigtede at meddele. Saadanne Uoverensstemmelser forekommer naturligvis nu og da ogsaa paa de simple Erklæringers Omraade; men de berigtiges i Reglen uden større Følger, bortset fra, at *bevidst urigtige* Erklæringer ofte medfører Strafansvar; og de ses sjældent at give Anledning til tvivlsomme Retsager. Dette hænger naturligvis sammen med, at en simpel Erklæring kun indgaar som et enkelt Led *blandt en Række andre Betingelser*, der skal opfyldes, for at en afgørende Retshandling, Viljeserklæringen sætter sig i Bevægelse, og der ialtfald ofte er Tid og Lejlighed til at berigtige Fejl i den simple Erklæring, inden Viljeserklæringen afgives og dermed den retslige Afgørelse falder. Der er ogsaa ofte Mulighed for at omgøre Viljeserklæringen, naar Fejlen i en simpel Erklæring er rettet. Eksempelvis kan nævnes: en Lægeattest kan være et Led i en Række Betingelser for at opnaa Invaliderente, en Leveattest et Led blandt Betingelserne for at opnaa en Legatunderstøttelses Udbetaling o s v. De væsentligste retslige Virkninger af de simple Erklæringer er da efter det anførte idethele indskrænket til, at de kan indgaa som Led iblandt Betingelserne for en gyldig Viljeserklærings Tilblivelse, og til at de, dersom de er bevidst urigtige, kan paadrage den Erklærende Strafansvar og, muligvis, Erstatningsansvar efter den almindelige Erstatningsregel.

En ganske anden Brod og Dybde faar de nævnte Spørgsmaal om Stadierne i den menneskelige Erklærings Tilblivelse og de dertil knyttede Betingelser for dens Gyldighed, naar vi kommer til *Viljeserklæringerne*. Ved disse sættes direkte en Ret ind i Verden, eller en Ret forandres eller opløses. Man forstaar da, at der kan opstaa mange og bitre Kampe i det daglige Retsliv om saadanne Spørgsmaal: Havde Viljeserklæringens Afgiver de rette personlige

Egenskaber for at kunne afgive en saadan? Er Viljeserklæringen overhovedet i sin Tilblivelse naaet til et saadant Stadium, at dens Retsvirkning kan indtræde? o s v.

De Problemer, der opstaar ved *alle* Arter af retslige Viljeserklæringer, Problemer, der bunder i selve den menneskelige Viljeserklærings Natur, kan, saa vidt jeg kan se, idethele samles om følgende Punkter:

1. *Hvilke Egenskaber, personlige eller saglige, skal Afgiveren af en retslig Viljeserklæring — en privat Person eller en Myndighed — være i Besiddelse af for, at Retsordenen kan tillægge den paagældende Viljeserklæring retslig Gyldighed?*

2. *Kræver Retsordenen nogen bestemt ydre Fremtrædelses-Form af den paagældende Viljeserklæring for at tillægge den Retsgyldighed?*

3. *Hvilket Stadium i Viljeserklæringen, Meddelelsen fra den Erklærende til Erklæringens Modtager skal Retsordenen knytte Retsvirkningen til? Her kan der være Tale om meget forskellige Stadier: 1) det Øjeblik, da Erklæringen blev fremsat, d v s da Ordene blev udtalt eller nedskrevet, 2) det Øjeblik, da Erklæringen blev afgivet (derunder afsendt), eller 3) da den ankom til Modtagerens Sted (Bopæl, Kontor o l), 4) det Øjeblik, da den kom til hans Kundskab, eller 5) da den blev offentliggjort (i særlige eller almindelige Blade), eller 6) da den blev antaget (akcepteret) af ham. De nævnte Stadier maa iøvrig ikke opfattes som nogen fuldt udtømmende Angivelse; der kan tænkes andre. Og der kan endelig være Spørgsmaal om at give Viljeserklæringen tilbagevirkende Kraft, altsaa Retsvirkning fra et tidligere Tidspunkt end Viljeserklæringens Tilblivelse.*

4. *Hvis der opstaar Uoverensstemmelser mellem den Erklærendes Vilje, som indre sjæleligt Faktum, og Erklæringens Ord, dens eget, objektive Indhold, som ydre Faktum i Omverdenen, rejser det Spørgsmaal sig: hvilken retslig Betydning skal Retsordenen ved*

de forskellige Viljeserklæringer tillægge saadanne Uoverensstemmelser?

5. Hvis den Erklærende har afgivet Viljeserklæringen under *Tvang* eller *Svig* eller under *Forudsætninger*, der senere viser sig at være urigtige eller som senere brister, bliver det ligeledes et Problem, hvilken retslig Virkning Retsordenen skal tillægge disse unormale Kendsgerninger i Viljeserklæringens Liv.

6. Hvis der viser sig *Modstrid mellem to Viljeserklæringer*, som staar i en vis *Afhængighed af hinanden*, opstaar Spørgsmaalet om, hvorledes Retsordenen skal løse denne Konflikt.

Som jeg i det følgende skal vise, maa de fleste af ovennævnte Spørgsmaal besvares paa højst forskellig Maade ved de forskellige Arter af Viljeserklæringer, idet de praktiske Behov paa de mange varierende Livsomraader vil kræve meget forskellige Løsninger. I første Række vil der ved de store Hovedgrupper, de offentlige og de private Viljeserklæringer, komme dybtgaaende Forskelligheder frem.

Paa et Hovedpunkt viser dog Erfaringerne fra alle de forskellige Omraader, fra de mangfoldige Viljeserklæringer, henimod en fælles Helhedsløsning, en Ledestjerne under mange forviklede Forhold. Det gælder det vigtige Punkt 4. Da man hidtil ikke har givet en fælles Undersøgelse af Hovedproblemerne baade i de offentlige og de private Viljeserklæringer, har man ikke set, at der her i Virkeligheden gælder en fælles Livets Lov i hele Retslivet, og at Paavisningen af denne Livets Lov kan støtte Resultaterne paa de forskellige særlige Omraader.

I Problemet om Kollisionen mellem den Erklærendes *Vilje* som indre sjæleligt Faktum og *Erklæringens eget objektive Indhold* maa nemlig denne Livets Lov eller *ledende Grundsætning*, baade ved *offentlige* og *private* Viljeserklæringer være: *Viljeserklæringens Ord*, saaledes som disse naturlig maa forstaas efter almindelig Sprogbrug, maa som *Hovedregel gælde i retslig Henseende*, og ikke

en, bag ved liggende Vilje hos Viljeserklæringens Afgiver eller et Ønske eller en Forventning hos dens Modtager. Det er saaledes Lovens og Anordningens egne Ord, objektivt forstaaet efter naturlig Sprogbrug, der er Rettesnoren for Borgernes Opførsel og Dommerens Afgørelser, og ikke Lovens Motiver, der viser, at Lovgiveren har ment noget andet, end Lovens klare Ord siger. Det er endvidere ogsaa en Doms eller anden Retsafgørelses eller administrativ Beslutnings Ord, der er bestemmende for disse Afgørelses Retsvirkninger, og ikke, hvad vedkommende Domstol eller Myndighed maatte have villet, men ikke faaet udtrykt i Ordene. Selvfølgelig har det heller ingen Betydning, hvad Borgere subjektivt vilkaarlig indlægger i en Lovs eller Doms Ord uden Hjemmel i disse. Og i det daglige Livs mangfoldige Kontraktforhold er det ogsaa, hvad Løftets og Aftalens Ord siger, naturlig forstaaet, der er afgørende for Retsforholdet mellem Kontraktens Parter, og ikke den lovende Kontrahents Vilje eller hans Medkontrahents Forventning.

Det er altsaa Ordet, der binder, baade en Lovgiver i Forhold til Borgerne, og en Løftegiver i Forhold til hans Medkontrahent. Den afgørende reale Grund hertil er, at kun denne Grundsætning om det udtalte eller skrevne Ords forpligtende Kraft kan skabe den Tryghed i Livsforholdene, som Samfundet ikke kan undvære. 1) Det afværger Skuffelser og Bitterhed hos Borgerne, at der deres Opførsel gælder ikke en Statsleders vilkaarlige og omskiftelige Vilje, som man ingen Adgang har til forud at kende, men noget objektivt, over de enkelte Mennesker hævet, nemlig *Sproget*, som *Menneskehedens Fælleseje*, i Loven eller Anordningen, som Borgerne normalt kender eller kan lære at kende, inden de handler. Opfyldelsen af denne Fordring kendetegner netop en Retsstat i Modsætning til Despotiet; og den giver 2) et sikkert Grundlag for alle Borgernes Dispositioner. De ved herefter bestemt, hvad de har at rette sig efter. Men de samme reale Grunde ligger bag Grundsætningen om Kontraktsordenes forbindende Kraft. At man

kan stole paa et Løftes, en Aftales Ord — og ikke skal være afhængig af sin Medkontrahents indre Vilje eller vilkaarlige Fortolkning af Aftalen, — afværger 1) ogsaa Skuffelser, Bitterhed og Følelse af Usikkerhed og 2) giver ligeledes et trygt Grundlag for kommende forretningsmæssige Dispositioner.

Endelig 3) skaber denne Grundsætning om Ordnes forbindende Kraft, i alle offentlige og private Forhold, baade hos Lovgivere, Myndigheder og Medkontrahenter, en gavnlig Koncentration i Tanken, *inden Ordene* udtales, en Agtpaagivenhed og Samvittighedsfuldhed i Brugen af Ordene, af Sproget, en omhyggelig Stræben i al sin Færd overfor sine Medmennesker efter at bruge Ordene klart og bestemt i den Betydning, hvori man ved, de bliver forstaaet. Grundsætningen om Ordnes forbindende Kraft skaber maa O nøje Hensyntagen til ens Næste paa alle de mange og store Omraader, hvor Ordene hersker.

Kun hvor *Loven tier* om et bestemt Forhold, der kræver Afgørelse, eller Loven kan forstaaes paa flere Maader, maa andre Faktorer være vejledende, først og fremmest Hensynet til den bedste Ordning af Retsforholdet, ogsaa kaldet Sagens Natur. Men det samme gælder ogsaa, hvor *Kontrakten tier* eller kan forstaaes paa flere Maader. Ogsaa her maa Dommeren tage Hensyn til Sagens Natur, d v s til den bedste Ordning af Retsforholdet mellem Parterne og derunder ogsaa tage i Betragtning, hvad der for alle Kontraktsforhold af den paagældende Art for Samfundet i det lange Løb vil være den gavnligste Løsning.

Paa et enkelt Punkt kommer der en vis Forskel frem mellem offentlige og private Viljeserklæringer i Henseende til Punkt 4. Ved de private Viljeserklæringer kan nemlig en Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring undtagelsesvis gøre Viljeserklæringen ugyldig, nemlig i det Tilfælde, hvor Uoverensstemmelsen er klart kendelig for Medkontrahenten. Men denne Undtagelse kommer efter ovenanførte ikke frem ved offentlige Viljeserklæringer som Love og Anordninger.

Livets store Sammenhæng viser sig imidlertid ikke blot i, at der kan udfindes *fælles Grundsætninger* eller Love for Fænomenerne, men ogsaa i, at man kan stille *de samme Spørgsmaal* til en Række Fænomener, selvom Besvarelsen falder højst forskellig ud for de forskellige Grupper af Fænomener, saa at fælles Grundsætninger ikke findes. Det samme møder vi i andre Videnskaber. Eksempelvis kan fra Naturvidenskaben nævnes: Overfor alle blomsterbærende Planter kan man stille en hel Række af de samme Spørgsmaal: hvor mange Støvdragere har Planten, hvor mange Kronblade? o s v. Paa samme Maade kan de ovenfor (S 14-15) fremhævede Spørgsmaal stilles til Viljeserklæringerne. Der findes ma O ikke blot *Ligheds-Systematik*, men ogsaa *Spørgsmaals-Systematik*. Ogsaa sidstnævnte Systematik har i metodisk Hensende en vis Betydning, dels ved at skabe et *Overblik* over Livets Fænomener og deres Forskelligheder paa de forskellige Omraader, og dels ved at *henlede Opmærksomheden paa Spørgsmaal*, som maaske hidtil særlig har været iøjnefaldende paa visse Omraader, men som i Virkeligheden ogsaa gør sig gældende paa andre, og som maaske en Dag dukker op, pludselig og uventet, hvis den videnskabelige Undersøgelse ikke i Forvejen gennem Spørgsmaalenes Uddybning paa nogle Omraader og den systematiske Optrækning af Linjerne herfra til andre Omraader har forberedt Jordbunden.

1 Kapitel.

OFFENLIGE VILJESERKLÆRINGER.

TIL de offentlige Viljeserklæringer hører *Grundlove, Love, Anordninger, Bekendtgørelser* og lignende Akter, der giver *almene Retsforskrifter*, dernæst *Afgørelser af konkrete Tilfælde: Domme, Foged-, Skifterets- og Tinglysningskendelser* o l, og *Afgørelser af Forvaltningsmyndigheder*. Som Eksempler paa konkrete Forvaltningsafgørelser kan nævnes: Byggetilladelser, Meddelelse af Næringsbrev, Beskikkelse af Sagførere, Ansættelse af Embedsmænd, Forbud mod Forsamlinger, jfr Grl § 86, Afslag paa Andragender, Registrering af Aktieselskaber o s v.

Der kommer i flere Henseender Forskelle frem, eftersom en offentlig Viljeserklæring gaar ud paa at give almene Retsforskrifter eller paa at afgøre Enkelttilfælde.

1. EGENSKABER HOS DEN ERKLÆRENDE.

Der kræves af den, der udsteder *Love*, i alle Stater *bestemte Egenskaber*, fastsatte i Forfatningen. Hos os, under den nuværende Forfatning, er den lovgivende Myndighed ikke hos en Enkeltperson, men hos et særligt Organ, *Lovgivningsmagten*, et meget sammensat Apparat, bestaaende af en Forsamling, i to Afdelinger, og en Enkeltperson, Statens øverste Repræsentant, jfr Grl §§ 2, 29-65; og til at udstede Grundlove kræves et yderligere sammensat Ap-

parat, jfr Grl § 94. Ligeledes kræves der bestemte Egenskaber af dem, der udsteder *Anordninger*, træffer konkrete *Forvaltningsafgørelser*, og af dem, der afsiger *Domme*.

a. *Afgørelser af urette Myndighed.*

En Lov, derunder Grundlov, der ikke er vedtaget af nævnte forfatningsmæssige Lovgivningsorgan, i Overensstemmelse med Forfatningens, Grundlovens væsenligste Regler herom, er ugyldig og skal som saadan tilsidesættes af Domstolene, jfr *Berlin II* 1. 16 ff, 25 ff, 35-39, 59 ff. Dette vil faktisk ogsaa ske, naar Forfatningslivet i Samfundet *iøvrigt* er *normalt*. Noget andet vil derimod kunne ske under *unormale* Forhold, som Statskup og Revolution. Ugyldighed og Underkendelse ved Domstolene vil, under normale Forhold, ogsaa ramme den Anordning, Bekendtgørelse el, der giver *almindelige Retsforskrifter*, i Tilfælde, hvor disse Forskrifter efter Grundloven eller vor øvrige Lovgivning kun kan gives ved *Lov*, af *Lovgivningsmagten*, jfr *Berlin II* 1. 193-213. Samme Ugyldighed maa naturligvis ogsaa ramme den *Anordning og Bekendtgørelse*, der udstedes af en anden Myndighed end den, som efter Loven skal udstede den, fEks hvis en Anordning eller Bekendtgørelse udstedes af Justitsministeriet, men den efter en bestemt Lov skal udstedes af Indenrigsministeriet.

Hvis en *konkret Forvaltningsafgørelse* træffes af en anden Myndighed end den, der efter Loven eller Anordningerne dertil er berettiget, er Afgørelsen som Hovedregel *ugyldig*. Dette gælder saaledes dels, hvor en Forvaltningsmyndighed træffer en Afgørelse, der rettelig efter Loven hører under *Domstolene*, dels, hvor en underordnet Myndighed, fEks en Politimester, træffer en Afgørelse, der efter Loven (eller Anordningen) alene kan træffes af den *overordnede*, fEks af Amtmanden, og dels, hvor en Myndighed afgør en Sag, der enten *saglig* eller eventuelt ogsaa *stedlig* efter Loven (eller Anordningen) hører under en anden Forvaltnings-

myndighed, jfr *Poul Andersen* 204-214. Ugyldige er, under normale Forhold, ogsaa Forvaltningsafgørelser, truffet af Personer, der overhovedet ikke har nogen Forvaltningsmyndighed, jfr *Poul Andersen* 263.

Hvis en *Dom* eller *Kendelse* afsiges af en Domstol eller Ret, der efter vore Regler ikke burde have afsagt den, idet den f. Eks. er afsagt af en *underordnet* Ret, hvor den burde være afsagt af en overordnet, eller hvor den er afsagt af en Ret, som den *saglig eller stedlig* ikke henhører under, kan Dommen eller Kendelsen ved Appel kendes *ugyldig* af Overinstansen, jfr *Munch-Petersen* II 3 ff, 17 ff, 36-37, 467, V 43, *Hurwitz* 28. — Hvis Dommeren i Underinstansen selv erkender sin manglende Beføjelse, bør han *ex officio* afvise Sagen, jfr samme Værk I 137-38.

b. Afgørelser af Myndighed, der mangler de af Retsordenen krævede personlige Egenskaber.

Spørgsmaalet om, hvilke *personlige Egenskaber* der af Retsordenen kræves hos det Menneske eller de Mennesker, der udøver Myndigheden, og om Følgerne af Manglen af disse Egenskaber, kan praktisk talt kun komme frem ved *konkrete Forvaltningsafgørelser* og *Domme* og andre Afgørelser af Domstolene.

Hvis *Forvaltningsmyndigheden* udøves af en Person, der mang-

Om der findes et eller flere Medlemmer af den lovgivende Forsamling, der i Virkeligheden ikke opfylder Betingelserne for Valgbarhed, vil ikke paavirke Gyldigheden af en Beslutning af denne Forsamling, jfr Grl § 53. Efter denne Paragraf afgør hver af Lovgivningsmagtens Forsamlinger suverænt Gyldigheden af deres Medlemmers Valg; og saalænge et saadant Valg ikke er omstødt, maa vedkommende Medlem gyldig kunne deltage i Forsamlingens Afstemninger.

Saalænge der ikke — paa Grund af Umyndiggørelse eller af andre Grunde — er anordnet en Regeringsførelse for Statsmagtens øverste Repræsentant, har de af ham underskrevne Love Retsgyldighed, jfr *Berlin* I 246 ff, II 1. 25 ff.

ler de efter Loven nødvendige Egenskaber, og hans Udnævnelse eller Valg som Følge heraf anfægtes, vil dog *ikke* derfor de af ham inden hans Afsættelse trufne Afgørelser være *ugyldige*, idet en saadan tilbagevirkende Kraft af hans Afsættelse maa anses for uhenigtsmæssig, jfr *Poul Andersen* 262-63. En Undtagelse maa dog vistnok gøres i det Tilfælde, hvor han i Handlingens Øjeblik var sindssyg, jfr *Berlin* II 2. 285.

Det samme gælder ved *Domme* og *Kendelser*, afsagte af en Dommer, der mangler de *almindelige personlige Betingelser* for at være Dommer, jfr *Munch-Petersen* I 83-85, *Hurwitz* 40. Ligeledes gøres der ogsaa her en Undtagelse, naar vedkommende Myndighed, Dommer, Foged eller sindssyg, i hvilket Tilfælde de af ham afsagte Domme og Kendelser maa annulleres af Overinstansen. — Hvis Dommeren mangler en af de *særlige Betingelser*, der er absolut nødvendige for at sikre en *upartisk* Afgørelse, maa hans Dom eller Kendelse annulleres af Overinstansen, s St 92. Hvis han selv erkender, at han mangler disse Betingelser, bør han *ex officio* afvise Sagen, s St I 137-38.

2. VILJESERKLÆRINGENS FORM.

M H t den ydre *Fremtrædelsesform*, derunder Spørgsmaalet om Offenliggørelse, viser der sig en betydelig Forskel mellem de Viljeserklæringer, der giver *almene Retsforskrifter*, som Love og Anordninger, og de andre Viljeserklæringer, der er *Afgørelser af Enkelttilfælde*, som Domme og konkrete Forvaltningsafgørelser.

a. *Almene Viljeserklæringer. Love og Anordninger.*

Love og Anordninger skal for det første udgives i en bestemt Form, idet de 1) maa foreligge *skriftlig* og *underskrevet* af bestemte Personer (jfr i dansk Ret Grl §§ 2, 13, 24, 25); i modsat Fald er de ikke gyldige; og dernæst 2) skal de *bekendtgøres* i Lovtidende (jfr

i dansk Ret Lov 25 Juni 1870 §§ 1-3). Selvom en Lov allerede er til som gyldig Lov, naar den er udfærdiget og underskrevet paa rette Maade, kræves det dog efter dansk Ret, at den *skal* kundgøres, Grl § 24; og som Hovedregel bliver den ogsaa *først bindende for Borgerne* en vis Tid efter, at den er *kundgjort i Lovtidende*, se nævnte Lov 1870 § 3, jfr Lov 14 Dec 1923, der fastslaaer, at denne Kundgørelse er den *bindende* Bekendtgørelsesform for Love, og at en Lov, hvis den ikke selv fastslaaer noget andet, træder i Kraft Ugedagen efter dens Kundgørelse i Lovtidende. Ogsaa kongelige og ministerielle Anordninger bliver i vidt Omfang kundgjort i Lov-

Det har i Spørgsmaalet, om Loven til sin bindende Kraft krævede Kundgørelse eller ej, naturligvis ikke manglet paa abstrakte Konstruktioner, hvorefter man har udledet Konsekvenser af praktisk Betydning. En Teori har saaledes opfattet Loven som en *Befaling til Borgerne*; og da denne Befaling altsaa er et uundværligt *Element i Lovbegrebet*, og da en Befaling ikke er en Befaling, naar den ikke meddeles til dem, der skal lystre Befalingen, maa det anses for en begrebsmæssig nødvendig Konsekvens af Lovbegrebet, at Loven kundgøres. Nogle Tilhængere af denne Teori mente dog, at bevislig Kundskab om Befalingen, Loven, hos den undergivne kunde erstatte Kundgørelsen.

Denne Konstruktion viser, hvor farligt det er paa Forhaand at opstille visse Begreber og derpaa deducere praktiske Resultater af dem. For det første hviler Begrebet Lov som en Befaling i sig selv paa utilstrækkelige Erfaringer. Paa Straffelove o l passer dette Begreb om Loven godt, men en Række Love, f Eks Toldlove, Love om Fremgangsmaaden ved Behandling af Dødsboer, Konkursboer o l, opfattes naturligt i første Række som en *Befaling til Myndighederne*. Og naar f Eks en ny Toldlov om forhøjet Told paa enkelte bestemte Varegrupper blot meddeles Myndighederne rundt i Landet, f Eks telegrafisk den Dag den underskrives, med Ordre til at anvende den straks samme Dag, ses det ikke, hvorfor ikke *Myndighederne* skulde kunne anvende denne Lov paa denne Dags første Time i Ekspeditionstiden, selvom den ikke kendes af Borgerne, der møder paa Toldboden denne Dag for at hjemtage og toldklarere deres Varer. Men iøvrigt kan samtlige Love, ogsaa Straffelove, idethele meget vel opfattes som værende i første Række en Befaling til Myndighederne. Men der er ingen Grund til at optage denne Befaling eller den anden Befaling (til Borgerne) som et *Moment i Begrebet Lov*. En Lov behøver ikke at bestemmes som andet end som en af Lovgivningsmagten udtalt Viljeserklæring. Det

tidende, samme Lovs § 14 (om Kundgørelse i Ministerialtidende se § 5), jfr *Berlin* II 1. 17 ff, 30 ff, *Poul Andersen* 49 ff, 55 ff, 58-59, *Bentzon* 8 ff, 37 ff. Det maa ogsaa i en virkelig *Retstat* anses for den mest betryggende Ordning for Borgernes Sikkerhed, at ingen Lov — d v s ingen Befaling fra Statsmagten af egenlige Retsforskrifter — som *almindelig Grundsætning* binder Borgerne, medmindre den er kundgjort for disse. Men det turde være at gaa for vidt i Generaliseringen at afskære *Undtagelser*, som den danske Grundlov § 24 gør. Normalt vil de to Regler, a) at Loven skal kundgøres, Grl § 24, og b) at Loven først træder i Kraft, naar den er kundgjort i Lovtidende, Loven 1870 § 3, virke gavnlig og ikke volde Ulæmper.

videre Skridt, denne Viljserklærings Offenliggørelse eller Meddelelse er et andet, rent praktisk, teknisk Spørgsmaal, der alene maa løses efter, hvad der er mest hensigtsmæssigt. — Men dernæst viser Befalingsteoriens utilstrækkelige Erfaringsgrundlag sig ogsaa deri, at den, om den vil være konsekvent, maa udelukke Anvendelsen af de saakaldte subsidiære Retskilder, navnlig Analogi og Forholdets Natur, ti de i disse Retskilder hjemlede Regler er jo slet ikke forkyndt for Borgerne.

Da Loven efter det anførte kan opfattes baade som en Befaling til Borgerne og til Myndighederne, er Spørgsmaalet, om Loven rettest maa opfattes paa den ene eller den anden af disse Maader, i Virkeligheden ret goldt og fortjener ikke de omfattende Udviklinger, der findes hos *Ihering* I 259 ff og efter ham ogsaa i dansk Retslitteratur.

Som Eksempler fra ældre Ret paa Love, der traadte i Kraft, før deres Offenliggørelse, eller uden at de nogensinde blev offenliggjort, kan nævnes den ovenomtalte Lov om Forandring i Pengevæsenet af 5 Jan 1813, der anvendtes af Myndighederne før den blev tinglyst (den Gang ved Oplæsning i Retterne, i Retsmøderne), Kongeloven, der blev udstedt og underskrevet 14 Nov 1665, men først blev offenliggjort 1709; og fra den ældste Tid kan nævnes jus sacrum, der overhovedet ikke blev offenliggjort, og kun kendtes af en vis Myndighed, Pontificalkollegiet.

Se iøvrigt om Befalingsteorien *Goos* I 91-95, *Bentzon* 23-45, *Berlin* i U f R 1917. 210 ff, særlig 215 ff.

Medens Loves Kundgørelse hos os er grundlovmæssig paabudt, se Grl § 24, gælder dette ikke *Anordninger*; men Loven 25 Juni 1870 har dog ogsaa for disse paabudt Kundgørelse i Lovtidende som almindelig bindende Form, baade for ministerielle og kongelige Anordninger, se herimod en Dom i U f R 1915, 635, jfr idethele *Berlin* anf St 225 ff.

Med Nutidens tekniske Midler vil man i Reglen kunne faa en Lov (eller Anordning) trykt med saa stor Hurtighed, at den kan træde i Kraft med bindende Virkning for Borgerne samme Dag, den er underskrevet. Og hvis en bestemt Lov, f Eks en Toldlov eller Epidemilov, efter sin Hensigt kræver *øjeblikkelig* Ikrafttræden, kan Loven selv fastslaa dette, da Loven 1870 jo kun er en almindelig Lov, der kan fraviges ved ny Lov, og den forøvrig selv henviser hertil som Udvej i Undtagelses-Tilfælde. Men Regel a) kan i enkelte vigtige Tilfælde blive til Skade for Samfundet. Enevælden var her mere praktisk, idet den vel ogsaa havde en *almindelig anvendt* Bekendtgørelsesform for Retsforskrifter; nemlig den Gang Tinglysning, men samtidig fastslog, i kgl Res af 27 Maj 1813, at kongelige »Love, Anordninger, Befalinger eller Forbude ikke kunne bindes til nogen Bekendtgørelsesmaade eller Form for at blive gyldige«, se ogsaa *Ørsted* I 264-66, jfr *Eunomia* 2, 243-44, der bl a lærte, at bevislig Kundskab hos Borgerne om Loven erstattede Kundgørelsen. Dette fik praktisk Betydning ved Fr 5 Jan 1813 under den store Pengekrise paa hin Tid, idet mange Skyldnere, da denne Forordning kom, skyndte sig at betale deres Gæld efter de ældre Regler. Det kan dernæst ikke nægtes, at der undtagelsesvis vil kunne indtræde Tilfælde, hvor det kan være hensigtsmæssigt og undertiden nødvendigt for Samfundet at hemmeligholde en Lov eller Anordning for Flertallet, og kun meddele den til de Myndigheder, der skal arbejde under den.

Efter det ovenfor anførte kan jeg derfor ikke være enig i, at Grundsætningen om Lovens Kundgørelse i en moderne Retstat ubetinget maa være undtagelsesfri og endog som saadan gøres til Grundlovsregel, som *Bentzon* 43 hævder.

b. *Konkrete Viljeserklæringer. Forvaltningsafgørelser,
Domme og Kendelser.*

For konkrete Forvaltningsafgørelser er der i Almindelighed ikke foreskrevet nogen bestemt Form. Ogsaa mundtlige Afgørelser er altsaa i Almindelighed gyldige, hvad ogsaa praktiske Hensyn kræver; ofte skal der jo handles hurtig, uden Formaliteter. Men undtagelsesvis er *skriftlig Form* foreskrevet; og naar dette er Tilfældet, medfører Til sidesættelse af denne Form Afgørelsens *Ugyldighed*. *Kundgørelse* er heller ikke i Almindelighed foreskrevet, men Afgørelsen maa naturligvis *meddeles* den Person, den angaar. Mundtlig, derunder telefonisk, Meddelelse vil ofte være tilstrækkelig, jfr *Poul Andersen* 214-22.

Domme skal foreligge *skriftlig* og *kundgøres* ved *Oplæsning* i *offentligt Retsmøde*. Men en *Kendelse* kan dog ogsaa dikteres umiddelbart til *Retsbogen*; men selv i dette Tilfælde foreligger Afgørelsen altsaa baade skriftlig og kundgjort, jfr *Munch-Petersen* I 298-99, *Hurwitz* 231. Hvis Dommen eller Kendelsen mangler denne nødvendige Form, skal sidcordnet Instans, Fogden nægte at fuldbyrde den, og den overordnede Instans hjemvise den til Rettelse af Formmanglen, jfr *Munch-Petersen* III, 27, II 467, 489.

3. TIDSPUNKTET FOR INDTRÆDELSEN AF
VILJESERKLÆRINGENS RETSVIRKNING.

I Spørgsmaalet om *Tidspunktet*, fra hvilket *Viljeserklæringens Retsvirkning* indtræder, gælder, som nævnt, for *Love og Anordninger* i dansk Ret, at de, hvis de ikke selv bestemmer andet, træder i Kraft Ugedagen efter den Dag, da det Nummer af Lovtidende, hvori det bekendtgøres, er udgivet, Lov 25 Juni 1870 § 3. Naar Loven er bekendtgjort, gælder den for *alle*; ingen kan altsaa unddrage sig den ved at godtgøre, at han befandt sig i Uvidenhed om den, selv nok saa undskyldelig. At Retsuvidenhed er uden Be-

tydning for Lovens Gyldighed, naar Loven er bekendtgjort, er almindelig anerkendt, jfr ogsaa Strfl § 84 Nr 3.

Et vigtigt Spørgsmaal, navnlig for *Loves* Vedkommende, er det, om man kan give dem *tilbagevirkende Kraft*. Det gaar efter min Opfattelse med dette Spørgsmaal som med Spørgsmaalet om *Loves* Kundgørelse. Ud fra visse sørgelige Erfaringer om politiske Magthaveres Vilkaarlighed har man i tidligere Tid generaliseret for stærkt og fastslaaet som den rette Tro for en moderne Retstat baade, at Love skal kundgøres for at blive bindende for Borgerne, og at Love ikke bør faa tilbagevirkende Kraft. Man bør imidlertid ikke ophøje nogen af disse to Grundsætninger til undtagelsesfric Trosætninger, endsige fastslaa dem i en Grundlov, saaledes som det er sket for den sidstnævnte Grundsætnings Vedkommende i de nordamerikanske Fristaters Forfatning og i den norske Grundlov § 97, eller i en almindelig Lovbog, som sket i Code civil Art 2. Saadanne Trosætninger, der optages i Grundlove, kan bl a fore ind i meget upraktiske Tilstande. Den nordamerikanske Forfatnings nævnte Forbud mod at give Love tilbagevirkende Kraft har saaledes affødt flere Retssager end alle de øvrige Forfatningsbestemmelser tilsammen. Almindelig Menneskekundskab maatte da ogsaa kunne sige en Lovgiver, at en saadan Grundlovsbestemmelse vilde skabe de bedste Arbejdsvilkaar for Kværunter. Ovenfor blev paavist, at Grundsætningen om *Loves* Kundgørelse selv i en moderne Retstat maa finde sig i hensigtsmæssige Undtagelser. Og i Problemet om *Loves* tilbagevirkende Kraft bør man formentlig end ikke opstille nogen *almindelig Grundsætning*. Skulde en saadan almindelig Grundsætning fastholdes blot som Hovedregel, maatte det menneskelige Samfund ofte blive nødt til at slæbe i al Evighed paa en forældet Retstilstand; og Goethes Ord om Juraen: es erben sich Gesetz und Rechte wie eine ewige Krankheit fort, vilde blive ikke en æggende Spore for Lovgiveren, men en evig træffende Karakteristik. Udtrykket »de velerhvervede Rettigheder« er et tomt Slagord, der ingen Problemer løser. Hvor vilde det men-

neskelige Samfund være i Dag, hvis ikke Lovgivere som Solon — som af Eftertiden kaldtes den vise — med haard Haand i sit Samfund havde sønderrevet et Utal af retslige Baand, der repræsenterede lige saa mange velerhvervede Rettigheder, eller hvis ikke en ny religiøs Aandsretning — Kristendommen — havde revolutioneret Samfundet i Oldtid og Middelalder ved at ophæve Slaveriet og de Millioner af dertil knyttede velerhvervede Rettigheder, eller hvis ikke Rigsforsamlingen i Frankrig i Natten den 4 Aug 1789 havde afskaffet alle Privilegier og dermed to Stænders utallige velerhvervede Rettigheder. Vore Landboreformer i det 18. Aarhundrede, navnlig Fæsteforordningen af 8 Juni 1787 og Hoveriforordningen, afskaffede i Tusindvis af bestaaende Rettigheder. Og som det gaar i det Store, gaar det i det Smaa. Samfundet kan ikke binde sig til at lade enhver ny Lovs Fremskridt lænke af tusend Hensyn til en ældre Retstilstand. Men man skal naturligvis heller ikke gaa til den modsatte Yderlighed: at fornægte ethvert saadant Hensyn. Man maa her, som saa ofte i Samfundsvidenskaben, istedenfor at sværge til modsatte Dogmer, være sig konservative eller radikale, *sondre* mellem de *forskellige Retsomraader* og Retsforhold, og indenfor *hvert enkelt* paa Samfundets Vægtskaal veje dels Hensynet til en Reforms Effektivitet og dels Hensynet til en læmpelig, lidet forstyrrende Overgang til det Nye, og herunder nøje overveje, hvor værdifuld for Menneskelivet den nye og den gamle Retstilstand er. Det vil da vise sig, at de praktiske Behov paa de forskellige Omraader vil kræve meget forskellige Løsninger.

1. Ved Grundsætningen mod Loves tilbagevirkende Kraft har man i Virkeligheden *generaliseret* for stærkt fra Erfaringerne paa en *særlig*, omend ret omfattende *Gruppe Loves Omraade*, nemlig *Straffelovenes*. Det er sikkert rigtigt, at i et Kultursamfund bør *skærpene* Straffelove ikke faa tilbagevirkende Kraft. Derimod ses der ikke at kunne indvendes noget imod at lade *formildende* Straffelove virke tilbage paa de under den ældre Straffelov begaaede Lovovertrædelser. — Fra Retshaandhævelsens andre Mid-

ler kan nævnes, at ny Lovgivning om *Erstatningspligt* for retstridige Handlinger ikke bør komme til Anvendelse paa de under den ældre Retstilstand begaaede Handlinger, jfr Lov Nr 259, 28 Juni 1920 § 15.

2. Paa *Privatrettens* Omraade vil det i mange Tilfælde vise sig praktisk at give nye Love tilbagevirkende Kraft, og dette vil ofte kunne gøres, uden at væsentlige privatretlige Interesser lider Skade. Men selvom det viser sig, at en Lovs Tilbagevirkning medfører betydelige Indgrib i saadanne Interesser, vil vigtige Samfundsinteresser ofte kræve dette Offer fra de Privates Side.

a. Det er saaledes vel rigtigt og kan lovteknisk være hensigtsmæssigt som Hovedregel at fastslaa i en ny Lov paa *Ejendomsrettens* Omraade, at *Aftaler* og andre *private Viljeserklæringer* (derunder Testamenter), der er stiftet inden den nye Lovs Ikrafttræden, skal bedømmes (ogsaa m H t Form) efter den hidtil gældende Ret, se ogsaa i dansk Ret Lov Nr. 259, 28 Juni 1920 § 15, Lov Nr 111, 31 Marts 1926 § 52, 2 og 3 Stk, i tysk Ret Einführungsgesetz zum B G B § 170. Men vidtrækkende Undtagelser herfra kræves af praktiske Hensyn. Det er saaledes praktisk og kan næppe gøre nogen privatretlig Interesse Skade, at f Eks en ny Lovs *Forældelses- og Hævdsregler* i Almindelighed gives Anvendelse ogsaa paa de før den nye Lovs Ikrafttræden stiftede Retsforhold. I *langvarige Kontraktsforhold*, navnlig Brugsforhold, maa ny Lovgivning ogsaa kunne gribe ændrende ind; og dette maa ske, selvom der herved gribes stærkt ind i bestaaende Retsforhold. Man tænke blot paa vor ovennævnte revolutionære Fæstelovgivning under de store Landboreformer i det 18 Aarhundrede, se navnlig Fr 8 Juni 1787. Endvidere maa Love, der nedsætter Rentefoden, faa tilbagevirkende Kraft. — Love med nye Udførselsforbud maa ofte ramme ældre Kontrakter om Varelevering fra Udlandet, hvis vedkommende Lov skal naa sit praktiske Formaal. Ogsaa ny Lovgivning om individuel Ejendom maa ofte stærkt berøre bestaaende private Interesser. Saaledes maa den *Besiddelse og Ejendomsret*, der be-

stod ved den nye Lovs Ikrafttræden, finde sig i at blive undergivet denne Lovs nye Indskrænkninger i Ejendomsretten eller i Retsvirkningerne af Besiddelse, endskønt Besiddelsen og Ejendomsretten for Personen A blev stiftet under den ældre Ret og maaske af ham blev erhvervet i Tillid til de da gældende mindre følelige Indskrænkninger, se idethele i dansk Ret nævnte Lov af 28 Juni 1920 §§ 19, 16, se ogsaa §§ 17, 18, 20-23, jfr Lov om dansk Ret i de slesvigske Distrikter af 16 Febr 1866 §§ 8 og 9, jfr ogsaa Lov Nr 245, 8 Maj 1917 §§ 1, 5, 19, jfr § 19, 3 Stk, § 27, Lov Nr 468, 29 Sept 1917 § 59, smlgn hermed i tysk Ret nævnte Einführungsgesetz §§ 169, 180 og 181. Endvidere maa ogsaa en ny Tinglysningslov for at skaffe *Tingbøgerne* Troværdighed kunne paabyde Tinglysning af Rettigheder, der efter den ældre Ret ikke skulde tinglyses, jfr i dansk Ret Tinglysningsloven 31 Marts 1926 § 52.

b. Fra *Familie- og Arverettens* Omraade kan nævnes, at en ny Lov om *Ægteskabets Retsvirkninger* som Hovedregel maa komme

Lov Nr 258, 28 Juni 1920 opretholdt i det væsenlige den ældre tyske Rets Regler i BGB med dens Ordninger af Formueforholdet mellem Ægtefæller, §§ 1363 ff, for alle Ægteskaber, der var indgaaet under disse gamle Ordninger, nævnte Lov 28 Juni 1920 § 47, jfr §§ 42 ff. Herefter skulde dansk Ret altsaa vedblive i en lang Aarrække at arbejde med disse gamle, tildels uhensigtsmæssige Ordninger af Formueforholdet mellem Ægtefæller, nemlig for alle de ældre Ægteskabers Vedkommende. De praktiske Ulemper for Domstolene, andre Myndigheder og Sagførerne ved denne Fastholdelse af Sætningen om, at den nye Lovordning ikke maatte faa tilbagevirkende Kraft, var dog saa store, at man med en ny Lov, Lov 212, 1 Juni 1922 § 3 skar igennem og fra et vist Tidspunkt (1 Oktober 1922) gav danske Ægteskabslove om Formueforholdet mellem Ægtefæller (navnlig Lov af 7 April 1899) ogsaa Virkning for de under den ældre Ret stiftede Ægteskaber. En Svaghed havde Ordningen dog, idet Ægtefæller i disse ældre Ægteskaber ved en Erklæring til Myndighederne (inden 1 Oktober 1922) kunde fordrø den hidtil bestaaende Formueordning opretholdt, nævnte Lov § 3, 3 Stk. Der vilde saa vist ikke være sket nogen synderlig Skade, om man ubetinget, uden denne Undtagelsesadgang, havde ladet den praktiske Formueordning i Lov 7 April 1899 afløse de ældre tyske Formueordninger.

Den samme Svaghed har iøvrigt ogsaa den nyere Lov om Ægteskabets

til Anvendelse ogsaa paa de før den nye Lovs Ikrafttræden stiftede Ægteskaber (se ogsaa i dansk Ret Lov Nr. 212, 1 Juni 1922 § 3, Lov Nr 56, 18 Marts 1925 §§ 55 og 56), og at en ny Arvelov, der indskrænker *Slægtens Arveret* — være sig Tvangsarveretten eller den øvrige Arveret — maa komme til Anvendelse ogsaa paa Personer, der har levet under den ældre Lovs Arveregler.

Ogsaa *Anordninger* vil det undertiden være praktisk, ja nødvendigt at give tilbagevirkende Kraft.

En *konkret Forvaltningsafgørelse* træder som almindelig Regel i Kraft straks d v s fra dens Meddelelse til den, hvem den angaar. Hvis dens Ikrafttræden først skal ske nogen Tid efter dens Meddelelse til Vedkommende, vil den i Reglen selv fastslaa dette og Fristen.

Domme træder sædvanlig først i Kraft — fuldbyrdes — en vis Tid efter Dommens Afsigelse (Eksekutionsfristen); *Kendelser*, der fastsætter noget, der kan fuldbyrdes, træder derimod i Reglen i

Retsvirkninger, Nr. 56, 18 Marts 1925, der afløste Loven af 7 April 1899, nemlig i Forhold til denne Lovs Formueordning, se nævnte Lov 18 Marts 1925 § 56; og følgelig lever fortsat Ægtefæller i stort Tal under Lov af 7 April 1899. Denne Svaghed hos Loven 1925 i Forhold til Loven 1899 og den Omstændighed, at talrige Ægtefæller efter denne Overgangsbestemmelse stadig fortsat lever under Loven af 7 April 1899, turde imidlertid hænge sammen med, at Loven 1925's Formueordning, saa vidt jeg kan se, er en svag og ret upraktisk Retsordning i Sammenligning med Loven af 7 April 1899's, hvormed dog ikke skal være sagt, at sidstnævnte er den helt rigtige, jfr E R I 364-67.

Om Betydningen af Retsuvidenhed m H t Straffeloven se *Krabbe* 39-40, 132-33, og om Loves tilbagevirkende Kraft se *Borum* 2-14. Borum fremhæver med Rette i Spørgsmaalet om Loves tilbagevirkende Kraft, at Udtrykket: »velerhvervede Rettigheder« i Virkeligheden er et ret tomt Begreb og udtaler træffende: »Begrebet »velerhvervede Rettigheder« er saaledes Udtryk for Undersøgelsens Resultat, men intet tjenligt Middel ved Bestemmelsen af Forholdet mellem gammel og ny Lov«, *Borum* 5, se ogsaa *Poul Andersen* 61-64, se iøvrig om Loves tilbagevirkende Kraft idethele *Ørsted* I Bd 164-259, ny Udg I B 52-112, *A. W. Scheel* I 283-366, *Deuntzer* 68-88, *N. Cohn* i J T 1919. 319-32.

Kraft straks; men det kan i Kendelsen bestemmes, at den først skal fuldbyrdes efter en vis Frist, jfr *Munch-Petersen* III 32-39.

4. STRID MELLEMS ORD OG VILJE.

At en *Lov* eller *Anordning* i sine Ord udsiger noget andet end Lovgivningsmagten eller den udøvende Magt har tilsigtet med den, paavirker ikke Lovens eller Anordningens Gyldighed. En saadan *Uoverensstemmelse mellem Viljeserklæringens Ord* og den bagved liggende *Vilje* kan være et Motiv for Lovgivningsmagten eller Forvaltningen til atter at ophæve Loven eller Anordningen. Men saalænge dette ikke er sket, gælder disse offentlige Viljeserklæringer fuldtud.

Det er *Lovens Ord*, der alene er afgørende for Borgerne og Domstolene, saaledes som disse Ord *naturlig* forstaas efter almindelige Sproglove. Kun naar Lovens Ord er uklare og giver Mulighed for flere Forstaaelser, kan Lovgivningens Vilje (som udtrykt i Lovens Motiver, Rigsdagsforhandlinger o l) komme i Betragtning som subsidiært vejledende. Men Lovgiverens Vilje er ingenlunde det eneste subsidiære Fortolkningsmiddel, naar Lovordene kan forstaas paa flere Maader. Her kommer ogsaa Hensynet til Sagens Natur, til den mest hensigtsmæssige Ordning af vedkommende Retsforhold, i Betragtning. Og dersom det er utvivlsomt, hvad Sagens Natur kræver, maa Hensynet til Lovens Motiver, til Lovgiverens Vilje, vige, se nærmere ovenfor S 133 ff, 158, 170.

Ogsaa ved *Domme* og *Forvaltningsafgørelser* er det Ordene, der er afgørende.

— En Modstrid mellem en Forvaltningsakts eller Doms *Ord* og Myndighedens eller Domstolens *Vilje*, Hensigt med Ordene, kan ikke paavirke Aktens eller Dommens Gyldighed. Begge maa gælde efter deres Ord, objektivt forstaaet. Der er dog givet Adgang til at berigtige rene Skrivefejl, Regnefejl o l, se i dansk Ret Rpl § 221.

5. FORUDSÆTNINGER, SVIG OG TVANG VED VILJESERKLÆRINGENS TILBLIVELSE.

a. En *Lovs* eller *Anordnings* Gyldighed paavirkes ikke af, at Lovgivningsmagten eller Forvaltningen maatte have udstedt dem under urigtige *Forudsætninger* eller Forudsætninger, der senere er bristet, eller af, at disse Myndigheder ved *Svig* fra en eller anden Side er blevet forledt til at vedtage og underskrive den paagældende Lov eller Anordning.

Hvis Lovgivningsmagten eller Forvaltningen ved *Tvang*, være sig *voldsom Tvang* eller *anden Tvang*, er blevet nødt til at udstede en Lov eller Anordning — navnlig tænkelig under et Oprørsforsøg — maa man formentlig, hvis *Lovgivnings-* og *Forvaltningsmagten* senere bliver fri og atter vinder *Herredømme* i Samfundet, statuere, at den saaledes gennemtvungne Lov eller Anordning er ugyldig. Men er det Tvangens Udøver, der, ved Statskup eller Revolution, vinder Magten i Samfundet, maa dettes Domstole og andre Myndigheder bøje sig for Kendsgerningerne og anerkende den nye Retstilstand, derunder den fremtvungne Lov eller Anordning, hvilket da ogsaa faktisk altid er sket. Det er saaledes betegnende, at de danske Domstole altid har respekteret baade vor nuværende Grundlov og den forrige, endskønt de begge er ganske ulovlige, tilblevet under Revolution og Statskup, omend disse hos os forløb ublodigt. Grundloven af 5 Juni 1849, og dens senere Udgaver, ogsaa den nugældende af 5 Juni 1915, er ulovlig og grundlovstridig i Forhold til den tidligere Grundlov, Kongeloven af 14 Nov 1665; ti efter denne maatte Enevælden ingensinde opgives eller forandres; Kongeloven skulde efter sin § 3 som »Kongedømmets rette Grund og Grundvoldslov« forblive »uforanderlig og *uryggelig*«, se ogsaa Kongelovens §§ 13 og 16. Det var da en Revolution, der skete i 1849, idet Kongen gav efter for Folkestemningen og *brød den gældende Grundlov* ved at opgive Enevoldsmagten. Men Domstolene og Myndighederne bøjede sig straks for Revolutionen som

en Kendsgerning og anerkendte den nye grundlovstridige Forfatningslov af 5 Juni 1849. Men ogsaa Kongeloven af 14 Nov 1665 maa siges at være blevet til paa ulovlig Vis. Naar det i 1660 lykkedes den daværende Konge at bevæge Stænderne til at overdrage ham — foruden arvelig Kongemagt — Magt til at forme den kommende Forfatning, skete det kun, fordi han, efterat have sammensvoret sig med to af Stænderne, ved Tilkaldelse af Tropper og anden alarmerende Optræden truede og tvang den tredje af Stænderne, Adelen, til at opgive dens forfatningsmæssige Magt. Denne ved Trusler fremtvungne Viljeserklæring og den derved fremkomne nye Forfatning er følgelig ugyldig; men da dette Statskup lykkedes, bøjede alle Domstole og andre Myndigheder sig for Kendsgerningen og anerkendte den nye Retstilstand. Skal man alene se paa *Lovligheden af en Forfatning*, maa det altsaa erkendes, at da baade Grundloven af 5 Juni 1849 og dens Efterfølger af 5 Juni 1915 og Kongeloven af 14 Nov 1665 er ulovlige, er det Rigsraads-, Stænder- og Valgrige-Forfatningen før 1660, der er Rigets eneste lovlige Forfatning.

Om Frederik den 3dies Statskup i 1660 se nærmere *J. A. Fridericia* i Danmarks Riges Historie, 4 Bd 431-56, *Knud Fabricius* Kongeloven, 1920, S 153-92, jfr 193 ff, *Berlin* I 8 ff, og *C. O. Bøggild Andersen*: Statsomvæltningen i 1660. Efter at have vundet Borgerskabet og Gejstligheden for sig og faaet dem til at slutte sig til sine Forfatningsplaner og til at indtage en fjendtlig Holdning overfor Adelen, lukkede Frederik III Staden Kobenhavns Porte, indenfor hvilke Adelen befandt sig i Anledning af Stændermødet, og under Opbud af Tropper og anden skræmmende Opførsel rettede han den 11 Oktob 1660 til Rigsraadet en Opfordring til at erklære sig hurtig — over Forfatningsforandringen — og endte med de Ord, at »han vilde være undskyldt, hvis der kom noget derefter«; og disse Trusler virkede, ti den 13 Oktob sendte Rigsraadet sit Brev til Kongen, hvori det overdrog ham arvelig Kongemagt. Men der ligger forøvrig ikke blot ulovlige *Trusler* og *Tvang* bag Forfatningsforandringen, der resulterede i Kongeloven af 14 Nov 1665, men formentlig ogsaa *Svig*, og denne blev anvendt overfor samtlige Stænder; ti vel var de Ord, hvori disse, dels i nævnte og dels i andre Dokumenter om Overdragelse af Magten, forbeholdt sig deres Stænderrettigheder, ret uklare og svævende, og vel har sikkert mange af

b. At en *Forvaltningsmyndighed* har truffet sin Afgørelse under *urigtige* eller *bristende* Forudsætninger, vil ikke medføre Afgørelsens Ugyldighed. Hvis Afgørelsen er truffet under Indflydelse af og er blevet bestemt ved *Svig* — paa et væsentligt Punkt —, udøvet af den, i hvis Favør Afgørelsen er, er Afgørelsen *ugyldig*; og det samme maa formentlig gælde, hvis vedkommende ved grov Uagtsomhed har vildledt Myndigheden, jfr *Poul Andersen* 231-36. Endvidere maa sikkert en ved *Tvang*, voldsom Tvang eller anden, bestemt Forvaltningsakt være *ugyldig*, og vistnok uden Hensyn til, om Tvangens Udøver er den, der har Fordel af Akten eller ej, — alt naturligvis forudsat, at der atter indtræder normale Tilstande, og Forvaltningsøvrigheden atter bliver fri og vinder Magten, og Tvangens Udøver ikke sejrer ved Statskup eller Revolution. Under mere dagligdags Forhold er en ved Tvang og Trusler fremkaldt Forvaltningsakt i dansk Praksis forekommet indenfor den *kommunale* Forvaltning.

c. Hvis en *Dom* eller *Kendelse* er afsagt under Indflydelse af urigtige eller bristende Forudsætninger eller *Svig*, er det vistnok det

Stændernes Medlemmer herved mere tænkt paa deres *Stænderprivilegier* end paa *Stænderforsamlingerne* som et fortvarende Element ogsaa i den nye Forfatning, jfr nævnte Dokument af 13 Oktob 1660 og Stænderudvalgserklæringen af 14 Oktob s A, — se iøvrig nærmere herom *Fabricius'* nævnte Værk S 158 ff — men alligevel har utvivlsomt et stort Antal af Stændermødets Medlemmer ment, at de havde forbeholdt sig ikke blot Stænderprivilegierne men ogsaa Retten til at blive indkaldt til Stændermøder om Rigets vigtigste Anliggender ogsaa i Fremtiden; og heri bestyrkedes de ogsaa ved, at Stænderne selv, efter at have overdraget Kongen Arveret og Magt til iøvrig at udforme en Forfatning, stadig i nogen Tid blev holdt inde for at drøfte og vedtage nye Skatter. At Stænderne paa dette fundamentale Punkt blev narret af Kongen, da senere Arveenevoldsakten og Kongeloven udformedes, herom vidner dels Skuffelsen, som gav sig Udslag allerede, da Arveenevoldsakten rundsendtes til Underskrift, og dels den Taktik, der holdt Kongeloven af 1665 hemmelig lige til 1709.

Men ogsaa Statsomvæltningen i 1848 blev tildels iværksat under Anvendelse af truende Adfærd og forblommede Trusler, jfr Opfordringen til Kongen om »ikke at drive Nationen til Fortvivlelsens Selvhjælp«.

rette ikke uden videre at erklære Dommen eller Kendelsen for ugyldig, — ogsaa fordi der herved kan fremkomme tvivlsomme faktiske Spørgsmaal — men overlade Omstødelsen og dennes Omfang til den overordnede Instans, jfr herved *Munch-Petersen I* 229-30, II 467-68, 489. Derimod maa vistnok en ved voldsom eller anden Tvang fremkaldt Dom eller Kendelse være i sig selv ugyldig, hvorfor Fogden skal nægte at fuldbyrde den, naar Forholdet oplyses for ham ved Erklæring fra den Dommer, mod hvem Tvingen er udøvet.

6. VILJESERKLÆRINGER I AFHÆNGIGHED AF HINANDEN.

En *Viljeserklæring* staar i Almindelighed i et vist *Afhængighedsforhold til en anden Viljeserklæring*. Viljeserklæringerne, baade de offentlige og private, befinder sig i Reglen paa en Trinstige af overordnede og underordnede Viljeserklæringer, saaledes at man ved enhver af dem maa rejse det Spørgsmaal: om den er i Overensstemmelse med sin tilsvarende overordnede Viljeserklæring. Man kan saaledes, som nys omtalt, spørge, om den *gældende Grundlov* er i *Strid med den tidligere Grundlovs Bestemmelser*, navnlig med disses Regler om Forandringer i Grundloven eller Uforanderlighed (i dansk Ret nuværende Grundlovs § 94, Kongelovens § 3). Man kan dernæst spørge, om en *almindelig Lov* er i Strid med sin nærmeste overordnede Viljeserklæring, den *gældende Grundlov*, om en *Anordning* eller Bekendtgørelse eller kommunal Vedtægt er i Strid med *Loven*, om en *Dom* eller Forvaltningsafgørelse er i Strid hermed, om en *privat Kontrakt* er i Strid med *Loven eller Anordningerne* eller med en *anden Kontrakt*, som Parterne i førstnævnte Kontrakt er bundet af, om en *Opsigelse* er i Strid med den *Kontrakt*, hvori Opsigelsesretten er hjemlet, om en af et Aktieselskabs Direktør truffet Aftale er i Strid med Aktieselskabets Vedtægter o s v.

a. Om Bedømmelsen af en nugældende *Grundlovs* Forhold til den ældre Grundlov kan henvises til det ovenfor bemærkede. Hvis altsaa en ny Grundlov strider mod den ældre, maa førstnævnte tilsidesættes af Domstolene og andre Myndigheder som ugyldig, forudsat at Magtforholdene i Staten efter den hidtil gældende Grundlov bevares uforandret. En saadan Underkendelse af en ny Grundlovsbestemmelse eller en helt ny Grundlov som ugyldig kan *dels* ske, naar vedkommende ny Grundlovsbestemmelse vedtages uden, at Grl § 94 er blevet tilbørlig iagttaget, og Lovgivningsmagten bøjer sig for Domstolenes Afgørelse — ligesom i det beslægtede Spørgsmaal om Loves Grundlovmæssighed, se nedenfor — og *dels* efter en Omstyrtelse af den gamle Grundlov, hvis Samfundsmagten efter den gamle Forfatning atter vinder Herredømmet i Staten. Hvis en *Lov* eller *Anordning* strider mod den gældende Grundlov, maa Loven eller Anordningen tilsidesættes af Domstolene som ugyldig, hvilket ogsaa er anerkendt i Retspraksis hos os, jfr U f R 1921. 148, 153, 168, 644, 1927. 1060, 1928. 670. Denne Domstolenes Prøvelsesret overfor Lovene har end ikke været bestridt af Lovgivningsmagten hos os, jfr *Berlin* II, 36 ff, 59 ff. Om en *Anordning* er i Strid med Loven, afgøres ligeledes endelig af Domstolene, der altsaa kan kende den paagældende Anordning helt eller delvis ugyldig, jfr ogsaa Grl § 70. Talrige Love hjemler ligefrem Regeringen Ret til at udstede Anordninger om visse under den paagældende Lov faldende Emner, jfr eksempelvis Lov Nr 111, 26 Marts 1926 § 50, 1 og 2 Stk; og det tilkommer da Domstolene at prøve, om vedkommende Anordning har holdt sig indenfor de af den paagældende Lov angivne Rammer, jfr U f R 1928. 341.

b. Hvis en konkret *Forvaltningsafgørelse* er i Strid med *Loven*, enten med den almindelige Lovgivning eller den særlige Lov eller Anordning, under hvis Omraade den hører, vil den i Reglen kunne kendes ugyldig af Domstolene, idet disse er berettiget til at paa-kende ethvert Spørgsmaal om Øvrighedsmyndighedens Grænser, se Grl § 70. Heri ligger der et betydeligt Værn for de enkelte Bor-

geres Retsikkerhed. Naturligvis kan den af en underordnet Forvaltningsmyndighed truffe ulovlige Afgørelse ogsaa omstødes af den overordnede Myndighed.

Hvor Ulovligheden beror paa, at Afgørelsen er truffet af *urette Myndighed* eller af Personer, der *mangler* de af Loven krævede *Betingelser* for at kunne virke som Myndighed, eller Afgørelsen mangler den af Loven krævede *Form*, kan der henvises til det ovenfor under A 1 a og b og 2 b bemærkede, hvoraf fremgaar, at Afgørelsen er ugyldig, naar den er afsagt af urette Myndighed og naar den mangler den lovbefalede Form.

Dersom Afgørelsens Ulovlighed bestaar i, at dens *Indhold* klart strider mod Loven, maa Afgørelsen som Hovedregel være ugyldig. Dette gælder baade, hvor Myndigheden træffer en Afgørelse, der er forbudt af Loven, og hvor den træffer en Afgørelse, der ingen Hjemmel har i Loven eller Anordningen eller en anden i vor Ret anerkendt Retskilde, saasom en Lovs Analogi, Lovgivningens Grundsætninger, Retspraksis eller Sagens Natur. Men selvom Afgørelsen saaledes i Almindelighed har Hjemmel i dansk Ret, kan den være ugyldig, hvis den strider mod en af Forvaltningen med bestemte Personer eller Selskaber afsluttet *privat Kontrakt*, idet Myndigheder naturligvis ligesaavel som Private maa være bundet ved deres Løfter og Aftaler.

Om *Domme og Kendelser*, der er ulovlige, fordi de er afsagt af urette Myndighed eller af Personer uden de af Loven krævede Betingelser for at kunne udøve Domsmyndighed, eller fordi de ikke er afsagt i den af Loven krævede Form, se ovenfor under A 1 a og b og 2 b.

Hvis en Dom eller Kendelse i sit *Indhold* er i Strid med Loven — Loven taget i videste Forstand: Lov, Lovanalogi, Lovgivningens Grundsætninger, Retspraksis eller Sagens Natur, — kan den kun omstødes af overordnet Instans.

Sammenfatter vi Resultaterne af den foregaaende Udvikling om de *offenlige Viljeserklæringer*, vil det ses, at selvom der paa visse Punkter er store Forskelligheder, er der dog mellem alle de offentlige Viljeserklæringer *paa en Række Punkter afgørende Ligheder i Løsningen af de fundamentale Spørgsmaal i Viljeserklæringernes Liv*. Det kan saaledes fastslaaes, ved alle Arter af offentlige Viljeserklæringer, hvad enten det drejer sig om Love, Anordninger, Forvaltningsafgørelser, Domme eller Kendelser, 1 a) *af en Viljeserklæring, afsagt af urette Myndighed, er ugyldig, 1 b) af Viljeserklæringen derimod i Reglen ikke bliver ugyldig, fordi vedkommende Myndighed mangler de af Loven krævede personlige Egenskaber,*

Om Forvaltningsafgørelsens Ugyldighed paa Grund af *ulovligt Indhold* se iøvrig *Berlin II 2. 286-88, Poul Andersen 246-61*. Om særlige Forhold ved Myndighedernes Paabud til *koncessionerede Virksomheder* se Poul Andersen 250-52 og ved *betingede Forvaltningsakter* se sSt 252-57.

Om Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af ulovlige subjektive Formaal, ogsaa kaldet *Magtfordrejning* eller i fransk Retssprog: *détournement de pouvoir*, se *Poul Andersen 237-44, Berlin II 2. 288*.

En Forvaltningsafgørelse er utvivlsomt en Viljeserklæring, ligesaavel som en Dom og Kendelse, en Lov og en Anordning, hvilket ogsaa fremgaar af den Væsenlighed mellem den og samtlige andre offentlige Viljeserklæringer, der viser sig ved de ovenfor stillede centrale Viljeserklærings-Problemer og deres Besvarelse, idet det viser sig, at Forvaltningsakter i det hele og store i disse Problemers Løsning deler Skæbne med alle de andre offentlige Viljeserklæringer. Samme almene Grundsætninger gør sig her gældende i den forvaltende saavel som i den dømmende og lovgivende Virksomhed i Samfundet, se Sammenfatningen af Resultater ovenfor. Derimod er det naturligvis rigtigt, som *Poul Andersen fremhæver, S 189*, at Forvaltningsakten ikke kan opfattes som en Viljeserklæring i samme Forstand som den privatretlige Aftale, idet der gør sig store Forskelligheder gældende mellem denne Viljeserklæring og Forvaltningsakten. Men denne Modsætning er iøvrig ikke en Modsætning særlig til Forvaltningsakten, men mellem alle offentlige Viljeserklæringer paa den ene og alle private Viljeserklæringer paa den anden Side, se nedenfor. Der kan forøvrig ikke angives nogen ubetinget Modsætning mellem disse to Arter af Erklæringer deri, at i Privatretten afgør den Enkelte retlig set frit, om han vil afslutte en Aftale, samt Aftalens nærmere Indhold, medens mange Forvaltningsakter er undergivet

medmindre det ved Domme drejer sig om de personlige Egenskaber hos Dommeren, der er absolut nødvendige for at sikre en upar-
tisk Afgørelse, 2) at en Viljeserklæring, hvis den mangler den nød-
vendige Form, er ugyldig, 4) at en Viljeserklæring ikke bliver ugyl-
dig, fordi der viser sig en Uoverensstemmelse mellem Vilje og Er-
klæring, eller 5) fordi den er afgivet under urigtige eller bristende
Forudsætninger, men at den derimod maa være ugyldig, naar den
er fremkaldt ved voldsom eller anden Tvang, og endelig 6) at en
Viljeserklæring, hvis Indhold er i Strid med den overordnede Vil-
jeserklæring, i hvem den har sin Hjemmel, som Hovedregel er
ugyldig.

visse i Loven foreskrevne Betingelser, saaledes at Forvaltningsmyndigheden, naar disse Betingelser foreligger, ikke har noget Valg, hverken m H t, om Forvaltningsakten overhovedet skal foretages eller m H t dens Indhold, — hvilket jo ogsaa i mange Tilfælde gælder Domme, Kendelser og Anordninger, jfr iøvrig *Poul Andersen* 189-90. Et noget lignende Fænomen kender vi faktisk ogsaa indenfor visse Omraader af den private Kontraktsret. Naar saaledes et Aktieselskabs eller et Andelsselskabs Vedtægter paalægger Di-
rektøren eller Bestyrelsen at slutte de og de nærmere betegnede Aftaler eller idethele at afgive Viljeserklæringer indenfor et vist Omraade, navn-
lig overfor en vis Gruppe Personer, er Direktøren eller Bestyrelsen ogsaa bundet til, naar de i Vedtægterne fastsatte Betingelser er tilstede, at af-
give de herhen hørende Viljeserklæringer. Endvidere maa det erkendes, at der ligesaa vel ligger en Vilje, som psykologisk Realitet, bag alle de offen-
lige Viljeserklæringer som Love, Domme, Forvaltningsafgørelser o l, som bag de private Viljeserklæringer, ti uden en bagved staaende og drivende menneskelig Vilje vilde ingen Lov, Anordning, Dom eller Forvaltningsakt blive til, Lovgiverens, Myndighedens, Dommerens Vilje som Realitet viser sig jo desuden ogsaa derved, at vi baade ved Love, Anordninger, Domme og Forvaltningsakter maa stille og behandle saadanne Spørgsmaal som: om den Omstændighed, at vedkommende offentlige Viljeserklæring er afgivet under Indflydelse af Tvang, Svig, urigtige eller bristende Forudsætninger paavirker Viljeserklæringens Gyldighed, altsaa samme Spørgsmaal som ved de private Viljeserklæringer, eller: om manglende personlige Egenskaber hos Viljeserklæringens Udsteder paavirker dens Gyldighed, ogsaa samme Spørgsmaal som ved private Viljeserklæringer.

I Spørgsmaalet 3) om Tidspunktet for Viljeserklæringens Ikrafttræden lader der sig derimod ikke opstille fælles Grundsætninger, idet de praktiske Behov ved de forskellige Arter af Viljeserklæringer — Love, Anordninger, Forvaltningsafgørelser, Domme — kræver meget forskellige Løsninger i dette Spørgsmaal.

2 Kapitel.

PRIVATE VILJESERKLÆRINGER.

DE private Viljeserklæringer er af højst forskellig Natur, idet de Behov, de tilfredsstiller, paa de vidtstrakte Omraader af Privatretten, hvor de virker, er yderst varierende. Eksempelvis kan nævnes fra Familierettens Omraade en Ægtepagt, fra Arverettens Omraade et Testamente, fra Ejendomsrettens Omraade et Skøde, et Pantebrev, en Veksel, en Lejekontrakt, en Opsigelse, en Reklamation. Det er klart, at de fleste af de 6 Grundspørgsmaal i Viljeserklæringernes Liv, der ovenfor blev behandlet for de offentlige Viljeserklæringeres Vedkommende, ogsaa ved de mange forskellige private Viljeserklæringer vil finde højst forskellige Løsninger, idet de praktiske og ideelle Behov er meget skiftende. Ved nogle Viljeserklæringer vil det saaledes være hensigtsmæssigt at stille strengere Fordringer til *personlige Egenskaber* hos Viljeserklæringeres Afgiver end ved andre; ved visse Viljeserklæringer vil det være praktisk at kræve en særlig *Form*, ved andre ikke, o s v.

Paa et Hovedpunkt kan der dog opstilles en fælles ledende Grundsætning for alle private Viljeserklæringer; og det er den Grundsætning, der idetheletaget maa gælde for Viljeserklæringer, baade offentlige og private, nemlig: at *Ordene* i Viljeserklæringen som Hovedregel maa gælde, og *ikke den Erklærendes Vilje* eller *Modtagerens Ønske*, se ovenfor S 188 og det følgende.

For Overskuelighedens Skyld gentages her, i Korthed, Rækken

af Problemerne i Viljeserklæringernes Liv, som udførlig opstilledes ovenfor S 192-93. Ogsaa ved de private Viljeserklæringer opstaar der altsaa følgende Spørgsmaal:

1. *Hvilke Egenskaber*, personlige eller saglige, kræves der af *Viljeserklæringens Afgiver*?
2. Hvilken *Form* kræves der af Viljeserklæringen?
3. *Hvilket Stadium* i Viljeserklæringens Tilblivelse knytter Retsordenen Retsvirkningerne til? Stadierne at vælge imellem er følgende:
 - a. *Erklæringens Fremsættelse* (Udtalelse eller Nedskrivning).
 - b. Dens *Afgivelse* (derunder *Afsendelse*) til Modtageren.
 - c. Dens *Ankomst* til *Modtagerens Opholdssted* (Bolig, Forretningslokale c l).
 - d. Dens Kommen til Modtagerens *Bevidsthed*.
 - e. Dens *Offenliggørelse*.
 - f. Dens *Antagelse*, Akceptering.
4. Hvad skal gælde, hvis der viser sig *Modstrid* mellem den *Erklærendes Vilje* og *Erklæringens* eget *Indhold*?
5. Hvad skal gælde, hvis Viljeserklæringen er afgivet under *Tvang*, *Svig*, *urigtige* eller *bristende Forudsætninger*?
6. Hvorledes løses *Modstrid* mellem *to Viljeserklæringer*, der staar i en vis *Afhængighed* af hinanden?

1.

M H t de *personlige Egenskaber* vil ved de private Viljeserklæringer navnlig *Alderen* og Evnen til *fornuftig Bedømmelse* spille en væsenlig Rolle. Til Oprettelse af Testamente kræves saaledes 18 Aars Alderen og Fornuftens fulde Brug, Arvelovens § 21; til Indgaaelse af Ægtepagt og Arvepagt og Aftaler om Separations- og Skilsmissevilkaar kræves Myndighed, altsaa 21 Aars Alder og en vis Fornuft — er vedkommende under 21 Aar, maa Værgen

medvirke, men ved Ægtepagter maa i saa Fald ogsaa den umyndige medunderskrive, Ægteskabslov II § 35 —; til Indgaaelse af Ægteskab — hvilken Akt forøvrig er en Blanding af en offentlig og en privat Viljeserklæring — kræves, som før berørt, henholdsvis 21 og 18 Aar, endvidere en vis aandelig Sundhed og Fornuft samt enkelte andre personlige Egenskaber, jfr Ægteskabslov §§ 6-14, 44; til at indgaa økonomiske Aftaler — være sig skriftlige, som Gældsbreve, Veksler, Skøder og Pantebreve, eller mundtlige — er Myndighed, 21 Aar og en vis Fornuft nødvendig, jfr Myndighedslovens §§ 1 og 65; og denne Myndighed maa sikkert ogsaa kræves ved Afgivelse af de sekundære Viljeserklæringer, som Opsigelser, Reklamationer o.l. — Til Indgaaelse af Aftaler om personligt Arbejde kræves, foruden en vis Fornuft, i Reglen 18 Aars Alder, jfr Myndighedsloven §§ 35, 36 og 65.

Ved den nævnte varierende Aldersbetingelse og Fornuftbetingelse tilsigter Retsordenen naturligvis at sikre Tilstedeværelse af en vis aandelig Modenhed hos dem, der i Retslivet skal indgaa personlig eller økonomisk betydningsfulde Aftaler. Der ligger iøvrig ogsaa en vis Garanti i saa Henseende fra Samfundets Side derved, at Personer, der trods denne Alder viser sig at mangle et vist Mindstemaal af aandelig Modenhed, vil blive umyndiggjort af Samfundets Domstole.

M H t Fornuftbetingelsen stiller vor Lovgivning ikke samme Krav ved alle Viljeserklæringer. Der kommer her en væsentlig Forskel mellem Viljeserklæringen *mortis causa*, Testamentet, paa den ene og Viljeserklæringer *inter vivos* paa den anden Side. Lovgivningen stiller strengere Krav i saa Henseende ved Testamentet, idet Testator ved Testamentets Oprettelse efter Arvlovens § 21 skal være »ved sin Fornufts fulde Brug«, medens Viljeserklæringer *inter vivos* efter Myndighedslovens § 65 kun kan angribes, naar Afgiveren af den paagældende Viljeserklæring »paa Grund af Sindsygdом, Aandsvaghed, forbigaaende Sindsforvirring eller lignende Tilstand *manglede Evnen til at handle fornuftmæssigt*«. Det

noget ringere Krav til fornuftmæssig Bedømmelse, som de her udhævede Ord af § 65 viser ved Viljeserklæringer i levende Live i Sammenligning med Kravet ved Testamenter efter nævnte § 21, kan ogsaa naturlig begrundes. I den Luft af Intriger og Kamp om den afdødes Formue, som paagaende Familiemedlemmer og Testamentjægere bevæger sig i, og hvor der udtænkes allehaande tvivlsomme Manøvrer for at udnytte Arvelader, ogsaa mulige svage Øjeblikke i aandelig Henseende, til egen Fordel, kan der være god Grund for Lovgiveren til at stille strenge Krav til Testators Evne til fornuftmæssig Bedømmelse; og det kan derfor ikke billiges, at dansk Retspraksis — i Modsætning til norsk Retspraksis — undertiden har vist Tendens til at slappe Kravene i saa Henseende. Testamentet hører dernæst til de forholdsviis sjældne Begivenheder. Men i det daglige Livs og det daglige Forretningslivs mangfoldige Aftaler og andre Viljeserklæringer maa man nøjes med en mere grov, mindre skarptsøgende Bedømmelse af ens Medmenneskers Sindstilstand.

Sindsyge og anden abnorm Sindstilstand er idethele et godt Eksempel paa en Kendsgerning, som en anden Fagvidenskab, her Lægevidenskaben, kan vejlede Juraen om, og som utvivlsom bør være retslig, altsaa afføde Retsvirkninger paa forskellige Omraader, men om hvem man ingenlunde paa Forhaand kan fastslaa en ganske generel Grundsætning. Man kan saaledes ikke fastslaa, at en Person, som efter Lægevidenskabens Undersøgelse maa anses for Sindsygt, ubetinget skal være fritaget for alle retslige Følger af sine Handlinger, altsaa navnlig ganske generelt være fritaget for Erstatning, Straf og for at holde sine Aftaler. Saaledes fastslaar Myndighedsloven § 64, udfra samfundsmæssige, praktiske Overvejelser, med Rette, at Sindsyge og lignende Personer som Hovedregel er erstatningspligtige for deres skadegørende Handlinger efter samme Regler som sjælsunde Personer, og giver kun Domstolene en vis Adgang til skønsmæssig at læmpe Erstatningsansvaret efter de enkelte konkrete Tilfælde nærmere Beskaffenhed. Ved den

anden Art af Retshaandhævelse, Straffen, fastslaaer Loven, nemlig Straffelovens § 16, derimod, at Handlinger foretagne af Personer, der er utilregnelige paa Grund af Sindsygdøm eller Tilstande, der maa ligestilles hermed, eller Aandsvaghed i højere Grad, er *straffri*. Men allerede ved den sidstnævnte Abnormitet viser der sig altsaa en Gradsforskell og Mulighed for forskellig Behandling; og ved de andre Abnormiteter, der omhandles i Straffelovens § 17, giver denne Lovbestemmelse almindelig Adgang for Domstolene til individuel Behandling, efter indhentet Lægeerklæring og iøvrig efter en Bedømmelse af samtlige foreliggende Omstændigheder. Man kan da herefter ikke undre sig over, at ogsaa Privatretten efter de forskellige praktiske Behov paa de forskellige Omraader maa kunne tillægge Sindsygdøm og anden abnorm Sindstilstand varierende retslig Betydning, som ovenfor vist.

Naar Juraens Erfaring saaledes viser, at der paa Retslivets forskellige Omraader efter de skiftende samfundsmæssige og praktiske Behov maa tillægges Kendsgerningen Sindsygdøm snart svagere, snart stærkere Retsvirkninger, hænger det naturligvis ogsaa tildels sammen med, at for den moderne Lægevidenskab er Sindsyge ikke noget absolut entydigt og aldeles skarpt afgrænset Begreb; og særlig er denne Sygdøm ikke altid saa skarpt kendelig, at Lægfolk i det almindelige *daglige Forretningsliv* — hvor der ofte skal handles hurtigt — kan være klare over denne Tilstand, medens Romerretten, der udviklede Dogmet om de Sindsyges Utilregnelighed i alle retslige Henseender, opererede med ganske enkle, populært skarpe Begreber om Sindsygdøm, se herved om Forretningslivets Tarv og Spørgsmaalet om de abnormes retslige Tilregnelighed de træffende Betragtninger af *Ragnar Knoph* i hans Arveret S 103 ff.

Dansk Straffelovs § 16 er næppe heldig i sin Fordeling af Afgørelsen og Ansvarret mellem Juraen og Lægevidenskaben, se i sidste Afsnit om Retshaandhævelsen.

— Dersom en privat Viljeserklæring afgives af en Person, der savner nævnte Alder, Fornuft eller andre af Loven til en saadan Viljeserklæring krævede Egenskaber, vil Viljeserklæringen som *Hovedregel* være *ugyldig*, se for Testamenters Vedkommende Arvelovens §§ 21 og 24, jfr *Bentzon Arveret* 93, 97, 100, for personlige og økonomiske Aftalers Vedkommende Myndighedslovens §§ 34-36, 44, 65, jfr *Ussing Aftaler* 75-76. Der findes dog Undtagelser. Saaledes skal et Ægteskab, indgaaet mellem besvogrede i Strid med Reglen i Ægteskabslov I § 13, ikke ubetinget altid omstødes. For det første kan Ægtefællerne selv ikke kræve det omstødt; dette kan kun det Offenlige kræve; og det vil kun ske, dersom det ikke skønnes forsvarligt at lade Ægteskabet bestaa, Ægteskabslov I § 42, 4 Stk. Endvidere er et Ægteskab, indgaaet af en Person, der i Indgaaelsesøjeblikket manglede Evnen til fornuftmæssig Bedømmelse, ikke i sig selv ugyldigt, men kun omstødeligt efter vedkommende Ægtefælles Begæring, jfr Ægteskabslov I § 44.

2.

Man plejer at sige, at Hovedreglen i dansk Ret, og nordisk Ret idethele, er, at der ikke kræves nogen bestemt *Form* for de *private Viljeserklæringers* Fremtræden. Der er imidlertid saa mange Undtagelser fra denne Hovedregel, at det er et Spørgsmaal, hvilke der er de talrigste Tilfælde i det praktiske Liv, de under *Hovedreglen*, *Formfriheden* faldende og de under Undtagelserne, *Formbundet-*heden faldende Tilfælde. Naar det alligevel er rigtigt at sige, at *Formfriheden* er vor Rets Hovedregel, ligger det i, at *Formbundet-*heden maa have *særlig Hjemmel* i den positive Ret. Retstilstanden kan altsaa udtrykkes saaledes, at *de private Viljeserklæringer ikke behøver nogen Form undtagen i de Tilfælde, hvor en særlig Form er foreskrevet i vor Lovgivning*. Aftaler og Løfter er da idethele bindende, hvad enten de er mundtlige eller skriftlige, udtrykkelige eller stiltiende.

En særlig Form er foreskrevet i talrige Love. Saaledes kræves der *skriftlig* Form ved alle de *Viljeserklæringer*, der skal *tinglyses*, jfr T L § 9. Allerede denne Undtagelse omfatter en meget stor Del af det praktiske Livs Dokumenter; man tænke blot paa de mangfoldige, under Grupperne: Skøder, Pantebreve og Servitutdokumenter faldende Viljeserklæringer. Indsættelse af en begunstiget ved *Livsforsikring* og Tilbagekaldelse af en saadan Indsættelse skal ske ved *skriftlig* Meddelelse til Livsforsikringselskabet eller optages i eller paategnes Policen af Selskabet, Forsikringsloven § 103.

Dernæst kræves ikke blot skriftlig men ogsaa iøvrig en særlig Form ved en Række af de vigtigste Dokumenter i det daglige *Handelsliv*, saaledes ved *Veksler*, V L § 1, *Check*, Checkloven § 1, *Konnossementer*, Sølov § 132, *Stiftelsesoverenskomst ved Aktieselskaber*, Aktielovens §§ 3 og 5. Fra *personlige Tjenesteforhold* maa fremhæves, at *Lærlingekontrakten* er forbundet, Lærlingeloven § 1. Fra *Familie- og Arveretsforhold* erindres, at den samstemmende Viljeserklæring: *Ægteskabs Indgaaelse* er bundet til en bestemt Form, Ægteskabslov I §§ 35 og 36, og at det samme gælder *Ægtepagten*, Ægteskabslov II §§ 35 og 36, og *Testamentet*, Arvelovens §§ 24 og 25.

Virkningen af, at den i Loven *foreskrevne* Form ikke er iagttaget, er *ikke* ubetinget *altid* den, at Viljeserklæringen bliver *ugyldig*. Der kan nemlig ogsaa tænkes andre Retsvirkninger, der ikke rammer saa haardt som Viljeserklæringens Ugyldighed, men som dog i visse Tilfælde skønnes tilstrækkelig effektive til Gennemførelse af Formaalet med Formkravet. Der kan i Virkeligheden tænkes en

Se idethele om Emnet: personlige Betingelser hos Viljeserklæringernes Afgiver *Bentzon*: Arveret 93-102, jfr samme Forfatter i U f R 1918 B 137-47, *Ragnar Knoph* Arveret 98-115, om den rigtige, strengere norske Praksis ved Spørgsmaalet om Testators Aandsundhed, 113, om Betingelserne ved Viljeserklæringer inter vivos *Bentzon*: Personret 117, 111 ff, *Ussing*: Aftaler 74-77, *Gjelsvik*: Personret 13-32, om Betingelserne ved Ægtepagter og Separations- og Skilsmisseordninger *Bentzon* Familieret II 117-30, 137 ff, I 251-59, om Ægteskabs Indgaaelse s St 97 ff, *Borum* II 16-43, 105-127, 264-296.

hel Skala af stærkere og svagere Retsvirkninger, svarende til vekslende praktiske Behov ved de forskellige Arter af Viljeserklæringer. Navnlig kan der være Tale om følgende Skala af Retsvirkninger af Formens Tilsidesættelse: 1) Viljeserklæringen bliver ugyldig, 2) Viljeserklæringen bliver vel gyldig, men taber visse særlige i Loven fastsatte gavnlige Retsvirkninger af Formen, 3) Viljeserklæringen bliver ugyldig, hvis nogen, der rammes af den, bestrider dens Rigtighed og Ægthed, og 4) Parten, der har forsømt at iagttage Formen, stilles ugunstigt i Henseende til Bevisbyrden.

1) At Viljeserklæringen bliver helt ugyldig, dersom Formen ikke er iagttaget, kender vi saaledes ved Ægteskabs Indgaaelse (se i dansk Ret Ægteskabslov I § 38), ved Ægtepagt (Ægteskabslov II §§ 35 og 36), ved Lærlingekontrakter (i dansk Ret Lærlingelovens § 1), og ved Stiftelsesoverenskomst i Aktieselskaber (se f. Eks dansk Aktielovs § 6, sidste Stk).

2) At Viljeserklæringen vel bliver gyldig, men taber visse Retsvirkninger, naar Formen ikke er iagttaget, gælder ved Aftaler, der skal tinglyses, idet disse, naar de ikke foreligger skriftlig, ikke kan blive tinglyst og altsaa heller ikke kan opnaa den særlige Retsbeskyttelse mod Tredjemand, som Tinglysningen giver, endvidere ved Veksler, Check, og Indsættelse af begunstiget og Tilbagekaldelse heraf ved Livsforsikring.

3) Denne Retsvirkning af Formens Forsømmelse kender vi ved Testamentet for de *vigtigste* Formbetingelsers Vedkommende.

4) Endelig kender vi i visse Lande ved Lejekontrakter den Retsvirkning, at den, der forsømmer Oprettelse af skriftlig Lejekontrakt, faar en streng Bevisbyrde m. H. t. visse, særlig vigtige Kontraktvilkår (jfr i dansk Ret Pl 2 Okt 1754 § 3 og Lov Nr 139, 13 April 1938 §§ 31 og 34, se tidligere Fr 27 Maj 1848 § 11). Det samme gælder ved enkelte Bestanddele af Testamentsformen, der ikke anses for de væsenligste. Dersom saaledes Vidnerne har undladt at attestere Arveladers Testeringsmyndighed paa Testamentet, og Arvingerne bestrider denne, vil Testamentet alligevel kunne

opretholdes, hvis Vidnerne senere kan føres desangaaende. Undertiden siger Loven udtrykkelig, hvilke Bestanddele af Formen der er saa væsenlige, at deres Unkladelse medfører Ugyldighed, og hvilke der ikke har saadan Retsvirkning. (Se saaledes i dansk Ret Ægteskabslov I § 38, jfr § 36).

For Klarhedens Skyld vil det være rigtigt, at *Loven*, hvor den foreskriver en Form, der bestaar af flere forskellige Bestanddele, da tillige udtrykkelig og bestemt *fastslaar*, hvilke *Dele* der er saa *vigtige*, at Manglen af dem medfører *Ugyldighed* eller Ugyldighed, naar visse Personer bestrider Viljeserklæringen, og hvilke *Dele* der er af den Art, at Manglen af dem alene medfører svagere Retsvirkninger, og da hvilke. Dette har saaledes, som berørt, Ægteskabslov I § 38 i det væsenlige gjort, medens Arvelovens §§ 24 og 25 har forsømt det. Og denne Forsømmelse medfører altid Usikkerhed og Tvivl i Retspraksis, som Erfaringerne baade fra Norge og Danmark har vist.

3.

Hvilket Stadium i Viljeserklæringen, i dennes Vej fra Erklæringens Afgiver til dens Modtager, bør Retsordenen knytte *Retsvirkningen* til?

Se om *Formen* for private Viljeserklæringer og Virkningen af Formens Tilsidesættelse bl a *Bentzon Familieret* I 108-12, om Ægteskabs Indgaaelse, II 137 ff, jfr 153 jfr *Borum* II, 57-60, 281 ff, 290 ff; om Testamentsformen og dens enkelte Bestanddele og Tvivlen og Usikkerheden i Praksis m H t Virkningen af deres Forsømmelse se navnlig den indgaaende Udvikling hos *Knoph Arveret* 134-51, jfr ogsaa *Bentzon Arveret* 122-23; om Former indenfor Fordringsretten og Ejendomsretten idethele se *Jul. Lassen* I 62 ff, *Ussing Aftaler* 54-56, og *E R* III₁ 779-84.

Til en Viljeserklærings *Skriftlighed* kræves i Almindelighed, at Erklæringen foreligger — haandskreven, maskinskreven, trykt — med *Afgiverens Underskrift*, jfr *Ussing* anf St 56-57. Undertiden betones dette sidste Moment udtrykkelig i Loven, se saaledes Ægteskabslov II § 35, ved Ægtepagter. Om Indsættelse af begunstiget ved Livsforsikring se *Drachmann Bentzon* 423 ff.

Heller ikke dette Spørgsmaal kan løses af en enkel abstrakt Grundsætning, gyldig for alle Tilfælde. Dette har man ganske vist ofte i Teorien gjort; men idet én Teori opstillede ét Stadium, en anden Teori et andet o s v, opstod der naturligvis endeløse Stridigheder mellem Teorierne indbyrdes. I tysk Litteratur har der saaledes været opstillet 3 Teorier: en Äusserungstheorie, hvorefter Viljeserklæringen faar Retsvirkning, naar den er udtalt, *afgivet*, en Empfangstheorie, hvorefter Viljeserklæringen faar Retsvirkning, naar den er *kommet frem til den*, den er rettet til, d v s til hans *Bopæl*, og en Vernehmungstheorie, hvorefter den først faar Retsvirkning, naar den er *kommet til hans Bevidsthed*. Hertil kan føjes Overenskomstteorien, der navnlig er udviklet i romanistisk Litteratur, og hvorefter der først skabes Ret for Løftemodtageren, naar Løftet er *antaget, akcepteret* af denne.

Først bemærkes, at selv denne Angivelse af Stadier, som disse Teorier repræsenterer, ikke er udtømmende. Det første Stadium: *Afgivelsen* af Erklæringen kan saaledes udspaltes i 2 Understadier. Det kan saaledes forekomme, at A udtaler en Viljeserklæring *uden* samtidig at rette, adressere den til nogen, hvilket f Eks er Tilfældet ved Testamentet. Det andet Stadium er, at Erklæringen ikke blot udtales, men ogsaa *rettes, adresseres* til en Person, enten ved at den direkte udtales til ham, naar han er nærværende, eller derved, at den til ham rettede Erklæring overgives til Post, Telegraf, Bud e. l.

Overfor det virkelige Livs Mangfoldighed er det Synspunkt, som hver enkelt af de ovennævnte Teorier fastslaar, altfor snævert. De private Viljeserklæringer er en meget broget Skare Fænomener; der er her saa dybe Forskelligheder mellem dem, at det vil vise sig ugørligt for dem alle at knytte al Retsvirkning til samme Stadium i Viljeserklæringens Tilblivelse.

Men Problemet er i Virkeligheden meget mere sammensat end man hidtil har antaget. Efter min Opfattelse er det ikke nok at sondre mellem forskellige Retsvirkninger. Ti der er for det første ikke blot Tale om forskellige Retsvirkninger indenfor den enkelte

Viljeserklæring, men der viser sig endog forskellige Retsvirkninger for de forskellige Viljeserklæringer. Efter min Opfattelse maa der, som jeg skal søge at vise, idetheletaget sondres efter tre forskellige Fænomener: I *Forskellige Viljeserklæringer*, II *Forskellige Stadier* i Viljeserklæringerens Liv, og III *Forskellige Retsvirkninger*, varierende baade indenfor de enkelte Viljeserklæringer og mellem de forskellige Viljeserklæringer indbyrdes. *Stadierne* er navnlig de 6, jeg ovenfor S 192-193, 221 særlig fremhævede. Mellem *Viljeserklæringerne* er det for det første en Væsensforskel mellem dispositiones mortis causa og dispositiones inter vivos, mellem *Testamentet* paa den ene Side og de mange forretningsmæssige *Viljeserklæringer om levende Personers Formue og andre Anliggender* paa den anden Side. Men indenfor den sidstnævnte Gruppe kan der atter sondres mellem de skabende eller *primære* Viljeserklæringer og de *sekundære*. Ved de første forstaar jeg alle Viljeserklæringer, hvorved Retsforholdet mellem Parterne *stiftes*; hertil hører bl a alle Dagliglivets almindelige Kontrakter, Købekontrakter, Aftaler om Salg af Varer og andet Løsøre, Lejekontrakten, Laane- og Kreditaftalen, Arbejdskontrakten, Vekslen, Kautionsløftet, Pantebrevet, Skødet, Interessentskabskontrakten, Stiftelsesoverenskomsten i Aktieselskaber, Forsikringspolicen, Konnossementet o s v. Sekundære Viljeserklæringer kalder jeg derimod dem, der har deres juridiske Grund eller Hjemmel i en primær Aftale og alene udløser en Retsvirkning, der er hjemlet i denne grundlæggende, stiftende Aftale eller Viljeserklæring. Til de sekundære Viljeserklæringer hører Opsigelser, Reklamationer, Paakrav, Akcept af et Tilbud, Indsættelse af en begunstiget ved en Livsforsikring. Opsigelsen har saaledes Hjemmel i Lejekontrakten, Pantebrevet eller Arbejdskontrakten, Reklamationen i Købeaftalen o s v. — Testamentet er naturligvis ogsaa en primær Viljeserklæring; men indenfor dispositiones mortis causa kommer der ingen Modsætning til sekundære Viljeserklæringer frem.

Der kan dernæst ogsaa sondres mellem *Løfter* eller *Viljeserklæringer*, hvorved den erklærende paalægger sig selv *Pligter*, og *Viljeserklæringer*, hvorved den erklærende paalægger *andre Pligter*, hvilke sidste kaldes *Paabud*. Denne Sondring falder ikke helt sammen med Sondringen mellem primære og sekundære Erklæringer. Det er vel rigtigt, at disse sidste — Opsigelsen, Reklamationen, Akcepten o l — gennemgaaende paalægger den anden Part Pligter. Men der findes ogsaa Paabud udenfor de sekundære Viljeserklæringers Kres; saaledes kan nævnes Viljeserklæringen ifølge Forfatterlovens §§ 14 og 15: Eftertryk forbydes. Denne er et Paabud, men en primær Viljeserklæring. Endvidere maa formentlig nævnes Modregningsbegæringen, da det — hvor det ikke er særlig aftalt — ikke beror paa de to enkelte Fordringsløfter, men paa Retsordenen, om de kan modregnes. Og hvis man gaar udenfor Bestemmelser om levende Personers Sager, maa Testamentet anføres som et Paabud.

Det er *Goos*, der først opstillede Sondringen mellem Løfter og Paabud eller, som han kaldte disse, Paalæg, *Goos* I 228 ff. *Stang* bruger derimod, S. 224. Ordet Paabud, som synes mig bedre, og som jeg ovenfor anvender. *Goos* knytter imidlertid til denne Sondring forskellige Grundsætninger, der ikke kan opretholdes. Saaledes mener han 1) at Løfters Retsvirkning beror paa Forventnings- eller Tro- og Love-Sætningen — at der skal kunne stoles paa Løfter —, medens denne Sætning og dette Hensyn derimod ikke kommer frem ved Paabud, og 2) at Løfter først stifter Ret, naar de er kommet til Løftemodtagerens Kundskab, medens Paabud maa paalægge Pligter, naar blot de har faaet et saadant Udtryk, at vedkommende, hvem Paabudet gælder, har Adgangen til at lære det at kende. Forskel 2) i Grundsætningerne skal naturligvis hænge nøje sammen med Forskel 1). Se idethele *Goos* I 224-25, 228-31.

Disse Forskelle i Grundsætninger mellem Løfter og Paalæg kan dog næppe opretholdes. For det første rummer Forventnings- eller Tro- og Love-Sætningen ikke *hele Begrundelsen* af Aftalers, Viljeserklæringers bindende Virkning, se ovenfor; og desuden maa man ogsaa kunne stole paa et Paabuds, fEks en Opsigelses Ord, m H t Omfanget af den Modparten derved paalagte Pligt eller ugunstige Retsvirkning. Paa den anden Side er der et

løvrig maa fremhæves, at samme Viljeserklæring kan indeholde baade et Løfte og et Paabud. Saaledes binder Opsigelsen ogsaa den opsigende. Endvidere kan et af A givet Paabud indeholde et Paabud til B, men en Viljeserklæring til Gunst for C; dette gælder saaledes Indsættelsen af en begunstiget ved Livsforsikring, hvor Forsikringstageren A giver Selskabet, B, et Paabud, men hvor denne Viljesbestemmelse sker til Gunst for C, den til Livsforsikringen indsatte. Det samme gælder Testamentet, der er et Paabud til Arvingerne og Skiftemyndigheden til Gunst for Testamentsarvingen.

Men dernæst maa der sondres mellem *forskellige Retsvirkninger*. Navnlig maa der, saa vidt jeg kan se, skelnes mellem følgende Retsvirkninger og *dertil svarende Stadier* i Viljeserklæringernes Tilblivelse:

I. Hvilket Stadium eller Tidspunkt er afgørende for Retsvirk-

enkelt Paabud, Testamentet, hvor Tro- og Love- eller Forventnings-Sætningen slet ikke gælder. Men dernæst er det vel efter positiv dansk Ret saaledes, at Løfter først bliver bindende, naar de kommer til Modpartens Kundskab, medens en Række Paabud faar Virkning allerede, naar de ankommer til hans Bopæl. Men denne positive Ordning er ingenlunde den eneste eller naturlige. Se iøvrigt om Sondringen mellem Løfter og Paalæg *Bentzon*: Alm Retslære, 1 Udgave 103-4, 109-11, *Federspiel* 46-52, *Stang* 224-25, *Ussing*: Aftaler 4-5. *Bentzon* sonder mellem »de retskabende Viljeserklæringer og andre, der udfylder, ændrer, opløser Retsforhold, der er skabt ved hine«, anf St 111. Denne Bestemmelse gaar i den rigtige Retning; men den sidstnævnte Gruppe er efter min Opfattelse for omfattende, idet den ogsaa omfatter visse Paabud, der ikke er sekundære Viljeserklæringer, som Modregningsbegæringen og maaske ogsaa Eftertryksforbudet. Reel systematisk Interesse faar en Sondring mellem retskabende og udfyldende, ændrende, opløsende Viljeserklæringer derfor, saa vidt jeg kan se, først, naar der til Beskrivelsen af de sidste føjes den nærmere Bestemmelse, at de skal have *juridisk Hjemmel* i den retskabende Viljeserklæring og derfor er sekundære i Forhold til denne, da kun dette Træk kan forklare og begrunde, at en udfyldende, ændrende, opløsende Viljeserklæring faar Retsvirkning fra et forholdsvis tidligt Stadium paa Viljeserklæringens Vej fra Afgiveren til Modtageren, se ovenfor.

ningen af Erklæringsgiverens *Umyndighed eller Død*? Konkret kan Spørgsmaalet udtrykkes saaledes: Er det tilstrækkeligt, for at Viljeserklæringen kan skabe Ret for Modtageren, at Erklæringsgiveren var myndig og levende, da Erklæringen af ham blev *frem-sat* (udtalt) eller *afgivet*, eller skal det kræves, at han ogsaa var myndig og i Live, da den af ham udtrykte Viljeserklæring *naaede frem* til Modtageren, til dennes Bopæl eller maaske endog til hans Bevidsthed? Der kan dernæst ogsaa være andre Omstændigheder end Umyndighed og Død, der kan paavirke Viljeserklæringens Gyldighed, nemlig *Tvang* og *Svig*, udøvet mod Erklæringsgiveren, eller den Omstændighed, at han afgav Viljeserklæringen under en *urigtig eller bristende Forudsætning*. Ogsaa ved disse Omstændigheder maa der spørges om, paa hvilket af de nævnte Tidspunkter disse Omstændigheder skal have foreligget for at kunne paavirke Erklæringens Gyldighed?

II. Fra hvilket Stadium eller Tidspunkt har Viljeserklæringen stiftet en *uigenkaldelig Ret for Modtageren* (forudsat, at der ikke foreligger nogen af de under I omhandlede unormale Omstændigheder)? M a O: hvilket Stadium eller Tidspunkt er afgørende for, om Erklæringsgiveren kan *tilbagekalde* sit Løfte eller anden Viljeserklæring, der stifter en *Ret for Modtageren*? Kan han tilbagekalde den ogsaa, efter at han har *afgivet* (derunder afsendt) den, naar den blot endnu ikke er *naaet til Modtageren, til dennes Bopæl*, eller *Kundskab*? Og kan han eventuelt endog tilbagekalde den, efter at Erklæringen er naaet saa langt? Dette Spørgsmaals Besvarelse bliver ogsaa af Betydning for, om hans *Konkursbo* og godtroende Omsætningserhververe fra ham er bundet ved hans Viljeserklæring.

III. Fra hvilket Stadium eller Tidspunkt skaber eller udløser *Paabud* en *Pligt* eller anden Retsvirkning for den, hvem vedkommende *Paabud* er rettet til?

IV. Hvis et *Paabud* fra A til B eller en *Aftale* mellem A og B skaber eller udløser en *Pligt for B*, men en *Ret for C*, fra hvilket

Tidspunkt opstaar da denne Ret for C i Forhold til alle andre end A (der kan tilbagekalde den, se ovenfor II)?

V. Fra hvilket Stadium faar Viljeserklæringen Retsvirkning for Tredjemand?

I. Det bemærkes først, at en Forskel mellem Stadiet: Afgivelse og Stadiet: Ankomst til Modtageren praktisk talt ikke kan forekomme, hvor begge Medkontraahenter er nærværende, idet et Løfte da overhovedet ikke vil være afgivet, blot fordi det nedskrives eller udtales uden at være rettet til nogen bestemt Person, men først, naar Udtalelsen rettes til Løftemodtageren eller Skrivelsen, hvori Løftet gives, overrækkes denne Person. Men ved Kontraahering mellem fraværende, kommer Forskellen mellem de to Stadier frem: Viljeserklæringens Overgivelse til Bud, Post, Telegraf e l, kort udtrykt Afsendelse, og Viljeserklæringens Ankomst.

Ved denne Retsvirkning maa der sondres mellem de *almindelige Viljeserklæringer*, der ikke blot udtales men *rettes*, afgives til en Person, og de *ensomme Viljeserklæringer*.

A. Ved alle de sædvanlige private Viljeserklæringer fastslaas samme Grundsætning. Baade ved primære Viljeserklæringer inter vivos, saasom Køb- og Lejekontrakter, Arbejdskontrakter, Veksler, Kautionsløfter, Skøder, Konnossementer, Bestemmelser som: Eftertryk forbydes, offentlige Udlovinger, o s v, og ved sekundære Viljeserklæringer, saasom Paakrav, Reklamationer, Opsigelser, Akcepter, o s v, maa den Grundsætning gælde, at det afgørende Stadium eller Tidspunkt maa være Viljeserklæringens *Afgivelse* (ovenfor S 221, 3, Stadium b), saaledes at, hvis Erklæringsgiveren ved Afgivelsen var myndig og levende og ikke under Indflydelse af Tvang, Svig eller urigtige (eller bristende) Forudsætninger, er Viljeserklæringen gyldig, idet en Umyndighed eller Død, der indtræder, og en Tvang eller Svig, der udøves, *efter Afgivelsen*, men *inden* Erklæringens *Ankomst til Modtageren*, ikke paavirker dens Gyldighed (jfr i nordisk Ret Aftl § 21, Myndighedslovens § 65, i

tyisk Ret B G B §§ 130, 2 Stk og 153). Noget andet er, at Aftalen her under særlige Omstændigheder kan hæves, nemlig dersom en kendelig, væsentlig Forudsætning i det konkrete Tilfælde kan siges at være bristet ved Dødsfaldet eller Umyndiggørelsen, jfr Analogien af Aftalelovens § 21. — Offenlige Udlovinger maa anses for *afgivet*, naar de er *offenliggjort*.

Samme Regel gælder ved *sekundære Viljeserklæringer og Paabud idethele*. Et Paakrav eller en Opsigelse, en Modregningsbegæring eller et Eftertryksforbud berøres saaledes normalt ikke af, at Afgiveren af saadanne Viljeserklæringer efter Afgivelsen men inden deres Ankomst til Modtagerens Bevidsthed umyndiggøres eller dør.

Ligeledes vil den Omstændighed, at en Erklæringsgiver, — være sig ved Løfter eller Paabud — efter Viljeserklæringens Afgivelse men inden dens Ankomst til Modtagerens Bevidsthed, ved Tvang, Svig eller urigtige Forudsætninger hindres i at tilbagekalde den, ikke paavirke dens Gyldighed. Det afgørende er, at Erklæringsgiveren ved Afgivelsen ikke var paavirket af disse Omstændigheder.

Noget andet er, at Viljeserklæringer, der er rene Paabud, i Almindelighed til enhver Tid kan tilbagekaldes, se nedenfor.

Medens der saaledes om alle private Viljeserklæringer, som vist, gælder det samme Træk, at det afgørende Tidspunkt for denne Retsvirkning, for Bedømmelsen af den erklærendes Umyndighed, Død, en overfor ham udøvet Tvang, Svig o.l., er *Afgivelsen*, ikke *Ankomsten*, kommer der en Forskel frem imellem dem derved, at der foruden *Stadiet Afgivelsen* findes et Stadium forud for Afgivelsen, nemlig *Fremsættelsen* (se ovenfor S 221, 3, Stadium a). Den almindelige Regel ved private Viljeserklæringer, baade primære og sekundære, er, at Erklæringen ikke blot skal være *frem-sat, udtalt*, mundtlig eller skriftlig, men ogsaa være *rettet* til Modtageren, at først denne Henvendelse eller Adressering til Modtageren er det afgørende for nærværende Retsvirkning. Hvis saa-

ledes f Eks A nedskriver et Løfte til B, men foreløbig lægger det ned i sin Skrivebordsskuffe, og han derefter, inden Afsendelsen — ved Bud, Posten e l — bliver umyndig eller bliver tvungen eller ved Svig bevæget til at afsende det, er Viljeserklæringen ugyldig (undtagen i visse Tilfælde af god Tro hos Modtageren).

B. Der forekommer imidlertid Undtagelser fra denne Regel, idet der findes nogle Viljeserklæringer, som stifter Ret for en Person, selvom de *ikke er rettet* til denne, eller bringes til dennes Kundskab. Som saadanne Viljeserklæringer, som jeg har kaldt en-
somme Viljeserklæringer, kan nævnes Testamentet og Livsforsikringskontrakten. Testamentet er *ikke rettet*, endsige *afsendt* til nogen *ved dets Oprettelse*, men kun efterladt, med en fjern Henvendelse for Øje, en Henvendelse til en senere Tids Mennesker, Myndigheder og Arvinger. Den her omhandlede Retsvirkning indtræder altsaa ved denne Viljeserklæring allerede fra Tidspunktet for selve Erklæringens *Fremsættelse* (Udtalelse, Nedskrivning). Er Testamentet underskrevet og derefter lagt ind i et Skab, uden at nogen anden end Testator (og Notarius) kender det, er det gyldigt, selvom Testator efter Underskriften umyndiggøres. Ligeledes er Livsforsikringskontrakten gyldig fra Forsikringstagerens Underskrift, selvom han slet ikke har rettet nogen bindende Meddelelse herom til den i Kontrakten som begunstiget indsatte, f Eks Hustruen, eller overhovedet sat denne i Kundskab herom. En Umynd-

Hvis en Person har oprettet et Testamente, da han var umyndig, f Eks i sit 17nde Aar, bliver det ikke gyldigt, blot fordi han forholder sig passiv overfor det efter sit fyldte 18nde Aar; han maa gentage sin Viljeserklæring i de befalede Former, altsaa: i Virkeligheden afgive en ny Viljeserklæring. Hvis et Testamente er oprettet under Indflydelse af Tvang, Svig, urigtige Forudsætninger e l, er det ugyldigt. Men ved disse Ugyldighedsgrunde faar en efterfølgende Passivitet en anden Betydning end ved Ugyldighedsgrunden Umyndighed. Ti hvis Testator lader en vis Tid hengaa efter Tvangens eller Svigens Udøvelse eller, efter at være blevet klar over sin Vildfarelse, uden at genkalde Testamentet, maa han formentlig antages at ønske det opretholdt. Men der maa gives ham en rimelig Tid til Overvejelse i saa Henseende, jfr Z G B § 469.

diggørelse kort efter nævnte Underskrift, og inden den begunstige har faaet nogensomhelst Meddelelse om Indsættelsen, paa virker saaledes ikke Kontraktens Gyldighed. Det samme kan forekomme ved andre Tredjemands-Aftaler, f Eks naar A i et Skøde paa sin Ejendom til B forbeholder en Slægtning, C, en Ret til vederlagsfrit at bebo en Lejlighed i Ejendommen en vis Aarrække.

Men Forsikringstagerens Løfte (Underskriften paa Policen) maa naturligvis være *afgivet* til Forsikringsselskabet som Medkontrahent for straks at kunne faa Virkning som ensom Viljeserklæring, fra Fremsættelsen overfor den begunstige. En senere Indsættelse af en begunstiget efter en Livsforsikringskontrakt maa ogsaa for at faa Gyldighed i denne Henseende være *afsendt* til *Forsikringsselskabet*, se Forsikringsloven § 103, jfr *Drachmann Bentzon* 426. En saadan senere Indsættelse er et Paabud i Forhold til Forsikringsselskabet og en sekundær Viljeserklæring.

II. Angaaende den Retsvirkning, at *Retten til at tilbagekalde Viljeserklæringen* ophører, maa der sondres mellem forskellige Arter af Viljeserklæringer.

a. For de *Viljeserklæringer*, der *paalægger den erklærende Pligter*, kort udtrykt *Løfter* og *Tilbud*, gælder i nordisk Ret den Hovedregel, at Viljeserklæringen faar Retsvirkning i saa Henseende fra det Øjeblik, da Løftet eller Tilbudet kommer til *Modtagerens Kundskab*, saaledes at en *Tilbagekaldelse*, der *først kommer frem til denne*, efter at Løftet eller Tilbudet er *kommet til hans Bevidsthed*, som Hovedregel er *uvirksom*, Aftalelovens § 1, jfr § 7. Nordisk Ret hylder altsaa i Modsætning til Romerretten ikke nogen Overenskomst-Teori, hvorefter Viljeserklæringen først faar denne Retsvirkning ved Modtagerens Akcept, inden hvilken man altsaa kan tilbagekalde Løftet. Nordisk Ret har formentlig her den rigtige Løsning, hvad ogsaa Udviklingen i de romanistiske Lande bort fra Romerrettens Standpunkt i nyere Tid viser, se BGB § 145, Schweitzisk Obligationenrecht § 9 og Reglen i fransk Praksis indenfor Handelsretten. Nordisk Rets Regel gælder ogsaa *Tilbud*, se

Aftl §§ 1 og 7. — Offentlige Udlovninger kan tilbagekaldes ved *Offenliggørelse*. Naar Tilbagekaldelsen offentliggøres paa samme Maade som Udlovningen, anses den at være kommet frem til alie.

Nyere tysk Ret er gaaet videre og tillægger Løftet (derunder Tilbudet) Retsvirkning i denne Henseende allerede fra det Øjeblik, da Løftet kommer frem til Modtagerens Bopæl, se B G B § 130. Denne retstekniske Forskydning fra Optagelse i Modtagerens Bevidsthed til Ankomsten til hans Bopæl er dog næppe nødvendig, naar man, som i nordisk Ret, fastholder, at Bevisbyrden paahviler den, der vil gøre gældende, at en Tilbagekaldelse er kommet frem, inden Løftet kom til Modtagerens Kundskab, se *Henry Ussing Aftaler* 23. Tilbagekaldelsen faar nemlig, som nævnt, efter nordisk Ret Virkning, naar den blot naar frem til Modtagerens Bopæl samtidig med, at Løftet naar til hans Kundskab, Aftl § 7. — (Akcepten bliver forøvrig m H t en helt anden Retsvirkning, nemlig Bevaringen af den ved Tilbudet givne Ret, bindende for Tilbudgiveren, naar den naar frem til dennes Bopæl indenfor den ved Tilbudet ansatte eller forudsatte Frist, se nedenfor under III 1 a).

De Paabud, der ogsaa paalægger den Erklærende Pligter, saasom Modregningsbegæringen, Akcepten af et gensidigt Tilbud, følger m H t Tilbagekaldelse den her anførte Hovedregel.

Hvis Løftegiveren gaar *Fallit* eller sælger det i Løftet omhandlede Gode til en godtroende Tredjemand, *inden* Løftet ved at naa frem til Modtagerens Bevidsthed bliver *bindende* for Løftegiveren, er Konkursboet eller nævnte Tredjemand ikke bundet ved Løftet, se nedenfor under IV.

b. De *Viljeserklæringer* derimod, der er *rene Paabud*, f Eks

Den *oprindelige* Indsættelse af en begunstiget ved Livsforsikring er ikke noget Paabud, men en gensidig Aftale, med Pligt paa begge Sider, idet Forsikringsselskabet lover Forsikringstageren — altsaa ved en primær Viljeserklæring — en Ydelse til den begunstigede mod til Gengæld at faa et Løfte fra Forsikringstageren om visse Ydelser (Præmier).

Eftertryksforbud, Reklamationer over en Vares Mangler, Akcepten af et Gaveløfte, kan naturligvis *til enhver Tid*, altsaa ogsaa efter deres Ankomst til Modtageren, *tilbagekaldes*. Noget andet er, at visse Paabud, navnlig Reklamationer, kan have medført visse Forføjninger fra Modtagerens Side, som den reklamerende nu maa respektere.

c. De *Viljeserklæringer*, som Testamentet, den senere Indsættelse af en begunstiget ved en Livsforsikring o.l., der er en *Blanding af et Paabud til en Person og en Forføjning*, der vel ikke er noget forpligtende Løfte til *en anden*, men som dog er *til Gunst* for denne, kan ligeledes til enhver Tid *frit tilbagekaldes* af Erklæringsgiveren, medmindre denne ved særlig Bestemmelse — ved Testamente ved en Arvepagt, ved Livsforsikring ved en bindende Meddelelse til den begunstigede — har fraskrevet sig Retten hertil (jfr den nordiske Forsikringslov §§ 103 og 108).

III. *Paabud*, der skaber eller udløser *en Pligt* for *Modtageren* eller anden Retsvirkning for denne.

a. Ved de *Paabud*, der er *sekundære Viljeserklæringer*, gælder som *Hovedregel*, at de *paalægger Modtageren Pligten* eller faar anden Retsvirkning for ham, naar de er *kommet frem til ham*, til hans Bopæl. Den Forskel, der saaledes her gælder mellem de primære Viljeserklæringer inter vivos, Løfter og Tilbud, der skaber en Ret for Modtageren, og de sekundære, maa anses for velbegrundet. De nævnte primære Viljeserklæringer, der fra første Færd indleder Forholdet mellem Parterne, og hvor hele Grundlaget for dette Forholds Rettigheder og Forpligtelser skabes, maa nødvendigvis være tosidede, d v s enten være afgivet, hvor begge Parter er tilstede, og i gensidig forpligtende Forhold bliver enige, eller i Kontrahering mellem fraværende være kommet til en anden Parts Kundskab, saa at han kan tage Stilling til Løftet og eventuelt afslaa det, og i gensidig forpligtende Forhold akceptere Kontraktstilbudet eller afslaa dette. Naar derimod Grundlaget for Parternes Mellemværende først herved er skabt, vil man meget vel kunne lade visse

Retsvirkninger i Parternes senere Mellemværende indtræde, uden at det er nødvendigt, at de dertil sigtende Viljeserklæringer behøver ny fælles Forhandling og Aftale i gensidige Forhold eller ved Løfter Kundskab i hvert enkelt Tilfælde hos den ved Løftet forpligtede. Dette gælder i de Tilfælde, hvor en Retsvirkning i det senere Mellemværende er forudset allerede ved Kontraktsforholdets Stiftelse eller ialfald normalt var forudseelig paa dette Stadium, og hvor man derfor kan væрге sig imod en saadan Retsvirknings Indtræden, hvis man ikke ønsker den, ved allerede paa det primære Stadium at tage Forbehold derimod, f Eks mod Opsigelser til visse Tider eller paa visse Maader, Reklamationer over visse Fejl, senere Indsættelse af en vis Tredjemand ved Livsforsikring. Retsordningen behøver altsaa ikke at stille saa store Krav til de sekundære Viljeserklæringers Fremtrædelsesmaade; den behøver ikke at sørge for, at disse Viljeserklæringer paa det senere Stadium stadig har Tilknytning til Modpartens Vilje, eller at kræve, at Viljeserklæringen naar frem til Modpartens Kundskab, for at give den Retsvirkning.

Ud fra disse Grunde maa det da antages, at sekundære Viljeserklæringer i Almindelighed, saasom *Opsigelser*, *Paakrav*, *Akcepter*, *Betaling* o l, faar Retsvirkning i denne Henseende fra det Øjeblik, da Erklæringen *kommer frem til Modparten*, til dennes Bopæl, og ikke først fra det Øjeblik, da den kommer til hans Bevidsthed (jfr for Akceptens Vedkommende den nordiske Aftalelov §§ 2 og 3, for Opsigelsen U f R 1909. 746, 1911. 856 (Dissensen), jfr 1917. 524. se ogsaa i B G B § 130).

Fra ovennævnte Hovedregel gælder der dog *Undtagelser*. Ved de sekundære Viljeserklæringer, der kaldes *Reklamationer* og *andre Meddelelser*, der er nødvendige for at *forbeholde sig sin Ret*, faar Erklæringen nemlig Retsvirkning fra *et endnu tidligere Tidspunkt* end det, der, som ovenfor anført, gælder ved sekundære Viljeserklæringer i Almindelighed, nemlig allerede fra det Øjeblik, da den reklamerende har *indleveret* Erklæringen eller Meddelelsen til Be-

fording med Post, Telegraf eller andet forsvarligt Befordringsmiddel, idet det da ikke gaar ud over den reklamerende, at Meddelelsen forsinkes eller ikke naar frem (jfr i nordisk Ret Aftalelovens § 40, Købelovens § 61, Kommissionslovens § 3, Forsikringslovens § 33, 2 Stk). Samme Regel maa i en vis Henseende ogsaa gælde *Betaling* og andre Erlæggelseshandlinger. Naar saaledes en Pantedeblitor eller en Lejer i *rette* Tid afsender de pligtige Renter, Afdrag eller Huslejeløb med nævnte Befordringsmidler, bør det ikke gaa ud over den betalende, at Beløbene ikke naar rettidig frem til Kreditor, saaledes, at dette anses for væsenlig Misligholdelse, jfr E R IV 1720-21, Lejeloven §§ 26, 67 Nr. 1. Det forudsættes naturligvis, at Beløbene afsendes, f Eks med Posten, i saa god Tid, at de efter almindelig Beregning med normal Postgang kan naa frem til den fastsatte Betalingsdag, jfr E R IV 1720. Samme Regel gælder *Tilbagekald* af en *Indsættelse* ved Livsforsikring. Saavel om dette Tilbagekald som om selve Indsættelsen af en begunstiget er altsaa Afsendelsen tilstrækkelig, baade ved denne Retsvirkning III og ved Retsvirkning I (Forsikringslovens § 103, se ovenfor S 236-37).

De fire ovenfor under I-IV undersøgte Spørgsmaal er hidtil i Retslitteraturen ikke blevet skarpt adskilt i Viljeserklæringer, Stadier og Retsvirkninger, som jeg ovenfor har forsøgt, og som, saavidt jeg kan se, er nødvendigt for at naa til fuld Klarhed over Problemerne i Viljeserklæringernes Liv. Af Litteraturen maa navnlig fremhæves *Goos* I 225 ff, *Jul. Lassen* I 32 ff, 36 ff, 53, 57, 61, *Stang* 232 ff, *Ussing* Aftaler 12 ff, 18-27, 38-51, E R III, 768-71, T f R 1919, 191-94, *Bentzon* Arveret 100-106, *Knoph* Arveret 212-18.

Der maa paa dette Omraade sondres ikke blot efter Retsvirkninger, men i bevidst Forhold mellem tre forskellige Slags Kendsgøringer af retslig Betydning: I forskellige *Viljeserklæringer*, II forskellige *Stadier* i Viljeserklæringernes Liv, og III forskellige *Retsvirkninger*, varierende baade efter Stadierne og Viljeserklæringernes Art, ovenfor S 230 ff. *Ussing*s nævnte Fremstilling i § 4 handler kun om *Løfte* og *Akcept*, ligesom de følgende §§ kun handler om *Løfter*; men *Løfte* og *Akcept* er kun to — omend vigtige — Eksempler paa private Viljeserklæringer, henholdsvis paa primære og paa sekundære.

Saa vidt jeg kan se, kommer man ikke til Bunds i Problemerne, hvis

b. Om *Paabud*, der er *primære Viljeserklæringer*, kan der næppe opstilles en lignende almindelig Regel som om de sekundære. Man maa nærmere undersøge de reale Grunde ved de enkelte primære Paabud. Modregningserklæringen maa sikkert følge den nævnte almindelige Regel, altsaa faa Retsvirkning til Fordel for den erklærende, saasnart Erklæringen kommer frem til Modparten. Eftertryksforbudet maa derimod virke allerede fra selve det Øjeblik, da det er anbragt paa vedkommende Skrift. Her er det altsaa tilstrækkeligt, at der er givet Alle og Enhver *Adgang* til at gøre sig bekendt med Forbudet. Det samme maa gælde paatrykt Pris paa en Vare, i det Omfang dette Paabud er gældende efter Lovgivning og Retspraksis. Paabudet i Testamentet til Arvinger og Myndigheder virker fra selve Erklæringens *Fremsættelse*, fra Testators *Underskrift* paa Testamentet og faar øjeblikkelig aktuel Retsvirkning ved Dødsfald. Selvom Testamentet ved dette Tidspunkt er forsvundet, og man derefter allerede har begyndt at dele Arven efter de alminde-

man ikke giver en samlet Undersøgelse af *alle* Viljeserklæringer, primære og sekundære, i *alle* de Spørgsmaal, Viljeserklæringer rejser, lige fra de ovenfor (S 221) fremhævede 1 til 6. Kun herved naas formentlig de rette Hovedlinjer, som jeg ovenfor har gjort et Forsøg paa at finde. Selvom Ussings herhen hørende Afsnit baade efter deres Overskrifter og deres Hovedindhold alene omhandler nævnte to Viljeserklæringer, viser det sig, at de andre Viljeserklæringer dog ikke kan holdes ude. S 38-40 behandles saaledes for en enkelt Retsvirknings Vedkommende ikke blot Akcepten, men alle Paabud i Kontraktsforhold (ialtfald de sekundære Viljeserklæringer).

Ved sekundære Viljeserklæringer, der, som ovenfor fremhævet, faar Retsvirkning som Paabud fra Ankomsten til Modpartens Bopæl, maa yderligere erindres, at saadanne Erklæringer endog *undtagelsesvis* kan faa denne Virkning, selvom de slet *ikke kommer frem* til Modparten, nemlig naar dette skyldes Forhold, som Modparten selv maa bære Følgerne af, f Eks hvor han er flyttet uden at meddele Modparten det, se *Ussing Aftaler* 39 med Note 129. — Det ovenfor om Betaling af Leje antagne stammer efter min Opfattelse ogsaa nærmest med den naturlige Forstaaelse af den danske Lejelov 23 Marts 1937 §§ 26 og 67.

lige Regler, bliver alt dette dog igen ophævet, saasnt det herimod stridende Testamente bliver fundet.

IV. *Paabud eller Aftaler, der, foruden at paalægge Modtageren en Pligt, stifter en Ret for Tredjemand.*

Ensomme Viljeserklæringer. Testamentet og Livsforsikringskontrakten paalægger, som ovenfor anført, en eller flere Personer, en Myndighed eller et Selskab — Arvingerne, Skiftemyndigheden, Forsikringsselskabet — at udbetale en Sum eller overdrage et andet Gode til en Tredjemand; og *Retten* hertil stiftes for *Tredjemand* allerede ved selve *Fremsættelsen*, ved Testators eller Forsikringstagerens Underskrift paa Testamentet og Forsikringskontrakten, selvom Arvingen eller den ved Livsforsikringen begunstigede ikke har faaet nogen Meddelelse, endsige nogen bindende Meddelelse om den ham tillagte Ret. Og vel er denne Ret — inden han har faaet en bindende Meddelelse eller en Arvepagt — en opløselig Ret; den kan til enhver Tid opløses af Testator eller Forsikringstageren; men det er *kun* denne, der kan opløse Retten; overfor andre er den beskyttet, og altsaa en *virkelig Ret*, allerede fra det nævnte tidlige Stadium, *Fremsættelsen*. (Ved *senere* *Indsættelse* ved Livsforsikring kræves derimod ogsaa ved denne Retsvirkning Afsendelse af skriftlig Meddelelse, jfr ovenfor S 237.

Denne Opfattelse, som jeg nærmere har søgt at begrunde i T f R 1919. 197-230, er i Strid med tysk Rets Opfattelse, se B G B § 331, jfr *Hellwig*: Die Verträge auf Leistung an Dritte, 208, men er for Livsforsikringsaftalens Vedkommende nu anerkendt ved den nordiske Forsikringslov af 15 April 1930,*se §§ 102, 104, 112, 116 og 117. Selvom den begunstigede ingensomhelst Kundskab har faaet om *Indsættelsen*, viser dennes Retsvirkninger sig allerede paa dette Stadium. Den indsattes Ret er saaledes beskyttet mod Forsikringstagerens Kreditorer. Den almindelige Grundsætning, at alle Rettigheder, som en Person, her Forsikringstageren, selv har fri Raadighed over, kan hans Kreditorer ogsaa tilegne sig, er ved Livsforsik-

ringen afskaffet. Efter Forsikringsloven kan Forsikringstagerens Kreditorer som Hovedregel hverken i hans levende Live eller ved hans Død berøve den begunstigede hans Ret, se Forsikringslovens §§ 102, 116 og 117. Herfra gælder der kun den i § 117 omtalte begrænsede Undtagelse, hvorefter Forsikringstagerens Konkursbo, hvis han i de sidste 3 Aar inden Konkursen til Betaling af Præmier har anvendt et efter sin Formue tilstand ved Betalingen uforholdsmæssigt stort Beløb, kan kræve en vis Betaling af det for meget erlagte, se nærmere § 117. Ogsaa overfor Forsikringstagerens Arvinger er den begunstigede som Hovedregel beskyttet, selvom hans Ret kunde genkaldes af Forsikringstageren, Forsikringslovens § 102. Som Undtagelse herfra gælder, at dennes Ægtefælle og Livsarvinger i et vist Omfang kan angribe den genkaldelig indsattes Ret, se nærmere samme Lovs § 104. Og *Testamentsformen*, kræves ikke iagttaget ved Livsforsikringskontrakten for at give den genkaldelig indsatte denne Beskyttelse mod Arvingerne, se § 103.

Den ved et Testamente indsatte Arving har vel ingen Beskyttelse mod Testators Kreditorer; men mod Testators Arvinger, Udarvinger og Livsarvinger, er den indsatte derimod beskyttet, medmindre han — i de Lande, hvor der, som i Danmark, endnu gælder en Tvangsarveret, og, hvor Testator har efterladt sig Tvangsarvinger — har faaet en større Lod tildelt end det er foreneligt med Reglerne om Tvangsarveretten.

Som *almindelig* Regel bør en Retsorden formentlig ikke tillægge ensomme Viljeserklæringer Retsvirkning, — og det gør nordisk Ret heller ikke —, navnlig fordi det senere i mange Tilfælde er vanskeligt at bringe Klarhed over, end sige bevise, hvad egentlig Meningen har været med, at en Person A i Ensomhed har skrevet eller paa anden Maade tilkendegivet, at B skal have et Gode af A, altsaa uden at A har meddelt B eller maaske endog nogen anden noget om denne Viljeserklæring. Fordi A f. Eks. en Dag indsætter et Beløb i en Sparekasse med Tilføjelse af B's Navn — enten i Sparekassebogen eller paa dennes Konto i Sparekassens Bøger —, uden

at meddele B det ringeste herom, er der ingen Grund til at belemre A med Retssager fra B's Side om, hvad A mulig maatte have ment med denne Indsættelse af B, — dersom B tilfældig faar den at vide —, ligesom der heller ingen Grund er til, at A's Arvinger — endmindre hans Kreditorer — skulde bøje sig for denne Indsættelse af et Navn som en gyldig Livsgave eller Dødsgave, idet det overhovedet maa staa som ganske usikkert og uklart, hvad og hvor meget A har lagt i denne Erklæring, jfr E R II 696 ff. Det er idet hele taget sikkert det sundeste, at Retsordenen som *Hovedgrund-sætning* hævder, at *Retten ved private Viljeserklæringer kun stiftes for den, til hvem Erklæringen er afgivet, med hvem Aftalen er truffet*. Og der er i Reglen heller ingen praktisk Trang til, at en Aftale skal stifte Ret for andre end Aftalens Parter, for en Tredjemand, der slet ikke har været tilstede, da Aftalen blev sluttet, eller da en Viljeserklæring fra en enkelt Side blev afgivet.

Men i visse Tilfælde — som dog i Forhold til den ovenfor angivne almindelige Regel er Undtagelsestilfælde — er der *et praktisk Behov* for at anerkende, at *ensomme Viljeserklæringer* stifter Ret. *Hovedeksempler* herpaa er de to ovennævnte, *Testamentet* og *Livsforsikringsaftalen*. De praktiske Grunde til her at anerkende, at Viljeserklæringen fra selve Afgivelsen, uden Meddelelse til Arvingen eller den begunstigede, stifter Ret for disse, er flere (Testator og Forsikringstager kaldes i det følgende med Fællesnavnet: Stifteren, og Arvingen og den begunstigede med Fællesnavnet: den indsatte): Stifteren fritages, ved ikke at behøve at meddele noget, for Fortrædeligheder med den indsatte, hvis Stifteren senere fortryder sin Bestemmelse og ophæver den indsattes Ret; Stifteren kan endvidere ved sin Hemmeligholdelse paa Forhaand afskære enhver mislig og utiltalende Spekulation i sin Død; endvidere svækkes den indsattes Energi og Sparsommelighed ikke ved Indsættelsen, som han intet kender til; ved Livsforsikringskontrakten er dernæst den ensomme Viljeserklæring en Forenkling, idet der ikke kræves en særlig Transport til den indsatte, for at tillægge

denne Retten. Stifteren ønsker ved Livsforsikringen paa den ene Side, at Retten *straks* skal være stiftet for den indsatte ved Stifterens Underskrift, uden yderligere Formaliteter og Foranstaltninger; han ved, at selvom han f Eks. dør lige efter at have forladt Selskabets Kontor, er den indsatte, f Eks hans Hustru, fuldt sikret; men paa den anden Side ønsker han samtidig ofte at bevare, saalænge han lever, fuld Raadighed over Forholdet, navnlig til at opløse det, hvis han af en eller anden Grund faar Lyst dertil.

Som andre Eksempler paa Tilfælde, hvor der er praktisk Behov for ensomme Viljeserklæringer (og hvor dansk Ret ogsaa anerkender saadanne), maa nævnes en Købers *Gældsovertagelse ved faste Ejendomme*, naar *Pantegælden* henstaar uopsigelig fra *Ejer til Ejer*, jfr T L § 39, 1 Pkt, en *Sælgers Forbehold* i *Skødet* af

Om Tredjemands-Aftaler og ensomme Viljeserklæringer se iøvrig min Afhdl i T f R 1919. 218, *Jul. Lassen* I 57-61, III 280-84, *Stang* 215 ff, 220-21, 316 ff, 334-35, *Henry Ussing* Aftaler 43-45, 176-98, jfr samme i U f R 1927 B 153-55. Om Livsforsikringskontrakten og Tredjemands-Aftaler se *N. Cohn: Livsforsikringskravets formucretlige Behandling*, 1918.

Fordi et Dokument, der stifter en Ret for Tredjemand, tinglyses, bliver Retten ikke derved uigenkaldelig, jfr E R III 995-96, *Henry Ussing* Aftaler 188 Note 43.

Naar en Ægtefælle *sikrer* den anden en Livsforsikring el i Medfør af Ægteskabslov II § 30, maa dette Udtryk i denne § saavel som i den gamle Ægteskabslov 1899 § 25, baade omfatte Tilfælde, hvor Retten er genkaldelig, og, hvor den er uigenkaldelig, se T f R 1919. 215-18. Fremstillingen hos *Bentzon* Familieret II 126-27 er derfor efter min Opfattelse ikke helt dækkende det rette Forhold. Se herved *O. A. Borum* i U f R 1939. 123, *Popp-Madsen* i »Juristen« 1938. 201-3.

A's Indsættelse af et Beløb paa en Sparekassebog paa B's Navn har som ovenfor nævnt hverken Retsvirkninger for A eller for dennes Kreditorer eller Arvinger. Det er dog formentlig ikke rigtigt af den Grund *helt* at frakende denne Indsættelse enhver Retsvirkning. Den indsatte maa saaledes vistnok foretrækkes som eneste Arving for det Offentlige som sidste Arving efter D L 5-2-11, jfr U f R 1871. 250 (en Afgørelse, hvis Resultat er rigtigt, men hvis Præmisser fejlagtig gaar ud fra, at A's Indsættelse af et Beløb i Sparekassens Boger paa B's Navn afskærer A fra frit at disponere over Beløbet), T f R 1919. 207, jfr 204 ff.

en Lejeret for en bestemt Person, og *Betaling og andre Erlæggelses-handlinger*, naar de ifølge Aftale eller Skik mellem Parterne eller Sædvane gyldig kan ske *til Mellemed*, f. Eks. et Selskab eller en Bank, til hvis Konto for B A kan indbetale Beløb, A skylder B, eller en Sparekasse, til hvis Sparekasse-Konto for B A kan indbetale Beløb, som A tidligere har hævet paa samme Konto som Laan o l (jfr U f R 1920, 621). Hvis der ikke er et saadant Mellemed som de nævnte, gælder den almindelige Regel for Betaling og andre Erlæggelses-handlinger, at de har Virkning, blot de er afgivet eller afsendt paa betryggende Maade, uden at Kreditor behøver at have faaet Kundskab om dem, se ovenfor; og denne Regel vil i disse Tilfælde formentlig tilfredsstille de praktiske Behov.

Naar Retsordenen i de ovennævnte Tilfælde, som ved Testamentet, Livsforsikringskontrakten, Gældsovertagelsen, Betalinger til Mellemed, o l, kan imødekomme de fremhævede praktiske Behov, er der iøvrig netop i disse Tilfælde saa meget mere Grund dertil, som den Betænkelighed ved de ensomme Viljeserklæringer, der knytter sig til Usikkerheden og Uvisheden m H t Erklærgiverens Vilje og Mening med Indsættelsen, her ikke er til Stede, idet der altid ved de nævnte Viljeserklæringer findes Personer, Selskaber eller andre *Mellemed*, overfor hvilke Viljen og Meningen *klart konstateres*; Notarius eller Vidner, Forsikringsselskabet, Sælgeren eller Køberen af den faste Ejendom, Modtageren af Betalingen o l.

Som almindelig Regel har de private Viljeserklæringer ikke *tilbagevirkende* Kraft. Men hvis en saadan Tilbagevirkning i enkelte Tilfælde maa anses for praktisk, bør der ikke fra Retsordenens Side lægges Hindringer i Vejen herfor — ligesaa lidt som, hvor en saadan Virkning er praktisk ved offentlige Viljeserklæringer. Der er da heller ikke efter nordisk Ret nogen Hindring for at vedtage i Kontrakter, at de i en eller flere Retninger faar tilbagevirkende Kraft, altsaa fra et Tidspunkt forud for Datoen for Kontraktens

Underskrift, jfr f Eks Vedtagelse i et Skøde af en tidligere Skæringsdag for Skatter og Afgifter (end nævnte Dato) o l, i en Søforsikringsaftale om Risikoens Indtræden fra en allerede for nogen Tid siden sket Afrejse fra den sidst kendte Anløbshavn. Men da saadan tilbagevirkende Kraft ikke er det almindelige, kræves der paa den anden Side altid *særlig Vedtagelse* herom.

Da forskellige Ord og Ordmodsætninger undertiden paa dette Omraade har forvirret Begreberne, skal jeg benytte Lejligheden til at fastslaa, at der efter min Opfattelse for Klarhedens Skyld er god Grund til at sondre mellem to Modsætninger, der maa holdes skarpt ude fra hinanden, nemlig Modsætningen mellem: *ensidede* og *tosidede* og mellem *ensidige* og *gensidige* Aftaler (eller Viljeserklæringer). Ved en ensidet Aftale eller Viljeserklæring maa efter min Mening rettelig forstaas en saadan, der til sin Gyldighed kun behøver *én Viljeserklæring*, f Eks et Gaveløfte til en fraværende, der ikke kræver Akcept, Testamentet, Viljeserklæringen: Eftertryk forbydes, medens en tosidet Aftale (eller Viljeserklæring) er en saadan, der til sin Gyldighed kræver en Viljeserklæring *fra begge Parters Side*, f Eks et Tilbud, hvortil der jo kræves Akcept. En *ensidig* Aftale eller Viljeserklæring er derimod en saadan, der kun paalægger den *ene Part Pligt*, f Eks et Løfte, en Reklamation, medens en *gensidig* Aftale skaber Pligt paa *begge Sider*, f Eks en Købekontrakt, en Lejekontrakt. Disse to Modsætninger maa ikke sammenblandes. En Viljeserklæring kan være paa en Gang *ensidig* og dog *tosidet*, f Eks et Gaveløfte til en nærværende, der kræver Akcept. — En ensidet Viljeserklæring maa vel adskilles fra en ensom. De fleste ensidede Viljeserklæringer kræver Optagelse i Modtagerens Bevidsthed eller en Meddelelse til Modparten (være sig Afsendelse eller Ankomst til denne); men en ensom Viljeserklæring, som Testamentet og Livsforsikringsaftalen, behøver end ingen Meddelelse til den indsatte for at faa Retsvirkning.

Nogle Aftaler eller Viljeserklæringer frembyder iøvrig den Ejendommelighed, at de kan være baade tosidede og gensidige i *Forhold til én Person*, og ensidede og ensomme i *Forhold til en anden Person*. Dette gælder saaledes den egenlige Tredjemandsaftale, som f Eks Livsforsikringskontrakten. 1) I *Forhold til Livsforsikringsselskabet* er Forsikringstagerens Aftale baade tosidet og gensidig — med Pligter baade for ham og for Selskabet; og heri indgaar som et Led ogsaa Indsættelsen af en Tredjemand som begunstiget. 2) Men i *Forhold til den indsatte* er Forsikringstagerens indsættende Viljeserklæring baade ensidet og ensom. Det kan derfor virke noget forvirrende, naar det ofte, baade i Videnskab og Praxis, siges, at Forsikringstagerens Viljeserklæring, der indsætter en bestemt Person som begunstiget, er — hvad enten den sker straks ved Aftalens Underskrift eller senere — »*en rent ensidig Bestemmelse*« eller Forføjning. Dertil maa bemærkes, at Indsættelsen, baade, naar den sker *senere* (efter Aftalens Indgaaelse mellem Forsikringstageren og Selskabet) og straks, ved selve Aftalens Indgaaelse, for det første har sin Grund og Hjemmel i den tosidede og gensidige Aftale, som Livsforsikringskontrakten er, og dernæst i en i Forhold til den begunstigede ensidet og ensom Viljeserklæring. Hvis denne Indsættelse sker *senere*, behøver den kun at være *afgivet, afsendt* til Selskabet, for at faa Virkning. I Forhold til Selskabet er den senere Indsættelse altsaa ensidet; men denne Indsættelse er en sekundær Viljeserklæring, der har sin Rod i den tosidede og gensidige Forsikringskontrakt.

V. *Viljeserklæringens Retsvirkning for Tredjemand*. Et Løfte fra A til B (være sig om en Pengesum eller en individuel Ting) har Retsvirkning for A's *Kreditorer* (Konkursbo, Udlæg), naar Løftet er kommet til Løftemodtageren B's Bevidsthed og derved er ble-

Se om Modsætningen mellem ensidede og tosidede og mellem ensidige og gensidige Aftaler og Viljeserklæringer nærmere min Afhdl i T f R 1919. 186-194.

vet bindende for A. Men Retsvirkningen er forskellig ved artsbestemte og individuelt bestemte Løfter. Løfter om en Pengesum giver kun et Dividendekrav mod Konkursboet, medens Løftet om en individuel Løsøregenstand giver Ret til at faa selve denne udleveret af Boet (Separatist-Ret, medmindre der foreligger en unormal Overdragelse, en Omgaelse af Reglerne om Underpant i Løsøre), hvorimod et Løfte om en fast Ejendom kun giver denne gode Ret, naar Løftet er tinglyst. — Har *A* lovet *B* og *C* samme Genstand, faar den af disse to Retten, til hvis Kundskab Løftet først kom, medmindre den anden først faar Genstanden overleveret uden at kende førstnævntes Ret, se nærmere E R III 770, 825 ff, 939 ff, 1297 ff.

4.

Ved Spørgsmaalet, om *Uoverensstemmelser* mellem den Erklærendes indre *Vilje* og *Erklæringens objektive Indhold* og om *Tvang, Svig, urigtige og bristende Forudsætninger* skal have Indflydelse paa den private Viljeserklærings Gyldighed, viser der sig i Retslivet en vis Modsætning mellem Viljeserklæringer som Testamentet, familieretlige Aftaler om Underholdspligt og Forældremyndighed og lignende Aftaler, der angaar stærkt *personlige* Forhold, paa den ene Side, og de *almindelige økonomiske* Aftaler i det daglige Forretningsliv paa den anden Side.

Det praktiske Problem er ved alle Viljeserklæringer dette: er det afgørende for Retsvirkningen det, som den erklærende har villet, eller det Indtryk, han ved Sproget, sin Optræden eller andet Meddelelsesmiddel har fremkaldt i Omverdenen, hos sin Medkontrahent eller anden Modtager af Erklæringen? Hvorledes skal Retsordenen løse Konflikten mellem disse to, Erklæringens Afgiver og dens Modtager og ud fra hvilke Grunde?

Undertiden sammenblander man i Begrundelsen af den Løsning af Konflikten, man vil gennemføre, Ting, der ikke har noget med hinanden at gøre. At Retsordenen overhovedet tillægger private

Viljeserklæringer — være sig Testamenter, Ægtpagter, Kontrakter e a — Retsvirkninger, er begrundet i, at Samfundet gennem Aarhundreder har gjort den Erfaring, at det er hensigtsmæssigt at overlade de Private og deres Initiativ i vidt Omfang at ordne deres indbyrdes private Retsforhold, som de selv vil. Denne Grundsætning om de Privates Selvlovgivning eller Autonomi betyder altsaa, at Retsordenen paa mangfoldige Omraader af det daglige Liv *delegerer* sin retsregeldannende eller lovgivende Myndighed til Borgerne selv, i deres Egenskab af Privatpersoner; og denne private Selvlovgivning har i Nutidens Samfund ikke blot bevirket, at de fleste Retsforhold mellem Borgerne i det daglige Livs Milliontilfælde bestemmes af den i det private Dokument fastsatte Regel for *Behandlingen af disse Enkelttilfælde*, men tillige, at der ved private Aftaler under Foreningsfriheden er opstaaet en Række, efterhaanden mægtige Sammenslutninger, der giver *almene Retsregler* for Hundredtusinder af Medlemmer af disse Samfund indenfor Samfundet — Kredit- og Hypotekforeninger, Andelsforeninger, Brugsforeninger, Sparekasser, Fagforeninger, Karteller og Truster. Men Borgernes *Selvlovgivning* — d v s at de ved deres Viljeserklæringer kan ordne deres private Forhold, som *de vil* — kan ikke, som det ofte er sket, navnlig i romanistisk Teori, anvendes til Begrundelse af, at Retsordenen her altid bør gennemføre, hvad *Erklæringsgiveren vil*, som *Julius Lassen* med Rette har fremhævet, se *Lassen I 30*. Grundsætningen om de privates Selvlovgivning bygger efter min Opfattelse paa de *normale* Tilfælde, hvor Medkontrahenterne Erklæringsgiveren og Modtageren er enige, altsaa paa disses *fælles Aftale*, men tager i sig selv ingen Stilling til, hvad der skal ske i de *unormale* Tilfælde, hvor Løftegiverens Vilje ikke stemmer med hans Erklæring overfor Modtageren. Dette er, som man siger, en helt anden Historie.

Naar det opstilles som ledende Grundsætning, at Løfter og Kontrakter skal holdes efter deres *Ord*, uanset den lovenes Vilje, — saaledes som i nordisk Ret, Aftalelovens §§ 1 og 32 — er der

idetheletaget en vis Uklarhed i den Begrundelse, der ofte gives for denne Hovedregel. Undertiden anføres Hensynet til de *privates Autonomi* som Grunden; undertiden anføres *Samhandlens Tarv* (eller Tilliden i Omsætningen); og undertiden anføres begge disse Grunde. De *privates Autonomi* rækker som Lovgrund *langt videre end Samhandlens Tarv*; Autonomien gælder alle private Viljeserklæringer, *baade Testamenter* og *Aftaler* inter vivos, medens *Samhandlens Tarv* kun gælder de sidstnævnte. Autonomien betyder, som nævnt, at Testator og Kontraktspartner kan ordne deres Forhold efter deres Ønsker; men, hvis to Kontrahenter har en forskellig Opfattelse af, hvad der er lovet eller aftalt, giver Autonomien, som fremhævet, ingen Løsning. Den kan saaledes godt forenes med en Retsordning som den tyske (i B G B §§ 119 og 122), hvorefter en Løftegiver, hvis han ved en Fejltagelse har udtrykt sig i Strid med, hvad han har villet, ikke hæfter for Opfyldelsen af sit Løftes Ord, men skal erstatte Medkontrahentens Tab ved at disponere i Tillid hertil. Men Autonomien kan ogsaa meget vel forenes med en Retsordning som den nordiske, hvorefter man som Regel skal opfylde sit Løftes Ord (nævnte Aftalelovs § 32). Men ser man nærmere til, kan det samme i Virkeligheden siges om Grunden: *Samhandlens Tarv*. Dette *Tarv* kan meget vel forenes med den tyske Retsordning, lige saa vel som med den nordiske. Der forlyder intet om, at *Samhandlen* ikke gaar lige saa udmærket i Tyskland som i Norden. Sagens Kerne turde være, at *Samhandlens Tarv* er et meget omfattende og ubestemt Begreb. Man maa her, efter min Opfattelse, før det første udvide Undersøgelsen til en anden Videnskab, idet man nærmere i Enkeltheder bør udrede, hvilke *socialøkonomiske* Grunde der ligger bag dette Begreb, som jeg nedenfor skal forsøge. Men dernæst maa fremhæves, at man hidtil kun har undersøgt dette Problem, om Forholdet mellem Vilje og Erklæring, ved de *private Viljeserklæringer*, holdt denne Undersøgelse isoleret; der har manglet en Undersøgelse i et videre Perspektiv, nemlig: af Problemet om *Forholdet mellem Ord og*

Vilje ved alle Viljeserklæringer, baade offentlige og private. Det er dette, jeg i det foregaaende har gjort et Forsøg paa, og jeg har herved bestræbt mig for at finde de fælles Livets Love, der behersker alle disse Fænomener. Herved kommer der dybe reale Grunde frem, der gør sig gældende paa alle Viljeserklæringers Omraade, i hele Retslivet, overalt hvor Menneskehedens Sprog har Betydning for Ordningen af de menneskelige Livsforhold. Disse Grunde blev ovenfor fremhævet (S 194 ff) og kan kort sammensattes deri, at den mest hensigtsmæssige Brug af det menneskelige Sprog, den største Omhyggelighed i Valget af de rigtige Ord, de færreste Skuffelser og Lidelser, og det sikreste Grundlag for den Enkeltes Dispositioner saavel som for Samarbejdet naas, naar der for alle Viljeserklæringer, offentlige og private, gennemføres den Grundsætning, at det er *Ordene*, der som Hovedregel binder og skaber Grundlaget for Retsvirkningerne, og ikke den Erklærendes Vilje eller Modtagerens Ønsker, at altsaa Ordene maa binde og forpligte Lovgiveren og Dommeren saavel som de private Kontrahenter. Hvis man havde betragtet Problemet i denne videre Sammenhæng, vilde man altsaa have set, at Sætningen om Løfters, Aftalers forbindende Kraft bunder *ikke blot* i de Grunde, der kan anføres af *økonomisk* Art paa dette særlige Omraade under Begrebet Samhandlens Tarv, men at Sætningen bunder endnu dybere i Livets Love, i Grunde, der gør sig gældende paa *alle Menneskelivets Omraader*. De særlige, økonomiske Grunde, Samhandlens Tarv, faar herved Støtte og Styrke fra mere almene, hele Retslivet beherskende Grunde. Men her vil det ikke kunne bestrides, at medens de særlige økonomiske Grunde, som omtalt, formentlig vil kunne forenes med ret forskellige positive Retsordninger, saa fører de her fremhævede dybere, almene Grunde utvivlsomt til en Skærpelse af Sætningen om Ordenes forbindende Kraft, til en Hævdelse af, at Ordene i Løfter og Kontrakter ubetinget skal holdes, lige saa godt som i Love og Domme, altsaa ikke blot til en subsidiær Skadesløsholden for Tab ved skuffet Tillid, naar Løftet eller Kontrakten brydes,

men til en Opfyldelse efter Løftets og Kontraktens eget, oprindelige Indhold, efter selve *Ordene*, saa at selve Skuffelsen helt undgaas.

Der maa iøvrigt, som nævnt, i dette Spørgsmaal sondres efter *Livsomraader*, mellem Viljeserklæringer paa *personlige* og Viljeserklæringer paa almindelige *forretningsmæssige* Omraader.

Ved det daglige Forretningslivs mangfoldige Aftaler, ved Viljeserklæringer inter vivos gælder som *Hovedregel*, at Løftegiveren er bundet ved sit Løfte, sin Viljeserklæring, ved dennes *Ord* efter sædvanlig, naturlig Sprogbrug, og ved sin *Optræden under Kontraheringen*, saaledes som den objektivt, naturlig maa forstaaes, uanset, om han har forbundet en anden, herfra forskellig Mening med sine Ord eller Optræden, naar Løftemodtageren er i god Tro d v s hverken kender eller bør kende Uoverensstemmelsen, Aftl § 32. Men ligesom der ikke tages Hensyn til Løftegiverens Vilje, naar den ikke har faaet Udtryk i Viljeserklæringens Ord efter sædvanlig Sprogbrug, ligesaa lidt tages der Hensyn til Løftemodtagerens Forventning, til hvad han har lagt i Viljeserklæringens Ord, naar disse dog ikke objektivt hjemler denne Forventning, jfr DL og NL 5-1-1 og 2, Aftl §§ 1 og 32. Ligesaa lidt som nordisk Ret kan siges at anerkende nogen Viljesteori, ligesaa lidt kan den siges at hvile paa en Tillids- eller Forventningsteori, selvom denne begrænser Beskyttelsen til den *berettigede* Forventning. Der gives nemlig paa den ene Side Tilfælde i Livet, hvor der er vakt en berettiget Forventning hos Medkontrahenten, og hvor denne dog ikke erhverver Ret; og der gives paa den anden Side Tilfælde, hvor der ikke er vakt nogen berettiget Forventning, og hvor Medkontrahenten alligevel erhverver Ret. I førstnævnte Henseende kan nævnes det Tilfælde, at en Mand ved Køb af en Fabrik med Maskiner og Maskininventar i Tillid til en enkelt fejlagtig Oplysning i et højt anset teknisk Værk forstaaer et bestemt Punkt i Kontrakten som givende ham mere Ret, end den i Virkeligheden, rigtig objektivt forstaaet, hjemler ham. Her er utvivlsomt vakt en berettiget For-

ventning, en beføjet Tillid; og dog vil sikkert ingen Domstol tilstaa ham mere Ret end Kontrakten, objektivt forstaaet, giver ham. Som Eksempel i omvendt Retning, at Kontrakten skaber Ret for Medkontrahenten, endskønt der hos denne ikke er vakt nogen berettiget Forventning, kan nævnes de Tilfælde, hvor en Part i et Kontraktsforhold af mere indviklet Natur af sin Sagfører oplyses om, at et enkelt Punkt i Kontrakten i Virkeligheden hjemler ham en større Ret, end han havde tænkt sig, jfr *Niels Lassen* i U I R 1885.4. Her er ikke vakt nogen berettiget Forventning; og alligevel vil sikkert ingen Domstol af den Grund nægte nævnte Part den Ret, som Kontraktens Ord objektivt klart hjemler ham. Altsaa, heller ikke her er den berettigede Forventning den retstiftende Kendsgerning. I begge Retninger stemmer det her hævdede Resultat med D L og N L 5-1-2: »Kontrakter skulle holdes i *alle deres Ord og Punkter*«, se iøvrig nærmere E R III: 756-57, 772-73, jfr ogsaa i andre Landes Ret østrigsk Lovbog § 871, og engelsk-amerikansk Ret, medens derimod B G B §§ 119 og 122 og Code civil Art 1109 og 1110 staar paa en modereret Viljesteoris Standpunkt, jfr E R III: 772-73. Det her fremhævede stemmer, som man vil se, ganske med det, der, som ovenfor vist, maa gælde ved de *offenlige* Viljeserklæringer. Lovens og Dommens *Ord* maa ligesom Kontraktens Ord gælde i alle deres Punkter, uden Hensyn til Myndighedernes Vilje eller Borgernes Ønsker.

Fejlen ved Teoriene, Viljesteorien saavel som Tillidsteorien, er formentlig den, at de hver for sig, da de havde opdaget et enkelt Element, Løftgiverens Vilje eller Modtagerens Tillid, troede, at dette Element indeholdt hele Sandheden, hele Begrundelsen af de private Viljeserklæringers forpligtende Kraft. Overfor Livets Fylde af modstridende Hensyn og meget forskellige faktiske Forhold maa Teoriernes spinkle Uddissekering af enkelte Elementer synes ret gold. Men det maa dog paa den anden Side retfærdigvis overfor Teoriene ikke glemmes, at vi maatte igennem denne Dissekering, og saa udover den. Ti igennem denne Udstykning i enkelte Ele-

menter naaede vi til Klarhed over, hvor forskellige Hensyn og Faktorer der her er medvirkende. Det er iøvrig Tillidsteoriens Fortjeneste, navnlig i den Form, *Julius Lassen* gav den, dels at den i Norden gav en god Modvægt mod den romanistiske Viljesteori, dels at den pegede paa noget centralt i Begrundelsen af den private Aftales bindende Kraft, nemlig at *Tilliden i Samhandlen* ikke kan undvære Reglen, at der kan stoles paa Løfter (hvad jo selv tysk Ret i et vist Omfang gennemfører). Men Teorien saa ikke, at nævnte Tillid og Tryghed ikke alene er i Løftemodtagerens Interesse, men tillige og i høj Grad i *Løftegiverens* Interesse. Det er i samtlige Løftemodtageres Interesse, at der virkelig kan stoles paa Løfter, at man virkelig er sikker paa at faa alt det, der objektivt ligger i Løftets, Kontraktens Ord; men det er paa den anden Side Løftegivernes Tryghed, at de sikkert ved, at deres Forpligtelser ikke gaar længere, end Kontraktens Ord efter objektiv, almenmenneskelig Forstaaelse klart hjemler, hvilket nævnte Eksempler netop viser.

Men forøvrig maa det, saa vidt jeg kan se, naar Retsordenens ledende Regler paa dette Omraade skal *begrundes*, erkendes, at intet enkelt Element, være sig Vilje, Tillid eller andet, slaar til. Det er, efter min Opfattelse, gaaet her som det ofte gaar bag Fagmurene mellem Videnskaberne under Nutidsvidenskabens stærke Specialisering: at den ene Specialvidenskab tvinges til at arbejde med det begrænsede Sæt Kendsgerninger, som Fagdelingen har tillagt den. Juraen har paa dette Omraade faaet tildelt de *psykologiske, sproglige* og lignende Kendsgerninger: Vilje, Forventning eller Tillid, og Erklæringen, dens objektive Indhold, derunder Parternes faktiske Optræden under Møllenværendet; og det vil være uretfærdigt at bestride, at vor Erkendelse gennem Argumenteringen mellem Viljesteorier og Tillidsteorier er blevet væsenlig udbygget. Men de slaar ikke til; Fagmuren til en anden Videnskab, her Socialøkonomien, maa fjernes, og Horisonten derved udvides. Det vil da vise sig, at de særlig socialøkonomiske Grunde peger i

samme Retning, som den Undersøgelse i videre Perspektiv, af samtlige Viljeserklæringer, jeg ovenfor har forsøgt, førte til.

Socialøkonomisk er Forholdet mere sammensat end Formlen: Samhandlens Tarv angiver. I det primitive økonomiske Samfund, hvor *Byttehandlen* mellem *individuelle* Genstande er den fremherskende Form, er der ingen synderlig praktisk Trang til Viljeserklæringers eller Aftalers forpligtende Kraft. Derfor er det et gennemgaaende Træk i primitiv Ret, at Løfter og Aftaler, naar de forekommer, er noget, man stoler ligesaa lidt paa mellem Individider, som man i Nutiden stoler paa dem mellem Stater. Man slap ikke sin Ting med den ene Haand, før man tog Modpartens Ting med den anden Haand til Gengæld. Retsordenen blandede sig i hine Tider ikke i disse Forhold. Selv efterat Udvekslingen af *Varer* og andre *artsbestemte* Genstande og Aftaler om *senere Levering* af saadanne havde faaet en ikke ringe Udbredelse og økonomisk Betydning, greb Retsordenen i de første Faser af Udviklingen ikke ind; man sikrede sig Opfyldelsen gennem samtidig Udveksling, Overdragelse af *andre* Genstande til *Sikkerhed*. Herved opstod de ældste primitive Former af Realkredit, af Panteret i Ejendomsoverdragelsens Form. Panteretten kendes længe, før Sætningen om Løfters bindende Kraft var anerkendt. Men disse primitive Realkredit- og Panteretsformer maatte nødvendigvis, efterhaanden som Udvekslingen af artsbestemte Ydelser blev stærkere og stærkere, føles som mer og mer besværlige, som medførende et stedse større Spild af Tid, Kræfter og Omkostninger. Og den eneste Vej ud heraf var, at Retsordenen maatte gaa over til Gennemtvingelsen af en almen Regel om Løfters og Aftalers forpligtende Kraft uden Støtte i nogen Panteret. Men hvor haard en Kamp denne Gennemtvingelse har kostet og, hvor ny en Opfindelse denne Personen og hele hans Formue bindende Kraft har været, spores endnu i ældre Lov, ogsaa i Danske og Norske Lov i de to herom grundlæggende, efter hinanden gentagende og indskærpende Lovbud, 5-1-1 og 2, om, at Løfter under ens Haand og Segl skal holdes, og om, at Kontrakter skal

holdes, i alle deres Ord og Punkter. Den stigende økonomiske Arbejdsdeling, i Forbindelse med den stadig voksende Vareomsætning — tildels og i stigende Grad ved *Handel mellem fjerne Pladser* — maatte ogsaa lidt efter lidt gøre en Gennemtvungelse fra Samfundsmagtens Side af Aftalers forpligtende Kraft bydende nødvendig. Og Nutidens højst sammensatte økonomiske Omsætningsliv vilde overhovedet ikke kunne undvære denne Kraft, der alene kan give Forretningsmanden *Tryghed i Dispositioner* og give den rette Belønning til *erhvervsmæssig Forudseenhed*. Men dernæst maa Trangen til *Forenkling* i Forretningsaftalernes Gennemførelse og Afvikling: at denne gaar saa glat og hurtig, saa meget uden Tvist og Gnidning som muligt, ogsaa nødvendig medføre, at der i Nutidsamfundets Forretningsliv maa ses bort fra indre psykologiske Foreteelser som Vilje, Hensigter, Forventninger o.l., medmindre der paa særlige Omraader gør sig *vægtige Modhensyn* gældende, og disse paa den anden Side ikke kan forstyrre Helhedsvirkningen: den almene Tryghed i Erhvervslivet mod Bagholdsangreb fra psykologiske Tilstande, der er skjult for Medkontrahtenten.

Disse samfundsøkonomiske Grunde taler stærkt for, at de private Viljeserklæringer, Aftaler og deres Følgebestemmelser, som Hovedregel maa binde Erklæringsgiveren efter *selve Viljeserklæringens Ordlyd*, efter sædvanlig Sprogbrug, være sig almindelig menneskelig eller særlig merkantil, industriel, landbrugsteknisk eller anden faglig Sprogbrug, ganske uanset om Erklæringsgiverens eller idethele Kontraktparternes konkrete Vilje, Hensigt, Forventning eller Tillid er uoverensstemmende med Erklæringens objektive sproglige Indhold, og uanset om Viljen eller Forventningen maatte være saa berettiget, ud fra andre Synspunkter, alt under Forudsætning af, at den erklærendes Viljesmangel ikke var kendelig for Medkontrahtenten, Erklæringmodtageren. Dette har ikke mindst praktisk Betydning, fordi mangfoldige Kontrakter i Nutiden er meget *omfattende* og højst *sammensatte* og i alle deres talrige

Funkter danner Grundloven for mange Menneskers Opførsel, ofte tilmed gennem lange Perioder af deres Liv.

5.

Hvad der gælder Viljesmangel i denne Forstand (Uoverensstemmelse mellem Viljen og dens sproglige Udtryk), gælder ogsaa den Viljesmangel — i videre Betydning —, at den erklærende ved Tvang, Svig eller ud fra en afgørende, urigtig eller bristende Forudsætning er blevet bevæget til at afgive Viljeserklæringen. Hvis denne Tvang, Svig el ikke er kendelig for Modtageren, idet han hverken kendte eller burde kende den, er Viljeserklæringen ligeledes bindende for den erklærende, jfr Aftl §§ 29-31, 34 og 35. Ogsaa disse skjulte psykologiske eller fysiske Forhold maa som Hovedregel være Forretningslivet uvedkommende, baade af Hensyn til dets Tryghed og Fasthed i Dispositioner, derunder Disponering paa langt Sigt, og af Hensyn til Forenkling, Hurtighed og Besparelse i den daglige Omsætnings Fremgangsmaader.

Fra denne *ledende Grundsætning* om Ordenes Sejr over alle Viljesmangler gælder der dog, som Følge af modstaaende vægtige Samfundshensyn, en Række betydningsfulde *Undtagelser*.

1) Allerede i Formuleringen af Hovedgrundsætningen om Viljeserklæringens Forbindende efter dens sproglige Indhold i sædvanlig, almindelig eller faglig sproglig Forstaaelse, er der jo gjort den Begrænsning eller Undtagelse, at hvis Modtageren saa eller burde se, at der var Uoverensstemmelse mellem den erklærendes Vilje og dens sproglige Udtryk, var Erklæringens objektive Indhold ikke bindende. Dette faar navnlig praktisk Betydning, hvor der i Virkeligheden mellem begge Kontraktsparter er en *fælles Forstaaelse* om *Aftalen i Strid med Erklæringens objektive, sproglige Indhold*. Taler Kontrakten f Eks om Matr Nr 2 b, men det bagefter oplyses

og bevises, at begge Parter i Virkeligheden ved Kontraktens Indgaaelse har ment Matr Nr 2 c, betragtes Handlen selvfølgelig som indgaaet for denne sidste Ejendom, jfr herved et Tilfælde i U f R 1919 A 42. Derfor siger Fransk Code civil Art 1156 da ogsaa med Rette: »On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes«.

2) Hvis en Viljeserklærings objektive sproglige Indhold, som det fremtræder for Medkontrahenten, er opstaaet ved *Falsk* eller *Forfalskning*, er det uforbindende for den erklærende, selvom Forfalskningen var ukendelig for Modtageren, T L § 27. Det samme gælder, hvis en Viljeserklærings sproglige Indhold er blevet *forvansket ved Fejl fra Telegrafvæsenets Side* eller ved urigtig Gengivelse af et *Bud*, Aftl § 32, 2 Stk.

3) Selvom Tvang og Trusler i Almindelighed ikke paavirker Viljeserklæringens Gyldighed, naar de er ukendelige for Medkontrahenten, er det almindelig anerkendt, at en enkel, ondartet Art af Tvang, *voldelig Tvang* gør Viljeserklæringen uforbindende, selvom den ikke var kendelig for Modtageren, Aftl § 28, T L § 27.

4) Endvidere kræver de Samfundshensyn, der ligger bag Umyndighedslovgivningen, at Viljeserklæringer, afgivet af en *Umyndig*, er uforbindende, Myndighedsloven § 34, T L § 27. Samme Undtagelse gælder Viljeserklæringer, afgivet af *Sindsyge* e l, Myndighedsloven § 65.

5) Hvor *Viljeserklæringen tier* om et bestemt, væsentligt Punkt i Mellemværendet, griber Retsordenen ind i Form af de Aftalen udfyldende, deklaratoriske Regler, der i nyere Tid med praktisk Nødvendighed trænger ind i de fleste Kontraktsforhold regulerende og ordnende, være sig gennem udtrykkelig Fastsættelse i Lovgivningen eller gennem Udviklingen i Videnskab og Praksis. Her hjælper iøvrig i mangfoldige Tilfælde hverken Vilje, Forventning eller Erklæring, da Parterne ofte enten overhovedet ikke har tænkt paa det uomtalte Punkt eller mulig nok en Gang under Kontraheringen

har haft en eller anden vag Tanke desangaaende, men siden atter har tabt den til Underbevidstheden eller ihvertfald ikke har mægtet at give den nogetsomhelst Udtryk overfor hinanden. I en Kontrakt af en omfattende og indviklet Karakter har man f Eks ved en vis Sum glemt at aftale Rente eller Rentens Størrelse. Retsordenen griber da udfyldende ind og indsætter en Rente, efter Forholdets nærmere Beskaffenhed (Handelsforhold, Omraader udenfor disse). — Hvis der ikke findes nogen Lov eller Sædvane, der kan udfylde Aftalen, hvor denne tier, maa Domstolene træffe Afgørelsen; og her faar (ligesom hvor en Lov tier) Hensynet til Sagens Natur stor Vægt. I *langvarige Kontraktsforhold* — Interessentskaber, Aktieselskaber, Leje- og Forpagtningsforhold, Karteller og Truster — hvor Forholdet mellem Parterne efter Retsagens Afslutning iøvrig vedbliver at bestaa, maa Dommeren under Hensynet til Sagens Natur navnlig overveje, hvilken Ordning der vil være den mest hensigtsmæssige til at skabe gode og betryggende Forhold mellem Parterne i deres fremtidige Forbindelse med hinanden; men samtidig maa Dommeren ogsaa se denne enkelte Sag i et videre Perspektiv og derfor tage Hensyn til, hvad der i Kontraktsforhold af den paagældende Art gennemsnitlig i Fremtiden vil give den for Samfundet i det lange Løb mest hensigtsmæssige Løsning. Dette sidste Hensyn, det videregaaende Samfundshensyn gør sig dernæst ogsaa og særlig stærkt gældende ved de *kortvarige Kontraktsforhold*, f Eks ved de enkelte Køb og Salg, de enkelte Gældsforhold, hvor derimod Hensynet til det fremtidige Forhold mellem disse Parter i Reglen ikke spiller nogen Rolle.

6) Hensynet til Sagens Natur, til den mest hensigtsmæssige Ordning af Kontraktsforholdet mellem disse Parter og af alle Kontraktsforhold i Samfundet af den paagældende Art, faar dernæst ogsaa stor Betydning ved Afgørelsen af de Konflikter, der opstaar ved, hvad vi kalder *Forudsætningerne* for en Kontrakt, idet disse ofte betyder, at der under Kontraktsmellemværendets senere Udvikling opstaar Begivenheder, som er af den Art, at en Part *ikke*

længer vil være bundet ved Aftalen. Undertiden kan der konstateres at foreligge en individuel Forudsætning for Aftalen, som væsenlig eller afgørende for en af Parterne, d v s at hvis Spørgsmaalet om denne Forudsætnings Bristen udtrykkelig var blevet omtalt, vilde denne Part have taget et Forbehold om i saa Fald at hæve Kontrakten; og hvis denne Forudsætning da tillige er kendelig for den anden Part som saaledes afgørende, maa den berettigede førstnævnte Part til at hæve Kontrakten, naar Forudsætningen da hører til dem, der overhovedet kan tænkes anerkendt af Modparten. At en saadan individuel Forudsætning faktisk har været tilstede og været kendelig for Modparten, kan vel ofte kun konstateres derved, at Forudsætningen har været *berørt* under Kontraktsforhandlinger, men uden at den har faaet noget Udtryk i Kontrakten. Men en individuel Forudsætnings Væsenlighed og Kendelighed kan dog ogsaa konstateres ved, at efter hele Løftegiverens *individuelle, særlige Karakter* eller *Livsvaner*, som Medkontrahenten nøje kendte, maatte denne kunne sige sig selv, at Løftegiveren ikke vilde være bundet, hvis en vis Begivenhed hændte, eller noget, man gik ud fra, viste sig urigtigt. I alle saadanne Tilfælde bør Domstolene formentlig anerkende individuelle Forudsætninger, uden nogen Undersøgelse eller Bedømmelse af, om Forudsætningens Anerkendelse maatte være retfærdig efter en saakaldt objektiv Maalestok, bortset naturligvis fra, at Forudsætningen, hvis den strider mod Lov og Ærbarhed, ikke kan gøres gældende. — Hvis der derimod er *Tvivl* om, *hvorvidt* Forudsætningen faktisk af Parten er blevet anset for *væsenlig* eller om den overhovedet kunde tænkes anerkendt af Modparten, eller der indtræder *helt uventede Begivenheder* i Kontraktsforholdets senere Udvikling, som Parterne ved Kontraktsindgaaelsen overhovedet ikke har haft fremme for Bevidstheden, endside taget Stilling til, maa det til syvende og sidst blive Retsordenen, der griber ind i Kontraktsforholdet, idet Domstolene i disse Tilfælde maa afgøre Striden om Forudsætningens Væsenlighed — altsaa om Kontrakten kan hæves — efter en samfundsmæs-

sig Afvejelse og Betragtning af, hvad der er retfærdigt mellem Parterne, hvorunder ogsaa maa ses hen til, hvad der gavner Erhvervslevet paa vedkommende Omraade, ofte indenfor vedkommende særlige Forretningsgren, bedst, se nærmere E R III, 773-79 med Noten 778-91. Derved udøver Retsordenen ofte en *idealiserende* Indflydelse, idet Domstolene maa se hen til, hvorledes det rette Samarbejde mellem Parterne i paagældende Kontraktsforhold maa være, se eksempelvis i Interessentskabsforhold Tilfældet i E R III, 777. Men ikke blot i Bedømmelsen af Kontraktsforudsætninger, ogsaa ved Udfyldning af Aftalen om et særligt Punkt, hvor den tier, kan en vis idealiserende Virksomhed fra Domstolenes Side ofte spores. Hvis der nemlig her bliver Spørgsmaal om at udfylde Aftalen ud fra en vis almindelig herskende Forretningspraktik i et vist Kontraktsforhold, kan det undertiden hænde, at en saadan faktisk sædvanlig Forretningsskik snarere er, som en tysk Højesteretsdom siger, en »Unsitte« end en »Sitte«. I saadanne Tilfælde maa Dommeren ikke blot hæve sig over det enkelte Tilfælde, men ogsaa frigøre sig fra det faktisk almindeliges Tryk og hævde som Ret mellem Parterne den Opfattelse af Kontrakten, som efter en Afvejelse af samtlige Omstændigheder vil vise sig at give den i det lange Løb for Befolkningen mest højnende Retningslinje i samtlige saadanne Kontraktstilfælde.

7) Den mest aktive Form for idealiserende Indflydelse i Kontraktsforholdene udøver Retsordenen, hvor den ved præceptive Regler ligefrem udsletter Viljeserklæringen eller Parternes Aftale eller retter den, altsaa dømmer den i dens Helhed eller enkelte af dens Bestemmelser ugyldige. Denne kraftige Indgriben til Højnelse af menneskelig Opførsel i Kontraktsforhold er i nyere Tid blevet

Til Spørgsmaalet om private Viljeserklæringers og Aftalers forpligtende Kraft, om Kontraktsforudsætninger o l, se Goos II 319 ff, *Jul. Lassen* I 28 ff, 98 ff, 112 ff, *Ernst Møller*: Forudsætninger, samt i U f R 1896. 1039-54, 1907 B 209 ff, *Jul. Lassen* i T f R 1895. 285-300, *Fredrik Stang* 237 ff, 490 ff, 538 ff, *Almén* til Aftl § 32, *Henry Ussing*: Bristende Forudsætninger, 1918,

hyppigere og hyppigere, se mod forskellige Former for Udbytning eller anden særlig Udnyttelse Aftl §§ 31, 33, 36, 37, Reglerne om Udlaansrenten til Pantelaanere, jfr Lov Nr 272, 6 Maj 1921 § 15, mod utilbørlig Begrænsning af den Enkeltes Erhvervsfrihed Aftl § 38, Prisaftale-Loven 18 Maj 1937, Lovgivningen om Udskiftning, Udstykning og Sammenlægning af Landbrugsejendomme, Fr 23 April 1781, Lovene Nr 106 og 108 af 3 April 1925, Forbudet mod Hoveri, Fr 6 Dec 1799 § 2, Forbudet mod Grundbyrder, Lov 28 Sept 1918 § 7, se endvidere Tinglysningslovens §§ 15, 4 Stk, 40, 42 o s v.

Ovenfor er gjort Rede for de *socialøkonomiske Aarsager* til

jfr. Juridisk Forenings Aarbog 1918-19. 23-35, N. Cohn i JT 1918. 367-68, og Oluf H. Krabbe i UfR 1920 B 171 ff, navnlig 173, Lundstedt: Obligationsbegrebet, 1929, 135 ff, min Afhdl i UfR 1912 B 60-63 og i TfR 1919. 194-97, jfr 186 ff, ER III₁ 756 ff, 772-91, Henry Ussing: Aftaler 6-12, 77 ff, 91 ff, 104 ff, 250 ff, Bentzon Personret 42 ff, Gjelsvik Personret 15 ff. Arbejdsdelingens og Værdiomsætningens Betydning i Nutiden for Hævdelsen af økonomiske Aftalers forpligtende Kraft, er fremhævet af Lundstedt, se TfR 1923. 90-92. Om Byttehandlen og de primitive Tidens Realkredit og manglende Regel om Løfters forpligtende Kraft og Udviklingen til Nutidens højt udviklede Omsætningsformer og Realkredit og til Anerkendelse af denne forpligtende Kraft se ER I 27-28, III₁ 756-57, IV 1483 ff.

Da Tillids- eller Forventningsteorien blev klar over, at selv dens Begrænsning af Beskyttelsen til den *berettigede* Forventning ikke kunde afværge uheldige praktiske Konsekvenser af Teorien (se ovenfor S 236 ff), søgte den en yderligere Begrænsning i Tilføjelsen af, at Forventningen skulde være ikke blot berettiget, men *juridisk* berettiget. Hermed var i Virkeligheden Teorien i sig selv sprængt; man maa da hellere erkende, at det til syvende og sidst ikke er Forventningen eller Tilliden, der er den eneste Faktor i Begrundelsen af Viljeserklæringens forbindende Kraft, se mine Bemærkninger i UfR 1912 B 61 og idethele 60-63.

— Om man vil betegne en Forudsætning, der har været *berørt* under Forhandlingerne, som en Forudsætning eller en stiltiende Betingelse, er ligegyldigt. Berørt og berørt er to Ting. I det Tilfælde, hvor en Lejer, der venter Forflyttelse til en anden By, lejer en Lejlighed i denne, kan han berøre Forflyttelsen ialtfald paa to Maader: *enten* nævner han blot Forflyttelsen under Forhandlingen om Lejemaalet en Gang i Forbigaaende som en faktisk Oplysning, men ikke ved Underskriften af Kontrakten, og tager idethele hverken mundtlig ved Underskriften eller i selve Kontrakten

Grundsætningen om Aftalers forpligtende Kraft, se ovenfor S 256-58
Vi har nu tillige set, hvilke *Faktorer* der *juridisk* set er de afgørende for Retsordenens Synspunkter i Spørgsmaalet om, *i hvilket Omfang Aftaler — Løfter og Kontrakter — er bindende* for Viljeserklæringens Afgiver. Her er ikke en enkelt, men en Række Faktorer bestemmende: Viljeserklæringens, Aftalens eget Indhold, Ordene efter sædvanlig objektiv Forstaaelse, almindelig eller særlig teknisk Sprogbrug, Parternes Optræden, efter sædvanlig menneskelig Forstaaelse, Parternes bevislige fælles Opfattelse, selvom denne er i Strid med Aftalens Ord, Løftegiverens Vilje i visse særlige Til-

Forbehold om ikke at være bundet i Tilfælde af, at Forflyttelsen strander, eller han tager et saadant Forbehold. I førstnævnte Fald kan man hævde, at der foreligger en stiltiende Betingelse, da Forflyttelsen har været berørt. Men der maa formentlig, hvis ikke Udlejervirksomheden skal blive uforholdsmæssig vanskelig eller praktisk umulig, være Enighed om, at kun i sidstnævnte Tilfælde kan Lejeren gaa fra Lejemaalet, jfr E R III₁ 775-76. I det Tilfælde derimod, hvor en Køber af en Handlendes Butiksinventar under Forhandlingen om Købet berører, at han agter at leje den Handlendes Butik, vil jeg mene, at Forudsætningen herom er saa afgørende, at han vil kunne hæve Købet, hvis Lejemaalet ikke gaar i Orden, jfr E R III₁ 774. Ogsaa her kan man kalde Forudsætningen en stiltiende Betingelse, da den har været berørt under Forhandlingerne. Efter min Opfattelse er Sondringen: Forudsætning - stiltiende Betingelse en ligegyldig Navneforskel; og dette viser sig formentlig i de to her nævnte Tilfælde: Lejemaalet med Flytningen som Forudsætning og Købet med Lejemaalet som Forudsætning. Der kan derfor *ikke* knyttes *nogen Forskel i Retsvirkninger til en Sondring mellem Forudsætninger og stiltiende — og udtrykkelige — Betingelser*, men kun til en Sondring *mellem Forudsætninger* (derunder de saakaldte stiltiende Betingelser) og *udtrykkelige Betingelser*, hvilke sidste, saa vidt jeg kan se, alene fortjener Navn af Betingelser.

Saasnart nu selv en nok saa individuel og sær Forudsætning er gjort til *en udtrykkelig Betingelse i Aftalen*, maa Domstolene anerkende den; det er alle enige om. Hvis Forudsætningen derimod kun har været *berørt under Forhandlingerne* om Aftalen, vil Forudsætningen formentlig kun kunne anerkendes af Retsordenen som afgørende, naar den efter Kontraktsforholdets Beskaffenhed — fEks almindeligt Lejemaal eller Køb af Inventar — naturligt kunde tænkes akcepteret af begge Parter som Risikofordeling, idet det i det ene Kontraktstilfælde, Lejemaalet, herefter maa anses som det

fælde (Falsk og Forfalskning, Forvanskning ved Bud, og Vold), Retsordenens udfyldende Regler, hvor Aftalen, hvor alle Parternes Viljeseerklæringer tier, Retsordenens Afgørelse gennem Dommeren i de af Parterne uforudsete Tilfælde (bristende Forudsætninger, som ingen har tænkt paa) og endelig Retsordenens tvingende, idealiserende, de private Aftaler helt eller delvis ophævede Regler.

— Naar Retsordenen anerkender Borgernes Selvstyre i de private Kontraktforhold, betyder dette altsaa ingenlunde, at Retsordenen overlader hele dette Omraade til en ganske ubunden Frihed. Tværtimod griber Retsordenen som vist overalt ordnende og

rette at lægge Risikoen for Forudsætningens Bristen — Forflyttelsens Stranding — paa Lejeren, medens det i Købetilfældet maa anses for det rette at lægge Risikoen for Forudsætningens Bristen — Lejemaalets Stranding — paa den anden Part i Forholdet, Sælgeren af Butiksinventaret. Ved Afgørelsen af Spørgsmaalet om den naturlige Risikofordeling maa ogsaa en samfundsmæssig Overvejelse af, hvad vedkommende Erhvervsvirksomhed maa kræve af Hensyn til Sikkerheden i sin daglige Forvaltning og af andre Hensyn. Saaledes kan Udlejervirksomheden langt vanskeligere taale Risikoen for individuelle Forudsætningers Bristen, jfr ER III 775-77, end en saadan, ganske særlig Salgsvirksomhed som en Handlendes Salg af sit Butiksinventar.

Det fremgaar da af det anførte, at den Omstændighed, at en Forudsætning kan kaldes — efter nogles Opfattelse, — for en *stiltiende Betingelse*, ikke bringer den udenfor den nævnte samfundsmæssige Vurdering fra Dommerens Side. Omvendt maa det betones, at jo mere individuel og sær en Forudsætning er, jo mere vil alene dens Kendelighed for Modparten være tilstrækkelig til at lægge Risikoen for dens Bristen over paa ham, og ganske uden Hensyn til, om den har været berørt under Forhandlingen og altsaa kunde kaldes en *stiltiende Betingelse* eller ej. Hvis f. Eks. en Sælger af en Genstand nøje, gennem mange Aars Erfaring kender en Købers *Karakter og Livsvaner*, særlig m. H. t. Genstande af den omkontraherede Art, maa en Forudsætning i saa Henseende kunne anses for afgørende, selvom den aldeles *ikke* har været *berørt* under Forhandlingen om Købet. Her kommer altsaa omvendt Dommerens samfundsmæssige Vurdering ikke i Virksomhed, endskønt vi her staar overfor en Forudsætning, der ikke med nogen Ret af nogen Opfattelse kan kaldes en *stiltiende Betingelse*.

Det vil da formentlig ogsaa i *en Lovgivning* paa dette Omraade alene af retstekniske Grunde være det mest hensigtsmæssige ikke at operere

regulerende ind, ikke blot ved deklaratoriske Regler, men ogsaa ved *tvungende Regler*, der *dels sikrer*, at Kontrakterne bliver til uden Anvendelse af Svig, Falsk, Tvang, Udbytning o l, *dels afgør* en Række Stridigheder mellem Kontraktsparterne, hvor disses egne Viljeserklæringer og Aftaler ikke slaar til, altsaa ved Uoverensstemmelser mellem Parternes Hensigter og Erklæringernes Indhold, ved de vanskelige Spørgsmaal om urigtige og bristende Forudsætninger for deres Aftaler, og *dels* ophæver adskillige af Borgerne Kontrakter, helt eller delvis, ud fra en Række højere Samfundshensyn. Og i Spørgsmaalet om Kontrakternes Retsvirkning for

med Begrebet den stiltiende Betingelse, men alene i Retsreglerne sondre mellem *Forudsætninger* og *Betingelser* og *definere disse som udtrykkelige Betingelser*. Idethele skulde da de ledende Lovregler paa dette Omraade kunne formes som følgende Grundsætninger:

1) Alt, hvad der er gjort til udtrykkelig Betingelse, anerkendes som afgørende for Aftalen (Ordet »afgørende« taget i Betydningen: givende Ret til at hæve Kontraktsforholdet), medmindre det særlig er aftalt, at Betingelsens Svigten ikke skal have denne, men en anden Retsvirkning (f Eks et Erstatningskrav) til Følge.

2) Hvis en væsentlig Forudsætning for den ene Part i en Aftale er kendelig for den anden Part ud fra dennes nøje Kendskab til den anden Parts Karakter og Livsvaner, anerkendes den som afgørende for Aftalen.

3) Hvis Parterne ikke saaledes i Forvejen kender hinanden, men en væsentlig Forudsætning for den ene Part i Aftalen er kendelig for den anden Part, ved Udtalelser under Kontraktsforhandlingerne eller Bemærkninger i en Brevveksling forud for Aftalen eller ved det iøvrig mellem Parterne faktisk forefaldne, anerkendes den som afgørende, medmindre den hører til saadanne Forudsætninger, der ved Aftalens Indgaaelse overhovedet ikke med Rimelighed kunde tænkes anerkendt af den anden Part som afgørende, eller dens Anerkendelse vilde stride mod vedkommende Erhvervsvirksomheds Tarv efter en samfundsmæssig Vurdering.

4) Hvis der under et Kontraktsforholds Bestaaen indtræder uventede og i Aftalen uforudsete Begivenheder, og der som Følge heraf bliver Spørgsmaal om for den ene Part at hæve Kontrakten, vil dette kun kunne bestemmes af Dommeren, dersom denne efter sit Skøn over, hvad der maa anses for retfærdigt mellem Parterne, og over hvad den paagældende Art Erhvervsvirksomheds Tarv samfundsmæssig kræver, mener, at Forholdets Ophævelse er forsvarligt.

Tredjemand griber Retsordenen overalt ind med en Række stærke præceptive Regler, se idethele nærmere i E R III 1. 756 ff, 798 ff.

Naar vi fra de almindelige økonomiske Omraader gaar over til de mere *personlige*, af sjælelige og aandelige Interesser bestemte Omraader, vil det vise sig, at *Viljeserklæringens Ord* ogsaa her i vidt Omfang er bindende, naar Retsordenen overhovedet har tillagt Viljeserklæringen Retskraft. Men undertiden fører sjælelige og aandelige Grunde Retsordenen til at nægte denne Retskraft, ligesom ogsaa Spørgsmaalet om Forudsætninger undertiden maa faa en anden Behandling end ved økonomiske Aftaler. De særlige Hensyn, der ligger bag Udtrykket Samhandlens Tarv, kommer ikke frem ved Aftaler paa sjælelige og aandelige Omraader.

Det er almindelig anerkendt i Folkenes Ret, at Viljeserklæringen *mortis causa*, *Testamentet*, ikke er bindende for Testator, men til enhver Tid frit kan tilbagekaldes af ham (medmindre han har indgaaet en Arvepagt). Efter Testators Død er *Testamentets Ord* i alle dets Punkter *bindende* for Myndigheder og Arvinger, *medmindre* det klart kan bevises, at Testator ikke har villet dets saaledes udtrykte Indhold. Dette gælder baade ved Viljesmangler i snævrere Forstand og ved Tvang, Svig, urigtige og bristende Forudsætninger. Om alle disse Viljesmangler gælder, i Modsætning til Reglerne om Aftaler, at det er ganske ligegyldigt, om de er kendelige for den eventuelle Modtager, den indsatte Arving, eller ej. Kan det bevises, at der er Modstrid mellem Testators Vilje og hans Erklærings Ordlyd efter sædvanlig Forstaaelse, maa hans Vilje gælde; der gælder altsaa idethele ved Testamenters Forstaaelse en subjektiv Fortolkning; Testamentets Udtryk og Ord maa nøje fortolkes i Overensstemmelse med Testators klart beviste Vilje. Og Tvang, Svig, urigtige Forudsætninger o l maa ubetinget, uden Hensyn til den indsatte, gøre Testamentet ugyldigt, naar de maa antages at være af en saa væsenlig Art, at *Testator* vilde have op-

hævet Testamentet, om han havde haft Lejlighed dertil. Hvis han har haft rimelig Tid til at overveje og tilbagekalde Testamentet efterat være blevet bekendt med Svigen, den urigtige eller bristende Forudsætning e l, og alligevel ikke tilbagekalder det, maa Testamentet derimod staa ved Magt. Se i nordisk Ret Svensk Testamentslov Kap 3 § 1, *Bentzon* Arveret 102 ff, *Knoph* Arveret 212 ff, *Arnholm* 60-64, jfr om anden europæisk Ret B G B § 2077 ff, Schweitzisk Z G B § 469, Østrigsk Lovbog §§ 570, 777, 778.

Paa *familieretlig* Omraade er det anerkendt, at medens Ægtepagtens og andre Aftalers almindelige Bestemmelser om Ægtefællers økonomiske Forhold er retslig gyldige, kan derimod Aftaler mellem Ægtefæller med forestaaende Separation eller Skilsmisse for Øje om *Underholdspligt overfor Børnene eller Ægtefællen* ved Dom erklæres helt eller delvis uforbindende, hvis de skønnes aabenbart ubillige, Ægteskabslov I § 72; og Aftaler om *Forældremyndigheden over Børnene* kan i vidt Omfang tilsidesættes af Overøvrigheden, Myndighedslovens §§ 30 og 32, jfr §§ 24, 26-28.

Ægteskabets Indgaaelse, der bygger baade paa en privatretlig og en offentligretlig Viljeserklæring, er af Retsordenen anset for at være af en saa væsentlig samfundsmæssig Betydning, at den i

Ogsaa Aftaler om Godtgørelse fra den ene Ægtefælle til den Anden for grov Krænkelser af denne, jfr Ægteskabslov I § 67, kan tilsidesættes af Domstolene, jfr samme Lovs § 72. Endvidere er visse generelle Aftaler mellem Ægtefæller om Formuefordeling med en ubestemt fremtidig Separation eller Skilsmisse for Øje uforbindende, se idethele om familieretlige Aftalers Retsgyldighed nærmere *Bentzon*: *Familieret* 251-59, jfr samme Afhdl i T f R 1920. 246-97, *Borum* II, 290 ff.

Der er en enkelt Bestemmelse i den danske Lov om Ægteskabs Indgaaelse og Opløsning, der er urimelig, nemlig § 72, jfr § 71, at *aftalte Bidrag* til en frascpareret eller fraskilt Ægtefælle ikke senere kan ændres, selvom Forholdene nok saa meget har forandret sig, *Bentzon* *Familieret* 258, U f R 1927. 1021, 1930. 1094, 1932. 634. Denne Forskel mellem *aftalte Bidrag* og *de af Myndighederne fastsatte Bidrag*, der senere kan ændres efter et ret frit Skøn, er meningsløs; den findes ikke i den svenske Ægteskabslov og burde snarest ophæves hos os, se *Borum* i T f R 1939. 137-39.

selve Loven nøje har foreskrevet Regler for, i hvilke Tilfælde Viljesmangel og urigtige og bristende Forudsætninger skal kunne medføre Ægteskabets Ophævelse efter Parternes Begæring, saavel som for de Tilfælde, hvor Myndighederne af vægtige Samfundshensyn kan ophæve det, jfr Ægteskabslov §§ 42-44 og 52-63 (om Omstødelse, Separation og Skilsmisse).

Udenfor Retssfæren og Reglen om private Viljeserklæringers forbindende Kraft falder Løfter om de fleste rent personlige, sjælelige og aandelige Forhold. Saaledes er Løfter om at slutte sig til en Religion, et Klosterløfte, et Løfte om at indgaa eller ikke indgaa Ægteskab (jfr Ægteskabslov I §§ 1-4), Afkald paa Retsbeskyttelse for de væsentligste Retsgoder, Løfte om Samliv, om Støtte eller anbefaling til en Stilling o l uforbindende. Endvidere er en Forfatter ikke bundet ved en Forlagskontrakt, naar der efter dennes Oprettelse er indtruffet saa væsentlige Forandringer i hans Anskuelser — religiøse, sociale, videnskabelige o l — at han ikke længer mener at kunne forsvare at fuldføre det Værk eller udgive det fuldførte Værk, som Forlagskontrakten angik.

Bestemmelser vedrørende Formuen kan være saa omfattende, at de griber stærkt ind ogsaa i hele Løftgiverens personlige Liv. *Pantsætning* af alt, hvad Pantsætteren nu ejer og fremtidig kommer til at eje, er ikke blot af socialøkonomiske Grunde — navnlig Hensynet til Realkrediten — men ogsaa af Hensyn til Pantsætterens personlige Livsinteresser forbudt, jfr K L § 151; og det samme maa naturligtvis gælde *Overdragelse* af hele Overdragerens nuværende og fremtidige Formue, se ogsaa T L § 53, der har ophævet Fledføringsforholdet, jfr D L 5-1-9.

Til Spørgsmaalet om Løfter paa personlige Livsomraader se iøvrig *V. Bentzon* i T f R 1920. 254-61, *Henry Ussing Aftaler* 121-22, *Krabbe* 18, E R V 1984. Om Afkald paa processuel Retsbeskyttelse se *H. Munch-Petersen* II 235 ff, 477 ff, *Hurwitz*, 132 ff.

Det vil ses, at Behandlingen af Spørgsmaalet om Viljeserklærings forpligtende Kraft bekræfter den gamle menneskelige Erfaring om, at man nøje skal overveje sine Ord, inden de udtales. Tidlig lærte Folkene, hvilke skæbnesvangre Virkninger, ofte afgørende for Menneskers Liv og Død eller for deres Velfærd, et uoverlagt Ord kunde have. Ikke for intet forekommer ofte hos Homer blandt de kløgtige Grækere den Vending til Svar: »hvilket Ord undslap Dig der Tændernes Gærde«. Men det gælder ikke blot om nøje forud at overveje *Følgerne* af ens Ord, men tillige om med Omhu at »tage Ordene i den Mening, hvori han vidste, at de blev forstaaet«, som vor gamle Edsformaning af 25 Juni 1842 med Rette indskærper, maa at anstrenge sig af al Magt for at vælge de ens Vilje og Tanke dækkende Ord, at disse maa give den anden Part et aldeles klart Udtryk herfor. Af ganske særlig Vigtighed er det nøje at vogte paa sine Ord i Love og Domme og i de økonomiske Aftaler i det daglige Forretningsliv, hvor Grundsætningen om Løfters forpligtende Kraft fuldtud gælder, hvor det ofte drejer sig om betydelige økonomiske Værdier, og hvor et urigtigt valgt Ord ofte kan have de mest katastrofale Følger. Under Indtrykket af den overordenlige Magt til at anrette Ulykker, urigtig valgte Ord i en Viljeserklæring har i det økonomiske Liv, siger *Niels Lassen*, med Rette (i sin Bog om Viljen som Forpligtelsesgrund): »Viljeserklæringen er som Sværdet Tyrving: én Gang draget, kræver det Blod«.

Men selv paa de personlige Livsomraader gælder det om nøje at vogte paa sine Ord, baade, inden de udtales, paa Virkningen af dem, og, under Udformningen af dem, paa det klare og helt dækkende Udtryk for Tanken. For det første gælder selv paa personlige Omraader Viljeserklæringen ofte i et vist Omfang, idet Loven alene foreskriver, at Domstolene *kan* tilsidesætte dem, naar de skønnes ubillige, se eksempelvis ovenfor om de der nævnte Aftaler om Underholdspligt og Forældremyndighed, ligesom det jo ogsaa er det bedste, om Testator er omhyggelig i Valget af sine Ord i Testamentet, saa at der ikke bagefter skal opstaa en besværlig

Strid om deres Indhold mellem Arvinger og andre. Undertiden har dernæst et Løfte, selvom det ikke kan gennemtvinges efter sit Indhold, dog andre Retsvirkninger, idet det f Eks kan medføre Erstatningsansvar, se saaledes om Ægteskabsløfte Ægteskabslov I §§ 1-4.

Dertil kommer, at selvom Aftaler vedrørende den Enkeltes stærkt personlige Forhold til Mennesker, som nævnt, som almen Hovedregel ikke er retslig bindende, vil saadanne Aftaler ofte i mange Forhold med Rette blive anset for moralsk bindende, efter hvad der er almindelig Skik mellem hæderlige Mennesker. Eksempelvis kan saaledes nævnes, at et Løfte om solidarisk Optræden og Støtte — under Kampen i Forretningslivet eller ved Besættelsen af Stillinger — blandt anstændige Mennesker i mange Tilfælde opfattes som moralsk bindende. Vi har et Begreb, der hedder Loyaltitet; det er meget vanskeligt at definere; men det udtrykker en meget vigtig Realitet i det økonomiske og personlige Liv.

Ogsaa paa personlige Livsomraader er det altsaa af mange Grunde overordenlig vigtigt at vogte paa sine Ord, deres Betydning og Følger.

Nogle vil maaske mene, at hele denne nøje Vogten paa sine Ord, der saaledes er bydende nødvendig paa meget store Omraader af Menneskelivet, og hører til Juristens Kald, dog ikke er nogen ideel Tilstand, hvorfor den paa de snevre Omraader af Menneskelivet, hvor der kan herske et ideelt Forhold mellem Mennesker, maa anses for unødvendig; dette gælder særlig til nære Venner og nær Familie. En saadan Opfattelse beror dog paa en Illusion. Selv paa dette snevre personlige Omraade gælder den fremhævede Lov for Menneskelivet om Ordenes Betydning og Virkninger. For det første er det naturligvis ogsaa paa dette Omraade praktisk at vogte paa Ordenes *Betydning*, at sørge for, at Ordene giver et dækkende og klart Udtryk for Tanken, da man ialtfald derved sparer hinanden for Misforstaaelser og Ulejlighed. Men for det andet gælder det i dette som i alle Forhold til Mennesker, at et

vist Minimum af Hensyn til Skønhed og Værdighed, ogsaa i Ordvalg, højner Samkvemmet. Mange Mennesker sjusker med Sproget og forsimpler det derved. Men ogsaa ved Spørgsmaalet om *Virkningerne* af ens Ord er en vis Vagtsomhed nødvendig selv i nære personlige Forhold. Et ubetænksomt Ord kan ofte saare og krænke mere end Handlinger, ogsaa i den personlige Kres, ja undertiden stærkest i denne.

Paa alle Livets Omraader, lige fra de mest forretningsmæssige, økonomiske til de mest personlige, gælder altsaa som en almen Livets Lov, som det hører til Juristens alvorligste Kald at efterleve og at indskærpe: Paa Ordene maa der vogtes nøje, inden de udtales til Mennesker, paa Ordenes Betydning saavel som paa deres Følger.

6.

Den overordnede Viljeserklæring, hvori den private Viljeserklæring først og fremmest har sin Hjemmel, er *Loven*, der dels fastslaar den almindelige Regel om de private Viljeserklæringers forbindende Kraft og dels fastslaar bestemte, præceptive Grænser for denne Kraft. Enhver privat Viljeserklæring, der strider mod en præceptiv Lovregel, er ugyldig, medmindre Loven selv foreskriver en anden Retsvirkning end Ugyldighed, f Eks Straf, og det enten efter Lovens Ord eller efter dens Formaal og Sagens Natur idethele maa anses for det naturligste, at denne Retsvirkning alene, og ikke Ugyldigheden, bliver Følgen. — Undertiden er Forholdet det, at Aftalen vel selv er ugyldig, men at en Betaling eller anden Opfyldeshandling er bindende, jfr f Eks Spillegæld.

Hvis en privat Viljeserklæring har Hjemmel i en *anden* privat Viljeserklæring, f Eks en Opsigelse, maa førstnævnte være ugyldig, være uden den tilsigtede Retsvirkning, hvis den ikke i Form og Indhold opfylder de Betingelser, som den primære Viljeserklæring kræver for Retsvirkningens Indtræden.

Ofte indeholder en privat Viljeserklæring Forskrifter for men-

neskelig Opførsel af lignende *varig* Karakter som Loven. Saaledes indeholder et Aktieselskabs, en Kreditforenings, en Brugsforenings eller en Fagforenings Vedtægter udførlige Regler om, hvem der kan forpligte Foreningen eller Selskabet og under hvilke Betingelser. I saa Fald er Aftaler, sluttet af Foreningens eller Selskabets Ledelse, ikke bindende for disse Organisationer, naar Aftalen er sluttet i Strid med Vedtægterne, og disse enten er tilgængelig for Tredjemand gennem et offentligt Register (f Eks Aktieselskabsregistret) eller paa anden Maade.

Sammenligner vi som Helhed Retsvirkningerne ved de private Viljeserklæringer med Retsvirkningerne ved de offentlige (ovenfor S 215-18), vil det ses, 1) at en privat Viljeserklæring — i Modsætning til Hovedreglen ved de offentlige — bliver ugyldig, hvis Erklæringens Afgiver mangler de personlige Egenskaber, Retsordenen kræver (Myndighed o l). Dersom en privat Viljeserklæring mangler 2) den fornødne Form, bliver den ofte, men dog ikke altid ugyldig, hvad den offentlige altid gør. Ved 5) gælder samme Grundsætning ved offentlige og private Viljeserklæringer, nemlig, at en Viljeserklæring, der er i Strid med en overordnet Viljeserklæring, i hvem den har sin Hjemmel, er ugyldig.

Den væsentligste Lighed mellem offentlige og private Viljeserklæringer findes dog ved 4) og 5), ti her gælder der, som i det foregaaende paavist, den fælles ledende Grundsætning, at i Konflikter mellem Vilje og Ord maa som *Hovedregel Ordene* sejre. Men ved private Viljeserklæringer har dog Viljesmanglens Kendelighed for Modtageren en Betydning, som den ikke har ved de offentlige Viljeserklæringer.

Om private Viljeserklæringer, der strider mod Loven, se *Jul. Lassen* I 147-63, *Stang* 571-83, *Ussing* 113-33, og mod Vedtægter *Sindballe* II 142-45, III 233-34.

B.

RETSTRIDIGE HANDLINGER.

1 Kapitel.

DE FØRSTE MOMENTER I BEGREBET: SKYLD.

1. SKADE OG AARSAG.

RETSREGLERNES Formaal er, som i de første Afsnit paavist, at hindre Mennesker i at skade hinanden og at føre dem til at arbejde sammen og støtte hinanden indenfor praktisk rimelige Grænser.

Først maa Retsordenen da søge at forhindre, at Menneskene skader hinanden. Den maa virke for, at enhver passer sit Arbejde og ikke forstyrrer den anden i dennes Arbejde og Virkekres ved skadegørende Handlinger.

At det ene Menneske ikke gør sin Næste Skade, søger Retsordenen at virke for ved forskellige Midler. Alle disse Midler indbefatter vi under Ordet *Retshaandhævelse*. Denne søger *dels* at gribe forebyggende ind, ved saa vidt muligt at forhindre, at Mennesker faar iværksat en tilsigtet skadegørende Handling, *dels* at sørge for, naar en skadegørende Handling er sket, at tvinge den skadegørende til at godtgøre Skaden, genoprette den tidligere Tilstand, og *dels* endelig, hvor den skadegørende Handling er af særlig graverende Karakter, at tage den skadegørende Person under særlig Behandling, saa at han saa vidt mulig hindres i at gøre Skade i Fremtiden, ved at uskadelliggøre ham for stedse eller for en vis Tid eller paa anden Maade. Disse tre Arter af Retshaandhævelse kan kaldes den *foregaaende* eller *direkte afværgende*, den *opret-*

tende og den *straffende* Retshaandhævelse. De to sidstnævnte kommer vel begge efter den skadegørende Handlings Iværksættelse, men de virker begge *generelt afværgende*, ved Siden af deres særlige Opgave, henholdsvis som oprettende den enkelte Skade og som straffende den enkelte Retsbryder.

Til den *afværgende* eller forebyggende Retshaandhævelse hører *Forbud*, *Arrest paa Gods og Person* (for at hindre vedkommende i at unddrage sig at opfylde sin Forpligtelse ved Flugt eller Fjernelse af Gods), *Nødværge* (jfr dansk Strfl § 13), *Internering* og *Kastration* (for at hindre Personer med forbryderiske Anlæg i at begaa nye Forbrydelser) (jfr dansk Strfl § 70 og Lov om Sterilisering og Kastration 11 Maj 1935), *Prævention* (overfor umiddelbart truende Forbrydelser, jfr Strfl § 75).

Til den *oprettende* Retshaandhævelse hører *Erstatning*, *Udlevering* (Vindikation), *Nedrivning* af Bygninger (opførte i Strid med en Servitut), *Tilintetgørelse* af Genstande, frembragte i Strid med en andens Ret over et Aandsværk, og *anden Fjernelse af retstridige Tilstande*, *Tvang til direkte Opfyldelse* af en *Forpligtelse*, som den forpligtede vægrer sig ved at opfylde, *Ophævelse af ugyldige Aftaler* og *oprettende Egenmagt*, jfr. E R II 707, 724 ff.

Den *straffende* Retshaandhævelse bestaar hos os og i de andre nordiske Lande i Almindelighed kun i Indespærring i længere eller kortere Tid og Idømmelse af Bøder, jfr Strfl § 31, idet den i den ældre Ret hjemlede Dødsstraf og anden Legemsstraf er ophævet.

Man kunde nu paa Forhaand synes, at Spørgsmaalet om Samfundets Stilling til de skadegørende Handlinger var ganske simpelt: Hver Gang et Menneske tilføjer sin Næste en Skade, maa Samfundsmagten anvende sin Retshaandhævelse imod den skadegørende. Med denne Grundsætning skulde alle Problemer være løst, og man skulde altsaa ikke behøve nogen yderligere Undersøgelse.

Saa ligetil er Forholdet desværre ikke. Saasnart man begynder at anvende denne almene Grundsætning paa det virkelige Livs

konkrete Tilfælde, vil det vise sig, at der rejser sig meget vanskelige Problemer.

Vi Mennesker stilles i Livet ofte overfor dette Spørgsmaal: havde du Skyld i dette, i den Ulykke, den Skade, der ramte dit Medmenneske? Undertiden kan dette Spørgsmaal blive afgørende for den spørgendes Skæbne, for hans fremtidige Liv. En Mor, der ser sit Barn blive dræbt, f Eks ved Overkørsel af en Lastvogn eller ved Fald fra et Vindue, vil i lange Tider, ved Dag og ved Nat krese om Spørgsmaalet: Havde du *Skyld* i dette? En Mand, hvis Hustru eller Mor dør af en Sygdom, der foraarsages eller ialtfald fremmes af Græmmelse og Sorg, vil ogsaa undertiden spørge: havde du ved din Livsførelse Skyld i dette? Altid griber Livets Skyldspørgsmaal dybt ind i Menneskers Liv, almenmenneskeligt og retsligt. Men Mennesker staar i mange Tilfælde vaklende, usikre, uden Vejledning i Etik og Ret i disse for deres Liv afgørende Spørgsmaal. De faar ikke det, de af al deres Magt søger: et klart Svar paa dette: hvori bestaar menneskelig Skyld? Paa hvilke Livets Kendsgerninger beror min Skyld?

Det er da værd indgaaende, i Enkeltheder at forsøge at kaste Lys over dette ældgamle, evige Spørgsmaal for Menneskeheden om, hvad Skyld er. Visse Begreber som Skade og Aarsag melder sig her som bestemmende Momenter. Men hvad ligger der i disse Begreber? Hvad betyder de nærmere set?

I. Den første Vanskelighed i Skyldproblemet ligger gemt i selve Begrebet *Skade*. Hvad vil det sige at *skade* et Menneske? Man kan bestemme dette Begreb saa vidt, at det omfatter alle Tilfælde, hvor det ene Menneske tilføjer et andet Menneske en Ulystfølelse, en Smerte. Men i denne altomfattende Betydning er Begrebet Skade uanvendelig baade paa Retsordenens og paa Moralens Omraade, som allerede fremhævet i Etikken (II Bog S 364 f, 367 ff). Forældre og Opdragelseshjem maa som bekendt i adskillige Tilfælde i Opdragelsesøjemed baade spærre for Lystfølelser og tilføje Smerter, uden at der i den Anledning finder nogen Retshaandhævelse Sted,

uden at der foreligger Skyld i retslig eller moralsk Forstand. Mennesker maa dernæst i det daglige Liv i adskillige andre Tilfælde tilføje deres Medmennesker Ulystfølelser og spærre for Lystfølelser, uden at der kan bebrejdes nogen noget; det sker bla hver Gang man nægter at efterkomme et Ønske eller en Opfordring. Heller ikke i den Anledning sættes der i Almindelighed nogen Retshaandhævelse i Gang. Særlig kan nævnes, at i det daglige Forretningslivs mange Handler maa den ene Forretningsmand ofte være nødt til at tilføje den anden Skuffelser, f Eks ved at afbryde en Forbindelse, ved ikke at købe saa meget som tidligere, uden at Retsordenen rører sig.

Naturligvis vil Forældre eller Plejehjems Unddragelse af Lystfølelser eller Tilføjelse af Ulyst overfor Børnene, Menneskers Nægtelser i andre Forhold af at opfylde det andet Menneskes Ønske og Opfordring, en Forretningsmands hele eller delvise Afbrydelse af en Forretningsforbindelse o l ofte være fremgaaet af en moden, indgaaende Overvejelse og idethele være fuldt menneskelig berettiget. Men *selvom* dette viser sig ikke at være Tilfældet, sætter Retsordenen sig i Reglen ikke i Bevægelse. Der maa nemlig i disse og lignende almenmenneskelige Forhold raade en Frihed indenfor visse Grænser, en Frihed ogsaa for Fejlskønnet og Fejlbedømmelsen, foruden en Frihed til at vælge Forbindelser med Mennesker efter individuel Smag, Frihed til at arbejde med Opgaver, hvor man vil, o l. Dels vilde Samfundet nemlig ikke kunne faa Mennesker til at paatage sig Hverv eller til idethele at arbejde med Tingene uden at tilstede dem en saadan Frihed, baade for visse Fejlskøn, for Individualitet og for Valg af Arbejdsopgaver; og dels vilde det være ganske uoverkommeligt for Samfundets Myndigheder at blande sig i disse Dagliglivets mangfoldige Forhold og Tilfælde og undersøge Berettigelsen eller Ikke-Berettigelsen af en vis Optræden. Begge disse Grunde fører saaledes i samme Retning.

Da det som Følge af nævnte faktiske Forhold i Livet er nød-

vendigt, at Samfundet tilstaar Menneskene en vis individuel Handlefrihed paa mange af Livets Omraader, selvom den medfører Ulystfølelser, Skuffelser, Lidelser og Udelukkelse af Lystfølelser for andre Mennesker, er der intet andet for Samfundet at gøre end at paatage sig den møjsommelige Opgave nøje at *angive for Borgerne, i hvilke Tilfælde Samfundet vil gribe ind med sin Retshaandhævelse* overfor en *Skade*, i hvilke Tilfælde det saaledes vil modvirke en Tilføjelse af Ulystfølelser eller Udelukkelse af Lystfølelser.

Da Menneskelivet rummer en Række forskellige *Goder* dvs konstante Aarsager eller Kilder til Lystfølelser, saasom Liv, Helbred, Ejendom, kan Opgaven praktisk løses ved, at Samfundets Retsorden angiver, hvilke *Goder* den vil beskytte ved Retshaandhævelse mod Handlinger, der vil skade disse *Goder*. Men da Livet rummer mangfoldige Omraader og mangfoldige forskellige Arter af *Goder*, og Livet tilmed stadig er i Udvikling og frembringer nye Omraader og *Goder*, er det en meget omfattende og meget vanskelig Opgave for Retsordenen at angive for Borgerne, hvilke *Goder* den vil beskytte mod skadegørende Handlinger, altsaa hævde som *Retsgoder*. *Lovgivningen* kan vel her gøre en Del ved en i Enkelt-heder gaaende Angivelse og Bestemmelse af de praktisk vigtigste *Retsgoder*; men alene magter Loven ikke denne Opgave. Ikke mindst paa Grund af det økonomiske og sjælelige Livs stadige Udvikling maa en saa stor Del af Opgaven overlades til *Retsvidenskab* og *Retspraksis*. Erfaringen viser da ogsaa i alle Lande, at bestandig flere *Goder* er blevet inddraget under Retsbeskyttelsen gennem Videnskab og Praksis, navnlig naar der har været et godt Samarbejde mellem disse Faktorer.

II. Men ikke blot Begrebet *Skade*, ogsaa Begrebet *Aarsag* til Skaden giver ved Anvendelsen i det praktiske Liv Anledning til meget vanskelige Problemer. Det kunde synes saa simpelt, at et Menneskes Handling er Aarsag til en *Skade*; og det kunde ogsaa Loven synes at mene, naar den f. Eks straffer den, der foraarsager

eller »forvolder« et andet Menneskes Død, eller som »tilføjer en anden Skade paa Legeme eller Helbred«, (jfr dansk Strfl §§ 241, 245). Imidlertid vil det hurtig i Livets konkrete Tilfælde vise sig, at ikke enhver menneskelig Handling, der i naturvidenskabelig eller erkendelsesteoretisk Forstand kan siges at være Aarsag til Død eller anden Skade, kan eller bør rammes af Straf efter nævnte eller andre Lovbestemmelser. Hvis saaledes en Forretningsmand A anmoder sin Prokurist B om at rejse til England i en meget vigtig Forretningssag, der bedst kan ordnes ved en personlig Forhandling, og Skibet, hvormed B rejser til England, forliser, og B herved omkommer, kan A i naturvidenskabelig eller erkendelsesteoretisk Forstand med Rette siges at have været Aarsag eller medvirkende Aarsag til B's Død, ti uden A's Handling, hans Ordre til B om at rejse til England, vilde B ikke være omkommet. Alligevel vil man ikke idømme A Straf for at have foraarsaget eller »forvoldt« B's Død. Hvis en Person A tilføjer B et Saar i Armen, der er ufarligt, men som ved en skødesløs Behandling paa det Hospital, hvor B behandles, tilføres en saa omsiggribende Infektion, at det senere viser sig nødvendigt at amputere hele Armen, vil A's skadende Handling ogsaa erkendelsesteoretisk kunne siges at være Aarsag eller medvirkende Aarsag til, at B mister Armen, ti uden A's Tilføjelse af Saaret vilde denne Ulykke overhovedet ikke være sket. Alligevel vil man ikke straffe A efter den strængere § 246 i Strfl for at have »tilføjet« B en Lemlæstelse, som nærmere beskrevet i denne Paragraf (hvortil bl a hører Berøvelsen af en Arm), men kun efter § 244 for almindelig Legemskrænkelser, hvortil bl a hører ufarlige Saar.

I Virkeligheden kan mangfoldige menneskelige Handlinger og deres senere Aarsagsforkædninger, ofte ned gennem Tiden til fjerne Mennesker og Forhold, siges at være Aarsag til talrige Skader paa menneskelige Goder. Aleksanders Togt til Indien kan have bevirket Vandringer og Omflytninger mellem Folk, der derved er blevet bosat paa Steder, hvor nogle af deres Efterkommere, f Eks

i vor Tid, omkommer ved en Naturkatastrofe eller Farsot, som ikke vilde have ramt disse, hvis deres Forfædre ikke i Oldtiden ved Aleksanders Togt var kommet til de nu af Ulykker ramte Egne. Ogsaa her kan Aleksanders Handling i almindelig *erkendelsesteoretisk* Forstand siges at være *Aarsag* til Skaden, men ikke i *Retsordenens* Forstand. Men det vanskelige Problem er da her: hvor *nær* skal den menneskelige Handling være til Skaden, i hvilket *nærmere, særligt* Forhold til denne skal Handlingen staa for at kunne kaldes Aarsag til Skaden i den Forstand, at der er Grund for Retsordenen til at gribe ind med Straf, Erstatning eller anden Retshaandhævelse. I de nys nævnte Eksempler er med Forsæt valgt *oplagte* Tilfælde, hvor almindelig sund Menneskeforstand straks vil være klar over Forskellen, altsaa klar over, at nævnte Forretningsmand, Personen, der tilføjer Saaret, Aleksander o s v ikke er Aarsag i denne Betydning til Døden eller Lemlæstelsen. Men Livet er ofte sammensat. Hvis i nævnte Tilfælde, hvor A saarer B i Armen, B er en overordenlig svag Person, hvis Helbred i flere Aar har været nedbrudt, og A er en Læge, der har indgaaende Kendskab hertil, og ud herfra kan forudse, at selv et forholdsvis ringe Indgreb, som et Saar i Armen, vil kunne blive farligt for B's Tilstand, eventuelt for hans Liv, er da A, hvis B's Død indtræder, Aarsag i retslig Forstand i denne og bli hjemfalden til Straf for Manddrab? Eller for at tage et andet Tilfælde: hvis B's Nervesystem er nedbrudt, og A tilføjer B et Nervechok, hvorved B dør, er A da skyldig i Manddrab, dersom han ud fra sit nøje Kendskab til B ihvertfald maatte regne med Døden som Følge af et saadant Chok, som en ikke særlig fjernt liggende Mulighed?

III. Til de ovennævnte Problemer kommer saa det vanskelige Spørgsmaal: *Valget af Retshaandhævelsesmidler.*

Livets Mangfoldighed og Sammensathed viser sig her derved, at Menneskers skadegørende Handlinger er af højst forskellig Art og begaas paa meget forskellige Omraader; og dette bevirker atter, at Samfundet anvender en hel Række forskellige Retshaandhævel-

scsmidler, som i Begyndelsen nævnt, mod disse Handlinger — Forbud, Erstatning, Straf, forskellige Arter af Straf o s v. Derved opstaar det Problem for Samfundet: hvilket eller hvilke Retshaandhævelsesmidler skal Samfundsmagten anvende overfor den og den bestemte Gruppe skadegørende Handlinger? Ti Erfaringen viser, at det ikke lader sig gøre at anvende samtlige Retshaandhævelsesmidler overfor samtlige skadegørende Handlinger.

Naar jeg allerede ved Begyndelsen af denne Undersøgelse om de skadende Handlinger til foreløbig Orientering har adskilt, som ovenfor sket, de nævnte 3 Spørgsmaal og allerede her ved Tilfælde fra det virkelige Liv har søgt at belyse denne Problemstilling, saa skyldes det, at man ikke hidtil i Undersøgelserne paa dette Omraade skarpt har holdt disse Spørgsmaal ude fra hinanden; og dette har, saa vidt jeg kan se, bevirket adskillig Uklarhed. Man har saaledes ved Behandlingen af Spørgsmaal II om, hvilke menneskelige Handlinger der efter en alsidig Afvejelse kan siges at være Aarsag til en Skade, undertiden uklart sammenblandet dette Spørgsmaal med Emnet, der i Virkeligheden hører hjemme under Spørgsmaal I: hvilke Goder eller Grupper af Lystfølelser skal Retsordenen beskytte.

Paa den anden Side hænger disse 3 Spørgsmaal paa en vis Maade nøje sammen. Man kan saaledes ikke vinde fuld Klarhed over Spørgsmaal II, altsaa naa frem til den rette Karakteristik af de skadevoldende Handlinger, som Retsordenen maa gribe ind overfor, uden at belyse dette Spørgsmaal i en vis Forbindelse med Spørgsmaal III, med de forskellige Arter af Retshaandhævelsesmidler. Men fordi man saaledes kan belyse de 3 Spørgsmaal ved at se dem i Forbindelse med hinanden, maa man ikke derfor sammenblende dem.

2. AARSAG OG SKYLD.

De Tilfælde fra det virkelige Liv, der er nævnte ovenfor under I og II, viser *dels*, at Menneskene tilføjer hinanden mangfoldige Skader, uden at Retsordenen kan gribe ind, og *dels* at det er overordenlig vanskeligt for Retsordenen i Livets forviklede Tilfælde at finde Grænsen for, hvad den skal gribe ind overfor i Menneskers Færd, og hvad den maa lade passere uden Retshaandhævelse. Sædvanlig anvender man om de skadegørende Handlinger, som Retsordenen griber ind overfor med Retshaandhævelse, Ordet *retstridige* Handlinger — og mener hermed Handlinger, der strider mod Loven eller (i videre Forstand) Retten, idet de *faktisk i den gældende Ret* rammes af en eller anden *Retshaandhævelse*. Men dette *formelle Retstridighedsbegreb* giver os ingensomhelst reel Karakteristik af, hvad det er for Handlinger, der strider mod Loven, hvad det er for noget ejendommeligt, der adskiller disse Handlinger fra andre skadegørende menneskelige Handlinger. Og hvor der begaas skadegørende Handlinger, der ikke i gældende Lov eller Retspraksis er ramt af nogen Retshaandhævelse, men hvor der er Spørgsmaal om, hvorvidt saadanne Handlinger i Praksis bør rammes heraf, lader det formelle Retstridighedsbegreb os ganske i Stikken. I vidt Omfang er det Videnskab og Retspraksis, der paa ulovbestemte Omraader maa afgøre, om en Retshaandhævelse skal sættes ind overfor en skadegørende Handling. Det gælder — i de fleste Landes Ret — navnlig ved Retshaandhævelsesmidlet *Erstatning*.

Vi maa altsaa først søge ind til en *reel Bestemmelse* af, hvad der er det ejendommelige ved de Handlinger, der hidtil faktisk er ramt af en Retshaandhævelse efter den gældende Ret, som altsaa efter denne er retstridige. Det gælder nu her først at trænge til Bunds i det Problem, som ovenfor er fremhævet under II, og som kan udtrykkes saaledes: Under hvilke nærmere Betingelser er en menneskelig Handling Aarsag til Skaden i den Forstand, at

Retsordenen bør gribe ind overfor den med en eller anden Rets-
haandhævelse?

Her vil man nu i Landenes Retsliv Verden over og i dette Rets-
livs Udvikling ned gennem Tiderne støde paa et ældgammelt men,
som det synes, evigt ungt Retsbegreb, der overalt har givet Folkene
en praktisk, instinktiv Vejledning i at finde, hvilke af Menneskers
skadegørende Handlinger der skal rammes af Retsordenen; og det
er Begrebet: *Skyld*. Med de under II nævnte Tilfælde i Minde kan
man ud fra dette Grundbegreb kort bestemme Retsordenens Be-
grænsning i Kresen af de skadegørende Handlinger saaledes: det
er ikke nok, at et Menneskes Handling er *Aarsag* til Skaden; den
skal være *Skyld* i Skaden. Men hvad der nærmere ligger i dette
Begreb, er vanskeligt at bestemme. I oplagte Ydertilfælde vil man
instinktivt være klar over Forholdet. I det nævnte Tilfælde med
en Forretnings Indehaver, der sender sin Prokurist til England, vil
man saaledes straks være klar over, at førstnævnte vel er *Aarsag*,
men ikke *Skyld* i sidstnævntes Død. Ligesom ogsaa i Tilfældet med
Saaret i Armen. Men kommer vi ud i de mere sammensatte Til-
fælde, vil Skyldbegrebet vise sig at føre ind i vanskelige Problemer.

I Nutidens Lovbøger finder man i Reglen fremhævet efter
Grundbegrebet *Skyld* to Hovedformer af *Skyld*: *Forsæt* og *Uagt-
somhed*. Det siges saaledes, at en Person er erstatningsansvarlig
for en Skade, naar han enten forsætlig eller uagtsomt har hidført
Skaden, eller, som det ogsaa kan udtrykkes: naar han enten ved
Forsæt eller *Uagtsomhed* er *Skyld* i Skaden, se saaledes bl a Code
civils Grundbestemmelser om Erstatningsansvaret Artikel 1382 og
1383: det er herefter ikke nok til at paalægge dette Ansvar, at et
Menneskes Handling foraarsager en Skade, at en »fait de l'homme«
»cause à autrui un dommage«, men Skaden skal være hidført ved
den handlendes »*Skyld*«, »faute«, Artikel 1382, og hertil hører ogsaa
»negligence« og »imprudence«, Artikel 1383; og efter B G B § 823
indtræder Erstatningsansvaret ogsaa kun i Tilfælde af *Skyld*, »Ver-
schulden«, i dennes to Hovedformer: en Handlen »vorsätzlich oder

fahrlässig«. I engelsk Ret er Betegnelsen for det vidstrækkende Skyldbegreb negligence. — I Nutidens Straffelove møder vi naturligvis ogsaa Skyldbegrebet og dets to Underarter, Forsæt og Uagtsomhed, se f. Eks. den danske Strfl §§ 19, 241, 247 og 249.

Paa Folkenes ældste primitive Stadier hæfter man sig alene ved det *ydre*: den menneskelige Handling, som er Aarsag til Skaden: denne Handling rammer man uden videre. Det indre psykologiske Spørgsmaal, om den Handlende er Skyld i Skaden, ligger det ikke for det primitive Sind at grunde nærmere over, endnu mindre over den finere psykologiske Sondring indenfor Skylden: Forsætlighed og Uagtsomhed. Dette gjaldt ikke blot den ældste primitive Tids Privathævn, men ogsaa den Soning og Oprettelse af den Enkeltmand eller Slægten tilføjede Krænkelser, som Retsordenen gennemførte. Under hine Tidens haarde Kamp for Tilværelsen som Følge af vanskelige Naturforhold og usikre Samfundsforhold maatte Hovedsagen være at skaffe den skadelidte Oprejsning gennem Ansvar for Gerningsmanden eller det kollektive Ansvar for Slægten, overfor begge uden særligt Hensyn til større eller mindre konkret Skyld. Derfor havde man ogsaa Ansvar for den Skade, ens Trælle, Børn og Husdyr forvoldte, selvom intet kunde bebrejdes Herren. Først efterhaanden som Samfundsmagten indførte en Retsforfølgning mod Forbrydelser ikke alene for den krænkedes Skyld, men selvstændig for Samfundets egen Skyld, for Samfundets Fred, begynder Retsordenen bevidst at sondre mellem, om den handlende, Gerningsmanden tilføjede Skaden med Vilje, eller Skaden var tilføjet uagtsomt eller opstaaet hændeligt. I første Tilfælde, ved *Viljesværk*, var der Grund ogsaa for Samfundet til at straffe, — ti de forsætlige Retsbrydere var farligere for Samfundets Fred end de uagtsomme — i sidste Tilfælde indtraadte enten et mildere Ansvar eller intet Ansvar. Hvad der ikke var Viljesværk, kaldtes i nordisk Ret *Vaadesværk*. Dette var et omfattende Begreb, der uklart rummede baade, hvad vi nu vil kalde uagtsomt tilføjet Skade og rent hændelig Skade. Vaadesgerning var den farlige menneske-

lige Handling, som *kan* foraarsage Skade, ofte uberegnelig Skade, og som derfor enten maa undlades eller foretages paa den Handlendes Ansvar og Risiko. Først under en senere og højere sjælelig og samfundsmæssig Udvikling begynder man yderligere at sondre indenfor Begrebet Vaade. Fremskridt i Erkendelse og Retsliv bestaar ofte i, at man opdager finere psykologiske Forskelle, hvor man før groft erkendte og ramte med Retsforfølgning de menneskelige Handlinger som en fælles forskelsløs Masse. Vaade spaltedes i to: den uagtsomme og den hændelige Skade, og Todelingen: Viljesværk og Vaadesværk blev saaledes til en Tredeling i Ansvarsordningen: den forsætlige Skadetilføjelse, der rammes haardest af Retsordenen, Uagtsomhed eller Forsømmelse, der som Aarsag til Skade ogsaa ofte rammes, men gennemgaaende mildere end Forsæt eller Vilje, og den hændelige Skade, der ikke paadrager Ansvar. Og Ordet Vaade gaar tilsidst over til at betegne det hændelige. I Chr V's danske og norske Lov er Udviklingen naaet til at anerkende Sondringen mellem Uagtsomhed eller »Forsømmelse« og det hændelige og knytte Ansvaret som Regel alene til den uagtsomme Skadetilføjelse, ikke til den hændelige, se Chr V's Lov 5-8-11, 6-11-14 og 15; men der findes flere Steder i Lovbogen tydelige Spor af den gamle Sondring mellem Vilje og Vaade, omend det sidste nu sproglig nærmest betegner det hændelige, jfr. 6-11-3, 4 og 5.

Ogsaa i den ældste Romerret har, som i anden primitiv Ret, Ansvaret alene været knyttet til det ydre: den skadende menneskelige Handling uden Hensyn til Skyld, om Skaden var tilføjet forsætlig, uagtsomt eller hændeligt. I den senere, klassiske Romerret finder vi derimod et fuldt udviklet Skyldbegreb. Ansvaret, derunder ogsaa Erstatningsansvaret, er som ganske overvejende Hovedregel knyttet til *Skyld*, til *culpa*; der gives nærmere Forklaringer af, hvad der skal forstås herved, L 25 § 7 Dig 19-2 og flere Bestemmelser i Dig 9-2, Inst 4-3; og der sondres mellem Forsæt, dolus, og Uagtsomhed eller Forsømmelse, culpa i snævrere Forstand, og det hændelige, casus. Men hele denne stærkt udviklede

Ansvarslære er, ligesom i germansk og anden Ret, Resultatet af en lang og møjsommelig Retsudvikling.

I alle Kulturlande er da Resultatet af Retsudviklingen, at Samfundsmagten for at gribe ind med Retshaandhævelse overfor Skadetilføjelse fra Menneskers Side kræver *dels en ydre, objektiv Betingelse: en menneskelig Handling*, som har været *Aarsag* til en Skadetilføjelse overfor et andet Menneske og *dels en indre subjektiv Betingelse*, som kan udtrykkes ved Ordet og Begrebet *Skyld* (Culpa, Verschulden, faute, negligence).

3. BEGREBET SKYLD.

I dette Emne maa først to Ting fremhæves, nemlig a: Skyldbegrebet omfatter andre Spørgsmaal end Spørgsmaalet om Forsæt og Uagtsomhed, og b: der er i selve Begrebet Skyld en almenmenneskelig Maalestok, som først maa bestemmes, inden Begreberne Forsæt og Uagtsomhed overhovedet kan anvendes med Værdi.

a. Naar vi spørger, om et Menneske er Skyld i en Skade, tænker vi ikke blot, 1) om han har gjort det med *Forsæt* eller ved *Skødesløshed*, men ogsaa paa, om han var 2) *tilregnelig, normal* i Handlingsøjeblikket. Selvom en *Sindsyg* med Vilje slaar en kostbar Genstand i Stykker eller med Vilje sætter Ild paa et Hus, vil vi dog ikke sige, at han er *skyldig*. Det samme gælder Børn, der mangler Forstaaelsen af deres Handlingers Betydning. 3) Ligeledes vil vi heller ikke anse en Person, der som Følge af Døvhed eller Blindhed ikke kan tage sig saaledes i Agt for en Skadetilføjelse som andre, for *lige saa skyldig* i Skaden som en Person, der, udrustet med fuldt normale Sanser, tilføjer en anden samme Skade. Skyldbegrebet refererer sig saaledes til to Spørgsmaal, nemlig dels til Spørgsmaalet, om den handlende i Skadetilføjelsens Øjeblik var fuldt tilregnelig, altsaa var udrustet med de normale Evner til at undgaa Skadetilføjelsen — ved hvis bekræftende Besvarelse vi an-

ser ham for *skyldig* — og dels til Spørgsmaalet, om han tilføjede Skaden med Forsæt eller af Uagtsomhed efter hvis Besvarelse vi anser ham for *skyldig* i *større* eller *mindre Grad*.

b. Det er klart, at *Viljen, Forsættet* til at begaa en Skadetilføjelse er en *indre, subjektiv Foreteelse*. Og at den handlende *ikke* har villet, tænkt paa eller forudset, at hans Handling vilde medføre Skade, er ligeledes et indre sjæleligt Faktum. Men der foreligger ikke Skyld i Form af Uagtsomhed i alle Tilfælde, hvor A ikke har forudset, at hans Handling vilde medføre Skade for B. Nogle af disse Handlinger kan karakteriseres som uagtsomme, men mangfoldige andre ikke. Inden man kan stemple en saadan Handling som uagtsom, maa der i Virkeligheden skydes en *almenmenneskelig Maalestok* ind, som siger: Du burde ikke have udført denne Handling, ti Du *burde* have *forudset*, at den vilde medføre den Skade, der skete. Maa *O Uagtsomhed* er *ikke* nogen *faktisk psykologisk Tilstand*, ti hvad enten Skaden var en forudseelig eller uforudseelig Følge af Handlingen, foreligger der i begge Tilfælde det samme negative psykiske Faktum, at den Handlende, A, *ikke forudsaa* eller tilsigtede Skaden. *Uagtsomhed* er et moralsk-retsligt *Vurderingsbegreb*, der udefra dømmer den manglende Indsigt snart som Skyld, snart som Ikke-Skyld. Det er altsaa ikke nok til at statuere Uagtsomhed, at der foreligger 1) en *menneskelig Handling*, der er *Aarsag* til en *Skade*, og den handlendes *manglende Forudseen* denne Skadens Indtræden; der maa tillige foreligge 2) en Betingelse, der kan udtrykkes som en *nærmere Aarsagsforbindelse* mellem selve Handlingen og dens Følge, *Skaden, set fra den menneskelige Hjernes Synspunkt*, en *Aarsagsforbindelse*, som den menneskelige Hjerne kan forudse.

Men dernæst foreligger der heller ikke *Forsæt, Vilje* som *Skyld* i sædvanlig Betydning, blot fordi en *menneskelig Handling* har medført en *Skade*, og den handlende, A, har *villet* denne Skade. Hvis A foretager en ganske almindelig fornuftig Handling, som normalt ingen Skade har til Følge, f. Eks. at sende sin Prokurist B

til England med et fuldt sødygtigt Skib, er der ikke for Retsordenen samme Grund som ved Drab til at sætte en Retshaandhævelse i Gang, fordi det bagefter kan oplyses, at A har haft det for B skjulte Ønske, at B skal omkomme paa Sørejsen, selvom dette virkelig sker. Hermed være ikke sagt, at Samfundet skal opgive enhver Retshaandhævelse mod de retstridige Viljer. Valget af Retshaandhævelsesmidler maa blot her særlig overvejes. Det samme gælder i Tilfælde, hvor en Person ved Forsæt eller Uagtsomhed fremkalder en paaregnetlig Fare for en bestemt Skade, men denne indtræder som Følge af andre Aarsager.

Den ovennævnte Betingelse 2), *Aarsagsforbindelsens Erkendelighed* — ved en Handling og dens Skade — maa bedømmes efter, hvad et Menneske i den handlendes Stilling efter *almenmenneskelig Maalestok*, ud fra en *normal menneskelig Forstand og Indsigt* kunde erkende eller *forudse*.

Det erkendelsesteoretiske Aarsagsbegreb er det, særlig paa Menneskelivets Omraade, vanskeligt at finde nogen Begrænsning for, idet enhver menneskelig Handling i sine mange Forklædninger kan siges at være medvirkende Aarsag til mange Virkninger, derunder for Mennesker skadelige Virkninger, jfr ovenfor S 283. Definitionen af Aarsagsbegrebet maa derfor formes meget vidt. Efter *Stuart Mill* er Aarsag til en Begivenhed enhver (positiv eller negativ) Betingelse (*conditio sine qua non*) for Begivenhedens Indtræden. Efter *Fr. Stang* er en Kendsgerning Aarsag til en Begivenhed, hvis Begivenheden ikke var indtraadt, dersom Kendsgerningen havde været borte. Efter disse Definitioner kan der dog opstaa tvivlsomme Afgrænsninger, idet der navnlig kan forekomme Tilfælde, hvor to Personers, A's og B's Handling begge har været med i den Aarsagsammenhæng, der førte til Virkningen X, men hvor X vilde være indtraadt alene som Følge af A's eller B's Handling. Hvis disse to Handlinger her virker *samtidig*, maa A og B blive solidarisk ansvarlige, skønt hverken A's eller B's Handling har været en nødvendig Betingelse for Virkningen X's Indtræden. Hvis A's og B's Handling i Tid indtræder *efter* hinanden, men de begge hver for sig kunde have fremkaldt X, maa de ogsaa begge være fuldt ansvarlige. Hvis derimod A's Handling *allerede har medført* X, inden B's Handling indtræder, er A i første Række ansvarlig (Eks: A og B affyrer hver for sig, enten samtidig, kort efter eller noget efter hinanden, et dræbende Skud mod C), se nærmere om konkurrerende Skadeaarsager *Johs. Andenæs* i T f R 1941,

241-98. Strafferetlig vil A og B i alle tre Tilfælde blive ansvarlig. Erstatningsretlig vil A og B klart blive solidarisk ansvarlige i de to førstnævnte Tilfælde. I sidstnævnte Tilfælde vil i første Række A være den ansvarlige. Men hvis A ikke kan betale Erstatningen, synes det naturligt at lade ogsaa B hæfte for den.

I Reglen faar disse tvivlsomme Spørgsmaal ingen synderlig Betydning for Retslæren, idet Retsordenen, som vist, i sidste Instans ikke kan bruge det erkendelsesteoretiske Aarsagsbegreb, men maa arbejde med det, vi kalder det juridiske Aarsagsbegreb, med den adækvate Aarsagsammenhæng; og dette vil, som vist, sige, at Aarsag til en Begivenhed i retslig Bedømmelse ikke er enhver Handling, der *har medvirket*, selv nok saa fjernt, til Begivenhedens Indtræden eller været en Betingelse herfor, men kun en saadan Handling, som af den handlende kunde forudses at ville medføre Skade. Ved saaledes at forlægge Spørgsmaalet om Aarsagen til en Skade fra den vidt omspændende Aarsagsammenhæng i Naturen til en særlig Erkendelsesproces i den menneskelige Hjerne, mister Tvivlspørgsmaalene om Definitionen og Afgrænsningen af det naturmæssige Aarsagsbegreb Interessen for Juraen.

Her naar vi til Kernen i Begrebet *Skyld: Forudseelighed*.

Først naar den almenmenneskelige Forudseelighed af en Handlings Følger sættes ind som Maalestok for Skyld, *faar Begreberne Forsæt og Uagtsomhed Indhold*. Først nu kan man bestemme Uagtsomheden som den handlendes manglende Erkendelse eller Forudseen af de Følger af Handlingen, Skaderne, som et almindelig begavet Menneske i Handlingens Øjeblik kunde forudse. Om disse Følger og den handlende siger vi, at han *burde* have forudset dem. Derfor er en Retshaandhævelse paa sin Plads overfor ham.

Og det *Forsæt*, vi rammer med en Retshaandhævelse, er — som almindelig Regel — ikke et Forsæt, der har villet den Skade, der indtraadte, men det Forsæt, der vilde en Skade, som af et almindeligt Menneske i Handlingsøjeblikket kunde forudses at ville indtræde som Følge af Handlingen.

Der kræves altsaa til fuld Klarhed over Begrebet Skyld en skarp Adskillelse mellem følgende Momenter, der tilsammen udgør de

Se iøvrig om det naturvidenskabelige Aarsagsbegreb eller de lovmæssige Sammenhæng 2 Bog S 325-338.

Betingelser for at tale om Skyld, der vedrører *Aarsagsammenhængen* mellem Handlingen og Skaden og de *indre personlige* Egen-skaber hos den handlende.

1) En *menneskelig Handling* maa være *Aarsag* eller medvirkende *Aarsag* til Skaden. Naturbegivenheder eller Dyrs Handlinger som *Aarsag* til Skader falder udenfor Skyldbegrebet, dersom da ikke en menneskelig Handling ogsaa her har grebet ind og sat Naturkræfterne (eller Dyrs Kræfter) i Bevægelse.

2) *Skaden*, maa være en saadan Følge af Handlingen, som kunde *forudses* af et Menneske i Handlingsojeblikket som sandsynlig. Naar denne Betingelse er tilstede, kan Skaden henføres til — eller, som vi ogsaa siger, *tilregnes* — den Handlende enten som forsætlig eller uagtsom, idet han enten har villet den forudseelige Skade eller har manglet Agtpaagivenhed overfor denne. Med disse to Begreber opstaar en *Gradsforskjel i Skylden*, der kan motivere Anvendelsen af en forskellig Retshaandhævelse.

3) Den handlende maa i *Handlingsøjeblikket* have været i Besiddelse af *normale Aandsevner*, Sanser og andre almenmenneskelige Anlæg. Er disse normale Evner ikke tilstede eller tilstede i forringet Grad, er der *ingen Skyld eller* kun en *forringet Grad af Skyld* tilstede. — Hvis man vil anvende Ordet: at tilregne om Betingelserne 2) og 3), kan man bruge Formen: *Tilregnelser* om 2), og *Tilregnelighed* om 3).

Disse 3 Betingelser maa være tilstede baade for at kunne statuere *moralsk Skyld* og *retslig Skyld* eller Skyld i juridisk Forstand. — Men som ovenfor under I vist, er dette ikke tilstrækkeligt. Der kræves yderligere for overhovedet at kunne tale om Skyld:

4) at Handlingen gør Skade paa et *Gode*, som af samfundsmæssige Grunde er anset for værdig til Retsbeskyttelse, et Retsgode.

Ogsaa paa rent moralsk Omraade gælder i Virkeligheden ligeledes Betingelse 4). Man tænke rent eksempelvis paa Forældres Opdragelse og deraf følgende Indgreb i Børnenes Goder.

Det er nordisk Retsvidenskabs Fortjeneste særlig at have fremhævet og undersøgt Betingelse 2 som en ganske selvstændig Betingelse, der skarpt maa adskilles fra baade 1 og 3, og derved at have betonet, at til den rette Bestemmelse af og Begrænsning af Ansvar for Menneskers skadevoldende Handlinger er det objektive, naturvidenskabelige Aarsagsbegreb, Betingelse 1) ikke tilstrækkeligt, men, at der maa indskydes et ejendommeligt, særligt Aarsagsbegreb, som Retsordenen maa lægge en Hovedvægt paa ved Paalæggelse af Ansvar.

I Retslivet sammenblandes ofte, baade i Lovgivning og Praksis, flere af de ovennævnte 4 Momenter eller Betingelser. I fransk Ret kræves der, som nævnt, efter Art 1382 baade, *at* der skal være indtraadt en Skade, *un* dommage, *at* en menneskelig Handling er Aarsag til den — *fait qui cause* — og *at* denne Foraarsagelse er sket ved en Fejl eller Skyld — *faute* — hos den handlende. Men hvad der ligger i »faute«, raader der stor Uklarhed over. Man er vel klar over, at foruden Handlingens Foraarsagelse af en Skade — 1) — maa Handlingen være ulovlig, stridende mod Loven, Retten, »*illicite*«, »*contraire au droit*«. Først herved er det, at »*un acte constitue une faute*«. Hvad der ligger i denne Betingelse, er imidlertid ikke klart; men der ligger ialtfald Betingelse 4). Nogle franske Jurister henfører imidlertid herunder ogsaa 2), Tilregnelsen, og da man i fransk Ret er enig om at kræve Tilregnelighed, 3), indeholder »faute« efter denne Opfattelse da to Betingelser: Retstridighed — hvorunder altsaa gaar Ulovlighed og Tilregnelighed — og Tilregnelighed. En anden Opfattelse skiller derimod *faute* i tre Betingelser: Ulovlighed eller Retstridighed, Tilregnelighed, og Tilregnelighed. Over 2), Foraarsagelse i ovennævnte særlige Forstand, i Modsætning til Foraarsagelse i naturvidenskabelig Forstand, er der ingen Klarhed; Kravet herom tages i Realiteten ind under og blandes sammen med 3) Tilregnelsen, og derfor savnes der i Virkeligheden en dybere Erkendelse af Skyldproblemet.

I engelsk Ret findes der ingen almindelig Erstatningsregel, men den mest omfattende Regel, om negligence, har en Tendens til og Betingelser for at kunne blive en saadan. Begrebet negligence omfatter enhver Optræden, som en fornuftig og forsigtig Mand ikke vilde vise, og indbefatter saaledes formentlig i sig 2), men uden klar Adskillelse, ligesom der heller ikke er Klarhed over, i hvilket Omfang 3), Tilregnelighed kræves ved Erstatningsansvaret. Om 2) bruges ret vage Udtryk. Det siges saaledes, at Aarsagen til Skaden ikke maa være »altfor fjern«, eller at Skaden maa være en »naturlig og sandsynlig Følge af Handlingen«. Klarest er *Frederick Pollock* i følgende Udtalelse: »A man is not deemed to be negligent because he omitted to provide against a risk which could not reasonably be foreseen«. Spørgsmaal 4) er ikke særlig opdyrket; men det retsbeskyttede Gode forudsættes naturligvis altid som et Element blandt andre i Kravet om, at Handlingen maa være unlawful.

Noget større Klarhed end i fransk og engelsk Ret er der i tysk Ret over de enkelte Momenter i dette Problem. Allerede selve Loven, § 823, 1 Stk kræver for at paalægge Erstatningsansvar, at der sker et Indgreb i en af Retsordenen *anerkendt Ret* (das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines andern), at Indgrebet sker ved en *retstridig* Handling, og at Handlingen foretages enten forsætlig eller uagtsomt. Hermed er for det første Skyldmomenterne 2) og 4) adskilt og særlig betonet. Men dernæst er det ved Kravet om, at Handlingen skal være retstridig, tillige betonet, at en Handling, selvom den, endog forsætlig, volder Skade, alligevel kan være retmæssig af særlige Grunde, som Nødret, Nødværge, Samtykke ol, noget, den nævnte nordiske Lære i det væsentlige tager med under en særlig Udformning under Betingelse 2), se nedenfor. I B G B §§ 827-29 er dernæst Tilregnelighedsspørgsmaalet afgjort, 3), idet den personlig utilregnelige som almindelig Hovedregel er fritaget for Ansvar. Derimod fremgaar Momentet 2) ikke klart af Loven. § 823

siger, at den handlende skal erstatte den »daraus entstehenden Schaden«. Problemet ligger gemt i Ordet »daraus«. Hvad dette omfatter, er det en Opgave for Videnskab og Praksis nærmere at udrede; og her er man praktisk talt i det hele og store naaet til rigtige Resultater gennem Læren om den *adækvate* Foraarsagelse. Hvad der ligger heri, er ganske vist ikke helt klart. Der maa være en vis særlig Aarsagsammenhæng mellem Handlingen og Skaden. Det maa ialtfald kræves, at Skaden efter Livets Erfaring, ud fra en Dommers Skøn, maa anses for en i høj Grad sandsynlig Følge af Handlingen, se ogsaa § 249. Men selvom man ikke helt ud naar den rette Begrænsning af Ansvarret ad denne Vej, naas den ihvertfald ved Kravet om Uagtsomhed som Betingelse for Skyld, idet denne Betingelse defineres efter en almenmenneskelig Maalestok, jfr. B G B § 276, der bestemmer Uagtsomhed som en Handlen, der ikke iagttager »die im Verkehr erforderliche Sorgfalt«.

Angaaende 4): hvilke Retsgoder Retsordenen beskytter eller bør beskytte, raader der en ikke ringe Usikkerhed og Tvivl i tysk Videnskab, og Praksis, hvad der hænger sammen med Opregningen af Rettigheder i § 823 og dennes omfattende Udtryk: »sonstiges Recht«, se nedenfor.

I nordisk Ret, hvor der i nyere Tid fra Videnskabens Side paa dette Omraade er arbejdet mere bevidst og planmæssigt end andetsteds, er der, som foran nævnt, særlig om Spørgsmaal 2) ydet en værdifuld videnskabelig Indsats, nemlig af *Getz* og *Goos*. Først gennem disses Behandling skabtes der Klarhed over, at der blandt alle de Handlinger, der er Aarsag til en Skade, maa søges en særlig Begrænsning i Forhold til det erkendelsesmæssige Aarsagsforhold. Ældre Opfattelse havde hos os, ligesom ofte andetsteds, søgt at finde Begrænsningen i selve Aarsagsbegrebet (det naturvidenskabelige, erkendelsesmæssige) ved at sondre mellem, om Skaden var en »nødvendig« Følge af Handlingen eller ej, og senere, da dette maatte opgives, mellem Aarsag og »Anledning« eller »Betingelse«, idet man f Eks ved Manddrab hævdede, at den, der har

tilføjet Saaret, lige fuldt er Aarsag, naar enten foregaaende *Natur-aarsager* eller efterfølgende, som sættes i Virksomhed ved Saaret, medvirker ved Døden, men at han blot har *foranlediget* denne, naar der tilstøder *frie* Aarsager, f Eks slet kirurgisk Behandling. Som Erkendelsesteorien imidlertid har fremhævet, er hele Sondringen mellem egenlig Aarsag og Anledning eller Betingelse, erkendelsesmæssig ganske relativ. Den fulde Aarsag ligger aldrig i en enkelt Kendsgerning, men i et Indbegreb af Kendsgerninger; og hvilke af disse Aarsags-Elementer man udhæver som »egenlig Aarsag« og hvilke som Betingelser eller »Anledning«, beror ikke paa nogen virkelig indre Forskel i Naturen, men paa menneskelig Tankegang og dens Formaal. Senere opgav man at søge Begrænsningen i det objektive, Handlingen og dens erkendelsesmæssige Foraarsagelse, og søgte da Begrænsningen i det subjektive, Tilregnelsen af Handlingens Følger som forsætlig eller uagtsomt. Da nu imidlertid enhver menneskelig Handling, erkendelsesmæssig, i sine Virkninger i nærmere eller fjernere Led kan blive Aarsag til en Skades Indtræden, saa maa, hvis Begrænsningen skal søges i det rent subjektive, — i, om Faren ved Handlingen var kendelig for *den handlende*, — den overdrevent ængstelige, der tænker sig alle mulige Skader som Følge af sin Handling, blive ansvarlig, medens den tankeløse og ligegyldige gaar fri. Men naar man da, for at undgaa dette Resultat, fremhæver at det maa være Skadens Usandsynlighed efter *almindelig* Erfaring, der maa udelukke Uagtsomhed, ser man ikke, at man da i Virkeligheden har forladt det subjektive, den individuelle Tilregnelser, og i Læren om de subjektive Betingelser for Ansvar har indskudt en aldeles *objektivt bestemt* Betingelse. *Getz* og *Goos* hævder derfor, at det i Virkeligheden ogsaa først maa bestemmes ved en *almindelig praktisk Afvejelse*, hvilken Handlefrihed Borgere maa have uden Hensyn til deres Handlingers mange Muligheder for skadelige Følger, og at denne Afvejelse i Livets enkelte Tilfælde maa bero paa, om en Skade i Handlingens Øjeblik efter de praktiske Omstændigheder maatte anses for en overvejende

sandsynlig Følge af Handlingen, eller, som det ogsaa udtrykkes, om den under de forhaandenværende Omstændigheder maa anses for *en efter Aarsagsloven forudseelig* eller *beregnelig* Følge af Gerningen. Aarsagsammenhængen spiller altsaa her kun en Rolle som et Element i de praktiske menneskelige Overvejelser.

Denne Erkendelse var utvivlsomt et væsenligt Fremskridt i Forhold til de tidligere Opfattelser. Naar den hævdede, at den indførte en objektiv Maalestok for Bedømmelsen af en menneskelig Handlings Retmæssighed, maa man imidlertid herved erindre de forskellige Betydninger, hvori Ordene objektiv og subjektiv tages. Naar vi som først af alle Betingelser for Skyld og Ansvar fastslaar, at en menneskelig Handling maa være Aarsag til Skaden (1), er dette utvivlsomt en objektiv Betingelse i den oprindelige Betydning af objektiv: en ydre Kendsgerning, en *Kendsgerning i Omverdenen* (eller Objektverdenen, som den ogsaa kaldes) i Modsætning til en indre, *psykisk* Kendsgerning — et Forsæt, en Vilje, en Følelse hos Personen A, ti *Handlingen*, der erkendelsesmæssig er Aarsag til en Skade, er en ydre Foreteelse, en Foreteelse i Omverdenen. Men naar vi siger, at en Handling efter en *objektiv Maalestok* eller *Bedømmelse* kan forudberegnes at ville bevirke en Skade, tager vi Ordet objektiv i en anden Betydning, nemlig i Betydningen af: en *almenmenneskelig* Vurdering i Modsætning til *det enkelte handlende* Menneskes individuelle Bedømmelse, Forudberegning o.l. hvilken da kaldes subjektiv. Men ogsaa den almenmenneskelige Vurdering er jo, saavel som den individuelle, et *indre psykisk* Fænomen — blot er den almenmenneskelige Vurdering *et for mange Mennesker fælles psykisk* Fænomen. Der er naturligvis intet i Vejen for at bruge Ordet objektiv om den nævnte fælles menneskelige Vurdering af en Handlings Foraarsagelsesesevne, naar blot man er klar over, at man her tager dette Ord i en anden Betydning end ved den ovenfor først nævnte Modsætning. Faktisk er denne sidstnævnte Sprogbrug jo ret almindelig i Behandlingen af sociale Spørgsmaal, medens den førstnævnte Sprogbrug er almindelig i Na-

turvidenskaben. For Klarheds Skyld vil jeg imidlertid bruge Ordet almenmenneskelig i Modsætning til individuel paa retsligt Omraade.

Men dernæst maa fremhæves overfor den almenmenneskelige Maalestok i Modsætning til Tilregnelsen som individuelt forsætlig og uagtsomt, at *selve Begreberne Forsæt og Uagtsomhed* overhovedet, som ovenfor vist, *først faar Indhold og Mening ud fra en saadan Maalestok.*

2 Kapitel.

SKYLD — FORUDSEELIGHED.

GENNEM den foregaaende Undersøgelse er vi naaet til at erkende, indenfor hvilket psykisk Felt vi skal søge det, vi kalder Skyld. Vi ved ialtfald nu, hvilken Faktor der er afgørende for Bedømmelsen af et Menneskes Skyld. Resultatet af Undersøgelsen er: I Forudseeligheden ligger al menneskelig Skyld.

Men herefter maa vi nærmere undersøge, hvad det vil sige, at en Ulykke, en Lidelse, man tilføjede sin Næste, var forudseelig. Den maa naturligvis være forudseelig i Handlingens Øjeblik. Men hvad vil Forudseelighed i Handlingens Øjeblik sige? Hvad vil det nærmere sige, at Skaden, der blev en Følge af ens Handling, kunde forudses af et Menneske i Handlingens Øjeblik?

Herom har der været forskellige Meninger. Nogle hævder saaledes, at en retstridig Handling er enhver Handling, som efter 1) den *bedst mulige menneskelige Viden* i Handlingsøjeblikket kunde paaregnes at ville medføre Skade, se *Goos Retslære* I 347, *Jul Lassen* 245, *Torp* 288-89. Andre hævder derimod, at en Handling kun er retstridig, naar den efter, hvad 2) den *handlende kunde vide som god og fornuftig Mand* i Handlingsøjeblikket, kunde paaregnes at medføre Skade, se *Kraft* 81, 87 ff, *Stang Erstatningsansvar* 81, *Hagerup Strafferettens alm Del* 158, *Knoph* 247.

Denne Strid hænger sammen med, at Forudsætningerne for de forskellige Arter af Retshaandhævelse er forskellige eller synes at være forskellige. Den førstnævnte Opfattelse anerkender vel lige-

som den sidstnævnte, at den normale Forudsætning for de to vigtigste Arter af Retshaandhævelse, Straf og Erstatning, er en Handling, som efter hvad den handlende i Handlingsøjeblikket kunde vide som god og fornuftig Mand, maatte medføre Skade, men da en tredje Retshaandhævelse, Nødværge formenes at kunne udøves ogsaa overfor en Handling, der kun efter den bedst mulige menneskelige Viden kan paaregnes at medføre Skade, og enhver Retshaandhævelse maa forudsætte en retstridig Handling, mener denne Opfattelse at burde fastholde det vide Retstridighedsbegreb 1). Men denne Opfattelse maa da tilføje, at som Forudsætning for Retshaandhævelsesmidlerne Straf og Erstatning maa der foruden det, denne Opfattelse kalder en *objektiv retstridig* Handling — retstridig Handling i Betydning 1) — tillige kræves en *subjektiv* Betingelse, nemlig at Handlingen kan tilregnes den handlende som forsætlig eller uagtsom. Denne Tilføjelse er overflødig for den anden Opfattelse, ti dennes Begreb: den retstridige Handling indeholder objektivt den Begrænsning, der ligger i Kravet om *Uagtsomhed*. Dette er jo, som vist i Virkeligheden et objektivt Begreb, taget i Betydning: et almenmenneskeligt Vurderings-Begreb. Og Sondringen mellem *Forsæt*, der er et psykologisk Begreb, og *Uagtsomhed* faar i Reglen ingen Betydning i Erstatningsretten, men derimod i Strafferetten.

Gaar man videre i Forudsætningerne for de forskellige Retshaandhævelsesmidler, maa det dernæst erkendes, at baade for Straf og i vidt Omfang for Erstatning er det en Forudsætning for Ansvar, ikke blot at der foreligger en Handling, der er retstridig i Betydning 2), eller i Betydning 1) + dens Tilregnelser, men tillige at Handlingen er udført af en tilregnelig Person.

Det synes derfor ret vilkaarligt, naar Opfattelse 1) særlig vil afpasse Retstridighedsbegrebet efter en enkelt Art Retshaandhævelse, der tilmed er den i Livet sjældnest anvendte, Nødværge. Retstridighedsbegrebet bør tage Hensyn til *alle* Arter af Retshaandhævelse og udtrykke en Slags Generalnævner for disse. Da al vi-

denskabelig Definition til syvende og sidst er et Hensigtsmæssigheds spørgsmål, maa man da formentlig paa dette Omraade vælge det Retstridighedsbegreb, der dækker Kernen i de *Handlinger*, der i de *fleste* Tilfælde i Livet rammes af en eller anden *Retshaandhævelse*. Naturligvis kan det saa herefter ske, at der nu og da viser sig at være *Handlinger*, der falder udenfor den saaledes fundne Definition, og som dog rammes af en eller anden *Retshaandhævelse* eller andet *Retsmiddel*. Men det maa da særlig bemærkes, at man i saadanne Tilfælde afviger fra de *normale Forudsætninger for Retshaandhævelse*.

Tager vi nu et Overblik i saa Henseende over samtlige *Retshaandhævelsesmidler*, maa vi formentlig komme til det Resultat, at langt det overvejende Antal af de *Handlinger* i Livet, der rammes af *Retshaandhævelsen*, baade den oprettende, afværgende og straffende, er *Handlinger*, der er karakteriseret ved de ovenfor S 292-93 fremhævede Momenter eller Egenskaber, 1) - 4), altsaa *de samme Egenskaber, der er Grundelementerne i Begrebet Skyld*. Saaledes vil de menneskelige *Handlinger*, der rammes af den *straffende Retshaandhævelse*, besidde disse Egenskaber. For at kunne straffe en *Handling*, maa denne saaledes være Aarsag til en Krænkelser af et retslig anerkendt Gode, 1) og 4), paa en saadan Maade, at den handlende ikke blot efter den bedst mulige menneskelige Viden, men efter, hvad en fornuftig Mand i den handlendes Stilling kunde vide, maatte forudse Skaden paa dette Gode som en naturlig og rimelig Følge af *Handlingen*, 2): Skaden maa følgelig kunne tilregnes den handlende enten som forsætlig eller uagtsom. Men dernæst maa den handlende være tilregnelig i *Handlingsøjeblikket*, 3). Og de samme Betingelser bør formentlig normalt kræves som *Forudsætninger for den oprettende Retshaandhævelse*, Erstatning og *Vindikation*.

Men det samme er i Virkeligheden, nærmere beset, Tilfældet selv paa den *afværgende Retshaandhævelses Omraade*. For det første vil nemlig de allerfleste *Handlinger*, der i det virkelige Liv mø-

des med Nødværge eller Forbud, være forsætlige eller uagtsomme Handlinger af tilregnelige Personer, idethele Handlinger, der tilfredsstiller Fordringerne 1) - 4). Og i de Tilfælde, hvor en Person A er nødt til med privat Magtanvendelse at afværge en truende Skade fra en utilregnelig Person eller fra en Person, der kunde forudse en Skade som Følge af sin Handling, hvis han havde haft den bedst mulige Viden, vil man overfor en saadan Person, B, i Virkeligheden kun kunne begrunde sin afværgende Magthandling ud fra *Nødretssynspunkter*. Hvis saaledes en Sindssyg bryder ud af den Anstalt, hvor han er indespærret, og truer et eller flere Menneskers Liv, vil det at lamme ham ved at tilføje ham en større Skade, eller, om nødvendigt, at dræbe ham, fuldtud kunne forsvares ud fra *Nødretssynspunkter*, idet sunde Menneskers Liv først maa reddes, selv paa Bekostning af en Sindsygs Liv. Og hvis en normal Person er i Færd med at anrette en Ulykke, som han ikke som fornuftig Mand kan forudse ud fra sin almindelige Viden, men som vil medføre Tab af Menneskeliv, maa man ud fra de samme *Nødretssynspunkter* være berettiget til at stanse hans Handling, selvom det for at redde de andres Liv bliver nødvendigt at tilføje ham et Saar eller anden Skade, naar han dog ikke derved mister Livet. Og hvis der endelig foreligger en saadan Nødskollision, at af to eller flere Menneskeliv maa det ene ofres, hvis ikke begge eller alle skal gaa til Grunde, som undertiden ved Ulykker paa det aabne Hav, foreligger der et Tilfælde, hvor al Retsorden maa vige for Livets egen Afgørelse, hvad enten denne saa bliver Selvopofrelsens eller Selvishedens. Her kan hverken *Nødrets-* eller *Nødværgesynspunkter* forklare Livets Afgørelse, *Nødretssynspunkter* ikke, fordi vi ingen objektiv Maalestok ejer for Vurdering af de enkelte Menneskeliv, og en blot numerisk Maalestok er ubegrundet, og *Nødværgesynspunkter* ikke, fordi det til syvende og sidst her ikke er Menneskers Handling eller Adfærd, der er Skyld i Ulykken, men Naturens ødelæggende Magter.

Resultatet er altsaa, at den *normale* Forudsætning for alle Arter

af Retshaandhævelse er en *retstridig Handling* i Betydning af en *Handling, som et Menneske bærer Skylden for*, og som nærmere kan karakteriseres ved de ovenfor S 292-93 angivne *Momenter 1) - 4)*.

Men naar denne Begrebsbestemmelse af den retstridige Handling er givet som rammende det, der normalt er Retshaandhævelsens Genstand, maa det derefter tilføjes, at vi undtagelsesvis i Retslivet møder en Slags Retshaandhævelse eller rettere et andet Retmiddel anvendt uden, at der foreligger en retstridig Handling. Saaledes svares der i de Undtagelsestilfælde i Livet, der hedder *Nødretstilfælde, Erstatning*. Men man vil her straks umiddelbart være klar over, at Midlet Erstatning her ikke helt naturligt kan betegnes ved Ordet Retshaandhævelse. Dette Ord har efter almindelig Sprogbrug altid Karakteren af: Magt mod Retsbrud i sig. Grundbegreberne Retsbrud og Skyld føles i Folkets almindelige Retsbevidsthed som Forudsætning for Samfundets Retshaandhævelse. Men naar der i *Nødretstilfælde* skal svares Erstatning, *ikke af den handlende men af den, i hvis Interesse der handles*, for hvis Skyld Opofrelsen sker, staar vi i Virkeligheden overfor *Erstatning som et tabudlignende Middel, beslægtet med Forsikring*. Og naar vi i Nutidens Samfund under visse Betingelser paalægger Sindsyge og aandsvage og Børn under 15 Aar Erstatning for deres skadegørende Handlinger, *navnlig naar Barnet og den abnorme efter deres Formue tilstand bedre er i Stand til at dække Tabet end den skadelidende*, jfr saaledes i dansk Ret Myndighedslovens §§ 63 og 64, staar vi i Virkeligheden ligeledes overfor Erstatning som tabudlignende Retmiddel, beslægtet med det privatretlige Middel Forsikring. Forøvrig kender vi jo ogsaa udenfor Nødretstilfælde og Tilfælde af abnormes o'ls skadegørende Handlinger Midlet Erstatning paa Omraader, hvor det givet ikke kan opfattes eller betegnes som en Retshaandhævelse. Dette gælder saaledes Erstatning paa hele *Ekspropriationsomraadet*.

Men selvom man fra nogle Sider vilde fastholde, at Erstatningen

selv i disse Tilfælde maa optattes og betegnes som Retshaandhævelse, staar den ovenfor givne Begrebsbestemmelse fast som den normale Forudsætning for Samfundets Retshaandhævelse; og Erstatningen i Nødretstilfælde og ved abnormes o'ls skadegørende Handlinger er da at opfatte som Undtagelser fra Reglen, at en Retshaandhævelse forudsætter en retstridig Handling. — Foruden abnormes o'ls skadegørende Handlinger, Nødrets- og Ekspropriations-Indgreb, findes der iøvrig, som ovenfor paavist, visse andre Interesseskollisioner, der vel er fremkaldt af en Person, der gør Indgreb paa en andens Ejendomsomraade, men hvor hans Indgreb ikke er retstridigt i den her hævdede Betydning, og hvor han alligevel maa yde Erstatning. Navnlig maa her nævnes Bygning i god Tro paa fremmed Grund og Frembringelse i god Tro af Løsøregensstande med Benyttelse af en fremmed tilhørende Materialer. Dernæst er det et Problem, om der ved Ulæmper i Naboforhold eller ved særlig farlige Handlinger i moderne Industri og Samfærdsel gives Erstatning for Skade ved retmæssige Handlinger, samt om man i visse Tilfælde skal yde Erstatning for andres Retsbrud.

I Erstatningslæren hævdes det undertiden, at der maa ses bort fra individuelle Abnormiteter, som Blindhed, Døvhed o' l, Mangel paa almindelige Evner eller Kundskaber, idet en Person uanset saadanne Abnormiteter maa svare Erstatning, naar han har vist Uagtsomhed efter en almindelig, normal Maalestok. Her skulde altsaa paa en vis Maade statueres almindeligt Erstatningsansvar uden Skyld. Hertil maa nu først bemærkes, at selve Uagtsomhedsbegrebet som Skyldbegreb, som ovenfor vist, er skabt af og beror paa en almenmenneskelig, normal Maalestok. Men dernæst maa der ved de nævnte abnorme Personers skadegørende Handlinger sondres mellem to Grupper af Tilfælde. Hvis 1) en døv eller blind Person bevæger sig ud paa Omraader, hvor en Handling netop af en saadan Person bliver farlig, altsaa med Rimelighed kan forudses

at ville gøre Skade, er det simpelthen Uagtsomhed i almindelig Forstand af saadanne Personer at bevæge sig ud paa disse Omraader. Personer med saadanne Abnormiteter maa af almindelig Agtpaagivenhed nødvendigvis indskrænke deres Handlefrihed. Det samme gælder, naar Personer uden almindelige Kundskaber eller uden en særlig Sagkundskab bevæger sig ind paa Felter, hvor saadanne Kundskaber er nødvendige for at undgaa Skade. Her foreligger altsaa slet ingen Afvigelser fra vore almindelige Grundsætninger om Erstatning ved Skyld. Og hvis 2) i andre Tilfælde en Person med Døvhed, Blindhed, manglende Kundskaber o l med almindelig Forsigtighed har gjort alt for at holde sig udenfor de Felter i Livet, hvor hans Abnormitet netop er egnet til at gøre Skade, men dog ganske uforskyldt, ved et rent hændeligt Uheld kommer ind paa saadanne Felter og gør Skade, som hans Abnormitet bidrager til, bør han sikkert ikke drages til Ansvar efter den almindelige Erstatningsregel. Skal han her ifalde Erstatning, maa det være ud fra en lignende Grundsætning, som den, hvoraf Reglen om Sindsyges og Aandsvages Ansvar er udsprunget, og hvorefter der efter Omstændighederne, navnlig hvis den handlende er formuende og den skadelidende fattig, kan paalægges den handlende en vis rimelig Pligt til at godtgøre Skaden.

Som virkelige Undtagelser fra den almindelige Skyldgrundsætning kan derimod nævnes, at *Vindikation* undertiden er hjemlet, hvor der ikke er begaaet nogen retstridig Handling. Vel trænger i moderne Ret mere og mere den Grundsætning igennem, at *Vindikation* kun gives mod ondtroende Erhververe. Men der anerkendes

Jul. Lassen hævder den ovenfor nævnte Lære om Erstatningsansvar uanset individuelle Abnormiteter, saaledes at man altsaa kun fritages for Ansvar ved den saakaldte *Normalvildfarelse*, se *Jul. Lassen* I 267-70, jfr ogsaa i et vist Omfang *Henry Ussing* Skyld og Skade 37-51. For positiv dansk Ret synes Analogien af Myndighedslovens § 64 at kunne anvendes paa den ovenfor under 2) anførte Gruppe Tilfælde, medens den almindelige Erstatningsregel kommer til Anvendelse paa Gruppe 1). — Se iøvrig *Henry Ussing* Erstatningsret 73-78.

dog Undtagelser herfra, altsaa Tilfælde, hvor Vindikation gives selv mod Erhververe i god Tro. Dette gælder saaledes ved Vindikation af stjaalne og røvede Genstande. Derimod er det ikke en virkelig Undtagelse, at Vindikation er hjemlet overfor Arvinger og retsforfølgende Kreditorer; ti man arver kun det, ens Arvelader virkelig er Ejer af, og ikke Genstande, som tilhører Tredjemand, men som midlertidig befinder sig i Arveladers Bo; og man kan ogsaa kun gøre Udlæg i, hvad ens Skyldner selv ejer, og ikke i Genstande, som findes hos ham, men som er Tredjemands Ret og Vindikation undergivet.

Indenfor den *straffende* Retshaandhævelse er Forholdet det, at Straf paa Grund af denne Retshaandhævelses Formaal ofte maa paalægges ikke blot den, der har iværksat en retstridig Handling, men tillige den, der har *forsøgt* at iværksætte en saadan Handling.

Naar det her er fremhævet, at en eller anden Retshaandhævelse undtagelsesvis sættes i Gang, endskønt der ikke er begaaet nogen retstridig Handling, betyder dette dog ikke, at der overhovedet her mangler en skadegørende menneskelig Handling, der enten har tilføjet en Skade paa et en Anden tilhørende Retsgode eller har tilført en saadan Skade. Men hvad der mangler, er en eller flere af de øvrige Betingelser, 3) - 4) for — eller Egenskaber ved — en retstridig Handling.

Efter de ved den foregaaende Undersøgelse vundne Begrebsbestemmelser falder Begreberne *Skyld* og *retstridig Handling* sammen. Ingen vil med Rette kunne fastslaa, at et Menneske i et givet Tilfælde er Skyld i en Skade, medmindre som paavist, samtlige de S 292-93 fremhævede Momenter 1-4 foreligger. Og normalt, i de fleste af det virkelige Livs Tilfælde foreligger der heller ikke en retstridig Handling, naar ikke de samme Momenter er tilstede. Naturligvis er der enkelte Arter af Retshaandhævelse, — nemlig den afværgende Retshaandhævelse og Straffen for Forsøg — der kan anvendes, selvom Momentet 1) mangler, altsaa selvom en Handling, der har alle Momenterne 2-4 i sig, endnu ikke har naaet at

anrette Skade; og man kan fastslaa Skyld, selvom Skaden ikke indtræder — naar dens Afværgelse ikke skyldes den handlende selv. Man kan derfor i saadanne Tilfælde anvende en Sprogbrug, der sondrer mellem retstridige Handlinger, der har forvoldt Skade, og dem, der ikke forvolder en saadan. Om Skaden, der foraarsages af en Handling med Momenterne 2-4, kan man i alle Tilfælde bruge Betegnelsen: *Retsbrudet*.

Men normalt, i de fleste af Livets Tilfælde, og ved de fleste Arter af Retshaandhævelse, foreligger der en Skyld, en retstridig Handling, der har voldt Skade. Og hvad enten man tager Begreberne Skyld og retstridig Handling i den videre eller snævrere Betydning (1-4 eller 2-4), falder de i alle Tilfælde sammen.

Det har hidtil været ret almindelig at sondre mellem de subjektive og objektive Betingelser for Erstatningsansvaret og iøvrig for Retshaandhævelse idethele. Ved Erstatningsansvaret har man ved de objektive Betingelser tænkt paa de Betingelser, der ovenfor er anført som Momenterne 1, 2 og 4, medens man ved den subjektive Side særlig har fremhævet Forsæt og Uagtsomhed og Moment 3. Denne Sondring var dog særlig foranlediget ved, at man tog Forudseeligheden i den ovenfor S 300 ff omtalte vide Betydning — af Forudseeligheden, bedømt efter den bedst mulige Viden —, idet man herefter blev nødt til at fremhæve, at der til Erstatningsansvars Paalæggelse yderligere maatte kræves, at den handlende havde handlet tilregnelig i Betydningen forsætligt eller uagtsomt, jfr saaledes *Jul Lassen* I 243-74. Naar Moment 2 derimod tages i den her hævdede snævrere Forstaaelse, hvad der formentlig er naturligere, er der forsaavidt mindre Grund til at sondre mellem en subjektiv Betingelse og objektive Betingelser, som disse ved Betingelse 2)'s Fastsættelse af *Ydergrænsen* for Ansvarret falder sammen.

Der er naturligvis intet i Vejen for stadig at sondre mellem subjektive og objektive Betingelser for Ansvarret; men det vil iøvrig være naturligt under de subjektive at anføre baade Momenterne 2 og 3 — Tilregnelighed og Tilregnelighed; og ved en saadan Sprogbrug

kan man da godt kalde de objektive Betingelser, 1 og 4 for *Handlingen* eller den ydre Foretælse, og de subjektive Betingelser, 2 og 3, for *Skyld*, eller, om man vil, anvende den Terminologi, at der til Paalæggelse af Ansvar kræves dels objektivt en Handling, der forårsager Skade paa et Retsgode, 1 og 4, og dels subjektivt Skyld: Tilregnelser og Tilregnelighed, 2 og 3. Sprogbrugen er idethele mindre væsenlig, naar man blot bestemt er *klar* over, *i hvilken Betydning* man tager de forskellige Ord. Og *Hovedsagen* er og bliver, baade retslig og almenmenneskeligt, at *Grundbegreberne Skyld og retstridig Handling*, som ogsaa Retsbevidstheden i Folket arbejder med, til fuld Forstaaelse som normal Forudsætning for Retsshaandhævelse rummer i sig alle de ovenfor bestemt adskilte fundamentale Betingelser, 1 - 4. Man kan da efter Behag sondre disse Betingelser i forskellige Grupper, paa forskelligt Grundlag, f Eks alene kalde 3 for subjektiv, og 1, 2 og 4 for objektive, eller kalde 2 og 3 for subjektive, og 1 og 4 for objektive, om man da idethele mener at vinde noget i Forstaaelse ved Brugen af disse Udtryk.

Det er imidlertid et Spørgsmaal, om der foruden de nævnte 4 Betingelser maa kræves flere. Der synes udenfor disse Betingelser at være et udforsket Omraade, som man fra forskellig Side har søgt at trænge ind i, men som stadig henligger i stor Dunkelhed. De følgende to Kapitler (3 og 4 Kap) skal gøre et Forsøg paa at trænge noget længere ind i dette ret ukendte Omraade.

Om Retsbrudsansvaret i romersk Ret se *Ihering*: Das Schuldmoment in römischen Privatrecht, 1867, *Jul. Lassen* Romerret 366 ff, *Stig Juul* 81 ff, i *germansk Ret Amira*: Nordgermanisches Obligationenrecht, I 373 ff, II 377 ff, *Matzen* Strafferet 48 ff. Om det kollektive Slægtsansvar i germansk Ret se *Poul Gædeken*: Retsbrudet og Reaktionen herimod i gammeldansk og germansk Ret, 1934, S 26 ff.

Om fransk Rets Stilling til Retstridigheds- og Skyldspørgsmaalet se *Planiol* 2. 275 ff (Nr 863 ff), om *engelsk Ret* i samme Spørgsmaal *Fr. Pollock*: The law of torts, *Goodhart* 110-28; ovenanførte Udtalelse af *Fr. Pollock* findes i L Q R Bd 38.165 anf hos *Goodhart* 113; om *fysk Ret* se *v. Bar*: Die

Det vanskelige Problem om *Forudseelighed* af de Skader, der indtræder i Menneskelivet, er dernæst ikke udtømt ved den foregaaende Behandling. Men først naar vi har været igennem visse andre Undersøgelser i det følgende, kan vi med Udsigt til større Udbytte søge at trænge til Bunds i Forudseeligheds-Problemet (nedenfor i Kap 5 og 6).

Lehre vom Kausalzusammenhang, 1871, *Dernburg* II 1. 73 ff, *Alexander Elster* i H d R III Bd 517-25, *Fischer* und *Henle* 444-51. Se iøvrig om fransk, tysk og engelsk Ret paa disse Omraader *Ussing* Skyld og Skade 290-96, 356-58 og 399-405. Om tysk Ret se endvidere Organisationer 307 ff.

Den ovennævnte Lære i *nordisk* Ret om Foraarsagelse i retslig Forstand til Begrænsning af de retstridige Handlingers Kres blev samtidig fremsat af *Getz* og *Goos* (i Begyndelsen af 70'erne), uafhængig af hinanden, se *Getz*: Om den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser, 1875, optaget i *Getz'* Afhandlinger, udgivet af *Hagerup*, 1903, se særlig 48 ff, og *Goos* II 2. 66-79, jfr *Noten* S 74, og I 1. 327-48.

Samtidig fremsatte *v. Bar* i tysk Videnskab, i nævnte Skrift, en Lære, der i de praktiske Resultater gik i væsentlig samme Retning som den nordiske Lære om den retslige Aarsagsammenhæng; men han forvekslede, som *Hagerup* har fremhævet, Spørgsmaalet om, hvad der retslig bør komme i Betragtning som Aarsagsammenhæng, med, hvad der *overhovedet* maa anses som en saadan Sammenhæng, *Hagerup* i T f R 1909.316. Senere fremhævede *Fysiologen v. Kries* Sondringen mellem en Aarsagsammenhæng, som det er naturligt at tage i Betragtning ved Paalæggelse af retsligt Ansvar, og som *Kries* kalder en *adækvat* Aarsagsammenhæng, og en Aarsagsammenhæng, som der ingen Sandsynlighed er for, og som derfor kan kaldes tilfældig, *Kries* i Viertel-Jahrschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 Bd, 1888, 203 ff, 224 ff, 288. Denne Lære om den adækvate Foraarsagelse har *Bar* og senere den overvejende Del af tysk Retslitteratur og Praxis sluttet sig til, jfr. *Fischer* og *Henle* 134, 448-49; og den falder i det væsentlige sammen med den nordiske Lære om Foraarsagelse i retslig Forstand i Modsætning til Foraarsagelse i naturvidenskabelig, erkendelsesmæssig Forstand. — Se iøvrig *Henry Ussing* Erstatningsret 142-53.

Om Aarsagsammenhæng, Paaregnelighed og Erstatning se iøvrig de vægtige og interessante Bidrag i nyeste norsk Litteratur: *Hagerup Bull* i T f R 1936. 332-47, *Astrup Hoel*: Risiko og Ansvar, 1929 og i Nordisk Forskriftstidskrift, 1938. 149-70, *Dagfinn Dahl*: Synspunkter i og udenfor Erstatningsretten, 1939, *Johs. Andenæs* i T f R 1941-241-98. *Kristen Andersen* i T f R 1941. 299-333, *Carl Bonnevie*: Adevkanslæren og beslektede Retsfelter, 1942.

3 Kapitel.

INTERESSEAFVEJNING.

DEN ovennævnte nordiske Retsbrudslære har ikke nøjedes med sin fortjenstfulde Undersøgelse af Aarsagsbegrebet, altsaa med at paavise a), at en Handling, der foraarsager Skade, før at kunne paadrage Ansvar, af en god og fornuftig Mand i Handlingsøjeblikket maa kunne forudses at medføre Skade. Den tilføjede som et andet Hovedpunkt, b) at selvom en Handling saaledes kunde siges at have retslig Foraarsagelsesevne, altsaa at være farlig eller at have medført Skade, kunde den dog undertiden alligevel anses for retmæssig, nemlig, naar den, trods sin Farlighed eller den Skade, den forvoldte, maatte anses som forsvarlig, idet den Nytte, den samtidig gjorde, væsenlig opvejede dens Farer eller Skader. Man maa efter denne Lære, ved Spørgsmaalet, om visse farlige eller skadelige Handlinger trods deres Fare eller Skade maa anses for retmæssige, foretage en Afvejelse af to modstaaende Hensyn; paa den ene Side Hensynet til den Handlefrihed, der maa tilstaaes Borgerne til deres Livsvirksomheds Fremme, og paa den anden Side Hensynet til Retsgodernes Beskyttelse. Det betones af Læren, at denne Afvejelse og dens Afgørelse ikke altid kan træffes efter en isoleret Betragtning af den enkelte Handlings konkrete Nytte og Farlighed, men at visse Handlinger trods deres Farlighed eller Skadelighed maa anses for retmæssige paa Grund af *almene* Nyttehensyn. Senere udformedes denne Lære nærmere derhen, at ved Bestemmel-

sen af den menneskelige Handlefriheds Grænser drejer Afgørelsen sig idetheletaget om Kollisioner af modstridende Interesser eller Goder; og det beror paa den rette Afvejelse af disse modstridende Interesser, om den handlendes Frihed til at ofre en Andens Retsgode skal anerkendes som retmæssig eller ej. Rundt i Lovgivningen har vi en Række spredte Bestemmelser — om Nødret, om Groshaveri, om Brandvæsenets Ret til at ofre andres Ejendele i Ildebrandstilfælde for at redde større Værdier o l — der alle kan opfattes som blot sporadiske Udslag af nævnte almindelige Grundsætning om de modstridende Interesses Afvejelse som bestemmende for Handlefrihedens Grænser, idet det overalt i Livets Kollisioner af Hensynet til Samfundets Interesse i de størst mulige Værdiers Bevaring maa være det ledende Synspunkt, at det mindre Gode ofres for det væsentlig større Godes Bevaring. Ud fra denne Grundsætning forklares det da ogsaa, at det f. Eks. er retmæssigt af Lægen at amputere en tilskadekommen, bevidstløs Persons Fod, naar et øjeblikkeligt Indgreb her kræves af Hensyn til Personens Liv eller Helbred, at dræbe Fostret for at redde Moderens Liv o l.

Denne Lære om Interesseafvejningen i Kollisioner som bestemmende for Handlefrihedens Grænser turde for en nærmere Undersøgelse vise sig at dække over en vis Uklarhed, idet den formentlig sammenblander Fænomener, der skarpt maa holdes ude fra hin-

Læren om Interesseafvejningen tager sin Begyndelse allerede hos Goos og Getz. Goos fremhæver nemlig, at den Bestemmelse, at en Handling for at være retstridig, maa have de af ham angivne Muligheder for at bevirke Skade (altsaa Aarsagsevne i retslig Forstand), a) ikke betyder, at enhver saadan Handling maa anses for retstridig. Med denne Bestemmelse er kun en Ydergrænse angivet for det retstridige. Men derefter maa det under en Afvejelse af de modstaaende Krav, Kravet paa Handlefriheden og Kravet paa Rettighedernes Beskyttelse, afgøres, om ikke Handlingen, trods dens Farlighed eller Skadclighed maa anses for retmæssig, b) se Goos I. 1. 336 ff. Iøvrig erindres, at for Goos saavel som for Getz var Begrænsningen af Ansvar til de forud beregnelige Følger af Handlingen en væsentlig Beskyttelse af Handlefriheden, se Goos: II. 166-68, Getz: Afhandlinger

anden. Læren har ogsaa mødt stærk Modstand, idet der fra forskellige Sider er rettet vægtige Indvendinger imod den. Det kan dog paa den anden Side næppe nægtes, at der med Læren om Handlefrihedens Grænser bestemt ved Interesseafvejningen er rejst Problemer, som heller ikke Lærens Modstandere er trængt tilbunds i. Saavidt jeg formaar at se, er Grunden til, at man hidtil ikke har naaet Løsningen af disse Problemer, den, at Læren har søgt at finde en enkelt Løsning for forskellige Grupper af Omraader og Erfaringer, der i Virkeligheden ikke lader sig behandle under ét, efter en

51 ff. hvorfor nævnte Afvejelse forsaavidt kan siges at begynde allerede ved det første, fundamentale Spørgsmaal, som jeg ovenfor har betegnet ved a). *Jul. Lassen* udtaler sig, baade om det ovenfor under a) og under b) betegnede Spørgsmaal i alt væsenlig i Tilslutning til Goos, se *Jul Lassen* 243-46. Ogsaa *Fr. Stang* slutter sig i sin Bog: *Erstatningsansvar*, 1919, i det væsentlige til *Getz og Goos* i disse Spørgsmaal.

Torp slutter sig ligeledes i alt væsenligt til *Goos* paa dette Omraade. *Torp* tager imidlertid særlig det ovenfor under b) betegnede Spørgsmaal op til nærmere Undersøgelse; og han udformer den nævnte Teori om Interesseafvejningen nærmere i den ovenfor fremhævede almene Kollisionslære, hvorefter en Række særlige Retsregler, om Kollisioner mellem større og mindre Goder, f Eks om Nødret, Groshaveri, o l, kan opfattes som sporadiske Udslag af en almindelig Grundsætning om, at det er retmæssigt at ofre et forholdsvis mindre for et større Gode, hvilken Grundsætning efter *Torps* Opfattelse netop er Kernen i den almindelige Lære om Handlefriheden, bestemt efter den af *Getz og Goos* fremhævede Interesseafvejning, se *Torp* 244-56, 268-76.

Mod *Torps* Forsøg paa at opfatte Reglerne om Nødret o l som Udslag af en videregaaende Grundsætning, der som nævnt ganske almindelig skulde gælde Kollisioner i Retslivet mellem større og mindre Goder eller Interesser, har en Række Forfattere udtalt sig, se saaledes *Jul Lassen* I 263-64, *Bentzen* 109 Note I, *Hagerup* i *T f R* 1909, 330 ff, *Henry Ussing*: *Skyld og Skade*, 1914, 146-49, *Vinding Kruse* i *T f R* 1915, 289 ff, *E R* 220-21. Om Nødret se iøvrig *Ussing* *Erstatningsret* 57-58, *Krabbe* 128 ff.

Men dernæst er der idetheletaget rejst en Række Indvendinger mod Læren om, at Spørgsmaal om en Handlings Retmæssighed eller Retstridighed skal bestemmes af en Interesseafvejning. Hvis Interesseafvejningen skal opfattes konkret, altsaa saaledes, at den handlende i Handlingsøjemedet skal afveje, hvilke Goder og hvilke Skader hans Handling vil medføre, og vælge

fælles Grundsætning, og at Modstanderne ligesaa lidt som Læren selv har kunnet udskille disse forskellige Grupper og Erfaringer under de særlige Synspunkter, hvorunder de hører hjemme.

Det sker ofte i Videnskaben, at Forskere ved Undersøgelsen af et Problem alene faar fat paa en ganske bestemt Gruppe eller enkelte bestemte Grupper af Erfaringer eller Tilfælde fra det virkelige Liv; og da Fantasien til at forestille sig Tilfælde-Grupper ofte er meget begrænset, saa hænder det ret almindelig, at Forskerne bliver hængende ved disse enkelte bestemte Grupper og opbygger

den Handlemaade, ved hvilke Goderne opvejer Skaderne, saa ender Retstridighedslæren i et bonus pater familias' Skøn. Dette Skøn fremhæves ogsaa af Goos, Strafferet II 190-91 og af *Jul Lassen* I 245 som afgørende i mangfoldige Tilfælde. *Sjøgren* fremhæver nu heroverfor at »hele den objektive Retsorden herved synes reduceret til et eneste Retsbud: Handl som en bonus pater familias. Men med dette Bud kan der ikke gennemføres nogen virkelig Retsorden. Retsordningen kan ikke blive staaende ved, at man i hvert enkelt Tilfælde har at afveje Omstændighederne mod hverandre, men den maa opstille et *System af Regler, efter hvilke* disse Omstændigheder skulde bedømmes.« *Sjøgren*: Om Retstridighedens Former (1894) 137. — *Hagerup* udtaler, i *T f R* 1909, 331, at naar Nødretten — saavel som alle andre Regler om Grænsen mellem retmæssige og retstridige Handlinger — efter *Torp* skal være Udslag af en almindelig Interesseafvejning, hvorefter den mindre Interesse maa vige for den større — da ligger i Virkeligheden »den samme Afvejen i videre Forstand til Grund for den hele Retsorden. I sidste Instans hviler al Ret paa den Tanke, at det gælder at beskytte den Interesse, der har størst almen Betydning. Og netop fordi det Synspunkt, hvormed *Torp* opererer, har en saa stor Almindelighed, at de aller fleste Retsætninger direkte eller indirekte lader sig udlede af det, er dets Værdi som umiddelbart Grundlag for praktiske Afgørelser kun ringe og en Opereren med det uden Støtte af positive Detailregler nærmest farlig.« Denne Hagerups Indvending rammer i Virkeligheden ikke blot en konkret, men ogsaa en generel Interesseafvejning.

Ogsaa *Per Augdahl* rejser overfor Interessesafvejningslæren Kravet om faste Retsregler istedenfor en skønsmåssig Afvejning i de enkelte konkrete Tilfælde, se *Per Augdahl*: Ret og Retskrænkelse II ff.

I min Afhdl *T f R* 1915. 289-94 har jeg særlig fremhævet, at Interessekollisionerne i Livet ikke alene er Kollisioner mellem to Interesser eller Goder af samme Art, hvorfor en Afvejning af Goderne i større og mindre

deres Teori paa disse, idet de ubevidst generaliserer fra de Erfaringsgrupper, de en Gang har faaet fat paa, til en Opfattelse eller Teori, der skal omfatte hele det paagældende Omraade af Livet. Senere kommer der saa andre Forskere, der faar Øje paa enkelte andre Tilfælde-Grupper; og med disse i Tankerne maa de nødvendigvis mene, at den ældre Teori ikke passer, idet de ikke kan faa deres Erfaringsgrupper til at stemme med denne; og deraf opstaar saa en udførlig Kritik. Senere kommer der maaske andre Forskere, der faar Øje paa en tredje Gruppe af Erfaringer, som de hverken

ofte er umulig. *Lundstedt* har i Tilslutning hertil ogsaa fremhævet, at Interesseafvejningslæren ikke har gjort sig klart, *hvilke* Interesser der skulde vejes mod hinanden, TFR 1923. 75.

Ragnar Knoph har i sin Bog: »Hensiktens Betydning for Grænsen mellem Ret og Uret«, 1921, gjort Interesseafvejningslæren til Genstand for en indgaaende Kritik. Han fremhæver først, at det ikke er klart, om Interesseafvejningen skal være konkret eller abstrakt; i sidste Fald angaar Afvejningen den Nytte og Skade, som plejer at følge Handlinger af en vis Art, anf V 234. Det er nu formentlig Lærens Mening, at begge Slags Afvejning skal finde Sted, se *Jul Lassen* 245. Men i saa Fald kommer, som *Knoph* med Rette fremhæver, andre Hensyn frem til Afvejning mod hinanden end Hensynet til Retsgodernes Beskyttelse og Hensynet til Handlefriheden; her kommer ogsaa det retstekniske Hensyn frem, Hensynet til Retsreglernes Fasthed og Sikkerhed, alment set, *Knoph* 236-37. Endvidere indvender *Knoph*, at Læren om Interesseafvejningen kun tager Hensyn til Handlingen, det ydre, og ikke til det indre, *Motivet* til, *Hensigten* med Handlingen. Der findes nu Handlinger, hvis samfundsnyttige eller samfundskadelige Følger netop afhænger af, om de foretages i nyttig eller skadelig Hensigt. Overfor denne Art Handlinger slaar Interesseafvejningen ganske Klik, S 239. Iøvrig fremhæver han, at hvis Interesseafvejningen skal opfattes som en Retsregel, der i Livets Tilfælde skal afgøre Grænsen mellem Ret og Uret, opnaas der herved ganske vist en mægtig Forenkling, en Afløsning af utallige særlige Retsregler med en enkelt; men en saadan enkel Retsregel om fri Interesseafvejning vilde i Virkeligheden føre til anarkiske Tilstande; den vilde ganske mangle den Fasthed og Sikkerhed, som er en Livsbetingelse for et ordnet Samfund; den overser ganske det vægtige retstekniske Element i Juraen, 242-43. Men forøvrig ender Interesseafvejningslæren i et Moment, der synes at sprænge selve Læren. Naar Læren nemlig, som ovenfor nævnt, til syvende og sidst maa henvise Afvejningen af de modstridende

kan faa til at stemme med den ældre Teori eller med Kritikken af denne. Og ofte opstaar der herefter en omfattende Polemik, hvor der ingen Enighed kan naas, idet nogle taler i Øst — ud fra sin Erfarings-Gruppe, sine Tilfælde, der i sig selv er rigtige nok — og andre i Vest, ud fra sine Tilfælde-Grupper — der ogsaa er rigtige nok. Og man vil i saa Fald, efter min Opfattelse, aldrig naa noget Resultat af Striden, hvis man ikke rejser det grundlæggende nye Problem: hvilke Grupper af Erfaringer eller Tilfælde er det, de stridende Opfattelser hver for sig tænker paa, naar de kæmper mod

Goder og Hensyn i Livets mangfoldige varierende Tilfælde til *en bonus pater familias' Skøn* i den handlendes Stilling, saa er vi efter Knophs Opfattelse ikke længere helt indenfor Interesseafvejningens Omraade, ti dette Skøn er *Retsfølelsens Skøn*, og Retsfølelsen lader sig ikke fuldt analysere i en Interesseafvejning eller andre forstandsmæssige Begreber eller Overvejelser, *Knoph* 243-46. Følgelig maa man erkende, at Retsordenen ikke magter at give abstrakte Regler om Retmæssigheden eller Retstriden af alle de Millioner af Handlinger, som den er kaldet til at regulere og hvoraf ikke to er lige, 247. Retsordenen maa derfor vel ikke ved *alle* Handlinger — som *Sjögren* synes at forudsætte — men i *mange* Tilfælde falde tilbage paa *bonus pater familias-Skønnet* og dermed paa Retsfølelsen eller den almindelige Retsbevidsthed, 247-48.

Overfor disse sidste Betragtninger har *Torp* indvendt, at naar *Knoph* bebrejder Interesseafvejningen, at den som Grundsætning eller Regel mangler den Fasthed og Sikkerhed, som Retslivet ikke kan undvære, ser han ikke, at en Afgørelse af Grænsen mellem retmæssig og retstridig Handlen efter noget saa flygtigt, usikkert og subjektivt som Retsfølelsen ikke frembyder større Garanti for Fasthed og Sikkerhed for Retslivet end Interesseafvejningen, se *Torp* i *T f R* 1928. 281.

Nu skal det ganske vist indrømmes overfor Knophs Tankegang, at Retsfølelsen qua Instinktfænomen *faktisk psykologisk* er adskillig mere *sikker* i sin Sag, urokkelig i sin Afgørelse end en Interesseafvejning, der er en bevidst Forstandsrefleksion. I *denne* Henseende stod Forstandsrefleksioner altid tilbage for Instinkter. Men derfor er det ikke givet, at disse Afgørelser er bedre for Retslivet end førstnævntes. Og selvom *Knoph* har Ret i, at Retsfølelsen ofte instinktivt træffer det rigtige, uden at det altid er muligt fuldt forstandsmæssig at analysere og begrunde det, maa det dog være en Opgave for Retsvidenskaben saavidt muligt at begrunde Retsfølelsen med Forstandens pro et contra og korrigerende, lutre og rensende. Dette anerken-

hinanden? Saaledes er det, som jeg andetsteds har paavist, gaet i Besiddelselæren, se ER II 621 ff. Og saaledes er det ogsaa gaet i Retsbrudslæren.

De Grupper af Tilfælde, Læren om Interesseafvejningen har haft for Øje, er, saa vidt jeg kan se, to.

Den ene Gruppe er den store Mængde af det daglige Livs Handlinger, der vel rummer en minimal Fare for at kunne volde Ulykke under ganske særlige Omstændigheder, men som maa foretages, fordi Livet nu en Gang skal leves; hvor der handles, maa der en

der forøvrig *Knoph* selv fuldtud, og han erkender yderligere, at netop Interesseafvejningen — naar den tages i udvidet Forstand — i saa Henseende har ydet og kan yde meget, idet den peger paa Momenter, som bør være afgørende for Skønnet, 248.

Det, der derfor fremgaar af denne Drøftelse mellem Tilhængerne af Interesseafvejningslæren og Kritikerne af denne Lære, er da, saa vidt jeg formaar at se, at der, inden denne Strid kan afgøres, maa skaffes Klarhed over *dels*, hvad der *nærmere* ligger i dette *Begreb: Interesseafvejningen*, og *dels*, paa *hvilke Omraader* af Retslivet en Interesseafvejning i dennes eventuelle forskellige Betydninger er anvendelig, se ovenfor. Endelig maa der ogsaa skaffes Klarhed over, *paa hvilke Omraader* der kan antages at være særlig Anvendelse for det omtalte bonus paterfamilias' Skøn. Det er jo muligt, at Deltagerne i Debatten i Virkeligheden baade ved Interesseafvejningen og ved bonus paterfamilias'-Skønnet, uden at være sig det bevidst, har haft forskellige Omraader, forskellige Arter af Kollisioner for Øje.

Tysk Retsvidenskab har ikke opstillet nogen almindelig Grundsætning om Interesseafvejningen som bestemmende for Grænsen mellem retmæssige og uretmæssige Handlinger, og som afløsende alle Særregler, om Nødretskollisioner o.l.; og da man i Tyskland blev bekendt med den nordiske Lære herom, har man i Reglen taget Afstand derfra. Man nøjcs, som ovenfor berørt, med som Hovedregel at bestemme den retstridige Handling som en Handling, der adækvat har forårsaget en Skade paa et af den positive Ret anerkendt Retsgode, og fastslaar saa derefter, at selv saadanne Handlinger undertiden af særlige Grunde kan være retmæssige, saasom i Tilfælde af Nødret, Nødværge, berettiget Retshaandhævelse, den krænkedes Samtykke, Indgreb i Kraft af Forældremagt o.l. Disse Tilfælde fastslaas altsaa som Undtagelser; og man forsøger ikke af disse at udlede almindelige Grundsætninger, som Læren om Interesseafvejningen har forsøgt i Norden, se iøvrig om Modsætningen imellem tysk Retslitteraturs Opfattelse og nævnte

Gang imellem ogsaa spildes. At køre med Hest og Vogn, paa Cycle, ja selv det at færdes til Fods paa offentlige Gader og Veje, rummer en Fare for at volde Skade paa Medmenneskers Person eller Gods — foruden paa eget Liv og Gods. Og selvom saadan Skade som Følge af disse dagligdags Handlinger kun indtræffer i et minimumt Antal Tilfælde, viser Erfaringen dog altsaa, at Skaden, Katastrofen med Ødelæggelse af Menneskeliv eller af andre Værdier, nu og da bliver til raa Virkelighed; og dette sker undertiden selv-

nordiske Lære *Hagerup* i T f R 1909, 298 ff, 327-29, 333-34, og *Alf Ross*: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren, 1934, 347-52, 358-65. Om Synspunkter, beslægtede med Interesseafvejningslæren, i amerikansk Ret se *Popp-Madsen* 23 Note 16.

Der har ogsaa været rejst Kritik mod den almindelige nordiske Retsbrudslæres Retstridighedsbegreb, se navnlig *Lundstedt* i Principindledning, 1920, Til Frågan om Retten og Samhället, 1921, og T f R 1923 S 55 ff, og *Astrup Hoel*: Den moderne Retsmetode (1925) 128 ff, jfr ogsaa *Herman Scheel* i T f R 1927, 485-86, og *N. H. Bache* i T f R 1928, 291 ff, jfr U f R 1935, 233 ff. Imod *Lundstedts* Kritik se *Torp* i T f R 1928, 243-51. Som jeg i T f R 1915, 265 ff, har søgt at vise, er det formelle Retstridighedsbegreb uden Værdi. Og det Retstridighedsbegreb, der bygger paa Interesseafvejningen istedenfor at gaa ind i en nærmere Undersøgelse af de særlige Forhold paa de forskellige Omraader, kan heller ikke opretholdes, se ovenfor. M H t den nærmere Definition af Begrebet Retstridighed ser jeg iøvrig ikke rettere end, at vi her staar overfor et Hensigtsmæssighedsspørgsmaal. Det Begreb, der reelt rammer Kernen i de fleste (det største Flertal) af de Handlinger i Retslivet, som er imødegaaet af en eller anden Retshaandhævelse, maa være det rigtige.

Ordene *objektiv* og *subjektiv* tages i Forbindelse med *Begrebet Retstridighed* ofte i forskellige Betydninger. Undertiden menes der med Udtrykket, at Handlingen objektivt er retmæssig, dette, at Handlingen efter sin ydre Fremtræden i Omverdenen er retmæssig, og i saa Fald anses den *indre Hensigt* med eller *Motivet* til Handlingen for subjektiv (og at være irrelevant). Men undertiden tænkes der ved objektiv paa en *generel* Vurdering af Handlingen, i Modsætning til de indre *individuelle, abnorme* Egenskaber hos den Handlende, se om denne Forskel i Betydningen *Knoph* 44-45. Om en anden Forskel i Betydningen af disse Ord, se *Astrup Hoel* anf V 130. Naar man først er klar over, at Ordene subjektiv-objektiv i Retsvidenskabens paa dette Omraade ikke tages i naturvidenskabelig Betydning — ydre

om der ikke kan lægges noget Menneske noget til Last, hverken forsætligt eller uagtsomt. Naar Retsordenen alligevel tillader alle disse dagligdags Handlinger som paa Forhaand retmæssige, er det, fordi deres samfundsmæssige Nytte i Livets Milliontilfælde langt overstiger den Skade, de forvolder i et meget lille Promilleantal af Tilfælde. Dette kan man kalde en *abstrakt Interesseeafvejning*. Man afvejer her Hensynet til Handlefriheden mod Hensynet til Retsgodernes Beskyttelse og kommer i denne Gruppe Tilfælde til det

fysisk Begivenhed i Omverdenen — indre psykisk Fænomen, men at de begge her ligger indenfor det psykiske Omraade, og at objektiv om en Handlings Retmæssighed eller Retstridighed betegner en Egenskab ved Handlingen bedømt efter en generel, almenmenneskelig Vurdering, er det herefter Spørgsmaalet: om og i hvilket Omfang saadanne indre subjektive Fænomener som Motiv eller Hensigt, almindeligt Forsæt i Modsætning til Uagtsomhed, Sindsyge og andre Abnormiteter, skal have Betydning for Retsshaandhævelsen, naar der foreligger en objektiv retstridig eller retmæssig Handling.

Jeg kan ikke være enig med *Lundstedt*, naar han (i T f R 1923. 89) stiller Samfundsnyttens op mod »de i Menneskenaturen grundede Rettigheder«, ti Naturretten begrunder jo i Virkeligheden disse Rettigheder paa Samfundskontrakten, der var den Tids Nyttebegrundelse. Samfundskontrakten var — da den antoges at være afsluttet i alle Menneskers fælles Interesse — i Virkeligheden kun et andet Udtryk for Samfundsnyttens, naar den afklædes den historiske Fiktion. *Lundstedts* Kritik af *Jul Lassens* Tillidsteori ved Aftaler kan jeg ikke anse for afgørende, ti for Lassen er Beskyttelsen af Løftmodtagerens Tillid netop begrundet i Samhandlens Tarv, altsaa i Samfundsnyttens.

Idet *Lundstedt* angriber den hidtidige nordiske Retsbrudslære — som beroende paa Ret- og Pligt-Mystik og Skolastik — vil han selv begrunde Skadeserstatnings-Reglerne ud fra Samfundsnyttens og kommer herved til, at Skadeserstatning i vidt Omfang maa paalægges, hvor der ikke er culpa; og Præventionen er i mange Tilfælde Formaalet ogsaa for dette Erstatningsansvar, se T f R 1923. 85-88. Dette er forøvrig allerede tidligere fremhævet, se T f R 1915. 265 ff. Men naar den hidtidige nordiske Retsbrudslære begrunder sine Resultater paa en Hensyntagen dels til Borgernes Handlefrihed, dels til Godernes Beskyttelse, saa kan det ikke nægtes, at dette er Samfundsnyttebetragtninger, hvad man end iøvrig maatte have at indvende mod dem.

Resultat, at Hensynet til Handlefriheden langt overvejer Hensynet til Retsgodernes Beskyttelse, jfr *Goos* 2. 167-68, 190, II 1. 327 ff, *Jul Lassen* 243-45, *Torp* 252-55.

Den anden Gruppe af Tilfælde, Læren om Interesseafvejningen har haft for Øje, er de Tilfælde, hvor A tilføjer B's Person eller Ejendom en Skade, men saaledes, at han samtidig netop ved denne Skadetilføjelse afværger en langt større Skade paa B's Person eller Ejendom. Herhen hører de kendte Tilfælde: Lægens Amputation af Arm eller Ben for at redde Livet, Brandvæsenets eller andres Ødelæggelse af Indbo el for at redde selve Huset. Forøvrig omfatter denne Gruppe ikke blot Tilfælde, som de nysnævnte, hvor det ofrede og reddede Gode tilhører *samme* Person (a). Retsordenen tillader ogsaa lignende Indgreb, hvor de tilhører *forskellige* Personer (b), f Eks, hvor man i Ildebrandstilfælde forsætlig ødelægger A's mindre Ejendom for at redde et B tilhørende stort Bygningskompleks, eller hvor Lægen dræber Fostret for at redde Moderens Liv. Endelig tillades Indgrebet ogsaa, hvor *baade de ofrede og de reddede Værdier* tilhører *forskellige Personer*, eller hvor Skaden mulig nok rammer en enkelt eller enkelte, men hvor der i alle Tilfælde finder en *ligelig Fordeling* af Tabet Sted paa samtlige i Faren værende Værdiers Ejere (c); det typiske Tilfælde er her Gros-haveriet. Men hvilke Personer og hvorledes Skaden nu rammer, er alle disse Tilfælde *Nødretstilfælde, Interesseafvejningen* er i disse Tilfælde *konkret*, jfr *Goos* 2. 191-92, *Jul Lassen* 245, *Torp* 255.

Det er de ovenfor angivne to Grupper af Tilfælde fra det virkelige Liv, som er Erfaringsgrundlaget for Læren om Interesseafvejningen; og ud fra disse to Grupper har Læren ubevidst generaliseret til en ganske almindelig Grundsætning, der som ovenfor nævnt for Interessekollisioner paa alle Omraader bestemmer, at et Gode

Hvis man sammenholder de S 318 med de S 320 f o anførte Steder hos de der nævnte Forfattere, vil man se, at den abstrakte og den konkrete Interesseafvejning hos disse glider jævnt over i hinanden. Hos *Jul Lassen* skelnes der dog ret skarpt mellem dem, se anf V S 245.

eller en Interesse maa vige for et væsenlig større Gode, for en betydelig overvejende Interesse.

I Virkeligheden er denne Generalisering uberettiget. For det første kan der ikke sluttes fra den konkrete Interesseafvejning i *Nødretstilfælde* til en Interesseafvejning *udenfor* disse. Det ene Menneskes Interesse skal i Almindelighed ikke ofres for det andets, selvom dette — efter en materiel, økonomisk Maalestok — er nok saa mange Gange større end hint. Hvor ringe det ene Menneskes Gode end er overfor det andets efter Verdens Maalestok, er det dog maaske for ham den Fattiges eneste Lam. Hvad enten det drejer sig om Grundspekulanter, der hensynsløst i Strid med andres Servitutrettigheder bygger store Kaserne op og tror frit og ustraffet at kunne tilintetgøre de sjælelige Værdier, der ofte ligger bag Servitutter, eller det drejer sig om Industriledere, der opfører Fabrikker uden fjerneste Hensyntagen til de omboendes Ret, i alle Tilfælde bør efter min Opfattelse den modsatte Grundsætning af Interesseafvejningens hævdes og gennemføres med al fornøden Haardhed, hvor store materielle Værdier der end gaar tabt for Retsbryderne. Det er ikke nok at paalægge disse Erstatning; ti de skal netop *følelig* mærke, at ikke alt kan betales med Penge, at ikke alt kan købes, selv Retsordenens Gunst. Bygningerne i Strid med Servituttens maa nedrives, Fabriksvirksomheden i Strid med de omboendes Ret maa nedlægges. Naar der falder Domme i denne rigtige, kraftige Retning, er Retsbryderne som bekendt de første til at raabe paa »Samfundsværdier«, der spildes, »usocial Tankegang« o s v. De ser ikke, at de selv har sat sig udenfor ethvert Samfund ved hensynsløst at bryde dets Retsorden. De ser ikke, at naar der endelig skal tales om noget saa højt over dem og deres Sfære liggende som Samfundsværdier og social Opfattelse, da er den største af alle Samfundsværdier overhovedet — ikke nogle Millioner Kroner mere, eller nogle Fabriksanlæg flere — men simpelthen: Respekten for Næstens Ret.

Der er altsaa saa langt fra, at Læren om Interesseafvejningen er

rigtig som almindelig Grundsætning, at man tværtimod først maa undersøge, hvorledes *Interessekollisionerne* er opstaaet, og af *hvilken Art* de modstridende Interesser er, inden man overhovedet kan opstille Grundsætninger, end sige almindelige. Man maa, efter min Opfattelse, komme til højst forskellige Grundsætninger, eftersom Interessekollisionen er opstaaet paa den ene eller anden Maade og eftersom de kolliderende Interesser er af samme eller af forskellig Art.

A. *Kollisionen er fremkaldt af en af Kollisionens Parter.*

a. Dersom det er det ene Menneskes X's rent *private, økonomiske* Interesse, der kolliderer med et andet Menneskes Y's *private, ligeledes økonomiske* Interesse, og *Kollisionen er fremkaldt af det ene* af disse, f Eks af X selv, og *ikke* ved en *Begivenhed udefra*, skal Y's Interesse, som vist, *netop som Grundsætning ikke ofres* for X's Interesse, selvom denne Interesses økonomiske Værdi er mange Gange større end Værdien af Y's. Foruden det ovenfor anførte kan herfor yderligere anføres, at de enkelte Borgere skal have Ret til at leve i Fred for andre Borgeres Indblanding i og Indtrængen paa deres Ejendomsomraade; og gør disse andre Borgere det alligevel, maa de gøre det paa deres egen Regning og Risiko.

b. Dersom det angrebne Gode tilmed er af *ikke-økonomisk* Art, af sjælelig eller aandelig Art, som i ovennævnte Servituttilfælde, er det saa meget mere givet, at den angrebne Interesse, selvom den er økonomisk meget mindre end den angribende Interesse, ikke skal ofres for denne, men at tværtimod i disse Tilfælde denne langt større og stærkere økonomiske Interesse maa ofres for den mindre.

c. Hvis omvendt Angriberens Interesse er af sjælelig eller aandelig Art, og den angrebnes Interesse alene er økonomisk, maa det alligevel fastholdes, at intet Menneske skal finde sig i en Medborgers *private* Indgriben paa sit Ejendomsomraade, selvom denne Indgriben sker ud fra de højeste Værdier som Motiver. Ti over disse Værdier kan den ene Borgers Dom ikke tillægges større Be-

tydning end den andens. Hvis f Eks A mener, at man ved en Udhugning af en Lysning i B's Skov kan skabe en overordenlig smuk Udsigt over Havet, har A derfor ingensomhelst Ret til at foretage en saadan Udhugning, selvom en saadan Udsigt endog kunde have stor Interesse for Almenheden, ti en Ejer maa selv skønne over enhver Raaden over sin Ejendom, ogsaa i denne Henseende, og man kan ikke betro andre private at skønne over Værdien for Almenheden af en bestemt Raaden. En saadan Indgriben kan da idet hele kun tilstedes Samfundet og dets herhen hørende Myndigheder, Naturfredningsmyndigheden e l, enten i Form af Ekspropriation, mod Erstatning, eller ud fra almene Regler, der drager fælles Grænser for Ejendomsretten.

Naar jeg ovenfor har karakteriseret de nævnte Tilfælde, a-c, derved, at Angriberen *selv har fremkaldt Kollisionen* med Næstens Ret, tænkes herved naturligvis i første Række paa, at Angriberen *forsætlig* har fremkaldt Kollisionen. Men hermed maa, baade af almene retslige Grunde og af Hensyn til Bevisvanskeligheder, ligestilles, at Angriberen har udvist *grov Uagtsomhed* (jfr E R III 1130-31). Hvis f Eks en Villaservitut fremgaar af Tingbogen og Akten, skal den, der i Strid med Servitutten opfører en høj Bygning, naturligvis ikke kunne unddrage sig de retslige Følger, Nedrivning o l, ved at paastaa, at han har forsømt at efterse Tingbogen, ti det er grov Uagtsomhed at opføre høje Beboelsescjendomme i et Villakvarter uden at undersøge Servitutforholdene gennem Tingbogen.

Hvis den, der har fremkaldt Kollisionen, A, derimod *hverken var i ond Tro* eller har gjort sig *skyldig i grov Uagtsomhed*, er Afgørelsen mere tvivlsom. Der kan i *saadanne Tilfælde*, hvis den angrebnes, B's Gode er *rent økonomisk og meget væsenlig mindre* end Angriberens, være Grund til at ofre det økonomisk mindre Gode for det langt større. Hvis B's Gode derimod er af sjælelig eller aandelig Art, ses der ikke at være Grund til at ofre det for et rent materielt Gode i en Kollision, som B er ganske uden Skyld i.

Som særlige Tilfælde af de ovennævnte Kollisionsgrupper kan nævnes de Indgreb paa fremmed Ejendomsomraade, som *Frembringelse* (derunder Tilvækst) er. Naar A saaledes af B's Stof eller Ting frembringer en ny Ting eller bygger paa B's Grund, foreligger der jo en Kollision mellem A's og B's Gode, som A selv har fremkaldt. Som jeg andetsteds har søgt at paavise, gælder der i disse Interesse-kollisioner, ligesom i de ovennævnte Kollisioner med Servitutinteresser, at det *ikke i første Række er den største materielle Interesse*, der skal tages Hensyn til og for hvilke mindre økonomiske eller andre Interesser skal ofres, men at først og fremmest *de sjælelige Grundforhold*, som jeg har paavist, maa være Ledestjernen: *Respekten for Næstens Ret* og den angrebne og den angribende Interesses *Art*. Først naar disse Grundforhold er klaret, er der Grund til at tage Forskellen i Interessernes økonomiske Værdi i Betragtning. Fra to forskellige Omraader, og ved Undersøgelser uafhængige af hinanden, har saaledes de samme Grundsynspunkter faaet Erfaringsbekræftelse, se E R I 220-21, jfr T f R 1915, 289 ff, sml m E R II 404-31.

Hvis den, der frembringer en Løsøregenstand af et en Anden tilhørende Materiale, er i *ond Tro*, eller hvis den, der bygger paa en Andens Grund, er i *ond Tro*, er Frembringelsen og Bebyggelsen *retstridig*; og den Anden kan — hvad enten hans Interesse er af almindelig økonomisk eller af personlig sjælelig Art — i Reglen forlange Udskillelse af nævnte Genstand eller Bygningens Nedrivning og Fjernelse, selvom der derved *ødelægges store økonomiske Værdier for den frembringende og den byggende*, E R II 415-16, 420, 427. Kun hvor den frembragte Genstand har en *særlig aandelig Værdi* (navnlig ved Frembringelse af et Kunstværk), vil det efter Omstændighederne være rigtigt at nægte Udskillelse og give Frembringeren Ejendomsretten, E R II 427 og 429. Men Frembringelsen er ogsaa her *retstridig* og forpligter Frembringeren til Erstatning.

Hvis Udskillelse omvendt ikke kan ske uden væsenlig *Beskadigelse af det anvendte Materiale* eller den faste *Ejendom*, maa

Ejeren af Materialet eller af Ejendommen kunne modsætte sig Udskillelse; han faar Ejendomsretten til den frembragte Genstand eller til den bebyggede Ejendom; og den frembringende og byggende har intet Erstatningskrav i den Anledning, stadig forudsat, at han er i ond Tro, E R II 424, 428-29, 430-31.

2. Er Frembringeren og den byggende derimod i *god Tro*, og det anvendte Materiale eller Grunden *ikke* for Ejeren har *noget særlig personlig, sjælelig* Interesse, men kun en *almindelig økonomisk Værdi*, som en Handelsvare, og en Udskillelse vil medføre et *uforholdsmæssigt Værditab* i Forhold til Materialets eller Grundens Værdi for Ejeren, vil Udskillelse ikke kunne kræves, og den frembringende og den byggende bliver Ejer af den frembragte Genstand eller af Bygningen med Grunden; E R II 414-16, 420-21, 427-28; disse Synspunkter er nu ogsaa udtrykkelig fastslaaet i dansk Domspraksis, se UFR 1935, 686 H. Men Materialets og Grundens Ejer, som jo er uden Skyld i Kollisionen, kan kræve Erstatning for det økonomiske Tab, han har lidt ved, at Materialet eller Grunden er blevet berøvet ham, E R II 414, 415, 420-21, 430.

Hvis Bygningen er væsenlig *mindre værd* end Grunden, eller Bearbejdelsen er mindre væsenlig i Forhold til Materialets Værdi, vedbliver Grundens og Materialets Ejer at være Ejer af Grunden og Materialet. Den byggende eller frembringende har her kun en Borttagelsesret; og hvis dennes Udøvelse vil medføre uforholdsmæssig Skade paa Ejendommen (eller Materialet), maa den nægtes ham; og han har i saa Fald kun Krav paa den Værdiforhøjelse, Ejendommen (eller Materialet) har faaet, naar han er i god Tro. Hvis den byggende har købt Grunden og i Tillid hertil har opført den omspurgte Bygning, men Købet derefter hæves paa Grund af *Sælgerens* Misligholdelse, maa den byggende have Krav paa Erstatning for alle sine Bekostninger, E R II 424.

Hvis *Frembringeren* eller den byggende vel er i *god Tro*, men *Ejeren* af Materialet eller af Grunden har en *stærk sjælelig Interesse* i Løsøregenstanden eller Grunden i dens oprindelige Tilstand,

maa Ejeren formentlig ogsaa have Krav paa Tilbageførelse, selvom denne vil medføre et meget betydeligt Tab for Frembringeren eller den byggende. Men et vist Hensyn til Stofejers eller Grundejers Formueomstændigheder maa her tages i Betragtning og vil kunne føre til en vis Fordeling af Tabet, E R II 416, 420-21, 427.

B. *Kollisionen er ikke fremkaldt af Kollisionens Parter.*

Der opstaar undertiden Tilfælde i Livet, hvor to Interesser kolliderer, enten fordi udefra kommende Naturbegivenheder tvinger Mennesker ind i Kollisionen, c (Nødretstilfælde), eller fordi andre Mennesker end Kollisionens Parter ved mellemkommende Handlinger her foraarsager den, b, eller fordi Livet ikke kan tilfredsstille to forskelligartede Interesser, og Retsordenen derfor er nødt til at foretage et Valg mellem dem, hvorved den ene Interesse maa ofres, a.

a. Under denne Gruppe hører *Kollisioner* paa den *aandelige Ejendomsrets* Omraade. Her kan der slet ikke finde nogen Afvejning af to ensartede Interesser, en større og en mindre, Sted. Her maa der, som jeg andetsteds har søgt at vise, gælde den Grundsatning, at hvor en Forfatters og Kunstners *personlige, aandelige Interesser* kolliderer med Kreditors, Arvingers eller andre private økonomiske Interesser, maa disse sidste vige for de førstnævnte, se T f R 1907, 199 ff, 205-34, E R I 206-10.

b. Under Ejendommenes *Omsætning* i Samfundet opstaar der undertiden Konflikter, idet en Person, A, der ingen Ret har til en Løsørengstand eller en fast Ejendom, sælger den til en Anden, B, hvorefter den virkelig berettigede til Ejendommen, C, melder sig

En Kollision, der opstaar ved en Person, A's Bygning i Strid med Naboens B's Ret, kan fremkaldes dels ved, at A bygger paa B's Grund — de ovenfor S 322 a) behandlede Tilfælde —, og dels ved, at A bygger paa sin egen Grund, i Strid med B's Ret, navnlig en Servitut — det ovenfor S 321 behandlede Tilfælde.

og vil søge den tilbage fra B. Heller ikke i denne Gruppe Kollisioner kan der finde nogen Interesseafvejning af et større og mindre Gode Sted; og her kan Goderne endda i mange Tilfælde være af samme Art, saaledes at en Mulighed for Afvejning i *denne* Henseende er tilstede. Men Afvejningen er her udelukket af en anden Grund. C og B har jo nemlig her en *lige stor* økonomisk Interesse i den omtvistede Ejendom, nemlig denne Ejendoms Værdi i Handel og Vandel. Vægtskaalen staar i saa Henseende *ganske lige*; der er derfor overhovedet ingen Mulighed for nogen Afvejning af Værdier mod hinanden. Interesseafvejningsteorien maa give op, medmindre den tager sin Tilflugt til den salomoniske Doms Grundsatning: at dele det omtvistede Gode ligcover mellem B og C. En saadan Løsning har imidlertid intet Lands Retsorden gennemført, og med Rette, ti for det første er Ejendommen i de fleste Tilfælde aldeles ikke delelig, og et Salg med Deling af Købesummen i Reglen ikke i nogen Parts Interesse; og for det andet viser al Erfaring, at Løsningen maa være den, at Ejendommen helt og udelt tilfalder den ene af Parterne, enten B eller C, og ud fra *helt andre Momenter* end Interesseafvejningens.

Der maa, som jeg har søgt at vise, ogsaa her i første Række tages Hensyn til, hvad jeg ovenfor har kaldt *de sjælelige Grundforhold*: den *Maade*, hvorpaa C har *mistet* Ejendommen og den *Maade*, hvorpaa B har *erhvervet* den, endvidere B's *gode* eller *onde* *Tro*, og *Arten* af C's og B's *Interesse* i Ejendommen, se ER III 2. 1345-81.

1. Hvis C har *mistet* sin Løsøregenstand eller sin faste Ejendom ved *Falsk, Tyveri, voldelig Tvang* c l, altsaa paa en *Maade* hvor C er a) *uden Skyld* i Tabet, er den rette Regel sikkert den, der er hjemlet i dansk Ret baade ved fast Ejendom og Løsøre, nemlig, at Ejendommen fuldtud tilkendes C, TL § 27 og DL og NL 6-17-5. For denne Løsning taler i disse Tilfælde yderligere den Omstændighed, at Kollisionen her gælder b) en *individuel Ejendom*, hvori C *kan have* og meget ofte har en personlig, sjælelig eller aandelig

Interesse. Derimod burde B, hvis han har erhvervet Genstanden ved Omsætning i god Tro, have Erstatning for Genstandens økonomiske Værdi. Denne Erstatning faar B i dette Tilfælde ogsaa i dansk Ret ved fast Ejendom, nemlig af Statskassen, se T L §§ 27 og 31; men ved Løsøre burde han have Erstatning af C (Løsen), hvad han ikke har efter gældende dansk Ret.

Hvis Kollisionen derimod ikke drejer sig om en individuel Ejendom, altsaa hverken om Løsøre eller fast Ejendom, men om de *Værdipapirer*, vi kalder *Omsætningspapirer* (Obligationer, Aktier, Veksler, Pantebreve i fast Ejendom o l), taler paa den ene Side Hensynet til Tilliden og Sikkerheden i Omsætningen stærkt for netop ved disse Aktiver at beskytte den *godtroende* Erhverver B selv overfor den Ejer, der har mistet Omsætningspapiret ved Tyveri, Vold o l, naar vel at mærke B har erhvervet Papiret ifølge *Omsætning*, og ikke ved *Arv, Kreditorforfølgning* o l; og paa den anden Side er der ikke for Ejeren C til disse Aktiver knyttet personlige, sjælelige eller aandelige Interesser, der taler i modsat Retning. Den godtroende Omsætningserhvervelse er da ogsaa i disse Tilfælde Reglen i dansk Ret og i Folkenes Ret idethele.

2. Hvis Ejeren ikke har mistet Løsøretingen eller den faste Ejendom ved Falsk, voldelig Tvang, Tyveri e l, men ved *Svig, Bedrageri, Underslæb* o l, altsaa Tilfælde, hvor der, ialtfald oftest, kan lægges Ejeren til Last, at han har vist svigtende Erfaring og Menneskekundskab, løses Kollisionen ved fast Ejendom med Rette saaledes, at Erhververen af Ejendommen ifølge *Omsætning i god Tro* faar Retten til Ejendommen, og Ejerens Ret ekstingveres, T L § 27. Ved Løsøre er det formentlig efter Sagens Natur ogsaa det rette som Hovedregel i disse Tilfælde at give den godtroende Erhverver ifølge Omsætning Retten, men at anerkende Undtagelser herfra og altsaa give Ejeren Vindikationsret *dels* i Tilfælde, hvor Genstanden har en særlig, aandelig eller sjælelig, Værdi for ham, og *dels* i Tilfælde, hvor faste Inventargenstande af Betydning for

Erhvervsliv eller Familie overdrages med Ejendomsforbehold, eller hvor der iøvrig som Følge af Genstandens individuelle Beskaffenhed eller andre særlige Omstændigheder er Grund til at vise Forsigtighed eller Mistænksomhed. I førstnævnte Tilfælde, hvor Genstanden har en særlig personlig Værdi for Vindikanten, burde denne imidlertid give nævnte Erhverver Erstatning (Løsen).

Ogsaa den her, under 2, hævdede Løsning er (bortset fra Reglen om Erstatning til Erhververen) forenelig med de ledende Lovbestemmelser i dansk Ret paa dette Omraade, jfr D L 6-17-5, 5-7-4 og 5-8-12, Aftaleloven §§ 28-31, Kommissionsloven §§ 54 og 55, smh m Grundsætningen i T L § 27. Men i dansk Domspraksis er Stillingen endnu ikke afklaret.

c. Betragter vi endelig efter ovennævnte Række Kollisioner den Kollisionsgruppe, vi kalder *Nødreetskollisioner* i vid Forstand, maa det stærkt betones, at det *end ikke i denne Gruppe er Interesseafvejningen*, der i *første Række* er det *afgørende* Moment. Ogsaa her er det i Virkeligheden et *sjæleligt Grundforhold*, der først og fremmest giver den bestemmende Vurdering; og først *efter* denne Vurdering af den handlendes og Indgrebets Karakter, paa *Baggrund* af denne tilstedes der en *Interesseafvejning*. Dette Grundforhold, der hæver disse Kollisioner højt op over alle almindelige Interesseskollisioner, der fremkaldes af Mennesker for at ofre Næstens Goder, er, at Kollisionen er opstaaet i et *Nødstilfælde*, altsaa ved en *udefra* kommende Begivenhed, der med Vold truer et Godes Eksistens (1), hvor den handlende tvinges til at gribe ind, og hvor der følgelig *ikke* fra den handlendes Side foreligger nogen Art af *Mangel paa Respekt for Næstens Ret*. Under denne Sagernes Stilling er det ubetænkeligt af Retsordenen at tillade Borgerne at gribe aktivt ind og redde de Værdier, der staar paa Spil, og herfor at ofre Goder eller Interesser, der er af meget væsenlig ringere Værdi, hvilket forudsætter, at de to Værdier er *indbyrdes maaelige* (2). Det vil de navnlig være, hvis begge Interesser er af *økonomisk* Værdi.

Men det *kan* ogsaa ske i enkelte andre Tilfælde, saaledes som før berørt, hvor Morens Liv kan reddes ved at ofre Fostrets, hvor en Amputation kan redde Livet, o. l.

Den ovenfor fremhævede Række af Kollisionsgrupper (A-B) gør ikke Fordring paa at være udtømmende; men Undersøgelsen af dem viser ihvertfald, at Interesseafvejningsslæren ikke kan være rigtig som almindeligt Synspunkt. Denne Lære forudsætter i Virkeligheden for at kunne gennemføres to Ting. For det første forudsætter den, at de *Interesser*, der kolliderer, *enten* er af *samme Art*, — idet de begge er af materiel, økonomisk Art eller af fysiologisk Art (Livet ktr en Del, der amputeres) — *eller* af en saadan forskellig Art, at den ene ubetinget maa foretrækkes for den anden, nemlig rent økonomiske Goder overfor absolute Goder, som Liv og Helbred. Og dernæst forudsætter Interesseafvejningsslæren, at selve *Afvejningen alene*, isoleret set, er den alt afgørende Faktor. Som jeg ovenfor har søgt at vise gennem en Række Kollisionsgrupper, der utvivlsomt hører til de praktisk vigtigste, holder ingen af disse Lærens Forudsætninger Stik. Der opstaar for det første en Mængde Kollisioner, hvor de modstridende Interesser er af fundamental forskellig Art, hvor ingen indbyrdes Maalen er mulig; det gælder navnlig alle Kollisioner mellem Interesser af sjælelig eller aandelig Art paa den ene og økonomiske Interesser paa den anden Side. Men dernæst er *det selv*, hvor de kolliderende Interesser er af *samme Art*, selv hvor de begge er af materiel Art, *ikke Interesseafvejningen, men et sjæleligt Grundforhold: god eller ond Tro* hos den handlende i Kollisionen, eller i videre Forstand i alle Kollisioner: Respekt eller manglende Respekt for Andres Ret, der i *første Række* er det afgørende, medens Interesseafvejningen paa Baggrund heraf først kommer i anden Række. Afvejningen af Interesserne, Forskellen i deres Værdi, er, som vist, vel *ét af Momenterne* i Retsordenens Afgørelse, men kun *ét* blandt flere andre; og

blandt disse er det nævnte sjælelige Grundforhold vigtigere end alle andre Momenter.

Det nytter ikke Læren om Interesseafvejningen at gøre gældende, at naar aandelige og sjælelige Interesser maa foretrækkes i Kollisionen med økonomiske, viser dette atter blot, at de førstnævnte som det *større* Gode foretrækkes for de materielle Interesser som det mindre Gode, ti det Resultat, at de materielle Interesser maa ofres for de førstnævnte Interesser, naar man, som jeg andetsteds har søgt at paavise, ikke frem til ved nogen Afvejning af Interesser mod hinanden, ti *paa Forhaand* staar disse to væsensforskellige Arter af Interesser i Livets Tilfælde ganske *lige* for Retsordenen. Retsordenen maa *paa Forhaand* være ganske neutral overfor disse forskellige Interesser, uden forudfattede Meninger, idealistiske eller materialistiske. Kun *Erfaringerne* fra meget forskellige Omraader og alsidige Lovgiverovervejelser fører lidt efter lidt til 1) at tillægge en rent sjælelig Vurdering — god eller ond Tro — en over alle materielle Interesser herskende Betydning, og til 2) at give de aandelige og sjælelige Interesser Overvægten i Konflikterne med de økonomiske Interesser, jfr. ER I 97-140, 206-12, 241-51, 297-31, II 412-14, 416, 419-24, 426-30, 569-70, III 2, 1345 ff.

Disse Lovgiverovervejelser, baade almene og særlige, tekniske, af det virkelige Livs mange pro et contra vil det være ganske misvisende at kalde Interesse-Afvejning. Dette Ord har en naturlig Anvendelse i de Tilfælde, hvor to menneskelige Interesser kolliderer i Livets enkelte Tilfælde, og hvor disse Interesser er saaledes indbyrdes maalelige, at en Afvejning af dem mod hinanden kan finde Sted. Dette ses ogsaa af den Gruppe Tilfælde e, der ganske særlig var Interesseafvejningslærens Udgangspunkt, Nødretstilfældene. Men saasomt en saadan Afvejen afløses, som vist, i første Række, baade i disse og andre Tilfælde, af et rent sjæleligt Synspunkt: den handlendes karaktermæssige Kvalitet i Konflikten, og af Værdier, der overhovedet ikke kan vejes, maales mod andre, er Udtrykket Interesseafvejning ikke længer *paa sin Plads*.

C. *Dagliglivets sædvanlige Handlinger.*

I den Gruppe Tilfælde, som er Interesseafvejningslærens andet Erfaringsgrundlag, omfattede Interesseafvejningen (den saakaldte abstrakte) oprindelig, saa vidt ses, kun *de almindelige Tilfælde fra det daglige Liv*, f Eks fra Færdslen, hvor Sammenligningen mellem Interessen i Handlefriheden og Interessen i Retsgodernes Beskyttelse var ret simpel, jfr. *Goos* 2, 73-76, 166-68, 190.

D. *Handlinger i Erhvervsliv og offentligt Liv.*

Men senere medtages ogsaa Handlinger fra særlige Sider af Livet, som *Konkurrencehandlinger i Næringslivet, offentlig Kritik* o l, jfr *Jul Lassen*, 245 og *Torp* 253.

Man finder det fælles for den konkrete og den abstrakte Interesseafvejning ud fra følgende Tankegang: i Nødretstilfælde opvejes den *enkelte Handlings* Skade paa den ene Interesse eller Gode ved dens Nytte, dens Bevaren af det langt større Gode. Men paa en Række Omraader kan en Handlings Retmæssighed ikke bedømmes efter en isoleret Betragtning af dens konkrete Nytte og Farlighed, men maa bedømmes efter Nytten eller Skaden ved *hele den Klasse Handlinger*, hvortil den omspurgte konkrete Handling hører, jfr bla *Jul Lassen* 245-46, 255-56. De enkelte Handlinger i Færdslen, en Kørsel med Vogn, Jernbane e l, frembyder en vis Fare og bevirker undertiden Skade, men maa trods Farligheden paa Grund af den store Samfundsnytte af hele Klassen af de nævnte Færdselshandlinger paa Forhaand anerkendes som retmæssig. Paa samme Maade maa den enkelte Konkurrencehandling, selv om den skader eller maaske endog ruinerer Konkurrenten, i Almindelighed anerkendes som retmæssig som Følge af den store Samfundsnytte, hele Klassen af Konkurrencehandling, m a O den frie Konkurrence har.

Skal Bedømmelsen her karakteriseres i Interessesproget, kan man naturligvis i alle saadanne Tilfældegrupper godt sige, at Menneskene har en vis almindelig Interesse i Handlefrihed: til at færdes med Befordringsmidler, til at konkurrere, kritisere o s v, at heroverfor staar Interessen i Retsgodernes Bevaring mod de enkelte Færdsele- eller Konkurrencehandlingers Farlighed, og at denne sidste Interesse ved disse Handlinger alment opvejes af Interessen i Handlefriheden. Men hele denne saakaldte Interesseafvejelse indeholder dog faktisk kun ret almindelig holdte Betragtninger og siger i Virkeligheden, nærmere beset, ikke synderlig mere end, hvad der almindelig kan siges om Løsningen af alle Retsspørgsmaal: de maa løses ud fra en Afvejelse af en Række pro et contra, modstaaende Hensyn, hvoraf ganske almindelig set Hensynet til en vis menneskelig Handlefrihed og Hensynet til Godernes Beskyttelse kan fremhæves blandt de vigtigste. Men med denne Formel er man kun naaet meget lidt ind i Undersøgelsen. Og Formlen kan let forlede til den Tro, at Spørgsmaalet om de forskellige Handlingers Retsmæssighed eller Retstridighed paa de mange særlige Omraader kan klares med en Henvisning til saadanne almindelige Betragtninger, som Formlen angiver. I Virkeligheden forestaar herefter paa *de mange særlige Omraader* en dybtgaaende *Realitetsundersøgelse* og derpaa byggede Lovgiverovervejelser af *de enkelte særlige Omraaders, Færdseksomraadets, Næringsomraadets, Presseomraadets* o l's særlige Behov.

Om disse almene og tekniske Lovgiverovervejelser paa de forskellige særlige Omraader af Livet er Ordet Interesseafvejelse næppe noget naturligt Udtryk. Det synes naturligt kun at tale om Interesseafvejelse i de Tilfælde i Livet, hvor to bestemte, konkrete Interesser kolliderer med hinanden, som typisk i de ovenfor under A-B nævnte Tilfælde.

Men hvilken Sprogbrug man nu end vil anvende, er Resultatet af den foregaaende Undersøgelse dette, at hverken i den Gruppe Tilfælde, der karakteriseredes ved Udtrykket konkret Interesse-

afvejelse, eller i den Gruppe Tilfælde, der karakteriseredes ved Udtrykket abstrakt Interesseafvejelse, var det i første Række det, man hidtil har forstaaet ved denne Afvejelse, men derimod helt andre samfundsmæssige, deriblandt almene sjælelige Faktorer, der var de afgørende for Retsordenen ved Bestemmelsen af Grænsen mellem Ret og Uret.

Efter den ovenfor givne Gennemgang af de forskellige Tilfældegrupper, vil det formentlig klare sig, paa hvilke Omraader der bliver Anvendelse for den gode Borgers (bonus paterfamilias) Skøn. I de fleste af Livets Interesse-kollisioner, som de overfor under A og B anførte, er der, som jeg har paavist, ingen Brug for dette Skøn. Retsordenen kan ikke i Almindelighed overlade Retskonflikternes Løsning i Livet til et Skøn i de enkelte Tilfælde, selvom Skønnet udøves af en god og forstandig Borger. Selv til en Dommers Skøn kan Konfliktnes Løsning ikke i Almindelighed overlades. Retsordenen maa, som ovenfor under A-B vist, efter en alsidig, samfundsmæssig Overvejelse af de bærende Hensyn og retstekniske Betragtninger forordne *almene Grundsætninger*, hvorefter baade Borgerne og Dommerne skal afgøre de enkelte Kollisions-tilfælde. Hvor mange individuelle faktiske Omstændigheder og Hensyn der end gør sig gældende i Livets enkelte Tilfælde, kan Afgørelsen, hverken retslig eller moralsk, betros til noget saa vaklende og skrøbeligt som et Menneskes Skøn over, hvad der i det enkelte Tilfælde er rigtigt for ham og andre. Alene af den Grund, at der ikke i de konkrete Tilfælde er Tid til en alsidig og dybtgaaende Undersøgelse og Overvejelse, kan man ikke overlade Afgørelsen til Skønnet. Den rette Afgørelse kan i Virkeligheden kun findes ved en *videnskabelig*, indgaaende og omfattende Undersøgelse og Overvejelse, der tilsidst naar frem til en *samfundsmæssig Hovedvurdering*, der angiver *Retningslinjen*, for Afgørelsen, Dømmen over de modstridende Interesser i *alle til samme Gruppe* hørende *Enkeltkonflikter*, se ogsaa T f R 1907, 194-205.

Den gode Borgers *Skøn* horer i Retslivet, efter min Opfattelse, alene hjemme paa visse bestemte Omraader, nemlig: den rent *faktiske* Bedømmelse, navnlig af (a) den *konkrete Aarsagsammenhæng*, af den enkelte *Handlings Muligheder for Skade*, og (b) i *Nødretstilfælde* af de udsatte Goders indbyrdes *Værdi*. Hvorvidt man f Eks ved at bruge et Redskab, Fartøj, en Vogn, eller en Maskine paa en vis Maade, eller ved at færdes paa visse Steder, udsætter andre Menneskers Goder for Fare eller tilføjer dem en direkte Skade, det kan og maa Retsordenen betro til den gode og forstandige Borgers *Skøn* i *Handlingsøjeblikket*; og her er det rimeligt at lade Ansvar^{et} bestemme af dette *Skøn*, ti der gives her, da man maa tillade Borgerne i Almindelighed at handle, og da det drejer sig om det rent faktiske, en *Handlings Følger*, intet andet end dette *Skøn*, der kan være *Udgangspunktet* for Bedømmelsen i saa *Henseende*. Og i *Nødretstilfælde* er der endog, selv ved *Vurderingen* af de kolliderende Goder, ikke i Almindelighed *Tid* til nærmere at overveje, undersøge eller indhente andres *Mening*, før der handles. Ogsaa her er der derfor *Brug* for den Enkeltes, den handlendes *Skøn*.

Medens *Skønnet* vedrører det *faktiske*, angaar *Retsfølelsen*, den *retslige* Bedømmelse af *Stillingen*. Der maa ialtfald skarpt sondres mellem disse to Ting; og det synes naturligt at reservere Ordet *Skøn* for den rent faktiske Bedømmelse af *Livets Aarsagsammenhæng*. Men *vil* man bruge Ordet *Skøn* ogsaa om *Retsfølelsen*, kan man passende anvende sammensatte Ord som *Retskøn*; og under alle Omstændigheder bør man da være sig de forskellige *Betydninger* af Ordet bevidst. Ordet *Retstakt* anvendes forøvrig ogsaa her.

Men *Hovedsagen* er, at *Skønnet* og *Retsfølelsen* har hvert sit *Omraade*. *Retsfølelsen* er den *instinktive, øjeblikkelige, retslige Afgørelse* af alle menneskelige *Interessskonflikter* (jfr. eksempelvis A-B). *Retsfølelsen foregriber* den *retsvidenskabelige Løsning* af *Konflikten*, men kan ikke erstatte denne. Den *videnskabelige Afgørelse* er den *alsidige, samfundsmæssige, kølige Undersøgelse* og

Afgørelse af Konflikterne; den virker afklarende, rensende og idet hele retledende for Retsfølelsen; og denne tager ofte fejl, netop paa Grund af sin øjeblikkelige, instinktive Stillingtagen. Fælles for Skønnet og Retsfølelsen er den *hurtige*, helt eller delvis ureflekterede Afgørelse, som Livet ofte har Brug for, idet man ofte ikke kan afvente den videnskabelige, tekniske Undersøgelse, hverken af den faktiske Aarsagsammenhæng eller af de retslig afgørende Momenter, sjælelige, aandelige, økonomiske o l.

Af det anførte følger, at det beror paa en Forveksling og Uklarhed, naar man i Retsbrudslæren undertiden fremhæver den *gode og forstandige Borgers Skøn* eller Dom som afgørende for *de almindelige Grænser for Handlefriheden, altsaa ogsaa for, om Handlinger paa Næringslivets eller den offentlige Debats eller et lignende Omraade er retstridige eller ej* (C og D). Her kan i Virkeligheden hverken den gode og forstandige Borgers faktiske Skøn eller hans retslige Skøn, Retsfølelsen være vejledende. I Livets enkelte herhen hørende Tilfælde kan meget tale for og imod, f Eks for og imod en bestemt Boycothandlings eller Konkurrencehandlings Retstridighed; og den jævne, forstandige Borger vil her enten være vaklende eller lade sig lede af en ret subjektiv Retsfølelse, der ofte er temmelig tilfældig bestemt, af personlige Oplevelser eller Standsinteresser. Kun en omfattende videnskabelig Undersøgelse og Overvejelse af alle de større og mindre Samfundshensyn, der gør sig gældende paa de forskellige Omraader, kan her naa frem til den rette Afgørelse.

Den ovenfor fremhævede Overgang hos Forfatterne i Tanken fra en simpel konkret Interessesafvejning til Undersøgelser og Overvejelser af de største sociale Problemer sker paa en ejendommelig ubevidst Maade, se f Eks hos *Jul Lassen* 245-46, *Torp* 252-56, 268. Naar Torp og Jul Lassen saaledes her giver bonus pater familias Skønnet en Anvendelse paa langt vidre Omraader end overhovedet naturligt, og i Virkeligheden paa disse Omraader ved dette Skøn i bedste Fald maa tænke paa Retsfølelsen, er det forstaaeligt, at Knoph i sin Kritik af Torps og Lassens Lære om Interessesafvejningen behandler dette Skøn og Retsfølelsen som ét og samme Fænomen.

Man har m a O overvurderet den gode Borgers, bonus pater familias' Skøn og givet det Anvendelse paa Omraader, som dette Skøn slet ikke magter. Den gode Borgers Skøn kan bedømme den enkelte Handlings *konkrete* Farlighed eller konkrete Nytte trods dens Farlighed, altsaa, om det i et Nødretstilfælde er fornuftigt at ofre Skuret, hvori Kornet findes, for Kornet, og til at beslutte at lade Benet amputere for at redde Livet. Men man har ubevidst generaliseret denne konkrete Interesseafvejning til Anvendelse paa alle Omraader og tiltroet det Skøn, der kan bedømme Amputationer af Ben og Nedrivning af Skure, Evne til at løse de største og vanskeligste Samfundsproblemer, hvor Individets Handlefrihed kolliderer med sociale Hensyn paa en Række højst forskellige og højst sammensatte og vanskelige Omraader.

Kort sagt: Handlingens Retmæssighed eller Retstridighed skal alene Loven eller anden Retsregel fastslaa; det kan ikke overlades til den handlendes Skøn. Det, der kan overlades den handlende at afgøre ved sit Skøn, er derimod netop det, som selv en jævn Mand kan magte, nemlig at bedømme, om hans Handling med Rimelighed kan forudses at medføre den Skade, der i Forvejen af Loven eller anden Retsregel er fastslaaet som retstridig.

Sammenfatning.

Interesseafvejningslæren er et Eksempel paa en Teori, der er dannet paa et utilstrækkeligt Erfaringsgrundlag. Den har, som paa- vist, sit Grundlag i to, meget begrænsede Omraader: 1. Nødretskollisioner og 2. Dagliglivets almindelig tilladte Handlinger, der altid, f Eks i sædvanlig Færdsel, kan frembyde en vis, ringe Fare, som imidlertid ganske opvejes af Nytten af samtlige Handlinger. Gruppe 1 er Tilfælde af direkte Indgreb, virkelig indtrædende Ska- der. I Gruppe 2 er der kun Tale om en ubestemt, generel Fare. I Gruppe 1's Tilfælde er Retsordenen simpelthen *nødt* til at delegere sin Myndighed til at træffe Valget mellem de kolliderende Inter-

esser til Borgerne; Skaderne er i disse Tilfælde relativt sjældent indtrædende, og Interesserne er alle af økonomisk Art, altsaa indbyrdes let maalelige. Skaderne i Gruppe 2 er ogsaa overordenlig sjældne; og Retsordenen overlader her intet til Borgernes Skøn, men giver Borgerne Ret til at foretage en Række dagligdags Handlinger, f. Eks Færdselshandlinger (Gang, Kørsel med Bil, Hest og Vogn, Skib, Fly); og her som andetsteds overlader Retsordenen kun Borgerne det rent faktiske Skøn, om en bestemt Skade er forudseelig eller ej, men netop ikke Afgørelsen af Handlingens Retmæssighed eller Retstridighed, ti dette er paa Forhaand af Retsordenen generelt afgjort. Gruppe 1's Tilfælde er relativt saa sjældent indtrædende og tilmed af en saa særegen Art, at man overhovedet ikke herfra kan generalisere til Retmæssigheden af enhver Handling, hvorved Borgerne efter et Skøn ofrer et mindre Gode for et større. Og Gruppe 2 afgiver intetsomhelst Grundlag for en saadan almen Interesseafvejningslære.

Men denne Lære oversaa dernæst de store Erfaringsomraader fra de forskelligste Interesse-kollisioner, som jeg ovenfor har fremdraget under Tilfældegrupperne A og B; og disse Erfaringsomraader er, som paavist, det mest afgørende Bevis mod denne Lære.

Endelig rummer Læren en stor Fare, som ikke har staaet dens Tilhængere klart. Det er farligt at give den enkelte Borger Ret til i en Kollision mellem sin egen og andres Ret efter et Skøn at bestemme sin Handlefriheds Grænser, til at afveje, om det Gode, der under hans eget, som han vil bevare, ikke væsentlig opvejer det Gode, han vil ofre for det større Godes Skyld. Interesseafvejningslæren flytter Afgørelsen af Kollisioner mellem to eller flere Borgers Retsgoder, altsaa selve Retsafgørelserne fra Lovgiveren eller Dommeren til den Borger, der af en eller anden Grund er den handlende i Kollisionsøjeblikket, og mener at kunne betro ham Afvejelsen og Afgørelsen, idet man mener, at en betryggende Retningslinje er givet ham i Forholdet mellem de kolliderende Interessers Værdi. Men dette er, som paavist, netop ikke Tilfældet. Den.

der bygger ind paa en andens Grund, eller som paa sin egen Grund opfører Bygninger i Strid med Naboens Servitut, eller som anlægger en Storforsretning, der knuser en Mængde mindre Forsretninger og dertil knyttede Menneskeskæbner, vil altid kunne begrunde sin Handling som retmæssig ved Henvisningen til, at han samfundøkonomisk i alle Tilfælde frembringer et større Gode og ofrer et mindre, *hvis* økonomiske Interesser skal være afgørende og Afgørelsen alene skal bestaa i en Afvejning af disse mod hinanden. Men Jura er ikke Nationaløkonomi. For Nationaløkonomien er Maalet at frembringe saa store økonomiske Værdier som muligt. For Juraen er det afgørende derimod den Tanke, der, med en Omskrivning, ligger i det gamle Ord: hvad hjalp det et Samfund, om det vandt den ganske Verden af økonomiske Værdier og tog Skade paa sin Sjæl. Samfundets Sjæl er Retfærdighed. Og Retsordenens Afgørelse i Lovgivning og Retspraksis, af de mange Interessekonflikter mellem Mennesker viser klart, at det for Retten er ganske underordnet, om der gaar økonomiske Millionværdier tabt. Hovedsagen er, at Borgerne under Produktionen af Millionværdierne ikke skader Næsten, ikke krænker Næstens Ret. Sker dette, maa Retsbryderen følelig lide for sin Uret ved Ødelæggelsen af hans materielle Værdier, selvom det er Millionværdier. De sjælelige Vurderinger, god Tro og ond Tro, og Interessernes højere Karakter af aandelig eller sjælelig er for Retsordenen de afgørende i Konflikten, ikke derimod de økonomiske Værdier, selv de største.

Vi er herved naaet frem til det hidtil ukendte Moment i Bedømmelsen af en Handlingens Retmæssighed eller Retstridighed. Dette nye Moment vil jeg kalde det 5. Moment i Retstridighedsbegrebet, se nedenfor.

De ovenfor fremdragne Erfaringsomraader er: A og B, dvs Kollisioner paa Ejendomsrettens Omraade, hvad enten de er fremkaldt af Parterne selv — Konflikter i *Produktionen* (Frembringelse og Tilvækst) — af andre Mennesker — Konflikter i *Omsætningen* (Vindikation — Eksstinktion) — eller af udefra kommende *Natur-*

begivenheder eller *andre uafværgelige Sammenstød* — Nødrets-kollisioner, aandelige Interessers Kollision med økonomiske; og hertil kan, som ovenfor anført, føjes C. *Dagliglivets mange Handlinger*, der kun frembyder ringe Farer, og D: *Handlinger*, der skader Næsten paa *Erhvervslivets Omraade*, i det *offenlige Liv*, navnlig paa Presseomraadet. Endvidere kan tilføjes Handlinger paa Familieomraadet og paa Retshaandhævelsesomraadet, som Opdragelse, Straf o l.

Paa disse forskellige Livsomraader, A-D, har det vist sig, at det ikke er tilstrækkeligt at stemple en Handling som retstridig, at den 1. er Aarsag til en Skade, 2. at Skaden er forudseelig, 3. at den handlende er tilregnelig, og 4. at Handlingen skader et Retsgode. Der maa, som en ny Betingelse, 5. kræves, at Handlingen efter en samfundsmæssig Overvejelse af de sjælelige, aandelige og økonomiske Momenter paa de forskellige særlige Omraader, A-D, bør modvirkes af Retsordenen.

Denne nye, 5 Betingelse for Retstridigheden skal undersøges i det følgende Kapitel.

4 Kapitel.

DEN NY BETINGELSE FOR RETSTRIDIGHEDEN. LOVGIVERSYNSPUNKTER.

VED Bestemmelsen af Begreber som den retstridige Handling eller retslig Skyld og Udredningen af disse Begrebers enkelte Momenter er det, som vist, for Klarhedens Skyld vigtigt, at de *konkrete* Momenter — vedrørende den enkelte Handling og dens Skade — holdes for sig og holdes ude fra Momenter, der beror paa Lovgiverens *almene* Overvejelser og Synspunkter. Læren om Interesseafvejningen begaar den metodiske Fejl, at den i Forbindelse med det faktiske Moment i Retstridigheds- og Skyldbegrebet: om den paagældende konkrete Handling *kan forudses* at ville *medføre Skade*, lige herefter behandler det Moment, der kaldes Interesseafvejningen, som først uklart opfattes konkret, men som i Virkeligheden, naar den tænkes igennem tilbunds, viser sig at føre ud i de mest *almene samfundsmæssige* Overvejelser.

Ved de *konkrete* Betingelser tager vi da under Betingelse 2 (ovenfor S 293) fremtidig kun den Gruppe Handlinger, der er farlige, d v s som in concreto kan paaregnes, forudses at ville medføre Skade (Gruppe a, ovenfor S 311), medens den anden Gruppe Handlinger (Gruppe b, S 311), der vel er farlige eller medfører paaregnelig Skade, men som bliver retmæssige paa Grund af deres Nytte, den overvejende Interesse i deres Foretagelse, *udgaar*. Istedesfor maa der opstilles den ovenfor paaviste nye Betingelse 5, der ligesom Betingelse 4 (ovenfor S 293) — Godets Anerkendelse som Rets-

gode — ganske maa bero paa samfundsmæssige og retstekniske Overvejelser paa de forskellige Livsomraader.

Af disse Overvejelser fremgaar da, som ovenfor vist, for det første, at en Handling, der har medført en forudseelig Skade paa et Retsgode, alligevel kan blive retmæssig i en Række bestemt afgrænsede Tilfælde, nemlig: i de særprægede Undtagelsestilfælde, vi kalder Nødretstilfælde, endvidere i Tilfælde, hvor den krænkedes Samtykke til Skaden ved visse Retsgoder, eller hvor Forældres Indgriben i Børnenes ellers mod andre Mennesker beskyttede Retsgoder, eller hvor Myndighedens Indgriben i Retshaandhævelsesøjemed og ophæver Ansvarret, se ogsaa i tysk B G B § 823 og *Fischer og Henle* 446-47 ved Kommentaren til Ordet »widerrechtlich«.

Men dernæst er der en Række særlige Omraader, hvor en Handling, trods det, at den medfører en forudseelig Skade paa et anerkendt Retsgode, alligevel anses for retmæssig ud fra en Række særlige Grunde, der er ejendommelige for det enkelte Omraades Natur. Selvom et Gode er anerkendt og beskyttet af Samfundet som et Retsgode, og selvom en menneskelig Handling maa siges at være Aarsag i retslig Forstand til en Ødelæggelse eller Beskadigelse af Godet, er det ikke altid givet, at Retsordenen skal gribe ind. Forholdet er nemlig paa visse Omraader det, at fordi Retsordenen beskytter et Gode i én Retning, mod *én Gruppe skadegørende Handlinger*, er ikke dermed givet, at det ogsaa skal beskytte Godet *mod andre Grupper af skadegørende Handlinger*. Hvis en Storforretning, der er i Besiddelse af en betydelig Kapitalkraft, konkurrerer en mindre Forretning helt ud, saa at dennes Indehaver maa lukke, saa er det Gode, Storforretningen herved angriber og ødelægger, utvivlsomt et Gode, som Retsordenen ellers beskytter, — en Forretning med dens Søgning — altsaa et Retsgode; og der er heller ikke Tvivl om Aarsagsammenhængen; Storforretningens konkurrerende Handlinger har utvivlsomt foraarsaget den mindre Forretnings Ødelæggelse, ikke blot i almindelig Erkendelsesbetydning, men i den Betydning, som Retsordenen maa anerkende som

retslig afgørende. I et vist Omfang søger allerede den gældende Næringslovgivning at beskytte de mindre Forretninger overfor Stordriften og Kapitalen. Men ofte vil denne Beskyttelse ikke vise sig effektiv. I mange Tilfælde vil Retshaandhævelsen derfor *ikke under den nuværende Samfundsordning* kunne ramme Storforretningen, der iværksætter en økonomisk haardhændet Kappelstrid. Det er dog under den nuværende Ordning et vanskeligt Problem, om denne Kamp og Forfølgning ikke i nogle Tilfælde maa anses for retstridig, hvad jeg i anden Sammenhæng skal komme nærmere ind paa. Paa dette Sted kan derimod fremhæves, at hvis Storforretningen yderligere under Kampen har fremsat nedsættende Omtale af sin Konkurrent overfor dennes Kunder eller fremsat en i vide Krese spredt Boycotopfordring, vil Samfundet gribe ind heroverfor med Retshaandhævelse, navnlig med Erstatning, men undertiden ogsaa med Straf, jfr Konkurrenceloven § 10. Altsaa: et Gode kan være beskyttet af Samfundet i visse Retninger, mod visse skadegørende Handlinger, og ikke beskyttet mod andre Handlinger, selvom disse er noksaa skadende, ja ødelæggende for Godet.

Som fremhævet, hører de *to Spørgsmaal: om et Gode kan eller bør anerkendes som et Retsgode, og, om en skadegørende Handling efter sin Art kan eller bør rammes af Retsordenen* som Krænkelse af Godet, *nøje sammen som de to vigtigste Spørgsmaal i Lovgiverens samlede almene Overvejelse.* Foruden de ovenfor S 279-81 anførte Grupper af Tilfælde skal her til yderligere Belysning af, hvilke Goder der er Retsgoder, anføres andre Hovedtilfælde. Der maa her først nævnes den store Gruppe Tilfælde, hvor der vel er tilføjet et Menneske en Skade, idet en Person har været Aarsag til Ulystfølelser hos en Anden eller til Berøvelse af Lystfølelser hos denne, men hvor disse Følelser overhovedet ikke fortjener nogen Beskyttelse, hverken samfundsmæssig eller privat, idet de hører til de Lystfølelser, der nedbryder den paagældendes eller andres (eller begges) Helbred eller Velfærd (i nedarvet Sprogbrug kaldet umoralske). Ogsaa de fra saadanne Lystfølelser afledede

Goder maa nægtes Retsbeskyttelse (f Eks forretningsmæssigt Vederlag for umoralske Handlinger).

Endelig er der en Gruppe Tilfælde, hvor Godet i og for sig maa anses for moralsk berettiget, men hvor Samfundet ud fra alsidige Overvejelser maa anse det for uegnet til Beskyttelse ad Rettens Vej. Interessen i Ægteskabets Indgaaelse var i visse Tilfælde beskyttet i ældre dansk Ret efter Fr 5 Marts 1734, men blev berøvet denne Beskyttelse ved Ægteskabsloven af 30 Juni 1922. Fr 1734 gav en Kvinde, der efter forudgaaende, bevisligt Ægteskabsløfte havde faaet et Barn med den Mand, der havde afgivet Løftet, Ret til ad Rettens Vej at gennemtvinge et Ægteskab med samme. Efter Loven af 1922 er det herved beskyttede Gode fremtidig anset at falde udenfor Retsfæren.

Det maa da efter det anførte fastslaas, at baade *Godets Art* og *den skadegørende Handlinges Art* hører med blandt de Momenter, som Samfundet maa tage særlig i Betragtning i sine Overvejelser af, om det skal gribe ind med sin Retshaandhævelse overfor en Skadetilføjelse.

Der bør imidlertid, saavidt jeg kan se, jo højere Kulturtrin Samfundsudviklingen naar op til, i Retslivet være den Retningslinje paa de forskellige Omraader — Næringslivet, det offentlige Presseomraade e a — at man søger at inddrage *saa mange af Menneskers skadegørende Handlinger*, der har Skyldmomenterne 1) - 4) i sig, *under Retsordenens Tugt som muligt*, altsaa at beskytte Retsgoderne saa vidt mulig imod alle de Skader, som Mennesker er Skyld i, efter den rigtige, almenmenneskelige Maalestok, der er angivet ved Momenterne 1) - 4). Og naar det ikke lykkes Retsordenen at beskytte Menneskenes berettigede Goder mod alle de skadende Handlinger, som Mennesker er moralsk Skyld i, hænger det, efter min Opfattelse, ofte sammen med, at vi lever under en højst ufuldkommen Samfundsordning, der ogsaa paa en Række særlige Omraader viser sin Afmagt overfor en virkelig Løsning af de sociale og dermed sammenhængende retslige Enkeltproblemer. Dette gæl-

der saaledes baade paa Næringslivets, den offentlige Presses og adskillige andre vigtige Omraader.

Kun paa visse Omraader kan man sige, at en Handling, der opfylder alle Skyldbetingelser 1) - 4), alligevel ikke rummer moralsk og retslig Skyld. Dette gælder navnlig i Nødrets- og Nødværgetilfælde, i Tilfælde af Magtanvendelse i Opdragelses- eller Retsforfølgningsøjemed, og Tilfælde af den krænkedes Samtykke. — Det maa naturligvis iøvrig her som paa alle andre Omraader bemærkes, at Moralen og Retten i *enkelte Tilfælde* kan afvige fra hinanden i Bedømmelsen, idet f. Eks. selv en Magtanvendelse som den nævnte, der normalt vil have ogsaa moralsk Berettigelse, nu og da kan mangle denne.

Man kan da som Følge af det anførte indenfor Skyldbetingelse 5) sondre mellem to Grupper af Tilfælde, nemlig *dels a)* Tilfælde, hvor en Handling, der ellers opfylder Skyldbetingelserne 1) - 4), bliver retmæssig af *højere, sjælelige Grunde*, der normalt betager Handlingen dens moralske Skyldkarakter (Nødstilstand, Samtykke, Opdragelse, Retsforfølgning o.l.), *dels b)* Tilfælde, hvor en skadende Handling, med Momenterne 1) - 4), i og for sig burde rammes, men hvor det af retstekniske, praktiske Grunde ikke er muligt eller hensigtsmæssigt at ramme den med nogen Art af Retsforfølgning, og *dels endelig, c)* Tilfælde, hvor en Handling, der fortjente at rammes, *under den, nuværende Samfundsordning, indtil videre* maa behandles som *retmæssig*.

Enkelte af de vigtigste Momenter i Skyldbegrebet og den retstridige Handling trænger imidlertid til en yderligere Uddybning. Til Vejledning for Praxis og Lovgivning maa Fremtidens Retningslinjer findes; og disse Linjer maa, som jeg skal prøve at vise, søges i dybere Lag end hidtil sket.

a. Retsgodet.

Hvilke Goder Samfundet skal beskytte ved Retshaandhævelse mod Menneskers skadegørende Handlinger, er et af de vanskeligste Lovgivningsspørgsmaal, der findes; og man har i de forskellige Lande søgt at løse det paa højst forskellige Maader. Der er navnlig en fundamental Forskel imellem den Maade, hvorpaa fransk, schweizisk, nordisk og tildels angelsaksisk Ret har løst dette Problem, og den Maade, hvorpaa tysk Ret har løst det. De førstnævnte Retsforfatninger har nemlig, taget i det hele og store, en *almindelig Erstatningsregel*. Code civil Art 1382 og 1383 og den Schweiziske Obligationsret Art 41 udtaler saaledes, i Korthed, som almen Grundsatning, at enhver, der har tilføjet en Anden en Skade og er Skyld heri, ved Forsæt eller Uagtsomhed, er pligtig at erstatte Skaden. Ved denne almindelig holdte Regel og navnlig ved det omfattende Ord: Skade (dommage, Schade) er det muligt i vidt Omfang at beskytte alle Goder, der samfundsmæssig fortjener Retsbeskyttelse og egner sig dertil, uden at de enkelte Goder behøver at være i Forvejen omtalt eller reguleret af Lovgivningen. Dette har navnlig haft stor Betydning i Erhvervslivet, hvor uheldige Former for Erhvervskampe, illoyalt Kapvirke, Boycotting og bør undergives Erstatningsansvaret, og hvor Domstolene i Kraft af den almindelig holdte Erstatningsregel har haft en ret stor Frihed til at modarbejde disse skadegørende Handlinger. Men det samme har været Tilfældet i nordisk Ret, hvor den almindelige Erstatningsregel vel ikke er hjemlet i Lovgivningen, men hvor den har banet sig Vej i Retspraksis ud fra Sagens Natur.

I tysk Ret er den almindelige Erstatningsregel derimod ikke

Der findes ikke noget internationalt Fremmedord for det, vi hidtil har kaldt »Konkurrence« i dansk Sprogbrug. I engelsk Sprog hedder det: competition, i tysk Wettbewerb, i fransk concurrence. Under disse Forhold er der Grund til at danne et nationalt, fælles nordisk Ord; og jeg tillader mig hertil at foreslaa Ordet: Kapvirke, med deraf afledede Ordformer, fEks kapvirkende i Modsætning til samvirkende Foretagender eller Personer.

anerkendt, hverken i Lovgivning eller Retspraksis. B G B udtaler saaledes — i Modsætning til Code civil og den nævnte schweiziske Lovbog — intetsteds denne Regel. Og Domstolene har derfor ikke Frihed til at inddrage under Retsbeskyttelsen alle Goder, der naturlig egner sig dertil. B G B indrømmer først og fremmest *kun Erstatning for Krænkelser af den bestemte Række Retsgoder, der opregnes i § 823, 1 Stk.* — »Liv, Legeme, Sundhed, Frihed, Ejendom eller anden Ret« — eller af den bestemte Slags Love, der omtales i § 823, 2 Stk. Udenfor denne Kres hjemles der dernæst som et Slags Tillæg Erstatning i de enkelte, ganske særlige Tilfælde i §§ 824 og 825.

Disse Regler rækker vel tilsammen over et meget stort Omraade; men de er dog alle lutter Særregler; en almindelig Erstatningsregel indeholder ingen af dem. Lovbogens Forfattere var da ogsaa klar over, at der udenfor den Kres af Tilfælde, som rammes af §§ 823-25, meget vel kunde tænkes at opstaa Tilfælde, hvor det vilde være haardt og ubilligt at nægte et Erstatningskrav. Men istedenfor nu heraf at drage den Lære, at alle Særregler, hvordan de end affattedes, dog ikke kunde gøre Fyldest, og at den eneste rigtige Løsning derfor vilde være at indføre den almindelige Erstatningsregel, ønskede man helt at undgaa denne og søgte derfor ogsaa for de udenfor §§ 823-825 faldende Tilfælde at give en Særregel. Da man imidlertid — naturligvis — ikke var istand til at danne sig et klart Begreb om, hvilke eller hvor talrige de Tilfælde var, i hvilke der vilde vise sig Trang til et Erstatningskrav udenfor §§ 823-825, blev man nødt til i den hertil givne Bestemmelse, § 826 at give Domstolene *en ganske almindelig holdt Fuldmagt til efter et ret vilkaarligt Skøn at indrømme Erstatning* for forsætlige Handlinger, naar disse maatte anses for stridende mod »gode Sæder«. Men herved kom man i Virkeligheden til at gaa langt udenfor det Omraade, den almindelige Erstatningsregel rammer.

Men idet §§ 823-826 saaledes trækker Grænsen for det retstridige snart snevrere, snart videre end den almindelige Erstatnings-

regel, er der fremkommet en ret utilfredsstillende Retstilstand. § 823 har fremkaldt en Mængde Tvivl og Strid om den rette Afgrænsning af den Kres af Rettigheder, Paragraffen omfatter; men al denne Strid har reelt været ret ufrugtbar.

Der er ingen Grund til paa dette Sted at fordybe sig i alle de Fortolkningstvivil, som § 823 har givet Anledning til. Her skal kun fremhæves nogle Hovedpunkter.

Det Udtryk, der som det mest omfattende maatte være bedst egnet til at beskytte alle rimelige Krav ved Erstatning, er Udtrykket »anden Ret« — »sonstiges Recht« — i § 823, 1 Stk. Dette Udtryk kan i og for sig godt omfatte alle mulige Rettigheder, enhver retslig beskyttet Interesse. I saa vid en Betydning kan det imidlertid ikke være taget i § 823, 1 Stk, ti i saa Fald vilde § 823, 2 Stk komme til at staa som ret overflødig, idet 1 Stk da i vidt Omfang vilde ramme de samme Handlinger, som 2 Stk; og dette kan umulig have været Lovens Mening. Det kan ogsaa her fremhæves, at hvis man valgte denne vide Forstaaelse af »sonstiges Recht«, vilde § 823, 1 Stk stærkt nærme sig den almindelige Erstatningsregel, som det netop var Meningen at undgaa.

Et Omraade, hvor der ganske særlig trænges til Beskyttelse gennem en almindelig Erstatningsregel, er *Kampene i Nutidens Erhvervsliv*; navnlig trænges der til Beskyttelse mod *uhæderligt Kapvirke* (unfair competition, unlauterer Wettbewerb, concurrence déloyale), og mod de forskellige Former af den personlige og økonomiske Forfølgning, der gaar under Navn af *Boycot*, og som navnlig de moderne Erhvervsorganisationer iværksætter overfor udenforstaaende og overfor hinanden indbyrdes. Ogsaa i tysk Ret har man stærkt følt Trang til en Retsbeskyttelse paa disse Omraader, ogsaa gennem Retsmidlet Erstatning. Og man har da ogsaa i denne Forbindelse rejst det Spørgsmaal, om man ikke under Udtrykket »sonstiges Recht« i § 823, 1 Stk kunde indbefatte en »almindelige Personlighedsret« (ein allgemeines Persönlichkeitsrecht). Denne Ret er imidlertid et ret uklart Begreb; og det er idetheletaget

ikke lykkedes at trænge tilbunds i det Problem, hvad det egentlig er for et særligt Retsgode, som saadanne Handlinger som Boycot, uhæderligt Kapvirke o l krænker. Man kan kun sige, at saadanne Handlinger krænker en vis Side af en almindelig Personligheds Ret, nemlig Personlighedens Ret til Frihed i Udøvelsen af sit Arbejde, Erhverv o l. Men man forstaar godt, at Fortolkningen og Retspraksis om »sonstiges Recht« i § 823, 1 Stk er vejet tilbage for at indbefatte saa abstrakte og ubestemte Rettighedsbegreber under dette Udtryk. Domstolene, med Reichsgericht i Spidsen har idethele afvist den almindelige Personlighedsret og indskrænket Kresen af de Rettigheder, der beskyttes efter denne Bestemmelse, til de *Privatrettigheder, der allerede i Forvejen er positivt anerkendt i den øvrige Lovgivning*. Ud fra dette Synspunkt kan da en Ret til fri Udnyttelse af sin Arbejdskraft eller til Frihed i Arbejde eller til fri, uforstyrret Erhvervsvirksomhed kun anerkendes i de Tilfælde, hvor Adgangen til en bestemt Næring eller et bestemt Erhverv er *reguleret ved særlige positive Forskrifter i den øvrige Lovgivning*.

Ved dette Standpunkt har Retspraksis ganske vist vundet et sikkert Fodfæste; men det er paa den anden Side, som man vil se, et rent *formelt*, positivt legalt Kriterium, man har valgt til Ledestjerne, istedenfor at give en *selvstændig Realitetsundersøgelse af*, hvor der i Erhvervslivet virkelig er praktisk Trang til en Erstatningsbeskyttelse. Og det formelle, legale Standpunkt har da ogsaa ført til højst besynderlige Resultater, set fra det praktiske Livs Behov. Reichsgericht har nemlig ud fra det omtalte formelle positive Kriterium statueret, at da en Læges Erhverv ikke i Almindelighed er et Erhverv i den gældende Næringsordnings, Gew. O.s Forstand, idet dennes Forskrifter som Regel ikke finder Anvendelse paa Lægegerningen, jfr Gew. O. § 6, er denne følgelig heller ikke i Almindelighed beskyttet efter BGB § 823. Da derfor en Lægeforening havde forbudt sine Medlemmer at have kollegial Forbindelse med en vis Læge, der ikke hørte til Foreningen, saaledes, at de hverken maatte overtage hans Praksis, naar han var borte, eller

deltage i nogen fælles Konsultation med ham, statueredes det, at denne Boycotting ikke i Almindelighed var retstridig efter § 823, Dom af Reichsgericht i 1902, anf i J. W. 1902 B 228. Nu findes der imidlertid i Gew. O. *undtagelsesvis* enkelte Forskrifter ogsaa om Lægevirkosomhed; og blandt disse findes der en Regel, nemlig i § 30, der siger, at den, der opretter Privatsygeanstalter, Fødehjem o.l., behøver en særlig Koncession af de højere Forvaltningsmyndigheder. I dette Tilfælde finder Reichsgericht da (i Tilknytning til en tidligere preussisk Forvaltningsafgørelse), at Lægegeringen ogsaa maa være beskyttet efter § 823; og den højere Visdom heri finder den gemt i den ejendommelige Betragtning, at Lægevirkosomheden i § 30's Tilfælde ved at have givet sig Udslag i egenlig Privatsygeanstalt med særlige Værelser og *Indretninger* til Sygepleje har faaet en bestemt »*Legemliggørelse*«. Naar altsaa en Læges Erhverv har faaet en saadan Legemliggørelse, »*gegenständliche Verkörperung*«, nyder han Beskyttelse efter § 823 imod den omtalte Boycotting fra sine Fagfællers Side, ellers ikke. Uden altsaa i mindste Maade at indlade sig paa en selvstændig, reel Undersøgelse af, om de Grunde, der har ført til den positive Regulering i § 30, nu ogsaa har det ringeste at gøre med de Grunde, der fører til Beskyttelse mod Boycotting, tager Reichsgericht altsaa her i sin Søgning paa dette usikre Omraade efter et fast »positivt«
Stade sit Udgangspunkt i en skjult Dybsindighed i § 30, som Lovgiveren til denne Paragraf sikkert selv vilde være den mest forbavsede over at finde.

Dette vellykkede Eksempel paa en konstruktiv-dogmatisk Me-

Se foruden den omtalte Dom ogsaa følgende Reichsgerichtsdomme: R G Bd 51 S 373-74 af 1902; Bd 58 S 29-30, 1904 (»*gegenständliche Verkörperung*«); Bd 64 S 157, 1906 (»*verkörpertem Gewerbebetrieb*«), (»*Räumen und Einrichtungen*«); Bd 64 S 52 ff, 1906 (»*ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Gewerbes*«); Bd 73 S 107 ff, 1910. — Hvorvidt Praksis ved Siden af Fordringen om Legemliggørelse tillige vil kræve, at den paagældende Næring er reguleret ved særlige positive Forskrifter i den øvrige Lovgivning, eller om den idetheletaget paa det næ-

tode, har endog paavirket den juridiske Tankegang saa stærkt, at senere Domspraksis afgjort har bestemt sig for at gøre det til et almindeligt ledende Synspunkt, altsaa ikke blot indenfor Lægeerhvervet, men for alle Arter af Næringsvirksomhed. Ifølge en hel Række Domme — baade indenfor og udenfor Arbejdsstridigheder — kan dette Synspunkt udtrykkes saaledes, at en Næringsvirksomhed hører til de efter § 823, 1 Stk beskyttede Retsgoder og er følgende beskyttet mod Boycotting, naar Virksomheden er selvstændig indrettet og udøvet, hvilket kræver en bestemt Legemliggørelse.

At hele denne Fordring om Legemliggørelse praktisk set er ganske uholdbar, er formentlig indlysende. Ti 1) hvor er Grænsen mellem, om en Virksomhed kan siges at være »legemliggjort« eller ikke? Hvor mange Værelser og Indretninger, eller Kontorlokaler og Inventar skal der kræves? Men 2) selvom det var muligt at drage en retsteknisk sikker Grænse, hvorfor skal saa den større, mere omfangsrige Bedrift her beskyttes mere end den mindre? Og hvis nu en Virksomhed tilfældig ikke kræver nogen Art af særlige Indretninger, ikke til sin Udøvelse behøver nogen Art Legemliggørelse, hvorfor skal den da ikke beskyttes, naar den dog er den paagældendes hele Eksistens?

Vi synes da som Resultat af vor Undersøgelse af § 823, 1 Stk og dens Forhold til andre Bestemmelser at turde fastslaa, at tysk Rets Lovgivning paa dette Omraade, dens Forsøg paa istedenfor den almindelige Erstatningsregel at indføre særlige, opregnende positive Paragraffer maa anses for uheldigt.

ringsretlige Omraade vil blive staaende ved den nævnte Fordring, synes noget tvivlsomt. Men den sidste Opfattelse er dog efter Udtrykkene i de anførte Domme den sandsynligste. Se idethele om Fortolkningen af § 823 *Plancks* og *Staudingers* Kommentarer ved § 823 og *Fisher* og *Hentle* 446.

Heller ikke B G B § 823, 2 Stk og § 824 giver i Almindelighed nogen synderlig Beskyttelse mod Boycotting, uhæderligt Kapvirke e l, se herom min Afhdl Organisationer 316-17, jfr ogsaa *Plancks* Kommentar til disse Lovbestemmelser og *Fisher* og *Hentle* 449-52. Kun undtagelsesvis vil disse Handlinger kunne rammes af disse Bestemmelser.

Naar et Gode ikke falder ind under de i Forvejen i tysk Lovgivning anerkendte Retsgoder og følgelig efter § 823 ikke kan beskyttes mod skadegørende Handlinger ved Erstatning, har de tyske Domstole dog, som før nævnt, efter § 826 en vis Beføjelse til ogsaa udenfor denne Kres af anerkendte Retsgoder at give Erstatning, naar en Person forsætlig tilføjer en anden Skade paa en mod gode Sæder stødende Maade. Denne Bestemmelse er forsaavidt uheldig, som den ikke giver Domstolene nogen virkelig Vejledning, men henviser dem til at give Erstatning efter deres eget, ret frie moralske Skøn, medens den almindelige Erstatningsregel bygger paa bestemte retsvidenskabelige Undersøgelser om Goder, der fortjener Retsbeskyttelse, og Handlinger, der af Hensyn hertil bør modvirkes, og herigennem kan sondre mellem forskellige Grupper af Tilfælde efter almene Grunde, til reel Vejledning for Domstolene. Domstolene har da her selv maattet famle sig frem ved Skøn i de enkelte konkrete Tilfælde; men det tjener i høj Grad til Ære for de tyske Domstole, at de trods den manglende Vejledning i det hele og store har fundet frem til Resultater, der maa anses for retfærdige og rimelige. Dette gælder navnlig overfor de skadegørende Handlinger i det moderne Erhvervslivs Kampe. Saaledes har tysk Retspraksis om Boycotten i Forretningslivet og i Arbejdskampen naaet til Afgørelser, som, selvom de paa enkelte Punkter afviger fra Domsafgørelserne i Lande med den almindelige Erstatningsregel, dog i det hele og store, ligesom disse Afgørelser, har formaaget at holde Boycotten som Kampmiddel indenfor visse Grænser. Overfor de illoyale Former for Kapvirke i Forretningslivet forstod de tyske Domstole at anvende § 826 saaledes, at den indenfor et vist Omraade erstattede det generelle Forbud mod disse Former (Generalklausulen), som savnedes i den ældre tyske Lov mod unlauterer

Om tysk Retspraksis ved Boycotting se min Afhdl Organisationer 317-31, og ER III 1. 764. Om Retspraksis ved BGB § 826 og ved Lovene om unlauterer Wettbewerb se *Adolf Lobe: Die Entwicklung des Schutzes gegen unlauterer Wettbewerb nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1931.*

Wettbewerb af 27 Maj 1896. Men da det alligevel i Længden viste sig, at § 826 ikke kunde ramme enhver Art af disse utilladelige Handlinger, indførte den senere Lov om unlauterer Wettbewerb af 7 Juni 1909 det generelle Forbud.

I nordisk Ret, hvor den almindelige Erstatningsregel er anerkendt, maa der formentlig om Spørgsmaalet, hvilke Goder der er Retsgoder, gælde den naturlige Grundsætning, at *ethvert Gode, der samfundsmæssig fortjener Retsbeskyttelse og som praktisk egner sig til at være retsbeskyttet, maa anerkendes som Ret, selvom denne Ret ikke er omtalt i Lovgivningen*, altsaa det modsatte Standpunkt af det, tysk Ret som ovenfor vist, indtager. Domstolene har hos os, naar Lovgivningen tier, Frihed til at afgøre, om et vist Gode, en vis Interesse bør være retsbeskyttet, altsaa anerkendes som en Ret; der er her givet Mulighed for en rig Udvikling, for at inddrage under Retsbeskyttelsen nye Goder, selvom der endnu ikke har dannet sig et Navn for dem, og for Goder, som man vel ogsaa tidligere kendte, men som man ikke hidtil tænkte sig Muligheden af at give Retsbeskyttelse. Dette den nordiske Rets Standpunkt turde være det rette efter Sagens Natur.

Man sonderer ofte mellem Integritetskrænkelser og andre Krænkelser; og ved Integritetskrænkelser forstaar man almindelig Krænkelser af to bestemte Retsgoder, det menneskelige *Legeme* og *Tingene*; og det tilføjes, at Krænkelsen af en Persons Legeme og Ting maa ske ved *fysiske* Midler. Naar man særlig fremhæver denne

Jul Lassen fremhæver med Føje den store Frihed, Domstolene har hos os til at beskytte flere og flere Goder som Rettigheder, selvom de ikke er nævnt i Lovgivningen, og nævner med Rette som en vigtig Betingelse, for, at Godet kan blive anerkendt som Retsgode, at det skal egne sig til at blive retsbeskyttet. Efter *Goos* fremhæver han som en anden Betingelse, at Godet skal være et *sædeligt* Gode, *Jul Lassen* I 246, *Goos* I 151. Dette er imidlertid en ret ubestemt Betingelse. Det gælder om ogsaa her at angive, hvad man mener med Ordet: sædelig. Saa vidt jeg kan se, ligger der uklart heri den Betingelse, at Godet skal være et saadant, som *samfundsmæssig* d v s ud fra rigtige samfundsmæssige Overvejelser *fortjener Retsbeskyttelse*.

Sondring mellem Integritetskrænkelser paa den ene Side og andre Krænkelser paa den anden Side, er det fordi man mener, at der er en vis Forskel i Ansvarsgrundlaget ved disse to Grupper af Tilfælde; Ansvarsgrundlaget formenes at være bredere ved Integritetskrænkelser end ved skadegørende Handlinger udenfor disse. Det hævdes, at Ansvarsreglernes Værn i adskillige Tilfælde udenfor Integritetskrænkelser rækker mindre vidt end ved Integritetskrænkelser, se *Henry Ussing Erstatningsret* 39 ff, jfr S 26 ff. Heri kan jeg ikke være enig. Naar man ved disse to Grupper paa Forhaand fra Begrebet Integritetskrænkelser, altsaa Skade paa en Persons Legeme og Ting, udelukker Skade ved ikke-fysiske Midler, og derefter sammenligner den saaledes indsnævrede Gruppe Integritetskrænkelser med Krænkelser af andre Retsgoder: Frihed, Ære, Erhverv, Aandsværker, saa er det ikke underligt, at der bliver et mindre Retsværn, et Retsværn mod færre skadegørende Handlinger ved de sidstnævnte Retsgoder end ved Legeme og Ting, ti et Flertal af de Handlinger, der fysisk skader Legeme og Ting, vil blive ramt af Erstatningsansvar. Sammenligningsgrundlaget bliver skævt, naar man sammenligner de saaledes paa Forhaand begrænsede Krænkelser af disse to Retsgoder med Krænkelser — der ikke saaledes begrænses — af andre Retsgoder. Skævheden kommer, efter min Opfattelse ind, fordi man ikke sondrer skarpt mellem Retsgodet og den retstridige Handling. Alle Retsgoder: Legeme, Ting, Frihed, Ære, Erhverv, Aandsværker, er retsbeskyttede; men ingen af dem er beskyttet mod *alle* skadegørende Handlinger. Det er én selvstændig Undersøgelse: 1) om et Gode overhovedet skal beskyttes af Retsordenen — eller skal falde helt udenfor Retsfæren — og én anden selvstændig Undersøgelse: 2) om det skal beskyttes mod alle skadegørende Handlinger eller kun mod nogle, og da hvilke. Undersøger vi nu alle retsbeskyttede Goder — Legeme, Ting, Frihed, Ære, Erhverv o s v — og spørger for *dem alle* paa samme Maade: hvilke Handlinger er de beskyttet mod, uden paa Forhaand vilkaarlig for enkeltes Vedkommende at udskille visse

skadegørende Handlinger, vil det i Virkeligheden vise sig, at det er meget vanskeligt at afgøre, ved hvilke Goder Ansvarsreglernes Værn rækker videst. Godet: en Persons Legeme er saaledes efter gældende Ret og Retsopfattelse dels ikke værnet mod visse *fysiske* Angreb, nemlig dem, der er hjemlet i Opdragelsen og Rets-*haandhævelsen*, og dels ikke værnet mod visse *sjælelig* virkende Angreb (visse Tilføjelser af Rystelser og Sorg, der dræber). Godet: en Persons Frihed er heller ikke beskyttet mod Indgreb fra Opdragelsens og Rets-*haandhævelsens* Side, og er ogsaa, ligesom en Persons Legeme, vel beskyttet i Almindelighed mod fysisk Vold fra privates Side, men er derimod, ligeledes som Legemet, efter gældende Retsopfattelse ikke beskyttet mod alle sjælelig virkende Angreb. Det maa altsaa for hvert enkelt Retsgodes Vedkommende — lige fra Legeme og Ting til Frihed, Aandsværker o s v — nærmere undersøges, hvilke Handlinger de af Retsordenen er beskyttet imod; og det er haabløst her at ville sondre mellem bestemte Grupper, hvor der er større Retsbeskyttelse mod skadegørende Handlinger end i andre Grupper. Sondringer mellem Integritetskrænkelser og andre Krænkelser og deraf følgende Gruppering eller Systematik maa derfor opgives. Endelig vil det vise sig, at der er en stærk Tendens til at beskytte ogsaa saadanne Goder som Frihed, Ære og Erhverv i stedse stigende Omfang, altsaa mod flere og flere skadegørende Handlinger.

b. De retstridige Handlingers Art.

Mangfoldige Goder er retsbeskyttet, men, som ovenfor fremhævet, kun mod *bestemte Arter af skadegørende Handlinger*.

Livet, det vigtigste af alle Goder, er beskyttet mod en Mængde

Naar *Henry Ussing* ikke sondrer mellem Retsgodet og den retstridige Handling, hænger det sammen med, at han idetheletaget ikke mener i Erstatningsretten at behøve at tage Stilling til Retstridighedslæren, idet han hævder, at i og for sig kan Erstatningsbetingelserne fremstilles tilfredsstill-

skadende menneskelige Handlinger, mod Drab, Lemlæstelse, Saar, og selv mod en mindre Vold, der ikke efterlader nogen Skade paa Legem eller Helbred, (jfr til Eksempel den danske Straffelovs §§ 237-40, 241, 245, 246 og 244). Men saadanne Straffebud og dermed forbundne Erstatningsregler forhindrede dog i Perioden for Storindustriens Gennembrud ikke, at Arbejderne og de i Fabrikkerne arbejdende Kvinder og Børn ved usunde Fabriklokaler og altfor lang Arbejdstid fik deres Helbred nedbrudt og ofte døde en for tidlig Død. Denne *Art* langsomt virkende af *Drab* og Nedbrydelse af Helbred var ikke den, som Straffelovene havde tænkt paa. Men her som ved andre Goder opstod der efterhaanden en stigende Retsbeskyttelse. Hvad Straffelovgivningen forsømte, raadedes der senere under den sociale Udvikling Bod paa gennem den moderne Fabriklovgivning, der under Straf anordnede en sundere Indretning af Arbejdsstederne, samt begrænsede Arbejdstiden for Kvinder og Børn, ligesom ogsaa den øvrige Arbejderbeskyttelseslovgivning og Overenskomsterne mellem Organisationerne efterhaanden idethele begrænsede Arbejdstidens Længde.

lende uden at gøre Brug af Retstridighedsbegrebet, Ussing: Erstatningsret 25. Dette kan jeg heller ikke være enig i. Hvis man gaar helt udenom Retstridighedsbegrebet, kommer man ikke ind paa Sondringen mellem Retsgodet og den retstridige Handling. Men at en skarp Sondring mellem disse to Begreber kan bringe Klarhed over vigtige Problemer, er formentlig godtgjort i Undersøgelsen ovenfor; hvis man gaar ind paa Retstridighedsbegrebet og dermed paa nævnte Sondring, vil man nemlig, som jeg ovenfor har søgt at vise, indse, at den Sondring mellem Integritetskrænkelser og andre Krænkelser og den Forskel i Retsbeskyttelsen, som Ussing knytter til denne Sondring, ikke kan opretholdes.

At Retstridighedsbegrebet efter Goos og Getz har været Genstand for stærk Debat og Tvivl, er rigtigt, men berettiger efter min Opfattelse ikke til at gaa udenom det for alt retsligt Ansvar grundlæggende Problem, der ligger i dette Begreb. Herved gaar man nemlig uden om det, der ogsaa for Erstatningsretten særlig tiltrænges: en dybtgaaende Undersøgelse af hele den *Interesseafvejnings-Lære*, der ligger bag Goos', Getz', Torps og Jul Lassens Retstridighedsbegreb, hvad der i det foregaaende er gjort et Forsøg paa.

Men dernæst begaas der stadig af Mennesker, som der i Aar-tusender er begaact, Drab og Ødelæggelse af Helbred ad indirekte, økonomisk eller sjælelig Vej; og overfor disse indirekte Mord og Nedbrydelse af Helbred har Retsordenen hidtil, under den nu-værende Samfunds- og Statsordning, staaet magtesløs. Under det *politiske* Livs Kamp anstilles der ofte, ikke mindst med Pressen som Middel, en Menneskejagt overfor Modstandere, der, som Er-faringen viser, i mange Tilfælde har været Aarsag i de forfulgtes Død eller anden Ulykke. I »Poul Lange og Thora Parsbjerg« har *Bjørnson* givet en evig gyldig, dybt indtrængende Skildring af denne Kamp og dens Ofre. I det *personlige* Liv mellem Mennesker, i Forholdet mellem underordnede og overordnede og i andre Forhold, hvor to eller flere er nødt til at arbejde sammen, ødelægges og nedbrydes Mennesker som bekendt i mange Tilfælde hinandens Liv og Helbred, ved Intriger, Underminering, Bagholdsangreb, sjæ-lelig raa og stødende Ord og Adfærd; og i Familieforhold, navnlig mellem Forældre og Børn og mellem Mand og Hustru, kender næ-sten ethvert Menneske fra de Krese, der er ham personlig bekendt, Tilfælde, hvor en Hustru, en Mor eller Far har nedbrudt sit Hel-bred eller taget sin Død over Mandens eller Sønnens Liv i Vanære eller Forbrydelse.

I det økonomiske Livs Kapløb er Kampenes Ofre endnu tal-rigere; og her gaar det ikke blot udover de *personlige Retsgoder*, som Liv, Helbred og Ære, men ogsaa over de *økonomiske Goder*, over Indtægt, Kapital og Ejendom. Hvad der ovenfor blev sagt om Liv og Helbred, gælder ogsaa de økonomiske Goder. De er vel beskyttet mod *visse Arter af skadende Handlinger*, baade ved Straf og Erstatning, saaledes mod Tyveri, Underslæb og, mod Beskadi-gelse og Tilintetgørelse; men disse Handlinger er, som det vil ses, ligesom Drab og andre Legemskader, Straffeloven rammer, alle *kun de grove, ydre Angreb* paa Godet, hvorved dette direkte fysisk overføres til Angriberen eller fysisk ødelægges eller beskadiges, (jfr eksempelvis den danske Straffelovs §§ 276-293 om Tyveri, Un-

derslæb, Bedrageri o l, Tingsbeskadigelse). Men hvis en Person eller en Sammenslutning ved en gennemført Boycot afskærer en Anden fra hans mest værdifulde Forretningsforbindelser eller bevirker hans Afskedigelse, kan dette i de fleste Tilfælde ikke forhindres under den nuværende Samfundsordning, selvom den angrebne ved nævnte Boycot mister betydelige aarlige Indtægter, sin Formue og tilsidst hele sin økonomiske Eksistens. Endvidere er der heller ingensomhelst Beskyttelse for den, der efter at have tjent en Forretning med Samvittighedsfuldhed og Dygtighed i f Eks 30 Aar, pludselig afskediges (med det sædvanlige ringe Varsel) uden Grund og derved ser sig truet i hele sin Eksistens.

Da den gamle Næringsordning (Lavsvæsenet) blev nedbrudt, blev den hensynsløse økonomiske Kappelstrid i Forretningslivet og paa Arbejdsmarkedet til at begynde med endog tilladt *uden Grænser* og under Liberalismen tilmed hyldet som den eneste rette Form for Erhvervsliv, af hvilken man ventede sig de største Resultater; og paa samme Maade antoges, til at begynde med, alle Midler i denne alles Kamp mod alle, ogsaa Boycotten i alle dens Former, for at være frit Slag. Efterhaanden er der ganske vist lidt efter lidt, først ved Domstolenes Indgriben, senere ogsaa nu og da ved Lovgivningens Indgriben i nyeste Tid trukket *visse* Grænser for den fric Kamp, hvorved *nogle* af de mest hensynsløse Former for økonomisk Kapvirke og Boycotforfølgning er blevet ramt som retstridige (Love om uhæderligt Kapvirke, om Boycot o l, jfr eksempelvis i dansk Ret Lov Nr. 80, 31 Marts 1937). Men de dybest rammende Angreb, den haardeste Undergravning af et Menneskes økonomiske Eksistens — og dermed ofte tillige af hans Liv eller Helbred — kan meget vel stadig foregaa, under nøje juridisk Iagttagelse af de Begrænsninger m H t Kampmidlerne, som de nævnte Retsregler og Love om økonomisk Kapvirke og Boycot paalægger. Denne Kamp og dens Ofre vil Retsordenen fremdeles i Reglen være nødt til at forholde sig som en passiv Tilskuer til — saalænge den nuværende Samfundsordning bestaar.

Ligeledes maa Retsordenen forholde sig passiv overfor den hensynsløse politiske og anden offentlige Forfølgning, der blot forstaaer at holde sig indenfor Injurielovgivningens Grænser, saalænge den nuværende Presseordning og Statsordning bestaar.

Den rent personlige Forfølgning og Skaden hinanden i almen menneskelige Samlivsforhold, i Familieforhold, Samarbejde o l, kan Retsordenen vel ad forskellige Veje forsøge paa at raade Bod paa, navnlig gennem fornuftige Bestemmelser i Ægteskabslovgivningen. Embedsmandslovgivningen e l; men i mange Tilfælde vil Retsordenen formentlig staa ret magtesløs overfor disse menneskelige Konflikter, saalænge Samfundet til sin Raadighed kun har de *nu anvendte* Retshaandhævelsesmidler (Straf, Erstatning o l). Men endelig maa det vistnok erkendes, at i visse Grupper af Tilfælde falder disse stærkt personlige Livsforhold helt udenfor Retsfæren.

Det er da formentlig gennem Undersøgelsen i dette og forrige Kapitel blevet paavist, at der foruden de tidligere fremhævede 4 Betingelser for en Handlinges Retstridighed (ovenfor S 292-93) maa opstilles en ny selvstændig Betingelse, og at denne Betingelse 5 betyder, at en Handling, der er foretaget af en tilregnelig Person og som har medført en forudseelig Skade paa et Retsgode, først kan anses for retstridig, naar Retsordenen efter samfundsmæssige og retstekniske Overvejelser paa det særlige Omraade, hvor vedkommende Retsgode, være sig Liv og Sundhed, Frihed, sjælelig og aandelig Fred, Formue og Erhverv, angribes, anser Handlingen for dadelværdig og egnet til at modvirkes gennem Retshaandhævelse. En lojal Kappelstrid i Erhvervslivet, en i Form og Indhold saglig Kritik, o l maa derfor, hvor stærkt den end kan skade, sjælelig og økonomisk, lige saa vel anses for retmæssig som de skadende Handlinger, der foretages i den berettigede Opdragelses, Nødværges og i Straffens Øjemed.

5 Kapitel.

PROBLEMET: SKADENS FORUDSEELIGHED. FORUDSEELIGHEDSFELTET.

ET af de dybest liggende Problemer i Skyld-Begrebet er dette: om den handlende burde have indset, at hans Handling vilde føre til den indtraadte Skade paa et andet Menneskes Gode. Skylden, Ansvarret beror inderst inde paa den Evne, Mennesket har til at *se ind i Fremtiden*, i et vist Omfang, idet det *efter Aarsagsloven* kan *beregne Virkningen* eller *Virkningerne af sine Handlinger*. Denne særlige Evne kalder vi at *forudse*. Hvis denne Evne ikke fandtes hos Mennesket, vilde der ingen *Skyld* være, ingen retstridig Handling at bære Ansvarret for. Jo mere den handlende i Handlingsøjeblikket er i Stand til at forudse, jo større bliver hans Ansvar. Jo større Viden, desto større Skyld. I Overensstemmelse hermed bestemtes ovenfor S 293 under Moment 2 Omfanget af Ansvarret: »efter den handlendes Indsigt i Handlingsøjeblikket«. Hvis altsaa den handlende er særlig sagkyndig paa det Omraade, hvor han handler, og derfor kan forudse flere Skader som Følge af en Handling end andre Mennesker, bliver han erstatningsansvarlig, hvor Mennesker med en almindelig Viden ikke vilde ifalde Ansvar. Dette er imidlertid, som det vil ses, noget ganske andet end *altid* at bedømme Handlingen efter den bedst mulige, sagkyndige Viden, der overhovedet haves af Mennesker, altsaa, *som om* den handlende besad denne Viden, en Vurdering, der maa forkastes.

se ovenfor S 300-305. Ansvarret maa derimod i sin yderste Grænse bestemmes efter, hvad en fornuftig og god Mand med den handlendes Indsigt — større eller mindre — kunde forudse. Det, der saaledes kan forudses af Mennesker i et Handlingsøjeblik, kaldes i det følgende *Forudseelighedsfeltet*.

De Problemer, der vedrører dette Forudselighedsfelt, har hidtil i Retsbrudslæren ikke været tilstrækkelig undersøgt. Store Vanskeligheder for Erkendelsen paa dette Omraade stammer, saa vidt jeg kan se, herfra. Og den fremtidige Udvikling af Retsbrudsansvaret afhænger i væsenlig Grad af den nærmere Undersøgelse af dette Felt.

Forholdet er nu her det, at nogle Handlinger i Livet kun i 1 af 1000 Tilfælde vil medføre Skade, andre i et af Hundrede, atter andre i 10, i 25, i 50 af Hundrede Tilfælde. Spørgsmaalet er da: hvor stor Grad af Sandsynlighed for Skade skal en Handling indebære for at kunne paadrage den handlende Skade? Skal Ansvar være udelukket i Prome-Tilfældene, og i bekræftende Fald, ved hvilken Procent begynder da Ansvarret? Dernæst maa bemærkes, at fordi en Handling kun i 1 af 1000 Tilfælde eller 10.000 Tilfælde, medfører Skade, kan denne meget vel *forudses*. En bestemt Art Handling behøver jo kun én Gang af Tusend at have foraarsaget Skade, for at man *derefter* kan forudse en saadan i næste Prome-Tilfælde.

De Vanskeligheder for Bestemmelsen af Ansvarret, der ligger i dette Problem, har allerede Fortidens Samfund i deres Love og Dømme om Retsbrud mer eller mindre ubevidst kæmpet med og søgt at løse. I det gamle nordiske Begreb Vaade laa der saaledes en ubevidst Erkendelse af, at under hine Tidens Forhold maatte selv Prome-Tilfældene medføre Ansvar. Vaade betegner det farlige i Livet. Vaadesgerning er den menneskelige Handling, som *kan* medføre Skade, — selvom det maaske kun indtræffer i et af Hundrede eller et af Tusend Tilfælde — og som derfor enten ikke bør foretages eller, hvis den foretages, maa ske paa den handlendes

Ansvar. Da der senere i Retsudviklingen sondres mellem den uagtsomme og den hændelige Skade — saaledes i dansk og norsk Ret ved Chr V's Lov — og Vaade efterhaanden kommer til at betegne det hændelige (jfr ovenfor S 287), viser Lovens Afgørelser i de enkelte Tilfælde, hvor vanskeligt det herefter bliver at bestemme Grænsen mellem de farlige Handlinger, der skal medføre Ansvar, og dem, der paa Grund af for ringe Sandsynlighed for Skade skal fritages herfor. En Række Bestemmelser i nævnte Lov søger i konkrete Tilfælde af farlige Handlinger fra det daglige Liv at finde Grænsen, men det har aabenbart voldt Vanskeligheder; og Sproget i Loven viser tydelig Mindelser fra Fortidens Ord og Tankegang. Lovens 6-11-3 bestemmer saaledes: »Hugge to Mand i Skoven sammen og den enes Økse slipper af Skaftet uden hans Vilje og han gør sin Ed derpaa, da er det Vaade, hvad Skade deraf sker, og bødes intet derfor.« Bestemmelsen omtaler ikke, at den, der bruger en Økse, forinden Brugen maa efterse og prøve, om Øksebladet er forsvarlig fastgjort til Skaftet. Allerede dette simple Tilfælde fra Livet viser, at jo mere omhyggelig man er med sine Medmenneskers Liv (og Ejendom), jo mere regner man ogsaa med Promille-Tilfældene. Selvom det er meget muligt, at det kan godtgøres, at i alle Tilfælde, hvor man bruger en Økse, ny eller brugt, ens egen eller en Andens, uden nævnte Eftersyn og Prøve, sker der ikke 1 Ulykke i 1000 eller maaske i 10.000 Tilfælde, vil en forsigtig Mand dog foretage dette Eftersyn. Der er den Fare ved dette Redskab, at en Del af det *kan* falde fra den anden Del; dette Uheld *kan forudses*. Men er blot dette, at en Ulykke kan forudses, som en Mulighed, der ret sjældent bliver til Virkelighed, tilstrækkeligt til at paalægge Erstatningsansvar eller Strafansvar?

Hvis en Haandværker bearbejder et Stykke Metal med en Hammer, der er gjort ud i ét, idet den er støbt af *ét Stykke* Jern, og Hammeren under et haardt Slag brister, hvorved et Stykke af den slipper fra det øvrige og rammer en Anden, med Død eller Saar til Følge, da vil man se, at Ansvarer her ligger anderledes end i

Tilfældet fra D L 6-11-3. Der er ganske vist den Lighed, at et Uheld ogsaa her *kan forudses*. Erfaringen viser, at der under Støbning af Redskaber, Vogne, Motorer o l *kan opstaa indre Bristninger* i det støbte, som man ikke kan opdage udefra og som i et givet Tilfælde af stærk, men normal Brug eller Belastning kan foraarsage en Sprængning af Redskabet, Kedlen, Motoren. Herfra stammer faktisk bl a visse Trafikulykker. Men 1) er der her i Modsætning til det forrige Tilfælde ikke et Redskab, der bestaar af to Dele, hvis faste Forbindelse kan efterses *udefra*, men en ensartet Masse, hvis *indre* Konsistens det *ikke er muligt forud at prøve*, og 2) indtræder en Ulykke ved saadanne Bristninger i støbt Metal sandsynligvis ikke, som i Tilfælde af ydre Sammenføjninger af to Dele, i 1 af 1000 eller 10.000, men mulig kun i 1 af 100.000 eller flere Tilfælde.

Lovens 6-11-4 bestemmer: »Skyder eller kaster nogen over Hus, Skib eller Plankeværk eller nogen slig unødigt Gerning gør, og anden deraf fanger Skade, Saar, Mên eller Bane, imod dens Vilje, som det gjorde, og han gør sin Ed derpaa, da bøder han for Drab 40 Lod Sølv til den Dræbtes Arvinger; men for Saar og Mên halvt saa meget som hvis han det med Vilje hafde gjort.«

Den Handling, der her omtales, rummer sikkert Sandsynlighed for Skade i et Procent-Antal Tilfælde, medens Handlingen, der omtales i 6-11-3, kun volder Skade i et Promille-Antal Tilfælde; og derfor er Lovens forskellige Behandling af disse to Handlinger forstaaelig, endskønt de begge ikke foraarsager Skade med den handlendes Vilje. Det særlig uagtsomme eller letsindige i Gerningen i 6-11-4 er, at man kaster en Genstand ind paa *et Omraade*, som man *slet ikke kan overse*, idet ens Blik ved Muren, Plankeværket, Rælingen o l paa Forhaand er afskaaret fra at iagttage, om der gaar nogen Person (eller findes nogen værdifuld Ting) bag disse Hindringer for Synet; og hertil kommer saa det normalt ganske *unødvendige* i at foretage en saadan Handling, jfr ogsaa Ordene i 6-11-4: »slig unødigt Gerning«.

Lovens 6-19-6 bestemmer: »Setter mand Ild i Heede og brænder

anden Mands Lyng, eller Tørv, eller om samme Ild løber i Skov, Huus, eller Bye, og brænder og spilder Skoven, Huus, eller Bye, da gielder hand Skaden, der Ilden udbar, enddog hand agtede oj at brænde uden sit eget, eller det, der skadisløst var.«

At sætte Ild paa Heden er en Handling med stor Sandsynlighed for betydelig Skade, fordi man her *slipper Kræfter løs, hvis videre Virken man ikke kan beherske*. Den omhyggelige Mand indlader sig derfor ikke herpaa, medmindre han i Forvejen dels skiller sin egen Lyngjord fra andres ved et forsvarligt Brandbelte og dels kun sætter Ild, naar der ingen Vind er eller Vinden bærer bort til Steder, hvor Ilden ikke kan gøre Ulykke, jfr ogsaa 6-19-8.

Det samme uberegnelige gør sig gældende i Tilfældet i 6-19-10, der udtaler: »Viser mand Barn eller Taabe efter Ild, og heraf kommer Skade, da svarer han selv til Skaden.«

De anførte Tilfælde fra Chr V's Lov viser idethede, at allerede paa denne Lovs Tid var Ansvar for Uagtsomhed eller Skødesløshed ikke begrænset til Handlinger, der med Sikkerhed kunde forudses at medføre Skade, men udstræktes til Handlinger, der indebar en vis Sandsynlighed eller Mulighed for Skade.

Endnu skarpere udtrykkes Ansvar i saadanne Tilfælde i Enkeltafgørelser i den udviklede Romerret. I L 31 Dig (9-2) drøftes det, hvorvidt den hæfter, som skærer Grene af et Træ eller arbejder paa et Stillads og dræber en Forbigaaende ved at kaste noget ned. Der nævnes saadanne Momenter som, om han har advaret ham ved Raab, eller om det foregaar ud til en Vej (offenlig eller privat) eller ikke, jfr ogsaa L 7 Dig (48-8). Men saa siges det, at det afgørende er, om der foreligger Uagtsomhed: culpa, og at dette bestaar i, at der ikke er truffet de Foranstaltninger, som den omhyggelige Mand træffer. Undertiden udtrykkes dette Ansvar for Uagtsomhed endnu skarpere, som i L 25 § 7 Dig (19-2), hvor det siges: »Culpa mangler, naar alt det er udført, som den omhyggeligste iagttager.« Som andet illustrerende Eksempel kan nævnes L 8 § 1 Dig (9-2), jfr § 8 Inst (4-3), der handler om den Mulæsel-

driver, som ikke hindrer Skade ved, at hans Mulæsler løber løbsk. Han er i culpa, hvor dette skyldes enten hans Ukyndighed eller hans svage Kræfter; ti i begge Tilfælde skal man ikke paatage sig et Arbejde, hvis uheldige Udførelse kan blive farlig for andre. Det samme gælder efter L 1 § 5 Dig (9-1) om den, fra hvem en Hund river sig løs, naar den derefter bider en anden; han hæfter, hvis en anden havde kunnet holde Hunden, eller denne ikke burde være taget med til det Sted, hvor det passerede.

I disse Afgørelser fra Romerretten træffer vi ligesom i Chr V's Lov dels Tilfælde, hvor man ofte ikke har Overblikket over Følgerne af sin Handling, og dels Tilfælde, hvor man slipper Kræfter løs, man ikke kan beherske. Men det er, som om Enkeltafgørelserne i Romerretten har sat Ansvar et Tak op i Sammenligning med den nævnte nordiske Ret; det Forudseelighedsfelt, man bærer Ansvar for efter de romerretlige Afgørelser, synes at være noget større end det, man efter de nævnte nordiske Afgørelser er ansvarlig for. Dette hænger formentlig sammen med, at det Samfund, den udviklede Romerret gjaldt, paa disse Omraader stod noget højere end det nordiske Samfund i det 17 Aarhundrede.

Det turde idethele, saa vidt jeg kan se, være en Udviklings Lov paa dette Omraade, at jo højere et Samfund udvikles i Kultur, i Viden, teknisk Kunnen, i Følelsen for Medmenneskers Ve og Vel, jo større vil det Forudseelighedsfelt blive, som Mennesker drages til Ansvar for ved deres skadegørende Handlinger. Det Samfund, der paa et ældre Stadium kun drager Mennesker til Ansvar for deres skadegørende Handlinger i Procent-Tilfældene, vil paa et langt senere, mere udviklet Stadium drage dem til Ansvar ogsaa i Promille-Tilfældene.

Hvad der gælder Samfund, gælder de enkelte Mennesker. Det højt udviklede, fint følende Menneske vil allerede paa rent menne-

Om de romerretlige Eksempler se iøvrig *Bentzon* Alm Retslære 98-99, *Lassen* Romerret 449-54, 568-70, jfr *Ørsted* i Jur Tidsskr VIII 247, *Goos* Strafferet II 188. Om andre Eksempler fra Romerretten se *v Bar* 119-32.

skeligt moralsk Omraade bebrejde sig som *Skyld* skadende Følger af sin Handling, som et mindre udviklet, haardhudet Menneske ikke vil skænke en Tanke. En Mor, hvis Barn i et ubevogtet Øjeblik styrter ud af Vinduet og slaar sig ihjel mod Stenbroen, vil aldrig komme over dette, men Resten af Livet ustanselig bebrejde sig sin *Skyld*; en anden Mor, af den mere ligegyldige og lette Type, vil efter nogen Tid ikke længere lade sig forurolige af Spørgsmaalet om Ansaret, men glemme det i nye Oplevelser fra en anden Side af Livet; en tredje Mor, der oprindelig i visse Maader er ret let-sindig af Natur, vil ved Ulykken faa en saadan Rystelse i sit inderste, at hendes Karakter forvandles fra Grunden og herefter bliver sig sit Ansvar i alle Livsforhold alvorlig bevidst.

Af dette Tilfælde ses det forøvrig, at selvom det statistisk set maaske kun i 1 af 100.000 Tilfælde sker, at smaa Børn, der for kortere eller længere Tid lades alene i en Lejlighed, finder paa at aabne Vinduet og derved styrter ud, saa er blot 3 à 4 Tilfælde af saadanne Ulykker om Aaret selv i en Storby tilstrækkelig til hos de omhyggelige Mødre at vække rent menneskelig en stærk Følelse af Ansvar. Adskillige Kvinder af den jævne Befolkning, der ofte ikke kan være hos Børnene, søger under Fraværelse at sikre sig mod saadanne Tilfælde ved særlig Fastgørelse af Vindueshasper o. l.

Problemet er her som andetsteds: skal Ansaret ogsaa retslig set bestemmes efter den bedste, mest omhyggelige Mennesketype eller efter en mere grov Gennemsnitstype, som ikke regner med Promilletilfældene og som idethele ikke stikker dybt? Det maa i dette Spørgsmaal ikke forvirre, at man i disse Tilfælde i Reglen ikke gør Strafansvar gældende mod Moren; ti dette skyldes rimeligvis den menneskelige Betragtning, at Ulykken i sig selv for hende i Reglen er Straf nok. Men denne Omstændighed har i og for sig intet med selve Ansaret og dets Grænse at gøre. Man kommer idethele ikke uden om Spørgsmaalet: *hvilken Mennesketype skal sætte Standarden for menneskeligt Ansvar, for Skyld.*

Løsningen afhænger af, hvilket Syn man har paa Retsordenens

Opgave i Menneskelivet. Efter min Opfattelse er Retsordenen et Mindretals, nemlig de bedste Mennesketypers stadige Forsøg paa at løfte den øvrige Menneskched op til højere Former for Liv, derunder en levende Følelse af Ansvar for den Enkeltes Handlinger, for disses Virkninger i Livet for andre Menneskers Ve og Vcl. Men med dette Syn paa Retsordenen og Livet er det givet, at det retslige Ansvar for Handlinger, der skader andre, i Nutiden maa sættes efter den højeste Maalestok, efter det Forudseelighedsfelt, som den mest omhyggelige og ansvarsbevidste Menneske type bestemmer sin Skyld efter. Og det er ligeledes hermed givet, at det retslige Ansvar for skadende Handlinger i Fremtiden vil være under bestandig Udvikling, til stadig større Ansvarsfølelse, til stadig strengere Skyldbevidsthed; — herved banes en af Vejene til mere fuldkomment Samarbejde og Samliv mellem Mennesker.

En engelsk Dommer *Bramwell* har sagt: »Whenever the world grows wiser, it convicts those that came before of negligence.« *Fr. Pollock* tilføjer i sin Skepsis overfor Gennemsnitsmenneskenes Evne til Udvikling her: »But juries do not, unless the defendant is a railway company.« Som andetsteds fremhævet, er Nævninger i Almindelighed ikke nogen heldig Domstol; og denne Opfattelse bestyrkes altsaa af *Pollocks* Erfaringer. Bedømmelsen af Ansvar for skadende Handlinger er nu netop Nævningernes Hovedopgave, hvad enten denne, saaledes som paa Fastlandet, begrænses til dem af de skadende Handlinger, der er strafbare, eller den, saaledes som i England, foruden disse ogsaa omfatter de Handlinger, der alene paadrager Erstatningsansvar. Efter det Synspunkt, jeg ovenfor har udviklet, maa Nævninger i Almindelighed netop anses for særlig uegnede til at fastslaa Erstatningsansvaret for skadende Handlinger, fordi man ikke kan forvente, at 12 Mennesker af Gennemsnitstypen som almindelig Regel skal sætte en særlig høj Standard for Samvittighedsfuldhed og Omhu i at undgaa Handlinger, der kan medføre Skade. Kun undtagelsesvis kan man i Erstatningssager forvente en særlig streng Maalestok anvendt af Gennemsnitstyper

som Nævninger, og det er i Tilfælde, hvor disse staar overfor Foretagender der 1) som meget *kapitalstærke* almindelig menes at have rigeligt Raad til at betale selv store Erstatninger, og, som 2) ofte i det daglige Liv udsætter mangfoldige almindelige Mennesker for *Farer og Skader, som Nævninger kender* af egen Erfaring eller af egen Frygt. Pollocks Tilfælde med Jernbaneselskaberne er et særlig betegnende Eksempel herpaa. Nævningerne ræsonnerer, mere eller mindre bevidst, som saa: disse store Selskaber kan udmærket godt betale; i Dag dig (d v s den skadelidte i denne Sag), i Morgen mig; disse Selskaber har godt af gennem store Erstatninger at blive stimuleret til at passe godt paa vore og vore nærmestes Liv og Lemmer. Som andet Eksempel paa Foretagender, der er Genstand for noget lignende Betragtninger, kan nævnes Dagbladene, som de engelske Nævninger ogsaa ofte idømmer store Erstatninger, naar de indeholder skadende Udtalelser om næringsdrivende Borgere. At der af disse Grupper af Foretagender er krævet et meget højt Maal af Ansvarsfølelse og samvittighedsfuld Omhu for Næstens Liv og Ære, har sikkert kun været godt, til Gavn for engelsk Retsliv og offentligt Liv idethele. Men Indvendingen mod Nævningerne i saa Henseende er, som det ogsaa antydes i Pollocks Bemærkning, ikke, at de har anvendt et højt Maal i disse Tilfælde, men, at de ikke følger samme høje Maal i *alle* Tilfælde. Og naar dette *Maal* kun sættes i disse og lignende Tilfælde ud fra nævnte Motiver, kan en almindelig Højnelse af Menneskers Ansvar for skadende Handlinger og en stadig Udvikling af dette Ansvar ikke forventes fra denne Kant.

— Forholdene i Nutidens Samfund er ofte meget sammensatte og forviklede, dels paa Grund af vor Tids højt udviklede Teknik og dels paa Grund af det vidt forgrenede Embedsapparat, hvormed Samfundet nu om Dage arbejder. Som Følge af denne Sammensathed og Forvikling er der ofte en stor Fare for en *Forflygtigelse af*

Ansaret. Som illustrerende Eksempel skal her anføres et Tilfælde, der forekommer mig typisk moderne i saa Henseende. Der indtraf for nogle Aar siden under en Marineøvelse en Eksplosion ombord i et Panserskib, hvorved adskillige, baade af Officererne og af Mandskabet, blev alvorlig saaret. Der blev i den Anledning nedsat en teknisk sagkyndig Kommission til nærmere Udredning af Aarsagerne til Katastrofen, af Ansaret for denne, og til eventuelt at stille Forslag til fremtidig Forhindring af saadanne Ulykker. Kommissionen kom til det Resultat, at det Apparat (en Røgbombe), som benyttedes under Marineøvelsen og som foraarsagede Katastrofen, efter en dybere gaaende kemisk og teknisk Viden kunde forudses nu og da at ville medføre en Eksplosion, dersom Satsen blev behandlet paa en saadan Maade, som den efter al Sandsynlighed var blevet behandlet i dette Tilfælde. Men Kommissionen mente dog alligevel ikke at kunne lægge noget Ansvar paa de Marineteknikere, der havde forestaaet Fremstillingen af Apparatet, da disse Personer vel maatte anses for overordenlig dygtige *praktiske* Teknikere, men ikke besad den til Bedømmelse af saadanne særlige Faremuligheder fornødne, *videnskabelige* Indsigt. Kommissionen maatte derfor gøre Regeringen opmærksom paa, at der her forelaa, som Kommissionen udtaler: »Brist af nærmest organisatorisk Natur, som utvivlsomt bør søges afhjulpne. Kommissionen finder det lidet tidsvarende og næppe fuldt forsvarligt, at Indførelsen af Nykonstruktioner eller Fabrikationer, der kan rumme store Faremomenter, udelukkende — saaledes som det maa siges her at have været Tilfældet — lægges i Hænderne paa Officerer og Teknikere, der ifølge Sagens Natur ikke kan have det til Løsning af saadanne Opgaver fornødne, teoretisk underbyggede Grundlag. Kommissionen maa formene, at selv nok saa dygtige, rent praktisk uddannede Teknikere ikke er i Stand til med fornøden Sikkerhed at bedømme et eventuelt Faremoment, f Eks ved en ukendt Satsblanding, og vi formener heri at finde en ikke uvæsenlig Grund til, at den forud for Reglementeringen af Røgbomben foretagne Undersøgelse ikke

har været omfattende og dybtgaaende nok til at klarlægge de Omstændigheder, ved hvis Sammentræf Katastrofen er fremkaldt.«

Problemerne om Aarsag og Ansvar bliver, som det vil ses, i dette Tilfælde særlig sammensatte og indviklede netop paa Grund af Nutidens højt udviklede Teknik og Naturvidenskab i Forbindelse med det administrative Systems Udstykning af Opgaverne. Det er, som det fremgaar af Kommissionens anførte Udredning, kun ved Hjælp af en dybtgaaende videnskabelig Indsigt muligt at finde det Sted, hvor Ansaret skal lægges, at finde de Mennesker, der som Myndigheder her i sidste Instans var Skyld i Ulykken. Og det er i denne Forbindelse særlig af Interesse at lægge Mærke til, at det ikke var de *Personer*, der var de *nærmeste Aarsager* til *Ulykken*, — de praktiske Teknikere, der havde udarbejdet Konstruktionen og dermed foranlediget Eksplosionen, — der efter den dybeste Indsigt i Tingene var de *Ansvarlige*. De egenlige Ansvarlige var de *fjernest* fra Ulykken virkende Aarsager: de *højere Myndigheder*, der *valgte* disse Teknikere, og endnu fjernere det ubestemte Væsen: den *Embedsorganisation*, hvis Brist paa dette Omraade Kommissionens Undersøgelser paa en saa grundig og klar Maade lagde blot. Naar Retsmyndighederne i denne Sag ikke mente at kunne lægge det juridiske Ansvar paa noget bestemt Sted, hverken paa de højere eller lavere Marinemyndigheder, viser dette kun, hvor let Ansaret forflygtiges under disse Nutidens Forhold. Det er imidlertid et Fagministeriums største og alvorligste Opgave: at vælge de rette kyndige Mænd paa de forskellige Omraader, rettende sig efter den Kyndighedsgrad, der maa udkræves til hver enkelt Opgave. Og i dette Tilfælde var der altsaa som saa ofte i Livet ikke de rette Ledere eller Organisatorer i de højere Embedsinstanser.

En Embedsmand af Gennemsnitstypen vilde vel føle det som en Uretfærdighed, om der var blevet rejst Ansvar i nævnte Tilfælde. Men dette kan ikke være afgørende. Skal den her fremhævede moderne Forflygtigelse af Ansaret effektivt modvirkes,

maa Retsordenen heller ikke ved saadanne Lejligheder forsømme gennem sine Afgørelser og Retsregler at virke *ansporende* til *større Samvittighedsfuldhed*, *større Alvor* i at forudse Faremulighederne for Medmenneskers Liv. Men i saa Henseende er paa dette som paa mange andre Livsomraader *Valget af Mændene*, til de forskellige Stillinger og Hverv, af afgørende Betydning.

Retsordenen maa paa alle Omraader *tvinge* Menneskene til at tænke dybere over Livets Aarsagsammenhæng, der ofte er stærkt forgrenede, hvor Virkningen er menneskelig Lidelse.

— Man møder ofte i Udviklinger om retsligt Ansvar for skadende Handlinger den almindelige Betragtning, at man ved særlig at skærpe dette Ansvar let kan komme til at hæmme Handlefriheden ved at gøre Menneskene overængstelige, og at denne Frihed er nødvendig for Fremskridtet. Gaar man nærmere ind paa Tilfældene i det virkelige Liv, vil man imidlertid finde, at denne almindelige Betragtning er urigtig. I det virkelige Liv stanses intet værdifuldt Fremskridt ved, at man samtidig med det tekniske Fremarbejde iagttager den største Omhu og Samvittighedsfuldhed for at undgaa Tab af Menneskeliv og alvorlig Skade derpaa.

Ovennævnte Tilfælde skærer igennem megen abstrakt Tale om Handlefrihed og tekniske Fremskridt og viser nøgternt, at Ulykker ikke stammer fra, at man frit anvender de tekniske Opfindelser, men fra, at man ved slet Organisation undlader at anvende de bedste sagkyndige Kræfter paa de afgørende Steder, hvor den tekniske Udførelse forberedes. Erfaringen fra det praktiske Liv viser idethelt, at de fleste Skader paa Menneskeliv — bortset fra Naturkatastrofer o.l. — ikke skyldes, at der *handles*, men, at man ikke *tænker*, før man handler. Der kræves *ikke* det *Offer*, som den *saglig begrundede Handlefriheds* Indskrænkning er, men derimod et *Arbejde* med at *tænke* ved Iværksættelsen af Handlingen, en *Anspændelse* af Evner og Karakterer, der kun kan være udviklende for Menneskeheden og til syvende og sidst ogsaa til Gavn for alle

tekniske Fremskridt. De i det foregaaende anførte meget forskellige Tilfælde, der alle er taget fra det virkelige Liv og som kan forøges med talrige andre, viser, at ingen Udfoldelse af nyttig eller nødvendig Handlekraft hæmmes, fordi dyb Omtanke og Omhu kræves. Derimod ser vi noget ganske andet nemlig: mangfoldige Handlinger, der unødigt sættes i Gang paa Omraader, hvor der er et Slør mellem den Handlende og Virkningen af hans Handling, endvidere Handlinger, der slipper Kræfter løs, hvis videre Forløb den Handlende slet ikke kan beherske, eller Handlinger, hvis frygtelige Følger i Promille-Tilfælde let kunde afværges ved en forholdsvis ringe Foranstaltning, eller paa rent tekniske Omraader Handlinger, der saglig er slet forberedt.

Som Følge af det ovenfor (366 ff) anførte kan jeg ikke være enig med Henry Ussing i Erstatningsret 68 ff.

6 Kapitel.

SJÆLELIG SKADE.

DET FORUDSEELIGES GRÆNSE.

SKADER paa *sjælelige* Omraader og deres *Aarsagsammenhæng* er et af Juraen hidtil ret uopdyrket Felt. Men i Fremtiden bliver Samfundet og dets Retsorden formentlig nødt til at tage Problemet herom op til Behandling. Det er paa vedkommende Steder i det foregaaende paavist, at den retslige Beskyttelse mod Tilføjelse af sjælelig Lidelse og Ødelæggelse kan strande paa, at det sjælelige Gode, der angribes, retsteknisk ikke egner sig til Retsbeskyttelse, eller paa, at Handlingen efter sin Art ikke bør forfølges ad retslig Vej. Herunder hører naturligvis mange samfundsmæssig berettigede Tilføjelser af sjælelig Lidelse. Men herunder hører ogsaa mange Skadetilføjelser, som i og for sig fortjener samfundsmæssig at modvirkes; og naar vi alligevel, som vi siger, af *praktiske, retstekniske* Grunde ikke kan modvirke dem, skyldes det, efter min Opfattelse, ofte, fordi vi med Ordet retsteknisk har de *nuværende Retshaandhævelsesmidler* for Øje — Straf, Erstatning o l — eller, som jeg ovenfor fremhævede, fordi vi under den *nuværende Samfundsordning* er magtesløse overfor disse uberegtiget tilføjede Lidelser. Men det er vigtigt at undersøge, om Vanskelighederne ved at give Retsbeskyttelse paa disse sjælelige Omraader skyldes disse Grunde, eller om de skyldes Grunde, der stammer fra *Forudseelighedsfeltet*. Et Eksempel fra min egen Erfaring vil illustrere dette Spørgsmaal og vise det vig-

tige i klart at sondre mellem de forskellige Grunde til den manglende Retsbeskyttelse.

I et Dødsbo, som jeg en Gang som ung Jurist i Sagførervirksomhed fik til Behandling, viste det sig, at Afdøde, A, en hæderlig og flittig Forretningsmand, havde begaaet Selvmord. I det Værelse i Forretningen, hvor han havde dræbt sig, fandtes der lige foran ham paa et Bord et Stykke Papir, hvorpaa han havde skrevet som sine sidste Ord: »H har dræbt mig«. Da jeg herefter indgaaende undersøgte Afdødes Forretning, dens Status og Udvikling i de senere Aar, kunde jeg efter samtlige foreliggende Omstændigheder ikke komme til andet Resultat end, at Afdøde i Nedskrivelsen af nævnte Ord havde Ret. H — en kendt stor Forretningsmand —, havde med sin større Kapitalkraft og ved Brug af hensynsløse, men ikke ulovlige Midler under den økonomiske Kappelstrid efterhaanden lidt efter lidt undergravet og tilsidst ødelagt Afdødes Forretning, der oprindeligt havde været en udmærket, ved mange Aars Slid og Dygtighed af Afdøde oparbejdet Forretning. H vidste, hvor nær Afdøde tog sig dette, og hvorledes det efterhaanden ogsaa nedbrød hans Kræfter og Helbred.

Alt dette laa derfor indenfor H's Forudseelighedsfelt. Og efter hele dette Tilfældes Beskaffenhed laa A's Død afgjort indenfor det samvittighedsfulde og for sine Medmenneskers Goder omhyggelige Menneskes Forudseelighedsfelt. Der forelaa utvivlsom forsætlig Helbredsødelæggelse, ja i Virkeligheden, saa vidt jeg kunde skønne, vistnok ogsaa Drab. Alligevel vilde ingen Domstol dømme H efter Straffelovens Paragraffer om Helbredsødelæggelse eller Drab (dansk Strfl. §§ 246 og 237). Men det maa da betones, at Manglen af Retsbeskyttelse her ikke stammer fra Vanskeligheder, hidrørende fra Forudseelighedsfeltet. Aarsagsammenhængen var her utvivlsom forudseelig for en omhyggelig Mand. Men Vanskeligheden ligger for det første i den *nuværende Samfundsordning*, som tillader den ene næringsdrivende frit at ødelægge den andens Erhverv, et bestaaende Erhverv, og dermed sin Næstes sjælelige og

legemlige Liv, naar førstnævnte blot holder sig indenfor de i saa Henseende ikke særlig hæmmende Rammer af den gældende Injurielovgivning og Loven om uhæderligt Kapvirke. En anden Vanskelighed ligger i Samfundets *nuværende Retshaandhævelsesmidler* (Straf, Erstatning o l), hvis begrænsede Virkekraft Fremtidens Samfund formentlig ikke bør nøjes med. Med andre Former for Retshaandhævelse vil man formentlig, selv under den nuværende Samfundsordning, kunne give en vis Beskyttelse, omend i begrænset Omfang, mod saadanne hensynsløse Handlinger, se nedenfor.

Som Tilfælde fra andre Livsomraader end de økonomiske kan nævnes, at et Menneske ved forbryderisk Livsførelse tilføjer et andet Menneske sjælelige Lidelser. Ogsaa her falder Skaden ofte indenfor det Forudseelighedsfelt, som det samvittighedsfulde og omhyggelige Menneske bedømmer sit Ansvar efter. Om Retsordenen af andre Grunde skal undlade at gribe ind her, er et Spørgsmaal for sig, se nedenfor.

Paa den anden Side gives der utvivlsomt mange Tilfælde, hvor Aarsagsammenhængen netop ved sjælelige Lidelser er meget vanskelig at forudse selv for det samvittighedsfulde og omhyggelige Menneske. Det hændte for nogle Aar siden, at en meget ærekær Dreng, da han i Skolen fik en Irettesættelse, begik Selvmord. Denne Ulykke vil selv en yderst samvittighedsfuld Lærer eller Rektor ikke forudse. Noget andet er, at *naar* en saadan Følge blot er indtruffet én Gang eller nogle Gange, vil en for sine Elevers Ve og Vel omhyggelig Lærer og Rektor, der erfarer Tilfældet, fremtidig lægge mere Vægt paa en nøje psykologisk Iagttagelse af Eleverne og tildele Irettesættelser og graduere disse efter sine Erfaringer i saa Henseende.

Skyldbegrebet begynder ved det forudseeliges yderste Grænse. Det viser sig paa det almenmenneskelige Omraade derved, at de højeste Mennesketyper føler sig skyldige, hvis de ved deres Hand-

ling er Aarsag til et andet Menneskes Død eller Skade, selvom denne kun i et af Tusend eller Hundredtusend Tilfælde indtræder som Følge af denne Handling. Alene dette, at en Ulykke *kan* blive Følgen af ens Optræden, maner det samvittighedsfulde Menneske til Eftertanke overfor Fortidens Gerning og til Samling i Alvor af alle Sindets Kræfter overfor Fremtidens Faremuligheder ved samme Optræden. Hvad der imidlertid her almindelig overses, er, at *Forudseelighedsfeltet* vokser ikke blot med den handlendes *Indsigt*, men ogsaa med hans *Følelse* for sine Medmennesker. Naar et lille Barn leger paa Fortovet og uden Tanke paa Fare løber ud paa Vejbanen og knuses af en tung Lastbil — hvad der som bekendt sker mange Gange hvert Aar — saa hedder det almindelig i Beretningerne: Barnet var selv Skyld i Ulykken, da det pludselig løb ud paa Vejen; Kusken var uden Skyld. Naturligvis er der her Tilfælde, hvor selv den mest omhyggelige ikke kunde afværge Ulykken. Men den Kusk, der ved, hvor ofte det sker, at et Barn pludselig løber fra Fortovet ud paa Vejbanen, og som omfatter de smaa Børn med Kærlighed, vil ikke blot vagtsomt iagttage Færdselelen paa Vejen, men ogsaa lade sit Blik strejfe Fortovet med de legende Børn. Kærligheden udvider Forudseelighedsfeltet. Der er ogsaa andre, der her har Skyld, nemlig den Mor, der ikke holder sit Barn borte fra Trafikvejene, — og som maaske, naar Ulykken sker, i Anger sørger Resten af Livet — og det Samfund, der i de fleste Bydele har forsømt nær Hjemmene at skabe store Haver og Legepladser med Bevogtning af Børnene. Men paa alle tre ansvarlige Steder har der først og sidst manglet den Kærlighed, der forudser alt, frygter alt og derved afværger selv de Farer, der synes at være længst borte i Horisonten. Vejbanen og Fortovet kan vi tage som et Slags Symbol paa hele Livet med dets Ansvar og Skyld. Alle de Tilfælde fra det virkelige Liv, der er fremdraget i foregaaende, viser, at der for ethvert Menneske paa alle Omraader i Livet er et nærmere og fjernere Forudseelighedsfelt for Farerne; det gælder vore Handlinger indenfor Nutidens sammensatte Tek-

nik, ved Lidelser i de personligste Livsforhold, i Samfærdselsomraadet, i Erhvervskampen.

Og overalt gælder her den Livets Lov, at Kærligheden til Mennesker skærper Forudseenheden, uddyber denne Naadegave til Menneskene. Providentia og prudentia. Forudseenhed og Klogskab er i alle Livets praktiske Forhold det samme. Og der er en dyb Sandhed i, at det sidstnævnte latinske Ord kommer af det førstnævnte, er en senere kort Sammentrækning af dette. Men Forudseenheden, Klogskaben hænger altsaa, som nu vist, ikke alene sammen med Forstandsideen i Mennesket. Det fjernere Forudseelighedsfelt afhænger af *hele* Mennesket, baade af Forstand og Følelse, men først og sidst af Følelsen for Næstens Vel. Derfor giver en Tids eller et Samfunds Skyldbegreb et dybt Snit ned i denne Tid eller i dette Samfund, til Dommen over dets Kultur. Selv under Menneskenes indbyrdes Erhvervskamp er det Følelsen, der udvikler og forfiner Intelligensen. Der skal en langt højere og mere udviklet Intelligens til at kunne kæmpe sig frem til de store Resultater uden at behøve at slaa de andre i Kapløbet ihjel end til at bane sig Vej ved at trampe alt og alle ned. Den moralsk tykhudede er ogsaa ofte den intellektuelt forgrovede.

For dem, der skal angive Retningslinjerne i Samfundet ved Ansvar for Retsbrud, først og fremmest Lovgiveren, maa denne Opfattelse af Menneskelivets Kaar føre til at sætte dette Ansvar efter en høj Standard. I Loven om Erstatning for retstridige Handlinger bør Ansvarsbetingelse 2 (S 341) da efter de ovenfor anførte Grunde formes saaledes, at dette Ansvar indtræder, dersom *den Handling, der foraarsagede Skaden, i Handlingøjeblikket kunde forudses af det samvittighedsfulde og for sin Næstes Vel omhyggelige Menneske at medføre Skade*. Og efter denne Standard bør sikkert allerede Nutidens Retspraksis lidt efter lidt højne Ansvar.

Naar Ansvar sættes efter, hvad der »kunde forudses«, ligger allerede heri, at ikke blot den Skade, der kunde forudses som en *Sandsynlighed*, men at ogsaa den Skade, der kunde forudses som

Læger, der har behandlet den paakørte, eller Erklæringer fra Retslægeraadet til Vejledning for Domstolene, viser der sig desværre ogsaa megen Væken og Usikkerhed selv hos disse sagkyndige Instanser.

I et Tilfælde i U f R 1933.639 havde en Paakørsel af en Kvinde medført Brud paa højre Arm og Beskadigelse af Ansigtet, hvad der foraarsagede næsten 2 Maaneders Ophold paa Hospital og Hvilehjem. (Hun blev forøvrig ramt, da hun reddede en ældre Kvinde fra at blive alvorlig skadet ved Paakørslen). Hun led desuden efter Ulykken af Nervøsitet og Svimmelhed; og under et senere Anfald af Svimmelhed styrtede hun en Dag og brækkede venstre Arm. Ogsaa for denne fjernere Skade blev den for Paakørslen ansvarlige (Københavns Sporveje) idømt Erstatning. Lægeerklæringen udtalte, at ogsaa det sidstnævnte Uheld stod (paa Grund af den opstaaede Svimmelhed) i direkte (udhævet her) Aarsagsforhold til det førstnævnte (Paakørslen).

I et Tilfælde i U f R 1933.281 fik en Mand ved Paakørsel et Saar i Baghovedet og en Hjernerystelse. Den bevirkede en Psykose, der medførte et Ophold paa et Sindsygehospital. Han blev imidlertid udskrevet herfra og genoptog sit Arbejde, men maatte atter ophøre dermed og døde, 10 Maaneder efter Paakørslen. Han led af Hjærtedefekt; og Retslægeraadet udtalte, at Dødsarsagen var et Anfald af denne Hjertesygdom; men da Raadet ikke ansaa det for *udelukket*, at en svær Beskadigelse af Hovedet som den nævnte kan medføre en Forværrelse af en Forkalkning, maa Døden efter alt det foreliggende antages at være en Følge af Paakørslen. Det statueredes, at den for Paakørslen ansvarlige var erstatningspligtig ogsaa for den fjernere Følge, Dødsfaldet.

Disse to Retsafgørelser, der begge tilkender Erstatning ogsaa for de fjernere Følger af den skadegørende Handling, maa sikkert billiges.

Da en Vogn paakørte en Sygevogn, fik en deri værende syg Kvinde, der ved Paakørslen slyngedes ud paa Gulvet af sidstnævnte Vogn, et Nervechok med derefter følgende Symptomer, der tydede paa Hjerneblødning, var derefter en Tid paa Sygehus, men kom, da hun en Dag faldt bevidstløs om, paa Nervesanatorium, og døde et Aar efter Paakørslen af et apoplektisk Tilfælde. To Læger, der behandlede hende, udtalte, at hendes i Forvejen for høje Blodtryk har forværret sig ved det af Paakørslen bevirkede Chok, og at den Hjerneblødning, som tilsidst voldte hendes Død, saaledes havde til Aarsag den hende ved Paakørslen tilføjede Skade i Forbindelse med hendes høje Blodtryk. Retslægeraadet udtalte derimod, at denne Hjerneblødning ikke kunde siges at være en direkte (udhævet her) Følge af Paakørslen, men maa antages at være foraarsaget ved hendes for høje Blodtryk. Den for Paakørslen ansvarlige blev derfor frifundet for ethvert Erstatningskrav i den Anledning, U f R 1930.390.

Først bemærkes, at de behandlende Læger har haft et Førstehaandsindtryk, som Retslægeraadet ikke havde, og som man ved Bedømmelse af konkrete Aarsagsammenhæng maa tillægge den største Betydning. Men dernæst ses det ikke, at der her i dette Tilfælde er en fjernere eller mere indirekte Aarsagsforbindelse mellem Paakørslen og Dødsfaldet end i det lige ovenfor nævnte Tilfælde i U f R 1933.281. I begge Tilfælde led den paakørte i Forvejen af en kronisk Lidelse, Hjærtedefekation, for højt Blodtryk — og Døden indtraadte lang Tid — 10-12 Maanedere efter Paakørslen. Og det turde i Virkeligheden i begge Tilfælde være vanskeligt med Sikkerhed at antage, at der er en nærmere Aarsagsforbindelse mellem Dødsfaldet og Paakørslen. For at bruge Retslægeraadets eget Udtryk i Sagen i U f R 1933.281 maatte man formentlig korrekt ogsaa i nærværende Sag kunne sige, at det *ikke* kan anses for *udelukket*, at Chocket ved Paakørslen har forværret vedkommendes Blodtilstand. Man kan ogsaa udtrykke det saaledes: Alt, hvad man kan slutte af de foreliggende Fakta i begge Tilfælde, er, at det maa anses for *sandsynligt*, at naar et Menneske, der lider af Hjærtedefekation eller for højt Blodtryk, paakøres, forværres dets Tilstand ved en saadan Paakørsel med deraf følgende Chock. Dødsfaldet maa ialtfald anses for en sandsynlig, fjernere Følge af Færdssulykken.

Nu kan de, der paakører Mennesker, ikke forvente, at de paakørte altid er kraftige og unge Mennesker; de maa tværtimod kunne forudse eller paaregne, at da der i Samfundet altid findes en vis, ret betydelig Procent af ældre eller svagelige Mennesker, vil deres Paakørsel ofte kunne medføre alvorligere Følger for disse Mennesker, end naar de paakørte er unge og stærke, og forværre den i Forvejen værende Svækkelse, mulig med Dødens Indtræden paa et senere Tidspunkt. *Det for sine Medmenneskers Vel omhyggelige Menneske* vil derfor i høj Grad regne med disse Faremuligheder, uanset om man vil kalde dem fjernere eller mere indirekte end Skaden ved selve Sammenstødet. Og efter denne Standard for Paaregnelighed eller Forudseelighed maa Ansaret fastsættes.

Men efter de anførte Grunde maa der da ogsaa idømmes Ansvar i Tilfælde, hvor en Paakørsel medfører et Kraniebrud og en deraf opstaaet Depression, som resulterer i Selvmord et halvt Aar efter Kørselsulykken. Der ses ikke at kunne gøres nogen Forskel paa, om Skadetilføjelsen bevirker Døden gennem en psykisk eller en fysisk Lidelse. Afgørelsen i U f R 1932.964 er derfor formentlig urigtig. Ligeledes er det dybere set irrelevant, om en Trafikulykke medfører et Nervechok for den direkte af Ulykken ramte eller for dennes Mor eller anden nær Slægtning. Derfor er Dommen i U f R 1931.124 heller ikke rigtig. Den, der paakører, og, som i dette Tilfælde, dræber en Dreng, maa kunne paaregne som ret sandsynlig, at Drengens Mor ved Synet af sin dræbte Dreng faar et Nervechok, og maa derfor er-

statte al heraf opstaaet Skade for Moren, f Eks Udgifter til Ophold paa et Nervesanatorium eller Hospital, Erhvervstab for de paaerøende o l, se iøvrig ogsaa nedenfor.

Skade foraarsaget ad sjælelig Vej, og Skade paa sjælelige Goder.

Der er paa flere Steder i det foregaaende fremdraget Tilfælde, som ud fra det virkelige Livs Erfaringer viser, hvor vanskeligt det er at vinde blot intellektuel Forstaaelse for, endsige retslig Anerkendelse af, at Mennesker ikke blot kan dræbe og saare hinanden ved ydre, fysiske Midler, men ogsaa ved *sjælelig virkende Kræfter*. Men ligesaa vanskeligt er det at vinde Forstaaelse for og Anerkendelse af, at ogsaa Skade paa rent *sjælelige Goder* bør erstattes eller mødes med anden Retshaandlævelse. Meget ofte hænger disse to Spørgsmaal nøje sammen, ti i mangfoldige Tilfælde foraarsages de sjælelige Skader ved sjælelige Lidelser.

Straffelovene, selv de mest moderne, lever stadig i den nedarvede gamle Tankeverden, at man kun kan slaa et Menneske ihjel med en Økse eller lignende ydre Midler. Allerede det at dræbe et Menneske ved at tilføje ham en Nerverystelse, f Eks ved forsætlig urigtig at meddele ham hans Hustrus eller Børns Død vil Domstolene næppe kunne ramme efter Drabsparagraffen eller Voldsparagraffen (f Eks dansk Straffelovs §§ 237 og 244), selvom den angrebnes Død eller Helbredsødelæggelse som Følge af Nerverystelsen var forudset af en saadan Voldsmand. Man skulde iøvrig ikke synes, at Afstanden fra at forvolde et Menneskes Død eller Helbredsødelæggelse ved en Hjernerystelse til at forvolde den ved en Nerverystelse er synderlig stor. Men Straffelovens Udtryk holder sig til de *rent ydre* Fænomener (jfr Ordene: »angriber en andens *Legem*« i dansk Strfl. § 244) og tvinger derfor Domstolene til at fastholde saadanne unaturlige Sondringer. Og gaar vi ud fra disse Tilfælde over til sjælelige Drab og Helbredsødelæggelser under Erhvervskampen og i det personlige Livs Tragedier, vil Strafferettens

nedarvede snevre Begreber og tilvante Anskuelser udelukke enhver Tanke om Straf (jfr Eksempler S 356-58, 373-75). Og dog skulde man synes, at det vilde have været ret rimeligt, om f Eks de Fabrikanter, der under Storindustriens første Periode ødelagde Kvinders og Børns Helbred og Liv ved usunde Arbejdslokaler og for lang Arbejdstid, allerede, inden Fabrikslovgivningen begyndte, var blevet straffet, ialtfald for uagtsomt Drab eller Helbredsødelæggelse (jfr dansk Strfl §§ 241 og 249).

Fremtidens Straffelovgivning maa, efter min Opfattelse, ogsaa tage Spørgsmaalet om den sjælelige Foraarsagelse op til Behandling. Men i endnu *højere Grad* maa *Erstatningsretten* tage sig af de sjælelige Voldshandlinger; og paa dette Omraade kan Domstolene allerede indenfor den nugældende Ret udrette meget — dvs i de Lande, hvor man, som i Norden, ingen hæmmende Lovregler har. Men Erkendelsen heraf baner sig kun langsomt Vej, og kun indenfor begrænsede Omraader. Som et illustrerende Tilfælde fra Retspraksis kan her nævnes: ved A's Drab af B tilføjes der dennes Mor C en sjælelig Rystelse, som medfører hendes Død, eller varig Helbredsvekkelse, hvorved hendes Ægtefælle D mister den Arbejds-kraft, der var en væsenlig Betingelse for Opretholdelsen af C og D's Forretning. I dette Tilfælde har en dansk Dom nægtet at anerkende et Erstatningskrav; en engelsk Dom har derimod anerkendt det. Begge Domme beskæftigede sig forøvrigt kun med den *økonomiske* Skade, der fulgte af den ved den sjælelige Rystelse forvoldte Død. Naturligvis bør der ogsaa her indrømmes Erstatning for sjælelige Lidelser. Men dernæst vil det, naar Erstatning idethele indrømmes i dette Tilfælde, ses, hvor urimeligt det vil være at nægte Erstatning i det ovenfor nævnte Tilfælde, hvor den sjælelige Rystelse ikke tilføjes ved en ydre Handling, men ad sjælelig Vej, ved forsætlig urigtig Meddelelse om en nærstaaendes Død. Idetheletaget bør der indrømmes Erstatning — for økonomisk Tab eller sjælelig Lidelse — uanset, om det økonomiske Tab er tilføjet ved ydre legemlige eller ved sjælelige Midler, og uanset om de sjælelige Li-

delser er tilføjet ved legemlige eller sjælelige Midler. Men den nu-gældende Erstatningsret i Landene er ganske ufuldstændig og vil-kaarlig, giver Erstatning i én Gruppe Tilfælde, men ikke i en anden. For at faa en Oversigt over hele dette Omraade, maa man formentlig sondre mellem 4 Grupper af Tilfælde:

1. Tilføjelse af *legemlig* og *økonomisk Skade* ad *legemlig* (fysisk) *Vej*. Eksempler: et Skud berøver en Person Armen, hvilket — ganske bortset fra den sjælelige Lidelse — medfører en ydre, legemlig Skade og et materielt, økonomisk Tab, nemlig forringet Arbejds- og Erhvervsevne; Tilintetgørelse, f Eks ved Brand af en værdifuld Ejendom, fast eller løs.

2. Tilføjelse af *økonomisk Skade* ad *sjælelig Vej*. Eksempler: Det ovennævnte Tilfælde, hvor et Drab medfører sjælelig Rystelse med deraf følgende Død eller Helbredsvækkelse til Skade for Erhverv; idethele sjælelig tilføjede Lidelser med Tab eller Svækkelse af Arbejdskraft og Erhverv; endvidere ofte Tab ved ubeføjet Kritik, Udkonkurrering o l.

3. Tilføjelse af *sjælelig Skade* ad *legemlig* (fysisk) *Vej*. Eksempler: Skade paa Person, Lemlæstelse, der medfører Lidelse eller Vansir, (eller begge Dele); Sorg over Søns eller Ægtefælles Drab; *Skade* paa en *Ejendom*, fast eller løs, der har en særlig personlig Følelsesværdi for Ejeren; Krænkelser af sjælelig bestemte Servitutter (f Eks Villaservitutter) ved Forandring af den servitutbehæftede Ejendom eller Opførelse af nye Bygninger.

4. Tilføjelse af *sjælelig Skade* ad *sjælelig Vej*. Eksempler: Ærefornærmelser og de ovenfor først anførte Tilfælde fra Erhvervs-kampen o l, endvidere Lidelser ved sjælelig Rystelse (jfr Tilfældet under Gruppe 2), Lidelser i personlige Livsforhold, ved positivt urigtig eller paa anden Maade uberettiget offentlig Kritik, Udkonkurrering o s v.

Hvad enten nu den sjælelige Lidelse er tilføjet ad sjælelig eller ad legemlig, materiel Vej, er der lige god Grund for Retshaand-hævelsen til at gribe ind. I og for sig er det begrundet at give Er-

statning for immateriel, sjælelig Skade og ved immateriel Tilføjelse af materiel Skade i alle de under 2-4 nævnte Tilfælde. Men Anerkendelsen heraf kæmper sig kun langsomt frem i Retslivet. Først anerkendes Erstatningskravet ved enkelte særlig graverende Tilfælde under Gruppe 3 og 4, nemlig ved Drab og Lemlæstelse og ved Ærefornærmelser. Det er ogsaa de lettest forstaaelige og mest skattede Goder, der her angribes. Allerede i middelalderlig Ret gaves der ved de den Gang anvendte Bøder til de Private i et vist Omfang Erstatning ogsaa for immateriel Skade. Og i Lovgivningen fra Slutningen af det 19 og 20 Aarhundrede anerkendes Erstatningskravet ved sjælelige Lidelser i disse særlige Tilfælde. Derimod har det voldt og volder stadig store Vanskeligheder og Modstand at faa et Erstatningskrav anerkendt i de andre under Gruppe 3 og 4 samt Gruppe 2 faldende Tilfælde, altsaa i de Tilfælde, hvor enten Skaden eller den skadende Handling er af sjælelig, usynlig Art. Selv de nyeste Lovbestemmelser giver kun Retsbeskyttelse i visse Undergrupper af de herunder faldende Tilfælde. Den danske Ikrafttrædelseslov af 1930 § 15, 1 giver saaledes vel Erstatning i betydelig flere Tilfælde end Straffeloven af 1866 § 301; men Kresen baade af *Goder* og skadende *Handlinger* er dog stadig stærkt begrænset. Det er kun ved Goderne: *Legeme, Frihed, Ære og Fred*, at der gives Erstatning for sjælelige Lidelser; og for de to sidst nævnte Goders Vedkommende er Erstatningen yderligere begrænset til Tilfælde, hvor Lidelsen er tilføjet ved *strafbare* Handlinger. *Udenfor Goderne* falder saaledes *Ejendom*. Hermed er det givet, at mange Tilfælde under Gruppe 3 falder udenfor Beskyttelsen. *Udenfor de strafbare Handlinger* falder mange Former for Ødelæggelse og Underminering af økonomisk Eksistens. Iøvrig bemærkes, at de sjælelige Tilføjelser af økonomisk Skade (Gruppe 2) slet ikke berøres af § 15.

Der trænges iøvrigt i Grupperne 3 og 4 til et nyt Retshaandhævelsesmiddel ved Siden af Erstatning og Straf, nemlig et Middel, der har noget af begge disse i sig, som baade kan give den Kræn-

kede en væsenlig Erstatning for sjælelig Lidelse og samtidig give denne Erstatning et Element af Straf i sig ved at afpasse Erstatningens Størrelse efter Skyldens Grad og Gerningsmandens Formueforhold, hvorfor dette Retsmiddel bedst kan kaldes *Bod*, se herom *Popp-Madsen*, særlig 1-6, 16 ff, 47 ff, 130 ff, 205-15, 276 ff. Ganske særlig er det begrundet at anvende et saadant Retsmiddel, hvor Gerningen bærer Vidnesbyrd om Skadelyst eller ringeagtende Hensynsløshed hos den Skyldige, s *Værk* 355.

Naar Lovbestemmelserne om Erstatningsansvar for sjælelig Skade, derunder den nævnte danske § 15, søger særlige Begrænsninger for dette Ansvar, baade i Henseende til Goder og m H t Handlinger, bunder det vel i en vis videnskabelig Usikkerhed overfor hele Problemet — der er naturligt, da det ikke er tilstrækkelig

Popp-Madsen har bragt en væsenlig Klarhed ved at udsondre i forskellige Grupper de Tilfælde, man har søgt at behandle i de herhen hørende Lovbestemmelser, hos os Straffelovens 1866 § 301 og Ikrafttrædelseslovens 1930 § 15, og har derved paavist disse Lovbestemmelseres Utilstrækkelighed. Han sondrer mellem Tilfælde, hvor Handlingen krænker en I *Affektionsinteresse*, nemlig a. Affektionsinteresse i en andens Person (Eks Sorg ved en andens Død), b. Samme Interesse i egen Person (Eks et Saar, der efterlader Lyde og Vansir), c. Affektionsinteresse i en Ejendom — Genstand, der tilhører en Anden, d. Samme Interesse i ens egen Ejendom, II Tilfælde, hvor Handlingen tilføjer Svie og Smerte d v s en Lidelse, foranlediget ved legemligt Indgreb, og III Tilfælde, hvor Handlingen tilføjer en Tort d v s en Lidelse, der opstaar ved, at Personens Følelse af eget Værd uberettiget saares. I Grupperne I b og d, II og III vil han give Beskyttelse, men ikke i Gruppe I a og c. Og i III finder han Bodens Anvendelse særlig berettiget, se idethele *Popp-Madsen* 276-335. Den ovenfor ved Tekstens Gruppe 2 nævnte danske og engelske Dom er anført s V 265 Note 2 og er U f r 1931. 124 og 1925. 1. KB S 141. Ogsaa *Popp-Madsens* Forslag til en ny § 15, S 335, er værdifuldt, idet det paa en frugtbar Maade sætter dette legislative Problem under Debat.

Sammenligner man denne Forf.s Grupper I (b og d), II og III med de i Teksten fremhævede Grupper 3 og 4, vil det ses, at I (b og d) og II dækker de fleste vigtigere Tilfælde af dem, der falder under Gruppe 3, nemlig de Tilfælde, hvor der tilføjes en sjælelig Lidelse ved Indgreb i de to ydre Goder, *Legem og Ejendoms-genstand*. Derimod dækker Tilfældene under III

opdyrket —, men ogsaa i en instinktiv rigtig Erkendelse af, at Retsordenen langtfra kan beskytte alle sjælelige Goder eller beskytte dem mod alle Arter af Handlinger. Lovgiverne har imidlertid her manglet Overblikket over hele dette Problem med dets mange nye Omraader, ligesom de har savnet en Undersøgelse af de sjælelige Lidelser, der maa falde udenfor Retsbeskyttelsen. Saavidt jeg formaar at se, kan den danske § 15's og lignende Lovreglers Begrænsninger ikke fastholdes i Fremtiden. Ovenfor S 278 ff, og S 370 ff har jeg forsøgt at give en Afgrænsning af de udenfor Beskyttelsen faldende Omraader. Herefter maa man vistnok opgive Tanken om at finde Begrænsninger for en saadan Lovregel i en Opregning af bestemte Goder eller Rettigheder eller af bestemte Handlinger. Man maa, efter min Opfattelse, tage til Udgangspunkt, at Tilføjelse af sjælelige Lidelser som *almindelig Regel* er retstridig, men derefter som vidtrækkende *Undtagelser* fremhæve: Lidelser, der kan begrundes i Opdragelsens, Helbredelsens eller Straffens Øjemed, i Medfør

kun en mindre Del af de under Gruppe 4 faldende Tilfælde; og Gruppe 2 falder, efter den af Forf. selv valgte Begrænsning af sit Emne, S 264-65, udenfor hans Undersøgelse.

Saavidt jeg formaar at se, bør der ogsaa gives Erstatning for Krænkelser af sjælelige eller aandelige Interesser i en Andens Ejendom, Gruppe I c, forsaavidt disse iøvrig er retslig anerkendt, enten ifølge Loven eller privat Aftale, selvom Krænkelsen ikke har Karakteren af en *Tort*, altsaa selvom Krænkelsen ikke indeholder nogetsomhelst Angreb paa den krænkedes Ære, Agtelse, Værdighed, Menneskeværd e.l. Ligeledes er jeg tilbøjelig til at mene, at der, ligesom i fransk Ret, ogsaa bør gives Erstatning i Tilfældene under Gruppe I a (f Eks. ved Sorg over den dræbtes Død, navnlig ved forsætligt Drab). Endelig maa Erstatningen eller Boden udstrækkes til alle under min Gruppe 4 faldende Tilfælde.

Iøvrig forekommer det mig naturligt i Forbindelse med denne Undersøgelse ogsaa at behandle materiel Skade ad sjælelig Vej, Gruppe 2, ti det har idetheletaget vist sig vanskeligt at faa anerkendt Retsbeskyttelse ved sjælelige Aarsagsforbindelser og sjælelige Skader, hvortil kommer, at Skadetilføjelse ad sjælelig Vej saa godt som altid medfører sjælelige Lidelser, enten alene eller i Forbindelse med økonomisk Skade.

Popp-Madsens Forslag til en ny § 15 er betydelig mere vidtgaaende end

af den Enkeltes frie Valg af personlige og økonomiske Forbindelser, af saglig beføjet Kritik, af et Kapvirke indenfor rimelige Grænser, eller af andet samfundsmæssig berettiget Formaal. Nærmere kan man næppe i en Lovregel komme Sagen. Hvilke andre Formaal der foruden de her særlig nævnte kan gøre Tilføjelse af menneskelig Lidelse samfundsmæssig berettiget, maa overlades til nærmere Udformning i Videnskab og Retspraksis. I dette Problem vil den her givne Formulering vistnok give de rigtige Retningslinjer for Samarbejdet mellem Lovgivningen, Videnskab og Praksis. Ligesaa lidt som man kan begrænse Ansvarret for sjælelige Lidelser til strafbare Handlinger, ligesaa lidt kan man begrænse det til de ifølge den øvrige Ret retstridige Handlinger, ti det maa netop forbeholdes det her fremhævede Samarbejde at udfinde Grænsen paa forskellige Omraader mellem det retstridige og det retmæssige paa dette Omraade ved at undersøge, dels hvilke Goder der fortjener og retsteknisk egner sig til Retsbeskyttelse, og dels, hvilke Handlinger der

den nuværende § 15. Men selv dette Forslag rammer efter det ovenfor udviklede ikke vidt nok. Ogsaa dette Forslag har følt en Trang til visse særlige Begrænsninger, nemlig m H t Goder. Men saa vidt jeg formaar at se, maa selv disse rummelige og iøvrig retsteknisk godt gennemførte Begrænsninger opgives; og istedenfor en positiv Angivelse, ved Goder og Handlinger, af de sjælelige Lidelser, for hvilke der skal gives Erstatning og Bod, bør man vistnok i Fremtiden i Loven *negativt* angive, hvilke sjælelige Lidelser der ikke bør eller kan rammes, se nærmere ovenfor i Teksten i det følgende.

Nævnte Forslags Udtryk: »retsbeskyttet Affektionsinteresse« er ret ubestemt og forudsætter i Virkeligheden en mere almen Undersøgelse af det Problem, som jeg ovenfor har forsøgt at give et Bidrag til, nemlig: hvilke sjælelige Lidelser maa af samfundsmæssige Grunde paa de forskellige Livsomraader — Erhvervskampen, den offentlige Kritik, det personlige Liv, — anses for beføjede og hvilke maa anses for retstridige?

Jfr iøvrig om nævnte Forslag *Henry Ussing* i U f R 1933 B 243-46, jfr 237 ff, og om *Tort ved offentlig Kritik af aandelige Frembringelser Jørgen Bentzon* s. St. 200-5 og *Popp-Madsen* 224-35 (førstnævnte med talrige illustrerende Eksempler paa Tort fra dette Omraade og sidstnævnte med rigdhoidig Domspraksis fra samme Omraade).

Om et Lovforslag i denne Retning se U f R 1939. 325 ff og 293 ff.

kan og bør rammes. Men ingen nøksaa specialiseret Lovregel kan paa Forhaand og bindende for Eftertiden udtømmende angive disse Goder og disse Handlinger. Ligesom den nævnte danske § 15 giver tysk Ret i Straffeloven 1871 § 188, jfr §§ 186 og 187, og B G B §§ 847 I og 1300 kun en Erstatning eller Bod for sjælelige Lidelser i enkelte særlige Tilfælde, ved bestemte Handlinger og bestemte Goder; og Begrænsningerne er endnu mere snevre og vilkaarlige end efter dansk Ret. Derimod maa det erkendes, at *fransk Retspraksis* paa Grundlag af den almindelige Erstatningsregel i Code civil Art 1382 og 1383 er naaet ret vidt i Beskyttelsen af de sjælelige Goder; og det samme gælder *engelsk Retspraksis* ud fra den nedarvede Rets Grundsætninger om damages. Men selv disse Landes Ret anerkender dog ikke Retsbeskyttelsen i det Omfang, som jeg efter det ovenfor anførte maa anse for retfærdigt.

Ved den nærmere Fastsættelse af Erstatningen eller Boden til den Krænkede for sjælelige Lidelser bør der tages et særligt Hensyn til, om den skyldige har handlet med Forsæt; og det bør her navnlig tages i Betragtning, som graverende Omstændighed, om han ved Skadetilføjelsen har udvist en særlig Hensynsløshed eller Skadelyst. Det er engelsk Rets Fortjeneste at have udviklet Retsbeskyttelsen herimod, ved Idømmelsen af exemplary damages, baade ved særlig farlige Ærefornærmelser (trykte eller skrevne Fornærmelser, libels,) og ved andre særlig grove Retsbrud; og det er utvivlsomt rigtigt i denne Henseende at følge engelsk Rets Eksempel. Exemplary damages er i Virkeligheden en Bod, der idømmes uden særligt Bevis for økonomisk Skade, og som altsaa ogsaa rummer Erstatning for sjælelige Lidelser ved særlig grove Retsbrud. Bodens Størrelse bør idethele afpasses efter Skyldens Grad og den skyldiges Formue- og Indtægtsforhold. Sondringen mellem Forsæt og Uagtsomhed og mellem særlig ondartede Former for Forsæt og andre har hidtil kun spillet en Rolle indenfor den straffende Retshaandhævelse. Men ved det nye Retsmiddel Boden, der har et Strafmoment i sig ved Siden af Erstatningsmomentet, er det kun

naturligt, at de særlig hensynsløse Retsbrydere ogsaa ved dette Retsmiddel rammes særlig haardt.

Der vil forøvrig ogsaa kunne blive Brug for en anden Form for Bod, nemlig en Bod til et offentligt Fond, baade ved uagtsomme og forsætlige Retsbrud, nemlig i Tilfælde, hvor den erstatningsberettigede er død, og hvor en Bod til et bestemt offentligt Formaal, som repræsenteres af vedkommende Fond, baade af Skadevolderen og Omgivelserne føles som en naturligere og retfærdigere Udsoning af Brøden end den almindelige Bødestraf.

Det antages i Almindelighed, at man normalt kun er ansvarlig — til Erstatning, Straf e a — for den Skade, man forvolder ved sine *Handlinger*, men ikke for Skade ved sine *Undladelser*. Der kan imidlertid ikke drages en saadan Sondring. I mangfoldige Tilfælde drages man netop til Ansvar for sine Undladelser; og det er ofte et Formuleringsspørgsmaal, om man vil kalde en Persons retstridige Forhold for en Handling eller en Undladelse. F Eks kan man om den Person, der en Nat kører med Vogn uden Lygter, eller som gaar bort og uden Tilsyn lader et Barn sidde i en Vindueskarm, baade sige, at deres Forhold bestaar i den Handling at køre uden Lygter eller at efterlade Barnet uden Tilsyn, og at, det bestaar i at undlade at bruge Lygter eller Tilsyn ved nævnte Kørsel eller Bortgang. Der kan idethele næppe siges noget almindelig om Undladelser i Modsætning til Handlinger. Det afgørende for begge maa være, om man efter Ansvarsbetingelserne 2 og 6 kan drages til Ansvar for sin Handling eller Undladelse, altsaa om man ved dette sit Forhold kan siges at være Aarsag i retslig Forstand til Skaden, d vs om den indtraadte Skade af et samvittighedsfuldt og omhyggeligt Menneske kunde forudses som en Følge af ens Handling eller Undladelse, og, om der paa vedkommende Omraade ikke er samfundsmæssige Grunde, der alligevel maa fritage for Ansvar for Handlingen eller Undladelsen. Nu er Forholdet det, at hvis man

selv er den, der ved sin Handling eller Undladelse først har sat den skadende Aarsagsbevægelse i Gang, er det retstridigt at undlade at træffe afværgende Foranstaltninger, medens man derimod, *hvis en truende Skade paa Andres Goder ikke stammer fra en selv*, idet en *anden* — eller *Naturen* — først har sat den skadende Aarsagsbevægelse i Gang, normalt ingen retslig Pligt har til at træffe Foranstaltninger, der kan afværge Skaden. Undladelse af at afværge Skaden er altsaa paa dette Omraade — selvom Undladelsen kunde forudses at medføre eller forøge Skaden — ikke retstridig. Og det ligger i, at det er en samfundsmæssig naturlig og rigtig Arbejdsdeling og Ansvarsfordeling, at enhver i sin Forudseen samler sig om de Skader og Farer, *han selv* sætter i Gang, medens det vilde være en utaalelig Byrde, hvis man ogsaa skulde passe paa at afværge Skader, som *andre* Mennesker eller *Naturen* sætter i Værk og er første Aarsag til, ligesom en saadan afværgende Virksomhed tilmed ofte vilde blive følt som en ukaldet Indblanding i andres Anliggender. Der kan derfor ikke normalt, men kun undtagelsesvis være en Pligt til Afværgelse af andre Menneskers eller Naturens Skade paa fremmede Interesser. Undtagelser herfra er i Lovgivningen særlig hjemlet, naar der er Fare for de vigtigste Livsgoder, (se f Eks den danske Strfl §§ 141, 142, 185 og 253).

Sammenfatning.

Naar Erstatningsansvaret (eller Boden) skal bedømmes efter den Standard, det foregaaende har søgt at begrunde, og Ansvar paalægges ogsaa ved sjælelig tilføjede Skader og ved Krænkelser af sjælelige Goder i det her hævdede Omfang, vil der være adskillige Tilfælde, hvor der ikke hidtil er ydet Retsbeskyttelse. Og det vil ofte stride mod de tilvante Forestillinger at give Retsbeskyttelse her. Men derfor bør den ikke nægtes.

1. Tager vi saaledes de i det foregaaende belyste Eksempler fra *Erhvervskampen* (jfr S 342-43, 374-75) maa det formentlig erkendes,

at selvom den helt tilfredsstillende Løsning overhovedet ikke naas under den nuværende Samfundsordning, bør Erstatningsretten ikke derfor helt lægge Hænderne i Skødet overfor alle de Lidelser, der tilføjes i denne Kamp. Der kan godt sættes visse Grænser ogsaa under den gældende Retsordning. Allerede Lovregler og andre Retsregler om Boycot og om utilladeligt Kapvirke sætter visse Grænser for denne Kamp. Men der er ingen Grund til at blive staaende herved. Der er ganske vist under den nuværende Erhvervsforfatning intet at gøre ved, at en Person A, der opdager, at der i en Gade drives en Forretning af B med 6000 Kr's Netto-indtægt, i samme Gade opretter en Forretning i de samme Varer med det Resultat, at B fremtidig kun tjener 3000 Kr og A 3000 Kr, endskønt der samfundsmæssig intet Behov er for to Forretninger med deraf følgende Kraft- og Værdispild i et saadant begrænset lokalt Omraade. Tabet — 3000 Kr's Indtægt — kan B utvivlsomt ikke faa erstattet af A under den nuværende Retsordning, ligesaa lidt som de sjælelige Lidelser, Kampen volder ham, ti disse Tab og Lidelser er ligefrem en Konsekvens af denne Ordning. Derimod behøvede man maaske i og for sig ikke ogsaa at betragte det som en Konsekvens af den nuværende Ordning, at en *Storforretning* ved sin Kapitalkraft *slaar en eller flere* mindre Næringsdrivende *helt ud af Erhvervet* og derved ødelægger deres hele Eksistens. Den gældende Næringsordning tilstræber tværtimod at opretholde de smaa selvstændige Bedrifter. Hvis Storforretningen mener at kunne opnaa langt større økonomiske Resultater end de hidtil virkende mindre Forretninger, synes det i og for sig ikke urimeligt, at den ogsaa som en passende samfundsmæssig Driftsudgift maatte bære en Erstatning for disse Forretningers Tilintetgørelse. Alligevel vil Retspraksis vel nok vige tilbage for et saadant Erstatningsansvar under den nuværende Ordning, endskønt den almindelige Erstatningsregel er rummelig nok til at kunne begrunde Ansaret.

Men hvad man nu end vil mene herom, er der ialtfald ingen Grund til at nægte et Erstatningsansvar for Indtægtstab og Bod

for Tilføjelse af sjælelige Lidelser i det Tilfælde, hvor Storforretningens Indehaver forsætlig, som Led i en personlig Forfølgelse, ødelægger den anden Forretnings Eksistens (jfr S 374-75). En betydelig Bod vilde netop i et saadant Tilfælde være paa sin Plads, ved Helbredsødelæggelse til den skadelidende og ved Død til dennes nærmeste eller et offentligt Fond. Hvad der gælder personlig Forfølgelse i Erhvervskampen, maa ogsaa gælde personlig Forfølgelse gennem offentlig Kritik.

2. Den, der ved Drab af en anden tilføjer dennes Nærmeste en Rystelse med Helbredsødelæggelse eller Død til Følge (jfr S 382), burde baade erstatte det materielle Tab ved sidstnævnte Ulykker og betale Bod for sjælelig Lidelse til den skadelidende eller, hvis denne er død, til dennes Nærmeste eller til et offentligt Fond. Bodden maa forhøjes væsentligt ved forsætligt og hensynsløst uagtsomt Drab.

3. Den, der forvolder en Andens Død eller Helbredsødelæggelse ved urigtig — forsætlig eller uagtsom — Meddelelse om en den Anden nærstaaende Persons Død (jfr S 381), burde erstatte denne Andens økonomiske Tab og yde Bod for sjælelige Lidelser til ham eller, hvis han er død, til et offentligt Fond.

I de ovennævnte Tilfælde 1-3 burde der efter gældende *dansk* Ret idømmes Erstatning for det materielle Tab efter den almindelige Erstatningsregel. Derimod er Erstatning for sjælelig Lidelse udelukket paa Grund af Ikrafttrædelseslovens § 15 positive Begrænsninger (jfr Ordene »Legeme« og »strafbare«).

4. Tilføjelse af sjælelige Lidelser og deraf følgende økonomiske Tab i *personlige Livsforhold* (jfr S 357-59, 375). I disse meget personlige Forhold vil de krænkede i Reglen ikke have Viljen til at rejse Krav paa Erstatning eller Godtgørelse. Men det kunde dog tænkes at forekomme og være naturligt. Tag f Eks det Tilfælde, at en Mand ved et forbryderisk Liv ødelægger sin Hustrus eller sine Forældres Helbred, at disse senere kommer i Nød, og at han ved et Tilfælde i Tiden derefter pludselig bliver Ejer af en Formue. Her vilde en

Erstatning for materiel Skade og en Bod for sjælelig Lidelse ingenlunde kunne anses for urimelig; og hvis de nævnte skadelidende er døde, vilde en Bod til et offentligt Fond kun være en retfærdig Udsoning af hans Skyld.

5. Tilføjelser af sjælelige Lidelser og økonomiske Tab i *Tjenesteforhold*, være sig i Statens, Kommunens, et Selskabs, et Firmas eller en Enkeltpersons Tjeneste. Hvis den ene ansatte ved Intriger, Bagholdsangreb og andre Manøvrer uden saglig Berettigelse undergraver en anden ansats Stilling for derved selv at bane sig Vej til denne eller for blot at fortrænge den Anden fra denne, synes en Erstatning for økonomisk Tab, Helbredsødelæggelse og en Bod for sjælelig Lidelse ogsaa at være paa sin Plads, selvom ogsaa Tanken herom strider stærkt mod tilvante Forestillinger. Ogsaa her kan der, hvis den forurettede er død, blive Brug for en Bod til et offentligt Fond.

I disse Tilfælde, 4 og 5, er i *dansk* Ret Erstatning for sjælelig Lidelse eller Bod udelukket efter § 15, og Skadeserstatning for økonomisk Tab tvivlsom, da den ligger helt udenfor de tilvante Forestillinger. I og for sig er den almindelige Erstatningsregel selv her rummelig nok.

Alle de ovennævnte under 1-5 nævnte Tilfælde er Tilfælde af sjælelig Tilføjelse af sjælelig og materiel Skade. De her fremhævede Tilfælde er naturligvis langt fra udtømmende, men kun fremhævet som illustrerende Eksempler paa nogle af de vigtigste Grupper af Tilfælde.

Gaar vi dernæst over til de paa forskellige Steder i det foregaaende fremhævede *Tilfælde fra det fjernere Forudseelighedsfelt*, er Forholdet det, at der efter den her hævdede Standard for Ansvarret bør paalægges Erstatningsansvar eller Bod i alle disse Tilfælde, og at det ogsaa er muligt i samme Tilfælde at idømme Erstatning i Retspraksis gennem en Udvikling indenfor den almindelige Erstatningsregel. En Bod vil ofte her kunne idømmes efter vedkommende Rets sædvanlige Regel herom (i dansk Ret § 15), hvis den almindelige Erstatningsregel først erkendes at kunne omfatte

disse Tilfælde. Men i adskillige af disse Tilfælde vilde en særlig Bod til et offentligt Fond være naturlig.

6. I et Tilfælde som det S 369-70 omtalte burde, som der fremhævet, de højere Myndigheder, der fordelte Arbejdet og valgte Personerne til de forskellige tekniske Dele af dette, ifalde Erstatningsansvar og Bod. Det samme burde gælde den næringsdrivende, der ved usunde Lokaler — være sig til Arbejds- eller Soverum — odelægger de hos ham ansattes Helbred (jfr S 356) og efter Omstændighederne den Kusk, der kører et Barn over, der pludselig forlader Fortovet, nemlig naar Kusken dog ved en særlig Omhu og Vagtsomhed kunde have faaet et vist Overblik ogsaa over Fortovet og derved have fulgt ogsaa Barnets Bevægelser.

7. En særlig Gruppe Tilfælde udgør de, hvor en Person ved Mangel paa samvittighedsfuld Agtpaagivenhed bliver Aarsag til sit Barns eller anden *nærstaendes* Død eller Skade paa Helbred (jfr S 366-67, 376). Her er Ulykken i sig selv i Reglen Straf nok for dem, der saaledes ufrivillig kommer til at forvolde deres kærestes Død eller Lemlæstelse. Og alene af den Grund er det forstaeligt, at man næsten aldrig ser Sag rejst i saadanne Tilfælde, hverken fra de private eller Myndighedernes Side. Hvis Døden bliver Følgen af Ulykken, vil der tilmed i Reglen slet ikke være nogen, der *kan* rejse Erstatningssag, eller som, hvis de kan, *vil* rejse den. Alligevel kunde en Erstatning og en Bod tænkes at faa Betydning i enkelte særlige Tilfælde. Hvis et Barn f. Eks lemlæstes ved Ulykken og lider varig Skade paa Helbred og Arbejdsevne, og den af Forældrene, der ved sin manglende Samvittighedsfuldhed er Skyld i Ulykken, senere bliver skilt fra den anden og Barnet, og adskillige Aar efter erhverver en stor Formue, vilde en Erstatning i Form af en Livrente for Barnet være paa sin Plads; hvis vedkommende da ikke selv skulde føle sin Pligt og sit Ansvar i saa Hensende, er det retslige Erstatningsansvar nødvendigt. I andre Tilfælde, hvor en lignende Mangel paa Alvor og Ansvarsbevidsthed maatte lægge sig for Dagen, vilde det, navnlig hvis Ulykken har medført Døden, være na-

turligt at idømme en Bod til et offentligt Fond. Fondets Formaal har en vis Betydning i Forhold til Karakteren af den Brøde, som skal sones med Bod. I det her nævnte Tilfælde vilde saaledes et Fond til Fordel for syge og fattige Børn være naturlig egnet.

Skal jeg mere konkret sammenfatte Resultaterne af den foregaaende Udvikling om Ansvaret for retstridige Handlinger, sker det bedst ved at skitsere et Forslag til Lovregler herom. Disse Lovregler bør da efter min Opfattelse i Hovedtræk gaa ud paa at fastslaa følgende Grundsætninger:

1.

Den, der retstridig tilføjer en Anden en Skade, er pligtig at erstatte denne.

Det er uden Betydning for Erstatningsansvaret, om Skaden tilføjes ved ydre, legemlige Midler, eller om den tilføjes ad rent sjælelig Vej (Rystelser, Lidelser o l).

2.

Skadetilføjelsen er retstridig under følgende Betingelser, nemlig, *naar* den indtraadte Skade er foraarsaget ved menneskelig Handling eller Forhold, *naar* denne Handling eller Forhold af et samvittighedsfuldt og for sin Næstes Vel omhyggeligt Menneske kunde forudses at medføre Skade, saaledes at han enten vilde have undladt den eller truffet særlige Forholdsregler, *naar* Skadevolderen er tilregnelig, *naar* Skaden er tilføjet et Gode, der enten allerede er anerkendt af Loven eller samfundsmæssig fortjener at faa Retsordenens Beskyttelse og praktisk egner sig dertil, og *naar* Hand-

lingen eller Forholdet enten er ramt af en Retshaandhævelse ifølge Loven eller fortjener at rammes heraf, fordi Handlingen eller Forholdet ifølge Behovene paa vedkommende Livsomraade maa anses for samfundskadelig, og den praktisk egner sig til at modvirkes gennem Retshaandhævelse.

3.

Den, der efter de angivne Regler maa anses for den Skyldige i den retstridige Handling eller Forhold, være sig som forsætlig eller uagtsomt handlende, skal ikke blot erstatte den økonomiske Skade herved, men ogsaa yde den krænkede en Bod for den sjælelige Lidelse, den retstridige Handling eller Forhold har forvoldt.

En Handling eller et Forhold, der forvolder sjælelig Lidelse, er ikke retstridig, naar Lidelsen er begrundet i Opdragelsens, Helbredelsens eller Retshaandhævelsens Øjemed, i den Enkeltes frie Valg af personlige eller økonomiske Forbindelser, i saglig beføjet og ridderlig Kritik, i et Kapvirke indenfor rimelige Grænser eller i andet samfundsmæssig berettiget Formaal.

Den krænkedes Samtykke til den skadegørende Handling ophæver denne Retstridighed, med mindre en særlig Lov foreskriver noget andet.

4.

Boden skal give den krænkede fuld Oprejsning og Erstatning for de sjælelige Lidelser, der retstridig er tilføjet ham. Bodens Størrelse skal iøvrig fastsættes efter Skyldens Grad og den Skyldiges Indtægts- og Formueforhold. Boden forhøjes væsentlig, hvis der er handlet med personlig Skadelyst eller med grov Hensynsløshed overfor Næstens Goder.

I ovenstaaende Lovregel 2 er, som det vil ses, samtlige de i det foregaaende fremhævede 5 Betingelser indeholdt.

5.

En Bod skal desuden, baade ved uagtsomt og forsætligt Forhold, kunne idømmes til Fordel for et offentligt Fond, nemlig naar den skadelidende er død og ikke har efterladt sig Ægtefælle eller Livsarvinger.

Fondet skal have et saadant Formaal, at Bodens Erlæggelse til Fondet er naturlig ved en retstridig Handling af den Art, hvorfor Bodden idømmes.

7 Kapitel.

OM SÆRLIG FARLIGE VIRKSOMHEDER OG BEDRIFTER.

SOM jeg ovenfor (S 277) begyndte med at fremhæve, har alt retstigt Ansvar — være sig Erstatning, Straf, Nødværge eller andet — det fælles Formaal at hindre Menneskene i at skade hinanden. Men de forskellige Retshaandhævelsesmidler søger at naa dette Maal ad forskellige Veje. Den Retshaandhævelse, vi kalder den afværgende, søger *direkte* at afværge de *enkelte* skadegørende Handlinger, saa at de overhovedet ikke iværksættes, medens Erstatningen og Straffen først træder i Virksomhed *efter*, at den skadegørende Handling er iværksat. Men derfor maa det naturligvis ikke overses, at baade Erstatningsansvaret og Straffen, skønt de ikke afværger den konkrete Skade, i højeste Grad virker *generelt* afværgende, idet de begge, alene ved deres Eksistens, som en truende Baggrund virker stærkt motiverende ind paa Mennesker i Almindelighed til at undlade at skade Næsten. Det kan vel ifølge Sagens Natur ikke statistisk godtgøres, at Erstatningsansvaret afværger Skaden i mange flere Tilfælde end den konkret opretter dem; men efter Livets Erfaring turde Lovens Erstatningstrusel, der er en Trusel mod det mest almindelig skattede Gode, Pengene, virke overordenlig stærkt motiverende mod mangfoldige Skadetilbøjeligheder og mod langt flere end dem, der omsættes i en skadegørende Handling. Under alle Omstændigheder kan det bestemt hævdes, at den generelle Afværgelse eller Prævention maa anses

som et Hovedformaal for Erstatningen, der ialtfald er mindst lige-saa vigtigt som det andet Hovedformaal, Oprettelsen.

For at sætte Erstatningsansvaret (og Bodsansvaret) efter en saa høj menneskelig Standard, som ovenfor hævdet (Grundsætning 2 Punkt 2), taler nu i høj Grad baade Præventionshensynet og Oprettelseshensynet. Efter de Erfaringer, som det foregaaende har søgt at gøre Rede for, er det strenge Ansvar paa sin Plads, baade til Afværgelse af de flest mulige Skader og til en effektiv Oprettelse i de Tilfælde, hvor der indtræder en Skade. Naar Erstatnings- (og Bods-)ansvaret omfatter alle de Skader, som et samvittighedsfuldt og for Næstens Vel omhyggeligt Menneske kunde forudse som Følger af Handlingen, saa gaar herunder baade, hvad der i det Foregaaende er kaldt Procenttilfældene, og hvad der er kaldt Promilletilfældene. Hvad de sidste angaar, vil det samvittighedsfulde Menneske regne med Skade i disse som en Mulighed, som han enten for en Sikkerheds Skyld træffer Foranstaltninger imod eller regner med at maatte erstatte, hvis de indtræder som Følge af hans Handling. Det første Alternativ, at træffe særlige Foranstaltninger, vil det samvittighedsfulde og for andre omhyggelige Menneske vælge ved Faremuligheder for Liv, Helbred, de sjælelige Goder, eller andre vigtige Goder, herunder i Reglen ogsaa Goder af større økonomisk Værdi; det andet Alternativ vil han vælge ved Farer for relativt mindre, rent materielle Goder, alt efter Forholdene i det enkelte Tilfælde, Godets økonomiske Værdi, hans egen Formue ol.

Naar Erstatningsansvaret som almen Grundsætning sættes efter denne Standard, kan en Mængde Særregler om Erstatningsansvar i den nedarvede Ret bortfalde. Der findes saaledes almindelig i de nedarvede Lovgivninger Landene over Særregler om Ansvar for Dyr, se saaledes f Eks i dansk Ret Chr V's Lov 6-10-2 (om løsgaaende Heste og Kvæg), og 4 (om vilde Dyr), Mark- og Vejfredsloven af 25 Marts 1872 § 1 (om Husdyr i Almindelighed), Lov Nr 164, 18 Maj 1937 (om Hunde), Jagtloven § 11, 3 (om Hundes Skade

paa Vildt), i *fransk* Ret Code civil Art 1385 (om Dyr i Almindelighed), i *tysk* Ret B G B §§ 833 (om Dyr i Almindelighed) og 835 (om Skade bevirket af Vildt). Det er, som det vil ses, ofte ret tilfældigt, hvilke Arter af Skade, bevirket af Dyr, disse positive Enkelbestemmelser i Lovgivningen særlig faar fat paa; og de giver ofte forskellige Regler om de forskellige Arter af Dyr. Men denne Forskel turde faktisk være mere tilsyneladende end virkelig. Det er nemlig klart, at et samvittighedsfuldt Menneske, der holder Dyr, vil træffe forskellige skadeafværgende Foranstaltninger ved de forskellige Dyr, f Eks kraftigere Foranstaltninger ved vilde Dyr end ved Husdyr, andre Foranstaltninger ved Vildt end ved Hunde, ligesom han er klar over, at der er Mulighed for mange flere Skader, som han maa hæfte for, ved vilde Dyr og Hunde end ved Kvæg. Det behøver man ikke at give Særbestemmelser i Lovene om. Fortolkningen af disse Lovbestemmelser og deres indbyrdes Afgrænsning volder ofte Juraen store Vanskeligheder. Disse Anstrengelser, der ikke staar i Forhold til Værdien af Resultaterne, vil kunne spares, naar den her hævdede Grundsætning indføres. Hvad enten det drejer sig om Rovdyr, Hunde eller Kvæg, kan det *forudses*, at hvis de kommer udenfor forsvarligt Indelukke eller anden tilstrækkelig Magtanvendelse, vil der kunne ske Skade; følgelig maa denne erstattes, med mindre den er den skadelidendes egen Skyld eller den er foraarsaget ved en ganske uforudseelig Indgriben af Naturbegivenheder eller lignende Overmagt. Den første af disse Undtagelser gentages af eller antages at gælde for alle herhen hørende Lovregler, medens den sidste antages at gælde ved de fleste af dem. Disse Undtagelser gælder i Virkeligheden alle Tilfælde, hvor det ikke er Dyrets Handling, der er Skyld i Skaden; og dette følger ogsaa af den almindelige Grundsætning.

Ej heller er der efter den hævdede Grundsætning Brug for *Særregler* i Lovgivningen om Skade voldt af *Ting*, eller *særlige Arter af Ting*, se f Eks i *fransk* Ret Code civil Art 1384 og 1386, i *tysk* Ret B G B §§ 836-38. Ethvert samvittighedsfuldt og for Næsten om-

hyggeligt Menneske ved, at en Ting, alt efter Tingens Beskaffenhed, rummer visse Faremuligheder, snart i Procenttilfælde, snart i Promilletilfælde, og han forudser, at selv de almindelig brugte og tilsyneladende mest ufarlige Ting i særlige Tilfælde kan afstedkomme Skader; og skyldes disse Tingens Egenskaber og ikke den skadelidende selv eller Indgriben af en uforudseelig Naturbegivenhed, maa Ejeren (eller Brugeren) følgelig erstatte den.

Under den stærke tekniske Udvikling af de moderne *Befordringsmidler*, Automobiler, Jernbaner og Luftfartøjer, og af *Maskinerne i Industrien* har dette Ansvar for Skader, bevirket af Ting, faaet en fornyet og stor Aktualitet. Overalt i Landene har denne tekniske Udvikling i Lovgivning og Retspraksis ført til et *skærpet Ansvar* for Ejeren (eller Brugeren). Overalt baner der sig Retsregler Vej, der paalægger denne Erstatningsansvar for al Skade, der opstaar som Følge af Benyttelsen af vedkommende Befordringsmiddel eller Maskine, medmindre det oplyses, at Skaden skyldes den skadelidende selv, eller med andre snevert begrænsende Undtagelser. I *Frankrig* sker denne Udvikling i Retspraksis ved Domstolenes stærkt udvidede Anvendelse af Code civils ovennævnte Bestemmelse Art 1384, 1, og deres paa Sagens Natur støttede Begrænsninger i Ejers Raaden i Forholdet mellem Naboejendomme, i *England* ved Retspraksis om Ulæmper og Farer i Naboforhold, i *Tyskland* ved Anvendelsen af B G B Art 906, Gewerbeordnung § 26, jfr §§ 16-24, og iøvrig i Landene ofte ud fra særlige Lovregler om Jernbaner, Automobiler, Minedrift eller andre særlige, moderne Befordringsmidler eller industrielle Virksomheder, se den indgaaende Udvikling om Lovgivning og Retspraksis paa dette Omraade af *Henry Ussing*: Skyld og Skade, 310 ff, 327 ff, 354 ff, 413 ff.

Man har forsøgt at samle disse Regler under fælles ledende Synspunkter og herved at fastslaa en fælles ledende Retsgrundsætning. Det er saaledes blevet hævdet, at Erstatningsansvaret for Skader, der opstaar ved Benyttelsen af de moderne tekniske Befordringsmidler og Maskiner, er et Erstatningsansvar for retmæssige

Handlinger. Samfundet tillader Menneskene at benytte Automobiler, Jernbaner, Luftfartøjer i Trafikken og at benytte Maskiner i Fabrikker; alle disse Handlinger er altsaa *retmæssige*. Men sker der en Skade som Følge af disse Handlinger paalægges Samfundet de handlende at svare Erstatning herfor; dette Erstatningsansvar paalægges, selvom den handlende i det enkelte Tilfælde ingen Skyld har. Dette kan imidlertid begrundes derved, at alle disse Handlinger er *ekstraordinære* Handlinger, der frembyder en *usædvanlig* Fare, og at det er naturligt, at de, som har Fordelene ved at benytte disse farlige tekniske Midler, ogsaa bærer Risikoen ved dem, altsaa svarer Erstatning i de Tilfælde, hvor Benyttelsen medfører Skade for andre. Det er Samfundets overvejende Interesse i disse farlige Handlingers Foretagelse, i Jernbane- eller Automobilkørsel, i Industriens Handlefrihed, der gør Handlingerne retmæssige. Samfundet modarbejder saa langt fra den industrielt handlende, at det tværtimod er interesseret i hans Handlinger. Naar Samfundet da alligevel vil paalægge ham Erstatningsansvar, hvis der indtræder Skader som Følge af disse samfundsnyttige Handlinger, kan dette Ansvar følgelig ikke i første Række begrundes ud fra Præventionstanken, men maa støttes paa andre Betragtninger, navnlig paa, at da Tabene i Stordriften ifølge de store Tals Lov indtræder med en vis Regelmæssighed, kan Bedriften (Fabriksvirksomheden, Jernbaneselskabet o l) til en vis Grad forud beregne dem og saaledes tage dem med i Produktionsomkostningerne og sætte Prisen paa sine Varer eller Ydelser derefter (derfor bør f Eks Jernbaneselskaber erstatte Skade ved Gnister fra Lokomotivet). Der skulde da ud fra disse Betragtninger kunne opstilles en almindelig Retsregel om, at ved alle *ekstraordinære* Handlinger, der frembyder en *usædvanlig* Fare, skal den handlende, naar Faren overhovedet er kendelig for ham i Handlingsøjeblikket, erstatte

Den ovenfor S 401-02 anførte Opiattelse blev fremsat af *Henry Ussing* i Skyld og Skade S 114 ff, jfr 149 ff. Præventionshensynet var her skudt meget stærkt i Baggrunden, og Hovedbegrundelsen af den der forsvarede

enhver Skade, der indtræder som Følge af denne Handling, selvom der ikke foreligger culpa, Skyld hos den handlende.

Denne Opfattelse har sin store Værdi derved, at den klart har stillet det Problem, hvorvidt der virkelig udenfor Nødretstilfælde og Ekspropriationstilfælde svares Erstatning for retmæssige Handlinger. Den her nævnte Opfattelse vil nu netop ligestille Erstatning ved de ovennævnte farlige Handlinger med Erstatning i Nødrets- og Ekspropriationstilfælde. Det er ligesom i disse Tilfælde ogsaa ved disse farlige Handlinger den overvejende Interesse i, at de foretages trods Faren, der gør dem retmæssige; og ligesom ved Nødret og Ekspropriation maa ogsaa den overvejende Interesse bære Erstatningsansvaret for Tabet ved den retmæssige Handling.

Naar det nu nærmere skal undersøges, om det er muligt at opstille en saadan Grundsætning, som den ovenfor anførte, om Erstatningsansvar fra ekstraordinære Handlinger, der frembyder en usædvanlig Fare, maa man først spørge, om der kan findes en brugbar Afgrænsning af en saadan Grundsætning; og det turde i Virkeligheden afhænge af, om man kan finde en klar Bestemmelse af, hvad der ligger i, at Handlingen skal være »ekstraordinær« og, i at Faren skal være »usædvanlig«. Kan der overhovedet findes nogen

Grundsætning om Erstatningsansvar for Skade ved ekstraordinære Handlinger, der frembyder en usædvanlig Fare, søgtes i den overvejende Interesse i disse Handlingers Foretagelse, Tabsfordelingen paa Stordriftens mange Handlinger gennem de store Tals Lov o l. Imod denne Opfattelse se min Kritik i T f R 1915. 270 ff. I sin Erstatningsret 1937, 118 ff, har Henry Ussing ændret sin Opfattelse ret væsentligt, idet han her erkender, at Præventionshensynet er et Hovedhensyn; og han stiller det da ogsaa i denne Fremstilling i første Række. Men han fastholder ogsaa her Grundsætningen om Erstatningsansvar ved ekstraordinære Handlinger, der medfører en usædvanlig Fare. Ovenfor S 401-02 har jeg, for at faa Problemet frem i dets Renhed, holdt mig til det Standpunkt, der skyder Præventionshensynet helt i Baggrunden og væsentlig bygger paa den overvejende Interesse. Fremstillingen ovenfor, S 402 ff skal imidlertid ikke blot give en Kritik af dette Standpunkt, men idetheletaget af Grundsætningen om Erstatning for Skade ved ekstraordinære Handlinger, der frembyder en usædvanlig Fare, en Grundsætning, som ikke forekommer mig fyldestgørende længere.

klar Afgrænsning af disse Begreber paa dette Omraade? Hvad vil det for det første sige, at i Eks Færdsel med Automobiler, Jernbaner eller Luftfartøjer er en *ekstraordinær* Handling? Begrebet ekstraordinært eller paa dansk usædvanligt er et relativt Begreb og maa ses paa Baggrund af, hvad der er ordinært eller sædvanligt, hvilket afhænger af, om Handlingen foretages af flere eller færre Personer. Nu er der paa dette Omraade tænkt paa, at det at køre med Automobil, Jernbane, at flyve el er noget ekstraordinært, usædvanligt i Sammenligning med at færdes til Fods eller med Hestekøretøj; disse sidste Handlinger anses altsaa at være dagligdags, sædvanlige i Modsætning til de nævnte Færdselsmaader, der kaldes ekstraordinære. Paa samme Maade maa Benyttelsen af Maskinerne i Industrien anses at være ekstraordinær og Haandværkerens Benyttelse af Værktøj at være dagligdags, sædvanlig. Saadan Sondringer og hele den Betragtningssmaade, der ligger bag dem, lader sig imidlertid, saa vidt jeg kan se, overhovedet ikke opretholde efter hele den mægtige tekniske Udvikling, der har fundet Sted i den nyeste Tid, ikke mindst i det 20 Aarhundrede, baade paa Samfærdslens og Industriens Omraade. Endnu i 1914, altsaa før Verdenskrigen, kunde man kalde Automobilkørsel og Flyvning for en ekstraordinær Handling. Men efter den vældige Udvikling og Udbredelse, disse to Færdselsmaader har faaet siden den Gang, navnlig gennem de udstrakte tekniske Erfaringer, man gjorde i Verdenskrigen, er enhver Tale om ekstraordinær eller usædvanlig om disse Færdselshandlinger haabløs. Nu er det at køre med Hest og Vogn langt mere ekstraordinært end at køre i Automobil; og i Amerika, hvor Automobilet er blevet selv den jævne Befolknings Eje, er i store Omraader det at færdes til Fods ikke mere sædvanlig eller dagligdags end at færdes i Automobil. Ligeledes er det i vor Tid ganske umuligt at forsøge Sondringer mellem saakaldte dagligdags eller sædvanlige Handlinger med Værktøj i Haandværk og mere ekstraordinære eller usædvanlige Handlinger med Maskiner i Industri.

Som det gaar med Begrebet usædvanlig ved *Handlinger* i moderne Teknik, gaar det imidlertid samme Begreb ved *Faren*. At køre med Hest og Vogn frembyder sikkert relativt (i Forhold til Kørslerne Antal og Længde) mindst lige saa stor Fare (ved Løbskørsel) som at køre i Automobil, o s fr.

En Retsgrundsætning eller en Lovregel om Erstatningsansvar ved ekstraordinære Handlinger, der frembyder en usædvanlig Fare, lader sig saaledes retsteknisk ikke opstille eller gennemføre, allerede af den Grund, at Begreberne ekstraordinær Handling og usædvanlig Fare ialtfald ikke paa dette Omraade kan anvendes med nogen Bestemthed eller reel Berettigelse.

Men dernæst kan de farlige Handlinger i Samfærdsel og Industri, saa vidt jeg kan se, ikke i nævnte Henseende sammenstilles med retmæssige Handlinger som Nødretshandlinger eller Ekspropriationshandlinger. Som tidligere i det foregaaende paavist, er det ikke alene den overvejende Interesse, der gør disse Handlinger retmæssige; og den Erstatning, der her ydes, kan, som tidligere fremhævet, overhovedet ikke kaldes en Retsshaandhævelse. Men dernæst kan jeg ikke erkende, at den enkelte Automobil- eller Jernbanekørsel eller den enkelte industrielle Handling, der paa drager Erstatningsansvar, er retmæssig ligesom den enkelte Nødrets- og Ekspropriationshandling. Det er *hele Automobilfærdslen, hele Jernbanetrafikken, hele Maskinindustrien*, der er retmæssig, som Samfundet tillader og paa ingen Maade modarbejder, fordi Samfundets Interesse i hele Landets samlede Automobil-Jernbanefærdsel og i hele Landets Maskinindustri er saa stor, at den langt overvejer de enkelte Skader, der nu og da forvoldes. Men naar der ved den enkelte *Automobil- eller Jernbanekørsel* eller den enkelte *Fabriks Maskinanlæg* sker en Skade, *paalægges Samfundet den handlende Erstatningsansvar for Skaden ud fra samme præventive Formaal*, som Samfundet forfølger ved at paalægge Erstatningsansvar ved alle retstridige Handlinger, medens Erstatningen ved Nødret og Ekspropriation har rent oprettende Formaal og ialtfald

kun meget subsidiært et præventivt. Ved nogle Love, (som f Eks den danske Automobillov af 14 April 1932 § 38), paalægges der Ansvar for Skader, der opstaar ved Automobilets Benyttelse, »medmindre det enten oplyses, at den skadelidende forsætlig har hidført Skaden, eller det fremgaar af Omstændighederne, at denne ikke kunde være afværget ved den Agtpaagivenhed og Omhu, der udkræves ved Benyttelsen af Motorkøretøjer saavel i Henseende til Driften som i Henseende til Materiellet«. Dette er et almindeligt Ansvar for Skyld, men med en særlig streng Bevisbyrde. Men jeg ser ikke, at Forholdet bliver væsentlig anderledes, fordi Ansvarsreglen formes endnu strengere med Udelukkelse af endnu flere, tilsyneladende gode Undskyldningsgrunde, altsaa som f Eks i den danske Jernbanelov (af 11 Marts 1921 § 7), der bestemmer, at hvis der sker Skade paa andens Ejendom udenfor Jernbanens Omraade ved Gnister eller Gløder fra et Lokomotiv, tilsvares Skaden af Jernbanen, medmindre skadelidte selv har Skyld eller Medskyld i Skaden, eller som i den danske Luftfartslov (af 1 Maj 1923 § 36), der bestemmer, at sker der som Følge af et Luftfartøjs Benyttelse til Luftfart Skade paa Person eller Ting udenfor Fartøjet, er Ejeren, henholdsvis den, for hvis Regning Luftfartøjet benyttes, forpligtet til at erstatte Skaden, medmindre det oplyses, at den skadelidte selv ved Forsæt eller grov Uagtsomhed har hidført Skaden. I Virkeligheden sker der ogsaa ved de sidstnævnte Love dette, at Samfundet afskærer en omstændelig Bevisprocedure, der er af tvivlsom Værdi paa Grund af den moderne Tekniks overordenlig sammensatte Karakter. Samfundet kan med Rette til Udøverne af den moderne Teknik, baade paa Samfærdsdens og Maskinindustriens Omraade, sige: I oplyser, at I har truffet de og de tekniske Foranstaltninger, som *formentlig* skal vise, at I har gjort, hvad I kunde for at afværge Ulykken. Men den moderne Teknik er et stort og sammensat Maskineri, hvori mangfoldige enkelte Led griber ind; og I har efter Ulykken ret let ved at sandsynliggøre, at visse af disse Led har virket upaaklageligt; men helt *til*

Bunds i disse tekniske Bevisspørgsmaal trænger vi nu engang vanskeligt; og dernæst kan der have været mange *andre Led* i Teknikken, hvorom vi ikke har Oplysninger og *som unddrager sig Kontrol*, men som kan have været medvirkende ved Ulykken. Og endelig, *selvom* det virkelig i et enestaaende Tilfælde skulde lykkes Jer at skaffe fuld Klarhed over alle enkelte Led i Ansvarskæden og godtgøre, at I paa alle Punkter har truffet alle de *nu almindelig* brugte tekniske Foranstaltninger til Afværgelse af Skade, saa har I som *særlig Kyndige* ganske *særlige Pligter*, der gaar langt ud over den daglige Rutine. Det er Jeres Pligt ved de daglige, gennem Aar fortsatte Erfaringer om de i denne Bedrift forefaldende Risikoer at indhøste et Materiale, der stadig maa anspore Jer til *nye* tekniske Forbedringer til Formindskelse af disse Risikoer. I er de nærmeste til at foretage dette betydelige og ansvarsfulde Arbejde, ti I alene besidder den hertil fornødne Erfaring og Sagkundskab.

Det kan da formentlig fastslaas, at *Præventionshensynet* er et *Hovedhensyn* ved Paalæggelse af Erstatningsansvar ved de heromhandlede Handlinger af den moderne Teknik *ligesom ved retstridige Handlinger i Almindelighed*. Og der skønnes ikke at være naturlig Grund til at kalde den *enkelte* Automobil- eller Jernbaneløbskørsel eller Maskinanvendelse, der foraarsager Skade og paadrager Erstatningsansvar, for *retmæssig*. At man ikke kan nedlægge *Forbud* mod denne enkelte tekniske Handling, blot fordi den ganske abstrakt rummer Farer for Skade, er ikke noget nyt, men er kun, hvad der gælder ved alle andre menneskelige Handlinger, der abstrakt rummer Farer, f. Eks. at færdes med Hestekøretøj eller Skib. At man som Driftsudøver kan beregne og fordele Skaden efter de store Tals Love paa hele Driften og betragte den som en Driftsomkostning, er rigtigt og kan anføres som et yderligere støttende Moment for den strenge Ansvarsregel; men dette gælder ogsaa ved Handlinger udenfor den moderne Maskintekniks Omraade. Der er forøvrig her en væsenlig Forskel paa et Jernbaneselskab og et Industriselskab paa den ene Side og den enkelte Au-

tomobilejer eller Ejer af en Flyvemaskine paa den anden Side, ti det er kun de førstnævnte, de store Selskaber, der i *deres egen Bedrift* kan beregne Skaderne efter de store Tals Lov og betragte dem som en Driftsomkostning; det kan den enkelte private Automobilejer eller Flyvemaskine-Ejer ikke; han kan normalt kun opføre Skaden som Driftsomkostning ved at tegne en Ansvarsforsikring, altsaa ved at fordele Skaderne paa Samfundets andre Medlemmer efter de store Tals Lov. Men ganske det samme gælder jo den, der kører med Hest og Vogn eller sejler med Skib. Og i vore Dage tegner jo praktisk talt ethvert fornuftigt Menneske, der overhovedet ejer noget, en Ansvarsforsikring, der omfatter alle Skader, han forvolder, baade ved at færdes til Fods (f. Eks. ved pludselig at forlade Fortovet), med Hestekøretøj, Motorbaad, eller ved at arbejde i sin Bedrift.

Hovedgrundene til at kalde den enkelte Automobil- og Jernbanekørsel og Maskindrift, der paadrager Erstatningsansvar, for retstridig, er da dels, at *Præventionshensynet* afgørende ligger bag dette Ansvar ligesom ved alle andre retstridige Handlinger, og dels, at *alle Begrænsninger* i dette Ansvar, som er fastslaaet i Lovene eller Retspraksis, peger i Retning af menneskelig *Skyld*. At *Faren* saaledes skal være *kendelig* for den handlende for at kunne paalægge ham Ansvar, at dette ikke indtræder, naar den *skadelidende selv* har Skyld, eller *naar* Skaden kun er indtraadt ved en uforudseelig Naturbegivenheds Indgriben og Medvirken, viser klart hen til en Skyld hos den Handlende, omend i mere udvidet og strengere Forstand end den nedarvede, gængse. Men naar Ansaret ved *alle* skadegørende menneskelige Handlinger fremtidig sættes saa højt, som ovenfor hævdet, saa vil det nævnte Ansvar indenfor den moderne Maskinteknik simpelthen gaa ind herunder, og der behøves ingen særlige Grundsætninger for dette Omraade. Det eneste, der kan være Grund til, er ved visse Grupper af Handlinger i *enkelte Love* om disse at give *særlige Bevisbyrderegler*, alt efter det praktiske Behov ved de forskellige Grupper, saaledes som sket

i de særlige Love om Automobiler, Jernbaner og Luftfartøjer. Men det er forøvrig ikke givet, at saadanne Regler skal begrænses til den moderne Maskintekniks Omraade. Det turde saaledes være et Spørgsmaal, om ikke der var Grund til i den almindelige Færdselslov at give en ret streng Bevisbyrderegel ogsaa ved Brugen af Hestekøretøjer.

Løvrig betyder det i Nutiden ingen særlig Haardhed, om man i Almindelighed, ved samtlige skadegørende menneskelige Handlinger, giver en streng Ansvarsregel, idet enhver jo ved den i nyeste Tid mer og mer brugte Ansvarsforsikring kan sikre sig mod alle særlig haarde Følger af den strenge almene Regel. Men denne har altsaa ogsaa den store samfundsmæssige Fordel, at den, naar den gennemføres, mere og mere vil tvinge Mennesker til at tegne Ansvarsforsikring, i lige Grad i deres Medmenneskers og deres egen

I min Afhdl i T f R 1915. 265 ff gik jeg ud fra, at man var nødt til at anse den enkelte Automobil- eller Jernbanekørsel e l for retmæssig, fordi den ikke kunde mødes med Nødværge og saaledes ikke paa Forhaand være forbudt. Men herved er overset, at Retsordenen meget vel kan modvirke en Handling, selvom den ikke anser det for hensigtsmæssigt at tilstede Nødværge eller anden afværgende Retshaandhævelse overfor Handlingen; Retsordenen kan ramme Handlingen med efterfølgende Retshaandhævelse, være sig *Straf* eller *Erstatning*. Der findes flere Grupper af Handlinger, som Retsordenen finder det praktisk alene at modvirke paa denne Maade. Det er netop Tilfældet med den enkelte Færdselshandling, der viser sig at medføre Skade. Retten tillader den paa Forhaand, endskønt det er muligt, at Vognens Maskiner ikke er helt i bedste Stand, eller, at Vognens Fører ikke er saa paapasselig og samvittighedsfuld, som Nutidens Færdselsforhold kræver; men Skaden modvirkes ved den efterfølgende *Erstatning*. Som Tilfælde, hvor Handlingen heller ikke modvirkes af Nødværge o l, men derimod af efterfølgende *Straf*, kan nævnes, at A dræber B netop som denne skulde til at dræbe A, men uden at A vidste dette. Straffen modvirker her en Drabshandling ud fra A's Forudsætninger og Sindelag, se nærmere under 8 Kap nedenfor; denne Handling er retstridig. Idetheletaget er enhver Handling, der rammes af en eller anden Retshaandhævelse d v s et Retsmiddel der som et Hovedformaal har Prævention, retstridig. Ti dette er et Vidnesbyrd om, at Samfundet anser Handlingen og den Karakter, den er et Udslag af, for samfundskadelig.

Interesse. Denne Forsikringsart vil imidlertid ingenlunde bidrage til at svække eller sløve Ansvarsfølelsen, ti for det første kan ethvert Forsikringselskab betinge sig, at det ikke betaler nogen Erstatning, naar den handlende har tilføjet Skaden forsætlig eller ved grov Uagtsomhed, en Fritagelse, der som bekendt er ganske almindelig, jfr Forsikringsloven § 18; og for det andet er alle fornuftige ansvarsforsikrede interesserede i at nedbringe Præmiens Størrelse ved en saa samvittighedsfuld og omhyggelig Opførsel som muligt.

Paa enkelte Omraader har Loven ligefrem paalagt den handlende at tegne en Ansvarsforsikring, se saaledes ved Automobilkørsel f Eks den danske Lov af 14 April 1932 § 39. Men Samfundet vil formentlig i Fremtiden i langt større Omfang end hidtil ved Loven tvinge Borgerne til at tegne Ansvarsforsikring. Det vilde ikke være for meget forlangt, om Samfundet som Hovedregel paalagde alle, der ejer Køretøjer, Fartøjer eller andre Befordringsmidler, Heste, Kvæg, Hunde eller andre Dyr, fast Ejendom, eller som udøver en erhvervsmæssig Bedrift med Redskaber, Maskiner eller andet Driftsmateriel, Pligt til at tegne Ansvarsforsikring, for sig og sine Folk.

Ulæmper og Farer i *Naboforhold* er ogsaa et Omraade, hvis Erfaringer stærkt bekræfter Værdien af den her forsvarede strenge Ansvarsregel. Den ældre Opfattelse af Ejendomsretten som en uindskrænket Ret til at raade over sin Ejendom, som man vil, medførte ved faste Ejendomme, at en Ejer kunde foretage sig alt paa sin Grund, frit oprette Virksomheder uden Hensyn til, om de bevirkede Ulæmper eller Farer for Naboejerne. Den moderne Fabriksindustri Gennembrud medførte imidlertid hurtig et nyt Syn paa dette Forhold, idet de overordenlig store Ulæmper, som denne Industri skabte for Ejerne af de til Fabriksvirksomheden stødende Grunde, efterhaanden fik Domstole og Lovgivningen til at gribe ind til Beskyttelse af Naboejerne. Overalt i Landene banede Retsregler sig Vej, der fastslog det som retstridigt, at industrielle eller andre Virksomheder medfører Ulæmper som Støv, Røg, Larm,

Dampe, ubehagelige Lugte o), der gaar væsenlig ud over, hvad en Naboejer kan forvente i et Kvarter af den Art som det, hvor hans Ejendom ligger. I saa Fald kan den forurettede Naboejer faa nedlagt Forbud mod Virksomheden, saaledes at denne enten nedlægges eller forandres saaledes, at Ulæmperne ophører, samt Erstatning for den Skade, disse har paaført ham i den hidtil forløbne Tid. I nogle Lande er der ved Siden heraf indført den Ordning, at en Fabriksvirksomhed paa Forhaand kan faa Tilladelse af Myndighederne (Concession) til industriel Virksomhed paa en Grund, med den Virkning, at Naboejerne saa ikke kan faa nedlagt Forbud mod Virksomheden. Men hvis denne da bevirker væsenlige Ulæmper for Naboejerne, kan disse forlange Erstatning for den Værdiforringelse, deres Ejendom lider ved Ulæmperne. Her foreligger da i Virkeligheden *en særlig Art Ekspropriation*, ikke af en lokalt begrænset Del af Ejendomme, men *af en Del af selve den almindelige Nydelses- og Benyttelsesret*, som ellers ifølge Retsordenen tilkommer Ejeren. Og *i disse Tilfælde* er altsaa Ulæmperne *ikke retstridige*, lige saa lidt som den Ekspropriation, der paatvinger Ejeren en Vej eller Sti for Almenheden gennem hans Have.

I Lande, hvor et saadant System (Concessionsystemet) ikke kendes, maa det alligevel sikkert antages, at dersom en teknisk Virksomhed medfører væsenlige Ulæmper, men Virksomheden ikke kan flyttes, og den repræsenterer vægtige *Samfundsinteresser*, maa Domstolene være berettiget til at træffe en lignende Afgørelse, altsaa nægte at nedlægge Forbud, men give Erstatning for Værdiforringelse af Naboejendommene (se saaledes i dansk Ret E R I 284-88). Her foreligger, ligesom i andre Ekspropriationstilfælde, *direkte Indgreb*, der berøver Ejendommen en Værdi, men som erkendes for retmæssig mod Erstatningspligt.

Hvor der derimod ikke findes en overvejende Samfundsinteresse, der medfører, at den tekniske Virksomhed med dens Ulæmper kendes for retmæssig, vil Naboejeren som nævnt kunne faa nedlagt Forbud mod Ulæmper foruden Erstatning, uanset, om Virk-

somhedens Ejer kan anføre gode Undskyldningsgrunde, der skal vise, at han har gjort alt, hvad der var ham muligt for at afværge Ulæmperne. Ti et samvittighedsfuldt og for sin Nabos Interesser omhyggeligt Menneske kan i Reglen forudse, som sandsynligt eller muligt, at der vil opstaa Ulæmper eller anden Skade ved en ny Virksomhed paa Grunden. Hvor der undtagelsesvis indtræder en ganske uforudseelig Begivenhed — altsaa noget, som *selv et for sin Nabos Interesser omhyggeligt Menneske end ikke vilde regne med som en Mulighed* — vil det praktisk talt være en udefra kommende Naturkatastrofe, i Eks en Katastrofe, der pludselig giver en Flod eller Aa et andet Løb end hidtil. I et saadant Tilfælde svarer nævnte Ejer ingen Erstatning, ligesom der heller ikke bliver Tale om Forbud. Imod Naturkatastrofer maa de, hvem de rammer, selv forsikre sig; og Floders og andre Vandløbs Retning, saaledes som Naturen former denne, kun kan forandres og reguleres af Samfundets herhen hørende Myndigheder.

Angaaende Ansvar for farlige Handlinger indenfor Nutidens Teknik (og Ulæmper i Naboforhold) se *Gjelsvik: Om Skadeserstatning for retmæssige Handlinger*, (1897), *Skeie i T f R* 20 Bd (1907) 161 ff, *Jul. Lassen I* 338 ff, *Henry Ussing* anfv, *Vinding Kruse i T f R* 1915 265-96, *ERI* 284-88, og af tysk Litteratur *R Merkel: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, 1895, *M Rümelin: Schadensersatz ohne Verschulden*, 1910, *Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung*, 1912.

Som tidligere fremhævet forudsætter al virkelig Retshaandhævelse en Handling, som Retsordenen anser for samfundskadelig og som derfor bør modvirkes af en eller anden Retshaandhævelse, forsaavidt Handlingen overhovedet egner sig til at modvirkes ad denne Vej, se ovenfor Grundsætning 2 (S 395), eller — ved en enkelt Retshaandhævelse, Straffen — ialtfald en Vilje, et Forsæt til at begaa en saadan Handling (Forsøg). Deraf følger, at det Retsmiddel, der ikke har denne Prævention, generel eller individuel, til Hovedformaal, ikke naturlig kan kaldes en Retshaandhævelse. Derfor er, som i det foregaaende fremhævet, den Erstatning, der gives ved Nødret,

Ekspropriation og ved Ulæmper i Naboforhold fra samfundsnyttige Virksomheder, ikke nogen Retshaandhævelse. Det er i alle disse Tilfælde et Retsmiddel, anvendt ved bestemte, direkte Indgreb, hvis skadende Virkninger i Reglen kan beregnes og under ét vurderes til bestemte Beløb.

Erstatningen ved disse direkte Indgreb maa skarpt adskilles fra Erstatningen ved de farlige Handlinger, der viser sig at bevirke Skade. To Spørgsmaal maa her, som vist, ikke forveksles: 1) om *større Grupper* af mer eller mindre farlige *Handlinger* af Samfundet maa tillades og saaledes paa Forhaand anerkendes som retmæssige uanset de Faremuligheder, de rummer, — Automobil — Jernbane — og Luftfærdsel, Kørsel med Hest og Vogn, Færdsel med Skib, Maskinindustrien —, og 2) om den *enkelte Handling* indenfor denne Færdsel og Industri ogsaa skal anses for retmæssig, naar den bevirker Skade uden den skadelidendes Skyld og uden Naturens udefra kommende uforudseelige Indgriben. Det første Spørgsmaal maa besvares bekræftende, det sidste benægtende.

I Lovgivningen bør altsaa de direkte Indgreb, der af Samfundet autoriseres som retmæssige mod Erstatning, Nødret, Ekspropriation og Ulæmper i Naboforhold fra samfundsvigtige Virksomheder, bestemt adskilles fra de Handlinger i Færdsel, Industri og Haandværk, der volder Skade, og som gennem et strengt Erstatningsansvar modarbejdes af Samfundet. Disse to væsensforskellige Grupper af Handlinger beherskes af vidt forskellige Grundsætninger.

Som *normal Forudsætning* for al *Retshaandhævelse* maa idethele i et Kultursamfund kræves en *retstridig Handling* i den ovenfor i Grundsætning 2 (S 395) angivne Betydning, ti en saadan Handling bør Samfundet altid modvirke. Der findes nu og da Undtagelser herfra, ogsaa i moderne Ret; men de er sjældne og bliver efterhaanden færre og færre.

I enkelte Tilfælde modarbejder en Retshaandhævelse en Handling, som ikke kan kaldes retstridig i den angivne naturlige Betydning af dette Ord. Den Retshaandhævelse, vi kalder Vindikation,

har utvivlsomt ogsaa et vigtigt præventivt Formaal ved Siden af det oprettende. Men Vindikation tilstedes endnu i enkelte Stater i visse Tilfælde mod godtroende Omsætningserhververe, der ikke ved Købet har begaaet nogensomhelst Uforsigtighed; og disses Erhvervelse kan utvivlsomt ikke kaldes retstridig i nævnte naturlige Betydning. Men efterhaanden trænger dog mere og mere den Retsgrundsætning igennem overalt i Landene, at Vindikation kun tilstedes overfor ondtrøende Besiddere og disses Arvinger og Kreditorer, for de sidstes Vedkommende ud fra den Grund, at der ikke tilkommer dem andre Aktiver end de, som virkelig tilhører deres Arvelader eller Debitor. En anden Art af oprettende Retsshaandhævelse, Nedrivning af servitutstridige Bygninger eller af Bygning paa fremmed Grund forudsætter derimod altid en retstridig Handling i den angivne Betydning, ti den byggende har her ihvertfald begaaet en vis Uagtsomhed, — selvom den er nok saa undskyldelig — ved enten ikke tilstrækkelig at efterse Tingbøger og Dokumenter eller ved ikke tilstrækkelig at granske Kortmaterialet og de faktiske Grænser mellem Ejendommene. Samme Forudsætning — Retstridighed — gælder, som vi har set, Nødværge og Forbud (se om sidstnævnte i dansk Ret Rpl § 646), og Straffen (der rammer enten en retstridig Handling eller et Forsæt til at begaa en saadan).

I Fremtidens Lovgivning bør Vindikationsretten formentlig kun gives overfor ondtrøende Erhververe (og deres Arvinger og Kreditorer) og mod godtroende Omsætningserhververe alene i de Tilfælde, hvor den omstridte Genstand har en særlig personlig, sjælelig Værdi for Vindikanten, og selv i saa Fald kun mod Erstatning af Tingens økonomiske Værdi til Erhververen (Løsen) jfr ovenfor S 328. En saadan Vindikation mod Erstatning har i Virkeligheden heller ikke Karakteren af en Retsshaandhævelse, men er ligesom Nødretten et privat, ekspropriationslignende Middel til Udligning

Ved Bygning paa fremmed Jord kan der være Grund til i visse Tilfælde at tage et særligt Hensyn til den gode Tro hos den byggende, selvom denne har vist simpel Uagtsomhed, se ovfr 322 ff.

i en uforskyldt Kollision af hver for sig berettigede Interesser. Et lignende Retsmiddel er hjemlet i den danske Tinglysningslov §§ 27 og 31, idet Ejeren af en fast Ejendom, naar han ved Falsk eller voldelig Tvang eller i umyndig Tilstand er blevet berøvet Ejendommen, kan vindicere denne tilbage fra den godtroende Omsætningserhverver, medens denne faar Erstatning af Staten for sit økonomiske Tab herved.

I flere Landes Lovgivning paalægges der Personer et *Erstatningsansvar* for de i deres Tjeneste ansatte *Folks retstridige Handlinger*, naar disse begaas i Tjenesten, saaledes i *dansk-norsk Ret*, se DL 3-19-2, NL 3-21-2, i *fransk Ret* se Code civil Art 1384; en lignende Regel gælder i engelsk-amerikansk Retspraksis (tysk Ret nøjes derimod med en streng Bevisbyrde-regel, B G B § 831). Retsordenen forfølger ved dette Erstatningsansvar i høj Grad det præventive Formaal; og der er efter Erfaringen næppe Tvivl om, at dette Ansvar er særdeles hensigtsmæssigt til Modarbejdelse af retstridige Handlinger. Ansvarret tjener nemlig til stærkt at indskærpe Driftsherren Vigtigheden af at *instruere* og *kontrollere* deres Folk omhyggeligt, saa at Skader ved disses Handlinger undgaas. Der anerkendes i Almindelighed visse naturlige Begrænsninger i dette Driftsherrens Ansvar, Han bærer saaledes kun Ansvar for de Retsbrud, den tjenende begaar under Tjenestens Udførelse til Opnaaelse af det ham af Driftsherren tilkendegivne Formaal og ved Hvervets Udførelse ved normale Midler.

Ved Siden af dette Ansvar gælder der overalt i Landene et *Erstatningsansvar for Foreninger, Aktieselskaber, Stiftelser og andre lignende Indretninger*, der optræder udadtil i Retslivet som en praktisk Enhed, nemlig et Ansvar for de Retsbrud, som en saadan *Enheds Organer*, Direktion og Bestyrelse, begaar (foruden naturligvis for de underordnede ansattes Retsbrud efter den lige ovenfor omtalte Regel). Det er kun naturligt, at naar saadanne Sammenslutninger optræder overfor Omverdenen som en Enhed ligesom en

Enkeltperson, med deraf følgende Fordele, de da ogsaa maa paatage sig et Ansvar for deres Handlinger — begaaet af deres Ledelse — ligesom Enkeltpersoner.

I nyere Tid paalægges der undertiden *Driftsherren* og *Sammenlutninger* tillige et *strafferetligt* Ansvar — for de ansatte Folks og Ledelsens Retsbrud, nemlig et *Bødeansvar*, efter Lovgivning eller Retspraksis. Paa *visse særlige Omraader* — navnlig ved de saakaldte *Politiforseelser* og ved *Skatte- og Afgiftsforseelser* — er et saadant Ansvar hensigtsmæssigt, dels fordi det i høj Grad virker præventivt, til at indskærpe Driftsherrer og Ledere Omhu baade i egen Optræden og i Valget og Benyttelsen af deres Folk, og dels fordi det paa Grund af de her ofte udviklede Skyldforhold er praktisk summarisk at afskære en vidtløftig Bevisprocedure, der i disse Forseelsers Massetilfælde vilde være ganske uoverkommelig for Myndighederne.

Ved Begrundelsen af dette Bødeansvar for Driftsherrer og kollektive Enheder for deres Folks og Organers Forseelser tales der ofte i fransk Jura om den *objektive Forseelse, le délit objectif*, hvormed menes et strafbart hædeligt Forhold, hvis Ejendommelighed efter flere franske Forfatteres Opfattelse skal bestaa i, at dets Strafbarhed ikke forudsætter Skyld i Betydning af personlig Tilregnelser (dolus eller culpa) (»indifférente á la question d'imputabilité«), ligesom man ogsaa anser Erstatningsansvaret for ens Folks Retsbrud — hvor man ikke selv har direkte Skyld — for et Ansvar for et saakaldt objektivt Retsbrud, et Ansvar uden Skyld. Men ogsaa udenfor disse Tilfælde, ved en Enkeltpersons Ansvar for hans egne Handlinger, paalægges der undertiden i Sikkerhedens Interesse et Bødeansvar for en saakaldt objektiv Forseelse, navnlig ved Politiforseelser, altsaa selvom der ingen konkret Skyld er.

Den Betragtningmaade, der ligger bag denne Teori om délit objectif, kan jeg ikke være enig i. Endskønt i ovennævnte Tilfælde Driftsherren ofte ingen konkret Skyld har, og endog maatte have indskærpet sine Folk Omhu i Arbejdets Udførelse og nøje Over-

holdelse af Skatte- og Politiforskrifter o l, og idethele ført et rimeligt Overopsyn med dem, mister vi dog efter min Opfattelse heller ikke her Forbindelsen med *Skyldmomentet*, nemlig med den indirekte Art af Uagtsomhed, man kunde kalde den *generelle Uagtsomhed*. Uagtsomhed kan nemlig ikke blot vise sig i manglende *Instruktion* til ens Folk og i manglende *Opsyn* med dem, men ogsaa i uheldigt, uagtsomt *Valg* af disse, i *svigtende Menneskekundskab* eller *anden manglende Indsigt*. Det er, saa vidt jeg kan se, med det Formaal præventivt at modarbejde Uagtsomhed ogsaa paa disse almene Omraader, at Politi- Told- Brand- og Bygnings-Lovgivning ofte paalægger Bødeansvar og andet Ansvar, hvor der tilsyneladende ingen Skyld er. Der er Skyld ogsaa i disse Tilfælde, men i generel eller almen Forstand.

— Jo større en Forening, et Selskab eller anden Sammenslutning eller Indretning er, og jo mere betydningsfuld dens Virksomhed er for Samfundet, jo mere maa den være klar over, at dens Muligheder for at gøre Skade ved dens Ledelses, Afdelingers og de enkelte underordnedes Fejl er store og kan blive skæbnesvangre for Menneskers Ve og Vel gennem mange og ofte sammensatte Aarsagsforkædninger. Samtidig er disse store Sammenslutninger eller Indretninger i Reglen økonomisk saa stærke, at et strengt Erstatningsansvar let kan bæres af dem. Banker, Kreditforeninger, de store faglige Sammenslutninger med mange stedlige Afdelinger o l har saaledes en Gerning, der er særlig betydningsfuld for Samfundslivet, og hvis Virkninger mærkes i vide Krese; disse store Foretagender har derfor en dobbelt Pligt til at være omhyggelig, samvittighedsfuld og vidtskuende; og de bør kunne forudse, at en Fejl, begaaet af deres Ledelse eller Afdelinger, eller stammende fra daarlig organiseret Samarbejde mellem de forskellige Styrelsesled

Om Driftsherrers, Sammenslutningers og Indretningers Ansvar, privatretligt og strafferetligt se *Jul Lassen* I 320-30, *Organisationer* 162 ff, *S. Hurwitz*: Bidrag til Læren om kollektive Enheders pønale Ansvar.

eller Afdelinger, kan afstedkomme usædvanlige Forviklinger og store Skader og maa derfor efter den her hævdede Ansvarsregel erstatte disse.

Et Tilfælde, der er taget fra det moderne økonomiske Liv og som gav Anledning til en stor engelsk Retsag, vil illustrere dette Forhold. En Storbank, der havde Filialer rundt om i mange større Byer i Europa, havde bl a ogsaa store Filialer i London og Paris. En engelsk Læge, der var meget formuende og havde en stor Konto hos nævnte Banks Afdeling i London, anmodede denne, inden han foretog en Rejse i Frankrig, om hos Afdelingen i Paris at aabne ham en Konto, som han kunde trække paa under hele sit Ophold i Frankrig. Ved en Fejl fra London-Afdelingens Side fik Paris-Afdelingen imidlertid aldrig nogen Anmodning herom. Straks paa den første Del af sin Rejse i Frankrig havde Lægen det Uheld, at han ved en tilfældig Lejlighed og uden egen Skyld kom i Selskab med et internationalt Svindlerkomplot, uden at ane det mindste om dettes sande Karakter; og da dette Komplots Medlemmer blev sporet af det franske Politie og arresteret i Paris, blev Lægen, der rejste sammen med dem, ogsaa af Politiet anset for at være Medlem af Banden og arresteret sammen med denne. For at overbevise den franske Forhørsdommer om sin Uskyldighed, tilbød Lægen at trække en Check paa et meget stort Beløb i den højt ansete Storbanks Filial i Paris. Dette gik Dommeren ind paa; men da Checken blev præsenteret, nægtede Banken i Paris — der ved nævnte Fejl fra London-Afdelingen intet vidste om Lægen — at honorere Checken og erklærede idethele, at den intetsomhelst kendte til ham. Herefter følte den franske Forhørsdommer sig dobbelt overbevist om, at han var en Svindler og Medlem af Banden; og Følgen var, at han kom til at sidde i Arrest i Paris i flere Uger; og først efter adskillige Besværligheder og Fortrædeligheder lykkedes det ham at blive fri og komme tilbage til England. Han anlagde da Sag mod nævnte Bank og krævede af den et meget stort Beløb til Erstatning for Frihedsberøvelsen, for Helbredsforringelse, Tort og

andre sjælelige Lidelser, der under hele denne Sags Forløb var blevet tilføjet ham ved Bankens nævnte, meget graverende Fejl. At en Bank i dette Tilfælde bør idømmes et større Erstatningsbeløb for alle disse Tab, kan der formentlig ingen Tvivl være om. Alt, hvad der kan anføres under en saadan Sag af Bankens Advokat, — om, at et Fængselsophold er en temmelig usædvanlig Følge af en Banks Nægtelse af at honorere en Check, at Skaden saaledes ikke er i adækvat Aarsagsammenhæng med denne Nægtelse, at Lægens personlige Indtryk paa Dommeren ogsaa kan have været medvirkende, osv — maa være irrelevant overfor den alt andet overvejende, samfundsmæssige Betragtning i store Linjer: enhver vigtig bankmæssig Afgørelse som Nægtelse af Honorering vil i Nutidens sammensatte økonomiske og retslige Liv netop kunne forudses at faa Følgevirksomheder til de *mest forskellige Sider* — til Diskreditering af en Mand blandt hans Forretningsforbindelser, til Svækkelse af Tilliden til ham, naar hans Sikkerhedstillelse viser sig uden Grundlag, ol —; derfor vil en samvittighedsfuldt ledet og for sine Kunders Vel omhyggelig Bank, hvis et Led i den begaar en Fejl paa saadanne fundamentale Punkter, erkende sit Ansvar i saa Henseende til *alle Sider* og iøvrig for sit eget Navns Skyld uden Retsag og uden Forhaling betale enhver rimelig Erstatning til den Klient, hvis Tillid den saaledes har sveget. Efter den her hævdede Standard for Skyld er Erstatningsansvaret i et saadant Tilfælde oplagt.

Som andre store Foretagender af vidtrækkende samfundsmæssig Betydning maa nævnes Nutidens *Dagblade*. Deres skadegørende Handlinger har ogsaa Virkninger til mange Sider; og for dem bør der ogsaa gælde et omfattende Erstatningsansvar. Men Spørgsmaalet herom vil blive genoptaget i en anden Sammenhæng.

Den samfundsmæssige Betragtning i store Linjer gør sig naturligvis endda i højere Grad gældende, hvor det drejer sig om den mest omfattende af alle menneskelige Sammenslutninger eller Indretninger, nemlig *Staten* selv. Staten bør i Nutidens Samfund uden

nogen Art af Smaalighed betale Erstatning for alle Tab, med Sidevirkninger, der tilføjes andre af Statens Embedsmænd under disses Arbejde i Tjenesten. Erkendelsen heraf trænger ogsaa mere og mere igennem. Eksempelvis kan saaledes fra dansk Ret nævnes, at det i nyere Tid er blevet anerkendt af Lovgivningen, at Staten skal give fuld Erstatning for *uforskyldt Varetægtsfængsel og Anholdelse*, Rpl § 1018 a-m. Og det er dernæst ganske almindelig anerkendt af Loven, at Staten skal erstatte alle Fejl, dens Embedsmænd begaar paa *hele Kettergangens Omraade*, Rpl § 1020. Samme Grund sætning er i nyeste Tid blevet gennemført paa hele *Tinglysningsvæsenets Omraade* ved Tinglysningsloven af 31 Marts 1936 §§ 30, 32, 34 og 35. Men der savnes stadig i dansk Ret den *generelle* Lovregel om, at Staten er ansvarlig for sine Embedsmænds Fejl i Tjenesten paa *alle Omraader*, jfr *Poul Andersen: Offentligretligt Erstatningsansvar*, 1938, særlig 73 ff.

8 Kapitel.

HENSIGTENS ELLER MOTIVETS BETYDNING FOR HANDLINGENS RETSTRIDIGHED.

DET er flere Steder i det foregaaende paavist, at en Retshaandhævelse, være sig Nødværge, Erstatning og Vindikation, Straf o l, normalt forudsætter en retstridig Handling (eller Vilje til at begaa en saadan), en Skyld i den her hævdede Betydning, altsaa en Handling, som Retsordenen anser for samfundskadelig og derfor modarbejder. Og omvendt maa enhver Handling, der er ramt af en Retshaandhævelse, anses for retstridig. Og ved Retshaandhævelse forstaas, som før fremhævet, et Retsmiddel, der ialtfald som et Hovedformaal (uden eller ved Siden af andre) har Prævention.

Retsordenen kan nu paa ingen Maade modarbejde alle retstridige Handlinger med alle Arter af Retshaandhævelse. Retsordenen udvælger blandt disse den Art eller de Arter, som den anser for mest egnet til effektivt at modarbejde vedkommende retstridige Handling. Vel findes der en Mængde retstridige Handlinger, som Samfundet modarbejder baade med Erstatning (eller Vindikation), Straf og Nødværge; men overfor en Mængde andre nøjes den med Erstatning og Nødværge, overfor en anden Gruppe nøjes den med Straf og Nødværge, overfor en tredje alene med Straf eller alene med Erstatning. Valget af Retshaandhævelsesmiddel eller Retshaandhævelsesmidler maa naturligvis foretages efter, hvad der er

mest hensigtsmæssigt, naar Hensyn tages til det angrebne Godes og den retstridige Handling's særlige Art.

Men det maa herefter fastholdes, at blot en Handling rammes af en enkelt Retshaandhævelse, er den retstridig og modarbejdes af Retsordenen. Det kan derfor godt tænkes, at en Handling f Eks ikke kan rammes af Nødværge eller Erstatning, men derimod af Straf. Man kan altsaa ikke sige, at naar man ikke er berettiget til at møde en Handling med Nødværge, modarbejdes den ikke af Retsordenen; ti hvis den herefter blot rammes af Straf eller af Erstatning, modarbejdes den herigennem. Det er meget vel tænkeligt, at Retsordenen ikke anser det for hensigtsmæssigt at tillade den Private at modvirke en vis Handling med Nødværge, men forbeholder sig, efter Handlingens Begaelse, at modvirke den paa anden Maade, navnlig ved Straf. Dette faar særlig Betydning ved Spørgsmaalet om de *indre sjælelige Kvaliteters Forhold til Retstridigheden og Retshaandhævelsen.*

Indenfor *Strafferetten* spiller en sjælelig Kvalitetsforskel, Forskellen mellem *Forsæt* og *Uagtsomhed*, som bekendt den alt beherskende Rolle, idet det som Hovedregel kun er forsætlige retstridige Handlinger, der rammes af Straffen. Og da denne idethele er rettet mod det andre Mennesker skadende, forbryderske Forsæt, rammes det af denne Retshaandhævelse, selvom det ikke er naet til at begaa nogen retstridig Handling. Den forbryderske Vilje som saadan rammes gennem Straffen for *Forsøg*.

Men dernæst har vi ovenfor set, at ogsaa indenfor *Vindikation og anden Genoprettelse* — Nedrivning af Bygninger paa fremmed Grund — har en sjælelig Kvalitetsforskel: *god Tro* — *ond Tro* fundamental Betydning. Ond Tro svarer idethele paa Ejendomsrettens Omraade til, hvad vi kalder Forsæt paa Strafferettens Omraade. Ond Tro er Viljen til eller Bevidstheden om at begaa noget retstridigt; men ved Vindikation og anden Genoprettelse — særlig Nedrivning af Bygninger paa fremmed Grund — maa vi af retstekniske Grunde medtage *grov Uagtsomhed* ved Siden af den be-

vidst onde Tro som Grundlag for Retshaandhævelsen, se ogsaa B G B 932, 2 Stk, og den danske Tinglysningslov § 5, jfr §§ 1, 27 o. l.

Det kan derfor ikke undre, om vi ogsaa indenfor *Erstatningsretten* af Erfaringerne nødes til at arbejde med og bygge paa sjælelige Kvalitetsforskelle. Ved *Nødværge* derimod følger det af dette Retsmiddels Formaal, at der ikke kan gøres Forskel, eftersom der bag den retstridige Handling ligger den ene eller den anden sjælelige Kvalitet. Det er selve den retstridige Handling, der truer med at volde *Skaden* og som for enhver Pris *maa afværges*. Erstatning maa ganske vist ogsaa ydes, hvad enten den retstridige Handling er begaaet forsætlig eller uagtsomt, ti *Skaden skal genoprettes*; og denne Kvalitetsforskelle faar derfor ikke en *Betydning af samme Art* indenfor Erstatningsretten som indenfor Strafferetten. Men i nyeste Tid har denne Forskel begyndt at faa Betydning i en anden Henseende paa flere Omraader af Erstatningsretten. Det blev saaledes ovenfor paavist, at ved Tilføjelse af sjælelig Skade maatte det faa stor Betydning ved Fastsættelsen af Erstatningen til den Skadelidende (Boden), om der var handlet med særligt Forsæt til Skade eller grov Hensynsløshed, derunder ogsaa særlig grov Uagtsomhed, se Grundsætning 4 (S 396). Endvidere kan man vel ved Ansvarsforsikring sikre sig i vidt Omfang mod skadelige Følger af ens egne og ens Folks retstridige Handlinger. Men mod ens egen forsætlige Skadetilføjelse kan man ikke forsikre sig; og ved egen grov Uagtsomhed kan man heller ikke helt dække sig paa denne Maade, jfr Forsikringslovens § 18.

Medens Kvalitetsforskellen Forsæt — Uagtsomhed indenfor *Strafferetten* faar Betydning til *Begrænsning af Ansaret*, idet Straffen er saa haard en Retshaandhævelse, at den normalt kun bør ramme den forsætlige Handling, kan der naturligvis indenfor Erstatningsretten ikke være Tale herom, da Maalet for denne Genoprettelse vilde lide for stort et Skaar ved en Begrænsning efter denne Forskel. Derimod kan Kvalitetsforskellen her faa stor Betydning til en *Udvidelse* af Ansaret. Dette bør, som nævnt, gælde

ved Tilføjelse af sjælelige Lidelser. Men det er idetheletaget i nyere Tid blevet et mere og mere brændende Spørgsmaal, om det særlige Forsæt, man kan kalde *Skadehensigten* eller det *Motiv udelukkende at skade andre* bør udvide Erstatningsansvaret, saaledes at *Handlinger, man ellers vilde anse for retmæssige, bliver retstridige, hvis de udelukkende dikteres af en Skadehensigt.*

A. Først maa erindres, at en Handling, der ingen Skade forarsager, kan blive *strafbar*, hvis den bæres af et forsætlig skadende Motiv, nemlig, som ovenfor nævnt, som *Forsøg*. Den Embedsmand, som uden nogensomhelst Føje i Omstændighederne, men alene for at skade, arresterer en Person, der senere virkelig viser sig at være den skyldige, begaar en strafbar Handling; og det samme gør den Person A, der dræber B, ligesom B skulde til at dræbe A, uden at A vidste dette. Disse Handlinger kan *ikke* mødes med *Nødværge*, og der kan *heller ikke* opstaa noget *Erstatningsansvar* ved dem; men det Sindelag, hvoraf de udspringer, *modvirkes* af Retsordenen, nemlig ved *Straf*. Medens *selve Handlingen*: at arrestere skyldige Personer, at dræbe i berettiget *Nødværge*, ikke er retstridig, ikke modvirkes af Retsordenen, er det derimod *Viljen*, der ligger bag disse Handlinger, der i de nævnte Tilfælde er *retstridig*. Og denne Vilje modvirker Retsordenen gennem Straffen. Ældre Tiders Retsliv regnede kun med det *ydre, Handlingen*; og det var kun mod den, at Retshaandhævelsen var rettet; og i de ældste Tider ramte Retshaandhævelsen endog Handlingen uden at tage Hensyn til det indre, om den var udført med Vilje, Forsæt eller Uagtsomhed eller den var rent hændelig. I Nutidens Retsliv rammer vi med Retshaandhævelse 1) *kun det ydre, Handlingen, naar den indre Skyld, Forsæt og Uagtsomhed foreligger*, men paa den anden Side rammer

I min Afhandling i T f R 1915. 268-69 har jeg i de ovennævnte Tilfælde, Arresteringen og Nødværgedrabet, ligesom ovenfor, sondret mellem den *retstridige Vilje* eller Forsæt og *selve Handlingen*, som anses for *retmæssig*, se herimod *Knoph* 23-25, jfr 288, se ogsaa *Kraft* 98.

vi altsaa 2) ogsaa det rent *indre*, det retstridige Forsæt, Viljen, selvom det ydre, den retstridige Handling mangler.

B. Gaar vi fra Strafferettens til Privatrettens Omraade, er Problemet altsaa: kan en Handling, som ellers anses for retmæssig, blive privatretlig retstridig, hvis den er udsprunget af et ondsindet Motiv, af den Hensigt udelukkende at skade en Anden. Men det har ogsaa ved Behandlingen af dette Problem været en væsentlig Mangel, at man ikke har behandlet det i nøje Forbindelse med *Spørgsmaalet om Retshaandhævelsesmidlerne og Valget mellem disse*. Der kan her væsentlig være Tale om Nødværge og Erstatning.

a. Den Tanke at tillægge den Handlendes Motiv Betydning for Handlingens Retstridighed dukker i nyere Tid op i Landenes Retsliv lidt efter lidt paa forskellige Omraader; og hvad der giver Tanken en særlig Erfaringsbekræftelse, er, at de forskellige Omraaders Udvikling er foregaaet uafhængig af hinanden. I *fransk Ret* har der i Retspraksis i den sidste Del af det 19 og i det 20 Aarhundrede udviklet sig den Retsgrundsætning, at medens Borgerne vel i Almindelighed frit maa udøve de dem tilkommende Rettigheder, selvom andres Interesser derved skades, er det retstridigt at udøve en Ret udelukkende i den Hensigt at skade en Anden. Det er Misbrug af Retten, *abus de droit*. Denne Grundsætning har haft særlig praktisk Betydning ved Udøvelse af *Ejendomsretten over fast Ejendom*. Denne Udøvelse kan jo ofte skade Naboens Interesser, f. Eks. naar der bygges en Mur eller et Hus eller opføres et Plankeværk, der udelukker eller væsentlig forringer en værdifuld Udsigt for Naboen. Sker dette imidlertid til Varetagelse af Ejerens almindelige Interesser, er det retmæssigt; opføres Bygningen eller Plankeværket derimod udelukkende i den Hensigt at skade Naboen, er denne Handling retstridig. Denne Grundsætning anvendes iøvrig ved *alle Ejendomsrettigheder*, ogsaa de *delvise*, derunder *Fordringsrettigheder*. En Opsigelse, der udelukkende foretages for at skade den anden Part i Kontraktsforholdet, er saaledes ogsaa kendt retstridig i fransk Retspraksis. Men ogsaa udenfor

Ejendomsretten, ved *andre Privatrettigheder*, f Eks indenfor Familieretten, og ved de Borgerne tilkommende, i den *offenlige Ret* grundede Rettigheder, er Grundsætningen anerkendt. At anlægge Sag eller idethele at foretage et eller andet Rettergangskridt udelukkende i Skadehensigt er retstridigt. *Tysk Ret* anerkender ogsaa, nemlig i B G B § 226, at Udøvelsen af en Ret, der kun har det Formaal at skade, er retstridig. Men Klageren har en for vanskelig Bevisbyrde, idet han skal bevise, at Udøvelsen ikke *kan* have noget andet Formaal. *Engelsk Ret* giver ikke i Almindelighed Beskyttelse mod Udøvelse af Rettigheder i Skadehensigt; Motivet anses i Almindelighed for at være irrelevant for en Handlingens Retstridighed. Men der anerkendes dog enkelte Undtagelser herfra. Saaledes er Sagsanlæg og anden retslig Forfølgning, der foretages uden objektiv rimelig Grund og i den Hensigt at skade en Anden, retstridig (malicious prosecution). — I de Lande, hvor denne Grundsætning om Motivets Betydning er anerkendt i Retspraksis og Lovgivning, er den efterhaanden gennemgaaende blevet anerkendt i Retsvidenskaben, omend der er megen Tvivl om Grundsætningens Anvendelsesomraade og nærmere Formulering.

b. Helt udenfor disse Tilfælde, der ifølge de nævnte Landes Retspraksis eller Lovgivning falder ind under »Misbrug af Rettigheder«, under »Udøvelse af Rettigheder i Skadehensigt«, har Retslivet imidlertid i de store Konflikter paa helt nye sociale Omraader instinktivt taget sin Tilflugt til Handlingernes Motiv som vejledende ved Løsningen af disse Konflikter, og det endog i Lande som England, hvor Skadehensigten ellers i Almindelighed, ved Udøvelse af Rettigheder, er irrelevant. I min Afhl: Arbejdets og Kapitalens Organisationer, retslig bedømt, 1913, har jeg søgt at paavise, at overalt i de store Industrilande har det moderne Erhvervslivs sociale Kampe efterhaanden udviklet sig til at blive *en Kamp om Magten mellem Organisationer* eller *mellem Organisationer og udenforstaaende*, og at under denne Kamp om Magten er *Boycotten* blevet det vigtigste Tvangsmiddel og Kampvaaben. Dette gæl-

der baade i Forretningslivets Kampe for bedre Priser og bedre Afsætningskaar idethele gennem de industrielle og merkantile Organisationer, Karteller og Truster, og i Arbejdernes og Arbejdsgivernes Kampe om Lønvilkaarene gennem de herhen hørende Organisationer, Fagforeninger og Arbejdsgiverforeninger. Men overalt i disse Kampe mellem Organisationerne indbyrdes og mellem disse og udenforstaaende er Domstolenes Indgriben ustanselig blevet paakaldt, da det vigtigste Kampmiddel, Boycotten, Gang paa Gang griber haardt ind i Menneskeskæbner, til Forringelse eller Ødelæggelse af deres Erhverv eller hele Stilling. Ved en sammenlignende Undersøgelse af Domspraksis i de større Industrielande, England, Amerika, Frankrig og Tyskland, har jeg søgt at paavise, at overalt i disse Landes Retsliv har den Grundsætning banet sig Vej, at Boycotten vel i og for sig maa anses for et tilladeligt Kampmiddel i Erhvervslivets Kampe i Nutidens Samfund, men at Boycotten bliver retstridig, naar den ikke tjener til Fremme af Organisationernes *faglige* Interesser, men udelukkende forfølger den Hensigt at *skade Andre*, et personlig ondsindet Formaal, se idethele Organisationer 162 ff, 192-223, 284-331, og nedenfor i den særlige Del om Erhvervsretten.

c. *Ragnar Knoph* har i sin Bog: Hensigtens Betydning for Grænsen mellem Ret og Uret, 1921, udvidet Undersøgelsen ud over de ovenfor fremhævede Omraader til flere andre, hvor Hensigten eller Motivet ogsaa faar Betydning for Retstridigheden, eller hvor der kan være Spørgsmaal herom, og navnlig taget op til nærmere Behandling et Spørgsmaal, hvorom der hidtil har været meget delte Meninger, nemlig om Skadehensigtens Betydning ved *farlige Handlinger*. Der tænkes her særlig paa en Gruppe Handlinger, der ligger mellem de helt ufarlige Handlinger og de almindelige retstridige Handlinger, der kan bevirke en efter Aarsagsloven paaregnelig Skade. *Goos* benægter ganske almindeligt, at Skadehensigten kan gøre en ellers retmæssig Handling retstridig (og strafbar), se *Goos Strafferet II* 76, 168-70. *Torp* stiller sig mere forstaaende

overfor denne Tanke og gennemgaar udførlig de Tilfælde, der skal kunne vise dens Rigtighed; men han kommer dog efter denne Undersøgelse til det Resultat, at det er overvejende betænkeligt at tillægge Skadehensigten retslig Betydning i saa Henseende, *Torp Strafferet* 259-64. Fra anden Side hævdes det derimod, at Skadehensigten maa gøre den ellers retmæssige, men ikke helt ufarlige Handling retstridig. Dette hævdes saaledes i tysk Retslitteratur af v. *Bar* og i hidtidig nordisk Retslitteratur af *Carl Kraft*, se v. *Bar* 15-16 og *Kraft* 96-105. *Knoph* kommer efter sin Undersøgelse til det Resultat, at sidstnævnte Opfattelse har Ret, se *Knoph* 251-58. *Torp* har belyst Problemet ved at forsøge en Gruppering af de Tilfælde, der her maa undersøges i Sammenhæng. Han sonder mellem tre Grupper af Tilfælde: 1. De ufarlige Handlinger d v s Handlinger, som intet fornuftigt Menneske vil tillægge Faremulighed, idet de overhovedet kun ved ganske uberegnelige Omstændigheders Tilstød kan tænkes at ville foraarsage Skade. Her maa Hensynet til Individets Handlefrihed fritage for enhver Eftergranskning af Motiver, *Torp* 252-53, 261. Dette vil formentlig alle være enig i. Jeg vilde her tilføje, at det iøvrig overfor Livets Masseantal af dagligdags Handlinger ogsaa vilde være ganske uoverkommeligt for Myndighederne at prøve en saadan Eftergranskning. 2. Handlinger, der efter de nærmere konkrete Omstændigheder kan volde betydelig Skade, men som en vigtig Samfundsinteresse i *Næringsfrihed*, *Ytringsfrihed* eller *personlig Frihed* efter *Torps* Opfattelse maa tillade som retmæssige. *Torp* nævner her som Eksempler: et haardhændet økonomisk Kapvirke, der ruinerer Modparten, i det følgende for Korthed Skyld kaldet *Næringsstiltældet*, kunstnerisk, litterær eller videnskabelig Kritik, der skader vedkommende væsenlig, i det følgende kaldet *Kritikstiltældet*, en lastfuld Vandel, der volder nærstaaende Sorg eller endog Død, som vi kan kalde *Vandelstiltældet*, *Torp* 253-54, 261. 3. Amputationstiltældet (hvor Lægen amputerer for at redde vedkommendes Liv) og lignende Tilfælde, hvor Skadestiltøjelsen er *konkret nyttig*, og endelig

Handlinger, som vel ikke efter almindelig Erfaring kan paaregnes at medføre Skade, men som dog ikke er helt ufarlige. Torp nævner som Eksempel paa sidstnævnte Handlinger, at en Landmand en Aften, da han til sin Raadighed kun har en defekt Lampe, der forholdsvis let ved Træk kan bringes til at eksplodere, gaar i Stalden med denne Lampe for at tilse et sygt Kreatur, i det følgende kaldet *Landmandstilfældet*. Som andet Eksempel paa derhen hørende Tilfælde kan nævnes et af *v. Bar* anført: En Mand tænder i Stormvejr Ild i Kaminen, hvor den Mulighed ikke er udelukket, at en Gnist fra Skorstenen kan tænde Ild i en Nabos Tag, nedenfor kaldet *Stormtilfældet*. Torp kommer efter nærmere Overvejelse til det Resultat, at ogsaa i de her under 3 nævnte Tilfælde vil det være overvejende betænkeligt at anse de nævnte Handlinger for retstridige, naar de alene bæres af et ondsindet Motiv, af Hensigten udelukkende at volde Skade, Torp 254-59, 261-64. Selvom altsaa vedkommende i Landmandstilfældet i Virkeligheden ikke handler af Omsorg for Dyret, men alene af Ønsket om, at Lampen maa eksplodere og bevirke Ildsvaade, og selvom vedkommende i Stormtilfældet tænder Ild alene i den Hensigt, at Naboens Hus maa brænde, mener Torp, at disse Handlinger maa være retmæssige (og straffri); og han begrundet dette væsenlig i den Betragtning, at den Sikkerhed, der giver Handlefriheden dens egenlige Værd, alvorlig vilde forringes ved enhver Fravigelse af den Regel, at en Handling, der udvortes fremtræder som forsvarlig, ubetinget er ansvarsfri, Torp 263. *Knoph* er enig med *Torp* i Tilfældene under Gruppe 1, altsaa i, at Skademotivet ikke bør gøre de ufarlige Handlinger retstridige; og om de under Gruppe 2 hørende Tilfælde er han ogsaa enig med *Torp* i Resultatet i Næringstilfældet og Vandelstilfældet; men han mener ikke, at der er Grund til at opstille denne Mellempgruppe mellem de ufarlige Handlinger og de farlige Handlinger under Gruppe 3, ti Handlingerne maa baade i Næringstilfældet og Vandelstilfældet efter *Knoph's* Opfattelse henføres til de ufarlige Handlinger. Derimod mener han, at Kritiktil-

fældet bør bedømmes efter Hensigten. Foretages en litterær Kritik ikke ud fra faglige Hensyn, men af Hævnløst eller Skadehensigt, maa den efter hans Opfattelse være retstridig, Knoph 254-55. Og dernæst mener han, at de ikke helt ufarlige Handlinger, f Eks Handlingerne i Landmandstilsfældet og Stormtilfældet, bør være retstridige, naar de udelukkende foretages i Skadehensigt, s V 255-58 — Amputationstilsfældet o l henregner Knoph ogsaa til Gruppe 1, de ufarlige Handlinger, idet Handlingen vel medfører en Skade, men i sit Resultat er samfundsgavnlig; og heller ikke ved de sidstnævnte bør Motivet have nogen Betydning, s V 252-54. Han er altsaa enig med Torp i, at Handlingerne i Gruppe 2 i det væsentlige og en Del af Gruppe 3 er retmæssige uanset Motivet, men ud fra en anden Begrundelse, den nemlig, at de herhen hørende Handlinger er ufarlige. Knoph tager imidlertid her, som Henry Ussing med Rette har fremhævet, Ordene: farlig — ufarlig ikke i den sædvanlige Betydning: konkret farlig — ufarlig. Naar han saaledes hævder, at Handlingerne i Nærings- og Vandels-tilfældet skulde være ufarlige, kan der hermed kun menes, at de i *Almindelighed* er ufarlige, idet ingen vil benægte, at de kan være konkret farlige, Ussing i U f R 1922 B 274. Men mere kan heller ikke paa- staas om de farlige Handlinger i Landmands- og Stormtilfældet. Amputationstilsfældet o l hører aabenbart hjemme i en Gruppe for sig. Men naar saaledes Forklaringen: ufarlige Handlinger maa opgives ved Gruppe 2, staar det herefter uklart, om der overhovedet skal gælde forskellige Synspunkter for Gruppe 2 og 3. Hvis man skal tillægge Motivet Betydning i dem begge, maa der maaske gøres Undtagelser. Men hvor langt Reglen i alle disse Tilfælde idethele skal gælde, og efter hvilke Synspunkter Undtagelser skal formes og begrundes, er herefter usikkert, Ussing anf St 274-75.

At Problemets Bund ikke er naact, ses ogsaa af Behandlingen af Tilfælde som Kritiktilfældet paa den ene og Nærings- og Vandels- tilfældet paa den anden Side og af de sidste i Sammenligning med Behandlingen af de ikke helt ufarlige Handlinger. Det kan for det

første, saa vidt jeg kan se, ikke begrundes, hvorfor der skal gælde noget andet i Kritiktilfældet end f Eks i Næringstifældet, som Knoph vil hævde. Hvorfor den Forretningsmand, der ved haardhændet Kapvirke ruinerer en Anden, og gør det udelukkende i personlig Skadehensigt, skal handle retmæssig, medens den Kritiker, der i samme Hensigt ødelægger en Anden, skal handle retstridig, ses ikke. Men dernæst kan der ikke findes nogen afgørende Grund til, at Tilfælde som de tre her nævnte skal behandles anderledes i Spørgsmaalet om Motivets end de ikke helt ufarlige Handlinger i Gruppe 3. Handlingerne i Gruppe 2, baade Nærings-, Kritik- og Vandelstifældet kan være konkret yderst farlige, ofte langt farligere end Handlingerne i Landmandstifældet og Stormtilfældet. I alle Tilfælde synes man da *enten idethele* at burde *nægte* Motivets Betydning for Retstridigheden *eller* i alle disse Tilfælde at give det denne Betydning.

Dersom man vil gøre sig Haab om at løse dette vanskelige Problem, maa man efter min Opfattelse gaa to nye Veje, nemlig 1) ikke som hidtil ganske *abstrakt* spørge, om vedkommende omstridte Handling er *retstridig*, men derimod spørge: *i Forhold til hvilket Retshaandhævelsesmiddel* er den retstridig, eller mere korrekt: hvilket Retshaandhævelsesmiddel tænker vedkommende Forfatter paa, naar han hævder, at den omstridte Handling er retstridig, og 2) maa man stille Problemet om Motivets Betydning ved de ellers retmæssige, ikke helt ufarlige Handlinger, i nærmere *Forbindelse* med *de andre Omraader*, hvor der er Spørgsmaal om at tillægge Motivets Betydning for Retstridigheden, altsaa navnlig i *Forbindelse* med de ovenfor under B a og b fremhævede Omraader, Udøvelsen af Rettigheder og Kamphandlingerne i Nutidens sociale Konflikter. Først skal nu gennemgaaes forskellige Grupper af Handlinger i Forhold til Retshaandhævelsesmidlerne. Der maa imidlertid ske en Omgruppering, og Gruppe 3 maa deles i 2 selvstændige Grupper. Vi faar da følgende Inddeling.

I. Ved de *ufarlige Handlinger*, som selv efter et samvittigheds-

fuldt og omhyggeligt Menneskes Dom ikke rummer nogen Faremulighed, vil et Skademotiv selvfølgelig ikke kunne motivere nogen Art af *afværgende* Retshaandhævelse. Og selv en *efterfølgende* Retshaandhævelse vil der under den nuværende Retsordning ikke kunne være Tale om. Hvis Samfundet derimod i Fremtiden kom ind paa en mere planmæssig Forebyggelse af Forbrydelser end der under den nuværende Retsordning finder Sted, navnlig ved en systematisk, tidlig Kontrol med aandsvage Personer, vilde et Bevis for, at en Person gik rundt og troede ved uskadelige Handlinger — f Eks ved Signen, Manen og Besværgelse — at kunne volde andre Mennesker Skade, endog Død, være et Motiv for Samfundet til en *derefter* følgende Kontrol med vedkommende, navnlig hvis man efter en nærmere Undersøgelse maatte anse ham for ikke helt ufarlig.

II. Noget farligere er Skademotivet i saadanne Tilfælde som Amputationstilfældet. Men idet det forudsættes, at Operationen helt igennem er forsvarlig udført, vil der som Regel heller ikke her blive Anvendelse for nogen Retshaandhævelse, hverken foregaaende eller efterfølgende. Amputationstilfældet hører til en større Gruppe Tilfælde, *Nødretstilfældene* idethele (Amputationstilfældet er jo faktisk, hvor der ikke foreligger Samtykke, et *Nødretstilfælde*); og disse kan ved Spørgsmaalet om Motivets Betydning hverken behandles sammen med de farlige Handlinger, som Torp gør, 262, eller med de ufarlige Handlinger, da særlige Forhold her gør sig gældende. Den Skade, der sker i *Nødretstilfælde*, *maa og skal indtræde*, da den er Betingelsen for at redde det større Gode, medens der ikke reddes noget større Gode, naar der sker Skade i Landmandstilfældet eller Stormtilfældet. Her kan overhovedet intet Nyttehensyn forsvare Handlingen, naar den alene foretages i Skadehensigt.

Hvis der i Amputationstilfældet og andre *Nødretstilfælde* ikke er andre, der lige saa godt kan foretage den reddende Handling som den Person, der samtidig bevæges af Skadelyst, maa Handlingen,

hvis den virkelig er fuldt forsvarlig foretaget som Nødretshandling, være retmæssig uanset Motivet og ikke paadrage nogen Art af Rets-
 haandhævelse. Men noget andet er, at hvis der i Nødstilfældet er
andre til Stede, der *lige saa godt* kan foretage den reddende Hand-
 ling som den fjendtlig sindede Person, bør denne afholde sig fra at
 gribe ind, ti under Udførelsen er det ikke helt ligegyldig for Ofret,
 om den, der skal varetage hans Interesser, er en ham fjendtlig sindet
 Person eller en neutral Person. Saaledes kan f Eks *Vælget* af de Gen-
 stande, der skal ofres, meget vel paavirkes af Ondsindethed, selvom
 Ofret maaske for en almindelig Betragtning objektivt kan forsvar-
 res. Jeg vilde derfor mene, at det er retstridigt i Nødretstilfælde,
 hvor en neutral Person fuldtud kan varetage Ofrets Interesse, af
 en dette fjendtlig sindet Person at gribe ind til en saadan Vare-
 tagelse med Skadehensigt til Hovedmotiv for denne Indgriben.
 Og forudsat, at denne Hensigt kan bevises, maa f Eks i Operations-
 tilfældet en lige saa dygtig, men neutral Kirurg kunne gribe *af-
 værgende* ind, eventuelt med Magt som Nødværge. Ogsaa paa
 dette Punkt viser det sig, hvor vigtigt det er at sondre mellem
 Retshaandhævelsesmidlerne. Ti saalænge Operationen ikke er ud-
 ført, ved man ikke *paa Forhaand*, om ikke det fjendtlige Sindelag
mulig kan medføre en eller anden Sidevirkning under Operationens
 Udførelse, som vel ikke bagefter objektivt paa nogen Maade kan
 betegnes som uforsvarlig, men som dog medfører en vis mindre
 Ulæmpe, som *maaske* kunde være undgaaet. *Bagefter*, naar *Opera-
 tionen i sin Helhed* af kyndige maa anses forsvarlig, vil der selv-
 følgelig ikke kunne være Tale om *Erstatning*, idet intet Tab kan
 paavises. Derimod kunde der maaske nok være en vis Grund til
 et mindre *Strafansvar*, for upaakrævet Indgriben i Nødretstilfælde
 i Skadehensigt, forudsat naturligvis, at denne bagefter virkelig kan
 bevises, hvad der praktisk talt kun sjældent vil være Tilfældet.

III. De *ikke helt ufarlige Handlinger*, som Handlingen i Land-
 mandstilfældet eller i Stormtilfældet, kan man ikke anvende Nød-
 væрге eller anden *afværgende* Retshaandhævelse overfor, selvom

man ved, at Handlingen foretages i Skadehensigt. Naar der har været saa megen Tvivl og Strid om denne Gruppe Handlinger, skyldes det maaske tildels, at man har haft forskellige Retsshaandhævelsesmidler i Tanken. Det maa naturligvis forudsættes, at Handlingen, f Eks i Landmandstilfældet og Stormtilfældet, objektivt set er fuldtud forsvarlig, at der altsaa vel er en vis Faremulighed, men at denne er saa ringe og usandsynlig, at selv et samvittighedsfuldt Menneske ikke vil undlade trods Stormvejret at lægge Ild i Kaminen for at værne sig mod Kulden, eller trods Lampens defekte Tilstand at bringe det syge Dyr Hjælp. Nu maa det forøvrig bemærkes, at i de her til konkret Belysning nævnte Tilfælde kan de individuelle Omstændigheder variere meget betydelig, og dermed ogsaa Faremuligheden; og de er derfor i den hidtidige Debat blevet taget noget vel abstrakt. Og dersom den i det foregaaende hævdede Standard for almenmenneskeligt og retsligt Ansvar anvendes, vil Handlinger som de to nævnte ofte efter Tilfældets nærmere individuelle Omstændigheder rumme en saadan Fare, — selvom den er, hvad jeg groft har kaldt en Promillefare — at et samvittighedsfuldt og for sin Næstes Vel omhyggeligt Menneske *enten* vil *undlade* Handlingen eller *træffe særlige* Foranstaltninger; det er, som før fremhævet, disse Momenter, der efter den her hævdede Opfattelse bestemmer Ydergrænsen for det objektivt forsvarlige, jfr S 378-79. Hvis saaledes de individuelle Omstændigheder i Stormtilfældet ligger saaledes, at Naboens straatækte Hus ligger i en temmelig ringe Afstand, og Stormen er meget voldsom og bærer i Retning af Naboens Hus, vil Opfyringen i Kaminen i en saadan Grad kunne forudses at medføre Skade, at denne Handling, naar Branden opstaar, maa anses for retstridig, idet et Menneske, der handler efter nævnte Ansvarsmaalestok, enten vilde have undladt Handlingen eller truffet særlige Forholdsregler imod Faren, f Eks i Valget af Brændselsmateriale. Paa lignende Maade kan de individuelle Omstændigheder ligge i Landmandstilfældet. I saa Fald bliver da Handlingen i begge Tilfælde retstridig, saaledes

at der, selvom der kun foreligger simpel Uagtsomhed, kan blive Tale om Erstatning og Nødværge. Er der derimod endog et ondsindet Motiv bag Handlingen, kan der eventuelt blive Tale om Straf.

Hvis de individuelle Omstændigheder derimod i nævnte Tilfælde er saaledes, at f Eks Naboens straatækte Hus ligger langt borte, eller, at Stormen bærer i en helt anden Retning end dette Hus, eller at begge disse Omstændigheder er tilstede, vil selv et samvittighedsfuldt og for sin Nabos Interesser omhyggeligt Menneske ikke betænke sig paa at fyre op i Kaminen. I saa Fald foreligger Problemet ogsaa individuelt set rent. Her er der altsaa virkelig kun en vis abstrakt, yderst ringe Mulighed for Fare. Selvom Handlingen nu her foretages udelukkende i Skadehensigt, — f Eks i Ønsket om, at en Gnist trods alt skal kunne forvilde sig i Retning af Naboens Hus eller naa frem til dette trods den store Afstand —, vil der ikke kunne blive Tale om Anvendelse af Nødværge eller anden *afværgende* Retshaandhævelse. Dersom der imidlertid i saadanne Tilfælde sker det paa Forhaand uventede, at der virkelig opstaar Ildsvaade som Følge af en saadan Gnist, synes der i og for sig at være Grund til et *efterfølgende* Ansvar, nemlig *Erstatning*. Handlefriheden ved saadanne Handlinger paa almenmenneskeligt Omraade er, skønt Handlingen ikke helt kan siges at være blottet for Fare, sikret Menneskene af Samfundet for, at de gennem denne Handlefrihed kan beskytte sig, f Eks mod Kulde, mod Sygdom hos deres Husdyr o l, idetheletaget for at varetage deres Interesser. Men denne Handlefrihed er ikke givet dem af Samfundet for at tilfredsstille ondsindede Tilbøjeligheder. Det for sin Nabo omhyggelige Menneske vil overhovedet ikke i en Storm tænde op i Kaminen af nogen anden Grund end den legitime: at skaffe Varme. Denne Maalestok dømmer saaledes ikke blot Handlinger, men ogsaa deres Motiver. Hvis Handlingen derfor i et Tilfælde som nævnte aldeles ikke foretages for Opvarmningens Skyld, men udelukkende i Skadehensigt, og der virkelig *sker Skade* som

Følge af Handlingen, — og begge Dele kan bevises — synes der at være god Grund for en Erstatning. Et saadant efterfølgende Answer anbefaler sig ogsaa af *retsteknisk præventive* Grunde. Ti Skadehensigten kan bevæge til Handlinger, der forøger Muligheden for Fare, selvom denne stadig er yderst ringe; og Overgangen mellem Faremulighederne — yderst ringe, meget ringe, ringe — er jo ganske gradvis. — Iøvrig har de, der benægter, at Skadehensigten i disse Tilfælde skulde gøre Handlingen retstridig, maaske her særlig tænkt paa Straf og Nødværge; og man maa efter det anførte være enig i, at Nødværge og vistnok ogsaa Straf ikke kan anvendes her. Den Handlefrihed, som Torp særlig anfører mod at inddrage Motivet i Bedømmelsen af de ikke helt ufarlige Handlinger, kunde mulig synes at blive noget udsat, hvis Retshaandhævelsesmidler som Straf og Nødværge skulde bringes i Anvendelse overfor saadanne Handlinger efter Motivets Beskaffenhed. Men det turde ialtfald være udelukket, at nogen berettiget Handlefrihed bliver krænkert, fordi der i de sjældne Tilfælde, hvor en Handling med ringe Faremulighed gør Skade, og hvor Skademotivet kan bevises, gives den Skadelidende Erstatning.

IV. Som en selvstændig 4 Gruppe kan man endelig opstille saadanne Handlinger som de i Nærings-, Kritik- og Vandelstilfældene virkende. Disse Handlinger kan konkret være lige saa farlige, ja ofte langt mere farlige end de under III nævnte. En Forskel mellem disse to Grupper kan efter min Opfattelse for det første findes deri, at Handlingerne under III tilsigter — naar de bevæges af Skadelyst — at volde *ydre fysisk Skade* ved *ydre Midler*, medens de her under IV nævnte volder *Skade* helt eller delvis af *sjælelig* Art og ad *indirekte, sjælelig Vej*, selv hvor Skaden delvis er immateriel og delvis økonomisk, som i Næringstilfældet og undertiden i Kritiktilfældet. Efter den gamle, nedarvede Opfattelse skulde Aarsagsammenhængen paa sjælelige Omraader, baade ved Angreb paa sjælelige Goder og ved Angreb med sjælelige Midler, være vanskeligere at efterspore end de ydre, fysiske Aarsagsam-

menhæng. I Virkeligheden turde Aarsagsammenhængen i Tilfælde som nævnte Kritik- Nærings- og Vandelstilfælde med Nutidens psykologiske Forudsætninger og Forstaaelse ofte være endog lettere at efterspore end i Tilfælde af ydre fysisk Aarsagsammenhæng som nævnte Landmands- og Stormtilfælde. Men en langt vægtigere Grund til at udskille de her under IV nævnte fra de under III anførte Tilfælde er efter min Opfattelse den, at Handlefriheden og dens Begrænsninger maa begrundes paa en særlig Maade paa de Livsomraader, hvorpaa de her under IV anførte Handlinger bevæger sig, da det er Samfundsinteresser af en anden Art, det her drejer sig om, end i Tilfældene under III. Retspørgsmaalene er dernæst mere sammensatte og endnu vanskeligere at løse her end i de hidtil under I-III behandlede Tilfælde. Her er det, at vi for at vinde Klarhed maa følge den anden af de nye Veje, som jeg ovenfor fremhævede. Man kan i Virkeligheden ikke finde nogen Løsning af Problemet om Motivets Betydning i den her nævnte vanskelige Gruppe, eller idethele finde Kernen i Problemet, hvis man ikke tager op til *samlet Behandling* dette Omraade og de andre Omraader, hvor der hidtil har været Spørgsmaal om at tillægge Motivet Betydning.

Det centrale Spørgsmaal er da: hvorledes forholder det i det foregaaende (S 425-27) omtalte Omraade a, *Udøvelse af Rettigheder*, Omraade b, *Kamphandlingerne i de sociale Konflikter*, og Handlingerne paa det her sidst behandlede Omraade, c, *de ikke helt ufarlige Handlinger og Nødretshandlinger*, sig til hinanden i Problemet om Motivets Betydning? Er ikke *alt*, Handlingerne paa alle Omraader (a, b, c, og under c I-IV), *Udøvelse af Rettigheder*? Eller er »Udøvelse af Rettigheder« et særligt afgrænset Omraade, a, i Forhold til Omraade b og c?

Baade i fransk Praksis og Retslitteratur og i tysk B G B § 226 og dens Kommentarer tages Ordet »Rettigheder« i en meget vid Betydning, nemlig som omfattende alle de den enkelte Borger til-

kommende — eller bestemte Borgere i Forening tilkommende — Rettigheder, de saakaldte subjektive Rettigheder, baade paa den private og den offentlige Rets Omraade, altsaa ikke blot Ejendomsrettigheder i den rette vide Betydning, baade den umiddelbare Ejendomsret, Brugsretten, Fordringsretten, Patentretten o l, men Familierettigheder, Retten til at hævde sine Interesser ved Domstolene, Stemmeretten o s v. Alligevel er Grundsætningen om Udøvelse af Rettigheder i Skadehensigt eller Misbrug af Retten (*abus de droit*) opstaaet og har udviklet sig ved de *almindelig kendte* og allerede i Lovgivningen *anerkendte Rettigheder*, hvis *Grænser* er saa nogenlunde *bestemt*. Saasnart vi kommer udenfor de Goder, der overhovedet i den hidtidige Retsordning er *erkendt* som Rettigheder, med bestemte *Grænser*, er vi ude i et Retsfærens Ingenmandsland, hvor det hele er usikkert, og hvor det netop først og fremmest er et stort Problem, *om* et *Gode* overhovedet skal anerkendes som en *Ret*. Og saalænge et Gode endnu ikke er anerkendt som Ret, kan der selvfølgelig ikke blive Tale om noget Misbrug af Modpartens Ret, hans Handlefrihed, om nogen Udøvelse af denne i ondsindet Hensigt. Paa den anden Side finder der ude i dette Ingenmandsland bestandig en Udvikling Sted; der opstaaer herudefra nye Rettigheder, Goder, der til at begynde med ikke ænses af Lovgivningen eller Domstolene, men som efterhaanden kæmper sig frem til retslig Anerkendelse. Men under denne Kamp er Spørgsmaalet da stadig om, hvilke *Grænser* Retsordenen skal sætte for *Retten* som Betingelse, for at gaa med til at anerkende den. Da Lovgivningen ikke kan følge med paa disse helt nye Retsomraader, maa Spørgsmaalene løses og *Grænserne* sættes af *Viden-skab og Praksis*. Herefter vil man forstaa, at der ikke i den ned- arvede Lovgivning og Praksis om Misbrug af Rettigheder, om Udøvelse af disse ud fra Skademotiver, kan hentes nogen synderlig Vejledning til Løsning af Problemet herom paa de nye Omraader.

Der kan heller ikke findes nogen Vejledning heri, at *Friheden*, den almindelige Handlefrihed er optaget blandt de i Lovgivningen

og i Retslivet idethele anerkendte Rettigheder, der tilkommer den enkelte Borger. B G B § 823 nævner saaledes blandt de ved Erstatningsreglen beskyttede Rettigheder ikke blot Retten til Liv og Sundhed, Ejendomsret, men ogsaa die »Freiheit« som en med »Eigentum« ligestillet Ret. Under Friheden gaar ikke blot den rent ydre, legemlige Handlefrihed, men den personlige Handlefrihed idethele; og under Rettigheder i § 226 gaar da sikkert ogsaa denne personlige Handlefrihed. Og i fransk Ret maa man antage det samme. Man kunde da paa Forhaand synes, at naar Handlefrihed hører til de Rettigheder, hvis Udøvelse i udelukkende Skadehensigt er retstridig, er Problemet paa alle Omraader løst.

Denne den Enkeltes Handlefrihed er imidlertid desværre det mest ubestemte og uklare Begreb, en ubeskreven Tavle, som først en grundig Realitetsundersøgelse paa Retslivets mange særlige Omraader kan udfylde. Frihed kan jo ikke betyde Frihed til at gøre hvadsomhelst, men kan overhovedet kun betyde *Frihed* til at gøre det, som Hensynet til Beskyttelsen af de *andre Borgeres Retsgoder* ikke forbyder, altsaa en Frihed til at handle *indenfor de af Loven, Retsordenen satte Grænser*. Man maa med sin Person frit bevæge sig i alle Retninger, færdes paa Gader og Stræder, men man maa dog ikke bevæge sig ind paa anden Mands Ejendom uden hans Tilladelse. Man kan frit ytre sig, baade privat og offentligt, om alle mulige Anliggender, men man maa dog ikke ytre sig saaledes, at man ubeføjet krænker en Andens Ære, hans Privatlivs Fred, hans religiøse Følelser, en vis Sømmelighedsfølelse o s v. Atter vender vi da her tilbage til den samme Vej: saalænge som der i Loven eller Retsordenen idethele er behandlet bestemte Rettigheder med bestemte Grænser, er der dermed ogsaa angivet bestemte Grænser for *Andres* Handlefrihed, nemlig i Forhold til *disse* Retsgoder; men naar dette ikke er Tilfældet, ender vi igen i det Retsfærens Ingenmandsland, hvor Problemerne netop er: *hvorvidt* skal et nyt, hidtil ikke i positiv Ret særlig erkendt og reguleret *Gode* anerkendes som et *Retsgode*, *en Ret*, og *hvilke*

Handlinger skal i saa Fald af Hensyn til denne nye Ret forbydes, og *de andre Borgeres Handlefrihed* saaledes tilsvarende *indskrænkes*. Paa alle de nye Omraader, ikke mindst de nye saakaldte sociale Omraader, kæmper der sig nye Goder frem og kræver Anerkendelsen som Retsgoder og tilsvarende Grænser for andres Handlefrihed. Retsvidenskab og Retspraksis maa da selvstændig undersøge Godets samfundsmæssige Værdi og udfinde, *hvilke Grænser* der af Hensyn hertil skal sættes. Til disse nye Omraader hører baade de *Handlinger*, jeg ovenfor har fremhævet som Gruppe b, altsaa Erhvervsorganisationernes Boycotting, og *Handlingerne* under Gruppe c Undergruppe IV, den økonomiske Kappestrid, den offentlige Kritik, og den personlige Vandels sjælelige Virkninger paa andre. Alene dette viser bedst det rigtige i en nøje forbunden, samlet Behandling af de hidtil adskilte Omraader. Boycottingen hører sammen med de sidstnævnte *Handlinger* til Gruppe IV. Paa den anden Side er der en Væsensforskel mellem alle disse *Handlinger* paa den ene og *Handlinger* under III paa den anden Side. Ti medens det ved de sidstnævnte, ikke ufarlige *Handlinger* blot drejer sig om Konstatering af en ydre Foraarsagelse af Skade paa et forlængst *anerkendt Retsgode, Ejendomsretten*, nemlig til en fast Ejendom (det straatækte Hus, Staldbygningen o l), saa er Problemet ved Boycothandlerne, de konkurrerende *Handlinger* (Næringstilfældet), Kritikken o l: 1) *hvad* er det overhovedet for et *Gode*, der krænkes ved disse *Handlinger*, 2) bør det anerkendes som et Retsgode, og selvom dette besvares bekræftende, bør da 3) *Handlinger* som Boycot, Konkurrering, Kritik o l erkendes som retstridige i Forhold til dette *Gode* (se ovenfor S 345 Betingelse 5).

Det vil saaledes ses, at naar man f Eks har ment, at en Storforretnings Udkonkurrering af en mindre Købmandshandel hører til de ufarlige *Handlinger*, forveksles herved Spørgsmaalet om den faktiske Aarsagsammenhæng — om Skaden kunde forudses — (Betingelse 2 i Retstridigheden, ovenfor S 345), med Spørgsmaalet, om det *Gode*, der angribes, overhovedet skal anerkendes som et

Retsgode, og om i saa Fald Handlingen, Udkonkurreringen, skal anses for retstridig (Betingelse 5 i Retstridigheden, ovenfor S 345). I Virkeligheden gælder der her ganske det samme om Boycothandlinger som om Udkonkurreringen. En stor Organisation f Eks en Trust, kan ved nogle Opfordringer til vigtige Firmaer om at boycotte et mindre Foretagende ødelægge dette, idet dets Hovedleverandører derved svigter. Men det kan ogsaa ske, at Trusten finder det mest hensigtsmæssig til Ødelæggelse af den mindre Bedrift at anbringe en af sine Filialer i Nærheden af nævnte mindre Forretning for derved at udkonkurrere denne. Naar man til Fordel for Retmæssigheden heraf anfører, at denne Udkonkurrering er en Følge af, at den frie økonomiske Kappelstrid under den nuværende individualistiske Samfundsordning er anset for samfundsgavnlig, *Torp* 254, *Knoph* 254, kan ganske det samme anføres for de Erhvervsdrivendes Frihed til at benytte deres Forretningsforbindelser til Fordel for sig selv og til Udelukkelse af andre. Denne Frihed til Boycotting og Friheden til Udkonkurrering er begge Udslag af den økonomisk Stærkeres Ret, som under den individualistiske Samfundsordning menes at være den ganske vist ofte haarde Betingelse for Erhvervslivets Fremskridt. Men hvad enten den økonomisk Stærke benytter sin Magt over sine Forretningsforbindelser til at indkrese og derved svække den mindre stærkes Erhvervsvirksomhed eller sin Magt til at skabe nye Forretninger i samme Svækkelsesøjemed, er Resultatet det samme; en Konkurrent slaas ud; der bliver en Forretning mindre til Kappelstrid. Først naar Samfundet opdager, at den frie Erhvervskamp med frit Slag for den stærkeres Anvendelse af hans økonomiske Magt, efterhaanden, baade ved Udkonkurrering og Boycotting, fører til, at selve den Erhvervsfrihed, der skulde begrunde denne Anvendelse af den økonomiske Magt, gaar til Grunde ved al denne Frihed, er man begyndt at faa Betænkeligheder ved Friheden. Den Erhvervsfrihed, der gav den økonomisk stærkeste mægtige Vækstmuligheder, blev samme Erhvervsfriheds Grav, gennem Storforetagendernes, Trusternes og Kartellernes,

idethele Erhvervsorganisationernes Erobring af Magten i Samfundets Erhvervsliv.

Hele denne Udvikling rejser vidtrækkende Problemer om en ny Samfundsordning. Men det bedste maa jo ikke blive det godes Fjende. Fordi man ikke straks kan naa en ny Samfundsordning, hvor ogsaa den *økonomisk* Stærkeres Ret er ophævet samt hans Magtmidler, og hvor ingen hæderlig og virksomt arbejdende skal slaas ud, blot fordi han ingen økonomisk Magt har, saa bør man dog ikke forsømme allerede under den nuværende Samfundsordning at sætte visse *Grænser* for den Stærkeres Magtanvendelse ogsaa i Erhvervslivet. Som jeg har søgt at paavise, kan der under den nuværende Samfundsordning sættes følgende Grænser for Erhvervsorganisationernes Magtanvendelse ved Boycotting. 1) Boycottopfordringen maa holdes *enten indenfor* en *Organisations Rammer*, altsaa kun fremsættes overfor dennes Medlemmer, eller *indenfor Kresen* af *ens Forretningsforbindelser* — eller andre *Erhvervsforbindelser* — som man stiller *Valget* mellem en Forbindelse med én selv eller med ens Modpart i Kampen, saaledes at en Boycottopfordring udenfor disse Krese, vidt og bredt, navnlig gennem Pressen, i Reglen er retstridig. En Boycottopfordring af sidstnævnte Art kan kun blive retmæssig, hvis den giver en objektiv, fuldstændig og nøjagtig Fremstilling af Stridspørgsmaalet, saa at Offenheden er i Stand til selvstændig at tage Stilling til Striden, og Boycottopfordringen efter det saaledes oplyste maa siges at være saglig begrundet. 2) Den ved Boycottopfordringen iværksatte Forfølgning maa ikke tilsigte en *økonomisk Ødelæggelse* af hele Erhvervet for Modparten i Erhvervskampen. Er dette Tilfældet, er Boycottopfordringen retstridig. 3) Boycottopfordringen er endelig kun retmæssig, naar den sigter til at varetage *faglige Erhvervsinteresser*, men retstridig, dersom den er udsprunget af *personlig Skadelyst*, derunder *Hævnløst*, som *Motiv*, eller den iøvrig ikke kan anses for *saglig berettiget*, Organisationer 162-331. Begrænsning 1) er trængt igennem i *fransk* og *tysk* Domspraksis; Begrænsning 3)

er trængt igennem baade i *engelsk-amerikansk, fransk og tysk* Retspraksis; Begrænsning 2) er blevet anerkendt i *tysk* Domspraksis og synes forøvrig idethele at burde anerkendes, jfr Organisationer 192-216, 284-331. Alle tre Begrænsninger har efterhaanden sejret i *dansk* Retspraksis, se E R III 1. 764-68, 20, *Illum* 348-49.

Begrænsningerne anvendes paa alle Erhvervsorganisationernes Kampe, paa Kartellers og Trusters Boycotting af udenfor staaende Forretningsmænd, Industridrivende o a, saavel som paa Fagforeningers Boycotting af uorganiserede Arbejdere og af Modparten i Klassekampen, Arbejdsgiverne, og paa de sidstnævntes Organisationer og deres Boycotting.

Ved Sammenslutningers eller andre Storforetagenders *Udkonkurrering* af en Erhvervsdrivende kommer Spørgsmaalet om Begrænsning 1) ikke frem, — hvis Udkonkurreringen ikke ledsages af Boycottopfordringer. Dette sidste er dog forøvrig ikke saa sjældent Tilfældet. Men der er efter min Opfattelse ligesaa god Grund til at anvende de ovennævnte Begrænsninger 2) og 3) ogsaa paa det Forsøg paa Ødelæggelse af en Mands Erhverv, som Udkonkurreringen betyder, — med Anlæg af Filialer, med Underbydning i H t Priser o a — som paa det Forsøg paa Ødelæggelse, der sker ved Boycotting. I en anden Forbindelse har jeg paa et tidligere Sted i denne Fremstilling taget til Orde for, at hvis en Storforretning konkurrerer en eller flere mindre Forretningsdrivende ud af Erhvervet, bør Storforretningen idømmes Erstatning til disse for Tab af deres Erhverv, saa meget mere som en Storforretning i Reglen let kan bære en saadan Erstatning, medens den i modsat Fald overhovedet ikke bør prøve at slaa bestaaende Erhverv i Stykker, se ovenfor S 390-91. Dette Standpunkt bekræftes nu af Erfaringerne paa dette Omraade, hvor Kamphandlingerne i det nuværende Samfunds Erhvervsliv behandles under ét.

Illum har med Føje fremhævet, at selvom Boycotten ikke er udsprunget af et ondsindet Motiv, kan den være retstridig, naar dens faglige Hensigt eller Interesse ikke kan anses for berettiget, *Illum* ovenanf St.

Det kan da formentlig efter det anførte fastslaaes, at hvis en Erhvervssammenslutning eller et Enkeltforetagende gennemfører en økonomisk Konkurrering til Skade for en næringsdrivende, er denne Konkurrering retstridig, hvis den enten har til Formaal helt at ødelægge vedkommendes Erhverv eller udspringer af en personlig Skadelyst, derunder Hævnfølelse, mod de paagældende Næringsdrivende eller andet, saglig uberettiget Motiv.

Naar der indenfor Retslivet, baade i Lovgivning, Retspraksis og Videnskab har været megen Modstand mod overhovedet at give Retsbeskyttelse først mod Boycotting og nu mod Udkonkurrering, skyldes det imidlertid ikke blot Liberalismens naive Tro paa Samfundsgavnligheden af den helt frie Erhvervskamp og tildels ogsaa en vis Uvilje mod at tillægge Motivet Betydning, men ogsaa en manglende Erkendelse af det Gode, der angribes af nævnte Kamp-handlinger i Erhvervslivet. Man har hidtil ikke kunnet naa til fuld Forstaaelse af Retsbeskyttelsens Nødvendighed paa dette Omraade, dels fordi man i Virkeligheden ikke havde nogen klar Erkendelse af, hvad det var for et særligt Gode, der skadedes ved Boycotting og Konkurrering, og om det overhovedet fortjente at anerkendes som et Retsgode, og dels, fordi det syntes overordenlig vanskeligt at angive, hvilke Arter af *boycottende* og *konkurrerende Handlinger* der skulde anses for retstridige. Dette sidste er nu besvaret. Tilbage staar at forsøge at finde, hvad det er for et Retsgode, der her skades, idet vi hidtil i saa Henseende blot har bygget paa en instinktiv Retsfølelse om, at der her var et Gode, der fortjente at beskyttes som Retsgode.

Et Gode har altid overordenlig vanskelig ved at opnaa Anerkendelse som Retsgode, naar det falder udenfor Kresen af den nedarvede klassiske Retsvidenskabs System af Rettigheder, et System, der i det væsenlige har været bestemt af Romerretten. Man behøver her blot at minde om den Kamp, som de nye Rettigheder, Forfatter- og Kunstnerretten, Patentretten o l, havde at bestaa, inden de naaede frem til at blive anerkendt som Retsgoder. Romer-

retten og det paa den byggende videnskabelige System kendte dem ikke; den kendte kun personlige Rettigheder, Rettigheder over Ting og Fordringsrettigheder mod en Person, i Systemet ogsaa kaldet tinglige og obligatoriske Rettigheder.

Det Gode, som en Boycotting eller Konkurrering rammer, kan heller ikke henføres til Rettigheder over Ting, Fordringsrettigheder eller personlige Rettigheder. Den boycottedes eller udkonkurreredes Ting, baade hans Løsøre, Bohave og Forretningsinventar og hans faste Ejendom, Jord og Bygninger, rører Konkurrenten og Boycotteren slet ikke; han gaar idethele langt udenom baade Modstanderens Ting og hans Person. Disse Goder forbliver alle intakte; men ved en Slags omgaaende Bevægelse, hvis Virkninger Boycottens og Konkurreringens Offer kun mærker indirekte, undergraves efterhaanden hele den økonomiske Eksistens, Erhvervet, der er meget mere værd end alle Ofrets Løsøregenstande og faste Ejendomme tilsammen, og som er alle disses Ejendesels Kilde, idet disse alle i sin Tid er anskaffet for Indtægterne af dette Erhverv — eller af en andens Erhverv — og kun kan holdes vedlige og fornyes ved de samme Indtægter. Som jeg andetsteds i denne Fremstilling har søgt at vise, maa der udenfor den klassiske Juras System af Rettigheder, altsaa foruden den *personlige Ret* og *Ejendomsretten* tillige anerkendes af Nutidens Retsorden et Gode, der formentlig bedst kan beskrives som en Adgang til gennem de planmæssige, formaalsbestemte Handlinger, vi kalder et Arbejde, at opnaa økonomiske Værdier, et Gode, der samfundsmæssig fuldtud fortjener at anerkendes som et Retsgode, og som bedst kan kaldes *Erhvervsretten*. Denne er ikke anerkendt i Lovbøgerne. Vi saa saaledes, at B G B § 823 under »Rettigheder« som Hovedregel ikke anerkendte det Gode, vi her har bestemt som Erhvervsretten, se ovenfor 351-55. Den er dog paa en vis Maade *faktisk* allerede af den nugældende Ret i Landene anerkendt som Retsgode; men naar den stadig har haft vanskelig ved at blive optaget i det nedarvede, klassiske System af Rettigheder, skyldes det, at den tilsyneladende

hidtil væsenlig har fundet sin Beskyttelse indenfor Rammerne at *andre, kendte Rettigheder* og er blevet reguleret gennem den *offenligrettlige* Del af Retsystemet, væsenlig *Forvaltningsretten*. At man frit kan udføre de nævnte planmæssige Handlinger med nævnte Formaal, er retsbeskyttet igennem Straffelovens almindelige Straf for Krænkelser af den personlige Frihed, hvorunder Friheden til nævnte planmæssige Handlen kun gaar ind som en Del. Og Forvaltningsretten giver en vis almen Regulering af disse særlige, planmæssige Handlinger ved indenfor visse Hovedgrupper af dem at kræve en Tilladelse fra Samfundet til at udføre dem, Næringsbrevet, og som Betingelse herfor at kræve visse personlige Egenskaber, som nærmere omhandles i den saakaldte Næringslovgivning. Men den nærmere Ordning af Forholdet mellem de erhvervsdrivende indbyrdes overlader Lovgivningen under den nuværende Samfundsordning helt til de erhvervsdrivende selv og til de økonomiske Kræfters frie Spil, til en fri Kamp mellem de erhvervende Mennesker. At der overhovedet fra Retsordenens Side skulde gribes ind i denne Kamp — naar der ikke blev begaaet Forbrydelse mod de kæmpendes Liv, Ære eller lignende gammelkendte Goder — faldt oprindeligt slet ikke det nuværende Samfund og dets Lovgivere ind. Det er det praktiske Erhvervsliv selv, der først kæmpede sig frem til ved Domstolenes Medvirken og under Modstand fra den klassiske liberale Økonomi og Jurisprudens at faa anerkendt, at der dog burde sættes visse Grænser for denne fri Erhvervskamp, at visse Kamphandlinger maatte stemples som retstridige i Forhold til dette *Gode*, den Enkeltes *Erhverv*. Det er som bekendt først i Domspraksis, at de Regler om illojal Konkurrering har banet sig Vej, som langt senere og under stor Modstand fandt Optagelse i Lovgivningen. Det er, som ovenfor vist, ogsaa gennem Domspraksis, at begrænsende Retsgrundsætninger om Boycotting først har banet sig Vej. Og der staar endnu tilbage for Retspraksis at bane Vej for de Begrænsninger for Erhvervskampen idethele, som jeg ovenfor har søgt at begrunde, og som staar i naturlig

Sammenhæng med de Begrænsninger, der som ovenfor vist lidt efter lidt har banet sig Vej i Landenes praktiske Retsliv overfor Boycotkampene, snart i et Land i én Retning, snart i et andet Land i en anden Retning, men overalt tenderende mod at modvirke de mest hensynsløse, de mest ødelæggende, og de særlig ondsindede Former for denne Kamp. Længere i Anerkendelse og Retsbeskyttelsen af dette nye Gode, Erhvervsretten, kan man under de nuværende Forhold næppe naa.

Naar en efter det anførte retstridig Boycotting og Udkonkurrering har paaført den angrebne Skade, kan der tilkendes ham *Erstatning*. *Forbud* anvendes allerede efter den gældende Domspraksis imod de efter denne retstridige Arter af *Boycotting*. Men ogsaa ved Udkonkurrering burde der efter Omstændighederne kunne blive Anvendelse for dette Retsmiddel.

— Ogsaa ved Spørgsmaalet om Kritik, særlig offentlig Kritik, staar vi ved et nyt Gode, der ligeledes har Krav paa Anerkendelse som Retsgode, eller, om man vil, ved Spørgsmaalet om en udvidet Retsbeskyttelse for det sjælelige Livs Goder, som allerede i visse Retninger nyder Beskyttelse under den nuværende Retsordning. De sjælelige Goder er i den hidtil gældende Ret kun beskyttet i enkelte Retninger, nemlig ved Straffelovens Bestemmelser om Krænkelser af Æren, (dansk Strfl §§ 267-275), af den religiøse Følelse (Strfl § 140), af det Gode, vi hos os kalder Privatlivets Fred, naar denne forstyrres paa visse særlige, i Loven nærmere bestemte Maader (Strfl §§ 263-65), og af en vis moralsk Fred (Strfl §§ 219, 220, 222, 223, 225, 2 og 3 Stk, 228, 229, 232-234). Ved flere af disse Krænkelser kan der ogsaa tilkendes Erstatning for sjælelige Lidelser (jfr dansk Ikrafttrædelseslov § 15). Men der er efter disse særlige Lovbestemmelser snevret Omraade meget store Omraader af det sjælelige Liv, der ligger ganske aabent for alle Angreb, endskønt disse Omraader maa siges ikke blot at være værdige, men ogsaa egnede til retslig Beskyttelse. Problemet om en

effektiv Retsbeskyttelse af det sjælelige Liv hænger imidlertid, saa vidt jeg formaar at se, paa det nøjeste sammen med Problemet om en tilbundsgaaende Reform, for ikke at sige Omvæltning, i Samfundets Statsforfatning og Presseordning. Disse Problemer vil blive behandlet paa et senere Sted i denne Fremstilling. Først efter en Omvæltning i disse Forhold i den rigtige Retning vil den politiske og personlige Menneskejagt kunne stanses. Men selv under den nuværende Retsordning vil der kunne gives det sjælelige Livs Goder en væsenlig større Retsbeskyttelse end der nu sker. Dette har jeg allerede tidligere belyst mere alment, se ovenfor 375-89. Paa dette Sted maa særlig fremhæves, at naar Kritikken i Almindelighed maa anses for retmæssig, begrundes dette med Rette ud fra Hensynet til Aandslivets Tarv, nærmere bestemt til Samfundets Interesse i Aandslivets Alsidighed og Udvikling, og dette Hensyn maa i Almindelighed opveje de sjælelige Lidelser, en Kritik, navnlig en offentlig Kritik, volder. Men af denne Begrundelse maa nødvendigvis følge, at hvis en Kritik, være sig en litterær, kunstnerisk, teknisk eller videnskabelig Kritik, ikke fremsættes ud fra saglige Interesser, men udelukkende for at tilfredsstille en personlig Skadelyst, derunder Hævnlust, maa Kritikken anses for retstridig. Der vil paa dette Omraade vanskeligt kunne blive Anvendelse for Forbud. Men derimod bør en saadan personlig Forfølgelse rammes af *Erstatning*, baade for de sjælelige Lidelser og det økonomiske Tab (navnlig Erhvervstab), der er tilføjet den angrebne. Straffen er formentlig baade ved denne personlige Forfølgning og ved den økonomiske Forfølgning af Skadelyst, ved Boycotting og Udkonkurrering, unødvendig. Meget store Erstatninger, der netop her er paa sin Plads (jfr Grundsætning 4 S 396), vil paa dette Omraade være et tilstrækkelig effektivt Retshaandhævelsesmiddel.

Ogsaa Tilføjelse af sjælelige Lidelser i rent personlige Livsforhold, som i Vandelstilfældet, maa der, som jeg paa et tidligere Sted har søgt at godtgøre, ydes en vis Retsbeskyttelse imod, ved efter de nærmere Omstændigheder at tilkende den skadelidende en rimelig

Erstatning, ovenfor 392-93. Og ganske særlig vilde en saadan være paa sin Plads, hvor der er alene handlet af Skadelyst.

Naar man er naact til det Resultat, der her er hævdet, at et Menneskes Erhverv maa anerkendes som et Retsgode, og at der saaledes i Lovbøgernes System af Rettigheder, som f Eks i B G B § 823, jævnsides med de *personlige Rettigheder* — Liv, Legeme, Sundhed, Frihed — og *Ejendomsretten*, fremtidig bør medtages *Erhvervsretten*, kan man naturligvis godt herefter anvende den nedarvede Grundsætning om *Udøvelse af Rettigheder* paa denne nye Rettighed og saaledes fastslaa, at heller ikke Udøvelse af en Erhvervsret maa ske udelukkende i den Hensigt at skade. Men baade ved denne og ved *Ejendomsretten* og alle andre Rettigheder maa man i Virkeligheden til nærmere Forklaring ind paa de enkelte *Handlinger*, som Retten giver Beføjelse til. En Ret har baade en aktiv og passiv Side, baade en Adgang til Handlinger indenfor

Der findes forøvrig andre Motiver end det ondsindede Motiv, der kan faa Betydning for en Handlingens Retstridighed. Fra *Forvaltningsretten* kan saaledes anføres, at dersom en Forvaltningsmyndighed lader sin Afgørelse bestemme af andre Hensyn end Statsforvaltningens Tarv, — end de Hensyn, som Samfundet har betroet den at varctage, — er dens Afgørelse retstridig (*Magtfordrejning*, *détournement de pouvoir*), se om fransk Forvaltningsret — *Conseil d'États* Praksis — og andre Landes Ret paa dette Omraade *Knoph* 88 ff; om dansk Rets Stilling se *Poul Andersen* 281-93. Indenfor *Skifteretten* er Handlinger, der foretages af Fallenten forud for Konkursen i den for Medkontrahenten kendelige Hensigt at unddrage Kreditorerne sine Ejendele, der skal tjene til deres Fyldestgørelse, ugyldige, jfr *Munch-Petersen* IV 99 ff, *Skifteretten*, ny Udg ved *Erwin Munch-Petersen*, 1935, 130 ff, E R 801-2. Om malicious prosecution i engelsk Ret se *Popp-Madsen* 23-24 Noter.

Den ovenfor i Teksten fremhævede Regel om Skadehensigten giver man undertiden den videre Formulering, at Udøvelse af Rettigheder er retstridig, naar den mangler enhver af Retsordenen anerkendt Hensigt. I denne videregaaende Form kan jeg ikke være enig; men noget andet er, at den *bevis teknisk* indeholder en Sandhed, ti hvis Sagsøgte ikke kan antageliggøre, at han overhovedet har haft en af Retsordenen anerkendt Hensigt med sin Handling, er der en meget stærk Formodning for, at hans Motiv har været Skadelyst.

Rettens af Loven tilstaaede Rammer og en Adgang til at nyde Retsgodet uden Forstyrrelse af andres Handlinger. Men nogle Rettigheder er overvejende bestemt ved den passive Side. Enhver har f. Eks. en vis Ret, ikke blot til det, vi kalder Privatlivets Fred, men en Ret til sjælelig Fred idethele, som ved Loven er værnet mod adskillige Indgreb, som ovenfor nævnt. Men enhver har ogsaa som Ret en vis Ytringsfrihed, derunder en Beføjelse til Kritik. Her tømmer to forskellige Rettigheder sammen. Men det er naturligvis kun ved Rettighedernes aktive Side, ved de Handlinger, de giver Adgang til, at der kan opstaa Skade for Næsten, og det er kun her, at Skademotivet faar Betydning. Det turde derfor lovteknisk være heldigere ikke at knytte Grundsætningen om Skademotivet til *Udøvelse af Rettigheder*, men til Udførelse af *Handlinger*. Og Grundsætningen kunde da for alle Retsomraader, baade Ejendomsrettens, de personlige Rettigheders, Erhvervsrettens o. a. maaske formuleres (som en Grundsætning 6 efter de ovenfor S 395-97 anførte) omtrent saaledes:

Hvis en Handling tilføjer et Menneske Skade, være sig økonomisk eller sjælelig, men den af samfundsmæssige Grunde maa anerkendes som retmæssig, bliver den retstridig, dersom den udføres udelukkende i den Hensigt at skade den Anden eller i en anden saglig uberettiget Hensigt.

En saadan Handling forpligter til Erstatning. Straf anvendes kun, hvor den er hjemlet i særlig Lov. Forbud og Nødværge kan kun anvendes, forsaavidt disse Retsmidler efter de enkelte Forholds Beskaffenhed er praktisk egnet til at afværge Skaden, og Skadehensigten klart kan erkendes paa den Tid, da Afværgelsen paatænkes.

9 Kapitel.

ERSTATNINGSRETEN OG FORSIKRINGSVÆSENETS UDVIKLING.

EFTER Forsikringsvæsenets mægtige Udvikling i nyeste Tid er det Spørgsmaal ganske naturlig opstaaet, om ikke Erstatningsretten herefter kan undværes, idet alle eller de fleste Skader kan erstattes gennem Forsikring. Man kunde herefter afvikle de vanskelige Erstatningsproblemer, de indviklede Undersøgelser af Begreber retstridig Handling og Skyld; og den store Mængde Retssager, som Erstatningsspørgsmaalene nu giver Anledning til, med deraf følgende Spild af Tid, Sagsomkostninger og andre Penge, kunde spares for Samfundet. Dertil kommer yderligere, at Erstatningsansvaret ofte er ganske illusorisk, idet Skadevolderen i mange Tilfælde er formueløs; og paa den anden Side har man ogsaa gjort gældende, at et mægtigt Erstatningsansvar, paadraget ved simpel Uagtsomhed, undertiden kan virke ganske uretfærdigt, navnlig hvis den uagtsomme Skadevolder har en mindre Formue, der er erhver-

Til Debatten om Spørgsmaalet Forsikring ktr Erstatningsret se i nordisk Retslitteratur navnlig *H. N. Bache*: i U f R 1920 B 321-29, T f R 1928. 291-308, 1932. 157 ff, U f R 1935. 233-39., jfr *Asmussen*: Juridisk Forenings Aar-bog 1899-1900, 49., *Astrup Hoel*: Risiko og Ansvar, og samme Forf, i Norsk Retstidende 1930. 69 ff, *Henry Ussing* i U f R 1930. B 148 ff, 1935. 185-98, og Erstatningsret 11-12, 183, *Jørgen Trolle* i U f R 1933. B. 129-47, der tager til Orde for at begrænse Personalets Erstatningsansvar overfor Arbejdsgiveren i Tilfælde af Uagtsomhed.

vet ved største Flid og Sparsommelighed gennem mange Aar, og som nu fuldstændig opluges af Erstatningen, og at et saadant Erstatningsansvar vil virke særlig urimeligt, hvis tilmed den skadelidende er meget velhavende og let selv kunde bære Tabet. Forsikringen har i Modsætning til Erstatningsretten den store Fordel, at den paa den ene Side virkelig sikrer den skadelidende Dækning af Tabet, ogsaa hvor Skadevolderen intet ejer, og paa den anden Side beskytter en uagtsom Skadevolder mod aldeles uforholdsmæssige Erstatningskrav, der kan berøve ham Resultaterne af et helt Livs Arbejde.

Spørger man nu Tilhængerne af disse Tanker om, hvorledes de da har tænkt sig den nærmere Gennemførelse af Forsikringens Overtagelse af Erstatningsrettens Opgaver, vil man erfare, at der i saa Henseende raader en betydelig Usikkerhed. Fra én Side hævdes det, at det maa være *Skadevoldernes* Sag at tegne Forsikring mod Følgerne af deres Handlinger, altsaa gennem *Ansvarsforsikring*. Saa vidt mulig skulde alle tvinges ind paa at tegne en saadan Forsikring gennem en Regel om, at den, der forsømte at tegne Forsikringen, skulde være pligtig at erstatte al Skade ved sine Handlinger; og det vilde da ikke være betænkeligt at strække Erstatningsansvaret vidt, nemlig til Dækning af al Risiko, hans Virksomhed medfører, altsaa ogsaa til Dækning af Skader, som ikke skyldes hans Forsæt eller Uagtsomhed, men hændelige Ulykker. Fra anden Side gøres gældende, at det naturligste maa være at paalægge de *Skadelidende, dem, der ejer noget*, at tegne Forsikring mod alle Ulykker, der rammer deres Ting. Herfor taler baade, at det er lettere at interessere Ejere af Værdier i at forsikre disse end at interessere alle andre, derunder utallige formueløse, i at tegne Ansvarsforsikring, og at førstnævnte Forsikring netop derfor er lettere gennemførlig, fordi der da bliver et langt færre Antal Forsikringer, ligesom denne Ordning bliver forsikringsteknisk simple og billigere. Paa den anden Side kan det ikke nægtes, at Forsikringspligten herved ikke bliver lagt paa de rigtige Skuldre, idet

Skadevolderne dog maa siges at være de nærmeste til at bære Udgifterne ved Forsikring mod de Ulykker, de anretter.

Det er jo imidlertid under de nuværende Forhold, med den almindelige Erstatningsregel som Baggrund, i vidt Omfang saa, at baade de, der ejer noget, tegner Tingsforsikring, ogsaa med den Mulighed for Øje, at Skadevoldere kan være formueløse, og at de, der udøver en Virksomhed, tegner en Ansvarsforsikring for, hvad de selv og deres Folk anretter af Skade paa Tredjemands Ting. Under den ovenfor fremhævede store Usikkerhed i de afgørende Betragtninger hos Tilhængerne af Forsikringsystemet turde det, alt vel overvejet, samfundsmæssig være det rigtigste at overlade det praktiske Liv selv at udvikle henholdsvis Ansvarsforsikringen og Tingsforsikringen og derunder gøre de fornødne omfattende Erfaringer, der alene kan afgøre den nævnte Tvivl, og derved maa-ske naa det Ligevægtpunkt mellem de to Forsikringsarter, der mulig bliver den rette Løsning, og som allerede nu i mangfoldige Tilfælde afbøder de uheldigste Virkninger af den almindelige Erstatningsregel, baade ved ofte at afværge et for urimelig stort Erstatningsansvar for uagtsomme Skadevoldere, der ikke kan bære det, og ved at dække de skadelidende mod Risikoen ved formueløse Skadevoldere. Dog kunde der, som jeg tidligere i en anden Forbindelse har fremhævet, være Grund til gennem Lovgivning at paalægge Ansvarsforsikring i en Række særlige Grupper af Tilfælde, nemlig for alle, der udøver en erhvervsmæssig Bedrift med Redskaber, Maskiner eller andet Driftsmateriel, eller som ejer Befordringsmidler — Køretøjer, Fartøjer o l —, for Ejere af fast Ejendom og af Heste, Kvæg, Hunde eller andre Dyr; og naar dette sker, bliver det endnu mindre betænkeligt at paalægge Ansvar i det vide Omfang, som den i det foregaaende hævdede strenge Ansvarstandard medfører, og at fastholde bevisteknisk forskudte, strenge Retsregler som D L 2-19-2, N L 3-21-2, Jernbane- og Luftfartslovenes o l Ansvarsbestemmelser, jfr ovenfor 409-10.

Dernæst er der utvivlsomt det rigtige i de nævnte nye Tanker,

at det i visse Grupper af Tilfælde er urimeligt at paalægge fuldt Erstatningsansvar, hvor der alene er handlet uagtsomt, og den handlende kun ejer en mindre Kapital, men Tabet er overordenlig stort. Det maa saaledes sikkert billiges, naar flere Love i nyere Tid, (jfr f Eks den nordiske Myndighedslovgivning, dansk Myndighedslov §§ 63 og 64), er kommet ind paa, at der ved Erstatningens Fastsættelse skal tages Hensyn til den skadegørendes og den skadelidendes Evne til at bære Tabet. Ligeledes er det praktisk, at en Lovbestemmelse som den nordiske Forsikringslovs § 25 fastslaar, at et Forsikringssselskab, der har erstattet en Skade, vel indtræder i den skadelidendes Erstatningskrav mod den erstatningspligtige Skadevolder, men at denne regresmæssige Erstatningspligt dog, hvis Skadevolderen kun har udvist en Uagtsomhed, der ikke kan betegnes som grov (eller er erstatningspligtig efter D L 3-19-2), af Domstolene kan nedsættes eller efter Omstændighederne helt bortfalde.

Den sidste Lovbestemmelse giver jo Domstolene Beføjelse til efter et ret frit Skøn at tage Bestemmelse om Erstatningspligten ved bemeldte Regres; og denne Regel har givet Anledning til megen Usikkerhed i Retspraksis. Der savnes i nogen Grad faste Retningslinjer. Det samme vil ske, dersom man indfører en almindelig Regel om, at Domstolene ved Erstatningens Fastsættelse kan tage Hensyn til Skadevolderens og den skadelidendes Formueforhold.

Under Usikkerheden ved saadanne nye Regler og idethele under den herskende Usikkerhed og Tvivl i Problemet om Erstatningsrettens og Forsikringsrettens indbyrdes Forhold i den kommende Tid findes der, saa vidt jeg formaar at se, intet andet Sted nogen virkelig Vejledning at finde end i en nøjere Hensyntagen til de *forskellige sjælelige Kvaliteter*, som jeg i det foregaaende ved flere vigtige Problemer har taget til Orde for. Det er allerede et lille Tegn i denne Retning, at de nyere Lovbestemmelser i Grænseområdet mellem Erstatningsret og Forsikringsret som den nordiske Forsikringslovs nævnte § 25 om Regresspørgsmaalet gør en væsen-

lig Forskel i Retsvirkningen mellem grov og simpel Uagtsomhed. Og selv af de kraftigste Forkæmpere for de nævnte nye Tanker erkendes det, at Erstatningsansvar skal paadrages, naar en Handling i udpræget Grad strider mod almindelig Agtpaagivenhed, *H N Bache i U f R 1935 B 237*. Og givet er det, at intet Samfund, hvor stærkt Forsikringsvæsenet end kan udvikles, nogensinde kan opgive at bekæmpe, med alle Retshaandhævelsesmidler, ogsaa Erstatningen, *den forsættlig skadende Handling*. Skadeforsættet forfølger vi jo endog i et vist Omfang selv ved Handlinger, der ellers maa anses for retmæssige; og som jeg har forsøgt at vise, maa vi i den kommende Tid ind paa en endnu stærkere Udvikling af denne Rets tanke. Endvidere maa her nævnes, at det ogsaa indenfor den moderne Forsikringsret er en fast Grundsætning, at man ikke kan forsikre mod sine egne forsættlige Skadetilføjelser, jfr Forsikringslovens § 18.

Indenfor en anden Retshaandhævelse, Straffen er det store Skel jo ogsaa Forsættet. Det samme gælder, som ovenfor fremhævet, ved en anden Retshaandhævelse, Vindikation og anden Genoprettelse (f Eks ved Bygning paa fremmed Grund), hvor ond Tro enten allerede efter gældende Ret er eller bør være det alt afgørende for Retsvirkningen.

Det er da i og for sig en naturlig Tanke, at man ogsaa indenfor Retshaandhævelsesmidlet Erstatning tillægger disse sjælelige Kvalitetsforskelle Betydning; men der er i Erstatningsrettens hidtidige Udvikling taget altfor ringe Hensyn hertil. Efter min Opfattelse bør den kommende Tids Udvikling ogsaa paa Erstatningsrettens Omraade gaa i Retning af i langt videre Omfang end hidtil sket at tage Hensyn til de sjælelige Kvaliteter, baade ved at paalægge Erstatning ved ellers retmæssige Handlinger, naar der foreligger Skadeforsæt, (se ovenfor S 421 ff), og til at fritage for urimelig store Erstatningskrav, hvor der kun foreligger almindelig Uagtsomhed. Og, saa vidt jeg kan se, ligger netop Løsningen af det vanskelige Problem om det indbyrdes Forhold mellem Erstatningsret og For-

sikringsret i en Vurdering og nærmere Ordning af Ansvar et efter disse Kvaliteter. Det er allerede i det foregaaende vist, at Erstatningen i den nuværende Form paa visse Omraader burde afløses af en *Bod*, der afpasses efter Skadevolderens Formueomstændigheder, se ovenfor 381-97. Men i denne Forbindelse vil jeg fremhæve, at Forsikringslovens nævnte § 25 formentlig burde omdannes saaledes, at der *altid* ved simpel Uagtsomhed svarede en *Bod* til Indskærpelse af Agtpaagivenhed, men at den til Gengæld *altid*, ligesom Straffebøder, blev fastsat nøje efter Skadevoldernes økonomiske Forhold. Saa vilde Domstolene have den faste Vejledning, som de nu savner ved den nærmere Gennemførelse af denne Lovbestemmelse.

Men der er gode Grunde for at gaa endnu videre, og til idethele at fastslaa i Erstatningsretten som almen Grundsætning (altsaa som Grundsætning 7, se ovenfor 394-97, 449-50) — hvad enten der er tegnet Forsikring eller ej — følgende:

Overalt, hvor der af en Skadevolder kun er udvist simpel Uagtsomhed, skal der svares en *Bod*, der fastsættes under Hensyn til Skadevolderens og den Skadelidendes økonomiske Evne, men at det herved iagttages, at Skaden altid skal erstattes fuldtud, hvor den skadelidende ikke selv er formuende, og Tabet rammer ham føleligt, idet han heller ikke er forsikret, og Skadevolderen enten gennem sin Indtægt eller Formue forholdsvis let kan erstatte hele Tabet.

Paa den anden Side er det nødvendigt, at der, hvor der er handlet *forsætlig* eller med *grov Uagtsomhed*, i den fremtidige Erstatningsordning træffes virkelig *effektive* Forholdsregler til *Inddri-velsen* af Erstatningen. Hvis Skadevolderen ikke har Formue til at betale Erstatningen med, bør der i disse Tilfælde ikke blot gives en praktisk let Adgang til Beslaglæggelse af kommende Indtægter, af Dele af vedkommendes Aars-, Maaned- eller Ugeløn; men der maa ogsaa, hvis Skadevolderen ikke selv har skaffet sig et Erhverv, af Samfundet kunne paalægges ham et tvangsmæssigt Erhverv, hvis

Indtægter delvis kan beslaglægges til Erstatning, navnlig for forsætlige Retsbrud.

Ogsaa ved *Vindikation* bør der tages et vist Hensyn til Vindikantens og den godtroende Besidders Formueforhold. Hvis Besidderen er velhavende, og Vindikanten f Eks af et meget værdifuldt Familieportræt af en berømt Kunstner, er fattig, bør Vindikanten efter Omstændighederne iøvrig kunne fritages for at betale Løsen til Besidderen.

— Erstatningslæren har man undertiden gjort unødigt indviklet ved, som tidligere omtalt, at udskille som subjektive Betingelser for Ansvar et Betingelser, der i Virkeligheden var objektive, idet man først opstillede et objektivt Retstridighedsbegreb saa vidt omfattende, at der ikke kunde paalægges Erstatningsansvar paa et saadant Grundlag, men at man herefter blev nødt til atter at foretage en Indsnevring ved Hjælp af en saakaldt subjektiv Betingelse. I Virkeligheden bør, som jeg i det foregaaende har søgt at vise, begge disse Betingelser, en saakaldt objektiv og subjektiv, slaas sammen til en enkelt, nemlig den ganske simple, at der skal svares Erstatning, naar der ikke handles samvittighedsfuldt og omhyggeligt, og der derved opstaar Skade, se ovenfor S 341-45, jfr 395 (Grundsætning 2). Til Gengæld har man i ikke ringe Grad forsømt at foretage Realitetsundersøgelser paa de forskellige Omraader af de to vigtige Betingelser for Erstatningsansvaret, saavel som for al anden Retshaandhævelse: om *Godet* efter Behovene paa det særlige Omraade skal have Beskyttelse som *Retsgode*, og om *Handlingen*, der angriber Godet, af Hensyn hertil skal stemples som retstridig. I stedet for denne Realitetsundersøgelse gav man en saakaldt Interesseafvejelse, der i Virkeligheden bestod i en Række altfor almindelig holdte Betragtninger. Den foregaaende Udvikling vil formentlig have vist, gennem Undersøgelsen af visse Spørgsmaal paa Erhvervslivets og det personlige Livs Omraade og Presseomraadet, at Problemerne om de to Betingelser for An-

svaret, Godets Art og Egnethed for Retsbeskyttelse og den skadende Handlings Art og Egnethed for Retshaandhævelse, rummer Vanskeligheder, som den hidtidige Erstatningslære ikke har haft Blik for. Men naar disse to Spørgsmaal efter Undersøgelser paa de forskellige Livsomraader er klaret, kan Erstatningsbetingelserne iøvrig, som ovenfor vist, betydelig forenkles. Retstridighed og Skyld falder sammen, S 341-45. Det Begreb, der rammer Kernen i det, som Samfundet med alle sine Retshaandhævelsesmidler vender sig imod, er utvivlsomt Begrebet Skyld. Det, som hele Erstatningsretten og Forsikringsretten under intimt Samarbejde i Fremtiden maa tendere henimod, er, som ovenfor paavist, ikke en Opgivelse af dette Begreb, men tværtimod en *højere Udvikling* og *finere Graduering* af *Skyldtanken*. Den moderne Forsikringsret viser i sine ledende Grundsætninger, saaledes bla: i de nævnte §§ 18 og 25, en nøje Hensyntagen til *Skyldgraden*. Og Fremtidens Erstatningsret maa, hvis den vil røgte sin Opgave ret, som her fremhævet, ogsaa ind paa en nærmere Vurdering af *Ausvaret* efter *Skyldgraden*. Det samme gælder ved andre af Privatrettens Retshaandhævelsesmidler, baade ved Vindikation og ved anden Genoprettelse af den tidligere, retmæssige Tilstand. I Strafferettens fundamentale Sondring i Behandlingen mellem Forsæt og Uagtsomhed møder vi det samme. Men ogsaa helt udenfor Retsfæren, paa de vide menneskelige Felter, hvor ingen af Samfundets Retshaandhævelsesmidler kan naa, møder vi den samme stadige Koncentration om Menneskelivets evige Begreb: Skyld, og en Tenderen, ofte ubevidst, imod en finere gradueret Erkendelse af Skyldens Former.

NOTER

Til S 7-8.

Jeg kan efter det i Teksten anførte ikke være enig med *Stammer*, naar han vil hævde, at Dyresamfund adskiller sig fra menneskeligt socialt Liv derved, at Dyresamfund ikke kender social Regulering, Stammler II 91-92. En saadan Regulering, selv i Betydning af en retslig, altsaa en Regulering under Tvang finder vi, som vist, i de højest udviklede Dyresamfund, og selv i de enkle Dyrefamilie-Samfund. De højeste Dyresamfund findes hos visse Abeerter, Myrer, Bier, Termitter og Hvepse.

Til S 9.

Om Samfund uden Familieliv paa primitive Stadier se bl a *Th A Müller* i Folkenes Historie I 22-24.

Til S 10.

De paa Nomadestadiet levende Stammer eller Klaner udgør utvivlsomt *Samfund*; og de har en virkelig Retsorden. Men *Stammer* har Ret, naar han hævder, at Stammer og Horder vel har Retsregler, men ikke lever i det, vi kalder en *Stat*, ti hertil hører det bestemt afgrænsede Landomraade, et Territorium, anf V 121 ff.

Der er forskellige Stadier indenfor Nomadestadiet. Det ældste Stadium er, ialtfald hos mange Folk, det saakaldte »Samler«-Stadium, hvor Menneskene endnu ikke er naaet til selv, med egne Redskaber at fange Fisk og andre Dyr, men hvor de i deres Er-

hverv indskrænker sig til at opsamle de Frugter og anden Planteføde og dyrisk Føde, de finder. Senere lærer de sig at forfærdige Redskaber til at fange Fisk og Vildt. Samlerstadiet afløses af Fisker- og Jægerstadiet. Endnu senere lærer man at holde Kvæg og flytter da om fra Sted til Sted, hvor der findes Græsgange. Menneskene har nu faaet et tredje Erhverv ved Siden af Jagt og Fiskeri, Kvægavl.

Om Flokinstinktets og Kampinstinktets Betydning for Samfundsdannelsen se *Mc Dougal* 11 og 12 Kap.

Tönnies sondrer indenfor de menneskelige Sammenslutninger mellem organiske, reelle, *Samfund*, og mekaniske, ideelle, *Selskaber*. Som Eksempel paa det første nævner han Familien, og som Eksempel paa det sidste Aktieselskabet. Han fremhæver, at Samfundet er gammelt, Selskabet noget nyt, og at Samfundet er en levende Organisme, Selskabet et mekanisk Aggregat, *Tönnies* 4 ff. Jeg kan ikke se, at denne Sondring er synderlig værdifuld. For det første er Overgangen mellem disse sociale Fænomener ganske gradvis, afhængende af, hvorvidt Menneskene ved Sammenslutningens Opstaaen har organiseret mere eller mindre bevidst. En Stat kan f Eks snart være det, *Tönnies* kalder et Samfund, — hvilket gælder de gamle, bestaaende europæiske Stater — snart det, han kalder et Selskab, hvilket gælder de nordamerikanske Fristater, der bevidst, ved Frigørelsen for Modcrlandet, oprettede en Fællesstat af Stater. Lavene var i Begyndelsen famlende, usikre Samfund, senere bevidst og planmæssig indrettede Selskaber. Det samme gælder adskillige Foreninger i nyere Tid. Visse Dele af nutidige Aktieselskabers og Foreningers Forfatning er ubevidst udformet, andre Dele bevidst vedtagne.

Om Forstaaelsens, Sympatiens og Sprogets samfundsmæssige Betydning se *Tönnies* 24-27.

Til S 12.

Man skal ikke lægge for stærk Vægt paa de forskellige *sproglige Udtryk* for de *etiske* Fænomener, idet disse Udtryk ofte skifter fra Tid til Tid og fra Folk til Folk. Det nordiske Ord: *Sæd* er af fælles arisk (indogermansk) Oprindelse; det svarer til tysk: Sitte, gotisk: sidu, oldindisk svadhâ, der kommer af: sva (betyder: *sin*) og dhâ

(der betyder: sætte, gøre), altsaa = *gøre til sin, til egen*, (*consuetudo*, græsk *ethos*, beslægtet med *sueth*), hvilket sker ved gentagne Handlinger, ved Øvelse. I moderne Sprog differentieres Betydningen af saadanne Ord som: Sæd (eller Skik) ofte umærkelig fra Folk til Folk. Det tysk »Sitte« har en Biklang af: den gode Sæd eller Skik, hvad de nordiske Ord: Sæd og Skik ikke har. Vi taler om daarlig Sæd og Skik, lige saa vel som om en god Sæd og Skik, om slette Sæder og gode Sæder (jfr det latinske: *boni mores*). Og dette er jo reelt rigtigt, ti det er jo ingenlunde alt, hvad Flertallet af Menneskene gør, selv gennem lange Tider, der er rigtigt. Tværtimod er Flertallet meget ofte bagefter Elitten, der viser Vejen fremad, ogsaa i forbedrede Skikke — i Hensyntagen til Næsten, i Hygiejne, i Høflighedsformer, Festlighedsformer o a.

Det af »Sæd« videreudviklede Ord: sædelig, Sædelighed har heller ikke helt den samme sproglige Betydning i nordisk og tysk Sprog. Ordet: Sittlichkeit refererer sig i almindelig tysk Sprogbrug særlig til Forholdet til *andre* Mennesker, omfatter ialtfald mindst lige saa meget den sociale som den individuelle Etik. I nordisk Sprogbrug har Ordet Sædelighed efterhaanden faaet en ganske særlig Anvendelse ved og Betydning af den individuelle Etik (navnlig m H t Brugen af Nydelsesmidler og seksuelle Forhold, hvilke sidste dog naturligvis ogsaa har en særlig, omend ikke udelukkende Forbindelse med andre Mennesker). Om de tyske Ord og Begreber: Sitte og Sittlichkeit og deres Etymologi se *Ihering* II 16 ff, der isørig betoner, at uanset, at »Sitte« efter tysk Sprog har en Biklang af det etiske gode, er Sitte dog væsensforskellig fra Sittlichkeit derved, at Sitte er stærkt relativ, ændrer sig efter Tid og Sted, medens det sædelige, Sittlichkeit har noget absolut i sig, *Ihering* II 48-49. Ordet: *Moral* er derimod baade i tysk og nordisk Sprog (og i germanske og latinske idethele) langt mere omfattende, idet det klart betegner baade den sociale og den individuelle Etik; og dette Ord bør derfor foretrakkes. I nærværende Fremstilling bruges Ordet *Moral* i denne omfattende Betydning, ved Siden af Ordet *Ret*. Begrebet: det etiske omfatter baade *Moral* og *Ret*. Men det kan udmærket tages baade i denne videre Betydning og i den snevrere Betydning: *Moral*. Ordet *Etik* er lig *Moral*filosofi.

— Efter antik græsk Opfattelse er det gode (*agathon*) og det skønne (*kalon*), det Indre og det Ydre, nøje forbundne.

Ihering har ikke gjort Etikdens Hovedproblem om de etiske Værdiers Begrundelse til Genstand for en dybtgaaende Undersøgelse; han stillede en saadan Undersøgelse i Udsigt; men han naaede aldrig at faa den foretaget; og det er derfor heller ikke lykkedes ham at give en virkelig Begrundelse af Retten eller en tilfredsstillende Behandling af Forholdet mellem Ret og Moral, se 2 Bog S 105 ff. Heller ikke *Goos* har givet en saadan Undersøgelse eller Begrundelse, og han er i Virkeligheden ret uklar i Etikdens og Retslærens Grundproblemer. Han udtaler, at Ret og Moral er sideordnede Forgreninger af det etiske og i Spørgsmaalet om, hvad det etiske er, slutter han sig til Utilitarismen, som han uden Kritik overtager, og hvorefter den størst mulige Nytte eller Lykke for det størst mulige Antal er Etikdens Maal. Dette Maal kan ikke fastholdes, alene af den Grund, at der ikke er givet nogen nærmere Definition af, hvad »Nytte« eller »Lykke« er — hvad der har ført ind i de største Vanskeligheder og Tvivl, ligesom det iøvrig, ganske bortset herfra, ikke kan opstilles som en Pligt, hverken moralsk eller retslig, at fremme alle mulige Menneskers Lykke uden kvalitativ Forskel, se nærmere 2 Bog S 247-53. At *Goos* ikke har givet en selvstændig Undersøgelse af det etiske Grundproblem, men her sluttede sig til den paa hans Tid ret almindelige utilitariske Opfattelse (i *Stuart Mills* Fremstilling), bevirker en vis Uklarhed og Usikkerhed i *Goos*' Udtalelser om Forholdet mellem Moral og Ret. Paa den ene Side fremhæver han, som nævnt, at Ret og Moral er Forgreninger af det etiske. Men andetsteds siger han, at »Retten staar uafhængig af Striden om det normgivende Princip i Moralen«, *Goos* I 82. En saadan Uafhængighed er ikke mulig, ti hvilket det normgivende Princip end er i Moralen — det utilitariske Princip, *Kants* aprioriske Pligt-Princip e a — kan Retten ikke være upaavirket heraf. Grundproblemet i Moral og Ret er, som tidligere vist, det etiske Vurderingsproblem og af dettes Løsning fremgaar det fælles Grundprincip i al Etik, i al Moral og Ret. Hvis der skulde gælde et andet etisk Grundprincip i Retten end i Moralen, maatte *Goos* selv have angivet det; men der findes intet saadant hos ham; og det staar da ogsaa i Strid med hans Fremhævelse andre Steder

af, at Retten og Moralen begge er Forgørelser af det etiske. Man maa derfor give *Viggo Bentzon* Ret i, at Goos er gaaet til Fremstillingen af sin Retslære »uden indgaaende videnskabelig Behandling af de opstillede »etiske« Udgangspunkter«, *Viggo Bentzon: Noter til C. Goos: Forelæsninger over den almindelige Retslære, 1899, S 8.*

Viggo Bentzon har heller ikke givet nogen selvstændig Underøgelse af Etikens Grundproblemer. Derimod har han (dels i nævnte Noter til Goos' Retslære, dels i hans Afhandling: *Skøn og Regel*) som sin Livsanskuelse paa Rettens Omraade fremhævet, at Retten og Rettens Udvikling beror paa to modgaaende Tendenser, som han kalder Sikkerhed og Retfærdighed. *Bentzon* er i og for sig Individualist, idet han hævder, at Idealet vilde være, om vi i hvert enkelt Tilfælde kunde træffe en helt konkret, efter alle dette Tilfældes individuelle Ejendommeligheder nøje afpasset Afgørelse — dette kalder han Retfærdighed —; men Hensynet til Borgernes Sikkerhed og Dommernes Ufuldkommenhed medfører, at vi istedenfor at følge en saadan individuel, konkret retfærdig Afgørelse, *Skønnet*, maa følge en fast, ensartet *Regel* — dette er Sikkerheds-Hensynet — og Retsordenen er derfor Udtryk for en Bestræbelse for at lægge ligesom et »Reglernes Net over Livet«. Denne Opfattelse indeholder utvivlsomt en vigtig Sandhed. Men den slaar kun til som Forklaring ved én Gruppe af Livets Konflikter. Ved de *retsteknisk forskudte* Regler, f. Eks. Myndighedsreglen, er det rigtigt, at vi istedenfor en konkret individuel Afgørelse (efter den Enkeltes aandelige Modenhed) tager en fast, ensartet *Regel*, der tilfredsstiller Sikkerhedshensynet, men ikke Retfærdigheden. Men i mangfoldige af Livets Konflikter, baade paa Moralens og Rettens Omraade, er Problemet ikke saa simpelt som ved de retstekniske Forskydninger. I de dybeste Konflikter i Livet findes der ingen konkret, individuel Afgørelse, hvor alle det enkelte Tilfældes Hensyn kan forenes og forsones i en Afgørelse; nej, selve Livets Afgørelse kræver *et Valg* mellem to hver for sig berettigede Interesser, Tilbøjeligheder; og Menneskets Redning i dette Valg findes kun i *Reglen*, i det Bud fra et højere Livsyn, der vælger, bestemmer Interessernes, Tilbøjelighedernes indbyrdes Værdi for mangfoldige Livskonflikter under ét, efter en for disse fælles, ensartet Vurdering og Afgørelse.

Ved *Valget* og ved *Gentagelsen* vokser her Reglen op af Livet selv; og Billedet med Retsreglernes Net over Livet bliver her misvisende, se nærmere i Teksten 9-15 og min Afhdl i T f R 1907.181-237.

Som illustrerende Eksempel, der viser Individualismens Utilstrækkelighed, kan det i Teksten S 19 nævnte tjene: Forfatternes og Kreditorernes modstridende Interesse i Tilfælde af Udlæg og Konkurs. Betragtningen af det enkelte isolerede Tilfælde giver ikke selv den kyndigste og mest begavede Dommer den ringeste Vejledning til en Vurdering af de modsatte Interesser, da Forfatterens og Kreditors Interesser, set ud fra det enkelte Tilfælde, er akkurat lige berettigede. Den fremragende Dommer vil da her netop ikke følge Individualismen, ikke blive staaende ved en isoleret Betragtning af denne enkelte Kollision, men søge sin Vurdering af de modsatte Interesser ved at overveje, om hans Afgørelse, naar den gøres til *Regel*, til Grundsætning for talrige Kollisioner, i sin Helhed vil virke til Gavn for Samfundet. Og det er denne Søgen vor Vurdering ved en Betragtning af talrige Kollisioner, der er den dybeste Aarsag til Retsreglerne. *Sikkerhedshensynet* virker kun som et mere underordnet Motiv i samme Retning. I nævnte Tilfælde er det en samlende, vurderende Helhedsbetragtning over Hensynet til Aandslivets Tarv og det økonomiske Livs Interesser, der for Dommeren bliver afgørende for Konfliktens Løsning. Og det er ogsaa denne Helhedsbetragtning, der maa blive afgørende for Lovgiveren og senere ogsaa er blevet afgørende for denne.

Til S 30-45.

Man har hidtil, efter *Ihering*, ofte bestemt *en Ret* som »en retsbeskyttet Interesse«. Ordet Gode synes mig at være bedre end Ordet Interesse og kan defineres bestemt, som i Teksten sket. Ordet »retsbeskyttet« som Led i Definitionen er uheldig, da det gentager Ordet »Ret«, der jo var det, der skulde defineres. Retsbeskyttet maa altsaa nærmere forklares. Men Retsbeskyttelse maa, efter min Opfattelse, forklares eller defineres som i Teksten fremhævet: en Beskyttelse mod Mennesker med Magt af Samfundets Myndigheder.

Hos de ældre Forfattere, der sondrede mellem *privat* og *offentlig*

Ret, var der megen Uklarhed og Ubestemthed over disse Begreber. se *Aagesen*: Indledning til Formueretten 10-15.

Bornemann indførte i Stedet for ældre Forfatteres To-Deling — privat og offentlig *Ret* — en Tre-Deling:

1. Menneskerettighederne
2. Familierettighederne
3. Samfunds- eller Statsrettighederne.

Goos udvider denne Tre-Deling til en Fire-Deling, tildels under Paavirkning af *Ihering*. Han mener, at de Retsforhold, hvori Mennesker kan komme til hinanden, kan grupperes saaledes:

1. Retten i Samlivsforholdet (Coexistensen)
2. Retten i Familieforholdene
3. Retten i det borgerlige Samfund
4. Retten i det politiske Samfund (Stat og Kommune).

Samtidig betoner *Goos*, som i Teksten fremhævet, at disse Retsforhold dog kun udgør *Retsordningen*, og at der ved Siden heraf, til at værne Retsordningen findes *Retshaandhævelsen*, hvis Arter er tre, den straffende, den oprettende og den afværgende. *Goos'* Udskillelse af *Retshaandhævelsen* fra *Retsordningen* er et Fremskridt i Forhold til de ældre Forfattere. Derimod kan hans nævnte Fire-Deling ikke siges at være noget heldigt Greb. Naar en *Ret* maa defineres som et i 1) Forhold til Mennesker med 2) Magt af 3) Samfundets Myndigheder beskyttet menneskeligt 4) Gode, er det, der sker ved *Goos'* Fire-Deling, i Virkeligheden, at han lægger et enkelt Moment i Rettighedernes Væsen, nemlig 1) Retsforholdets Art, til Grund for Inddelingen, medens det naturligere maa være, at der ogsaa tages Hensyn til andre Momenter. Moment 2) Samfundets Magtanvendelse eller Retsbeskyttelse har *Goos* taget Hensyn til ved sin Udsondring af *Retshaandhævelsen* fra *Retsordningen*. Men ved at inndele selve Rettighederne alene under Hensyn til et enkelt Moment, 1), og ikke til andre, navnlig 4), begaar *Goos* samme Fejl i System-Metode som *Linné* begik, da han inddelte Planterne alene efter et enkelt Skelnemærke, *Støvdragerne*. Men dertil kommer, at *Goos'* Inddeling af Livsforholdene er ret kunstig og derfor ogsaa medfører besynderlige Systemsondringer i Enkeltheder indenfor et andet af *Goos* behandlet Fag, Strafferetten. For en na-

turlig Betragtning lader det sig høre, at man er Medlem af et Familiesamfund og et politisk Samfund, nemlig det Statsamfund, man tilhører. Men hvad det borgerlige Samfund og Coexistensen er for noget, er uklart. De er i Virkeligheden en Spekulation, hvortil der ingen Realitet svarer. Et Menneskes Ret til Liv og Legeme hører efter Goos til Rettigheder i Coexistensen; Ejendomsretten hører derimod til Rettighederne i det borgerlige Samfund; og Forbrydelserne mod disse Goder maa da i Strafferetten indordnes under nævnte Samlivs- og Samfunds-Rubrikker; og helt vilkaarligt er det, naar Goos f Eks anser Angreb paa en enkelt Persons Liv for Forbrydelser mod Coexistensrettighederne, men anser Angreb, der truer ubestemt manges Liv, som et Angreb paa det borgerlige Samfund. Hvorfor omskrive »de ubestemt mange« med et saa højtideligt Ord: det borgerlige Samfund. Alle Rettigheder beskyttes ud fra et Samfundsynspunkt, hvad enten det er Liv, Lemmer, Ejendom o. l. At disse Rettigheder skulde beskyttes indenfor forskellige Samfund eller Samlivsforhold, er et kunstigt Æskesystem, der intet forklarer, og som er ganske overflødig til Forklaring af det simple Faktum, at baade Menneskenes Liv og Legeme og Ejendom beskyttes af Samfundet. Det er derfor med fuld Føje, at den overleverede Systematik ikke ved Siden af Statsretten kender noget til saadanne mærkelige Fænomener som: Coexistensretten og det borgerlige Samfunds Ret.

Retsplejen henvises af Goos ganske kort under Begrebet Retshaandhævelse Goos (549 og 552, 553-557). Herimod maa imidlertid bemærkes, at Retsplejen eller Processen ikke kan opstilles som en særlig Art Retshaandhævelse ved Siden af den afværgende, oprettende og straffende, og heller ikke snart under den afværgende, snart under den oprettende og snart under den straffende. Sagen er, at alle de tre Arter af Retshaandhævelse kræver Retspleje eller Proces, d v s en vis Fremgangsmaade hos særlige Myndigheder,

Goos har faaet det væsentligste af sin Inddeling: Coexistensen, borgerligt Samfund og Statsamfund som Grundlag for Sondringen mellem Forbrydelserne fra *Ihering*, ti denne sondrer mellem Individ, borgerligt Samfund og Stat som »Zweckssubjekterne« ved Forbrydelser. Ogsaa den Opfattelse hos *Ihering*, at de almenfarlige Forbrydelser, Mønt- og Dokumentforfalskning o l henføres til Forbrydelser mod det borgerlige Samfund, slutter Goos sig til, jfr *Ihering* I 387-91.

Domstolene, til deres fulde Gennemførelse (Civilproces og Criminalproces). Retspleje eller Proces er ingen selvstændig Art Retshaandhævelse, men den formelle Fremgangsmaade, man skal iagttage ved Retshaandhævelsens Iværksættelse.

Ved Adskillelsen mellem Momenterne 2) og 3) i Definitionen af Begrebet Ret opstaar naturlig Sondringen mellem Magtanvendelsens, Retshaandhævelsens Arter, og de Myndigheder og den Fremgangsmaade, hvorved de iværksættes.

Ligesom man, som fremhævet, ikke kan henføre Strafferetten og Retsplejen til den private Ret, kan man paa den anden Side heller ikke henføre dem til den offentlige Ret. Man kunde da lige saa godt henføre Erstatningsretten til den offentlige Ret. Men da den offentlige Ret lige saa vel skal værnes gennem Retshaandhævelsen, gennem et eller flere af dennes Retsmidler, som den private Ret, og Retshaandhævelsen, baade dens Arter og Fremgangsmaade, saaledes er fælles for begge Omraader, er det systematisk urigtigt at henføre Retshaandhævelsen alene til det ene af disse Omraader, være sig det offentligretlige eller det privatretlige.

Hvis man til den offentlige Ret vil henregne alle Retsregler, der handler om *offentlige Myndigheder* og Fremgangsmaaden af og overfor disse, saa falder Retsplejen, den borgerlige og kriminelle, saa vel som Forfatningsretten og Forvaltningsretten ind under den offentlige Ret, ti Samfundets Myndigheder er dels de lovgivende og de administrative og dels de dømmende, baade Parlament, Ministre, Amtmænd og underordnede Embedsmænd, og Domstolene. Derimod falder herefter Strafferetten saa vel som Erstatningsretten udenfor den offentlige Ret, ti Strafferetten handler alene om Forbrydelsesarterne, Straffen og andre Retsmidler herimod, de subjektive og objektive Betingelser for Strafanvendelse, o l, men ikke om Straffemyndighederne og deres Fremgangsmaade, der derimod omhandles i den kriminelle Retspleje, ligesom Erstatningsretten kun behandler Erstatningsmidler og beslægtede Retsmidler, de subjektive og objektive Betingelser for deres Anvendelse, o l, medens de borgerlige Domstole, for hvilke Erstatningsagerne behandles, deres Organisation og Fremgangsmaaden ved dem, alene behandles i den borgerlige Retspleje.

Da Retsmyndighederne i hele deres Organisation og Fremgangsmaade er vidt forskellige fra de lovgivende og forvaltende Myndig-

heder og har en af disse uafhængig, selvstændig Samfundsopgave og som Retshaandhævelsens Organer skal bedømme alle Retsforhold, baade de privatretlige og de statslige og kommunale, har det intet fornuftigt systematisk Formaal at slaa Retsplejen sammen med Statsret (Forfatningsret og Forvaltningsret) i Afdelingen: offentlig Ret. Til denne bør altsaa kun Statsretten (Statsforfatningsretten, Forvaltningsretten) og Folkeretten henregnes. Forholdet mellem de øverste Statsmyndigheder, Lovgivningsmagten, den udøvende Magt og Domstolene behandles naturlig hovedsagelig i Statsretten.

Om Modsætningen mellem offentlig Ret og Privatret se ogsaa *Alf Ross* i *T f R* 1936.109-125, der giver en interessant Udredning af forskellige Forsøg paa at finde Sondringen mellem offentlig og privat Ret. Man har tidligere ofte henregnet Proces og Strafferet til den offentlige Ret, hvad der er urigtigt, se ovenfor og i Teksten S 42-43.

Mennesker kommer i mange forskellige *særlige Livsforhold* til hinanden. Foruden i Familieforhold kommer de i Naboforhold eller i Forholdet Lejer-Udlejer, i Panteretsforhold, i Interessentskabsforhold, i Søretsforhold, o s v. Der er i Almindelighed ingen Grund til under Retsystemets Hoved-Inddeling at fremhæve disse mange særlige retsregulerede Livsforhold. De kan give Anledning til en Specialisering af Juracns Stof i særlige Fremstillinger, alt eftersom der er mer eller mindre praktisk Trang dertil. Man kan saaledes give en Sær-Fremstilling af Lejeforholdets Ret, af Naboretten, af Interessentskabsretten, af Søretten o s v. Der er under Retsystemets Grundinddelinger kun Anledning til at fremhæve det vigtigste af alle Livsforhold, som ingen kan unddrage sig, nemlig det at være Medlem af et Statsamfund. Derfor er det rigtigt i Retsystemets Grundinddeling at udskille Statsamfundets Ret, Statsretten, som offentlig Ret fra Privatretten. Disse to Afdelinger af Retsystemet beherskes ogsaa af fundamentalt forskellige Retsregler, Retsordninger.

Derimod er det urigtigt at udskille Familieretten som et særligt Samfunds, et Familiesamfundets Ret. Juridisk set eksisterer der ikke noget saadant selvstændigt Samfund ved Siden af Statsamfundet, ligestillet med dette; men Familieforholdet er som alle andre Forhold, saasom Interessentskabsforholdet, Aktieselskabet o l, helt underordnet Statsamfundet; og økonomisk set udgør Familien i Nu-

tiden heller ikke længer den Enhed og sluttede Organisation, som den udgjorde i ældre Tidens Samfund.

Systematik er en hensigtsmæssig Inddeling af Erfaringens Stof. Det gælder om at behandle i forskellige Grupper de Rettighedsformer, der i væsenlig Grad beherskes af vidt forskellige Regler og Grundsætninger, saaledes som *Privatretten* og *den offentlige Ret*, d v s Statsretten, og som *den personlige Ret*, *Ejendomsretten* og *Erhvervsretten*. Om Ejendomsret, Rettigheder over Ting se ogsaa *Østen Undén* II 1. 1-10.

Om Navn, Firma og lignende Individualiseringstegn.

Hvad der gælder *Navneretten*, gælder ogsaa *Firmaretten*. *Firmanavnet* er ogsaa et Gode, men Retten dertil bør *ikke* betegnes som en *Ejendomsret*. Vel gælder der efter Firmaloven visse Regler, hvorefter Firmanavnet uforandret kan benyttes af en Enke eller en Ægteemand og af Arvingerne, naar de er fuldt ansvarlige for Gælden og iøvrig under visse andre Betingelser. Men dette er dog Særregler, og ikke de almindelige Arveregler. Og vel kan Firmanavnet sammen med Firmaet overdrages til en Anden. Men der skal da til Firmanavnet føjes et *Tillæg*, der angiver *Efterfølgerforholdet*; og herved er der i Virkeligheden *opstaaet et nyt Firmanavn*. Om nogen virkelig Ejendomsoverdragelse er der ikke Tale. Det er ogsaa betegnende for Rettens personlige Karakter, at det i Retspraksis er statueret, at naar en Person A overdrager sin Forretning til B med Ret for denne til at betegne sig som A's »Efterfølger«, har B ikke derved faaet Ret til, hvis han senere sælger Forretningen, at give sin Køber Beføjelse til ogsaa at kalde sig »A's Efterflg.«, se U f R 1898.170.

Dernæst kan der ganske vist ske en Bibeholdelse af Firmanavnet trods Ind- og Udtræden af Medlemmer. Men det er et Spørgsmaal, om det ikke legislativt vilde være det rette at foreskrive, at der altid skulde tilføjes Betegnelsen: Efterfølger, dersom der ved Ind- og Udtræden sker et fuldstændigt Personskifte, ligesom dette maa ske ogsaa vilde være det rette i de ovennævnte Tilfælde, hvor Arvinger eller Ægtefæller benytter Firmanavnet. Hvis et Likvidations- eller Konkursbo sælger Forretningen med Firmanavn, jfr *Knoph* S 409 om Tilfælde i norsk Praksis, maa det altid kræves, at Efter-

følgerforholdet udtrykkelig tilføjes Firmanavnet. Da der saaledes hverken kan finde nogen Overdragelse i egenlig Forstand af Firmanavnet Sted og heller ikke nogen Tilegnelse fra Kreditorernes Side, ligesom de almindelige Arveregler heller ikke finder Anvendelse, kan Retten til Firma ligesaa lidt som Retten til det personlige Navn karakteriseres som en Ejendomsret, idet de væsentligste af denne Rets Beføjelser mangler.

Ragnar Knoph har i sit interessante og tankevækkende Værk: *Aandsretten*, søgt at vise, at saa forskellige Rettigheder som Forfatter- og Kunstnerrettigheder, Patentretten, Mønsterretten, Varemærkeretten, Retten til Navn og til Firma, til Søgning, alle maa behandles som en fælles Gruppe, han kalder *Aandsrettigheder*, idet han mener, at Retsordenens Beskyttelse af alle disse Rettigheder sker ud fra væsentlig samme Hovedsynspunkter. Saa vidt jeg formaar at se, kan denne Opfattelse ikke fastholdes. Der er vel utvivlsomt det rigtige i *Knophs* Tankegang, at der bag en Persons Varemærke, Firma og hans Forretnings Søgning ligger en aandelig Energi, lige saa vel som bag et Forfatter- og Kunstværk, et Mønster og en Opfindelse, og at denne aandelige Energi har faaet et individuelt Udtryk i alle disse Værdier. Men den aandelige Energi hos Mennesket faar ogsaa et individuelt Udtryk hver Gang, Mennesket skaber en *ny Ting*, en ny Løsøregenstand, eller hver Gang en Ejer af en fast Ejendom behandler og former denne paa en særlig, ejendommelig Maade. *Aandsrettigheder* maatte altsaa konsekvent udvides til at rumme langt flere Rettigheder end *Knoph* indbefatter herunder; og det fælles Synspunkt vil da i Virkeligheden vise sig at være det, der i væsentlig Grad begrunder *al Ejendomsret*, nemlig, at overalt hvor Mennesker skaber nye Værdier, være sig Forfatter- og Kunstværker, Mønstre, den til Varemærker, Firma eller Navn

Navneretten og Firmaretten er imidlertid Grænsefænomener, der vidner om Livets Mangfoldighed og store Rigdom paa Afskygninger. Disse er vel, som paavist, ikke Ejendomsrettigheder; og derfor finder bla som nævnt Reglerne om disse Rettigheders Overgang til andre ved Overdragelse, Pant-sætning, Kreditorforfølgning, Arv o.l. ikke Anvendelse. Men der findes *enkelte* Problemer fra Ejendomsretten, der nødvendig kommer frem ved alle særlig udskilte Rettigheder, ved alle særlige Udsnit af Tilværelsen, der kan henføres til en Enkelt som hans særlige Omraade, og det er navnlig Problemet om Rettens *Tilhør*, jfr E R II 702-3.

knyttede Søgning, nye Løsøregenstande, ny opdyrkede faste Ejendomme, — der før enten var herreløse eller ikke saa værdifulde som nu efter Opdyrkningen — giver Retsordenen som Belønning for denne Arbejdsindsats den, der har frembragt de nye Værdier, Ejendomsret til disse. Paa den anden Side falder Navnet som saadant udenfor disse Værdier, da det skænkes en som Vuggегave, uden nogen Arbejdsindsats fra ens Side. Navnet saavel som Firmaet har Indehaveren derfor, som i Teksten og ovenfor fremhævet, ingen Ejendomsret over, ingen af de 4 Beføjelser over.

Knophs Gruppering er derfor, saa vidt jeg kan se, paa én Gang baade for snever og for vid. Der kan ikke opstilles særlige fælles Synspunkter, endsięe fælles Grundsætninger for de Rettigheder, han kalder Aandsrettigheder; ti det eller de Synspunkter, der kan opstilles for disse, gælder ogsaa for Rettigheder, der falder udenfor *Knophs* Aandsrettigheder, nemlig for alle Ejendomsrettigheder, baade for de saakaldte materielle og de aandelige, overalt, hvor Ejendommen er frembragt. Paa den anden Side er der nogle Rettigheder, som *Knoph* tager med under sine Aandsrettigheder, men som falder helt udenfor hans fælles Synspunkter herfor, nemlig Navneretten og Firmaretten.

Se idethele imod *Knophs* Gruppering af alle de nævnte Rettigheder under: Aandsrettigheder nærmere min Afhandling i UfR 1937. B 67-86.

Om *Personers, Forretningers, Foreningers, Stiftelsers, Myndigheders* og *andre offentlige og private Indretningers Særret til deres Navn* se nedenfor under den personlige Ret S 539-42. Se endvidere *Ebersteins* interessante Udviklinger S 51 ff.

En ejendommelig særlig Gruppe danner de af Retsordenen legaliserede *Stands- og Virksomhedsbetegnelser*. En Ret til at betegne sig som Læge, Sagfører o1 er ikke som Retten til Navn og Firma en Særret, men ejendommelige, paa særlig Maade begrænsede Allemandsrettigheder, der tilkommer alle, der opfylder visse saglige Betingelser i Henseende til Uddannelse. Selve Retten til at udøve Lægevirksomhed, Sagførervirksomhed adskiller sig ifølge sin Natur ikke fra Retten til at fiske og jage paa Søterritoriet, der lige-

ledes er begrænset til en bestemt Kres af Mennesker, nemlig dem, der har Indfødsret eller har opholdt sig en vis Tid i vedkommende Land, idet Kresen her blot er langt mere udstrakt end i førstnævnte Tilfælde. Retten til Individualiseringsbetegnelsen — Læge, Sagfører — er indført dels til Betryggelse af de andre Borgere og dels til Beskyttelse for vedkommende Stand selv og er, hvad man kunde kalde generel-individuel og tilkommer som en Allemandsret alle Standens Medlemmer.

Juraen lægger stadig flere og flere nye Omraader ind under sit Herredømme. Mere og mere maa de gamle Rammer, som nedarvedes fra Romerretten, sprænges. Ti Nutidens Retsorden har langt flere og langt større Opgaver at løse end den romerske. Romerretten beskyttede saaledes kun de materielle, økonomiske Goder. Nutidens Retsorden søger i stigende Grad ogsaa at beskytte de aandelige Værdier. Der er herved opstaaet et helt nyt Retsomraade, der i nyere Tid har været i bestandig Udvikling. Enhver af de Rettigheder, der her efterhaanden er blevet anerkendt, betegner et nyt Stadium i denne Udvikling: Forfatter- og Kunstnerretten, Patentretten, Retten til Mønstre o. l. At Romerretten ikke naaede frem til Anerkendelse af disse Rettigheder, skyldes sikkert væsenlig to Aarsager, nemlig dels Mangfoldiggørelsesteknikkens ringe Udvikling i Oldtiden og dels den manglende Forstaelse af Aandsarbejdets Værdi hos Romerne i den Periode, da Rammerne for den romerske Privatrets Omraader blev lagt. Indtil Cato Majors Tid var det i Rom anset for at være en for en fornem Romer uværdig og upassende Beskæftigelse at give sig af med litterære Sysler. Den romerske Komediellitteratur var frembragt af socialt meget lavtstaaende Personer. Terentius var saaledes en frigiven Slave. Først Cato Major begyndte med al den Anseelse, han raadede over, at bryde med denne indgroede Fordom. Men nu blev som bekendt Grundlaget for den romerske Privatret, og navnlig Rammerne for de Goder, der efter romersk Opfattelse burde høre ind under Retsordenens Beskyttelse, allerede skabt i en Tid, der endog laa langt forud for Cato Majors Tid. Romerretten var og blev — bortset fra Familie- og Arveret — væsenlig kun *Formueret*, i dens to gamle Former: Rettigheder over Ting og Fordringer, navnlig paa Penge, og udenfor disse Rettigheder, disse Rammer for Retsordenens Be-

skyttelsesomraade, kom Romerretten aldrig. Hvor høj en Udvikling indenfor Formuerettens Omraade den romerske Jurisprudens end naaede i Republikkens sidste Tid og navnlig under Kejserdømmet, den holdt sig dog bestandig med ægte romersk Konservatisme indenfor det gamle nedarvede historiske Grundlag, indenfor de Arter af enkle faa Rettigheder — til Ting, Fordringer, Familie- og Arverettigheder — som allerede blev skabt i Republikkens ældre Tid. Men netop i denne Tid var der, som fremhævet, ingensomhelst Respekt for litterært Arbejde hos de gamle Romere.

Ogsaa paa et andet Omraade manglede Romerne en dybere Forstaaelse, nemlig paa det *socialt*, hvilket naturligvis hang sammen med Slaveriet. Men ogsaa paa dette Omraade har derfor Nutidens Retsliv skabt et helt nyt System af Rettigheder, som Romerretten ikke kendte. Dette System af nye Rettigheder er i Teksten karakteriseret som *Erhvervsretten* og omfatter foruden de Enkeltes Rettigheder til at drive Erhverv Retten i de moderne Erhvervsammenlutninger, Fagforeninger, Arbejdsgiverforeninger, Karteller, Truster, og de mellem Sammenslutningerne indgaaede kollektive Aftaler.

I kort Sammenfatning kan det altsaa siges, at Nutidens Retsliv paa to væsentlige og stadig voksende Omraader har gjort nye Landvindinger, skabt helt nye Rettigheder udover den romerske Privatret; og disse to nye Retsomraader kan altsaa betegnes ved Ordene: den *aandelige Ejendomsret* og *Erhvervsretten*. Men selv indenfor den romerske Privatrets gamle Omraade har Retsudviklingen i Nutidens Samfund skabt en helt ny Indretning, der har omformet Reglerne om Rettighedernes Opstaaen, Overførelse og Ophør, nemlig *Tinglysningsordningen*. Endelig er der, som jeg andetsteds har paavist (E R I 104-135), opstaaet en helt ny Ejendomsret, den sjælelige Ejendomsret, der mere og mere trænger igennem til retslig Anerkendelse, en Retsdannelse, som Romerretten heller ikke kendte og manglede Forstaaelse for.

Til S 45-49.

Alf Ross hævder, at den almindelige Opfattelse, at »Pligt« og »Rettighed« er sideordnede retlige Grundbegreber, ikke er rigtig, idet han mener, at »enhver Retsregel i sidste Analyse er forplig-

tende, eller at al Retsbeskrivelse kan reduceres til Beskrivelse af Pligtsituationer. Rettighedsituationen viser sig ikke at være en ny hermed sideordnet Situation, men *Rettighedsituationen betragtet efter dens Betydning i Relation til et vist andet Individ end det berettigede*. Der kan her være Tale om forskellige Relationer og om tilsvarende forskellige Rettighedsbegreber. Af særlig Interesse er Pligtindholdets umiddelbare Relation til en andens Interesse (*Interessesubjektet*) og Pligtsanktionens Relation til den, der ved sin Paatale er i Stand til at sætte Retsmaskineriet i Gang (*Paatalesubjektet*). Rettigheder er altsaa i Virkeligheden kun Elementer i den fuldstændige Beskrivelse af Pligtsituationerne«, se Alf Ross 29-30.

Til denne Opfattelse maa imidlertid bemærkes, at ganske det samme, som der her siges om Pligtsituationen, kan siges om Rettighedsituationen. Man kan med samme Ret sige, at »enhver Retsregel i sidste Analyse« er *berettigende*, som at den er forpligtende, at Pligtsituationen »viser sig ikke at være en ny hermed sideordnet Situation, men Rettighedsituationen betragtet efter dens Betydning i Relation til et vist andet Individ end det berettigede«.

Det virkelige Forhold er jo det ganske naturlige, at Samfundet kun paalægger en Person A en Pligt, d v s en vis bestemt Adfærd af Hensyn til, for at værne om et en anden Person tilkommende Gode, som Samfundet overfor andre Mennesker vil beskytte med Magt, altsaa en *Ret*. Uden et saadant Gode, som Samfundet ønsker at beskytte, altsaa uden en *Ret*, er der overhovedet ingen Mening i at paalægge andre Mennesker en *Pligt*. Vil man endelig rangordne disse Begreber, maa man nødvendigvis sætte Retten, det af Samfundet beskyttede Gode, som det primære, Pligten som det sekundære, som en Adfærd, Undladelse eller Handling, som vi overhovedet kun paabyder af Hensyn til Retten, Godet. Det viser sig da ogsaa, at Forf i den følgende Fremstilling stadig maa operere med Rettigheder og med Pligter og *Rettigheder*, omend han undertiden opstiller disse Begreber i denne noget besynderlige, af hans Teori dikterede omvendte Orden, jfr f Eks S 41.

Iøvrig bemærkes, at *Ret* og *Paataleret* normalt vil tilkomme samme Person, idet Paataleretten, Beføjelsen til at paatale Krænkelser af Retten, altsaa at bringe Erstatning, Forbud eller andre Retsmidler i Anvendelse, i Reglen vil tilkomme den berettigede. Det er kun undtagelsesvis, at Paataleretten er hos en anden end

den berettigede, f Eks hos Værgen for den umyndige m H t Krænkelser af dennes Ejendom. Men af Hensyn til disse sjældne Undtagelsestilfælde er der ingen Grund til at opstille en generel Søndring mellem »Interessesubjekt« og »Paatalesubjekt«, se iøvrig nedenfor i Noten til S 472.

At der altid til en Ret svarer en Pligt, betyder imidlertid ikke, at en Person eller et Væsen for at kunne opnaa en Ret i et bestemt Forhold ogsaa skal være en Pligt undergivet eller omvendt, at man for at være en Pligt undergivet ogsaa skal have en Ret. Fostre og Dyr maa sikkert erkendes at være Retssubjekter, at have en Ret; men de har ingen Pligter; og Slaverne var formentlig Pligtssubjekter, men havde ingen Rettigheder, jfr *Borum* I 5. Men selv i disse Tilfælde er der ingen Ret uden Pligt og ingen Pligt uden Ret. Til Fostrets og Dyrets Ret svarer nemlig Menneskers Pligt til ikke at dræbe eller mishandle disse Væsener; og til Slavernes Pligter svarede deres Ejeres (og andre Menneskers) Rettigheder.

Til S 52.

Om den historiske Skole se ogsaa den interessante Udvikling hos *Westrup* 23-58.

Den store engelske Jurist, *Edward Coke* (1552-1634) fortolkede den ældre Lovgivning, navnlig Magna Charta og Edward I's Love, i sin skabende Aand og frembragte derved ny Ret i mægtig Omfang. Senere Historikere har paavist, at hans Fortolkninger ofte var urigtige; men fra alle Sider erkendes det, at han derved skabte en omfattende ny Ret for sit Land, i den rigtige Retning, se *Roscoe Pound* 139. Man mindes her, at *Ørsted* ofte ved Fortolkninger af Chr V Lov skabte ny rigtig Ret for Danmark og Norge, uanset at hans Fortolkninger i enkelte Tilfælde for en senere historisk Undersøgelse har vist sig ikke at have Hjemmel i de gamle Lovbud, jfr E R 539-47.

Til S 54-55.

Den tyske Jurist *Kirchmanns* Foredrag i 1847 (i Berlin) om Juraens Værdiløshed som Videnskab fik paa Grund af sin opsigtvækkende skarpe Form en Berømmelse, som dets Indhold, efter min Opfattelse, ikke fortjener. Kirchmanns 1ste Indvending mod Juraen: at dens Objekt, den naturlige Ret, er flydende, altid i Ud-

vikling — i Modsætning til Naturvidenskaben, hvis Objekter er evige — er misvisende. Juraen skal sammenlignes med den anvendte Naturvidenskab, de tekniske Videnskaber og Lægevidenskaben. Man kan lige saa godt frakende disse Videnskaber Karakter og Navn af Videnskaber. Da Kirchmann idethele manglede dybere erkendelsesteoretisk Indsigt, er hans Betragtninger her overfladiske. Juraen horer, som i 2 Bog nærmere paavist, til de *vurderende Eksperimentalvidenskaber*, og der er, som ogsaa der paavist, ikke nogen Væsenforskel, men kun en Gradsforskel mellem de saakaldte teoretiske Videnskaber — derunder de beskrivende Naturvidenskaber — og saakaldte praktiske — eller anvendte, dvs de vurderende Eksperimentalvidenskaber, som Lægevidenskab, Etik og Retsvidenskab. Kirchmanns 2den Indvending: at Juraen altid kommer for sent, er allerede efter det anførte urigtig. En rigtig, gennem Erfaring godtgjort juridisk Afgørelsesmaade behøver, hvad enten den indføres ved de nye Domme eller ved en ny Lov, ikke at komme mere for sent, end en Helbredelsesmetode i Lægevidenskab. Alt afhænger af, om Retspraksis, Retsvidenskab og Lovgivning er tilstrækkelig vaagen og smidig til at indføre nye Behandlingsmaader. Men det samme gælder om Lægepraksis og lægelig Videnskab. En tilfredsstillende hurtig og smidig Retsudvikling faar man ofte gennem et godt Samarbejde mellem Domspraksis og juridisk Videnskab; og herpaa har vi i nordisk Ret mange smukke Eksempler. Noget stivere er naturligvis Loven; men ogsaa den vil i Fremtidens Samfund kunne blive tilstrækkelig imødekommende overfor Retsudviklingens Krav, naar Lovgivningsvirksomheden blot foregaar under et nøje Samarbejde med Retspraksis og Retsvidenskab, og ikke under Ledelse af partipolitiske Doktriner. Derimod er Kirchmanns 3die Indvending, nemlig mod den positive Jura, træffende, forsaavidt han herved rammer en hidtil ret almindelig raadende og endnu paa hans Tid i Tyskland næsten eneraadende Form for positiv Jura: en logisk Dissekeren og vidtløftig Fortolkning af en Mængde, ofte forældede Love, en formel Virksomhed, der ikke tager Hensyn til det praktiske Liv, der leves udenfor denne Verden af positiv Lovkommentar og teoretiske Begrebsystemer, der opbygges alene paa Lovstoffet og abstrakt Tænkning herover, og mægtige Kvanta af en saadan positiv juridisk Litteratur bliver ofte ganske værdiløse, naar en Lov udkommer; se idethele nærmere Kirch-

manns anf V V 19-20, 22 ff, 29-33, 35-37, jfr Kirchmanns i Teksten S 54 Noten anførte Bemærkning. Men selv i tysk Jura fik allerede *Ihering* ryddet op i al denne uvirkelige Begrebsjurisprudens; og det maa forøvrig anerkendes, at ogsaa *Kirchmanns* skarpe, ætsende Kritik af denne Form for positiv Jura, selvom den skød over Maalet, har gjort sin Gavn i tysk Retsliv og har været med til at bane Vej for de nye friretslige Bevægelser, der brød frem i Tyskland i Slutningen af det 19 og Begyndelsen af det 20 Aarhundrede.

Til S 62.

Thomas Carlyle har dels i sine historiske Skrifter og dels i sit filosofiske Skrift: *Hero and Heroworship*, stærkt betonet de store, førende Personligheders afgørende Betydning for Menneskehedens Udvikling. *Carlyle* siger: Sjælen i hele Verdenshistorien er, naar man ret betragter den, de store Menneskers Historie. Den materialistiske Historieskrivning har derimod fremhævet Erhvervslivet og dets Folk, Bønder, Haandværkere, Fiskere, Handlende som de afgørende Faktorer i Samfundets Udvikling. Begge disse modsatte Historieopfattelser er Overdrivelser. I Virkeligheden har baade det jævne, haardt arbejdende Erhvervsliv og de store førende Skikkelser været Drivkræfter i Menneskeslægtens Kulturudvikling.

Overfor en materialistisk Behandling af Danmarks Historie skriver *Dr. Lis Jacobsen* træffende: »En virkelig Danmarks Historie maatte skildre baade Bondens og Høvdingens Betydning, baade Erhvervets og Digtningens og »Heltelivets«. Denne virkelige Historie vilde ikke blive saa helstøbt, men heller ikke saa systematisk som den konstruerede. Hundreder af Linjer, samløbende og modløbende, vilde medvirke til at danne Billedet af Livets Mangfoldighed. Hvor stor Betydning end Landbrug og Handel har haft, saa har jo nemlig ogsaa anden Syssel og andre Tanker optaget det danske Folk. Vel har vi — f Eks — kun bevaret Fragmenter af en olddansk Heltedigtning, men at den har eksisteret, derom er Saksens Oldhistorie et sikkert Vidnesbyrd. Vel har Vikingerne plyndret og Vikingetogterne avlet Vildskab og Begær, men de har ogsaa fremmet nogle af de bedste menneskelige Egenskaber: Vovemod, Trofasthed og Opofrelse. Vel har Bonden gjort Landet Gavn, men vort Lands Historie havde været en anden, om det havde været den største

Dyd at pløje sin egen Jord og strø Salt i Lübeckernes Sildetønder. At give det Udseende af, at alene Bonden og Kræmmeren har arbejdet for Landets Tarv, mens Knud den Store og Absalon kun har haft eget Vel for Øje, er urigtigt, thi — som et talmudisk Ord lyder — »man skal heller ikke bøje Retten til Fordel for den Fatige«. For henvend tusind Aar siden kastedes en stor Høj og rejstes en mægtig Runesten over en dansk Høvding paa Ølands Strand — ude ved Havet, fjernt fra Menneskers Bolig. Danske og norske Hirdmænd i Høvdingens Hær rejste Stenen til hans Minde. Endnu den Dag i Dag staar den til Vidne om hans Daad. Dens Indskrift lyder: »Denne Sten er sat efter Sibbe (den) Frode, Fuldars Søn. Men hans Hirdmænd satte paa Ø den Dødes Hædersminde. Skjult ligger nu Helten i denne Høj, ham som fulgte — det vidste de fleste — den rigeste Daad. Aldrig vil mere lyde-fri kampstærk Høvding paa Havets vide Mark komme til at raade over Land i Danmark.« Dette er ogsaa Danmarks Historie. Kongeørnens Flugt over Havene.«

Til S 64-65.

Stammler vender sig mod den marxistiske Socialisme og den materialistiske Historieopfattelse; disses Paastand, at de økonomiske Forhold er Grundlag for Samfundsliv og Kultur, hviler, fremhæver han, paa uklare Begreber. Økonomiske Fænomener er ikke Naturting af uopklaret Art; de gaadefulde »Produktivkræfter« er ikke selvstændige Objekter; og »økonomiske Naturlove« eksisterer ikke. Økonomiske Fænomener er: ensartede Masseforekomster af socialt (retslig) regulerede Forhold mellem Mennesker indbyrdes, *Stammler* II 281, 333, jfr 270. Men der finder en Vekselvirkning Sted mellem Økonomi og Ret, 297 ff, 313 ff.

Medens *Stammler*s Kritik af den klassiske Nationaløkonomis og den materialistiske Historieopfattelses Ensidighed er meget værdifuld, er hans Behandling af de retslige og etiske Grundproblemer ret svag. For det første giver han, som i Teksten fremhævet, ikke en nærmere Undersøgelse paa de vigtigste Retsomraader af Vekselvirkningen mellem de økonomiske og retslige Faktorer. Men dernæst er hans egen Grundopfattelse af Rettens Natur og Formaal ret uklar. Idet han kalder de Elementer i et Begreb, der er nødvendige, for at Begrebet kan opretholdes, for Begrebets Form, de

øvrige Elementer for Begrebets Materie, kommer han til, at Formen i Begrebet »social« er: Forhold mellem Mennesker, som er underkastet en vis Regulering, eller som det ogsaa udtrykkes: den ydre Regulering er det menneskelige Samfunds Form, Stammler II 112 ff. Den ydre Regulering, der er Samfundets Form, er imidlertid ikke nogen ren Form, ti den forudsætter Fastlæggelse af fælles Formaal, 120. Det sociale Livs Materie eller Stof er Tilfredsstillelse af Behov. Hele det sociale Livs Stof er Samvirken om Tilfredsstillelse af Behov, 132. Behovene kan kun erkendes empirisk; de er stadig vekslende og kan derfor ikke almengyldigt fastslaaes, 173 ff. Retsætninger med et bestemt Indhold kan ikke opfattes som absolut gyldige. Den eneste sociale Lovmæssighed, der kan fastslaaes, er visse almengyldige Betingelser, for, at en Retsorden kan kaldes objektiv rigtig. Men Erkendelse heraf kan kun være af *formel* Art. Det drejer sig om den rene Form for ydre Regulering, II 180.

Her brister det for Stammler, ti Synspunktet er ganske ufrugtbar; denne formelle sociale Lovmæssighed kan han i Virkeligheden slet ikke sige noget nærmere om. I det følgende kritiserer han Nationaløkonomien og bliver ved overfor denne at gentage, at alt socialt Liv er betinget af ydre Regulering, reguleret Samvirken; men noget nærmere om denne »Form« eller om »Lovene« for den faar vi ikke at vide.

Senere i Fremstillingen, da han efter de kritiske Dele skal indpaa at angive noget nærmere positivt om sin nævnte Grundanskuelse, fremhæver han, ligesom *Ihering*, *Natorp* o a, Sondringen mellem Aarsag og Formaal og betoner, at medens Aarsagsbegrebet behersker Naturlivet, behersker Formaaletsbegrebet det sociale Liv, at Retsbegrebet ikke kan skilles fra Formaaletsforestillingen, ti enhver Retsætning forudsætter en Form for Samliv, der bør opnaas, 391-92. Og derefter faar vi at vide, at det sociale Livs Lovmæssighed maa søges i en Enhed i Formen, Retsreguleringen, at et Enhedssynspunkt, der omfatter Retsreguleringen i alle dens Former, kun kan være et *Formaaletssynspunkt*, og at et *ubetinget Slutmaal* for den sociale Regulering er den sidste Enhed (udhævet her), 440-43. Han fremhæver endvidere, at intet Enkeltformaal kan være det sociale Grundprincip, og at derfor f Eks Produktionens Fremme ikke i og for sig er et ubetinget Slutformaal. Produktionen bør idetheletaget kun være et Middel for Forbruget.

Spørger man imidlertid derefter Stammler, hvori da dette Slutformaal, dette »Endzweck«, der er Enheden i alle Retsreguleringens Former, bestaar, viser det sig, at det er et ubetinget Slutformaal for alle sociale Bestræbelser, et socialt Ideal, der gør det muligt at sondre mellem en objektiv rigtig og urigtig Ret, mellem en objektiv berettiget social Stræben og en uberettiget, at Retstvungen kun er berettiget, naar den tjener dette øverste Enhedsynspunkt for alt Samfundsliv, og at dette øverste Enhedsynspunkt eller Slutformaal er et Samfund af frit villende Mennesker, d v s Mennesker frie for ethvert subjektivt Begær, enhver Lyst, et Samfundsliv, hvor enhver forholder sig lovmæssig villende overfor sin Næste; virkende ikke for den Enkeltes subjektive Lykke, men for Retsfællernes objektivt berettigede Lykke. Denne Lykke er det sociale Livs almengyldige Formaal, II 461, 468-69, 522, 541 ff, 547, 560-73.

Stammler mener, at den Lovmæssighed for al berettiget Handling, det øverste almengyldige Enhedsynspunkt eller Slutformaal for alt socialt Liv, han her angiver og karakteriserer, er rent *formal*, ikke *indholdsmæssig*, at det af ham opstillede sociale Ideal kun er en formal Idé, en formal Enhedstanke, der ikke er empirisk og langtfra altid tilfredsstilles i Erfaringen, men en absolut Idé om det sociale Livs Lovmæssighed, der er ensbetydende med det ubetingede Slutmaal for al Villen, Samfundslivets Udformning i Overensstemmelse med det angivne sociale Ideal, II 462, 562, 577, 625.

Som man vil se, er Stammler Kantisk i denne sin Grundanskuelse og ligger under for ganske den samme Fejlslutning, som Kant laa under for i sin Etik: at slutte fra det formale, det lovmæssige til det etiske. Den generelle lovmæssige Handling, gyldig for alle Mennesker, skal være ensbetydende med en Handling, der — naar alle abstrakte Omskrivninger stryges — stemmer med Menneskehedens Velfærd idethele. *Stammler*, saavel som hans Læremester *Kant*, tror at kunne godtgøre deres Etik og Retslære rent formalt, ikke indholdsmæssigt; men saasom de skal angive den mindste Smule om, hvori den etiske og retslige generelle Norm eller almengyldige Lov bestaar, er de, uden at vide af det, straks ovre i en indholdsmæssig etisk Handlemaade, af et ganske bestemt positivt Indhold: at frigøre sig for subjektiv Lyst og Begær og leve i Overensstemmelse med Menneskeslægtens Velfærd. I Slutningen af sin Fremstilling er Stammler da ogsaa helt idealistisk i sin Tankegang og giver

smukke Udtryk herfor; han betoner saaledes, at Retfærdighed for en Lovgiver er at udstede sine Lovbud i Overensstemmelse med Sociallivets højeste Maalepunkt, og at Menneskehedens ædleste Opgave er at udforme Samfundslivet i Overensstemmelse med det sociale Ideal, 590, 593. Stammler, saavel som Kant, ser ikke, at *ret formålt*, ikke-indholdsmæssig kan Handlenormen for Mennesker nøjagtig lige saa godt være: Frem altid din egen Lyst og dine egne Interesser, selv paa Næstens Bekostning, som den modsatte smukke og ædle Grundsætning.

Ogsaa i *Stammlers* andet større Værk: Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, er der en væsenlig Uklarhed paa Grund af den samme erkendelsesteoretiske Svaghed, der præger hans nylig omtalte Værk. I det andet Værk sonderer han, i Overensstemmelse med den almindelige og rigtige Opfattelse i Retsvidenskaben, mellem positiv Retsvidenskab og almindelig Retslære, som han kalder henholdsvis teknisk og teoretisk Retslære. Han slutter sig i Spørgsmaalet om Forholdet mellem Ret og Moral til den ret gængse, men ikke rigtige Opfattelse, at Morallæren angaar det indre Sindelag, men at Retslæren angaar den ydre Handling, den ydre Adfærd, Stammler I 3 ff, 22 ff, 65 ff, 76 ff. Denne Opfattelse modbevises klart af de indre, *moralske Kvaliteter*, der overalt som et gennemgaaende Træk i Retslivet kræves som absolute Betingelser for Retsvirkningens Indtræden, jfr saaledes god Tro som Betingelse for eksstinktiv Omsætningserhvervelse, Frembringelse, Frugterhvervelse, Hævd o l, Forsættets og Motivets Betydning i Strafferetten, Forsæts og Uagtsomheds Betydning i Erstatningsretten o s v. — Den almindelige Retslære skal, — i Modsætning til den positive, dogmatiske Fremstilling af den i et Land gældende Ret, — fremstille »den rigtige Ret«, hvorved han væsenlig forstaar det samme, som i nordisk Ret kaldes Sagens Natur eller den naturlige Ret. Den rigtige Ret betyder altid en Afgørelse, der stemmer med, hvad der er godt og rigtigt. Men, ligesom i *Wirtschaft und Recht*, hævder han, at Spørgsmaalet om, hvad der er rigtig Ret, afhænger af en *formal* Metode. Rigtighed er en formal Egenskab ved selve Retten; der ses her bort fra Retsreglernes Materie, deres vekslende empiriske Indhold, Stammler I 37 ff. Naar der imidlertid saaledes skal ses bort fra alle Realiteter, alt indholdsmæssigt i Retten, kan der om denne som Form ikke siges andet end, at den er en social Samvirken,

der er ydre reguleret, I 70 ff; og ligesom i *Wirtschaft und Recht* gentages da ogsaa i dette Værk ustanselig dette Udtryk; og hele Fremstillingen bliver derfor ogsaa her meget abstrakt; vi faar stadig at vide, at der er en formal Metode til Bestemmelse af den rigtige Ret, men hvorledes denne Metode virker og hvilke Resultater den kan føre til, faar vi intet nærmere at vide om, hvad man naturligvis ogsaa kun kan vente, naar der skal ses bort fra Rettens hele empiriske Indhold. Tilsidst kommer han, ligesom i først anf Værk, ind i den erkendelsesteoretiske Inkonsekvens at operere med »Formaalene«, »Formaalenes Lovmæssighed« i den formale Metode, og at finde denne Lovmæssighed eller det øverste Formaal i det sociale Ideal, Tanken om et Samfund af frit villende Mennesker, o s v, 201 ff. Han anvender Begreberne »Aarsag« og »Formaal« og sonder mellem kausal Betragtning og formaalsbestemt Betragtning; hans Retslære er, ligesom *Iherings*, teleologisk; han har i Virkeligheden ikke bragt Undersøgelsen væsenlig videre end *Ihering* (trods hans — ikke helt retfærdige — Kritik af *Ihering*, *Stammler* I 486 ff, jfr 342 ff); og det skyldes, at han lige saa lidt som denne har givet nogen dybere erkendelsesteoretisk Undersøgelse af Begrebet Aarsag eller af Begreberne Virkelighed og Værdi; og som Følge heraf er han heller ikke klar over Videnskabernes Gruppering og Retsvidenskabens Plads i denne, blandt de Videnskaber, jeg har karakteriseret som de vurderende Eksperimentalvidenskaber. En meget stor Del af Værket: *Die Lehre von dem richtigen Rechte* bestaar forøvrig i en Undersøgelse af de almene etiske Retsregler i B G B § 826 o l, S 401 ff.

Til S 72-73.

Nutidens Nationaløkonomi giver jo i første Række en faktisk Beskrivelse af det økonomiske Livs Fænomener og søger at paavise Aarsagsammenhængen mellem disse. Dernæst søger den — i Nationaløkonomiens saakaldte »Politik« — indenfor visse Omraader af det økonomiske Liv at angive Retningslinjer for en fremtidig, gavnlig Udvikling. Men dersom der dertil behøves en Indgriben fra Lovgivningens Side, er det Retsvidenskaben, der med sin særlige Teknik og Metode maa overtage Opgaven. Men Juraen rækker videre end det økonomiske Liv, idet den, som før berørt, ogsaa behandler Lovgivningen og enhver anden retslig Regulering af de

rent sjælelige og aandelige Omraader af Menneskelivet. Paa det økonomiske Livs Omraade maa Retsvidenskaben samarbejde med Nationaløkonomien, ligesom den paa andre Omraader maa samarbejde med Lægevidenskaben, Psykologien, Etikken o.l. Der har imidlertid erfaringsmæssig hidtil vist sig at være betydelige Vanskeligheder ved at faa organiseret det rette Samarbejde mellem Juraen og Nationaløkonomien; og det hænger, saa vidt jeg kan se, sammen med, at den nedarvede Juras faste Form og Metode er fundamental forskellig fra Nationaløkonomiens, der jo ogsaa er en meget yngre Videnskab.

Naar Nationaløkonomien bringer faktiske Oplysninger af social og socialhistorisk Art, har den den største Værdi ogsaa for Retsvidenskaben. Og denne Opgave er i den senere Tid taget op med større og større Flid. Der er allerede nu samlet et betydeligt Materiale af denne Art. Det savner imidlertid i høj Grad egenlig Bearbejdelse, og ganske særlig savner det Behandling ud fra juridiske Synspunkter. Det maa her idethle bebrejdes Juraen, at den i altfor ringe Grad har benyttet og draget Fordel af dette Materiale. Naar man fra juridisk Side kan synes, at de socialøkonomiske Udviklinger paa disse Omraader ofte er noget vel almindelig holdt, maa det omvendt fremhæves, at Juraens Behandling paa de samme Omraader — hvor en saadan findes — til Gengæld har været altfor snever og ensidig. Juraens stærke Side er dens faste Teknik, ikke mindst dens gennem Aartusinders logiske og praktiske Træning vundne Fasthed og Klarhed i Begreberne. Og denne Fasthed og Klarhed skyldes naturligvis, at Juristen stadig og alvorlig maa staa til Regnskab for sin Undersøgelse, ja for hvert Begreb og Forestilling, overfor Livet. De Resultater, han kommer til, kan straks omsættes i Handling, til Brug for det daglige Livs utallige Interesse-kollisioner. Heraf den stærke *Koncentration*, den i de praktiske Situationers utallige Enkeltheder indtrængende Undersøgelse og Afgørelse af Interessekonflikter, der er Juraens Styrke sammenlignet med alle andre Samfundsvidenskaber. Men det kan ikke nægtes, at denne Styrke i Begrænsningen kan føre til en Ensidighed, til en bornert Afvisning af hele det sociale og socialhistoriske Materiale, hvis direkte Nytte i de enkelte Situationer ikke er umiddelbart indlysende, men som ikke desmindre i høj Grad kan belyse ogsaa de retslige Problemer, bringe en Forstaaelse af disse, som

ellers ikke kan vindes, og som derfor ogsaa til syvende og sidst kan faa afgørende Indflydelse paa de praktiske Enkeltafgørelser. I det følgende vil det formentlig i vigtige Tilfælde blive gjort indlysende, at Mangel paa Viden om og Forstaaelse af en betydningsfuld socialhistorisk Udvikling kan faa en skæbnesvanger Indflydelse paa Resultaterne i det praktiske Retsliv. Idetheletaget vil det, efter min Opfattelse, jo dybere man beskæftiger sig med disse Emner, efterhaanden blive klart, at Jura i nedarvet traditionel Forstand ikke slaar til til Løsningen af de juridiske Spørgsmaal paa de socialøkonomiske Omraader. En Udredning og Fortolkning af Lovregler med tilhørende Appendiks af Domme vil ligesaa lidt som den konkrete Afvejelse kunne gøre Fyldest. Juraen bør, særlig paa disse Felter, søge at løse den videre og vanskeligere Opgave: *tillige* at undersøge, hvorledes Retsreglerne vokser op, efterspore de sociale Bevægelser og Dannelser, der lidt efter lidt krystalliserer sig i Retslivet og antager Retsreglens Former, og dernæst vise, hvorledes disse Former atter virker tilbage paa Livet. Nu undersøges sædvanlig blot det krystalliserede Resultat, Formen, Reglen; deraf det stivnede Præg, Juraen ofte antager. Ikke blot dette ene Led, men alle Led i den levende retslige Udvikling burde undersøges.

Men samtidig med, at Juraens Opgaver saaledes maa udvides ved disse Spørgsmaal, maa dens gennem mange Tidsaldres Erfaringer vundne Teknik bestemt fastholdes. Vi kan da idethele kort sammenfatte det udviklede saaledes, at det paa disse Omraader gælder om at gennemføre en Form for retslig Forskning, der kan føre den juridiske Fasthed og Klarhed i Begreberne med en større social Viden og Forstaaelse.

Lovgivermetode.

Hvad en Lovgiver ganske særlig maa betænke, inden han giver en indgribende Lov paa et vist Omraade, er de *dybe sjælelige Kvalitetsforskelle*, der findes mellem Mennesker. Disse Naturforskelle skal en Lovgiver ikke forsøge at se bort fra under en Bestræbelse for at skabe *Lighed* mellem Mennesker, ti før eller senere vil en saadan Ligheds-Lovgivning strande, baade paa økonomisk og aande-

ligt Omraade. Naturen vil her tilsidst enten sprænge alle Lovregler eller føre til ulykkelige Tilstande i Samfundet. I sidstnævnte Henseende kan nævnes, at *Demokratiets Forfatningslovgivning* ved at stille alle Mennesker lige i Styrelsen af Staten har skabt et udygtigt og slet Styre i Stat og Kommune, med ulykkelige Følger baade for Samfundets Økonomi og aandelige Liv. I førstnævnte Henseende kan nævnes de *kommunistiske* og *socialistiske* Forsøg paa i Love om Erhvervslivet at stille alle Mennesker lige i Indtægt og Ejendom. Et lærerigt Eksempel herpaa er for alle Tider de *kollektive Landbrug*, som Lovgivningen i Sovjetrusland har søgt at skabe i 20erne og 30erne af det 20 Aarhundrede.

I de mest udbredte af disse Brug, *Artellerne*, *starter alle Bønder ens*. De dyrker Marken i Fællesskab til Kornavl og driver Engene i Fællesskab til Kvægavl, oprindeligt med lige stor Arbejdsløn, lige Andel i Udbyttet. Desuden faar hver enkelt et mindre Stykke Jord til individuel Ejendom, til Beboelse (i eget Hus), til Have, Høns-avl o l, ligesom de maa holde en enkelt Ko.

Saaledes starter Menneskene altsaa her fuldstændig ens i økonomisk Henseende; Lovgiveren har gjort alt for at sikre denne fuldstændige Lighed. Men hvad Lovgiveren ikke kan skabe, er *Lighed i Evner og Karakter*. De dybe Kvalitetsforskelle, Naturen her har skabt, kan en Lovgiver lige saa lidt udrydde eller svække som han kan stanse Havets Bølger. Naar vi fra mentalstatistiske Undersøgelser ved, at kun c 14 pr c af Menneskene er fremragende dygtige, at 16 pr c er noget over Middel, medens Gruppen Middel udgør 25 pr c, medens Gruppen Undermaalere af alle Afskygninger er c 45 pr c, saa maa en Lovgiver kunne sige sig selv, at selvom han starter alle Mennesker paa Livets Løbebane ganske lige i økonomisk Henseende, vil det efterhaanden under Løbet vise sig, — ligesom paa Sportsbanen — at nogle løber langt bedre end andre, andre igen noget bedre end de førstnævnte. Allerede under Fællesarbejdet viser det sig, at nogle af Bønderne er langt dygtigere og flittigere i Bearbejdelsen af Marken, i Behandling af Kvæget o s v; og for at opmuntre til forøget Produktion ser selv den sovjet-russiske Stat sig nødsaget til at gennemføre Akkordløn. Allerede fra Fællesarbejdet vender altsaa de dygtige og flittige Bønder hjem med flere Penge end andre. Der er dernæst ogsaa stor Forskel paa, hvordan hver enkelt passer sit Hus, vedligeholder det, udnytter sin

Have, sit Hønhold o l. Man ser det straks i Landsbyen; nogle Huse og Haver er velholdte og nydelige, andre forsømte, forfaldne. Dernæst vil de dygtige, flittige og sparsommelige faa langt større Indtægter af Have, Hønsævl, Biavl o l end de andre. Efterhaanden lægger disse dygtige og økonomiske Bønder, baade af disse Indtægter og af Akkordlønnen, mere og mere op til Anbringelse i Sparekassen. Og Sovjetregeringen er selv nødt til at interessere sig stærkt for denne Opsparing, ti den vil gerne have saa mange Penge i Statens Sparekasser og Banker som mulig, og den vil ogsaa gerne have de flittige og sparsommelige til at købe Statens Obligationer.

Løbet begynder altsaa ganske lige for alle; men det ender højst ulige, paa Grund af Naturens store Rigdom paa forskellige Evner og Karakterer. Der bliver snart atter Skel mellem fattige Bønder og velhavende Bønder. Alle kommunistiske og socialistiske Teorier sprænges saaledes af Livet selv. Naturen i Menneskelivet er ikke den graa ensformige Masse af Middelmaadigheder, som er Forudsætning for den kommunistiske og socialistiske Ensretning, men en uhyre Rigdom af sjælelige Kvalitetsforskelle, i Anlæg, Evner, Karakterer, Følelser og Viljer; og disse rige Forskelligheder skal en Lovgiver netop udnytte i fuldt Maal til Gavn for Menneskeheden ved overalt at belønne Fliden, Sparsommeligheden, Beherskelsen og Dygtigheden, og ikke spille sine Kræfter paa de ubegavede, haabløse Lighedsbestræbelser, som de nævnte kommunistiske eller socialistiske Statsforsøg repræsenterer.

Til S 81.

Specialisering. Individualisme.

Naar man, saaledes som Tendensen i vidt Omfang har været i Nutidens Jura, fordyber sig i en stedse videre og videre dreven Specialitetsbehandling af særlige Enkeltspørgsmaal, og i tilsvarende Grad søger at slippe uden om de centrale Undersøgelser, d v s Undersøgelsen af de retslige Grundbegreber og ledende Grundsætninger, er det kun naturligt, at man tilsidst ender i Individualismen, d v s den Opfattelse af Retslivet, at *Livets enkelte Tilfælde* i Virkeligheden viser en saadan Mangfoldighed af Forskelligheder, at hvert enkelt Tilfælde ogsaa retslig maa behandles for sig. Jo mere man nemlig driver Findelingen af Retslivet i en Mængde smaa forskel-

lige Omraader, jo mere taber man Forbindelsen med de andre Omraader af Syne og jo mere søger man med Omhu at fremdrage alle de *særlige* Omstændigheder, der er ejendommelige for det enkelte Retsforhold og tilsidst for det enkelte Tilfælde. Specialismen og dens yderste Konsekvens i Livsopfattelse overdriver *Forskellighederne* i Livet og overser de store afgørende *Ligheder*, der ogsaa ofte findes mellem Livets mangfoldige Tilfælde. Vor Erkendelse bestaar af Opfattelse af Ligheder og Forskelle og lovmæssige Sammenhæng. Vi kan lige saa lidt undvære Lighederne som Forskellighederne. *Viggo Bentzon* siger: Livet er usystematisk, Bentzon: Retslære 11, jfr Bentzons Noter til Goos' Almindelige Retslære 30-31, 62. Man kan med lige saa stor Ret sige det modsatte, at Livet er systematisk. Klart er det, at hvis der ikke var et vist System i selve Livet, dvs en Række afgørende Ligheder og lovmæssig Sammenhæng mellem Fænomenerne, vilde man aldrig nogensinde have opstillet et System i Videnskaben. Idetheletaget er Individualismen i Strid med nogle af de dybeste Strømninger i det virkelige Liv, se nærmere i Teksten S 18-24, se ogsaa T f R 1907. 188 ff.

Specialiseringens Farer.

For en anden anvendt Videnskab, Lægevidenskaben, har *Thor-kild Rovsing* fremhævet, hvor vigtigt det er, at Lægevidenskabens forskellige Specialer holder sig i Kontakt ikke blot med hinanden, men ogsaa med de almene Naturvidenskaber, Kemi, Fysik, Biologi, Bakteriologi. Han omtaler bl a som Eksempel paa det frugtbare i Samarbejdet mellem de forskellige Videnskaber Antiseptikens Tilblivelse og siger her: »Hvis Kemikeren *Pasteur* under sit Arbejde med Forraadnelsens Aarsager ikke havde løftet Sløret for Mikrobernes Eksistens og Betydning for Gærings- og Forraadningsprocesserne, og hvis Kirurgen *Lister* ikke havde været den naturvidenskabeligt interesserede og dannede Mand, som han var, og ikke havde haft aabent Øje og Øre for, hvad der foregik uden for hans eget Felt paa Naturvidenskabens Omraade — var Antiseptiken ikke blevet til. Nu var det saa heldigt, at Lister ikke blot kendte *Pasteurs* Arbejder, men at han straks saa deres Storhed og Rækkevidde ogsaa for Kirurgien. Han forstod straks, at i Mikroberne

havde vi faaet Forklaringen, den længe forgæves søgte Aarsag til de gaadefulde Saarsygdomme.« Som andre Eksempler nævner han Fysikkens Paavisning af Røntgenstraalerne, der har faaet den største Betydning for Lægevidenskaben i dens Efterforskning af Sygdomme, og det intime Samarbejde mellem Kirurgi og Medicin i Nutiden, se *Thorkild Rovsing: Videnskabernes indbyrdes Samhørighed*, »Tilskueren«, 1926 (Tale ved Universitetsfesten den 18 November 1920).

Nordisk Retsvidenskab har i det hele og store altid haft et nøgternt, realistisk Præg. Ligesom indenfor Filosofien Tænkere som *Søren Kierkegaard* og *Poul Martin Møller* tog Afstand fra de abstrakte Hegelske og Schellingske Tankekonstruktioner (jfr herom 1 Bog S 165-69), saaledes beherskedes Retslæren i Reglen af Tænkere som *Ørsted*, *Schweigaard*, *Nordling* og *Afzelius*, der i første Række havde det praktiske Retslivs Tarv for Øje og bandede Vej for Lovreformer, men som stod tysk Retsfilosofis stærke Hang til livsfjerne Begrebsudviklinger og Tankebygninger ganske fjernt. Naar vi undtager de store førende Skikkelser, som *Savigny* og *Ihering*, præges tysk Retsfilosofi som tysk Filosofi idethele unægtelig i høj Grad af ufrugtbare, abstrakte Spekulationer. *Schweigaard* har i sin friske Ungdomsafhandling (i *Juridisk Tidsskrift* 23 Bd, 1934. 292-340) givet en rammende, sund Karakteristik af denne Filosofi. Schweigaards Kritik, som han skrev efter sin Hjemkomst fra et Studieophold i Tyskland, er saa centralt træffende, at den passer den Dag i Dag. Han finder Svagheden i den tyske Filosofi og Retsfilosofi i »den skolastiske Tankegang, at Udviklingen vinder i Grundighed derved, at man først pakker de almindeligste Bestemmelser ind i en Sætning, og derpaa trækker dem ud igen« (anf St 310-11), og fremhæver dernæst, at den tyske Filosofis »største Originalitet viser sig i at opfinde Navne og Udtryk, som udgives for store og vigtige Opdagelser af dertil svarende, forhen ubekendte Sandheder« (S 324). Om Schweigaards Bedømmelse af Filosofer som Kant, Fichte og Schelling se iøvrig *Himmelstrup* i *Tidsskriftet Edda*. 1918 S 228-77, og om Schweigaards Filosofi idethele *Arne Løchen* i *Edda* 1919 S 1-36.

I engelsk-amerikansk Ret har *Benthams* Virksomhed betydet meget for en mere reel, formaalsbestemt Opfattelse af Retten. *Blackstone* havde ingen klar Teori om Retten, men hans *Commentaries* gav for første Gang i engelsk Retslitteratur et overskueligt System over hele Englands Lov og Ret; han var, som *Bentham* sagde, den første, der lod »English law speak the language of the scholar and gentleman«. Han har ikke blot »digested the law«; han systematiserede den. *Bentham* indførte *Vurderingen*; han sondrede skarpt mellem Retten, som den 1) er, og Retten, som den 2) bør være. *Austin* lagde ensidig Vægt paa 1). I nyere engelsk Jura vender *Vurderingen* dog tilbage. Nyere engelske juridiske Forfattere som *Allen* og *Goodhart* rejser atter, ogsaa indenfor den gældende Ret, the question of value. Af en af de nyeste Forfattere, *Jennings* fremhæves det, at for at finde Retten, som den bør være, er det retsammenlignende Retstudium meget nyttig; og det samme gælder det historiske Tilbageblik; og han slutter betegnende sin Afhandling saaledes: »The contention of this paper is that this (en mere omfattende, vurderende Forstaaelse af Juraens Opgaver) but can be done by developing that side of *Benthams* work with which *Austin* was not much concerned«, se J. *Jennings* i *Modern Law Review* 1938 2 Bd S 22-35, se iøvrig nærmere senere i Afsnittet om Retskilderne.

Ihering har til en vis Grad været det samme for tysk Ret, som *Bentham* har været for engelsk Ret. Overfor den ældre formalistiske, ofte dialektiske Dyrkelse og Behandling af den gældende Ret, navnlig Romerretten, der jo stadig, ogsaa i det 19 Aarhundrede, gjaldt i Tyskland, fremhævede *Ihering* de reelle, praktiske *Formaal*, som al Ret har, og som maa være de drivende Kræfter i Rettens Udvikling. Derfor slog han til Lyd ikke blot for en dyb Forstaaelse af, men ogsaa for en *Vurdering* af Romerretten, der kunde føre Rettens Udvikling ud over, videre end denne: »gennem den romerske Ret, men ud over den«. At have fremhævet dette er en af Hovedfortjenesterne ved hans betydeligste Værk: *Geist des römischen Rechtes*, selvom de historiske Enkeltundersøgelser i dette Værk ofte er angribelige, se nærmere *Westrup* 60-62. Den nyere friretlige Bevægelse i Tyskland følger i vidt Omfang *Iherings* teolo-

giske Bestræbelse. Ogsaa i nyere fransk Ret vender man sig mere og mere mod den ældre Juras formalistiske Dyrkelse og Behandling af Loven, af Code civil, se nærmere i Afsnittet om Retskilderne.

Baade Bentham og Ihering forsømte imidlertid at give den dybere erkendelsesteoretiske Undersøgelse, der alene kan begrunde Etikken og Retslæren som Videnskaber. Istedendfor opererede de med Utilitarismen, som de nærmest gik ud fra som givet, men som i Virkeligheden er videnskabelig uholdbar, se 2 Bog S 51-60, 245-52, 436-53.

Dürkheim (i sit Værk: *De la division du travail*, 4 Udg 1922) og andre Sociologer har stærkt fremhævet Solidariteten (eller den gensidige Afhængighed) mellem Menneskene som en afgørende Faktor i Samfundet. Den sociale Solidaritet beror paa, at Menneskene dels har samme Behov og dels forskellige Behov, som de gensidig bedst tilfredsstiller ved Arbejdets Deling. Allerede *Platon* har (i sit Værk: *Staten*) fremhævet Arbejdets Deling i Samfundet til Behovenes Tilfredsstillelse, og *Adam Smith* har belyst Arbejdsdelingen ved Eksempler fra den nyere Tids Samfund. *Duguit* fremhæver efter *Dürkheim* stærkt den indbyrdes sociale Afhængighed, Solidariteten mellem Samfundets Medlemmer og betonar, at medens Menneskerettighedernes Erklæring under den franske Revolution og Code civil er stærkt individualistisk, idet de opfatter Borgerne som selvstændige, uafhængige af hinanden virkende Individier, og bygger Retsordningen paa de Individet som Ener tilkommende Rettigheder, viser Udviklingen i Nutidens Ret en stadig stigende Afhængighed mellem Borgerne, en social Solidaritet, der efterhaanden præger Rettigheder og Pligter, *Duguit* I 8 ff, 38 ff.

Ved sin nærmere Udvikling om denne Solidaritet viser *Duguit* imidlertid en betydelig Uklarhed, der hænger sammen med, at han ikke erkendelsesteoretisk tilstrækkelig har gennemtænkt Spørgsmaalet og derfor sammenblander den faktiske Samfundstilstand, der er, med Forpligtelsen til at følge den, etisk og retslig. *Duguit* beraaber sig paa den sociale Solidaritet som en *Kendsgerning* og mener herigennem at finde en Begrundelse af Retten og Pligten, og at denne hans Opfattelse er *Realisme* i Modsætning til den ældre

individualistiske Retsopfattelse, som han stempler som metafysisk. Heroverfor har den franske Retslærde *Michoud* (i et Brev til Duguit) indvendt — efter min Opfattelse med Føje — at denne Duguits Opfattelse »overskrider det i Erfaringen givne, ti Erfaringen viser os kun *Solidariteten* som en *Kendsgerning*, men ingenlunde *Forpligtelsen* til at følge en Regel, der mer eller mindre direkte er afledet heraf«. Herpaa har Duguit efter min Mening ikke kunnet give nogen tilfredsstillende Svar, jfr Duguit 186 ff. Den sociale Afhængigheds Lov, som Duguit taler om, la loi d'interdépendence eller de la solidarité, er en faktisk Lov, der er konstateret i det sociale Liv i vidt Omfang, men dog ingenlunde undtagelsesfri eller uden Brud; og at man *bør* følge den, kan ikke udledes af denne faktiske Konstatering af en hyppig tilstedeværende Solidaritet. At henvise til, at Brud paa den efterfølges af sociale Reaktioner, navnlig Retsforfølgning, nytter intet, ti Problemet er jo netop, om disse Reaktioner er berettiget, og om man handler urigtigt ved saa vidt som gør ligt at unddrage sig denne kun faktisk hyppige Solidaritet.

Disse Vanskeligheder, som Duguit saaledes ender i, kan, som jeg i Teksten nærmere har paavist, kun løses gennem en videregaaende erkendelsesteoretisk Undersøgelse af hele Problemet om Videnskaben og Vifkelighedsbegrebet, om den Viden, der fastslaar, at noget er, og den Viden, der fastslaar, at noget vil være eller skal eller bør være, ti da indses det, som jeg har søgt at vise, at Retsvidenskaben i første Række, ligesom Lægevidenskaben og de tekniske Naturvidenskaber, eksperimentelt fastslaar, hvilken Handle- eller Opførelsesmaade der *skal* eller *bør* følges af Menneskene, men at iøvrig selv den Viden, der som de teoretiske Naturvidenskaber fastslaar, hvad der *er* og *vil være*, i allersidste Instans ogsaa er en Viden om en Opførelsesmaade, man bør følge, se nærmere min Udvikling i 2 Bog S 221-53 og ovenfor i Teksten.

Naar Retslæren og Etikken saaledes bliver en eksperimental, vurderende Erfaringsvidenskab, — ligesom Lægevidenskaben og de anvendte Naturvidenskaber — bortfalder de Vanskeligheder, som *Axel Hägerström* og hans værdinihilistiske Skole er kommet ind i. Da denne Skole ikke har givet en erkendelsesteoretisk Undersøgelse af de Grundbegreber, hvormed den opererer, »Virkelig-

hed«, »Erfaring«, »apriorisk«, »Gyldighed«, er den kørt fast i en uløselig Modsætning mellem Retten som et Faktum, a) den til enhver Tid faktisk eksisterende Ret og b) Gyldigheden af Ret- og Pligt-Ideen som en Regel, man bør eller skal følge. Da b) aldrig kan erkendes som et Faktum, som Virkelighed, a), beror b) paa metafysiske, mystiske, irrationelle Forestillinger, altsaa noget, der ikke er Videnskab. Der er imidlertid, som nærmere i Teksten paa- vist, efter den erkendelsesteoretiske Undersøgelse af Virkeligheds- og Erfaringsbegrebet intet mere mystisk eller metafysisk i b) i Forhold til a) end i Forholdet mellem b), anvendt teknisk Naturvidenskab, og a), beskrivende Naturvidenskab (Fysik, Kemi, Fysiologi og Anatomi o l). b) er baade i Naturvidenskab og Samfundsvidenskab Erfaring, en eksperimentel Erfaring, om 1) fortidige Aarsagsforhold som Grundlag for 2) fremtidige Aarsagsforhold, idet 1) benyttes til at frembringe de for Menneskeheden gavnlige Aarsagsforhold 2). b) bliver derved eksperimentel vurderende Erfaringsvidenskab, baade i Lægevidenskab og anvendt Naturvidenskab og i Retslæren. Men i Virkeligheden viser *al Videnskab*, baade a) og b), som jeg nærmere har paavist i 2 Bog, sig for en dyberegaaende erkendelsesteoretisk Undersøgelse at være inderst inde *eksperimentel vurderende Erfaringsvidenskab*. Imidlertid har det haft sin store Værdi og Betydning, at det Problem, som opstod for denne Tankeretning om Retten som Faktum og Retten som gyldig Handlenorm for fremtidig Handlen, blev tænkt igennem i sine Konsekvenser ud fra Retningens Forudsætninger, som det i Sverrig navnlig er *Lundstedts* og *Olivecronas* Fortjeneste at have gjort, i deres skarpsindige Behandlinger heraf. Se iøvrig i afvigende Retning den interessante Afhandling af *Ivar Strahl*: Idealism og realism i Rättvetenskapen i Festskrift for *Birger Wedberg* i Svensk Juristtidning, Aargang 26. 1 og 2 S 302-330.

Se om den værdinihilistiske Retning idethele nærmere 2 Bog S 458-71, 516-21.

Til denne Retning hører ogsaa *Alf Ross*. Han søger saaledes i Folkeretten ikke at fremstille Retten som en gyldig Orden af moralsk-aandelig Karakter, men at give en rent beskrivende Fremstilling af Retten som et socialpsykologisk Fænomen, en socialpsykologisk Sammenhæng, uden nogen Art Vurdering, *Alf Ross* 5, 53, 56, 113. Men ud fra en saadan beskrivende, vurderingsfri Fremstil-

ling af Forholdet mellem Staterne ses det ikke, paa hvilket Grundlag man overhovedet kan anse Krigen for en ringere Tilstand end den fredelige Ordning af Konflikterne mellem Staterne, som Folkeretten tilstræber. Krigen er lige saa vel en »socialpsykologisk Realitet« som den fredelige folkeretlige Ordning. Videnskabelig ses der ud fra denne Opfattelse ikke at være nogen Grund til at foretrække denne Ordning for Krigen. Ikke des mindre fremgaar det klart af Forf.s Fremstilling, at han foretrækker den »fra gammel Tid rodfæstede Tradition for det fredelige Samliv mellem Staterne« for Krigen; og han udtaler endog en Tro paa, at naar denne Krig engang er forbi, vil det være denne Tradition, man igen vil falde tilbage paa som Grundlag for den videre Udvikling, hvorledes den saa end maa forme sig; og det er denne Freds-Folkeret, han vil fremstille. Han udskiller et Sted i Fremstillingen en vis international Ordning fra Folkeretten og kalder denne Udskillelse »retfærdig«, Forf S 5, 33. Et andet Sted siger han, at det absolute Suverænitetsbegreb er en Idé, der strengt taget maa føre til Fornægtelse af al Folkeret, S 51. Men ud fra hans eget Standpunkt er dette ikke noget Argument, da det maa være ganske ligegyldigt, om en Løsning er en Fornægtelse af al Folkeret eller ej. Ligeledes er det ikke noget Argument, at nævnte Suverænitetsbegreb er egnet til at mistænkliggør enhver Udvikling af »den internationale Solidaritet«, Forf S 51, ti denne Solidaritet er intet andet end en »følelsesbetonet Indstilling«, som han samme Sted bebrejder Forestillingen om »Statens mystiske Suverænitet«. Og naar han endelig i denne Sammenhæng, S 52, udtaler, at »det følelsesbelastede Suverænitetsbegreb er et velegnet Middel til at mobilisere de naturlige statsegoistiske Tendenser i Modstrid med Ønsket om en international Organisation og Solidaritet og til at forlene disse folkeretsfjendtlige Tendenser med Skindet af en objektiv Begrundelse«, da er han med denne Argumentation helt inde i en etisk Vurdering, som hans egen metodiske Opfattelse er i bestemt Modstrid med. Han er her kommet helt udenfor den rent beskrivende Fremstilling af »socialpsykologiske Kendsgerninger« og over i en etisk, varmt følelsesbetonet Hævde af Retten, der gør ham Ære som Hævder af Ret mellem Folkene, men som han ikke ud fra sit forud indtagne teoretiske Standpunkt kan begrunde. Som Motto for sin Bog (S 5) har Forf en Udtalelse, han fremsætter S 58: »Naar man vil forestille sig,

hvad Folkeretten har ydet, skal man hellere tænke paa Verdenspostunionen end paa Briand-Kellogg-Pagten«. Denne Forf.s Udtalelse kan jeg ganske slutte mig til. Men selv dette Motto, et Slags Program for hele hans Syn paa Folkeretten, viser klart, at det selv for ham, endog i hans Grundsyn, er ganske umuligt at holde etiske Vurderingssynspunkter ude. For en rent beskrivende Fremstilling er Verdenspostunionen og Briand-Kellogg-Pagten begge »socialpsykologiske Fænomener«. Det er kun den etiske Vurdering af disse Pagters Betydning for Fremmet af det mellemfolkelige Samkvem, altsaa for Menneskeheds Vel, der overhovedet kan føre til at foretrække den ene af disse Pagter for den anden. Forf bevæger sig altsaa her i den Erkendelses-Illusion, som jeg andetsteds har paavist som Særkendet for de Jurister og Nationaløkonomer, der tror at give en rent beskrivende Fremstilling, men hvis Undersøgelser og Argumentation, dem selv uafvidende, er gennemvævet at etiske Vurderinger, jfr bl a 1 Bog 458 ff, 516 ff, jfr iøvrig T f R 1934. 259-95.

I den etiske Vurdering, i enhver Stræben efter en mere fuldkommen Retsorden mellem Stater og Individier, er der, som jeg andetsteds har paavist, intet mere »mystisk«, »oversanseligt« eller »apriorisk« end i *det naturvidenskabelige Eksperiment*, der ogsaa gaar ud over Beskrivelsen af Fortid og Nutid og søger gennem de lovmæssige Sammenhæng at fremkalde *Virkninger i Fremtiden*, der i den tekniske eksperimentelle Naturvidenskab og i Lægevidenskabens søges til Gavn for Menneskeheden. Etikken og Retslæren søger ogsaa gennem de lovmæssige Sammenhæng, ganske paa samme Maade, eksperimentelt at fremkalde hensigtsmæssige, for Menneskeheden gavnlige Virkninger, Ordninger og Retsordninger mellem Mennesker.

Til S 92-93.

Duguit har i sit andet Værk gjort opmærksom paa, at ikke blot paa Privatrettens, men ogsaa paa den *offentlige Rets* Omraade er der sket betydelige Forandringer siden Revolutionens og Code civils Tid. Dette fremstilles i en noget for bred Udvikling, *Duguit II* 1-50, der formentlig kort kan sammenfattes i dette, at medens Statens Opgaver paa *Rosseaus* og den franske Revolutions Tid var indskrænket til: at værne Individernes Ejendom og andre Goder

mod Angreb fra hinanden indbyrdes og mod Angreb fra fremmede Stater, altsaa til: Domstole, Politi og Landets Forsvar, er den moderne Stats Opgaver blevet mangefold flere og andre (Jernbaner, Post og Telegraf, Skoler, Hospitaler). Disse offentlige Tjenester (services publics) maa der tilstaaes en vis Autonomi, et vist økonomisk Selvstyre, ligesom Kommunernes Styrelse, Duguit II 55-58.

I Frankrig kan Borgerne, hvis Administrationen af en service public ikke opfylder sine Forpligtelser, klage til Forvaltningsdomstolen, conseil d'Etat, f Eks klage over, at et koncessioneret Sporvognsselskab ikke opfylder sine ved Koncessionen paalagte Pligter. Men at der heri skulde ligge nogen Ophævelse af Statens Suverænitet overfor Borgerne, som Duguit synes at mene, Duguit II 65 ff, kan jeg ikke se. Conseil d'Etat er jo en Del af Staten og har faaet overladt en Del af Statens Myndighed. I enhver Deling af den øverste Magt og i en deraf følgende Delegation af en Del af denne Magt til et særligt Retsorgan, ligger der, saa vidt jeg kan se, ingen Ophævelse af Statens Suverænitet. Noget helt andet er, at i Stater med en Enevælde-Forfatning, hvorefter Statsmagten overhovedet ikke er delt, er Statens Suverænitet overfor Borgerne naturligvis langt stærkere end i Lande med en Forfatning, hvor den øverste Magt er delt, f Eks efter Montesquieu i en lovgivende, udøvende og dømmende Myndighed.

Troen paa et evigt, stabilt Retsystem stammer efter *Jerome Frank* væsenlig fra vor Barndoms Tro paa en ufejlbarlig Fader. Troen overføres paa Lovgiveren, Frank 13-21. At denne Tro mulig i ældre Tider psykologisk kan have været et vist medvirkende Moment, skal ikke benægtes. Men det er en mægtig Overdrivelse at anse et saadant Moment som værende af væsenlig eller afgørende Betydning for Menneskenes Indstilling overfor et stabilt Retsystem i nyere Tid. Vægtige praktiske samfundsmæssige Grunde taler, som formentlig i Teksten paavist, 1) for et varigt, stabilt Retsystem i Form af en borgerlig Lovbog. Men dernæst maa det betones, at ganske bortset fra Lovgivningen kan Retslæren, som jeg har søgt at vise, 2) finde frem til visse varige, faste øverste Retsgrundsætninger for al menneskelig Adfærd overfor Medmennesker.

Til S 94-95.

De i Teksten nævnte Teorier viser, at man i en praktisk Videnskab som Juraen skal vogte sig for at drage Slutninger ensidig ud fra én Teori. En Teori er jo nemlig i sidste Instans intet andet end en bestemt Opfattelse af, hvilke praktiske Grunde der gør sig gældende ved et vist Livsforholds Ordning og hvilken Retsregel der følgelig ud fra disse Grunde bør beherske Forholdet. Men de praktiske Erfaringer er saa mangfoldige, at en Teori i Reglen kun faar fat i nogle af disse; den bygges da op ensidig paa disse. Og Ensidedigheden kommer frem, naar man begynder at drage Slutninger fra Teorien til *alle* de Livsforhold, den vil beherske. Det er denne Ensidedighed, vi møder som Befalingsteorien ved Love, Viljes- og Tilfidssteorien ved Kontrakter o l.

Til S 95-97.

Herbert Iversen betoner, ligesom *Jul. Lassen* — men uden at kende dennes Udvikling — at Definitioners Værdi ligger i deres Brugbarhed i bestemte Øjemed, se Iversen 62-65. Denne Betragtning af Definitioner kalder Iversen den »strategiske Synsmaade«. Se *Jul. Lassens Afhandling i Udvalgte Afhandlinger af Jul. Lassen, 1924, udgivne af Frantz Dahl.*

Det gælder imidlertid om i Jura og i al anden Samfundsvidenskab, at man nøje paaser, at det formaalstjenlige i Definitioner overalt, ligesom i Naturvidenskaben, kun anvendes paa en *fuldtud objektiv Maade*. Men i Samfundsvidenskaben er der den Fare for Objektiviteten, at man først — ved en utilstrækkelig Generalisering — danner sig en social Yndlingsteori og saa bruger Definitionerne alene med det Formaal at hevise Yndlingsteorien. Som Eksempel kan nævnes, at *Henry George* til Begrebet Kapital ikke medregner Føde og Klær, fordi han derved bedre kan godtgøre, at Arbejdslønnen ikke tages af Kapitalen, se *Henry George: Fremskridt og Fattigdom, dansk 4 Udg. 1923. 38.*

Francis Hagerup forsøgte i en Afhandling i TfR 1888 S 19 ff for den positive Retsvidenskab at opstille en særlig Metode, som han kaldte den *konstruktiv-dogmatiske*, og som alene skulde gaa

ud paa en »Paavisning af Retstoffets egen indre Sammenhæng«, d v s en Udredning af de positive, i Lovene anvendte Begreber og Grundsætninger. Men disse Begreber og Grundsætninger skulde ikke have nogen »umiddelbar retsproducerende Evne« (anf St S 20). Denne Metode stemmer imidlertid ikke med de virkelige Forhold i den praktiske Anvendelse af de positive Begreber og Grundsætninger. Retsbegreberne defineres, som i Teksten fremhævet, i Reglen ikke i Lovene; og ved Definitionen af Begreberne er det, som anført, nødvendigt at tage et væsentligt Hensyn ikke blot til Retsreglernes Indhold, men ogsaa til deres *Formaal*. Og baade Retsbegreberne og Retsgrundsætningerne vilde ikke give det praktiske Retsliv nogen Vejledning, hvor det mest trænger dertil, hvis Begreberne og Grundsætningerne ikke havde retsproducerende Evne, d v s ikke kunne anvendes efter deres *Formaal* analogt fra de i Loven nævnte Tilfælde til i Livet opstaaende nye Tilfælde, der ikke omtales af Lovene. Ti det er i disse nye Tilfælde, at Retspraksis har mest Vejledning Behov ud fra Retsgrundsætninger, se min Afhdl i T f R 1907 S 209-11, 218-20.

Til S 99.

I Erkendelsen af, at et Aktieselskab, en Kommune, en Stat ikke er nogen Person, en juridisk Person, ligger imidlertid ingen Fornægtelse af, at disse Sammenslutninger kan være Subjekt i Retsforhold. At de er Retssubjekt, betyder jo nemlig blot, at ikke blot en enkelt Person, men at en Flerhed af Personer kan optræde som en Enhed i Retsforhold, navnlig handle udadtil ved særlig bemyndigede — Bestyrelse, Direktion el — med Retsvirkning for Flerheden. Alf Ross mener, at der i det, vi kalder en juridisk Person, f Eks et Aktieselskab, en Stat, foreligger en *Spaltning*, idet Handlinger, foretaget af visse Mennesker (Bestyrelse, Direktion) medfører, at Ansvar gøres gældende mod visse andre Mennesker, Eksempel: »Pligt for et Aktieselskab til at betale Skat, betyder, at dersom Selskabets Direktør ikke erlægger den skyldige Skat, vil en Skattebøde ramme Selskabets Formue, d v s Aktionærerne«, Alf Ross 35-36. I denne Opfattelse kan jeg ikke være enig. Der foreligger efter min Opfattelse ingen Spaltning mellem Handling og Ansvar. Handlingen udføres i Virkeligheden af den samme, som

Ansvarret gøres gældende imod. Det er nemlig ufuldstændigt at sige, at »Handlingen udføres af visse Mennesker«; det maa tilføjes: »som befuldmægtiget (eller beføjet til at handle) for visse Mennesker, nemlig de samme, hvem Ansvarret paahviler. Den Flerhed af Mennesker, hvem Ansvarret for Handlingerne paahviler (Selskabets Aktionærer, Statens Borgere), kan optræde udadtil (og derved paadrage sig Ansvar) paa to Maader, enten ved, at de *alle* handler i Forening, eller ved, at de *befuldmægtiger* en Anden eller Andre til at handle paa deres Vegne. I begge Tilfælde er det Flerheden, der handler, og samme Flerhed, der har Ansvarret. Der er i Virkeligheden ikke mere Spaltning mellem Handling og Ansvar i disse Tilfælde end i de Tilfælde hvor en Enkeltperson, A, befuldmægtiger en anden, B, til at handle paa sine, A's, Vegne, med Ansvar for A. B er kun et Redskab for A til at udføre Handlingen, ligesom Direktionen kun er Selskabets Redskab. Det er altsaa i Realiteten i begge Tilfælde den samme, der handler og har Ansvarret.

Til S 100-102.

Demogue's Værk: *Notions fondamentales du droit privé* er i flere Henseender et værdifuldt Værk. Men det kan ikke nægtes, at dets Betragtninger, som i Teksten antydet, undertiden er af en saa almindelig Art, at de dækker alt og derfor ikke særlig karakteriserer de Fænomener, som Betragtningerne tilsigter at karakterisere. Dertil kommer, at *Demogue's* Udviklinger ofte lider af en ret trættende Bredde. Alene om Emnet Retssubjekter findes der en Udvikling, S 320-82, der uden Skade kunde være udtrykt paa $\frac{1}{4}$ af Pladsen. *Demogue's* Behandling er imidlertid idethele tiltalende ved sit Virkelighedspræg og sætter ofte Tanker i Bevægelse. Det indledende Afsnit er aandfuldt; det løser vel ikke Grundproblemet, men det sætter det under Debat paa en alsidig og tankevækkende Maade.

Sven Clausen har i sine interessante *Essays* om almindelig Retslære ogsaa stærkt betonet Sikkerhedshensynet i al Ret og fremhæver med Rette særlig den Tryghed, som Retsfølelsen overalt forlanger, og som ligger i *Forudberegneligheden*, hvilken betyder, at den normales Forudindstilling respekteres, *Sven Clausen* 16-19.

Til S 129.

Den internationale Domstols Statutter anerkender udtrykkelig som Retskilde ogsaa Retsvidenskaben, den af denne begrundede naturlige Ret, idet de i Art 38 efter Retskilderne 1 Internationale Aftaler, 2 Internationale Sædvaner, og 3 Almindelige Retsprincipper som 4 Retskilde fremhæver: »de mest ansete Forfatteres Mening«.

Alf Ross anerkender ogsaa for Folkerettens Vedkommende, at der findes andre Retskilder end de positivt formulerede, de »frie Faktorer«. Men da denne Forf, som tidligere omtalt, kun anvender en rent beskrivende Metode i Fremstillingen af Retten, er han derved afskaaret fra at give Domstolen nogen Vejledning i, hvad disse frie Faktorer, den naturlige Ret efter Videnskabens Undersøgelse fører til, jfr U f R 1940 B. 177-86. Men det er netop denne videnskabelige Vejledning, Domstolene venter af Retsvidenskaben. Den naturlige Ret er intet andet end den Retsordning af menneskelige Livsforhold, som Retsvidenskaben efter den vurderende Eksperimentalmetode har naaet frem til at erkende som den mest hensigtsmæssige Retsordning af vedkommende menneskelige Livsforhold. Der er, som ovenfor fremhævet, intetsomhelst mere »oversanseligt« eller »apriorisk« (jfr nævnte Forf S 112-13) i den saaledes eksperimentelt fra Erfaringer udfundne, hensigtsmæssige Ret end de i Lægevidenskaben eller de tekniske Naturvidenskaber, ved samme eksperimentelle Erfaringsmetode udfundne hensigtsmæssige Behandlingsmaader, se nærmere 2 Bog 221-53, 339-83.

Om positiv Ret og naturlig Ret se ogsaa *Trygve Leivestad* i T f R 1937.288-320, særlig om den gældende Rets Utilstrækkelighed se 319-20.

Til S 131.

Formel og reel Retskildelære.

Som det i Teksten S 82-85 er paavist, er den Opfattelse uholdbar, at Begrebet Virkelighed i Retslivet alene omfatter, hvad man kalder den faktisk gældende Ret, og hvorved man forstaar Rets tilstanden, som den er udtrykt i de gældende Love og de afsagte Domme. Dette Virkelighedsbegreb om Retslivet er for snevert.

Naar man tager Love og Domme som Retsvirkelighed, kan Meningen hermed kun være, at disse to Fænomener er psykologiske og fysiologiske Kendsgerninger, nemlig to Slags menneskelige Beslutninger og disse ledsagende ydre Handlinger, der fastsætter Ret imellem Mennesker. Men naar dette er Tilfældet, hører faktisk langt mere, langt flere Beslutninger og Handlinger til det virkelige Retsliv. Ti hver Gang Forretningsfolks Beslutninger og Handlinger følger en Retsædvane i Handelslivet, eller Mennesker idethele i deres Handlinger følger, efter deres juridiske Raadgiveres Raad, Retsætninger, der i Retsvidenskaben er fastslaaet som overensstemmende med Sagens Natur, er disse Handlinger og Beslutninger — ganske uanset, at Reglen, de følger, ikke kan findes i nogen Lov eller Dom — ligesaavel en Virkelighed paa Retslivets Omraade som de Beslutninger og Handlinger, vi kalder Love og Domme. En anden Virkelighed møder vi paa dette Omraade i Dagliglivets mangfoldige Aftaler, Kontrakter, Vedtægter eller Love for Selskaber og andre Sammenslutninger. Ogsaa herved sættes der en Retsvirkelighed ind i Verden. Hele den Virkelighed, vi kalder Retslivet, rækker da langt videre end disse retslige Beslutninger, Love og Domme. Det reelle Retskildebegreb er derfor dybere set langt mere i Overensstemmelse med *Virkeligheden* end det formelle Retskildebegreb, selvom vi tager Begrebet Virkelighed i den her omhandlede Betydning som lig med det, der faktisk er eller sker. Alle de reelle Retskilder, altsaa ikke blot Loven og Dommen, men ogsaa Sædvaneret og Regler efter Sagens Natur *er*, eksisterer som Virkelighed, saasnart blot en enkelt menneskelig Handling *faktisk følger deres Regler*.

En formel Retskildelære, der alene vil anse Lovene og Dommene som Retskilder, er imidlertid ikke blot uholdbar som Virkelighedsvidenskab. Den er, hvis den strengt vil holde sig til en saadan ren Konstatering af den forefundne Virkelighed, tillige ubrugelig i det praktiske Retsliv, ti den kan da end ikke med disse Love og Domme gaa over til Fremtiden og udtale, at Dommerne og Borgerne alene *bør* eller *skal* følge Lovene og Dommene i Fremtiden; den maa nøjes med at konstatere, at *saaledes* er Lovene og Dommene *faktisk hidtil blevet givet eller afsagt*. Men dels bliver det da herefter uforklarligt, hvorfor netop disse to Arter af Beslutninger, Love og Domme, særlig skal fremhæves som Retskilder, og dels

ophører Læren helt at være en Retskildelære, da herefter end ikke denne begrænsede Fremhævelse kan sige Dommerne og Borgerne det mindste om, hvilke Retsregler og Afgørelser de da overhovedet skal følge. Ogsaa paa dette Omraade viser Erfaringen altsaa, at Retsvidenskaben, som jeg tidligere fremhævede, ikke kan nøjes med at være en blot *konstaterende Videnskab*, en Lære, der giver en Erkendelse af, hvad der faktisk i Fortiden og Nutiden har været eller er Ret, men tillige og først og fremmest maa være en *vurderende Eksperimentalvidenskab*, der skal give Svar paa, hvorledes der i den kommende Tid, i Dag, i Morgen, *skal* handles. Jfr U f R 1940 B. 177-86.

Til S 156.

I engelsk Ret hersker der, som i Teksten nævnt, et overordenlig stift *Præjudikatsystem*, hvorefter Domstolene føler sig bundet af tidligere Domsafgørelser, ganske særlig af dem, der er fældet af Englands Højesteret, og som behandles og fortolkes med samme Respekt som Love. Naar Englands Højesteret undtagelsesvis søger at komme udenom en af sine egne tidligere Afgørelser, sker det, ligesom ved Love, ved en stærkt indskrænkende Fortolkning eller en formel Hængen sig i den tidligere Doms Ord eller ved Fiktioner, se som særlig illustrerende Eksempel Højesteretsdommen i Sagen Quinn v. Leatham i Forhold til den ældre Afgørelse i Allen v. Flood nærmere Organisationer 208-12. Se ogsaa Frank 22-31.

Dette stive Præjudikatsystem kendes ikke i noget andet Land end England, end ikke i U S A. Det fælles for amerikanske og engelske Domme er, at de begge i deres Præmisser giver en overordenlig indgaaende Behandling af tidligere Domsafgørelser. Men de amerikanske Domstole føler sig, i Modsætning til de engelske og i Lighed med Domstolene i de europæiske Fastlandstater, ikke *bundet* ved de tidligere Afgørelser. Dette er fremhævet af Stone i hans Afhandling: Common Law in U S A, 50 Harward Law Review 1936, og Llewellyn: Præjudicienrecht und Rechtsprechung in Amerika, S 7, 25, 109 ff. Den fremragende Dommer i U S A's Højesteret Cardozo siger, at en Dom (selv af Højesteret) kan fraviges, naar dens Afgørelse maa anses for fejlagtig eller Udviklingen er løbet fra den. Men det er Goodhart, der i sin dybtgaaende og skarp-sindige Afhandling om »Case law in England and America« (i Es-

says in Jurisprudence and the Common Law (1931) S 50 ff), har paavist, at medens de amerikanske Domstole endnu i det 19 Aarhundrede overvejende fulgte et Præjudikatsystem, der nærmede sig stærkt til det engelske, er der i det 20 Aarhundrede sket en gennemgribende Forandring heri, idet de amerikanske Domstole nu føler sig langt friere stillet end Tilfældet er i England. Men selv i det 19 Aarhundrede har de højeste Domstole i USA ikke følt sig bundet af deres egne Afgørelser. Der findes adskillige Eksempler paa Fravigelse af egne og sideordnede Domstoles Afgørelser, og USA's Højesteret har afvist Paastanden, at en Fravigelse af tidligere Afgørelser skulde stride mod Forbundsforfatningen.

Men det engelske Præjudikatsystem har ikke blot ingen Efterfølgelse fundet i andre Lande, men er endog i nyeste Tid blevet Genstand for den skarpeste Kritik og Debat i England selv, se den indgaaende Debat i Law Quarterly Review, 1934 S 40-65, 180-95 og 1935. 333-46 (med vægtige Afhandlinger af *Allen*, *Holdsworth* og *Goodhart*), se ogsaa *Jenks: The new Jurisprudence* S 107 ff.

Af Litteratur om dette Emne maa idethele fremhæves: *C. K. Allen: Law in the Making*, 2 Udg 1930, *E. Jenks: The new Jurisprudence*, *Goodhart: Essays in Jurisprudence and The Common Law*, 1931, *K. N. Llewellyn: Præjudicienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, *T. Ellis Lewis: The History of Judicial Precedent* (en Afhandling, der gaar igennem de 3 Aargange af Law Quarterly Review: 1930 (S 207 ff), 1931 (S 411 ff) og 1932 (S 230 ff)), *W. S. Holdsworth: History of English Law* og hans Afhandling i Law Quarterly Review 1934.180 ff: Case Law, samt *Allens* og *Goodharts* Afhandlinger i samme Tidsskrift 1934 S 40 ff og 1935 S 333 ff, og *C. J. Arnholm: Præjudikaters Betydning for Retsudviklingen i T f R* 1933.163 ff.

Naturligvis bør ingen Domstol fravige tidligere Præjudikater uden, at der foreligger vægtige Grunde dertil; og navnlig bør en fast Domspraksis, der er bekræftet gennem talrige Domme, ikke opgives uden tvingende Grunde i Sagens Natur. Dette anerkendes ogsaa af alle Kulturstaters Domstole. Der er visse Fordele for Samfundet ved en saadan rimelig Fastholden af Præjudikater, hvis Urigtighed ikke er klart paavist. Borgerne faar gennem en saadan Fastholden en vis Tryghed mod overraskende Forandringer i Rets-

reglerne og kan navnlig ud fra denne Tryghed handle og træffe retslige Dispositioner, ligesom Præjudikaterne ogsaa virker vejledende m H t eventuelle Retsager og retsagsbesparende, se *Goodharts* og *Arnholms* ovennævnte Afhandlinger og *P. M. Sachs* i U f R 1940 B. 316-20. Men disse Hensyn kan ogsaa varetages, selvom man ikke følger det engelske Præjudikatsystem, altsaa tillader Domstolene at fravige deres tidligere Afgørelser, naar vægtige Grunde taler derfor. Under dette friere System kan der imidlertid være Grund til paa særlig vigtige Omraader kun at give nye, tidligere *Praksis* ændrende Domsafgørelser Virkning for *fremtidige* Forhold og, ligesom i vidt Omfang ved nye Love, ikke give dem tilbagevirkende Kraft. Dette gælder navnlig paa Strafferettens Omraade og flere Omraader af Ejendomsretten. Man skal dog ikke overdrive dette Hensyn, se nedenfor.

Til S 156.

Hvor konservative og langt tilbage i Tankegang Flertallet af engelske og amerikanske Jurister er i Henseende til bevidst Gennemtænkning af Retskildeproblemet, fremgaar af Udviklingen hos *Frank* 32-41, hvor det anføres, at Flertallet af engelske og amerikanske Jurister stadig tror paa, at Domstolene ikke kan skabe Ret, men kun udtale den i Loven givne Ret, og at *Fr. Pollock* og *Dicey* hører til et Mindretal, der hævder det modsatte, *Frank* 33. Til disse fremskredne Forfattere hører dog nu ogsaa de ovenfor S 129 fremhævede Videnskabsmænd paa Retskildelærens Omraade. *Frank* fremhæver dernæst, at Realiteten er, at Domstolene skaber Ret, uden selv at være sig det bevidst. *Frank* ser forøvrig ikke noget særligt Onde i, at der gennem Domspraksis skabes ny Ret med *tilbagevirkende Kraft*. Han fremhæver her med Rette, at Borgerne ikke, før de kontraherer og handler, er inde i hele det sammensatte System af Regler, som er Ret paa vedkommende Omraade, *Frank* 35-36.

Norges Højesteret har med Rette udtalt, at Domstolene bør gaa imod selv et kun halvt Aar gammelt Præjudikat, naar det maa anses for urigtigt, idet det da endnu ikke har givet Anledning til Dannelsen af en Sædvaneret, se Dom meddelt i U f R 1924 B. 230.

Hvorvidt skal en Domstol begrænse sine Udtalelser i Præmisserne til det mindst mulige, til at tilfredsstille blot Dagen og Vejen, eller bør den udtale sig afgørende og *principielt*? Der maa sondres mellem to Grupper af Tilfælde: 1) Helt nye Tilfælde, hvor der hverken i Videnskaben findes Undersøgelse eller Vejledning og heller intet Erfaringsmateriale i tidligere Praksis. Her maa tilraades Forsigtighed og en saa begrænset Udtalelse som muligt, 2) Tilfælde, hvor der allerede foreligger Materiale i tidligere Praksis og grundig Vejledning i Videnskaben. Her bør Domstolen i Præmisserne udtale sig principielt. Jfr. *Demogue* S 220-21.

Om Voteringsformen i Højesteret se U f R 1926 B. 13-27. Hele dette Spørgsmaal mister enhver Betydning, naar den Rettergangsform, jeg foreslaar i sidste Del af denne Bog, gennemføres.

Til S 158.

Overfor det Kraft- og Tidspild, der, som fremhævet (S 158 f o), finder Sted ved de forskellige spredte Udgivelser af Domsamlinger, burde Staten gribe ind og centralisere hele denne Udgivervirksomhed i en enkelt Lovsamling og en enkelt Domsamling og monopolisere denne Virksomhed hos et enkelt Statsforetagende, under Ledelse af en kyndig Redaktion, valgt af det juridiske Fakultet, Dommerstanden og Sagførerstanden. Selv i England, hvor man jo ellers hylder det private Initiativ paa alle Omraader, har fremragende juridiske Autoriteter taget til Orde for Centralisering og Monopolisering som det eneste Middel til at komme ud af Uføret paa dette Omraade. Allerede i 1885 udtalte den højt ansete Dommer Lord Justice *Lindley* i en Artikel: »The History of the Law Reports« (1 L Q R 137): »A multiplicity of law reports is a great evil. The evil was once intolerable; it may become so again; whether it will

or will not depends on the Profession and on the Council. Let us hope it never will. If it does, a great effort will have failed, and its failure will prove the necessity for legislative interference and for a monopoly of Law Reporting«. *Goodhart* udtaler: »Since Lord Lindley wrote his article, the number of law reports, instead of diminishing, as he had hoped it would, has increased to a marked extent«. Den nuværende Liste over Engelske Domsamlinger omfatter ikke mindre end 18 Domsamlinger.

Goodhart fremhæver med Rette i sin Artikel i »The Law Quarterly Review«, Januar 1939, S 29 ff, at dette store Antal Domsamlinger medfører 1) en betydelig aarlig Udgift for Juristerne, 2) et overordenlig Spild af Plads i Bibliotekerne, de private og offentlige, idet de 18 Lovsamlingers samlede Bind fylder noget over 30 Bind hvert Aar, 3) en meningsløs Gentagelse af de samme Domme, og 4) store Vanskeligheder ved at opspore Tilfældene. Det bedste vilde være at samle alle Domsamlinger i en enkelt Domsamling, der skulde tilfredsstille tre Fordringer: at den maatte være nøjagtig, udkomme hurtigt (hyppig) og være fuldstændig.

Til S 259.

Til Diskussionen om Viljesteorien og Tillidsteorien se ogsaa *Lundstedt*: Samhället och rättsordningen, 1922.131 ff, samme Forf.s Artikel: Fiktion eller sanning i juridiken, Svensk Juristtidning 1924. 279 ff, og hans Bog: Obligationsbegrebet, 128 ff, og *Östen Undéns* Imødegaaelse: Om *Julius Lassens* Tillidsteori, i Svensk Juristtidning 1929.342 ff.

Til S 250 og 263-64.

En stor Del af det, der kaldes *Korruption*, bestaar i Svig ved Aftalers Indgaaelse, ved Hemmeligholdelse af vigtige Kendsgerninger, der virker bestemmende for den intet anende Medkontrahent. Hvis en Bestyrelse for et Aktieselskab eller Medlemmer heraf, vel vidende om bestemte Fakta, der i den nærmeste Tid vil faa Aktierne til at falde betydeligt, sælger deres Aktier til Købere, der intet ancr herom, kaldes dette Forhold ofte *Korruption*. Det nævnte Salg er Svig fra Bestyrelsens Side mod de godtroende Aktiekøbere. Svigen gør dette Salg ugyldigt, se Aftalelovens § 30, der ogsaa rum-

mer svigagtig *Fortielse*, og er dernæst strafbar som Bedrageri, Strfl § 279.

Underhaandsaftaler mellem de bydende ved Licitation eller Auktion, der gaar ud paa at skaffe de bydende særlige Fordele, der hemmeligholdes for den udbydende ved Licitation eller Auktion, gør den udbydendes Løfte ugyldigt, forsaavidt den opnaaede Fordel angaar. Dette blev allerede fastslaaet ved en Landstingsdom i 1773 og yderligere statueret ved en Højesteretsdom i 1910, U f R 1911.18, der angik følgende Tilfælde: Nogle Entreprenører, der agtede at konkurrere ved en Licitation, havde forenet sig om, at enhver af dem skulde lægge 17.000 Kr til sit Bud, og at den, som fik Arbejdet, skulde udbetale dette Beløb til de andre. En af dem fik Arbejdet overdraget for sit Bud 258.500 Kr. Højesteret udtalte, at Hemmeligholdelsen af Aftalen var retstridig, og at Akceptanten var berettiget til et Afslag, 17.000 Kr i den nævnte Sum, jfr *N. Lassen* i T f R XXV S 343-35. Denne Dom er kritiseret af *H. Casse* i T f R 1912.33-34, men næppe med Rette. At sikre de bydende ved Licitation rimelige Vilkaar, bør formentlig ikke ske gennem hemmelige Underhaandsaftaler, men ved en Reform af Licitationsvæsenet som Helhed. Efter den norske Trustlov 12 Marts 1926 § 18 er de bydende ved Licitation pligtig at oplyse nævnte Underhaandsaftaler.

Ved en Reform af Licitationsvæsenet burde det maaske slaas fast ved en præceptiv Lovregel, at ingen af de bydende ved en Licitation maa indgive noget Bud, der er lavere end det Beløb, som samtlige hans Omkostninger + 10 pr c Fortjeneste andrager.

Hvis en Formand for en Kommunalbestyrelse eller et andet formaende Medlem af denne, A, faar den til at overdrage en Entreprenør, B, et Arbejde, idet A af B for denne Tjeneste opnaar en økonomisk Fordel, der holdes skjult for Kommunalbestyrelsen, er formentlig Aftalen mellem Kommunen og B ugyldig, og A og B skyldige til Straf for Bedrageri, Strfl § 279.

Den særlige Form for Korrupsion i Forretningslivet, der hedder *Returkommission*, er nu strafbar i dansk Ret, efter Strfl § 279, 2 Stk. Den nys omtalte kommunale Korrupsion rammes formentlig ogsaa af sidstnævnte Paragraf og Strfl § 144.

Som Eksempler paa Aftaler, der er ugyldige i nordisk Ret, fordi de strider mod den moralske Standard, som Retsordenen maa kræve i Kontraktsforhold (jfr Chr den V's Lov 5-1-2), kan nævnes Laan, der ydes for at indrette et Hus til Bordel, for at skaffe Penge til at deltage i Hasardspil, jfr i førstnævnte Tilfælde Strfl § 228, 1 Stk. Ugyldighed er i begge disse Tilfælde ogsaa statueret i fransk Ret, se Dom af Cour de Cassation i *Sirey* 1896 I 289 og 1892 I 513. Det samme maa antages i tysk Ret, efter B G B § 138, jfr *Fischer og Henle* 68-69.

Til S 288-89.

Om Udviklingen i den romerske Erstatningsret se iøvrig *Stig Juul* 81-87.

Til S 295, jfr 309.

Det antages almindelig, at der ikke i *engelsk Ret* er anerkendt nogen *almindelig Erstatningsregel*. Dette forklares ved, at den engelske Erstatningsret er stykkevis opbygget, gennem lange Tidsrum, idet der tilstodes et writ for de enkelte særlige Retsbrud, efterhaanden som der følte særlig praktisk Trang dertil, f Eks the writ of trespass.

Erstatning er herefter hjemlet navnlig i følgende, efterhaanden meget omfattende Grupper af Tilfælde:

1. Trespass.

Der kendes tre Arter af dette Retsbrud:

- a. Trespass to person. Her kræves, for at Handlingen skal være retstridig og dermed forpligtende til Erstatning, at der foreligger culpa fra den handlendes Side.
- b. Trespass to chattels, goods (Løsøre). Her kræves vistnok ogsaa culpa.
- c. Trespass to land (fast Ejendom). Der er delte Meninger om, hvorvidt der her kræves culpa.

Denne sidste Klage er Udtryk for den stærke engelske Følelse for den Enkeltes Ret til sin Ejendom, sine Enemærkers Uforstyrrethed. Grundsætningen for dennes Retsbeskyttelse udtrykkes saaledes: »No man can set his foot upon my ground without my licence, but he is liable to an action, though the damage be nothing«, eller

saaledes: »Every invasion of private property, be it ever so minute, is a trespass«.

2. *Nuisance*. Dette Retsbrud bestaar i en usædvanlig Brug, der væsenlig forringer Naboejerens Brug og Nytte af dennes Ejendom. Der anerkendes her et Ansvar uden culpa. Ogsaa farlige Anlæg (f Eks Miner), hvorved der sker Skade paa Nabogrunden, falder ind under denne Gruppe.

De ovennævnte to Grupper viser, at der i engelsk Ret i flere Tilfælde indrømmes Erstatning uden 1), at der foreligger culpa i sædvanlig Forstand og uden 2), at der foreligger Skade.

Foruden disse Ejendommeligheder er der en tredje Ejendommelighed ved Engelsk Ret, nemlig, at der i vidt Omfang gives Erstatning for *anden Skade* end *Formueskade*, og at der ofte anvendes *Erstatning*, hvor vi anvender *Straf*. Dette gælder navnlig ved Presseforseelser.

3. *Negligence*. I en Række Tilfælde, der falder udenfor de ovennævnte to Grupper, indrømmes der Erstatning for tilføjet Skade, naar der foreligger Culpa, negligence.

Gennem denne sidste, ret omfattende Gruppe og gennem Culpa-princippets Anerkendelse ogsaa i de fleste under Gruppe 1 faldende Tilfælde nærmer engelsk Ret sig stærkt til den almindelige Erstatningsregel om Ansvar for tilregnelige Retsbrud, for Skyld. Flere juridiske Forfattere hævder i nyeste Tid, at engelsk Ret faktisk er naaet til den almindelige Erstatningsregel. Saaledes siger *Winfield* i sin Bog: *The law of tort*, S 15: »all injuries done to another person are torts, unless there is some justification recognised by law.« *Frederick Pollock* anerkender i sin Bog: *Law of torts* (13 Udg) S 1: »a general duty towards our neighbours to do them no hurt without lawfull cause or excuse«. Senere (S 20) taler Pollock om det mere begrænsede Princip: it is a wrong to do wilful harm to one's neighbour without lawful justification or excuse. Dette Princip er ogsaa særlig fremhævet af Lord Bowen i Sagen *The Mogul Steamship Co v. Mc Gregor*. *Goodhart* hævder derimod overfor *Winfield*, at den almindelige Grundsætning om Skadetilføjelse ikke endnu er anerkendt i engelsk Ret, ialtfald ikke i de hidtil afsagte Domme. I disse er en Skadetilføjelse kun retstridig, naar det tillige kan paavises, at

den krænker en særlig Ret. »The plaintiff must still prove, that some specific right has been violated«, se A. L. Goodhart i The modern law review, 1938, 2 Bd Nr 1 S 1-13, særlig S 12-13. Dette er naturligvis rigtigt, men det udelukker i og for sig ikke den almindelige Erstatningsregel. Ogsaa i nordisk Ret maa nævnte Betingelse om Krænkelse af et særligt Retsgode stilles, men dog anerkendes den almindelige Erstatningsregel, se i Teksten 2 Afsnit 3 og 4 Kap.

Af danske Fremstillinger af engelsk Erstatningsret maa nævnes Organisationer 81 ff, 192 ff (særlig om den for engelsk Ret ejendommelige Conspiracyklage), *Henry Ussing*: Skyld og Skade 399 ff, 405-408 og *Popp-Madsen* 16-47.

Nyeste engelsk Retspraksis gaar videre end Pollock i den S 295 anførte Udtalelse, idet flere Domme paalægger Erstatning, naar Skade kunde forudses, selvom den særlige Skade, der indtraadte, eller dennes Omfang ikke kunde forudses som sandsynlig, se *Popp-Madsen* 32-33 Note 48.

Til S 344.

Allerede efter dansk Retsplejelov 1916 var den direkte Tvang (ved Fængsel) til Ægteskabets Indgaaelse i H t Fr 5 Marts 1734 ophævet. Efter Ægteskabsloven 1922 §§ 1 og 2 gives der kun en Erstatning for visse Tab ved, at et Ægteskab ikke indgaaes.

Til S 346 ff.

Om BGB §§ 823 ff og Manglen af den almindelige Erstatningsregel og et enhedsmæssigt Retsbrudsbegreb i den tyske Lovbog se ogsaa *Liszt* 3 ff.

Til S 353 Noten.

At optage Momentet »sædelig« i Definitionen af en Ret er ogsaa urigtig af den Grund, at ingen Retsorden kan garantere, at den gennem en enkelt Regel ikke nu og da kommer til at beskytte et usædeligt eller med et andet Ord et umoralsk Gode, se de træffende Bemærkninger og Eksempler af *Sven Clausen* 22-23, 60 ff.

Til S 359.

At de nu anvendte Retshaandhævelsesmidler (Straf, Erstatning, Forbud m m) ikke slaar til, er stærkt fremhævet og nærmere paa-
vist af *Popp-Madsen*, S 1 ff.

Til S 415.

Ansvarer efter D L 3-19-2, N L 3-21-2 for andres Retsbrud kan
belyses ved at sondre mellem forskellige Grupper af Tilfælde.

1. Almindelige *huslige* Forhold, hvor der ikke foreligger en egen-
lig Bedrift. Her er der navnlig Tale om Skade ved de Tjenendes
uforsigtige Omgang med Ild. Her vil Husbonden alene efter Culpa-
reglen i Reglen være ansvarlig. Her er baade Instruksen og Kon-
trollen dels let at foretage og dels ganske særlig nødvendig.

2. I *Bedrifter*, være sig i Handel, Haandværk, Landbrug, Fabriks-
virksomhed og Vognmandsbedrift. Her er der ganske særlig Brug
for D L 3-19-2, N L 3-21-2. Det er ganske nødvendig at paalægge
Bedriftens Leder en positiv Pligt til Instruksen og Kontrol. De
hyppigste Tilfælde i Praksis er Skade ved Paakørsel af et Firmas
Kusk og ved anden Opførsel fra Karles, Svendes, Arbejderes Side,
jfr U f R 1909.87, 1922.22, 1923.401, 951, 1915.334.

3. Forhold, hvor *Medarbejderen* i Bedriften indtager en *mere
selvstændig* Stilling som f Eks Godsinspektør eller Gaardbestyrer.
Her er Kontrollen vanskeligere, og her maa Hovedvægten derfor
formentlig lægges paa Omhu ved Antagelsen og Instruksen.

4. Hvor *Medarbejderen* er *helt selvstændig* som f Eks en Sag-
fører, en Repræsentant, maa det afgørende helt være Instruksen,
jfr U f R 1904.422 (hvor A havde givet sin Sagfører, B, Fuldmagt
til Eksekution, men hvor B foretog en ikke vel overvejede Arrest,
og hvor A ikke blev kendt ansvarlig for den herved tilføjede
Skade).

5. Ved *Værksleje*, Entreprise, hvor Entreprenøren helt handler
paa egen Haand, er det Entreprenøren, der har Ansvarer, medens
den entreprisgivende er ansvarsfri, jfr U f R 1913.437, 1921.437,
1923.374.

6. Ved *Virksomheder*, der *lejer deres Medhjælper* ud til Be-
sørgelse af andres Forretninger eller Ærinder, som f Eks Budcen-

traler, er Virksomheden kendt ansvarlig ved udvist Mangel paa Paapasselighed ved Antagelsen af Budet, U f R 1916.474, men ikke, hvis den paagældende Person, der lejer Budet, benytter dette til Hverv, som Budcentralen ikke kan forvente, at Budene bliver anvendt til, f Eks til Indkassering eller Udbringelse af Pengebeløb, jfr U f R 1914.489, 1918.435.

Foruden de sædvanlig anførte Grunde til Ansvarret for Medhjælperes Retsbrud — Præventionen gennem Skærpelsen af Pligten til Instruktion og Kontrol, Bevisvanskeligheder i Skyldspørgsmaalet, Medhjælperens gennemgaaende ringe Erstatningsevne, Interessesætningen (cujus commodum, ejus periculum) — findes der en 5. vidtrækkende Grund, nemlig den, der fremgaar af Overvejelsen af Spørgsmaalet: hvem er i en Interessekonflikt den nærmeste til at bære Tabet?

Ansvarret for Medhjælperes Retsbrud har iøvrig under den moderne Ansvarsforsikring ikke den Betænkelighed, dette Ansvar kunde have i ældre Tid.

Til S 426.

Om ondsindet Brug af Rettigheder se ogsaa *Östen Undéns* interessante Artikel: Om rättsmissbruk eller s. k. chikan, 1938.

I Bd S 361, Linie 16 f o, staar Skade,
skal være Skyld.