ACTA JUTLANDICA XXXVIII:1

Publications of the University of Aarhus

SKRIFTER FRA AARHUS UNIVERSITET

1966

SAMFUNDSVIDENSKABELIG SERIE 12

(Social Sciences Series)

TRÆK AF PRIVATRETTENS UDVIKLING OG SYSTEMATIK

AF

STIG JØRGENSEN

Dr. jur.

Professor i retsvidenskab ved Aarhus Universitet

UNIVERSITETSFORLAGET I AARHUS

EJNAR MUNKSGAARD - KØBENHAVN

1966

PRINTED IN DENMARK BY AARHUUS STIFTSBOGTRYKKERIE A·S 559.66

TRÆK AF PRIVATRETTENS UDVIKLING OG SYSTEMATIK*

*) Samtidig trykt i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1966 hefte 5.

I. INDLEDNING[1])

Det følgende er ikke en retshistorisk afhandling. Formålet har været gennem et udviklingshistorisk tilbageblik at kaste lys over privatrettens og især obligationsrettens aktuelle systematiske placering, dens emne og metode. Arbejdshypotesen har været den ikke originale, at *retsvidenskaben* har spillet en overordentlig stor rolle for den retlige begrebsdannelse og systematik. Under arbejdet dannedes den sekundære hypotese, at den retsvidenskabelige problemstilling, dens metode og filosofi har været intimt knyttet til sin tids herskende naturvidenskab og filosofi[2]). Det har altid været et mål for retsvidenskaben at være »videnskabelig«, og naturvidenskaben har i denne henseende været forbilledet.

Den moderne retsvidenskabs historie går tilbage til det 11.–12. århundrede, da genopdagelsen af Aristoteles' skrifter, især logikken, satte gang i europæisk videnskab. Videnskabens *metode* er af græsk oprindelse. – Retsvidenskabens *stof* blev ganske naturligt de romerske retskilder. Det var et tilfælde, at fundet af et velbevaret digesthåndskrift fandt sted samtidig med genopdagelsen af Aristoteles' skrifter. Hertil kom, at de romerske retskilder afspejlede en mere avanceret kulturudvikling end den i middelalderens Europa gældende feudale lensret. Det romerske riges opløsning i feudale enheder var formentlig årsagen til, at den romerske ret gik i glemme eller mistede interessen. På samme måde var det feudale systems opløsning stimulerende for interessen for den halvglemte romerske ret. Det er da også karakteristisk, at retsvidenskabens udvikling begyndte i de norditalienske handelsbyer[3]).

Det er vist en almindelig opfattelse, at den primitive erkendelse er kasuistisk og usystematisk. Det er da også karakteristisk for de kendte retssystemer, at de tidligste og mest primitive stadier er de mest konkrete og usammenhængende. – På den anden side har det altid været en vigtig opgave for videnskaben gennem abstraktion og systematisering at øge overskueligheden i vor erkendelse. Hermed øges muligheden for forudberegning af begivenhedernes gang og der-

1. *Stang,* Innledning til Formueretten (3. udg.) 1935 §§ 1–12. *H. Coing,* Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem. Vom Deutschen zum Europäischen Recht I, 1965, p. 25 ff og Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft, Zur Geschichte der Privatrechts (1962) p. 9 ff. *P. Koschaker,* Europa und Das Römische Recht (1958). Om sondringen mellem privat og offentlig ret, se især *Ross* TfR 1936. 109 ff og Ret og Retfærdighed p. 246 ff, ndf. p. 37 ff.
2. Se *Hans Welzel,* Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit (1962) p. 105 ff, 112.
3. *Hans Kreller* i Fritz Schwind, Römisches Recht II (1950). – De tysk-romerske kejsere havde behov for et fælles europæisk retsgrundlag; hertil var romerretten velegnet mindst fordi dens oprindelse understøttede fiktionen om kejsermagtens succession.

med for vor beherskelse af omverdenen. Det har da også altid været et væsentligt træk i retsvidenskaben, at den har søgt på grundlag af en analyse af de retlige kilder at udforme abstrakte begreber og at indordne retsstoffet i en systematisk sammenhæng på basis af de for begrebsbestemmelsen valgte kriterier for abstraktionen; det er et gennemgående træk i al systematik, at den gennem begrebsbestemmelsen vundne indsigt i fænomenernes sammenhæng fører videre ud i systematikken. – Det fremhævedes ovenfor, at retsvidenskabens metode er hentet fra græsk filosofi, men at stoffet er hentet fra romerretlige kilder. Den europæiske retsvidenskabs historie har da også indtil midten af forrige århundrede i det væsentlige været en *romanistisk* retsvidenskab. – I de senere år har det været diskuteret, om det er romerretten eller naturretten, som i særlig grad påvirkede nordisk ret i det 17.–18. århundrede[4]). Problemstillingen er ikke ganske træffende, idet naturretten i meget væsentlig grad selv var et produkt af en romanistisk videnskab, og da den »romerret«, som fremstilledes i den romanistiske videnskab, var gjort til genstand for så meget fortolkning og tillempning til sin tids praktiske krav og herskende ideologi, at den havde meget lidt at gøre med den ægte romerske ret. Man må ikke glemme, at »romerretten« i meget væsentlig grad har været anset som gældende subsidiær ret i store dele af Europa, især i de lande, som i særlig grad dyrkede den romanistiske videnskab. Ganske vist søgte man undertiden at rydde op i aflejringerne, således både i Frankrig med humanismen og renæssancen og i Tyskland med den historiske skole; resultatet forblev nødvendigvis uændret en tillempet »romerret«, idet den originale oldtidsret naturligvis havde meget ringe mulighed for at fungere under ændrede samfundsforhold flere hundrede år senere[5]). – Det var og måtte være *videnskabens* produkt, som overalt »reciperedes« i landenes ret. Det er da også sædvanligvis en »reception« i form af terminologi, begrebsdannelse, systematik og metode, der finder sted og vanligvis gennem de teoretiske fremstillinger. Om og hvordan den trænger ind i retternes praksis er et større spørgsmål; når det sker, er det oftest via de teoretiske fremstillinger og universitetsuddannelsen[6]).

II. LANDSKABSLOVENE OG DANSKE LOV

A. Landskabslovene.

Landskabslovene er så at sige ganske blottet for systematik og abstrakt begrebsdannelse. Selv Jydske Lov[7]), som i modsætning til de ældre landskabslove, dog formelt er en lovbog og ikke en tilfældig nedskrivning af ældre sædvaneret af varierende alder, har ikke nogen egentlig saglig systematik. Loven er ganske

4. *Thøger Nielsen,* Studier over ældre dansk Formueretspraksis (1951) kap. 1–2), *Jägerskiöld,* Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid (1963); se også *Aubert,* Den norske Privatrets Alm. Del I, 1. del (retskilderne) 1877 p. 150 ff.
5. *Stang,* l. c. p. 112 f.
6. *Iuul,* Højesterets Historie (1961) II p. 29 ff, *Thøger Nielsen* l. c., *Fenger,* TfR 1965.189 ff.
7. *Kroman & Iuul,* Danmarks gamle Love II (1945) p. 133 ff, *Stang* l. c. p. 170 ff.

vist inddelt i tre bøger, men inden for de enkelte bøger forekommer bestemmelser såvel af privatretligt som procesretligt og kriminalretligt indhold. Første bog indledes med nogle arveretlige bestemmelser og fortsætter med nogle ægteskabsretlige og ejendomsretlige regler. Anden bog handler om sandemænd og nævninger, men undervejs behandles forskelligartede retsområder, både ejendomsretlige og kriminalretlige m. v. I tredje bog, der begynder med ledingsreglerne, behandles forskelligartede retforhold af kriminal- og ejendomsretlig karakter. – Man har altså ikke inddelt retsstoffet efter saglige kriterier, men har dog nok arbejdet med visse vage principper for retsstoffets sortering. F. eks. kan første bog betragtes som et forsøg på at samle de bestemmelser, der havde tilknytning til familien, anden bog søger at samle emner med tilknytning til edsinstituttet, medens tredje bog tager sit udgangspunkt i ledingsinddelingen. Noget andet er, at sagligt set beslægtede problemer herigennem spredes til vidt forskellige steder, og at der i de enkelte bøger indskydes regler, der intet har med de omgivende regler at gøre efter den valgte systematik, men nok efter saglige kriterier. – Reglernes kasuistiske karakter svarer i øvrigt til det primitive bondesamfund, som deres indhold afspejler.

B. Danske Lov.

Selv om Danske Lov i mange henseender er en kompilation af ældre ret, og selv om denne i væsentlig grad er overtaget fra Jydske Lov, har den mellemliggende rigslovgivning dog haft en ikke uvæsentlig indflydelse på lovbogen[8]). I mellemtiden var der sket betydelige fremskridt i økonomisk og social henseende, ikke mindst gennem byernes og handelens vækst. – Alligevel er det bemærkelsesværdigt, at man kun i ringe omfang finder formuleret generelle retssætninger og abstrakte begrebsdannelser. Man må være opmærksom på, at kanonisk ret har været kendt og praktiseret i landet siden det 13. århundrede, og at denne og romerretten har været doceret og læst ved universitetet siden 1479. At romerret og naturret har været kendt og anvendt ved lovens udarbejdelse, er også ganske evident[9]). Forholdene tilsløres dog i nogen grad på grund af de ejendommelige politiske stridigheder og intriger, som udspilledes i kulissen mellem den lærde jurist Peder Lassen på den ene side og den dygtige geograf og højesteretsdommer Rasmus Vinding på den anden. Peder Lassens parti, som ønskede en kodifikation på grundlag af *dels* en sagligt-systematisk revision af den gældende ældre lovgivning, *dels* en modernisering under hensyntagen til den juridiske videnskab(romerret) og den nyere tids tænkning, tabte sagen. Rasmus Vinding, som vist var en dygtig dommer, havde imidlertid ikke som fagjuristen den fornødne frihed over for det positive retsstof, og hans forslag, som blev det sej-

8. Se i det hele *Iuul,* Kodifikation eller Kompilation (1954).
9. *Thøger Nielsen* l. c. især kap. 1; se også *Knud Fabricius,* Kongeloven (1920) p. 4, 16 og 105 m. note 1, der påviser især Griffenfeldts fortrolighed med den romanistiske og naturretlige litteratur, især Grotius' skrifter; *Aubert* l. c. p. 148 ff, *Ross,* TfR 1936.495 ff.

rende, indeholdt i det væsentlige en kompilation af den gældende ret i Jydske Lov og de senere recesser og forordninger[10]).

I forhold til Jydske Lov er der dog tale om betydelige systematiske fremskridt. Loven er inddelt i seks bøger: Første bog om retsplejen, anden bog om gejstligheden; tredje bog handlede oprindeligt om verdslig stand og handel, herunder øvrighed, lav og forskellige typer af handel, bønder, tjenestefolk, jøder og tatere samt ægteskab og umyndighed; i det endelige udkast blev søretten skilt ud til en særlig fjerde bog[11]), medens man i femte bog om adkomst, gods og gæld dels behandlede den resterende del af formueretten samt arveretten. Endelig handler sjette bog om misgerninger. – I denne systematik ligger utvivlsomt i ufuldkommen skikkelse en tendens i retning mod den saglige opdeling af retsstoffet, som vi finder i den følgende tid. Privatretten behandles for sig i bøgerne tre–fem, begyndende med personret og ægteskabsret, hvorimod arveretten behandles i femte bog i tilslutning til det formueretlige retsstof. Heri kan man måske se en påvirkning fra naturretten, hvori arveretten ofte behandledes i forbindelse med tingenes ret som en måde, hvorpå ejendomsret erhverves[12]). Denne antagelse støttes også af den omstændighed, at kap. II om arv følger umiddelbart efter kap. I om kontrakter, som indledes med de almindelige regler i 5-1-1 og 5-1-2 om den forbindende virkning af kontrakter i almindelighed, som myndige personer frivilligt indgår, såfremt de ikke strider mod lov og ærbarhed. Selv om kilden til 5-1-1 angives at være Forordning af 5. juli 1651[13]), som indskærper pligten til opfyldelse af adelens gældsbreve, er det dog almindeligt anerkendt, at baggrunden for en så vidtgående moderne formulering af et abstrakt retsprincip må være den almindelige naturretlige kontaktsregel. Kilden til 5-1-2 er karakteristisk nok den romerske cod. 2.3.6. – Hverken reglerne i 5-1-1 eller 2 fandtes i Vindings første udkast (1667), men først i 1. projekt fra 1669, – det samme gælder arverettens systematiske placering i kap. V, idet arveretten tidligere systematisk havde været placeret i tilslutning til person- og ægteskabsretten. – At reglen i 5-1-1 og måske 5-1-2 skyldes Peder Lassens indflydelse, synes at fremgå deraf, at Lassen havde en regel svarende til 5-1-1 i art. 1 i hans udkast fra 1667 i 2. bogs kap. 4 om kontrakter i almindelighed[14]); derimod var det en ejendommelighed hos Lassen, at han insisterede på, at arveretten ligesom i Jydske Lov skulle danne indledningen til afsnittet om den verdslige ret[15]). – Det er vanskeligt at sige, hvorledes

10. *Iuul* l. c. p. 19 ff, *Secher & Støchel,* Forarbejderne til Danske Lov I–II (1891–92).
11. Under påvirkning af den svenske sølov af 1667 jfr. Dansk Forsikringsret I p. 9, *Aubert* l. c. p. 167 f, *Sevon,* Försäkrings- och haveristadgans tillkomsthistoria, Finska Vetenskaps-Societetens Rättshistoriska Institut, 1965 : 2, TJFF 1965.349 ff.
12. *A. B. Schwartz,* Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, 42 (1921) p. 606 ff.
13. Jfr. dog også de kasuistiske regler i J.L. II 27 og 61 om løfter angående mandebod og borgen.
14. *Secher & Støchel* I p. 331 og 610, *Thøger Nielsen* l. c. p. 212, *Aubert* l. c. p. 168 ff.
15. Måske har dette princip forbindelse med, at Lassen som romerretligt dannet jurist så en overensstemmelse med den romerretlige systematik her. Når Lassen samtidig øn-

kap. V har fået sine almindelige bestemmelser og sin systematik; det kongelige missive synes at antyde den ordning, som kap. V fik i sin endelige form[16]). Den angivne disposition er formentlig udarbejdet af Schumacher (Griffenfeldt) på baggrund af de da foreliggende udkast; men noget kunne tyde på, at Vinding selv havde en finger med i spillet[17]). Omend Vinding sandsynligvis ikke var så stor en jurist og systematisk begavelse som Lassen[18]), har han dog tilsyneladende til en vis grad været i overensstemmelse med den nye tids naturretlige systematik. Hvorom alting er røber Danske Lov bl. a. gennem de ændringer, der kom ind i kap. V, et mere avanceret stadium i systematik og begrebsdannelse end hidtil, omend den frembrydende naturret stadig kun i begrænset omfang kunne vinde indpas.

Der findes stadig en vaklen mellem en systematik efter saglige kriterier, som når de vigtigste kontrakttyper behandles hver for sig i V. bog, og en kasuistisk efter ydre kendsgerninger, som når III. bog behandler forskellige typer af personlig status f. eks. stand og myndighed og forskellige typer af erhvervsdrivende. Uanset at der her findes regler om kræmmere og om markeder, findes der hverken her eller i V. bog regler og køb og salg af løsøre. – Også det antikverede kompositionssystem i lovens VI. bog, som kun i ufuldkommen form anerkendte den moderne sondring mellem straf og erstatning, er udtryk for et primitivt stade i udviklingen.

III. ROMANISTISK VIDENSKAB

De romerske jurister var ikke teoretikere. De udviklede ikke abstrakte begreber og almindelige systemer. De var praktikere, som med stor dygtighed løste enkeltproblemer[19]). Det er en langt senere tid, der af det overleverede konkrete og tildels kasuistiske retsstof har udviklet almindelige juridiske begreber og fremstillet det i en sagligt systematisk form. Dette arbejde er udført af videnskabsmænd på forskellige stadier, og det har været en voksende ambition, at juraen skulle være videnskabelig og helst lige så videnskabelig som naturvidenskaben. – Den romanistiske videnskab i nyere tid kan groft inddeles i tre stadier: A) første stadium fra genopdagelsen af digesterne i det 12. århundrede, skolastikken, B) andet stadium med den rationalistiske naturret fra begyndelsen af

skede loven opdelt i 3 bøger, kan det f. s. v. også skyldes et forbillede fra institutionerne i *Corpus Juris,* se dog *Iuul* l. c. p. 24 sammenholdt med p. 30, se også *Aubert* l. c. p. 169 ff.

16. *Secher & Støchel* I p. 365 ff.
17. *Iuul* p. 36 ff.
18. *Iuul* p. 38 ff vurderer Vinding meget lavt.
19. *Iuul,* Grundrids af den romerske Formueret, 2. opl. 1944, p. 147 ff, *Stang* l. c. p. 94 f og 174 f. – *Fritz Schultz,* Prinzipien des Römischen Rechts, München-Leipzig (1934) p. 27 ff. At det antikke Grækenland trods de teoretiske forudsætningers tilstedeværelse ikke udviklede noget privatretssystem tilskrives bl. a. den omstændighed, at den særlige domstolsorganisation (folkedomstole) ikke begunstigede dannelsen af en professionel juriststand; dommerne var lægmænd, »advokaterne« derfor retorikere og ikke jurister, jfr. Fritz Pringsheim, The Greek Law of Sale (1950) p. 1 ff.

det 17. århundrede, C) tredje stadium fra o. 1800 med den tysk-romanistiske pandektlitteratur[20]).

Nu må man ikke forestille sig, at der er tale om tre helt forskellige retninger. Tværtimod må man vel snarere betone slægtskabet[21]). Grundlaget er det romerske retsstof, metoden er rationalistisk-videnskabelig. Måden, hvorpå man forholder sig videnskabeligt til stoffet, er derimod forskellig alt efter den i sin tid dominerende videnskab. På første stadium var matematikken eller logikken og dennes problemstilling dominerende; på andet stadium var mekanikken og astronomien førende; på tredje stadium er de biologiske videnskaber rykket frem. Det er naturligt, at moral- og retsvidenskaben, når den vil være videnskab, adopterer de problemstillinger og metoder, som karakteriserer tidens herskende videnskaber[22]).

A. Skolastikken.

Med genopdagelsen af Aristoteles' skrifter og et velbevaret digesthåndskrift i det 12. århundrede skabes forudsætningerne for en videnskabelig retslære. På de norditalienske universiteter begyndte man det kommenteringsarbejde til digesterne, som kaldtes glossering; de der udførte dette arbejde kaldtes glossatorer[23]). Herigennem skabte man grundlaget for postglossatorernes eller de skolastiske kommentatorers fortsatte videnskabelige arbejde med det romerske kildemateriale tilsat den aristoteliske videnskabelige metode. I denne henseende var det især den logisk-deduktive dialektiske metode i forening med læren om almenbegreberne, som spillede en stor rolle. Man skærpede kravene til præcision og stringens i det videnskabelige arbejde, gennem opstilling af definitioner, ved en udførlig dialektisk argumentation og logisk-deduktive slutninger[24]). Det er væsentligt

20. Se i det hele *Hans Kreller,* Römisches Recht II, Grundlehren des gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht (1950), *Hans Welzel,* Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit (4. Aufl. 1962). *K. Munzel,* Recht und Gerechtigkeit (1965), *A. B. Schwartz* l. c., *Thøger Nielsen* Studier, kap. I, *J. Macdonell,* Great Jurists of the World (1913), *Iuul* l. c. p. 154 ff og 145 ff, *Ross,* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren (1934) især kap. XI, samme, Om Ret og Retfærdighed (1953) især kap. X–XIII, *Stang* l. c. p. 93 ff.
21. *Welzel* p. 109.
22. *Bertrand Russel,* Vestens Filosofi (1953) p. 49 ff, 382 ff, 458 ff, 494 ff, *Hartvig Frisch,* Europas Kulturhistorie, Bind 4 (1962), p. 22 ff og 168 ff.
23. Den tidligste, *Irnerius,* fra slutningen af det 11. til over midten af det 12. århundrede. *Gratian* forfattede o. 1140 sit »Dekret« indeholdende den kanoniske ret med tillæg. *Kreller* p. 13 ff, Great Jurists p. 47 ff, *Max Kaser,* Römisches Pricatrechts (1965, 4. Aufl.), p. 7 ff.
24. Se *Hans Kreller* l. c. p. 11 ff, Great jurists ad *Bartolus* og hans efterfølgere p. 52 ff. *Hans Welzel* p. 48 ff, 103 ff; sidstnævnte sted påvises den skolastiske naturrets forbindelse med den Aristoteles-metafysiske lære om tingenes »naturlige bevægelse«, som overtoges af den kristelige skolastiske filosofi og naturret og udviklingen til den ikke-metafysiske nyere naturret, som fandt sin inspiration og retfærdiggørelse i Galileis faldlove, som grundlag for en ikke-final mekanisk-kausal livsopfattelse. I stedet for lex alterna træder fornuftsloven (Grotius, Leibnitz); i stedet for den åbenbarede Guds vilje træder statsviljen (Hobbes, Rosseau).

at understrege traditionen fra de klassiske retoriske skoler[24a]). – For sin tid var skolastikken et betydeligt videnskabeligt fremskridt, men da en skoles rygte afhænger af eftertidens kritik, og da den skolastiske metode udartede til sofisteri, har skolastikken for eftertiden fået et dårligt rygte. Man må dog ikke glemme, at skolastikken for sin tid var et betydeligt fremskridt, at den kort sagt var sin tids videnskab. – Man må heller ikke glemme, at den skolastiske metode fulgte med, da kulturens tyngdepunkt i det 15.–16. århundrede i humanismens tidsalder forskødes fra Norditalien til Frankrig, og fik stor indflydelse på den fra Descartes udgåede rationalistiske filosofi. – Ikke mindst fra en retsvidenskabelig synsvinkel er dette af betydning, eftersom denne filosofi var aktiv ved skabelsen af den nyere naturret, som har haft stor betydning for dannelsen af vore retsforestillinger. – I øvrigt har skolastikken netop haft særlig indflydelse på den *juridiske metode,* således at det i vore dage vel netop anses for karakteristisk for juristerne, at de når til deres konklusioner gennem en afvejelse af en række argumenter både »*pro et contra*«.

B. Den rationalistiske naturret.

Ud over den juristiske metode har den skolastiske romanisme efterladt os den *systematik* af retten, som stadig i store træk er den gældende. Der er byttet lidt om på ægteskabsrettens og arverettens placering i forskellige tidsaldre, og det blev i slutningen af det 18. århundrede almindeligt at indlede fremstillingen med en almindelig del. I den naturretlige romanisme behandledes ægteskabsretten adskilt fra den øvrige privatret, der i modsætning til ægteskabsret og offentlig ret ansås begrundet i personlighedsprincippet, jfr. ndfr. I den tyske romanisme placeredes ægteskabsret og arveret som selvstændige dele efter den øvrige privatret. Systemet begrundedes med praktisk pædagogiske hensyn og især med tilknytningen til de forskellige ydre *livs*forhold, jfr. ndfr. p. 18 f. – Denne systematik er i det væsentlige overtaget fra romerretten. Man sondrede mellem offentlig ret og privat ret; se nærmere ndfr. p. 37 ff. Privatretten deltes i digesterne i tre bøger og sondrede mellem personernes ret, tingenes ret og aktionerne. På dette grundlag byggedes en systematisk sondring i privatretten mellem på den ene side personretten i videste forstand med ægteskabsretten, på den

24a. *Fritz Schultz,* l. c. p. 88 ff, Retorikkens opgave var at tjene som middel til at overbevise. I den såkaldte *inventio* måtte taleren samle sine *synspunkter* og argumenter, citater og eksempler ɔ: *Topoi* eller *loci* (Topoi-kataloger). Da de *antikke jurister* i kraft af deres uddannelse ofte var *retorikere,* jfr. note 19, blev jurisprudensen ofte drevet på topisk maner. – På den anden side var de romerske jurister også optaget af den græskstoiske filosofis stræben mod enhed i retten, retsordenens organisme og en levende trang til et denne enhed alt omfattende retssystem og dermed en meningsfuld inddeling af retsstoffet. – Denne ambivalente tænkemåde fortsatte indtil slutningen af 17.- beg. af 18. århundrede, da den franske princip- og systemtænkning havde sejret over den italienske Topik, jfr. *Diederichsen,* Topisches u. systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966.697 ff.

Forholdet mellem »problemtænkning« og »systemtænkning« har siden *Viewegs,* Topik und Jurisprudenz (1953) været genstand for megen diskussion. Flere fremtræ-

anden side formueretten og arveretten, der betragtedes som en underafdeling af læren om retserhvervelse (mortis causa i modsætning til inter vivos)[25]). På grundlag af en sondring inden for aktionssystemet imellem *actiones in rem og actiones in personam* opbyggedes den for eftertiden karakteristiske sondring i formueretten mellem tingsret og obligationsret; se ndfr. p. 16 f. Oprindeligt brugte man dog ikke disse systembetegnelser, men talte i den naturretlige romanisme om tingenes *umiddelbare ret* eller *ret i tingen* og om tingenes *middelbare ret* eller *ret til tingen*[26]). – I læren om ret i tingen behandlede man som nu ejendomsret, besiddelse og begrænsede rettigheder, herunder især deres stiftelse ved primitive og derivative erhvervelsesmåder *inter vivos* og *mortis causa*. – I læren om ret til tingen behandler man de *krav eller rettigheder,* som opstår ved kontrakt, delikt samt visse andre, der ikke passer i systemet, og som kaldes quasikontraktlige. Hvad kontraktsretten angår danner de i romerretten udformede kontraktstyper udgangspunktet. – Det er noget helt nyt, at man opstiller almindelige regler om kontrakters indgåelse, idet man på grundlag af de romerske konsensualkontrakter og den naturretlige lære om den fornuftige viljes frihed (suverænitet) skaber princippet om *consensus* (samvilje, forbund) som universelt retsskabende fænomen. Kun omstændigheder, der berører *fornuften* (umyndighed, vildfarelse) eller *viljen* (tvang), kan hindre consensus, hvorimod årsagerne eller motiverne hertil er irrelevante (bortset fra svig fra løftemodtagerens side). Ejheller det ulovlige, usædelige eller umulige kunne være forpligtende. – I den følgende tid kommer vildfarelseslæren til at spille en betydelig rolle i teorien, hvor man antager, at vildfarelse vedrørende tingenes *essens* (væsentlig vildfarelse) ophæver consensus. For den aristoteliske metafysik, som var grundlaget for den rationalistiske filosofi, var *essensen* de egenskaber ved tingen, som gav den dens identitet. Man sondrede mellem *error in negotio, in corpore, in personam, in substantia* og *in qualitate,* som alle kunne være essentielle, hvorimod *error in motivis* ikke kunne være relevant[27]) (ndf. p. 13 f.).

dende jurister (Esser, Coing, Wieacker, Raiser) har sluttet sig til grundtanken hos Vieweg, men fremhævet betydningen af at fastholde en systematisk enhed baseret på et »hierarkisk« sæt af værdier (åbent, bevægeligt system), jfr. *Raiser,* NJW 1964.1201 ff, *Canaris,* Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964) § 99, *Engisch,* Einführung in das juristische Denken (2. Aufl. 1964) p. 190, *Esser,* Grundsatz und Norm (1956) p. 44 ff, 218 ff, *Coing,* Die juristischen auslegungsmethoden und die Lehren der allg. Hermeneutik (1959). – *Diederichsen* l. c. understreger især med rette faren ved en principløs anvendelse af »synspunkter« som begrundelse for et resultat, jfr. ndfr. p. 36 f.

25. Institutionerne 2, 10–25 behandler testamenter i tilslutning til reglerne om gaver, medens intestatsarven behandles i 3, 1–10; der er da næppe heller grund til at betragte D. L.s sondring på dette punkt som et særligt udslag af primitivitet; tværtimod er der måske her en særlig anledning til at se en bekræftelse på den romanistiske indflydelse på D. L. V. bog, jfr. ovf., se herimod *Iuul,* Kodifikation eller kompilation p. 3.
26. *Ross,* Virkelighed og Gyldighed p. 245 ff, *Thøger Nielsen* p. 66 ff.
27. Se om tilregnelseslæren hos Aristoteles, «*Gerningsmagt*«; kun det vi er herre over, er tilregneligt, hvorved frivillighed–ufrivillighed også i henseende til vildfarelse og dens betydning, kommer til at spille en betydelig rolle i naturretten, *Welzel* l. c. p. 34 ff, 4 obligationsretlige afhandlinger p. 46; om viljesmomentets betydning i den klassiske romerret, *S. E. Wunner,* Contractus (1964) p. 122 ff og 221.

Reglerne om skades erstatning afledtes af digesternes fjerde bog, der bl. a. handlede om misgerninger, idet det i den naturretlige teori tidligt blev vanligt at udsondre erstatningsretten fra kriminalretten. I øvrigt var det især i den senere naturretlige teori sædvanligt at anse erstatningskravet som en simpel følge af en begået uret. Uretten er *årsag, retsfaktum,* genoprettelseskravet er *følgen*[28]).

Denne ræsonnementstype er karakteristisk for naturretten og den rationalistiske filosofi. Ligesom logikken og geometrien var mønster for den skolastiske videnskab, blev mekanikken og astronomien det for den rationalistiske. Det 16.–17. århundredes store fremskridt inden for disse videnskaber med Galileis, Newtons og Keplers love fik en enorm indflydelse på tidens tankeverden. I de følgende århundreder spiller kausalforestillingen en dominerende rolle[29]), samt forestillingen om, at den én gang iværksatte verdensorden fortsætter uforanderligt til evig tid. Det er klart, at en sådan almindelig tankeverden begunstigede forestillingen om en evig og uforanderlig naturret. Karakteristisk for den naturretlige ræsonnementsmetode er det da også at tale om handlingen og dennes moralske og fysiske *motiver* eller bevægårsager samt *følgerne* heraf. Uanset at viljens frihed er et grundliggende postulat, førte den rationalistiske og kausale erkendelsesteori til en determinisme, som man kun undgik ved at antage, at viljen ikke kunne tvinges til at ville, men kun til at tåle. – Den aristoteliske arv er tydelig, deri *at* det gode bestemmes som en større eller mindre overensstemmelse med et væsens fuldkommenhed (tilværelsens formål), *at* valget af det gode beror på sjælens hovedkræfter: Evnen til at tænke fornuftigt, evnen til at gøre sig forestillinger og evnen til at handle frit, og *at* handlingen altid er bestemt ved *motiver,* d. v. s. forestillinger om godt og ondt i betydningen: Det, der befordrer fuldkommenheden ɔ: Overensstemmelse med tingens natur ɔ: Væsentlige *(essentielle)* beskaffenhed ɔ: Egenskaber, som nødvendigvis må være til stede, såfremt tingen skal være denne ting. – Den gode handling er altså primært et resultat af erkendelsen. På tilsvarende måde tales der om *lovens* bevægårsager eller *motiver,* der adskilles fra lovens grund, *princip* eller grundsætning. De første er den kraft, som faktisk har fremkaldt loven, medens de sidste er de hovedsætninger, den tænkemåde, hvorpå lovens regler er bygget. Medens årsagen er af faktisk omend ikke altid erkendelig beskaffenhed, er grundsætningen ikke noget, som nødvendigvis har stået lovgiveren klart, men et videnskabeligt begreb, hvormed man søger at skabe harmoni og fuldkommenhed i retsreglerne[30]).

28. *Stig Jørgensen,* Erstatningsret p. 8, *Nørregaard,* Naturret § 263 ff, Privatret III § 652 ff. Oprindelig var de naturretlige forfattere, Pufendorff, Grotius, påvirkede dels af den kristen-stoiske skyldlære og den Aristoteliske lære om tilregnelse som »gerningsherredømme«, ovf. note 27, ligesom man var påvirket af Aristoteles' lære om lighed i livsforholdene i borgerlig forstand; købesummen skal modsvare den »rette værdi« af varen, og en skade skal udlignes med en tilsvarende erstatning, *Welzel* l. c. p. 34 og nfr. note 32; *Stig Jørgensen,* Erstatningsret (1966) p. 8.
29. *Welzel* l. c. p. 108 ff, 131, *Küchenhoff,* Der Rechtsbegriff und die Rechtsidee bei Leibniz, N. J. W. 1966.1193 ff, *Ross,* TfR 1936.487 ff.
30. *Nørregaard,* Naturret §§ 1 ff og §§ 604 ff.

Efterhånden udvikledes i naturretten sondringen mellem ensidige og gensidige kontrakter. For de gensidige var det karakteristiske, at der skulle bestå en *lighed* mellem parternes forpligtelser, hvorfra der blev draget slutninger såvel til værdiforholdene ved aftalens indgåelse (ugyldighed) som senere (misligholdelse)[31]). Den tysk-romanistiske videnskab udbyggede på grundlag af en udtalelse af Aristoteles læren om *synallagma* ved gensidigt bebyrdende kontrakter, stort set svarende til Ussings lære om afhængighed mellem ydelserne i gensidigt bebyrdende kontrakter[32]). – Forestillingen om harmoni og lighed som det fuldkomne lå bag den almindeligt antagne regel, at en kontrakt blev ugyldig, såfremt den ene part i en gensidigt bebyrdende kontrakt blev ugyldig, såfremt den ene part i en gensidigt bebyrdende kontrakt ikke ydede samme værdi, som han modtog. Heraf sluttede man sig til ophævelsesadgang og afslag i tilfælde af misligholdelse. Denne grundsætning må dog sammenholdes med vildfarelseslæren; som nævnt kunne kun vildfarelse angående det *essentielle* (væsentlige) medføre ugyldighed bortset fra svig[33]). Der var tankemæssigt en forbindelse mellem den objektive misligholdelseslære og den objektive erstatningspligt; i begge tilfælde oprettes ligheden mellem parterne gennem den efterfølgende korrektion af værdiforholdene; begge dele kan føres tilbage til Aristoteles' udlignende lighed, jfr. ovf. note 28 og 32.

C. Den tyske idealistiske romanisme.

1. Indledning.

Syntese og systembygning samt fremdragelsen af ånd og filosofi i helheden er karakteristiske træk i den naturretlige teori. Disse tendenser forstærkes yderligere i den følgende tids tyske romanisme, ligesom renæssancens tredje programpunkt: Tilbage til kilderne fik en yderligere understregning med den hi-

31. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 47 m. note 15–16, 122 og 112 f m. note 3.
32. *Ussing,* Alm. Del (4. udg.) p. 78 ff, *Kreller* p. 343 ff: 1) løfte betinget af gyldigt genløfte, 2) ydelse mod ydelse, 3) tilbagetrædelse ved modydelsens udebliven, 4) ansvar for normale egenskaber ud over det garanterede. Ideen om lighed i omsætningslivet er inspireret af Aristoteles' lære om den »udlignende lighed« (justitiam permutativam), modsætningen til statens »uddelende lighed« (justitiam distributivam), *Welzel* l. c. p. 34 f og spillede en stor rolle for middelalderens lære om »justum pretium« og i engelsk ret »*quid pro quo*«; den middelalderlige beskyttelse af kontrahenterne afløses i det 17.–18. århundrede af den almindelige aftalefrihed, *Raiser* l. c. p. 129 f; se også 4 obligationsretlige afhandlinger p. 17 f, 47, 122; se også *Pothier* ndf. cit. værk p. 416 f og *Pufendorf*/Barbeyrac (fordansket af Vrugman 1742) 1. bog, 2. kap. § 14 f (p. 73 ff) (retfærdighed) og 7. kap. § 1 ff (p. 178 ff) (lighed), 14. kap. § 1 ff (p. 286 ff) (værdi), 15. kap. § 6 (p. 304 ff) (synallagma). Se endvidere om lighedsgrundsætningen i retten, *V. Meyer Cording,* Der Gleichheitssatz im Privatrecht, *P. Mitiat,* Gleichheitsgrundsatz u. Testierfreiheit, *J. J. van der Ven,* Übersvindung der traditionellen Zweiteilung von öffentlichen und privatem Recht alle i Festschrift für Nipperday (1965) I p. 537, 581 og II p. 681; se også *Raiser,* Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111, p. 75 ff, *Götz Hueck,* Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung im Privatrecht (1958), *H. Coing,* Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, vom Deutschen zum Europäischen Recht I p. 25 ff, *C. A. Nørgaard,* Lighedsgrundsætning i dansk Forvaltningsret, Juristen 1965.1 ff, *Ross,* Ret og Retfærdighed p. 371 ff.
33. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 46 f.

storiske metode. Naturretten var på den anden side individualistisk. Retten og moralen ansås grundigt i den enkeltes frie vilje; den enkelte havde sin retssfære (suum cuique tribuitur), hvori indgreb kun kunne retfærdiggøres gennem hensynet til andre individers tilsvarende viljesfrihed og retssfære. Naturrettens største problem var derfor at begrunde den retlige tvangsmyndighed, et problem som principielt var uløseligt, så længe tvangsmyndigheden ansås begrundet i en afvejning af hensynet til to individer. Kun hvor naturretten – som hos Hobbes – fik en positivistisk drejning, fandtes en logisk – omend ikke ideologisk tilfredsstillende – løsning. Hos Hobbes bestod individernes frie indsats i det væsentlige kun i, at de tilsluttede sig samfundskontrakten, hvorefter de underkastede sig samfundets love[34]). Den samme positivisme finder vi senere i Tyskland og Frankrig i det 19. århundrede, omend begrundet på en anden måde; både i Tyskland og Frankrig var positivismen knyttet til den romanistiske opposition mod den rationalistiske filosofi, men var ikke erfaringsfilosofi i egentlig forstand[35]). Udgangspunktet for de franske jurister i det 19. århundrede var en eksegetisk udlægning af den nye lovbog – Code Civil af 1804 –, hvis regler som det *positivt* givne man ikke konfronterede med virkelighedens krav[36]. På samme måde var de tyske romantikere og deres efterfølgere »historiske«, idet de tog deres udgangspunkt i den romerske ret, således som den var overleveret gennem de tidligere romanisters bearbejdelse, dog ligesom renæssancens jurister med stadigt hensyn til kilderne. Her var romerretten det positive, som skulle udlægges og sættes i system; og også her holdt man indtil Jhering i det væsentlige praktiske vurderinger uden for retsvidenskaben. Den fransk-tyske romanisme i det 19. århundrede var altså positivistisk, men ikke realistisk[37]). Den engelske utilitarisme var på den anden side realistisk, idet den tager udgangspunktet for erkendelsen, i erfaringen, og ved *induktion* søger at opstille generelle regler i modsætning til den rationalistiske *deduktion* fra en apriorisk antagelse. På den anden side lagde den ligesom rationalismen, men i modsætning til den romantiske idealisme efter Kant i moralfilosofien vægten på en handlings virkninger og ikke på den handlendes motiver. Det gode var det, som medførte den største lykke ɔ: Nytte for det størst mulige antal. Samtidig var den dog individualistisk eller egoistisk, forsåvidt som den gik ud fra, at de enkelte egoistiske handlinger sammenlagt førte til den størst mulige sum af lykke, og som den i den konkrete situation ligesom naturretten og Kant forudsatte en afvejning af hensynet til den enkeltes handlefrihed eller lykke med hensynet til andres konkrete handlefrihed eller lykke[38]).

Den Hegelske filosofi[39]) opløste dette problem ved sin teoretiske idealisme men praktiske positivisme. Det givne er det fornuftige og gode. Det enkelte

34. *Welzel* l. c. p. 114 ff, Great Jurists p. 217, *Russel* p. 476 ff.
35. Welzel l. c. p. 183 ff.
36. Wolff l. c. p. 533.
37. Wolff l. c. p. 531 f.
38. *Russel* p. 670 ff.
39. *Russel* p. 633, *Welzel* p. 173 ff.

fænomen har ingen mening uden i forbindelse med helheden og kan kun fuldt ud erkendes i denne »absolutte« sammenhæng. Derfor er helhedens interesser af en højere kvalitet end individets, således at staten kan give love med absolut virkning for individerne. Den romantiske og Hegelske filosofi er rationalistisk og positivistisk. Hermed har man løst den tidligere filosofis individualistiske paradoks. Denne udvikling var foregrebet af *Kant,* der i opposition til rationalismen og empirismen fastslog, at det gode ikke kan udledes af fornuften eller af erfaringen, men kun af den sædelige vilje og følelsen af pligt over for samvittigheden. Hermed blev *pligten* bragt i forgrunden også i retsvidenskaben, som i den følgende tid var optaget af den sædelige viljes overensstemmelse med retsideen[40]). – Et andet væsentligt træk i Hegels filosofi er den dialektiske logiks udvikling gennem tesis, antitesis og syntesis. Denne logik, som var beslægtet med den romantiske filosofis stræben mod de højeste idealer, understreger den tankemæssige forbindelse til det 19. århundredes naturvidenskab. Således som logikken og matematikken havde behersket den videnskabelige tænkning og metode fra det 12. til det 16. århundrede og mekanikken og astronomien tilsvarende i de følgende århundreder, blev det i det 19. århundrede de genetiske og biologiske videnskaber, der prægede billedet med den fælles organiske udviklingsproblematik, f. eks. kemi og elektricitetslære; det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at minde om Darwins biologiske udviklingsteori. Det var i det hele taget karakteristisk for romantikerne såvel i litteraturen som i filosofien, at de havde et nært forhold til naturvidenskabsmændene, som på den anden side i deres naturfilosofi var besjælede panteister ɔ: Ånd er natur og natur er ånd, Gud er i alt. Det var karakteristisk for tiden, at man søgte sammenhængen og helheden i et enkelt eller nogle få principper d. v. s. tilblivelsesårsager bag tilværelsens tilsyneladende mangfoldighed[41]).

2. Retsvidenskaben.

a. Pothier og naturrettens kulmination.

På det *retsvidenskabelige* område ser man, hvorledes tyngdepunktet ligesom på det filosofiske område forskydes fra Frankrig, – der havde skabt den rationalistiske filosofi og overtaget den romanistiske tradition fra Norditalien i det 16. århundrede –, til Tyskland, – der skabte den idealistisk-romanske filosofi – og i det 19. århundrede videreudviklede den romanistiske videnskab. I Frankrig havde den romanistiske videnskab nået sin kulmination med *Pothier* (1699–1772), der med sin eminente beherskelse af såvel romerretten, naturretten og den franske sædvaneret skabte grundlaget for Code Civil (Napoleon). På grundlag af den romerske sondring mellem de to klagetyper: *Actio in rem* og *in personam* skabte han tilsvarende to typer af rettigheder: *Jus in re* og *jus ad rem,* tinglige og obligatoriske rettigheder, der blev det systematiske underlag for den

40. *Welzel* p. 162 ff, 165, 167 ff.
41. Se også *Erik Wolff,* Grosse Rechtsdenker (1963) p. 483 ff, 495 ff. (ad Savigny) og p. 622 ff og 640 ff. (ad Jhering).

systematiske sondring mellem tingsret og obligationsret, en sondring, der i det væsentlige svarede til den tidligere naturrets sondring mellem tingenes umiddelbare og middelbare ret. Pothier skrev som den første en systematisk fremstilling af obligationsretten, som den kendes i dag (1761)[41a]). – I første del behandles obligationernes væsen og virkninger. Der skal være en *cause,* to eller flere *personer* som subjekter og en *ting* som objekt for obligationen. – Som *causes* anerkendes som tidligere kontrakt, delikt, quasi-kontrakt og delikt og tillige undertiden lovregler. I anden del behandles de forskellige typer af obligationer, kontraktlige og ikke-kontraktlige, især deres indhold og i tredje del obligationens ophør. I fjerde del beviset for obligationen[42]). Pothier slutter sig til den naturretlige lære om, at alle kontrakter er bindende, når der foreligger både løfte og accept, hvorimod det ensidige løfte ikke er forpligtende. Kontrakten går ud på at forpligte nogen til at yde noget til en anden eller til at gøre eller ikke gøre noget. Pothiers systematik findes i Code Civil, mens den kun i begrænset omfang genfindes i de øvrige store naturretlige kodifikationer: Allgemeines Preussischers Landrecht (1794) og Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch for Østrig (1811). Den preussiske Landret bygger på den naturretlige sondring mellem to hovedgrupper af retsforhold[43]). I I. del omhandles det retsforhold, som knytter sig til personen som individ, herunder personret i snæver forstand, tings ret og handlingers ret, hvorefter følger et almindeligt afsnit om viljeserklæringer, et afsnit om kontrakter samt et afsnit om pligter og rettigheder ved delikt. I II. del omhandles personernes retsforhold til højere enheder, såsom familie, stat og internationale relationer. Den østrigske lovbog sondrer mellem personret, herunder ægteskabsret, og »Sachenrecht«, der har to underafdelinger: »dinglichen Rechten« og »persönlichen Sachenrechten«. Sidstnævnte afsnit indledes med et kapitel om kontrakter i almindelighed og derefter de enkelte kontraktstyper, herunder fuldmagt, og til sidst om skadegørende handlinger. I et sidste afsnit findes reglerne om rettigheders overgang og ophør. I begge disse love behandles arveretten som en underafdeling af reglerne om erhvervelse af ejendom.

b. Det 19. århundrede.

Senere optages sondringen mellem tingsret og obligationsret af de *tyske romanister*[44]) i begyndelsen af det 19. århundrede. I denne henseende spillede Thibaut

41a. Begrebet *obligato* var dog skabt allerede i den klassiske romerret, udsprunget af contractus, og i 2. århundrede e. C. subsummeredes *delict* under obligatio, som herefter tvedeltes med hensyn til stiftelsesgrunden, – Gaius supplerede stiftelsesgrundene med *quasi ex contractu* og *ex delicto,* S. E. Wunner, Contractus (1964) p. 40 ff og 218 f.

42. Oevres complétes de Pothier par *Rogron* et *Firbach* (Paris 1835), Partie I, Ch. I. Man kan indirekte følge værkets indhold i Thibaut's Lehrbuch des französischen Civilrechts (1841) p. 189 ff, – se også Great Jurists p. 472 ff.

43. Sondringen, der er grundlagt af Pufendorf, fortsætter gennem den romanistiske videnskab, jfr. *A. B. Schwartz,* Zur Entstehung des modernen Pandektsystemen, Zeitschrift der Savignystiftung 42 (1921) p. 578 ff (især p. 585 og 603 f).

44. Se om den tyske romanisme *Stang* l. c. p. 104 ff.

en ikke uvæsentlig rolle, idet han som naturaliseret tysker og rhinlænder var fortrolig med fransk ret og kultur; han skrev da også ved siden af en systematisk lærebog i civilret: Pandektenrecht (1. udg. 1803) en fremstilling af den franske civilret på basis af Code Napoleon. Thibaut er også interessant af andre grunde. Som elev af Kant lagde han vægt på, at også juridiske forfattere skulle arbejde videnskabeligt, hvilket ikke alene betyder systematisk, men også abstrakt og kritisk. Stoffet skal ordnes således, at *almindelige grundsætninger* uddrages af det givne retsstof, som derefter arrangeres modsigelsesfrit i et omfattende system; i denne henseende anså han såvel Pothier som Code Civil som højst ufuldkomne[45]). Der er næppe tvivl om, at Thibaut's indflydelse her var af betydning, uanset at Savigny i det væsentlige byggede på Hugo's og Heise's systemer, jfr. Schwartz l. c. p. 581 f. Medens Thibaut som nævnt lagde afgørende vægt på en systematik efter »indre kriterier«, d. v. s. en teoretisk-analytisk og rekonstruerende metode, anvendte Savigny en systematik efter »ydre kriterier«; det afgørende var »livsforholdene« og de hertil svarende »retsforhold«, en systematik, der indeholdt sociologiske elementer[46]); de ydre livsforhold, som dannede rammen om systematikken, skulle dog have en indre organisk sammenhæng, jfr. ndfr.

Thibaut havde ikke held med sit forslag om efter fransk mønster, men på tysk grund at skabe en kodifikation. Mod tanken vendte Savigny sig med styrke og held ud fra sin opfattelse af retten som en historisk fortløbende realisation af folkeånden[47]). Retten skal ikke sættes, – den skal udvikles af folkeånden, især repræsenteret ved den juridiske videnskab. Såvel Thibaut som Savigny var motiveret af ønsket om at hævde den tyske nationale og kulturelle selvstændighed, men altså med forskellig retning. – Det er ikke uden ironi, at Savigny med sit system, der også kom bag på samtiden, var med til at skabe grundstammen i den senere lovgivning[48]).

I de senere år fremstod en række pandektsystemer i Tyskland[49]). – Den abstraherende og generaliserende tendens udvikledes videre. Det blev sædvanligt at indlede en fremstilling af civilretten med en almindelig del indeholdende retskilder, retssubjekter, objekt, retsstiftelse og ophør, retsudøvelse og retsbeskyttelse. Også de enkelte dele af systemet begyndtes undertiden med en almindelig del, især fordrings- eller obligationsretten. Af Savigny og Puchta

45. Französischen Civilrechts p. 190; *Savigny,* System I p. 406.
46. *Kreller* p. 45 f, *Wolff* p. 518 f og 529 ff; Savigny havde allerede i 1802 i en metodelære skitseret sine systematiske ideer, *Wolff* p. 518.
47. *Thibaut,* Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland (1814), *Savigny,* Über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung (1814).
48. *Wolff* l. c. p. 491 ff og 502 ff.
49. Hugo, Lehrbuch der Pandecten (1789) (2. udg.), *Heise,* Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts (1807), *Bucher,* Recht der Forderungen (1830), *Unterholzner,* Lehre der Schuldverhältnissen (1840), *Vangerov,* Pandekten-Vorlesungen (1839), *Puchta,* Pandekten (1838), *Savigny,* System des heutigen Römischen Recht (1840–49) og Das Obligationsrecht (1851–53), *Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts (1862).

forklares denne omstændighed med obligationsrettens uensartethed og mangfoldighed; især af hensyn til den fremtidige udvikling i typerne af skyldforhold er det af stor betydning, at der opstilles almindelige regler, som kan tjene som mønster for disse typer[50]). Savigny ønskede i øvrigt at skabe en systematik, der i modsætning til den overleverede, der var grundet på en grov ydre tredeling (personernes ret, tingenes ret, klagernes ret), skulle foretages efter *retsinstitutternes* »inderste væsen«: Auf ihren organischen Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen selbst, welchem sie inhärieren«[51]). Som systematisk undergreb fremtrådte »Rechtsverhältnisse; ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens«[52]) (subjektiv ret er »viljesmagt«). Retsinstitutter og retsforhold er afledninger på det retlige område af de gennem historien objektivt bestående og gennem organisk udvikling groende *livsforhold*. – Retsforholdene er undergivet retsinstitutterne, f. eks. ejendomsret, ægteskab o. s. v., der typiserer de enkelte retsforhold, og hvoraf disse er enkelte udslag[53]). Disse betragtninger over retsforholdenes væsen fører til en hovedsondring i tre grupper: Personret, formueret og familie-arveret. Formueret deles igen i tingsret og obligationsret[54]). Personretten behandles stadig i den almindelige del. Obligationsretten almindelige del spaltes i fire kapitler: Obligationens natur, opståen, ophør og beskyttelse af obligationen[55]). Om denne systematik kan i almindelighed siges, at den er indrettet efter retsforholdenes »væsen« ud fra en bestemmelse af *viljens* beherskelse af ydre livsforhold og altså ikke ud fra en vurdering af praktiske hensyn. – For formuerettens vedkommende betyder dette, at reglerne om rettighedernes stiftelse, herunder især kontraktsreglerne, er udviklet på det højeste abstraktionsniveau, således at de skal kunne anvendes i hele privatretten, for det andet at tingsret og obligationsret adskilles, således at der ikke udvikles almindelige formueretlige regler. Disse omstændigheder har haft betydning for den forskellige udvikling i Skandinavien og på kontinentet efter midten af det 19. århundrede[56]). – I Tyskland gennemføres Savigny's systematik via Windscheid i BGB. I den almindelige del udvikles en individualistisk viljesteoretisk kontraktsret, jfr. f. eks. BGB § 119 om viljesmangel, medens man dog under indflydelse af handelslovbogen af 1841 (§§ 318–20) i andet udkast indførte den regel, at modtagne tilbud ikke kan tilbagekaldes (BGB § 145 ff)[57]). I anden og tredje bog gennemføres sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder. Obligationsretten bevares som

50. *Savigny*, Obligationenrecht I p. 2, *Puchta* l. c. § 218.
51. System § 58.
52. System §§ 52–53; se om påvirkningen fra Kant, *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960) p. 102 m. henvisninger.
53. *Savigny*, System I, §§ 4–5, jfr. *Stahl*, Philosophie des Rechts II, 1 (1845) p. 231 – på det pågældende sted henviser Savigny til Stahls første udgave.
54. System §§ 52 ff. Medvirkende til den nyere fra pandekterne afvigende systematik var fundet af *Gaius'* institutioner i 1816, jfr. *Windscheid* l. c. § 11.
55. Obligationenrecht I § 1.
56. *Stang* l. c. p. 178 ff.
57. Se Motive zu dem Entwurfe I (1896) (ad § 80) p. 164 ff.

systematisk enhed. Kontraktsret og erstatningsret behandles i den almindelige del som underafdelinger af læren om stiftelse af fordringer ved retshandel, retsbrud og quasi ex contractu. Fordringen er den fælles systematiske begrebsdannelse. Denne systematik overføres uforandret til de nordiske lande, men på væsentlige punkter går udviklingen en anden vej. Man accepterer vel i begyndelsen sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder[58]), men udvikler en formuerettens almindelige del[59]), og opbygger en aftalelære for formueretlige aftaler i almindelighed, hvorved man undgår de ekstremt viljesteoretiske konsekvenser[60]).

Den tyske historiske romanisme havde det samme formål som renæssancens romanisme: *At* arbejde *videnskabeligt, at* vende tilbage til *kilderne,* gennem syntese *at* fremdrage *ånd og filosofi* i helheden. – Trods det romantiske og idealistiske udgangspunkt var den historiske romanisme positivistisk og objektiv og ikke individualistisk f. s. v. som den betonede »retsordenens«, helhedens, supremati. På den anden side var den *subjektiv* f. s. v. som den knyttede rettighedsbegrebet til *viljesmomentet*[61]). Denne dualisme mellem subjektivitet og objektivitet modsvarer den Hegelske syntese af individualisme og positivisme (ovf. p. 15). De posiviteter, man beskæftigede sig med, var de *romerske retskilder* og ikke virkeligheden, d. v. s. praktiske hensyn. Fra Savigny's romantiske, organisk-historiske helhedsopfattelse[62]), udvikledes hos de tyske romanister efterhånden den retsmetode, der senere betegnedes som begrebsjurisprudens[63]). Windscheid var den mest fremtrædende repræsentant for denne strengt positivistiske og formelle metode. For metoden, der som nævnt har forbindelse med den Hegelske filosofi, var det et afgørende moment, at angive begrebsmæssige og billedmæssige udtryksformer, som de romerske retskilder havde fået gennem videnskabens behandling, i at udvikle almindelige begreber på grundlag af de eksisterende *retlige* fænomener, gennem abstraktioner, der igen førtes tilbage til abstraktioner på højere plan og tilbage til en enkelt eller enkelte almindelige principper. Erkendelsen af nye fænomener fører ikke til en revision af de udviklede begreber, men til skabelsen af en mere omfattende abstraktion. Retsanvendelsen består derefter i en blot og bar subsumption af de

58. *Illum,* Tingsret (2. udg.) p. 11 ff.
59. *Aagesen,* Indledning til den danske Formueret (1881), *Stang,* Innledning til Formueretten. – *Gram,* Den danske Formueret I–II (1858–60) er dog nærmest efter tysk mønster.
60. Aftaleloven af 1917 gælder kun formueretlige retshandeler.
61. Romanisterne betragtede selv subjektivitet som deres standpunkt i modsætning til den »germanske« objektivitet, se *K. A. Schmidt von Ilmenau,* Principieller Unterscheid zwischen römischen und germanischen Recht (1853 og 1964); *Jhering,* Geist des Röschen Rechts (1852) § 9 ff (»Das Princip des subjectiven Willens als Ursnell des Römischen Rechts«).
62. *Wolff* l. c. p. 472 ff.
63. Se *Folke Schmidt,* Tysk abstrakt Metod, Teori och Praxis, Festskrift tillägnad *Hjalmar Karlgren* 1964.279 ff, *Hagerup,* TfR 1888.19 ff, *Max Rümelin,* Bernhard Windscheid und sein Einfluss (Tübingen 1907) p. 43 ff, *Wolff* l. c. p. 591 ff, 368 ff (Analyse, koncentration og konstruktion), *Stang* l. c. p. 110 ff og 156 f.

foreliggende fakta under de abstrakte retssætninger, og den videnskabelige og pædagogiske metode bliver formel og dogmatisk – eksegetisk. Savigny's og BGB's Socialmodel er det individualistiske og kapitalistiske samfund, som er behersket af forestillingen om de enkelte individers automoni og frie dispositionsret over den private ejendom[64]). – Det er karakteristsk, at de naturretlige forestillinger om den frie viljes autonomi spiller en overordentlig rolle for romanisterne i forrige århundrede, som alle var udprægede viljesteoretikere. Den yderste konsekvens heraf var i aftalelæren Windscheids radikale forudsætningslære, i obligationsretten Mommsens subjektive misligholdelseslære og i erstatningsretten den yngre Jherings almindelige culparegel. – Først med Jherings teleologiske retsmetode, hvorved *samfundsnytten* indføres i retsvidenskaben, holder den moderne realisme sit indtog i retsvidenskaben[65]). Jhering brød senere afgørende med den ældre lære i sin afvisning af den subjektive ret som »viljesmagt«; overensstemmende med sin sociologiske retsopfattelse udformede han den »objektivretlige« »retligt beskyttede interesse«[66]). Den *interessejurisprudens,* som hermed skabtes, fik overordentlig indflydelse på senere skandinavisk retsvidenskab, især gennem Bentzon og Stang[67]). Begrebsjurisprudensen sejrede dog i BGB, der dels i sig selv er et produkt af metoden, *dels* var medvirkende til at svække interessen for retspolitisk argumentation, således som det også gik i Frankrig efter indførelsen af Code Civil. I den nyeste tid vidner den friere retsmetode frem, efterhånden som udviklingen gør det uomgængelig nødvendigt at fortolke lovbogens regler i overensstemmelse med nutidens praktiske krav[68]).

IV. DANSK RETSVIDENSKAB I DET 19. ÅRHUNDREDE

A. Indledning.

Som vi har set under II befandt dansk ret sig endnu i slutningen af det 17. århundrede på et primitivt stadium, omend den romerretlige og især den naturretlige videnskab var begyndt at sætte sine spor i begrebsdannelsen og systematikken. Nogen egentlig juridisk videnskab fandtes slet ikke, ligesom

64. *H. Coing,* Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, vom Deutschen zum Europäischen Recht I, 1965 p. 25 ff, *L. Raiser,* Rechtswissenschaft und Rechtspraksis, NJW 1964.1201 ff, *Wieacker,* Der Socialmodel der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953).
65. Der Kampf und Recht (1872), Der Zweck im Recht (1877–84); se *Rümelin* l. c., *Wolff* l. c. p. 646 ff.
66. *Wolff* l. c. p. 646 ff.
67. *Stang* l. c. p. 118 ff, *Ussing* i U 1937B.137 (om Bentzon); *Bentzon,* TfR 1915.14–16.
68. *Ph. Heck,* Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz (1932), *Esser,* Juristen Jahrbuch (1. Band) 1960 p. 111 ff, Grundsatz und Norm (1956), *Reimer Schmidt,* Entwiklung der Wirtschaftsrecht und klassisches Privatrecht, Festschrift für Nipperdey (1965) I p. 687 ff, *Raiser,* Rechtswissenschaft und Rechtspraksis NJW 1964.1201 ff, og i »Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960, I p. 101 ff og *Flume* smst. p. 135 ff, *Wieacker* smst. II p. 1 ff og *Larenz smst.* II p. 105 ff. Se om konflikten mellem »problemtænkning« og »systemtænkning« ovf. note 24 a og ndf. p. 36 f.

dommerne endog i Højesteret ofte ikke havde nogen juridisk uddannelse[69]). Det er da også ofte med rette blevet fremhævet, at den akademisk-juridiske uddannelse var en afgørende forudsætning for anvanceret juridisk tænkning og retsanvendelse. Det juridiske miljø, som var et vilkår for en dialog mellem videnskab og retsanvendelse, juridisk litteratur og juridisk retspleje, skabtes først efterhånden i løbet af det 18. århundrede; efter reformen af juridisk embedseksamen i 1736 og kravene til dommeres juridiske uddannelse[70]). I 1736 blev der anordnet et professorat i dansk og romersk ret, og allerede samme år udkom Thom. Clitaus fortrinlige værk: Overensstemmelse og Forskiel mellem den Romerske og Danske Ret og i 1746 Juridisk eksamen ved spørgsmål og svar, som i tre bøger afhandler romerret, dansk ret og naturret. I sine fortaler giver forfatteren udtryk for den udbredte opfattelse af romerretten som almindelig subsidiær ret (common law, gemeines Recht)[71]) og for en nøgtern juridisk – af moral og filosofi frigjort – naturret, ligeledes opfattet som subsidiær billighedsret. Forfatteren gør dog intet forsøg på en systematisk fremstilling af den danske ret. Sidstnævnte værk er interessant også derved, at det demonstrerer såvel den skolastiske og dialektiske metode som den naturretlige ideologi. – Allerede i 1716 havde Ludvig Holberg udgivet en naturret[72]), men først ved århundredets midte kom der gang i den naturretlige systemlitteratur, som i det væsentlige var transskriptioner af de udenlandske forbilleder[73]). Fremstillingen af dansk ret var i begyndelsen særdeles primitiv[74]), men ved århundredets slutning blev især den danske privatret sat i system, et system der svarede til det naturretlige[75]).

B. Ørsted.

Ørsted var ikke stærkt interesseret i systematiske spørgsmål og skrev ej heller nogen systematisk fremstilling af den danske ret. Hans håndbog er i formen

69. D: L.s hovedforfatter, R. Vinding, var f. eks. geograf af uddannelse, før han fik sæde sæde i Højesteret.
70. *Thøger Nielsen* p. 13 ff; ganske vist havde der siden 1400-tallet været undervist i romersk og kanonisk ret, men nogen større betydning fik undervisningen ikke for retslivet i verdslig forstand; *Aubert* l. c. p. 146 ff.
71. Det er derfor måske ikke helt træffende, når *Thøger Nielsen* l. c. p. 21 hævder, at romerretten aldrig her i landet har været opfattet som »subsidiær ret«; ganske vist opfattes romerretten som fremmed ret, der ikke som sådan måtte påberåbes i retten; da den anses i det væsentlige at stemme overens med den »naturlige ret«, der var tilladt, blev romerretten alligevel indirekte anset som subsidiær ret, se også Iuul, Kodifikation p. 31, *Ross,* TfR 1936.497 ff.
72. Introduktion til Naturrettens og Folkerettens Kundskab.
73. *H. Paus,* Naturens ret I–IV (1750), *Obelitz,* Naturret (kompendium), *Nørregaard,* Natur- og folkerettens første grunde 1776, *Schlegel,* Naturrettens eller den almindelige retslæres grundsætninger.
74. *Hesselbjerg,* Juridisk Collegium (1753), *Dons,* Forelæsninger over den danske og norske lov (1780–81), *Kongslev,* Den danske og norske privatrets første grunde (1781–82), *C. Brorson,* Forsøg til den danske lovs fortolkning 1–6 (1791–1801).
75. *Iuul,* Højesteret 1661–1961 (II) p. 29 f; se *Nørregaard,* Forelæsninger over den danske og norske lovs private ret (1884–99), *Hurtigkarl,* Den danske og norske rets første grunde (1819).

en anmeldelse i fem bind af Hurtigkarls naturretligt prægede privatretssystem, og Ørsted gør intet forsøg på at anlægge en anden systematik. At Ørsted i øvrigt læste både de tyske og (i oversættelse) franske romanister, er almindeligt erkendt[76]). Ligesom Savigny[77]) var Ørsted i sin ungdom påvirket af Kants filosofi, og ligesom denne udviklede han under indflydelse af de romantiske naturfilosoffer, – især Fichte – en positivistisk og organisk-historisk retsopfattelse. Han forkastede de naturretlige deduktioner og formalistiske retsprincipper; især forkastede han Kants opfattelse af retten som udelukkende havende til opgave at afgrænse den ydre frihed, dens adskillelse fra moralen, samt antagelsen af et enkelt princip – den individualistiske afvejelse af de enkeltes lige krav på frihed – hvoraf al ret skulle udledes[78]). Han betonede som den tyske historiske romanisme sædvanens betydning for rettens udvikling og afviste som disse en almindelig kodifikation af retten. I modsætning til dem udviklede han imidlertid en praktisk realisme, idet han anerkendtes lovgivningens kompetence til efter det praktiske livs og den sunde fornufts krav at forælde retssystemet[79]). Denne tanke udførtes især på formueretten, der ikke som i den ældre naturret ansås begrundet i personlighedsprincippet eller som af Kant og Fichte i »almenviljen«, men i »almenvellet«[80]). På samme måde anerkendte han, at forpligtelser såsom *negotiorum gestio* ikke skulle begrundes i et fiktivt formodet samtykke, men i »lovenes umiddelbare bud«[81]). Hverken romerretten eller naturretten havde autoritet som et sammenhængende system af subsidiær ret. Ganske vist var det i vidt omfang datidens praktiske livsforhold, som mere eller mindre bevidst var afgørende ved den fortolkning og systematisering, som de tyske romanister underkastede de romerske retskilder, således at forrige århundredes pandektlitteratur var et konglomerat af romerretlige kilder, naturretlig og skolatisk videnskab, positiv ret og praktiske hensyn. Dog nåede hverken Savigny eller hans nærmeste efterfølgere til åbent og principielt som Ørsted at anerkende »forholdets natur« som almindelig subsidiær udfyldende ret[82]).

C. Bornemann.

Den nærmest følgende periodes danske og norske forfattere byggede forsåvidt på Ørsteds arbejde, som de udnyttede hans omfattende bearbejdelse af det praktiske og teoretiske retsstof. De var imidlertid i vidt omfang optaget af at systema-

76. *Ernst Andersen,* U 1963B.69 ff. Se også *Wolff* l. c. p. 527 om Ørsteds og de senere danske forfatteres påvirkning fra Savigny; bl. a. var P. G. Bang og A. W. Scheel en overgang Savigny's elever; *Stang,* Det nordiske Studenterjuriststævne 1918.268 ff.
77. *Wolff* p. 472 ff.
78. Ørsteds betydning for den danske og norske retsvidenskabs udvikling III (Goos) p. 175 ff, 254 ff.
79. Håndbog I p. 83 ff.
80. *Goos* l. c. p. 278 ff.
81. J. T. XIV (1828), 2 p. 225 ff og Håndbog VI p. 14 ff.
82. *Iuul,* Højesteret 1661–1961 (II 1961) p. 29 ff; se om Ørsted og Savigny, *Stang,* Indledning til Formueretten (3. udg.) p. 138 ff; se om analogi og forholdets natur, *Arthur Kaufmann,* Analogie und »Natur der Sache« (1965).

tisere retsstoffet. Det var naturligt for dem at acceptere Savigny's og Puchta's systemer, især i betragtning af, at flere som nævnt havde studeret hos Savigny. Først næste slægtled fra Aagesen og Goos kunne, efter at opbygningen af et moderne system var tilendebragt, gribe tilbage til den Ørstedske realisme og på denne grund udvikle en selvstændig skandinavisk retsvidenskab. I mellemtiden fik den romantiske indflydelse en renæssance; man accepterede sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder[83]) og constitutum possessorium[84]); i aftalelæren vendte man tilbage til overenskomstlæren, men bevarede dog en vis tilbageholdenhed over for det romanistiske viljesprincip, idet de i tilslutning til Ørsted fremhævede hensynet til omsætningens sikkerhed. – De optog romanisternes program med hensyn til opstillingen af almindelige retsgrundsætninger. Vi får fremstillinger af privatrettens almindelige del[85]), og i sin fremstilling af formuerettens almindelige del anfører Gram den af Puchta givne begrundelse for en almindelig obligationsret (jfr. ovf.)[86]).

Den teoretiske begrundelse for de romanistiske systemværker blev givet af F. C. Bornemann, der fuldt ud tilsluttede sig den romantiske og Hegelske filosofi[87]). Bornemann indfører betegnelsen »retsorden« som betegnelse for anordningen af menneskets livsforhold. Retsordenen anses som en fremadskridende åbenbaring af folkeånden i dennes ideale stræben mod fuldkommenhed, og dens opgave er ordningen af menneskenes ydre *livsforhold* under hensyn til samfundslivets økonomi, men samtidig midlet for menneskelivets opløftelse til åndens uendelige liv[88]). Formålet er altså ikke alene at varetage hensynet til de enkelte individers *subjektive* rettigheder; retten er også *objektiv* ret o: normer for samfundslivet. På den anden side er *personlighedsprincippet* af stor betydning, idet den enkeltes vel ikke kan være formål for retsordenen, på den anden side ej heller kan kues (p. 61). *Retssystemet* spiller derfor en betydelig rolle, idet de enkelte regler på Hegelsk måde ikke kan forstås uden som led i helheden. – Retsvidenskabens opgave er derfor en dobbelt: På den ene side en *empirisk* gående ud på at samle og fortolke normerne og institutionerne således som de er (ikke som de burde være), på den anden side en *rationel,* at systematisere normerne, hvorved man gennem indsigt i deres væsen og natur finder det almindelige, som ikke

83. Se især *Scheel,* Privatrettens Alm. Del, II p. 3 ff.
84. Det var næppe tilfældigt, at det netop var P. G. Bang, som introducerede den romanistiske lære om ejendomsrettens overgang, se *Iuul,* Højesteret II p. 37 ff.
85. *J. E. Larsen,* Privatretlige Foredrag, Samlede Skrifter 4–6 (1857–59) begynder sine privatretlige foredrag med privatrettens almindelige del indeholdende retskilder, retsforhold i almindelighed, rettigheders stiftelse, udøvelse, beskyttelse og ophør, derefter personret, tingsret, obligationsret i en almindelig og en speciel del, og endelig ægteskabsret og arveret; *Scheel,* Privatrettens alm. del 1–2 (1865–66).
86. *Gram,* Den danske Formueret 1–2 (1858–64) 2, 1 p. 7 ff. Samtidig udkom i Norge *Fr. Hallager,* Den norske Obligationsret, den første helt fritstående skandinaviske fremstilling af obligationsretten.
87. Se Bentzon TfR 1915.7.
88. *F. C. Bornemann,* Samlede Skrifter I (1863) p. 3 ff og 39; retsordenen er altså begrundet både i moralske og subsidiært i praktiske hensyn. Iøvrigt er ret og moral ikke udsprunget af samme idé, selv om de undertiden er sammenfaldende, idet retten kun angår almindelige samfundslove for samfundets egen skyld (p. 34 ff).

er udtalt i loven, men som er retsinstitutionernes inderste og uforanderlige grundvæsen (p. 1 ff). Grundlaget for systematikken er derfor ikke de subjektive rettigheder eller de objektive normer, men *livsforholdene,* der på det retlige plan giver sig udslag i *retsforholdene* (retsinstitutionerne), jfr. Savigny's Rechtsverhältnisse (ovf. p. 18). I stedet for den tidligere to-delte sondring mellem offentlig ret og privatret, opererer Bornemann med en tredeling, der har et vist slægtskab med Savigny's f. s. v. som ægteskabs- og arveretten adskilles fra formueretten; men medens personretten hos Savigny behandles i privatrettens almindelige del og formueretten for sig, slås person- og formueret hos Bornemann sammen til personlighedsret. – Forskellen er næppe stor, eftersom formueretten hos Savigny netop er bestemt af den personlige viljesmagt[89]). Bornemanns tredeling er: 1) De institutioner, som regulerer livsforholdene mellem individ og individ, herunder personret og formueret (menneskeret grundet på personlighedsprincippet), 2) Retten i familieforholdene, herunder familieret og arveret, og 3) Retten i samfundsforholdene: Statsret og folkeret. – Bornemann er ligesom Ørsted tilhænger af den historiske skole, men forlader den Ørstedske realisme for at vende tilbage til den Hegelske formalisme. For Bornemann er retsvidenskaben vel empirisk, men ligesom for romanisterne positivistisk; metoden er dogmatisk-systematisk og rationalistisk-idealistisk; kun subsidiært kan der tages praktiske hensyn. På den ene side er personlighedsprincippet af central betydning, på den anden side har personligheden kun værdi som underkastet den objektive retsorden. – Den Hegelske dualisme afspejler sig i den romanistiske sondring mel subjektiv og objektiv ret (ovf. p. 19).

D. Goos, Aagesen, Evaldsen.

Medens Bornemann således på nordisk grund principielt overvandt det naturretlige og utilitaristiske problem med at give afvejningen af individernes frihed et mere end dobbelt indhold gennem objektive normer ved en konsekvent gennemført positivisme, så Goos det som sin opgave igen at understrege hensynet til individets frihed[90]). Goos underkendte ikke værdien af faste regler, tværtimod anså han disse for at være af afgørende betydning netop for friheden. Opgaven måtte være at opstille faste materielle kriterier for handlefrihedens grænser. På dette punkt var Goos utvivlsomt stærkt påvirket af den engelske liberale utilitarisme, som han i sin ungdom havde lært den hos Stuart Mill[91]). Både de liberale og utilitaristiske elementer findes i hans retstridighedslære. På den anden

89. Bornemanns retsfilosofi er i væsentlig grad bygget på tyskeren *Stahls* ovennævnte værk. Stahl baserede igen sin »historiske« retsfilosofi på *Schellings* filosofi, mens Hegels »objektivt-rationalistiske« Filosofi forkastes, jfr. Philosophie des Rechts I (2. Aufl.) 1847 p. 542 ff og 409 ff. — Iøvrigt lægger Stahl også begreberne »Rechtsverhältnisse« og »Rechtsinstitut« til grund for systematikken; *Savigny* henviser i System I p. 10, note a) til Stahl om dette spørgsmål.
90. Retslæren I §§ 1–3.
91. Jfr. *Frantz Dahl,* C. Goos, Profil af en Lærer- og Forfattervirksomhed (1915) p. 29; *Bentzon,* TfR 1915.7.

side er Goos fuldt ud enig med Bornemann i kritikken af den utilitaristiske filosofi, når denne fremhæver de enkeltes egoistiske stræben efter fordel som et egnet princip. Med Bornemann er han enig i, at retsvidenskaben er en »etisk« videnskab, omend ikke en provins af morallæren, forsåvidt som »sædelighedsideen« kræver, at der fastsættes faste grænser for friheden, således at denne ikke forsvinder[92]), og at disse normer hævdes ved magt. Det lykkedes dog ikke Goos nærmere at begrunde og afgrænse rettens magt ud over en henvisning til, hvad der var *nødvendigt* af hensyn til den enkeltes frihed. I sidste instans var det *magtens ret* at afstikke grænsen. Retsideen er kun et krav til samfundet, der ikke betager den positive ret dens gyldighed. For Goos er imidlertid anarkiet og despotiet lige forkastelige alternativer.

Også Goos anser de retssystematiske spørgsmål for at være en forlængelse af den valgte retsmetode, idet stoffets videnskabelige ordning må bero på en analyse af rettens natur og væsen[93]). Det nye i forhold til Bornemann er, at Goos griber tilbage til Ørsted og fremhæver det nødvendige i, at retsvidenskaben og den positive ret foretager en indtrængende undersøgelse af de faktiske livsforhold og disses »reale grundlag«[94]). Medens Bornemann havde opdelt privatretten i to grupper grundet i personlighedsprincippet og familieprincippet, sondrer Goos derfor mellem tre, idet formueretten udsondres fra personlighedsprincippet og henføres til en gruppe: Retten i det borgerlige samfund. Selv om Bornemann ikke med sin inddeling ønskede at begrunde den fuldstændige individualisme i formueretten, og selv om forskellen mellem de konkrete og praktiske løsninger ikke var synderlig stor, lå der dog en væsentlig principiel forskel, der fik afgørende betydning for den efterfølgende udvikling i den skandinaviske formueret. – Samfundsprincippet eller »omsætningens interesser« blev centrale begreber, hvormed *Aagesen* i sin indledning til Formueretten[95]) søgte at begrunde en række forskelligartede ekstinktive erhvervelser, herunder hævd, forældelse, præklusion, mortifikation, den af ham selv tidligere udformede løfteteori og forventningsteori i aftalelæren[96]), retsstiftelse uden viljeserklæring eller retsbrud (quasi ex contractu), nødvendigheden af tinglæsning og andre sikkerhedsakter i visse tilfælde og begrænsninger i ejendomsrettens udøvelse (indledning § 21 ff). – I forhold til Ørsted var forskellen i resultaterne ikke betydelig, og i forhold til romanisterne var forskellen i systematikken og filosofien ikke stor. Alligevel betød det principielle teoretiske resonnement en almindeliggørelse og rationalisering af en for tiden vigtig problemstilling, som faktisk medførte en fundamental forskel på udviklingen i på den ene side tyskkontinental og på den anden side skandinavisk formueret. – Den kraft, der udgik fra det forbilledlige samarbejde mel-

92. l. c. p. 39 ff.
93. l. c. p. 9 ff.
94. l. c. p. 10 og p. 277.
95. Indledning til den danske Formueret (1881).
96. Program i Universitetets Festskrift 1871 p. 71 og 1872 p. 28 ff, Romersk Privatret, I p. 194 ff.
97. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 87 f og 127 f.

lem Goos og Aagesen og senere Evaldsen, fik stor indflydelse også i de øvrige nordiske lande. Goos' og Aagesens løfte- og forventningsteori fik gennem Lassen, Stang og Almén afgørende indflydelse på de skandinaviske aftalelove[97]). Evaldsens objektive og almindelige misligholdelseslære fik væsentlig indflydelse på de skandinaviske købelove[98]). – Det er fristende i det afgørende skisma mellem tysk og nordisk formueretsvidenskab i 1870'erne ikke alene at se resultatet af en tilfældig personlig konstellation, men tillige at se en bekræftelse på en generel tendens i datidens danske kulturliv tildels som følge af begivenhederne i 1864. Blikket rettedes ikke længere med samme iver mod syd; i hvert fald må det anses for sandsynligt, at Goos havde fået væsentlig inspiration af engelsk utilitaristisk filosofi; denne har vel i det hele taget elementer af sædvanlig engelsk praktisk realisme, som også præger engelsk ret. Desuden er det rimeligt at tro, at Goos iøvrigt havde lært noget af engelsk formuerets objektiviserende og pragmatiske i modsætning til tysk formuerets individualiserende og viljesteoretiske tendens[99]). – Tysk romanistisk videnskab fortsatte dog med at øve betydelig indflydelse på de nordiske forfattere. Hagerup var især stærkt tiltrukket af den ældre konstruktive videnskab[100]), ligesom Jul. Lassen trods sit stærke forventningsteoretiske standpunkt var stærkt påvirket af Windscheids subjektive forudsætningslære[101]), medens Stang trods sit lige så faste erklæringsteoretiske standpunkt lod sig påvirke af Lenels viljesteoretiske lære om fuldmagten som en viljeserklæring fra fuldmagtsgiveren til tredjemand[102]). Iøvrigt har indflydelsen fra viljesteorien på vigtige områder holdt sig længe takket være Ussings autoritet og hans tilslutning til forudsætningslæren »omend i en objektiviseret form«[103]«. Iøvrigt øvede tysk handelsret en afgørende indflydelse på Evaldsens fremstilling af kontraktens indgåelse. Evaldsen hentede sine detaljerede regler om acceptfrist, om forsinket og uoverensstemmende accept fra den tyske handelslovbogs (1861) art. 318–22[104]). At Aagesen har kendt reglerne i lovens art. 319–20, om, at tilbud mellem handlende er uigenkaldelige i en fastsat eller forudsat acceptfrist, er selvfølgeligt og fremgår også af hans arbejder[105]). Der er således ikke tvivl om, at tysk handelsret, som på dette punkt har forbindelse tilbage til ældre tysk ret[106]), har haft væsentlig indflydelse på skandinavisk aftaleret. – Det, der i tysk ret var en singulær praktisk forretningsmæssig undtagelsesbestemmelse fra et almindeligt overenskomstprincip, blev imidlertid i dansk og nordisk

98. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 127 f.
99. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 88, Stig Jørgensen, Erstatningsret p. 9.
100. TfR 188.1 ff.
101. Se om Lassens forudsætninger i tysk systemlitteratur, men med engelsk inklination; »Pandektist« med praksis som materiale i stedet for digesterne, *Stang* TfR 1919.456.
102. Innledning til Formueretten p. 343 ff, især p. 361 og 378 f.
103. Om viljesteoretiske elementer iøvrigt, se 4 obligationsretlige afhandlinger p. 55 ff og 97 ff.
104. Obligationsrettens almindelige del p. 12 ff.
105. Festskrift 1872 p. 29 ff, Romerret, I p. 194 ff, især p. 207 udgivernes note.
106. Preussisk ALG (1794) §§ 90–103, Østrigsk AGB (1811) §§ 862(–64); reglen fandt senere vej til den almindelige tyske civilret ved ændringerne i 2. udkast, jfr. nu §§ 141 ff.

retsvidenskab anvendt som udgangspunkt for en almindelig formueretlig regel om løfters forbindende kraft.

V. KONKLUSIONER

Retsvidenskabens betydning for den nutidige begrebsdannelse og systematik har – som nævnt indledningsvis – været et grundliggende tema i det foregående. Denne opfattelse er også almindeligt accepteret. Der synes at være god grund til også at acceptere den antagelse, at den til enhver tid herskende naturvidenskab har haft stof indflydelse på den retsvidenskabelige metode. Der synes heller ikke at være grund til at tvivle på, at det samtidige fund af Aristoteles' skrifter og de romerske digester har haft betydning for retsvidenskaben, som derfor blev en *romanistisk* videnskab. –

Den romanistiske retsvidenskab inddeltes i tre stadier, det skolastiske, det rationalistiske og det idealistiske, svarende til videnskabens matematiske, mekaniske og biologiske periode. Skønt retsvidenskaben således i hvert i sine senere faser har været knyttet tankemæssigt til empiriske videnskaber, har den indtil midten af forrige århundrede været udpræget rationalistisk-idealistisk; den har vel i perioder været erklæret empirisk, men det empiriske grundlag har da været de romerske retskilder og ikke de praktiske livsforhold. Ganske vist byggede Savigny i forrige århundrede sin systematik på grundlag af de ydre livsforhold, men retsforholdene begrundedes ikke med »vellet« eller »almenvellet«, men med »viljen« og »almenviljen«. De retlige *begreber* havde især i kontinentale lande udviklet sig gennem højere og højere abstraktioner, som især havde gjort sig gældende inden for obligationsretten. Mange af disse abstraktioner har navn efter romerske retsinstitutter, men er i virkeligheden afledt af græsk filosofi. – I den romanistiske retsvidenskab findes tre nøglebegreber, som alle kan føres tilbage til Aristoteles' filosofi, hvorfra de via den stoiske filosofi og retslære, som havde sin blomstring i Rom i det 2. årh. e. Kr., er indgået som bestanddele i den senere »Naturret«, såvel i den skolastiske, den rationalistiske som i den idealistiske version. – Ifølge Aristoteles er fornuften menneskets form og natur, det der adskiller os fra dyrene. Den tilregnelige menneskelige handling er den, mennesket er *herre over,* den »frivillige« i modsætning til den »ufrivillige«. For menneskeligt samliv gælder loven om »*retfærdighed*«, der sættes i forbindelse med *ligheden,* der dog har to forskellige udtryksformer: Den absolutte (udlignende) og den proportionale (uddelende). Den førstnævnte, som gælder borgerne indbyrdes i handel og vandel, fører til læren om det »rigtige vederlag« (justum pretium) og skades erstatning. Læren om justum pretium får overordentlig stor betydning, dels for den middelalderlige beskyttelsespolitik, dels for den naturretlige lære om ydelsernes afhængighed (synallogma) i gensidigt bebyrdende kontraktsforhold. Herfra drages også slutninger til læren om mangler, der kombineres med de romerske ædiliske klager (actio redhibitoria) og (actio quanti minoris). – Den objektive misligholdelses- og erstatningslære bygget på lighedsbegrebet kontrasterer med en subjektiv misligholdelses- og erstatningslære byg-

get på friheds- og viljesbegrebet. – Den anden variant af lighedsbegrebet, den proportionale, får i den stoiske udformning sin klassiske form: *Suum quique tribuere*[107]) (give enhver sit). Det er antagelig fra denne kilde, man skal søge oprindelsen til den naturretlige forestilling om den »subjektive ret«[108]) og sondringen mellem tinglige og obligatoriske rettigheder, som af *Pothier* formelt bygges på de romerske klager *actiones in rem* og *in personam*. Endelig er det i fornufts- og frihedsbegreberne, man må søge kilden til den romanistisk-naturretlige aftalelære bygget på consensus. Navnet er overtaget fra de romerske konsensualkontrakter, men realiteten er en anden. I skarp modsætning til romernes kontraktstyper opstillede den naturretlige teori en almindelig grundsætning om kontrakters forbindende kraft på grundlag af den frie og fornuftige viljes autonomi[109]). Læren om *error* som consenshindrende faktor er også intimt knyttet til sondringen mellem *error in essentia* og *error in motivis* er en arv fra Aristoteles' lære om tingenes *væsen*.

Viljes- og overenskomstprincippet, som betegnede kulminationen på det rationalistisk-idealistiske privatretssystem, blev forkastet af skandinavisk retsvidenskab i slutningen af forrige århundrede. Goos, Aagesen og Evaldsen grundlagde på basis af Ørsteds realisme en skandinavisk formueret præget af objektive omsætningshensyn; engelsk utilitaristisk filosofi og retslære spillede måske en rolle i denne udvikling. At den tyske Handelslovbog fra 1861, der repræsenterede sin tids mest moderne og avancerede lovgivning, inspirerede de danske forfattere er evident, og også Jherings interessejurisprudens har virket befordrende for den senere skandinaviske pragmatisme.

De store privatretssystemer har siden været på retur[110]). Det er vanskeligt i en højt udviklet og specialiseret verden at opretholde abstraktioner, der omfatter hele privatretten. Farligt har det også været, som erfaringerne fra kontraktrettens placering i privatrettens Almindelig Del udviser. Også på andre områder opløses rammerne, således at de enkelte dele, især inden for obligationsretten, falder ud til at leve deres eget liv som særdiscipliner. Dette har længe været tilfældet med

107. *Ulpian*, honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere.
108. *B. Rehfeldt*, Rechts und Ritus (Festschrift für Heinrich Lehmann (1956) p. 45 ff, forkaster Hägerströms af Ross (Virkelighed og Gyldighed p. 248 ff) tiltrådte teori om obligationsbegrebets magiske oprindelse som »forklaring« på rettigheden som et bånd mellem to personer eller en person og en ting (obligatoriske og tinglige rettigheder). Rehfeldt henviser til, at der i primitive kulturer ikke findes retsklager, der angår rettens indhold; derimod klager, der angår delikt og kontraktsbrud, jfr. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 10 ff.
109. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 15 ff, 52 ff og 84 ff, se dog tildels *S. E. Wunner*, Contractus p. 122 ff og 226.
110. Et interessant forsøg på at genoplive ideen er Arnholms Privatret, hvoraf er udkommet bind I–III. Bind I indeholder privatrettens Alm. Del indeholdende visse grundbegreber og retsstiftende kendsgerninger, bind II aftaleret og bind III alm. obligationsret. Bind IV–VI skal indeholde panteret, arveret og familieret. Som man vil se, er der ikke tale om et fuldstændigt privatretssystem. — Det er derimod i højere grad tilfældet i de propædeutiske fremstillinger af privatretten; i Danmark: Munch-Petersens: Den borgerlige Ret, i Sverige: Björling-Malmströms: Lärobok i Civilrätt, i Finland: Ylöstalo, Lärobok i Finlands Civilrätt.

søretten og selskabsretten. I de senere år gør det samme sig gældende inden for forsikringsretten, lejeretten, patentretten, entrepriseretten, funktionær- og medhjælperretten m. v. Inden for tingsretten er nye retsområder inden for immaterialretten dukket op. Selv inden for køberetten, som hidtil har været grundstammen i obligationsrettens Almindelige Del, er en opløsningsproces i gang, hvorved der udskilles standardkontrakter for forskellige hovedtyper af køb, dels efter omsætningsled, dels efter varetype, dels efter branche, med sin egen særlige problematik[111]). Der synes ikke længere at være megen plads for en formuerettens eller endog obligationsrettens Almindelige Del i denne nye verden. I hvert fald må den beskæftige sig med noget andet. Ligesom den almindelige retslære er ophørt med at fremstille retssystemet for i stedet at behandle grundlæggende retsfilosofiske og retsteoretiske spørgsmål, må privatrettens, formuerettens og måske obligationsrettens Almindelige Del sikkert koncentrere sig om grundlæggende og formueretlige spørgsmål. I hvert fald synes obligationsretten som systematisk enhed ikke at være hensigtsmæssig. Grundlaget er smuldret for de gamle systemer, der byggede på fordringers stiftelse, indhold, forandring og ophør. Kontraktsretten omfatter hele formueretten, og erstatningsretten har kun i begrænset omfang interesse set fra en obligationsretlig synsvinkel[112]). Disse emner var allerede hos *Ussing* skilt ud fra obligationsrettens Almindelige Del[113]). Hos *Rodhe* er reglerne om fordringers overgang kun fremstillet i hovedtræk; der henvises i væsentligt omfang til læren om værdipapirer[114]). En videre udvikling i samme retning er tænkelig; se nærmere ndfr. p. 39 ff.

Det er fristende i denne specificerende tendens ikke alene i systematikken, men også i metoden, hvor den omhyggelige analyse af de overleverede begreber og principper på pragmatisk grundlag skrider frem på bekostning af den omfattende konstruktion, også at se en forbindelse med vor tids almindelige videnskabelige situation. Atomteori og analytisk filosofi er vor tids videnskab.

Som jurister må vi dog ikke undervurdere faren ved for vidtdreven pragmatisme og kasuistik. Dels ligger der en almindelig videnskabelig inspiration og kontrol i abstraktion, begrebsdannelse og systematisk konstruktion; logisk og organisk sammenhæng er af betydning. Dels må juristerne især betone værdien af overskuelighed og konsekvens af hensyn til retssikkerheden og retfærdigheden.

111. 4 obligationsretlige afhandlinger p. 111 ff. Aftalen som form, TfR 1965.400 ff.
112. Stig Jørgensen, Erstatningsret p. 18 f, Stang TfR 1942.17 ff, men Arnholm III p. 7 ff.
113. Obligationsrettens Almindelige Del (4. udg. v. A. Vinding Kruse 1961) p. 9, Aftaler (3. udg. 1950) p. 1 ff.
114. Obligationsrätt (1956) §§ 56 ff; *Rodhe* forkaster obligationsretten som systematisk overbegreb og vælger i stedet *formueretten;* alle formueretlige retsforhold har en obligationsretlig og en tingsretlig side; han fremstiller i obligationsretten nogle almindelige spørgsmål om rettighedernes indhold, forandring og ophør (§ 1); Festskrift til Birger Ekeberg (1950) p. 436 ff.

SYSTEMATIK, BEGREBER, METODE

I. INDLEDNING

Den, der ønsker at meddele sig til andre, det være sig i form af information eller direktiv, må forsøge at udtrykke sig forståeligt. Sådanne meddelelser må derfor betjene sig af ord og symboler, der er i stand til at vække de ønskede forestillinger hos adressaten. Såfremt meddelelsen angår andet og mere end rent primitive og konkrete sagforhold, er det nødvendigt, at den meddelende betjener sig af abstraktioner, d. v. s. *begreber*. Angår meddelelsen flere sammenhængende sagforhold, er det nødvendigt, at han anvender en vis fremstillingsteknik, d. v. s. en *systematik*. Også når det drejer sig om normkommunikation, hvad enten det er i form af direktiver i love eller i form af informationer i dogmatiske fremstillinger, må den meddelende betjene sig såvel af begreber som af systematik.

A. Systematik[1]).

Der er herved allerede givet en foreløbig forklaring på, *hvorfor* systematik er nødvendig eller hensigtsmæssig. Man kan imidlertid systematisere på flere forskellige måder afhængigt af formålet:

Formålet med systematikken kan være at fremstille en *sammenhængende erkendelse,* d. v. s. at fremstillingen er modsigelsesfri og konsekvent. En sådan systematik, der indebærer et forsøg på at behandle lige tilfælde lige, kan indeholde en inspiration for erkendelsen af sammenhængen mellem de enkelte led i systematikken.

Formålet med systematikken kan også være blot at give en *orientering* af praktisk og pædagogisk karakter.

Ved angivelsen af systematikkens forskellige formål har man også antydet systematikkens *indhold:*

Ønsker man at systematisere med henblik på en sammenhængende erkendelse, vil man anvende en analytisk-teoretisk systematik ud fra *indre »saglige kriterier«*.

Har systematikken primært til formål at give en praktisk betonet orientering, vil den snarest blive anlagt efter *ydre »kriterier«* med udgangspunkt i de typiske livsforhold.

Det er klart, at en systematik ikke kan være rigtig eller forkert, men derimod mere eller mindre hensigtsmæssig. Systematik er for så vidt vilkårlig. Når henses

1. *Ross,* Om Ret og Retfærdighed p. 244 ff.

til systematikkens formål, må det på den anden side være lige så klart, at systematikken ikke bør være helt i strid med det konventionelle. Systematikken bør heller ikke gå på tværs af den almindelige begrebsdannelse. Det har igennem tiderne af de videnskabelige systematikere været fremhævet, at de valgte kriterier for begrebsdannelsen forlænges ud i systematikken.

B. Begrebsdannelse.

Systematikkens problematik er for så vidt den samme som *begrebsdannelsens.* – Også begrebsdannelsen er principielt vilkårlig, idet den ene begrebsbestemmelse ikke kan være mere rigtig end den anden, men derimod kan være mere eller mindre hensigtsmæssig. Ligesom tilfældet var med systematikken, kan begrebsbestemmelsen have forskellige *formål.* Man kan sondre mellem *reale definitioner* og *nominale definitioner.* – Reale definitioner kan være sande eller falske, idet de har til formål at bestemme begrebet ud fra udsagn om reale forhold i form af abstraktioner, billeder og strukturer, mens de nominale eller operationelle definitioner blot er udtryk for en praktisk navngivning gennem en vilkårlig vedtagelse.

C. Metode[2]).

Den rolle systematik og begrebsdannelse spiller i videnskaben har et intimt sammenhæng med den *videnskabelige metode.*

1. Rationalisme.

Indtil slutningen af forrige århundrede var retsvidenskaben hovedsageligt *konstruktivt-systematisk.* Ud fra en teori om retsreglerne som bestanddele af et fuldstændigt og udtømmende system af normer, der kunne udledes af et enkelt eller nogle få almindelige principper, måtte det være retsvidenskabens opgave at erkende disse principper, hvorefter man til stadighed kunne nå til et lavere trin i regelsystemet gennem en deduktiv virksomhed. På samme måde måtte dommerens opgave også formodes at være af rent logisk-deduktiv karakter. Vi ser da også, hvorledes den tids jurister udformede en række omfattende principper eller begreber inden for den privatretlige teori: f. eks. viljes- resp. forventnings/tillidsprincippet, overenskomst- resp. løfte/erklæringsprincippet, forudsætningslæren, umulighedslæren, retstridighedslæren, adækvanslæren, berigelsesgrundsætningen, besiddelsesbegrebet og læren om ejendomsrettens overgang. I sådanne almindelige principper eller lærer søgte man i en enkelt eller få sætninger at give generelle anvisninger for løsningen af en lang række praktiske problemer – ikke blot en vejledning for afgørelse af typetilfælde, men deduktion af løsningerne på konkrete konflikter.

2. *Stig Jørgensen,* Træk af Privatrettens Udvikling og Systematik; ovf. p. 1 ff.

2. Realisme.

Siden slutningen af forrige århundrede er denne logisk-konstruktive retsmetode i ikke ringe omfang blevet afløst af en såkaldt friretlig retsmetode. Denne retsmetode har til almindelig forudsætning den antagelse, at retssystemet ikke er et udtømmende system af normer. Herved understreger man, at dommerens virksomhed ikke alene er rent logisk-deduktiv, men at den er en selvstændig retskabende virksomhed. Dommerens opgave er at supplere retten på felter, hvor der ikke findes fikserede normer, eller hvor disse ikke har noget fast indhold. I princippet anses dommerens afgørelse altid som retskabende, eftersom hans afgørelse er en konkret *beslutning* og som sådan iøvrigt ikke kan være en mekanisk deduktion fra en abstrakt norm. Når dommeren altså ikke udelukkende kan være motiveret af logiske og formelle slutninger, må han, idet rent private vurderinger anses for utilladelige, være motiveret af pragmatiske hensyn (*reale hensyn*), d. v. s. overvejelser over formodede praktiske virkninger af løsningen. I modsætning til den konstruktive retsmetode, der var idealistisk-rationalistisk, er den friretlige retsmetode realistisk. – Heller ikke den videnskabeligt-dogmatiske fremstilling kan forudsætte et fuldkomment retssystem. Også i retsvidenskaben må man forsøge at udforme regler for ikke-normerede tilfælde ud fra en fremstilling og vurdering af de praktiske hensyn. Nogle vil dog ikke gå videre end til en blot fremstilling af reale hensyn ud fra den betragtning, at det ikke er videnskabens opgave at vurdere disse. I stedet for at opstille almindelige begreber og lærer og drage slutninger herfra må den dogmatiske videnskab søge at opstille en typologi på grundlag af en analyse af de reale hensyn. Det har herved ikke sjældent vist sig, at tidligere tiders almindelige principper eller lærer har været en rationalisering af et enkelt af flere mulige reale hensyn. Således er viljesprincippet en rationalisering af en fortrinsvis hensyntagen til løftegiverens interesse, medens forventningsprincippet er en rationalisering af en fortrinsvis hensyntagen til løftemodtagerens interesse.

3. Samfundsudviklingen.

Det er ikke vanskeligt at *forklare* denne udvikling i retsmetoden. Indtil slutningen af forrige århundrede var livsforholdene så relativt enkle, at det ikke alene var *tilstrækkeligt* at opstille sådanne almindelige principper og begreber – som dog altid behandledes med en vis sund fornuft – men det var også *nødvendigt,* eftersom de praktiske erfaringer ikke var tilstrækkelige til den specialisering, som er mulig i dag, hvor livsforholdene er så langt mere specialiserede og komplicerede. På den anden side er det evident, at den konstruktive retsmetode ikke længere er tilstrækkelig til løsning af vor tids mere raffinerede problemer. – Den realistiske retsmetode stiller andre krav til sine udøvere end tidligere. Det voksende og efterhånden uoverskuelige retsstof stiller krav om en større specialisering, og der kræves større kendskab til de praktiske livsforhold. Samtidig stilles der voksende krav til den generaliserende virksomhed, idet større og større om-

råder skal sammenfattes inden for retssystemet og den retlige begrebsverden. Tilsyneladende bliver orientering inden for sociologi og almindelig retslære mere påkrævet; disse emner burde derfor have en større plads i den juridiske undervisning, end de har – i hvert fald i Danmark.

4. Topik og systematik.

I de seneste års tyske litteratur er spændingen mellem den realistiske og konstruktive retsmetode blevet fremstillet gennem antitesen: »*topisches Denken*« og »*systematisches Denken*«[3]). Begrebet topik, der er afledt af det i den klassiske retorik dannede *topoi,* refererer sig til anvendelsen af synspunkter og argumenter i en diskussion. For retorikeren er det centrale ikke at føre bevis for rigtigheden af en bestemt påstand, men at *overbevise* en anden med gode argumenter. Det er da også karakteristisk, at advokaterne historisk er udgået af de retoriske skoler, og at den topiske retsmetode er særligt fremtrædende i retssystemer, der er præget af de til domstolene knyttede jurister, som f. eks. det klassisk-romerske og i nutiden det angel-saksiske. Såvel den romerske som den engelske retsudvikling er kasuistisk og pragmatisk; retsreglerne er ikke kodificerede, men udvikler sig efterhånden gennem *precedentia.* Forklaringen herpå er utvivlsomt den praktiske mands uvilje mod 1) gennem sproglige formuleringer at aflede tanken *fra* realiteterne *mod* en sproglig fortolkningsvirksomhed og 2) gennem abstraktioner at give reglerne en uberettiget universalitet[4]). – I modsætning hertil står den kontinentaleuropæiske retsudvikling, der siden det 12. århundrede har været præget af videnskabsmænd, der under indflydelse af græsk tænkning har stræbt mod en abstrakt og systematisk behandling af retsstoffet. Den tilsvarende retsmetode er som nævnt logisk-konstruktiv.

Den »systematiske« retsmetode understreger behovet for fasthed og sikkerhed i retsanvendelsen, medens den »topiske« understreger behovet for tilpasning til de praktiske behov og den konkrete retfærdighed. Retslærens og retsanvendelsens problem har til alle tider været at bøje disse modstridende tendenser til henholdsvis »despoti« og »anerki«[5]) mod hinanden. I tysk ret er det naturligt, at topikken har sat en brand i sjælen hos mange. Skønt den »friretlige« skole med *Jhering* og *Gierke* og *Heck* har spillet en ikke ubetydelig rolle, har begrebsjurisprudensen ikke mindst gennem den omfattende kodifikation af den tyske ret omkring århundredskiftet haft en dominerende indflydelse på den tyske retstænkning og retsanvendelse. – Flere af de betydeligste nyere jurister har givet deres tilslutning til grundtanken i den topiske retsmetode, omend man fremhæver betydningen af at fastholde den systematiske enhed baseret på et hierarkisk sæt af værdier[6]). Det er interessant, at henvisningen til, at retten er et bevægeligt eller

3. *Viewcg,* Topik u. Jurisprudenz (1953).
4. *Franz Blatt,* Written & Unwritten Law, Classica et Mediaevalia V (1942) p. 137 ff; *Fritz Schultz,* Prinzipien des Römischen Rechts (1934) p. 4 ff og 27 ff.
5. *Goos,* Retslæren I p. 47.
6. *Esser,* Grundsatz u. Norm (1956), Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil (1965), *Coing,* Die juristischen Auslegungsmetoden und die Lehren der allgemeine Hermeneutik (1959), *Raiser,* NJW 1964.1201 ff.

åbent system af normer, svarer til, hvad man i den nyeste engelske retsfilosofi er kommet til fra det modsatte udgangspunkt[7]). I de skandinaviske lande har man siden *Goos, Stang* og især *Bentzon* til stadighed betonet afvejelsen af de »krydsende hensyn«, herunder på den ene side trangen til at have faste regler, på den anden side hensynet til den konkrete retfærdighed[8]). Noget andet er, at den skandinaviske realisme, måske ikke mindst i Danmark, har haft en tilbøjelighed til at glide ud og blive principløs. Der kan måske være anledning til her stærkere at understrege systemtænkningens funktion som korrektion til argumentationen. Herigennem sikrer man sig *dels,* at det grundliggende værdihierarki ikke anfægtes, *dels,* at samme argumentation ikke anvendes på uligeartede situationer, eller at forskellig argumentation ikke anvendes på ligeartede situationer, og *dels* at argumentationen ikke bliver vilkårlig og selvmodsigende[9]). Det er med rette blevet fremhævet, at topikken ikke i sig selv indeholder en metode, der sikrer en betryggende retsanvendelse[10]).

II. SYSTEMATIK

Den retlige systematik kan som nævnt anlægges efter principielle og teoretiske eller praktiske ydre kriterier. Systematikken må være afhængig af formålet med denne. – I en teoretisk videnskabelig fremstilling, hvor formålet primært må være at påvise inkonsekvenser og sammenhænge i det givne materiale, vil en systematik anlagt efter teoretiske kriterier være nærliggende, medens systematikken i en praktisk orienteret håndbogsmæssig fremstilling snarere anlægges efter emner. I den pædagogiske virksomhed har man som oftest benyttet sig af en blanding af disse metoder.

A. Offentlig ret – privatret[11]).

Der har været tradition for opdeling af retsstoffet i to hovedgrupper: Offentlig ret og privatret, retsforholdet mellem henholdsvis offentlig myndighed og private og mellem private indbyrdes. Sondringen har en vis forbindelse med den romerretlige sondring mellem *ius publicum* og *ius privatum,* men er iøvrigt grundlagt af de tyske romanister[12]). – De tidligere naturretlige forfattere og især Pufen-

7. *Hart,* Concept of Law (1961) p. 121 ff, jfr. U 1962B.263 f.
8. *Bentzon,* Skøn og Regel (1914), *Illum,* Lov og Ret p. 70 ff og 113 ff; se også *Hagerup,* TfR 1888.1 ff.
9. Ikke mindst »præventionssynspunktet« er i nyere litteratur blevet misbrugt som argument, idet det efter behag er blevet tillagt stor eller ringe betydning ofte inden for samme fremstilling.
10. Jfr. *Diedericsen,* Topisches u. systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966.697 ff.
11. *Ross,* l. c. p. 246 ff og TfR 1936.109 ff, *Poul Andersen,* Dansk Forvaltningsret (3. udg.) p. 4 ff, *Schultz* l. c. p. 18 ff.
12. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem (Dig. 1, 1, 2). Det nærmere indhold i sætningen er vagt. Romerretten var vel i det hele taget væsentligst privatret i den klassiske tid sammenhængende med det private processystem. For romerne går sondringen mellem offentlig ret og privatret

dorff inddelte retsreglerne i tre grupper: personernes ret under formueret, familieret og statsret – folkeret. Danske Lov opererer heller ikke med en sondring mellem offentlig ret og privatret[13]). I de ældre danske privatretssystemer er såvel strafferet som procesret dele af privatretten. Sammenhængende hermed er den omstændighed, at strafferet og procesret i de ældre tider var et rent privat anliggende. Det var som nævnt de tyske romanister, som konsekvent inddelte retsstoffet i privatret og offentlig ret, hvortil i reglen henførtes såvel strafferet som procesret og kirkeret m. v. For disse havde imidlertid kun privatretten et enhedspræg, medens den offentlige ret bestod af forskellige særdiscipliner.

Sondringen mellem privatret og offentlig ret trives stadigvæk, men oftest som en rent *pædagogisk fordeling* af retsstoffet mellem forskellige lærere. Det er forlængst erkendt, at det ikke er muligt at anlægge en sondring mellem privatret og offentlig ret efter saglige kriterier. Hverken *subjektsteorien,* som lægger vægt på, hvem der er parter i retsforholdene, eller *interesseteorien,* som lægger vægt på, hvilke interesser der behersker retsforholdene, fører til noget resultat, idet offentlige myndigheder kan være parter i privatretlige forhold, og samfundsmæssige hensyn ofte behersker de privatretlige retsforhold. Sondringen mellem privatret og offentlig ret er altså *ikke en sondring efter teoretiske kriterier;* der sondres ikke mellem typer af regler, men snarere *mellem de emner, problemstillinger og konfliktstyper, som er fremherskende inden for forskellige dele af retssystemet.* – Traditionelt har privatretten været beskæftiget med spørgsmål vedrørende individets *autonomi* og *frihed* samt med en afvejning af de implicerede parters interesser og herunder med begrebet subjektiv ret og retsbeskyttelse, medens den *offentlige* ret i højere grad er karakteriseret ved andre hensyn end den private autonomi f. eks. den *autoritative* tilblivelse, effektivitet, fasthed, hensigtsmæssighed samt vel i højere grad samfundsmæssige hensyn. Der er her ikke tale om nogen udtømmende opregning eller noget sagligt kriterium, men blot om en antydning af hovedtyper af problemstillinger, som behersker forskellige dele af

snarest på præceptive resp. deklaratoriske regler, jfr. de hos *Jörs – Kunkel – Wenger,* Römisches Recht (3. Aufl.) 1949 i note 1 anførte kildesteder. Først eftertidens kejser- og kongemagt medførte den ændring i samfundsforhold og processystem, som efterhånden medførte behovet for den systematiske sondring. Ikke mindst skabelsen af særlige administrative domstole, der institutionaliserede sondringen i revolutionstidens Frankrig, begunstigede udviklingen. Se Kants Rechtslehre p. 156 ff, der afviser den naturretlige systematik, hvorefter den offentlige ret ligesom familieretten samles som dele af »selskabsretten« i modsætning til »personretten«. – Familieretten savner det for statsretten karakteristiske underordnelsesforhold. – Da *Savigny* samtidig bygger sin systematik på *livsforholdene,* er det naturligt for ham at bygge på en sondring mellem offentlig og privat ret, ikke mindst i betragtning af hans Schelling-Hegelske statsfilosofi, System II p. 455, jfr. *Stahl,* Philosophie des Rechts, 2. del I, p. 121. Sondringen accepteres af Savignys danske elev: *Scheel,* Privatrettens almindelige Del I, 1865 p. 3; se tildels allerede Andreas Höyer (V. P. M. Bredsdorff), Jus Publicum, det er statsret eller statsforfatning og rettigheder for Danmark, Norge og fyrstendømmerne, *J. W. F. Schlegel,* Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger (1805) I p. 18 og II p. 42, jfr. Stig Jørgensen, TfR 1966.

13. Ovf. p. 6 ff; se også *Goos,* Retslæren I p. 9 ff, der byggede på en anden systematik jfr. ndfr. v. note 15.

retssystemet. Især i tysk teori har man også villet finde en karakteristisk forskel i det retfærdighedsprincip, der behersker de respektive dele, hhv. den *permutative* og den *distributive* retfærdighed[14]).

Det kan være praktisk at behandle de retsregler, som knytter sig til *visse ydre forhold* såsom fast ejendom, arbejdsforhold, søfart og selskaber m. v., uden hensyn til typen af de retlige problemer, om de er af »offenligretlig« eller »privatretlig« beskaffenhed. På den anden side er det værdifuldt, at der i den juridiske videnskab og praksis sker en *specialisering* mellem dem, som fortrinsvis indretter deres virksomhed på det privatretlige og dem, som specialiserer sig i de offentligretlige problemstillinger.

B. Almindelig del – speciel del.

1. Privatrettens almindelige del.

Medens privatretten som sagt havde et sådant enhedspræg, at man kunne udsondre almindelige spørgsmål til *privatrettens almindelige del,* antoges noget tilsvarende ikke at gælde for den offentlige ret. I privatrettens almindelige del behandlede man nogle spørgsmål, som var fælles for retssystemet som helhed: retskilderne, lovfortolkning, retsreglernes natur i almindelighed, de retlige modaliteter, herunder retsstiftende kendsgerninger, handlinger i al almindelighed samt rettighedernes beskyttelse. – I den almindelige del behandledes sædvanligvis også personretten. Omkring århundredskiftet blev det imidlertid almindeligt at udsondre personretten fra privatrettens almindelige del og henlægge den til behandling i tilslutning til familie- og arveretten. Samtidig udgik individuelle frihedsrettigheder til behandling i statsretten. I mellemtiden havde Goos behandlet de spørgsmål, som sædvanligvis behandledes i privatrettens almindelige del, i en almindelig retslære, der ikke byggede på sondringen mellem offentlig ret og privatret. Borneman havde inddelt retsstoffet i tre afdelinger grundet på personlighedsprincippet, familieprincippet og statsprincippet. Goos spaltede den første gruppe op i to, idet han sondrede mellem rettighederne i de rene koeksistensforhold, retten i det borgerlige samfund, retten i familielivet og retten i statslivet[15]).

En almindelig privatret var naturlig på et tidspunkt, da man havde behov for

14. Ovf. p. 28 f. Når den systematiske inddeling i offentlig ret og privat ret måske i nutiden ikke opleves som principiel, skyldes det måske dels, at de individuelle frihedsrettigheder i slutningen af forrige århundrede udgik af privatretten og behandledes i statsretten muligvis på grund af frihedsrettighedernes formelle behandling i konstitutionen her i landet i grundloven af 1848, – dels at statsretten ikke længere indtager den dominerende plads i den offentlige ret, efter at forvaltningsretten er kommet til; friheds- og lighedsprincipperne har efterhånden fået en fremtrædende placering i den offentlige ret, jfr. *C. A. Nørgaard,* lighedsgrundsætningen, Juristen 1965.1 ff.
15. *Goos,* Retslæren I p. 9 ff. *Bentzon,* Retskilderne, Indledningen.
15a. Forordet til 2. Udg. af *Scheels,* Personretten (1876) smh. med *Deuntzser,* Personretten (1889).

generaliseringer, som omfattede større dele af retssystemet[16]). På den anden side var privatretten på dette tidspunkt *dels* den praktisk vigtigste *dels* den del af retssystemet, som var videst udviklet på grundlag af det romerske retsstof.

2. Generalisering – specialisering.

a. Indledning.

Udviklingen er imidlertid gået i retning af i stedet at udforme en *almindelig retslære* omfattende hele retssystemet, hvor de retsproblemer, som tidligere behandledes i privatrettens almindelige del, bliver fremstillet[17]). Der er på den ene side i den fremadskridende økonomiske og sociale og kulturelle udvikling en tilbøjelighed til en videregående *specialisering,* men på den anden side som nævnt et behov for en videregående *generalisering.* På samme måde er der efterhånden opstået et behov for *generaliseringer på et lavere niveau.* – Således har det længe været sædvanligt inden for privatretten at udskille en *formuerettens eller obligationsrettens almindelige del,* hvori man behandler almindelige spørgsmål om formuerettigheders stiftelse ved aftale eller retsbrud, fuldmagt, rettighedernes indhold, overdragelse, ophør og beskyttelse. – I tysk-romanistisk teori behandledes retshandelslæren i privatrettens almindelige del, hvilket fik konsekvenser for den viljesteoretiske udvikling af kontraktsreglerne i tysk ret, mens reglerne om retsstiftelse ved aftale siden slutningen af forrige århundrede her behandledes i formuerettens almindelige del. De fælles træk for så vidt angår de formueretlige og de familie- og arveretlige dispositive udsagn må herefter fremstilles i retslæren. – I formueretten behandledes ikke alle de retsregler, som har tilknytning til *de privates formue,* idet familieformueretten og arveretten holdes udenfor. Savigny lagde som nævnt i systematikken hovedvægten på de typiske ydre *livsforhold* med de hertil svarende *retsinstitutter* og lod disse gå forud for en subsidiær systematik efter teoretiske kriterier. Denne fremgangsmåde, som havde indlysende praktiske fordele, er i det væsentlige fulgt af eftertiden. – Man kan diskutere, om læren om *erstatning* uden for kontraktsforhold bør behandles i obligationsretten[18]). De relevante problemer inden for denne del af erstatningsretten har ikke relation til kravets indhold. Erstatningskravet er et almindeligt pengekrav, som for så vidt følger de almindelige obligationsretlige regler om pengekrav, selv om visse særregler gør sig gældende, for så vidt angår kravets overdragelse og retsbeskyttelse. Det centrale problem i erstatningsretten er betingelserne for ansvarets pådragelse. I denne henseende står problematikken i erstatningsretten måske strafferetten nærmere end nogen anden del af retssystemet. Ross har da også foreslået at behandle erstatningsretten sammen med straffe-

16. *Arnholms* Privatret, hvoraf hidtil er udkommet 3 bind: Almindelig Del, Aftaleret og Obligationsret, er et interessant eksperiment og tilsigter ikke at være et udtømmende system i klassisk forstand.
17. *Goos* og *Ross,* l. c.
18. *Stig Jørgensen,* Erstatningsret p. 17 ff.

retten og fogedretten i en fælles reaktionsret[19]). Man må dog ikke overse slægtskabet med de i kontraktsforhold gældende erstatningsregler[20]). – Også inden for erstatningsretten er der en udvikling i gang i retning mod en spaltning i en almindelig del og en speciel del omfattende de forskellige livsforhold, hvori ansvar pådrages[21]).

b. Tingsret – obligationsret.

Iøvrigt opdeles formueretten traditionelt i obligationsret og tingsret. Sondringen skyldes oprindeligt den romanistiske sondring mellem tinglige og obligatoriske rettigheder. Denne begrundelse for sondringen er forlængst bortfaldet, og det er da også den almindelige opfattelse, at sondringen mellem obligationsret og tingsret ikke kan anlægges på grundlag af forskellige typer af *rettigheder,* men på grundlag af forskellige typer af *retlige problemer*[22]). – I *obligationsretten* behandles typisk retsforholdet mellem to parter, fordringshaveren og skyldneren, mens man i tingsretten behandler retskonflikter i forholdet til omverdenen (kreditorer og omsætningserhververe), især i forbindelse med rettigheders overdragelse. – I en teoretisk fremstilling burde man derfor principielt dele formueretten op i obligationsretten ɔ: de retsregler, som angår retsforholdet mellem de implicerede parter uden hensyn til genstanden for retten, mens man i tingsretten burde behandle alle spørgsmål om retsforholdet til omverdenen *uden hensyn til rettens genstand*[23]). – Denne systematik følges sjældent, idet man utvivlsomt tildels af *traditionelle* grunde, men tildels også af *praktiske* grunde behandler en del tingsretlige problemer i obligationsretten, herunder især de tinglige problemer i forbindelse med overdragelse af fordringer og fordringers beskyttelse mod tredjemand, mens man i tingsretten behandler adskillige obligationsretlige problemer, ikke mindst inden for panteretten og andre dele af læren om begrænsede tinglige rettigheder. – Inden for *tingsretten* behandles ikke sjældent store dele af det kompleks af retsregler, som vedrører fast ejendom, landboejendomme o. s. v. uden hensyn til retsreglernes *offentligretlige – privatretlige* eller *tingsretlige – obligationsretlige* karakter. – Tilsvarende gør sig gældende inden for *søretten, selskabsretten* og *arbejdsretten,* som traditionelt udgør specielle dele af obligationsretten.

c. Almindelig del – speciel del.

I det hele taget har der været en *tendens til opløsning af det obligationsretlige system, som splittes op i specialdiscipliner.* – Inden for disse udskilles undertiden almindelige grundsætninger, som behandles i en *almindelig del på tværs af den hidtidige systematik.* Bl. a. har vi i de senere år set, at der har dannet sig en

19. l. c. p. 254 f og 269.
20. *Stig Jørgensen,* Erstatningsret p. 23 f.
21. *Stig Jørgensen,* Erstatningsret p. 17 ff, 21 ff, 64 ff, og 131 m. note 6.
22. *Ross,* Om Ret og Retfærdighed, kap. VII, *Stig Jørgensen,* ovf. p. 30.
23. *Rodhe,* Obligationsrätt § 1 og i Festskrift til B. Ekeberg (1950) p. 436 ff.

transportrettens almindelige del på baggrund af sørettens og de øvrige transportområders særlige forhold[24]). Omvendt har visse dele af obligationsrettens specielle dele givet anledning til en anden opspaltning; i arbejdsretten sondres i dag mellem den *individuelle og den kollektive arbejdsret*[25]). Inden for køberetten har der i de senere år været en tendens i en anden retning, idet man i dag på basis af de skandinaviske købelove kan tale om en *køberettens almindelige del, mens der har dannet sig en køberettens specielle del* med relation til forskellige typer af køb. Der er forskel på de køberetlige regler inden for industrien og en gros handelen, og på problemerne inden for en gros handelen og detailhandelen, medens den traditionelle sondring går mellem handelskøb og civilt køb[26]). – Herved er vi kommet et langt stykke ind på *formularrettens* område. Det har for alvor været diskuteret, om man inden for den almindelige kontraktsret hensigtsmæssigt kan beskrive den retsstiftelse, som finder sted igennem antagelse af almindelige kontraktsvilkår eller iøvrigt ved de såkaldte »adhæsionskontrakter«[27]). – Også store dele af reglerne om værdipapirer, gældsbrevsretten, veksel- og checkretten, samt reglerne om garanti samles i dag under et større specialområde (*bankret*); det er ikke usandsynligt, at man også her på et eller andet tidspunkt kan tænkesig en *bankrettens almindelige del(* lige som man inden for forsikringsretten har kunnet danne *forsikringsrettens almindelige del*[28]).

d. Immaterialret.

Ligesom privatretten er blevet sprængt som systematisk enhed, har *heller ikke formuerettens enhed kunnet opretholdes.* Den traditonelle sondring mellem obligationsret og tingsret baseret på sondringen mellem på den ene side fordringer og på den anden side rådighedsrettigheder især over fast ejendom og løsøre er i de senere år blevet suppleret med et tredje væsentligt retsområde: *immatrialretten,* omfattende forfatter- og kunstnerret, patentret, mønsterret, mærkeret, konkurrenceret m. v. I dansk ret har man forsøgt at optage denne del af retssystemet i tingsretten med betegnelsen ejendomsret som fællesbetegnelse[29]). Problematikken i immatrialretten er dog så særegen, at det ikke tjener noget nyttigt formål at behandle immatrialretten i tilslutning til de traditionelt formueretlige fremstillinger, som er baseret på fordrings- og rådighedsrettighederne. Immaterialretten har så iøjnefaldende offentligretlige og erhvervsretlige aspekter, at især de, som har erhvervsretlig tilknytning lettere beherskes i et erhvervsretligt perspektiv. I *erhvervsretten* kunne man desuden behandle arbejdsret, monopolret, næringsret, dele af bankretten og handelsretten iøvrigt, derunder selskabsret, dele af transportretten samt entrepriseret m. v.[30]).

24. *Schmidt m. fl.,* Huvudlinjer i svensk frakträtt (2. udg.) 1962, *K. Grönfors,* Allmän transporträtt (1965).
25. *Ross,* l. c. p. 260.
26. *Stig Jørgensen,* 4 obligationsretlige Afhandlinger p. 111 ff (164).
27. l. c. p. 81 ff og TfR 1965.400 ff (431).
28. *Stig Jørgensen* m. fl., Dansk Forsikringsret I. Alm. Del (1965).
29. *Fr. Vinding Kruse,* Ejendomsretten (2. udg.) I p. 109 ff.
30. *Ross,* l. c. p. 174 ff og 262 ff.

III. KONSEKVENSER

Den således konstaterede nødvendige *specialisering* kan ikke undgå at få konsekvenser både for den juridisk-pædagogiske *uddannelse* og for den *videnskabelige* og praktiske behandling af retsstoffet.

A. Uddannelsen.

I en tid med en voldsom forøgelse af retsstoffet, et stigende studentertal, et samtidigt krav om nedsættelse af studietiden og rationalisering af studiet må man ved de juridiske fakulteter på forhånd opgive at bibringe de studerende en samlet beherskelse af retssystemet. Man må koncentrere sig om indlæring af en videnskabelig og juridisk metode på et relativt abstraktionsniveau. Det er derfor af pædagogiske grunde nødvendigt at fremstille de væsentligste retlige problemstillinger med en vis almengyldighed i en eller flere »almindelige dele«. De som grundlag for generaliseringerne valgte kriterier må anvendes til gennem en sammenhængende systematik at fremme oversigt i beherskelsen af fasthed i anvendelsen af retsreglerne. Den fare, som ligger i den generaliserende »begrebsjuridiske« metode, undgås, såfremt man stadigt understreger, at der ikke af begreber og andre abstraktioner kan uddrages andet og mere, end man selv har indlagt heri. – Ikke alene juridiske studenter har behov for overskuelige oversigter over almindelige problemstillinger. Dommere kan og skal ikke være specialister og må derfor nødvendigvis udstyres med de redskaber, som begrebsdannelser, systematik og metodelære er for den praktiske jurist, hvis hans afgørelser ikke skal blive tilfældige og principløse. Også advokaterne, hvis opgave naturligvis i første række er at forsyne retten med gode argumenter, og hvis metode derfor primært må være »topisk«, må beherske den retlige begrebsdannelse og systematik for ikke at svigte deres opgave som medvirkende til opretholdelse af vor fælles retskultur.

B. Videnskaben.

1. Arbejdsdeling.

Også *videnskabeligt* set må man resignere på den universelle beherskelse af retsstoffet. Det er nævnt, at den grundlæggende sondring mellem privatret og offentlig ret i hvert fald videnskabeligt-pædagogisk set stadig har en vis begrundelse. Inden for privatretten har man længe haft en opdeling mellem på den ene side person-, familie- og arveret og på den anden side formueret. – I formueretten deles stoffet i obligationsret og tingsret. Også inden for formuerettens hovedområder er der sket en omfattende specialisering. Det er ikke længere realistisk at forlange, at en lærer i f. eks. obligationsret skal beherske hele det traditionelt obligationsretlige system. Også her må der foretages en praktisk *arbejdsdeling,* som går på tværs af hovedsondringen mellem tingsret og obligationsret: forsikringsret, sø- og transportret, selskabsret, arbejdsret, bankret, erhvervsret i videste forstand. Tilbage bliver, hvad man kunne kalde *formuerettens almindelige*

del omfattende kontraktsretten. Erstatningsretten uden for kontraktsforhold har ikke blot forbindelse med strafferetten til sanktionsretten, men har også nær forbindelse med erstatningsretten i kontraktsforhold. I formuerettens almindelige del kunne man da iøvrigt behandle visse almindelige formueretlige begreber og problemstillinger, herunder f. eks. ejendomsret, fordringsret, tilegnelse, frembringelse, hævd og forældelse, præklusion, restitutioner, rettigheders overdragelighed m. v. – I *obligationsretten* kunne man behandle retsvirkningerne mellem parterne af de opståede forpligtelser, herunder forpligtelsens indhold, og retsvirkninger koncentreret omkring misligholdelseslæren, visse spørgsmål i forbindelse med personskifte i skyldforhold og fordringernes ophør. – I *tingsretten* kunne man især behandle problemer i forbindelse med rettigheders beskyttelse over for omverdenen, især i forbindelse med overdragelse. Det konsekvente ville her være at fremstille disse spørgsmål i sammenhæng uafhængigt af rettens genstand, hvad enten denne er løsøre, fast ejendom eller en fordring. Derimod ville det antagelig være mindre hensigtsmæssigt at spalte behandlingen af de begrænsede tinglige rettigheder, herunder især panteretten, op i to afdelinger. Mest konsekvent ville det vel være at behandle disse spørgsmål i formuerettens specielle dele. Spørgsmål om de faste ejendommes afgrænsning og forholdet til det offentlige må behandles i en speciel »fast ejendoms ret«, landboret m. v. Disse områder indeholder ligesom ekspropriationsretten væsentlige statsretlige og forvaltningsretlige problemer[31]).

2. Sagkundskab.

Udviklingen er naturligvis ikke alene nødvendig, men også i visse henseender ønskelig, idet man igennem specialisering opnår en betydelig udvikling i retning af *sagkundskab* og en heraf følgende vidtgående præcision og nuancering i retsreglerne, som således lettere tilpasses de samfundsmæssige behov. På den anden side må man ikke se bort fra værdien af abstraktion, hvorved man som nævnt sættes i stand til at tilstræbe sammenhæng og konsekvens i regelsystemet. Ud fra en juridisk synsvinkel er det væsentligt at understrege dette. Gennem abstraktion opnås ikke alene en større forudberegnelighed i regelsystemet; man understreger også det fundamentale retfærdighedskrav: at lige tilfælde behandles lige. Man må heller ikke se bort fra den inspiration til udvikling af retsreglerne på specielle felter, der kan ligge i beherskelsen af en større del af retssystemet. Denne betragtning var afgørende for de tyske romanister. Man må derfor stærkt understrege behovet for, at de, der beskæftiger sig med retssystemets specielle dele, får en grundlæggende træning i at behandle almindelige retsvidenskabelige problemstillinger, og at de, der beskæftiger sig med formuerettens specielle dele, får en sikker beherskelse af formuerettens almindelige problemstillinger.

31. *Rodhe,* Obligationsrätt § 1 og Festskrift til B. Ekeberg p. 436 ff og *Ross,* l. c. p. 256 ff anbefaler lidt divergerende systematiske inddelinger, se også *Hessler,* TfR 1966.298.

3. Gruppearbejde.

Den moderne tids specialisering stiller på det videnskabelige felt også krav om øget samarbejde, herunder videnskabeligt *gruppearbejde,* således som man længe har kendt det inden for andre videnskaber. Det siger sig selv, at en enkelt person ikke med samme hurtighed, sikkerhed og præcision kan beskrive et større arbejdsstof som en gruppe af specialister. Udviklingen understreger også kravet om efteruddannelse ikke alene af videnskabelig arbejdskraft, men også af praktiserende jurister.