

LØFTET OG DETS CAUSA

FORMUERETLIGE STUDIER

VED

H. MUNCH-PETERSEN

✕

«L'obligation sans cause . . .
ne peut avoir aucun effet.»
Code civil.

.....

KJØBENHAVN

Universitetsboghandler G. E. C. Gad

I. Cohens Bogtrykkeri. A. A. Lange & Co.

1896

Denne Afhandling er af det juridiske Fakultet ved Københavns Universitet funden værdig til at forsvares for Erhvervelsen af den juridiske Doktorgrad.

Kjøbenhavn, d. 13. Februar 1896

Jul. Lassen
h. a. dec. fac.

§ 1.

Indledningsbemærkninger.

I vor realistisk bevægede Tid trænger det næsten til en Undskyldning eller dog en Forklaring, naar en juridisk Forfatter vover at træde frem for Offentligheden med et saa abstrakt filosofisk klingende Emne som »Løftet og dets Causa«. Den metafysiske Naturrets blegeste Spøgelse synes derved at manes frem for at føre en hjemløs Gjengangertilværelse i en Tid, hvor ogsaa for Jurisprudensen en Jhering saa stolt har rejst Realismens Fane.

Det er Forf.'s Haab, at Skriftets Indhold vil være istand til at svække denne Frygt, og at han maa findes deri ikke for stærkt at have forsyndet sig mod den moderne Retsvidenskabs Tanker og Methode, hvortil ogsaa han selv i det væsentlige bekjender sig.

Herom vilde dog en nærmere Bemærkning maaske ikke være overflødig. Naar den realistiske Methode i Retsreglernes rent praktiske Grund og Formaal vil søge den juridiske Videnskabs Alfa og Omega, og som Følge deraf forkaster ethvert videnskabeligt Resultat, hvis praktiske Nytte ikke kan gjøres indlysende, ligger Faren for en vis Overdrivelse nær, og det lader sig næppe heller nægte, at enkelte, der tildels selv betegnede sig som Jhering's Disciple, men som rigtignok Mesteren selv ikke har villet vedkjende sig, ere bukkede under for denne Fare. De opfattede nemlig hans praktiske Krav til Retsvidenskaben saaledes, som om kun det burde finde Naade for dens Øjne, der umiddelbart lod sig omsætte til Skillemønt til Brug for det praktiske Liv. Men dette er sikkert en altfor snæver Maalestok, som heller ingen vilde tænke paa at opstille for de andre saakaldte anvendte Videnskaber. Her tager man med Glæde mod ethvert

videnskabeligt Resultat, der frembyder en Mulighed for, om end maaske kun indirekte og gennem flere Mellemed, at bidrage en Skjærv til Løsningen af Livets Opgaver, og man forlanger ikke minutløst Bevis for, paa hvilken nærmere Maade og i hvilket Omfang dets praktiske Nytte vil vise sig. Et lignende, ikke altfor snævert Syn maa man da ogsaa anlægge paa Retsvidenskaben. Dennes praktiske Karakter skal ogsaa kun vise sig deri, at det Endemaal, paa hvilket enhver videnskabelig Undersøgelse sigter, altid skal være noget, der paa en eller anden Maade kan finde sin Anvendelse paa det virkelige Liv: maa der paa Forhaand frakjendes den enhver saadan Betydning, er dermed ogsaa Dommen over selve Undersøgelsen fældet. Men denne Fordring opfylder ikke blot det videnskabelige Arbejde, der f. Ex. yder en konkret Lovfortolkning, som Domstolene umiddelbart kunne indlemme i deres juridiske Holdning, men ogsaa et saadant, der mere almindelig aabner den juridiske Erkjendelse nye Synspunkter og derigennem søger at vejlede dem ved Udøvelsen af deres Virksomhed¹⁾.

Imidlertid er det ikke blot ved Fastsættelsen af Retsvidenskabens Maal, men ikke mindre med Hensyn til dens Midler, at det gjælder at undgaa en for snæver Betragtningmaade. Her forstaas nemlig den realistiske Methode undertiden saaledes, at Retsvidenskaben skulde være udelukket fra at tage Hensyn til andet end, hvad der umiddelbart paatvinger sig den praktiske Mands Opmærksomhed; kun hvad hans jævne »sunde Menneskeforstand« tilsiger ham, har virkelig Værdi, alt andet er blot ørkesløs theoretisk Spekulation. Overfor Litteraturens tidligere Værker fører da denne Opfattelse til at indtage en fuldstændig afvisende Holdning. De »Retsbegreber«, som disse for en stor Del handle om, er jo ikke noget, der paatvinger sig den umiddelbare Sanseiagttagelse, ja de kunne maaske endog i enkelte Tilfælde godtgjøres at føre til Resultater i positiv Strid med, hvad det praktiske Liv bydende synes at kræve. Og, i det hele, hvorfor da spille Tiden med at studere Bøger, der dog kun give et ved »Begrebsjuristeri« mer eller mindre forkvaklet Billede af Retten, i Stedet for at vende sig direkte til Beskuelse af denne selv, som den udbreder sig frisk og umiddelbar for det ikke ved Dogmer eller Axiomer hildede Blik?

Et saadant yderliggaaende Standpunkt lader sig forklare

¹⁾ jfr. herved tildels Hagerup's Afhandling om den nyere Retsvidenskab i Tidsskr. f. Retsvidenskab I., særlig S. 44.

som en ret naturlig Reaktion mod den altfor dogmatisk-aprioriske Tendens hos flere af den ældre Retnings Forfattere. Men at det dog paa sin Side ved saaledes helt at identificere en real Betragtning af Retslivets Fænomener med en ren umiddelbar Iagttagelses Methode skyder langt over Maalet, vil atter et Blik paa Forholdet ved de andre reale Videnskaber være tilstrækkeligt til at vise. Ved disse er man klar over, at den videnskabelige Undersøgelse kan føre til Resultater, der maaske endogsaa synes at komme i ligefrem Strid med, hvad den rent intuitive Iagttagelse lærer os, og ingen vilde da her anmasse sig til overfor den dybere videnskabelige Erkjendelse at pukke paa sin egen jævne Menneskeforstand¹⁾. Paa samme Maade vil da ogsaa Retsvidenskaben ved en nærmere Indtrængen i det reale Livs Fænomener, der ogsaa her bør danne det udelukkende Grundlag for al Forskning, ved at sammenholde dem med hinanden, og bringe det, der tilsyneladende staar som isolerede Kjendsgærninger, i indre Sammenhæng, kunne føre til Resultater forskjellige fra, hvad der ved første Øjekast kunde forekomme os det rigtige, uden at vi derfor tør betegne dette som mere »real«, end hvad den mere omfattende, »theoretiske« Erkjendelse viser som det i Virkeligheden rette.

Ethvert Middel, der kan bringe os blot en Fodsbred nærmere mod Sandhedens uendelig høje Maal, maa vi da gribe med Glæde, og navnlig gaar det ikke an at kaste Vrag paa den Sum af Generationers Erfarings- og Tænkningresultater, som Retsvidenskabens tidligere Frembringelser rumme. Er Videnskabens Historie stundom blevet betegnet som en Vildfarelsernes Historie, saa maa den dog ogsaa og først og fremmest siges at være de vildfarende Sandheders Historie. Vi maa gaa ud fra, at vore Forfædre ikke blot har haft samme Maal og samme Gjenstand for deres Bestræbelser som vi, nemlig at bringe Orden og Sammenhæng i Retslivets brogede Mangfoldighed og derigjennem finde Midlerne til Fyldstgjørelsen af dets Krav, men ogsaa til denne Opgave er mødte med en lignende Iagttagelsesevne og Tænkraft, omend maaske de Former, hvori deres Tænkning har fundet Udtryk, kan have været noget forskellige. Vor Bestræbelse maa da rettes paa at trænge

¹⁾ Jhering anfører, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl. II. 2. S. 318, den Analogi fra Naturvidenskaben, at nogen her i Henhold til sin »naturlige« Opfattelse vilde hævde, at i Virkeligheden Jorden staar stille, og det er Solen, der staar op og gaar ned.

gjennem disse Former ind til selve Indholdet, og gjøre dette anvendeligt for vore Formaal, afpasse det for vore Former. Hver Tid lykkes det i Reglen at fange sin lille Flig af Sandhedens endeløse Kappe, Fejlen er kun, at dette ganske lille Brudstykke ikke sjældent bliver betragtet som den hele Sandhed, eller at der ialtfald bliver tillagt det en langt mere almindelig og absolut Karakter, end der i Virkeligheden tilkommer det. Men netop denne sidste Omstændighed er egnet til at udæske Eftertidens Kritik og faa den til at overse den relative og begrænsede Sandhed, der dog laa deri og kun havde faaet et for almindeligt Udtryk. At stille sig, ikke afvisende, men forstaaende, at betragte de videnskabelige Resultater, vel ikke som Dogmer, men dog som, omend maaske ufuldkomne, Udtryk for virkelige reale Sandheder, som det gjælder at udfinde og prøve i de nye Erfaringers Lys, bliver da den moderne Retsvidenskabs — som al Videnskabs — Opgave overfor Fortidens.

Opfyldt af saadanne Betragtninger er det, at Forf. er gaaet til sin Undersøgelse af Retshandelens Causa. Causa'en har interesseret ham, ikke just som Begreb, — om der overhovedet tilkommer et saadant nogen juridisk Existens, eller om det ikke ihvertfald er nødvendigt at opstille ikke ét, men flere Causabegreber, har for ham været saare tvivlsomt. Men selv om han havde følt sig overbevist ved visse franske Forfatteres Udviklinger, der med overlegen fransk Logik have søgt at vise, at den »cause«, som dog deres Lovbog selv opstiller og knytter Regler til, i Virkeligheden slet ikke eksisterer som selvstændigt Retshandelselement¹⁾, vilde denne Undersøgelse dog ikke mangle Gjenstand. Fordi Begrebet forkastes, forsvinder dermed ikke alle de reale praktiske Hensyn, som derigjennem have søgt at skaffe sig Udtryk, og det er netop denne Causa'ens reale Funktion i Retslivet, som skal danne Gjenstanden for dette Skrift. Det er en Kjendsgærning, der ikke kan bestrides, at Retshandelen, lige saa vel som enhver anden menneskelig Handling, udspringer af visse Motiver, foretages til Opnaaelse af visse praktiske Formaal. En Retshandel uden Formaal vilde, som Bähr siger²⁾, være en fuldstændig »Sinnlosigkeit«. At Retsordenen da uden videre skulde slaa en Streg over denne Kjendsgærning, der stadig gjentager sig, og behandle

¹⁾ saaledes Ernst, Timbal og tildels Artur, jfr. nærmere nedenfor under det franske Afsnit i Slutn. af § 15 og § 16.

²⁾ Anerkendning S. 13.

Retshandelen uden alt Hensyn dertil, er noget, der i højeste Grad har Formodningen imod sig. Snarere maa der vel anføres særlige, fra Retsordenens Natur hentede Grunde, hvergang man saaledes løsriver Retshandelen fra dens naturlige Jordbund ved at tillægge Viljeserklæringen Virkning uden at tage Hensyn til de Motiver, hvori den har fundet sit Udspring. Er det saaledes givet, at der efter Omstændighederne maa tillægges Retshandelens Motiv en vis Vægt, medens paa den anden Side Erfaringen lærer, at der er Grænser for denne Hensyntagen, bliver det en særlig Opgave at bestemme denne Grænselinie. Nærmere at undersøge Motivforholdet ved Retshandelen og i Henhold dertil søge at naa til en Bestemmelse af, i hvilket Omfang der kan tillægges dette Betydning, og hvori denne Virkning da egentlig bestaar, er disse Studiers Maal.

Fordi saaledes Opgaven i Overensstemmelse med den moderne Retsvidenskabs Fordringer stilles rent praktisk, realt, følger deraf dog, som foran berørt, ingenlunde, at Staven ubetinget skulde være brudt over de Udviklinger af mere filosofisk Karakter, der maatte findes hos tidligere Forfattere. Forsaaavidt disse, trods det abstrakt filosofiske Anstrøg, hvormed de fremtræde, ved nærmere Prøvelse maatte vise sig at være Udtryk for virkelige reale Betragtninger, vil der ikke være noget til Hinder for at stryge denne ydre tilfældige Skal af og holde sig til den indre Kjærne af praktisk Værdi. Kun dersom det slet ikke er os muligt at opdage en saadan, maa vi — og dette gjælder ogsaa, hvor vi støde paa dem hos samtidige Forfattere — afvise dem som Jurisprudensen uvedkommende. Man kan her overføre paa Causa'en, hvad en af Renaissancens Filosofer¹⁾ har udtalt om Sjælen, nemlig at det ikke har Interesse for os at vide, hvad den er, men hvorledes den virker, saa at det gjælder at kjende, ikke dens Væsen, men dens Funktioner. Men ikke blot metafysiske Spekulationer over Causa'ens Væsen maa Retsvidenskaben betragte som sig uvedkommende. Selv Erfaringspsykologiens Resultater maa være uden bindende Virkning for Juristen. Han bør vel i Psykologien søge Oplysning om de sjælelige Forhold, der her danne Forudsætningen for den retlige Ordning, paa samme Maade som man gaar til de andre Videnskaber, hvor Talen er om Ordningen af Yderverdens

¹⁾ Ludovicus Vives ifølge Høffding: Den nyere Filosofis Historie I. S. 33.

Forhold, men den endelige Fastsættelse af denne kan dog ikke ske i Henhold til saadanne blot psykologiske Momenter, men alene paa Grundlag af virkelige juridiske Hensyn ¹⁾. En Forfatter, der sætter disse sidste til Side, kan maaske yde noget værdifuldt for Sjælelæren, for Retsvidenskaben har hans Resultater ingen umiddelbar Betydning ²⁾.

Det er altsaa ikke i Parternes indre Bevidsthed, men i selve det praktiske Retsliv, der foregaar udenfor dem, at vi skulle finde Bidragene til Causa-Spørgsmaalets Løsning. Ved en Undersøgelse, der, som den foreliggende, væsentlig har Sigte paa Nutidens Ret, maa da dennes Forhold danne Hovedgjensstanden. Men saa lidt her som ellers vil der kunne være Tale om at naa til fuld Forstaaelse af Nutiden uden samtidig at kaste et Blik tilbage paa Fortidens Forhold. Om end der her i Skriftet kun i ringe Omfang vil blive Lejlighed til selvstændig retshistorisk Forskning, ville derfor Retshistoriens Resultater blive tagne i Betragtning, hvor de antages at kunne hjælpe os til et dybere Indblik i den gjældende Retsordning.

Af Historiens Vidnesbyrd fortjener da atter for denne Undersøgelses som for de fleste andre formueretlige Spørgsmaals Vedkommende den romerske Ret den første Plads. Ikke blot henter Causa-Begrebet fra den sit Navn, men det er ogsaa her, at det i Virkeligheden har sin Oprindelse og har fundet sin nøjeste Udfoldelse og Gjennemførelse. Imidlertid maa vi ogsaa for dette Punkt paalægge os en vis Begrænsning. Det kan ikke her være Opgaven at forsøge at give en sammenhængende dogmatisk Fremstilling af Causa-Begrebet, som det træder frem i den positive romerske Ret, idet alle de forskellige Træk føjes sammen til et enkelt Billede, og det, der kunde synes at bringe Disharmoni deri, søges fjærnet. For Tysklands Vedkommende, der endnu til en vis Grad befinder sig under Trykket af at maatte behandle en saadan kompilatorisk Samling af Enkeltafgjørelser, som Corpus juris i Virkeligheden er,

¹⁾ jfr. Hartmann i Arch. f. die civ. Praxis Bd. 77 S. 213, Note 61, og med særligt Hensyn til Tilregnelighedsspørgsmaalet Goos: Alm. Retslære I. S. 297 ff., særlig S. 305.

²⁾ Dette maa saaledes i det hele siges at gjælde om det for Psykologien saa interessante Skrift af E. Zitelmann: Irrthum und Rechtsgeschäft. 1879, hvad ogsaa Schlossmann i sin Anmeldelse i Grünhut's Zeitschrift VII. S. 543 ff., skarpt betoner, jfr. derimod som Exempel paa en virkelig juridisk Behandling af samme Emne R. Leonhard's Der Irrthum bei nichtigen Verträgen I. 1882, II. 1883.

som en gjældende Lovbog, kan en saadan Fremgangsmaade maaske være af Betydning eller endog nødvendig, og mange af de bedste Aanders Kraft er da ogsaa her blevet opbrugt paa at udjævne de virkelige eller tilsyneladende Modsigelser, der i et Værk af den Karakter umuligt kunde udeblive. Os, for hvem den ikke har nogen saadan autoritær Gyldighed, interesserer imidlertid en saadan Modstrid mellem Kildestederne kun, forsaavidt som den Begrænsning, der derved føjes til de udtalte Tanker, kan hjælpe os til en dybere Forstaaelse af disse selv. Hovedgjenstanden for vor Interesse er netop selve de Rets-tanker, der træde frem i de enkelte Kildeafgjørelser, det er disse, som det gjælder at forfølge, først i deres historiske Udvikling i selve Romerretten, og dernæst i den videre Udformning og Omdannelse, som de maa antages at være undergaaede i Nutidens Retsliv. Kun ved en saadan, paa éngang historisk og moderne Behandling af den romerske Ret, vil den kunne bevare sin Betydning som en juridisk Visdommens Fakkellamp ogsaa for Retsforfatninger, for hvilke den ingensinde har haft nogen Autoritet uden ved den indre Sandhed, som den rummer¹⁾.

Af det udviklede vil det fremgaa, at en Undersøgelse af Forholdene i den moderne Romerrets Hovedland, Tyskland, vil frembyde særlig Interesse. Men det samme gjælder ikke mindre om den selvstændige Retsdannelse, der i nyere Tid gennem den franske Code civil er foregaaet paa et for en væsentlig Del romerretligt Grundlag. Paa den anden Side er det klart, at det i høj Grad vil støtte de ad mere romanistisk Vej udfundne Resultater, om vi maatte finde, at i det tredje Hovedland, England, hvor Retsudviklingen har været forholdsvist

¹⁾ jfr. Hagerup i Tidsskrift for Retsvidenskab VII. S. 111, og Kohler i Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 18 S. 142—143. — I en Afskedsforelæsning over »Legal Studies in the University of Oxford«, refereret af Ingstad i Tidsskr. f. Retsvid. VIII. S. 451 ff., udtaler James Bryce beslægtede Tanker om Romerrettens Betydning for den engelske Ret. Overhovedet er det interessant at se, hvorledes netop i nyeste Tid den romerske Ret synes at være naaet til større Værdighed saavel i England som Amerika, idet den plejes som Undervisningsfag ved disse Landes betydeligste Retsskoler og ogsaa i videre Omfang begynder at gjøres til Gjenstand for videnskabelig Behandling. Man mener derigjennem at kunne tilføre den nationale Retsvidenskab og dens Studium friskt Blod og navnlig at ville naa til et mere fuldkomment Herredømme over Domssamlingernes uaaadelige Retsstof.

uberørt af romanistisk Paavirkning, ikke desto mindre ganske lignende Tanker ere komne til Udtryk. Overhovedet maa man ved et Spørgsmaal af saa almindelig Karakter som det her behandlede kunne gaa ud fra, at dets faktiske Forudsætninger er væsentlig ensartede i de forskjellige Lande paa samme Kulturtrin, og at derfor ogsaa den retlige Ordning maa foretages efter ganske beslægtede Hensyn. Den sammenlignende Retsvidenskabs Methode maa derfor antages her i ganske særlig Grad at være paa sin Plads, og der vil ogsaa i det følgende være skænket den speciel Opmærksomhed.

I.

Romersk og tildels tysk Ret.

§ 2.

Forskjellige Betydninger af Ordet *causa*.

Opgaven skal ikke her være at følge Ordet »*causa*« gennem hele det Mylder af forskellige Betydninger, hvori man kan møde det i Kilderne. Dets i saa Henseende næsten kamæleonsagtige Karakter har fundet et træffende Udtryk, naar man i Middelalderens Literatur anvendte »*causa*« eller dets italienske Form »*cosa*«, hvor man i Nutiden benytter sig af Bogstavet *x*, nemlig til at betegne en ganske ubekjendt og ubestemt Størrelse.¹⁾ Desangaaende maa en Henviisning til den grundige og omhyggelige Udredning hos M. Voigt²⁾ være tilstrækkelig. Her skal kun Ordet i dets specielle Funktion ved Formueretshandelen gjøres til Gjenstand for Undersøgelse.

I. *Causa* betegnende det retlig betydningsløse Motiv. Som Hovedstederne i denne Henseende maa betragtes l. 2 § 7, l. 3 D. 39. 5:

l. 2 § 7 (Julianus): »Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quæro, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondi: facti magis quam iuris quæstio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debeat et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.«

l. 3 (Ulpianus): »Et generaliter hoc in donationibus defini-

¹⁾ se M. Cantor: Geschichte der Mathematik II. 1892. S. 214, 290.

²⁾ Über die Conditiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. 1862. S. 1—51.

endum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio, repetitioni locum fore.«

»Causa« findes her stillet i Modsætning til »condicio«, ¹⁾ saaledes at det sidste betegner den afgjørende Forudsætning, som naar den ikke fyldestgøres giver Anledning til en Condition, medens »causa« angiver et Moment, der enten faktisk slet ikke har været af Betydning, men kun er anført som et blot Paaskud for Gaven, eller hvis det har haft nogen Betydning, dog kun har haft det som medbestemmende Moment, ikke som saadan ene afgjørende Forudsætning, at man tør gjøre Dispositionen afhængig af dens Fyldestgjørelse.

Ganske lignende er Forholdet i l. 25 C. 5. 12. Hustruens Testationshensigt med Hensyn til dos er »causa« o: et maaske medbestemmende Motiv, ikke »condicio« i Betydning af afgjørende Forudsætning.

Nær beslægtede med disse Steder er l. 72 § 6 D. 35. 1 og § 31 I. 2. 20, hvis Ordlyd er følgende:

l. 72 § 6 D. 35. 1 (Papinianus): Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohæret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.«

§ 31 I. 2. 20: »Longe magis (sc. end en »falsa demonstratio«) legato falsa causa non nocet. veluti cum ita quis dixerit: »Titio, quia absente me negotia mea curavit, Stichum do lego,« vel ita: »Titio, quia patrocínio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego«: licet enim neque negotia testatoris umquam gessit Titius neque patrocínio eius liberatus est, legatum tamen valet. sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud iuris est, veluti hoc modo: »Titio, si negotia mea curaverit, fundum do lego.«

Ogsaa i disse to Steder finde vi den simple causa stillet i Modsætning til Betingelsen eller den »conditionaliter enuntiata causa«, men der tillægges den her en ejendommelig praktisk Funktion. Medens den i l. 2 § 7, l. 3 D. 39. 5, l. 25 C. 5. 12 bruges til at betegne et Moment, om hvilket det er givet, at det er uden Betydning, betegner den i l. 72 § 6 D. 35. 1

¹⁾ I Begyndelsen af l. 2 § 7 findes forøvrigt »condicio« brugt i ubestemt generel Betydning som betegnende enhver »Bestemmelse« ved Rets-handelen, saaledes at det omfatter baade den betydningsløse causa og den egentlige Betingelse, hvoraf Dispositionen gjøres afhængig.

og § 31 I. 2. 20 en Bestemmelse, med Hensyn til hvilken kun Formodningen er imod, at den skal være afgjørende, saaledes at der maa kræves en ganske særlig Bevisførelse, hvis der dog skal tillægges den Virkning. Livets Erfaring lærer, at Testatorer af mange Hensyn kan bestemmes til ved Paaskud af forskjellig Art og netop navnlig ved Paa-beraabelse af modtagne Tjenester ¹⁾ at søge at skjule den rene donatoriske Hensigt overfor Legataren, som de i Virkeligheden have været besjælede af. Tagende Hensyn til denne praktiske Erfaring bestemmer da de citerede Steder, at Præsumptionen i Overensstemmelse med Livets Gjennemsnitsregel skal være imod, at en saadan Anførelse af en falsa causa er andet end en betydningsløs »falsa demonstratio«, ²⁾ saa at det maa være dens Sag, der vil paastaa det modsatte, at føre Bevis derfor. ³⁾ Ordlyden i Slutningen af § 31. I. 2. 20 kunde maaske nærmest føre til at kræve en udtrykkelig Bestemmelse desangaaende i Legatet, men det maa utvivlsomt i Henhold til de almindelige Regler være tilstrækkeligt, at det overhovedet paa en eller anden Maade kan objektivt konstateres at have været Testators Vilje. ⁴⁾

I det foregaaende finde vi causa stillet i Modsætning til condicio. Men en ganske lignende Tanke udtrykkes, hvor »ob causam« modsættes »ob rem«. Det hedder saaledes i l. 52 D. 12. 6 (Pomponius):

»Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam præteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.«

Her angives atter ved »causa« et Moment, der maaske har haft en vis medbestemmende Betydning ved Transaktionen, men som dog ikke med Sikkerhed tør betegnes som afgjørende Forudsætning for denne, medens der omvendt ved »res« betegnes en Kjendsgæring af en saa væsentlig Betydning, at

¹⁾ eller en fingeret Skyld, l. 75 § 1 D. 30, l. 2 C. 6. 44.

²⁾ jfr. f. Ex. § 30 I. 2. 20, l. 75 § 1 D. 30, l. 2, l. 5 C. 6. 44 og nærmere nedenfor.

³⁾ Det omvendte Synspunkt er fremme i l. 16 D. 33. 4, hvor Arveladerens Ret til at testere over dos anses for at have været afgjørende Forudsætning for hans Disposition, indtil det modsatte godtgjøres.

⁴⁾ jfr. Leonhard: I. S. 258 ff.

dens Ikke-Indtrædelse giver Anledning til en *condictio*. Naar »ob causam« forudsættes ensbetydende med »ob causam præteritam« udtrykkes der herved atter kun en praktisk Gjennemsnitsregel. Gjennemsnitlig er det rigtigt, at en Omstændighed, der ligger i Fortiden, netop kun vil have haft en forbigangen bestemmende Betydning, og ikke skal være betingende for Retsvirkningerne i Fremtiden, medens omvendt en fremtidig Kjendsgærning, hvortil Dispositionen knyttes, skal være af en saadan betingende Virkning. Men Forholdet maa ikke opfattes som om et Moment i Fortiden aldrig skulde kunne have denne Betydning, og omvendt et fremtidigt Moment altid skulde have det. Dette vilde ikke kunne antages uden at komme i Strid med adskillige Enkeltafgjørelser.^{1) 2)}

II. Causa betegnende det retlig afgjørende Motiv. — Medens »causa« i de i det foregaaende anførte Steder har betegnet det blotte Motiv, som der ikke kan tillægges nogen retlig Betydning, finde vi det netop omvendt i andre Steder brugt til at udtrykke den for Dispositionens Bestaaen afgjørende Forudsætning. I l. 65 §§ 2—4 D. 12. 6 (Paulus) afspejles saavel Modsætningen som Overgangen mellem disse forskellige Betydninger:

§ 2: *Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.*

§ 3. *Sed agere per conditionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non*

¹⁾ jfr. f. Ex.: i første Retning l. 65 § 3 D. 12. 6 (Tilfældet, hvor det bagefter viser sig, at »non sit mihi legatum«), i sidstnævnte l. 3 § 3, l. 5 §§ 3, 4 D. 12. 4.

²⁾ Naar det i l. 12 D. 35. 1 hedder »causa in præteritum, poena in futurum confertur,« udtrykkes der dog vistnok ved disse Ord noget andet end den i Texten berørte Modsætning. Meningen dermed er at sige, at Faderens Disposition for saa vidt refererer sig til Fortiden, som den tilsigter at udjævne en tidligere sket Skade, og ikke som den egentlige poena blot gaar ud paa at tilføje et fremtidigt Onde. Dermed er ikke givet Svar paa det oven i Texten behandlede Spørgsmaal, om hans Disposition bliver staaende ved Magt, selv om det viser sig, at den Forudsætning, hvorfra han gik ud (nemlig at den ældre Søn havde taget af Kassen) var urigtig. Efter den Maade, hvorpaa Legatets Formaal beskrives »ut condicio filiorum exaequaretur,« maa det vel snarest antages, at Forudsætningen er afgjørende for Legatets Bestaaen, uagtet den refererer sig til en Omstændighed liggende i Fortiden.

contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta. idem et si hereditatem adire nolui vel non potui. non idem potest dici, si servus meus sub condicione heres institutus sit et ego dedero, deinde manumissus adierit: nam hoc casu secuta res est. § 4. Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.«

I § 2 er »ob causam« ligesom i de tidligere citerede Steder brugt til at betegne det til Fortiden sig refererende, betydningsløse Motiv. Men i § 3 betegner pludselig causa netop omvendt den for Dispositionen afgjørende Forudsætning. Der er dog endnu i Paragrafens Begyndelse en vis Forbindelse mellem de to Betydninger, idet Causalforholdet ligesom i § 2 refererer sig til et Faktum, der forudsættes at være gaaet i Orden forinden Dispositionen (sc. den gyldige Indsættelse som Legatar). Men i det lige paafølgende Exempel er dette opgivet, idet Forudsætningen er den fremtidige aditio hereditatis. Det samme gjælder om Slutningsexemplet, hvor da ogsaa Udtryksmaaden med »causa« opgives, og det siges »res secuta est.« Denne Udtryksform bibeholdes i § 4, hvor den fremtidige Kjendsgæring, der danner Forudsætning for Overdragelsen, er en forventet Modpræstation fra Erhververens Side. Men i mangfoldige andre Steder finde vi »causa« brugt ganske iflæng med »res,« ligesaavel som dette sidste Ord betegnende rent fremtidige Momenter, hvoraf Dispositionen gjøres afhængig, jfr. Forbindelsen »causa data, causa non secuta« eller ob causam datorum« i Overskrifterne til D. 12. 4 og C. 4. 6 og som Exempler blandt mange l. 9 pr. D. 12. 5, l. 10 D. 23. 1, l. 7 C. 4. 64.

Ligesom »ob causam« og »ob rem« i mangfoldige Steder findes anvendte ganske identisk, bliver Ordet »causa« ogsaa ikke sjældent brugt som blot Variant for »condicio« f. Ex. i l. 5 C. 4. 64, jfr. ogsaa l. 19 §§ 5 og 6. D. 39. 5.¹⁾

Disse tilsyneladende Tankespring, der saaledes begaas ved Anvendelsen af Ordet »causa«, idet det paa et Sted sættes i Modsætning til Begreberne »condicio« og »res,« som det paa et andet Sted anvendes i Flæng med, ville maaske blive mere forstaaelige, naar de romerretlige Benævnelser erstattes med

¹⁾ »ob causam« i § 5 kan her ikke være brugt som Betegnelse for den betydningsløse Motivering, da en saadan umulig vilde kunne betage Stipulationen Karakteren af en donatio.

de nærmest tilsvarende danske Ord »Grund,« »Betingelse« og »Formaal.« Naar man anfører, at en Person for sin Beslutning havde den eller den Grund, kan dermed forbindes en dobbelt Mening. Det kan være Hensigten at nævne denne Omstændighed som blot psykologisk Forklaring, uden at den paa nogen Maade skal afficere selve Beslutningens Gyldighed, der tvertimod bestaar, selv om det, der kan antages at have været Grunden, viser sig ikke at holde Stik — saaledes som en enevældig Monark kunde sige: Saaledes er det min Vilje, om Grundene spørg ikke! — Men der kan ogsaa være et mere praktisk Formaal forbundet med at fremhæve Beslutningens Grund. Man vil maaske dermed netop betone Afhængighedsforholdet mellem Beslutningen og dens Bestemmelsesgrund: Han har villet derfor, og kun derfor, dette Moment har for ham været det afgjørende, saaledes at han maa antages at have betinget Beslutningens Opretholdelse af dets virkelige Realisation. I det første Tilfælde har vi Romerrettens causa i Betydning af det irrelevante Motiv, i det sidste den conditionaliter virkende causa, der nærmer sig stærkt til den egentlige Betingelse. — En lignende, og endnu umærkeligere Overgang finder der Sted mellem Begreberne Grund og Formaal. De betegne i Virkeligheden kun to Sider ved et og samme Forhold.¹⁾ Naar en Person foretager et eller andet under en afgjørende Forudsætning, kan man sige baade, at han gør det »af den Grund« og »i det Formaal, eller udtrykt ved Konjunktion, baade »fordi« og »for at.« Ved den første Udtryksmaade betegner man blot Sagen mere theoretisk psykologisk, fra hvilket Synspunkt Motiverne altid maa siges at gaa forud for Beslutningen, ved den sidste fra den mere praktisk teleologiske Side, fra hvilken det, man vil opnaa, altid maa komme bagefter Midlet, der foretages til dets Opnaaelse. Det er i og for sig muligt, baade at udtrykke Afhængighedsforholdet til en fremtidig Kjendsgærning kausalt (f. Ex.: han foretog det, fordi han ventede sig noget til Gjengjæld fra den andens Side), og omvendt dette Forhold til et i Fortiden liggende Moment teleologisk (han gjorde det for at opfylde sine Pligter som formentlig Arving). Men idet Tanken ved fremtidige Kjendsgærninger, der skulle realiseres, uvilkaarlig retter sig fremad, ved i Fortiden liggende vender sig

¹⁾ Lotmar: Über causa im römischen Recht. 1875. S. 37 ff. (»Grund und Zweck verhalten sich wie die convexe zur concaven Fläche«.)

tilbage, falder det dog naturligere, hvor Talen er om de første, at udtrykke Sagen ved at nævne det *Formaal*, man ønsker at opnaa, men derimod ved de sidste at nævne den *Grund*, der har bestemt En til *Beslutningen*. En lignende *Tendens* gjør sig netop gjældende ved *Anvendelsen* af de tilsvarende romerske *Udtryk* »ob rem« og »ob causam,« omend *Sprogbrugen* dér saa lidt som hos os i saa *Henseende* er fast.

III. Uagtet det næppe kan lede til *Misforstaaelse*, bør dog ikke forbigaaes en vaklende *Brug* med *Hensyn* til »causa« en ogsaa i en anden *Retning*. Dette *Ord* kan ligesom de tilsvarende danske *Udtryk* bruges til at betegne, baade at noget er *Grund* eller *Formaal*, og selve den *Kjendsgærning*, som der er tillagt denne *Egenskab*. Det *Spil*, der finder *Sted* mellem begge *Betydninger*, kommer særlig prægnant frem i den atter og atter i *Kilderne* forekommende *Vending* »causa data, causa non secuta.« Ved det første *causa* betegnes den psykologiske *Forudsætning*, under hvilken der er givet, medens den *Kjendsgærning*, der forudsættes at skulle indtræde, jo netop ikke endnu foreligger, men naar der derefter staar, at »causa non secuta est,« udtrykkes derved netop omvendt, at den *Kjendsgærning*, der dannede *Forudsætningen*, ikke er paafølgt, medens der jo ikke kunde være *Tale* om, at den subjektive *Forudsætning*, som allerede var givet, senere skulde paafølge; der betegnes altsaa ved det sidste *causa* det samme som ogsaa ofte mere korrekt udtrykkes ved »res« ∴ den *Ting*, der forventedes at ville indtræde.

IV. *Causa* som ren *Retsgrund*. — I det foregaaende finde vi »Causa« en betragtet fra *Individets Synspunkt*, som betegnende det *Moment*, der hos ham foraarsager og motiverer *Beslutningen*. Men der forefindes i *Kilderne* ogsaa et helt andet *Causa-begreb*. Ordet *causa* anvendes nemlig til at betegne det *Moment*, der fra *Retsordenens Standpunkt* fremkalder *Retsvirkningen*, altsaa som *Udtryk* for selve den retstiftende *Kjendsgærning*. Der tales saaledes om »causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis,« pr. I. 1. 21, »ex quacumque causa . . . , id est ex quocumque contractu . . . ex causa emptionis . . . vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu,« l. 1 § 6 D. 13. 5, »obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris,« l. 1 pr. D. 44. 7, eller om at »ex pluribus causis

debitor pecuniam solvit«, l. 103 D. 46. 3, »ex fideiussoria causa«, l. 69 D. 46. 1, »ex causa stipulationis« f. Ex. i l. 17 D. 21. 2, l. 2 C. 8. 44 o. s. fr. Saa mange retstiftende Kjendsgæringer, Retsordenen anerkjender, saa mange »causae« i Betydning af egentlige Retsgrunde er der ogsaa. Disse grupperes og specialiseres da igjen nærmere efter to forskjellige Synspunkter: efter den faktiske Beskaffenhed af de Kjendsgæringer, der fremkalde Retsvirkningen, i contractus verbales, litterales, consensuales, reales, og de forskjellige pacta, og efter det Formaal, hvormed de foretages, i solutio, donatio, emptio-venditio, locatio-conductio, mutuum, commodatum, fideiussio etc. At underkaste alle disse forskjellige Kjendsgæringer en almindelig omfattende Undersøgelse vilde føre for vidt. Kun enkelte Momenter, der kunne bidrage til at kaste Lys over Motiv- og Forudsætningsforholdet ved Retshandelen, skulle her fremhæves.

a. Blandt de forskjellig beskafne Retsgrunde for Obligationers Opstaaen findes i Kilderne først fremhævet:

α. Stipulatio. — Den nærmere Mening med og Betydning af at opstille denne som selvstændig Retsgrund maa forbeholdes til nedenfor, hvor Causa-Forholdet ved Stipulationen i sin Helhed gjøres til Gjenstand for mere indgaaende Undersøgelse.

β. Litteralobligationen, som heller ikke paa dette Sted giver Anledning til videre Bemærkninger.

γ. Contractus consensuales. — Som saadanne nævnes: emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum og contractus emphyteuticarius. — Som Modsætning til dem opstilles da

δ. Contractus reales, dels nominati (mutuum, commodatum, depositum og pignus), dels innominati (»do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias«). Modsætningen mellem denne Kontraktsart og den foregaaende udtrykkes i Reglen saaledes, at medens Retshandelen ved Konsensualkontrakterne kommer istand ved Parternes overensstemmende Vilje, »solo consensu«, kræves der her til dens Istandkomst desforuden et vist reelt Moment, en Tings eller Pengesums Overlevering eller Overdragelse, en Handlings Foretagelse el. lign. Men denne Udtryksmaade er egnet til at fordunkle den virkelige Sammenhæng. Det er i Virkeligheden ikke Retshandelen, i Betydning af en lignende Retshandel som den, der ved Konsensualkontrakterne stiftes ved Parternes blotte Overenskomst, der her for at indtræde kræver det reale Moment, men da ogsaa virkelig

kommer istand. Sammenhængen er derimod snarere den, at det er et helt forskjelligt Retsforhold, som her stiftes, omfattende visse af de Pligter, som ellers begrundes ved Konsensualkontrakterne, medens andre slet ikke anerkjendes. For at godtgjøre det, vende vi os først til *contractus reales nominati*.

Man siger her sædvanlig: Kontrakten stiftes først i det Øjeblik, Tingen leveres til Laan, Forvaring eller Pant, eller Pengene overdrages som Ejendomslaan. Og i og for sig er dette ganske rigtigt. Der anerkjendes nemlig i den romerske Ret nærmest kun én eneste retlig Pligt som udspringende af Forholdet, Pligten til at bevare og tilbagelevere Tingen¹⁾ (eller ved *mutuum* Ting af samme Art), og at denne ikke kan faa Betydning forinden Tingens Overlevering, er paa Forhaand indlysende. Selv om Romerretten som ganske almindelig Regel opstillede Consensprincipet for Kontrakternes Gyldighed, maatte der dog for denne Tilbageleveringspligts Vedkommende gjøres en Indskrænkning, thi den kræver efter selve sin Natur det reale Moment — man kan kun tilbagelevere en Ting, som man i Forveju har modtaget! Ikke det, at denne Pligt først opstaar i dette Øjeblik, tiltrænger altsaa Forklaring, men det, at man netop kun lader denne ene Pligt udspringe af Forholdet, medens man derimod forinden det Tidspunkt, hvor den kan faa Betydning, lader hele Parternes indbyrdes Mellemværende og de forskjellige Pligter, hvortil dette allerede da kunde give Anledning, uden al retlig Regulering.

De Pligter, hvorom der i saa Henseende kunde være Tale, ere jo navnlig dels Laangiverens, Deponentens, Pantsætterens Pligt til at levere Tingen, dels omvendt Laantagerens o. s. v. Pligt til at modtage denne. Grundene til, at man har ladet disse uden retlig Anerkjendelse, have vistnok været af forskjellig Art. Med Hensyn til Leveringspligten har vel ved *commodatum* dettes donatoriske Karakter gjort sig gjældende, ved *depositum* det, at Depositaren sjældent vil have nogen Interesse i at forlange Tingens Overlevering, men netop kun Byrde deraf, ved *pignus*, at Panthaveren vil være istand til at skaffe sig tilstrækkelig Sikkerhed ved at nægte Pengenes Udbetaling, indtil han modtager Pantet. Og omvendt har man været betænkelig ved at paalægge Depositaren, der netop som omtalt kun har

¹⁾ Hertil kan da efter Omstændighederne accessorisk slutte sig en Pligt for Ejeren til at godtgjøre Modtageren de herved forvoldte Bekostninger.

Byrde af Forholdet, en Pligt til at modtage Tingen i Forvaring, og for Commodatærens og Panthaverens Vedkommende fundet det overflødig, da dels deres egen Interesse i Reglen vil føre dem til frivillig at modtage Tingen, dels ihvertfald Commodanten eller Pantsætterten saa godt som aldrig vil kunne have nogen rimelig Interesse i at gjøre noget Retskrav gjældende mod dem i saa Henseende.

For mutuums's Vedkommende kunde man forsøge paa at forklare Undladelsen ogsaa her af at paalægge nogen retlig Ydelses- eller Modtagelsespligt ved simpelt hen at paastaa, at der ikke havde gjort sig nogen tilstrækkelig praktisk Trang gjældende til en saadan Retsbeskyttelse. Ialtfald forsaa vidt angaar Pligten til at opfylde et Løfte om at yde et Laan til en vis Tid, slaar denne Betragtning dog næppe til. Under de saa rigt udviklede Handelsforhold, som Justinians Lovbog paa mange Steder bærer Vidne om, kan det umulig have været andet, end at Hensynet til at sikre et for Kreditten og Handelslivet saa vigtigt Forhold maa have gjort sig gjældende med ikke ringe Vægt. Naar det dog ikke har ført til Opstilling af Retsregler derom, maa det hænge sammen med visse særlige Vanskeligheder for en retlig Ordning af Forholdet. Disse staa vistnok netop i Forbindelse med det Spørgsmaal, der her særlig interesserer os, Kausalmomentet ved den retlige Viljeserklæring. Den, der lover at yde et Laan til et vist fremtidigt Tidspunkt, gaar derved i Reglen ud fra en Række af Forudsætninger, hentede baade fra hans egne og den eventuelle Modtagers økonomiske Forhold, ikke blot som de ere nu i det Øjeblik, Løftet afgives, men ogsaa, hvad der altid vil være usikkert, som de udvikle sig til det fremtidige Tidspunkt. Det kommer an paa, om han til den Tid kan undvære Pengene, om ikke muligvis Modtagerens økonomiske Status senere har forværret sig, saa at Laangiverens Risiko vilde blive betydelig forøget o. s. fr. Omvendt ønsker Modtageren kun at sikre sig Pengene for den senere Tid, forsaa vidt han da virkelig har Brug for dem, ikke er istand til at skaffe sig Laanet paa billigere Maade o. s. v. Paa den ene Side ikke vovende uden videre at slaa en Streg over alle disse Forudsætninger, og paa den anden Side paa Grund af deres uendelig varierende Karakter mistvivlende om at kunne opstille almindelige objektive Retsregler om Forholdet, har den romerske Ret da helt opgivet en retlig Ordning deraf, hvilket den med saa meget bedre Samvittighed kunde gjøre, som det jo altid stod i Parternes Magt ved

stipulatio om en poena at sikre sig mod mulig Skade flydende af, at henholdsvis Leveringen eller Modtagelsen af Laanet mod Forventning skulde udeblive.

Det udviklede maa ikke misforstaas, som om den fremhævede Tanke altid skulde have gjort sig gjældende med klar Bevidsthed ved Fastsættelsen af den retlige Ordning. Den praktiske Rethistorikers Opgave er ikke indskrænket til en Fremstilling af de bevidste Hensyn, der have bestemt Indholdet og den nærmere Karakter af Retsudviklingen til en given Tid, men det maa ogsaa være ham tilladt derfra at drage Slutninger til Momenter, der, om end maaske mere ubevidst, herved maa antages at have gjort sig gjældende¹⁾.

Endnu mindre har Meningen været at ville tillægge det fremhævede Hensyn Betydning som det eneste. En saa uendelig sammensat Mekanisme, som ethvert Retsinstitut er Udtryk for, lader sig selvfølgelig aldrig føre tilbage til et enkelt Hensyn. Ved commodatum, depositum og pignus er da ogsaa allerede ovenfor antydet visse andre Momenter, der her kunne have gjort sig gjældende. Særlig kan endnu som fælles for mutuuum og de andre benævnte Realkontrakter fremhæves den ikke-kontraktslige Karakter, som alle disse Forhold i deres historiske Oprindelse fremtræde med og ogsaa i deres senere Udvikling bære tydelige Spor af²⁾. Det er enten den ved Tingenes Overlevering bevirkede ugrundede Berigelse, der i sig selv, aldeles uafhængig af nogen særlig Aftale desangaaende, giver Hjemmel til en *condictio*, eller, som ved depositum, Krænkelse af den Pligt til *fides*, som allerede den ved en Tings Betroelse skabte Situation medfører for Modtageren, der begrunder en Deliktsklage imod ham. I Forhold hertil maa den senere tilkommende kontraktsmæssige Vedtagelse desangaaende historisk siges kun at have Betydning som en udtrykkelig Anerkjendelse og nærmere Bestemmelse af en allerede i Forvejen begrundet Pligt.

Navnlig fremtræde Mærkerne af dette historiske Udspring stærkt ved mutuuum, der overhovedet endnu i den senere Udvikling ikke er naaet synderlig udover det oprindelige Stadium. Ikke blot betegnes stadig den heraf udspringende Klage som en

¹⁾ jfr. herved Jhering: *Geist des röm. Rechts* I. 2. Ausg. S. 45 ff.

²⁾ jfr. herved Jhering: *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*. 1867. S. 29 ff., Pernice: *Labo* I. S. 416 ff., Bekker: *Actionen*. I. S. 112 ff.

»condictio«, men ogsaa reelt viser Kontraktsaftalen sig af temmelig underordnet Betydning i Forhold til det reale Moment, idet den er ude af Stand til at udvide Pligten udover dens ved den modtagne Realpræstation bestemte Omfang, f. Ex. ikke formaar at begrunde nogen Pligt til at betale Renter. Den Stivhed ved Forholdet, der saaledes stadig holder sig og særlig stikker stærkt af mod den Frihed, som Konsensualprincipets Aerkjendelse hidfører f. Ex. i Ordningen af Transaktionen emptio-venditio og locatio-conductio, hvilke dog ogsaa begge utvivlsomt i deres Oprindelse have haft Karakteren af rene Realkontrakter¹⁾, kan imidlertid næppe forklares uden at tage de ovenfor berørte Vanskeligheder i Betragtning, som i saa Henseende netop ved mutuum maa antages at have gjort sig gjældende. —

Ganske lignende Synspunkter komme frem ved Modsætningsforholdet mellem Konsensualkontrakterne og contractus reales innominati. Naar i Kilderne Forskjellen ofte udtrykkes saaledes, at de første stiftes consensu, de sidste re, jfr. l. 1 § 2 D. 19. 4, er Meningen heller ikke her at sige, at et lignende Retsforhold, som ellers hidføres solo consensu, ved disse Kontrakter fremkommer re, men Forholdet antager en grundforskjellig retlig Karakter. Medens ved Konsensualkontrakterne, som f. Ex. emptio-venditio, begge Parter staa overfor hinanden med Rettigheder og Pligter, der betinge og begrænse sig gjensidig²⁾, er Forholdet ved contractus reales innominati et helt andet: forinden Ydelsen fra den enes Side slet intet Retsforhold, derefter en ensidig ubetinget Pligt begrundet for Modtageren. At en saadan netop først ved den saaledes skete Opfyldelse af Overlevererens Pligt kunde antage sin ubetingede Form for Modtageren, giver sig af selve Dispositionens Natur; det er derimod den fuldstændige Mangel paa retlig Ordning af Forholdet forinden dette Moment, der trænger til Begrundelse.

Denne lader sig vistnok kun søge i en lignende Betragtning, som den, der lige foran er anført med Hensyn til mutuum. Naar en Person lover at yde eller foretage noget, mod at en anden yder eller foretager noget til Gjengjæld, giver det derved

¹⁾ Pernice l. c. S. 454 ff., Schulin: Geschichte des Röm. Rechts. 1889. S. 405.

²⁾ om det »Realmoment«, der derigjennem ogsaa kommer frem ved disse Kontrakter, jfr. nærmere nedenfor.

begrundede gjensidige Forudsætningsforhold mellem de to Ydelser Anledning til en Række tvivlsomme Spørgsmaal, hvis Løsning frembyder de største Vanskeligheder. Skal de to Ydelser udvexles samtidig, og hvis ikke, hvem skal da yde først? Hvilken Ordning skal gjælde i Tilfælde af en senere indtrædende total eller partiel Umulighed paa en af Parternes Side, hvilken, naar f. Ex. Ydelserne vise sig fra først af ikke at have svaret til de forventede Værdiegenskaber? Har der overhovedet foreligget nogen endelig Aftale, eller har det ikke i Virkeligheden kun været løs Tale frem og tilbage eller forberedende Forhandlinger uden endelig Beslutning? — Disse og mangfoldige andre Spørgsmaal kræve Svar, og Forholdet antager efter de forskellige Omstændigheder en altfor broget varieret Karakter, til at der lader sig opstille almindelige Regler derom. Enkelte af disse Forhold, som i Romerretten *emptio-venditio* (der jo ogsaa ifølge sit Formaal, som overhovedet alle gjensidige Kontrakter, lader sig bringe under Formlen »do, ut des«) forekomme nu saa ofte i det praktiske Liv, at der efterhaanden gennem Livets Erfaring lader sig vinde objektive Momenter til en retlig Ordning af Forholdet. Men dette gjælder kun om en begrænset Kreds. Overfor det store Flertal har ialtfald den romerske Ret opgivet Ævret, den har betragtet et blot almindeligt lydende Løfte om at give eller gjøre noget, mod at der til Gjengjæld gives eller gjøres noget andet, som altfor vagt og ubestemt til at opstille Retsregler derom, kun naar der er skredet fra Ord til Gærning, naar der fra en Parts Side er foretaget afgjørende formueretlige Skridt, der fortjene retlig Beskyttelse, har den som almindelig Regel forladt sin passive Holdning.

ε. Ganske i Overensstemmelse med de i det foregaaende fremsatte Betragtninger finde vi ogsaa Romerrettens Regler om det formløse *pactum* udviklede. Et saadant frakjendes der som Hovedregel al Virkning til at frembringe en *actio*. En formløs *conventio* maa for at have en saadan Virkning enten »*transire in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*«, l. 7 § 1 D. 2. 14, eller »*si in alium contractum res non transeat*«, kan den kun faa Actionsvirkning, hvis »*subsit tamen causa . . . , ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem actionem*«, l. 7 § 2 eod., altsaa efter Principet, der gjælder for *contractus reales innominati*. Atter her ser vi

saaledes den romerske Rets Uvilje mod at knytte Retsvirkning til en formløs Overenskomst, der ikke lader sig bringe ind under en af de af Retten anerkjendte Kategorier og derigjennem nærmere fixere. Den vilde simpelt hen ikke vide, hvad den skulde gjøre med et saadant pactum. Uden videre at løsrive det fra alle de Forudsætninger, hvoraf det i Almindelighed vil være betinget, gaar aabenbart ikke an. Hvor en bestemt Kontraktsform er hjemlet, som ved Stipulationen, er der en Mulighed for til en vis Grad at behandle, hvad der er bragt i denne Form, som selvstændigt Obligationsgrundlag og »abstrahere« fra det uden for dette forefaldne, ¹⁾ men noget saadant er ikke muligt ved det formløse pactum. Dette fremgaar som Resultat af Parternes Forhandlinger, men at løsrive et Stykke fra disse og tillægge dette Brudstykke den afgjørende Virkning uden at tage nogetsomhelst Hensyn til de Forudsætninger, hvorved det er bestemt, vilde aabenbart være ganske vilkaarligt. Paa den anden Side frembyder Præciseringen af disse Forudsætninger ved et saadant pactum, der ikke lader sig bringe ind under nogen almindelig Kategori, de største Vanskeligheder — Vanskeligheder, som ihvertfald den romerske Ret paa det ikke fuldt udviklede Stadium, som dets Kontraktslære paa dette Punkt maa siges at betegne, er vejet tilbage for. Den tillægger som almindelig Regel kun et pactum Actionsvirkning, naar det enten underordner sig en af de af Retten anerkjendte benævnte Kategorier, saaledes at dets nærmere Indhold derigjennem lader sig objektivt præcisere, eller en allerede sket Realpræstation paa Forhaand har bragt den afgjørende Forudsætning i Orden.

Fra denne Regel er der dog Undtagelser, men de ville netop ved deres Karakter bekræfte den Betragtning, der er anført som den antagelige Hovedgrund for den regelmæssige Ordning:

1) Pacta adjuncta. De Fordringer, der opstilles til disse, at de nemlig kun maa være Tillægsbestemmelser og skulle tilføjes in *continenti*, lade sig vistnok kun forklare fra det anførte Synspunkt. Naar disse Betingelser ere fyldestgjorte, frembyde de nemlig for Retsanvendelsen ikke nogen synderlig Vanskelighed. De fremtræde jo kun som accessoriske Bestemmelser ved Hovedkontrakten og hente for

¹⁾ jfr. nedenfor om i hvilket Omfang noget saadant ved Stipulationen kan antages at være sket.

en stor Del deres Indhold og nærmere Præcisering fra denne. Anderledes derimod, hvis de netop gik ud paa at forandre Kontraktens Hovedindhold, eller en længere Tid er forløbet efter Hovedkontraktens Indgaaelse, saa at de Forudsætninger, hvorfra Parterne da gik ud, muligvis i Mellemtiden ere forandrede. I saa Fald kunne de ikke siges blot »*legem contractui dare*« og der vilde praktisk være gjort Brud paa Hovedreglen »*ne ex pacto actio nascatur*,« l. 7 § 5 D. 2. 14.

2) *Pactum constituti debiti*. Naar den prætoriske Ret anerkjender, og netop kun anerkjender, et formløst pactum med Hensyn til en allerede bestaaende, paa anden Maade begrundet Skyld, er der deri udtrykt en ganske lignende Tanke. Den ved pactum begrundede Pligt finder ogsaa her gennem det bestaaende Skyldforhold sin Bestemmelse, sit Omfang og sine Grænser.

3) *Pacta legitima*. Den kejserlige Ret anerkjender vistnok to formløse pacta som gyldige, pactum de dote og de donatione. Forklaringen af, at netop disse to pacta have faaet den privilegerede Stilling, vil ogsaa, ihvertfald for en Del, kunne findes i en lignende Betragtning. Derved, at et pactum betegnes som foretaget i dos-Øjemed, henføres det jo under en bekjendt Kontraktskategori, og den objektive Ret frembyder da tilstrækkelige Regler til den nærmere Regulering af Forholdet. Og med Hensyn til Donationspactum'et medfører selve det udtalte Gaveøjemed netop en generel Løsrivelse fra de Forudsætninger, der ellers i Almindelighed ville være bestemmende,¹⁾ og om en nærmere Fastsættelse af disse bliver der derfor ikke Tale. —

I l. 7 § 4 D. 2. 14 staar: »*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*,« i l. 7 § 5 i. f. »*solent et ea pacta, quæ postea interponuntur (og altsaa ikke kunne faa Actionsvirkning som pacta adjecta), parere exceptiones*,« i l. 7 § 6 »*adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione*.«

I l. 7 § 4 D. 2. 14, der fremtræder som Hovedstedet, og hvor Tanken har fundet sin præciseste Formulering, er det altsaa klart sagt, at en nuda pactio vel ikke kan frembringe en actio, men derimod kan afføde en exceptio. Spørgsmaalet

¹⁾ jfr. herom nærmere nedenfor.

er da først: hvad menes her med en »nuda pactio?« Betydningen heraf lader sig ikke give ganske generelt. Adjektivet »nudus« angiver i og for sig kun en ganske negativ Egenskab ved en Ting eller et Forhold,¹⁾ betegner, at noget vist mangler. Men hvilken Mangel der dermed i det enkelte Tilfælde skal fastslaaes, maa afgjøres efter den Relation, hvori det forekommer. Et Bidrag i saa Henseende yder os Begyndelsen af Stedet, hvor det, der umiddelbart efter udtrykkes ved nuda pactio, er betegnet saaledes »cum nulla subest causa«. Ogsaa disse Ord ere i sig selv tvivlsomme, men deres Betydning her giver sig dog klart af hele Sammenhængen.²⁾ Først gives i Fragmentets § 1 den almindelige Regel, at et pactum kun er istand til at »parere actionem,« forsaavidt det gaar over i en af de af Retsordenen anerkjendte benævnte Kontraktskategorier. I § 2 tilføjes dernæst, jfr. ovenfor, at selvom dette ikke er Tilfældet, skal det dog have Virkning, forsaavidt »subsit tamen causa,« hvormed efter de umiddelbart tilføjede Exempler menes det reale Moment ved Innominatkontrakterne. Naar der dernæst, efter en kort Aproposbemærkning om en injusta causa, i nøje Tilknytning til det foregaaende i § 4 fortsættes »sed cum nulla subest causa,« kan Ordet »causa« selvfølgelig kun være brugt i samme Betydning som i den ganske tilsvarende Sætning (»subsit causa« — »nulla subest causa«) lige foran, og Stedets Mening bliver altsaa at sige, at et formløst pactum, uden at en foregaaende Realpræstation oplyses,³⁾ dog skal kunne give Anledning til en exceptio. Hvorledes skal nu denne Singularitet forklares, — ikke Actions- men Exceptions-virkning? Man kunde maaske slaa sig til Ro med det rent formelt-processuelle Synspunkt. Det synes paa Forhaand meget let forstaaeligt, at der kan gjøres en Forskjel mellem de Fordringer, man stiller til actor, der har at levere en selvstændig Begrundelse af sit Krav, og reus, der nøjes med at fremsætte en Indsigelse mod actor's Paastand. Men med denne formelle Konstruktion naar man ikke til at give nogen Forklaring af den reelle Side ved Sagen. Denne gaar ud paa, at en Aftale, der ikke opfylder de almindelige Fordringer for at begrunde en Ret, dog kan have Virkning til at indskrænke Kreditors Ret til at gjøre sin Fordring gjældende, med andre Ord, at

¹⁾ Lotmar l. c. S. 157. ²⁾ jfr. Lotmar l. c. S. 163—164.

³⁾ I ganske tilsvarende Betydning findes »nudum pactum« ogsaa brugt f. Ex. i l. 8 D. 19. 5 og l. 10 C. 2. 3.

et pactum, der i en eller anden Form kan siges at gaa ud paa »non petendo«, i sig selv har Virkning, uden at en foregaaende Realpræstation oplyses. At det formelle, at et saadant pactum kun virker »ope exceptionis«, ikke rammer Sagens Kærne, fremgaar særlig klart deraf, at der forekommer Tilfælde i Kilderne, hvor der er tillagt »pactum de non petendo« den fulde Virkning »ipso jure«, se l. 27 § 2. D. 2. 14.

Der maa derfor vistnok gives Bähr¹⁾ Medhold i, at der i den romerske Ret til en vis Grad findes tillagt det formløse pactum de non petendo »abstrakt« virkende Karakter, og de Indvendinger, Kindel²⁾ fremsætter mod denne Opfattelse, kunne næppe anses for begrundede. Af de Steder, han i saa Henseende anfører, skulde vel snarest l. 19 § 1. D. 46. 4 være af Vægt,³⁾ men dette lader sig dog vistnok naturlig forstaa paa en Maade, der undgaar at lade det komme i Strid med den Mening, som netop den samme romerske Jurist (Ulpian) klart udtaler i det ofte citerede l. 7 § 4. D. 2. 14. Det handler kun om »apochæ« : Dokumenter, der efter selve deres Indhold alene skulle tjene som Bevis for en stedfunden Betaling. Da nu Erfaringen havde vist, at disse Bevismidler ofte ikke vare til at tro, idet ikke sjældent saadanne Kvitteringer udstedtes, forinden Gjælden virkelig var betalt, nemlig i Forventning om, at Betalingen derefter vilde paafølge, bestemmes det, at der overhovedet ikke vil være at tillægge dem Troværdighed uden videre, men det maa kræves, at virkelig Betalingen oplyses, ved hvilken Bevisførelse dog den Anerkjendelse, der indeholdtes i Dokumentet, efter Omstændighederne ogsaa maatte kunne blive af en vis Betydning. Denne Usikkerhed med Hensyn til apochæ's Virkning rummede imidlertid en betydelig Fare for Kreditten, naar den blev udstrakt for længe, og af Hensyn hertil begrænser en senere kejserlig Forordning den Frist, i hvilken exceptio non numeratae pecuniae kunde gjøres gjældende, til et Tidsrum af 30 Dage, l. 14 § 2 C. 4. 30. Men det er ingenlunde givet, at hvad der gjælder om et saadant Bevismiddel, ogsaa skal have Gyldighed for en Overenskomst, der efter sit klare Indhold gaar ud paa at ophæve Kontrakten, og for hvilken aabenbart mange andre Momenter end netop en forudsat Betaling kunne ligge til Grund.

¹⁾ Anerkenning. S. 122 ff.

²⁾ Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. S. 181 ff.

³⁾ (Ulpian) Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia non soluta sit, apochæ non alias, quam si pecunia soluta sit.

Fastholdes saaledes Ophævelses-pactets abstrakte Karakter, skyldes der en Forklaring derfor. Naar den retstiftende Overenskomst i Almindelighed ikke faar Virkning, uden at en »causa« i Betydning af en allerede stedfunden Realpræstation oplyses, hvorledes kan da noget andet gjælde om den retsophævende? Den Grund, der maatte antages at ligge bagved Udelukkelsen af det formløse retstiftende Løftes Virkning, var, som tidligere udviklet, dettes sædvanlige Afhængighed af en Række fremtidige Forudsætninger, som Retsordenen, udenfor enkelte hyppig forekommende Kategorier, ikke turde indlade sig paa at regulere ved almindelige Regler. Har denne Betragtning da ikke samme Anvendelse paa et pactum de non petendo? Aabenbart ikke. Et Løfte om at yde noget, mod at Medkontrahenten yder noget til Gjengjæld, er ikke bestemt til at have umiddelbar aktuel Virkning, og som det selv retter sig mod Fremtiden, vil det ogsaa sædvanlig knytte sig til en Række fremtidige Momenter som dets Forudsætninger. Anderledes med Overenskomsten om at ophæve et bestaaende Skyldforhold. Denne er netop bestemt til at lade sin Virkning indtræde strax, og forinden Kreditor bestemmer sig til et saadant definitivt afgjørende Skridt, vil han som Regel paase, at Forudsætningerne derfor, af hvad Art disse nu end maatte være, allerede ere gaaede i Orden; at hans Ophævelseserklæring er knyttet til fremtidige Momenter som afgjørende Forudsætninger, vil være noget ganske ekstraordinært. Selvfølgelig bestemmes han til dette Skridt ved en vis Opfattelse af den foreliggende faktiske Situation, og den Mulighed kan derfor ikke nægtes, at han har svævet i Vildfarelse med Hensyn til Momenter, der netop for ham have været de afgjørende, men en saadan Vildfarelse vil dog forholdsvis saa sjældent virkelig have været tilstede, at Retsordenen vel kan forsvare at opstille en Præsumption for Erklæringens forudsætningsfri Karakter. Kun, hvor Kreditor derfor in concreto oplyser Vildfarelse med Hensyn til Momenter, der for ham kjendelig have været de afgjørende, vil der kunne være Tale om at afkræfte Pactets Virkning, jfr. l. 51 pr. D. 2. 14.

b. Paa Retsgrundenes Gruppering efter Formaalet har allerede den foregaaende Undersøgelse været noget inde, idet deres forskellige Struktur netop kun er blevet behandlet, forsaavidt den kunde antages at staa i Forbindelse med deres Formaal. Men dermed er selvfølgelig ikke sagt, at de to Spørgsmaal, Retsgrundens faktiske Beskaffenhed og det For-

maal, den tjener, i og for sig skulde staa i nogen nødvendig Sammenhæng med hinanden, endsige at de skulde kunne lade sig besvare paa samme Maade. Det modsatte viser sig tvertimod, saa snart vi betragte Sagen lidt nærmere.

Retsgrundene kunne, skjønt ens beskafne, tjene Formaal, der fra Retsordenens Standpunkt betragtes som rent forskellige. Herpaa beroer netop de ovenfor berørte Underinddelinger af Konsensualkontrakterne, Sondringen mellem de nominate og innominate Realkontrakter, Inddelingen af de første i mutuum, commodatum o. s. v., Fremhævelsen under de sidste af permutatio, contractus æstimatorius o. s. fr.

Omvendt kunne forskellige Retsgrunde i den under a) nævnte Betydning efter Omstændighederne anvendes til at sikre Retsformaal af samme Art, f. Ex.: snart stipulatio, snart en Konsensual- eller en Realkontrakts Indgaaelse tjene som solutio (Opfyldelse af en bestaaende Forpligtelse).

En retstiftende Kjendsgæring kan paa samme Tid tjene til Realisation af et dobbelt Retsformaal, f. Ex.: den samme Disposition kan foretages paa én Gang donationis og dotis causa.

Paa den anden Side kan det samme Retsformaal paa én Gang være sikret ved to Retsgrunde, — enten af samme Art, f. Ex. to solidariske Løfter i Stipulationsformen, eller af forskjellig Beskaffenhed, f. Ex. et Stipulationsløfte og et Kautionsløfte i Form af et pactum constituti debiti.

Med Hensyn til Inddelingen af de forskellige causæ i Betydning af Retsformaal var man i den ældre Tid tilbøjelig til at nøjes med en Tredeling i credendi, solvendi og donandi causa. I Nutiden er denne dog opgiven som utilstrækkelig, og sikkert med Rette.¹⁾ Selv om det maaske vilde være muligt at konstruere et saa vidt credendi causa-Begreb (enhver Ydelse eller Løfte om en saadan mod at faa en Ret til Gjengjæld), at det kom til at omfatte ethvert formueretligt Formaal, der ikke omfattedes af Kategorierne solutio eller donatio, maa det dog erkjendes, at et saa vidt Begreb i de fleste Retninger vilde savne praktisk Værdi, da det vilde komme til at indelutte væsensforskjellige Ting. Der behøver i saa Henseende kun at henvises til de dybe Forskjelligheder, der f. Ex. gjør sig gjældende mellem de forskjellige Arter af Konsensual- og Realkontrakter indbyrdes. Snarere skulde man da som

¹⁾ jfr. Windscheid: Voraussetzungen. S. 89.

Schlossmann ¹⁾ kunne nøjes med en Tvedeling, saaledes at causa credendi og solvendi sammenfattedes under en almindelig causa acquirendi, da der ogsaa i den ved Betalingen hidførte Frigjørelse for en Forpligtelse kan siges at ligge en formueretlig Fordel for den ydende i Modsætning til den altid vederlagsfri donatio. At benytte dette Skema til en ganske almindelig Rubricering af de forskjellige tænkelige Retshandelsformaal vilde dog næppe være tjenligt, da det økonomiske Formaal ved den første Gruppe, som berørt, splitter sig i altfor mange forskellige Forgørelser, til at de naturlig lade sig sammenfatte under ét Begreb. Men at denne Modsætning dog for et vigtigt Punkt af Retslæren spiller en afgørende Rolle, vil blive udviklet paa et senere Sted. ²⁾

Forinden de forskjellige Retsformaal gjøres til Gjenstand for nærmere Betragtning, er det nødvendigt først at søge at naa til Klarhed over, hvad der egentlig i denne Forbindelse forstaas ved et Retsformaal, og hvorledes dette forholder sig til det af de kontraherende Parter faktisk tilstræbte Maal.

§ 3.

Retligt og faktisk Formaal. Causa i egentlig Forstand.

For at søge at komme til en Bestemmelse af, hvorledes Forholdet nærmere er mellem det Formaal, som en Formue-transaktion fra Retsordenens Standpunkt indordnes under, og de forskellige af Parterne tilstræbte Maal, ville vi først tage det i Samhandelen vistnok af alle hyppigst forekommende Retsforhold, emptio-venditio. Lad os da til dette Øjemed for et Øjeblik tænke os en Retstilstand, hvor dette Forhold slet ikke var anerkjendt som konkret Retsforhold, men hvor man kun kjendte én ganske almindelig lydende Retssætning: »Ethvert Løfte forpligter«. At en saadan Tilstand nogensinde virkelig i Livet har forekommet, skal ikke dermed være paastaet. Tvertimod viser den historiske Erfaring overalt, at Løfteprincippet begynder med at slaa igjennem i visse konkrete Anvendelser, hvor den praktiske Trang særlig stærkt har gjort sig gjældende, og at dets almindelige abstrakte Gyldighed, hvis den overhovedet nogensinde naas, i hvert Fald skyldes et forholdsvis sent

¹⁾ i hans Inaugural-Dissertation: Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge. 1868. S. 37.

²⁾ særlig i Slutn. af § 3 og Begynd. af § 4.

Udviklingsstadium. Det er altsaa kun et Tankeexperiment, vi foretage, men et saadant maa ogsaa være tilladt, hvor det er istand til at hjælpe os til større Klarhed over Sagens Kjærne.

Lad os da forudsætte en Situation som den, der i Nutidens Samhandelsliv vilde være egnet til at fremkalde en Kjøbs- og Salgskontrakt. Vi vælge med Forsæt de simpleste og mest ligefremme Forhold for at godtgjøre, hvorledes selv disse i Virkeligheden frembyde en betydelig mere kompliceret Natur, end man ofte ved første Øjekast er tilbøjelig til at tro. F. Ex. A. vil af Sundhedshensyn trække sig tilbage fra sin Forretning i Byen og ønsker da at erhverve en Ejendom paa Landet. B. omvendt ønsker at flytte til Byen enten i Forretningsøjemed eller af mere individuelle Grunde, f. Ex. fordi han føler Trang til Bylivets større Afvexling, eller han maaske dér har en gift Datter, som han gjerne vil bo i Nærheden af, og vil derfor skille sig af med sin Landejendom. Men da hverken B. lige paa Stedet er istand til at fratræde Ejendommen, eller A. i Øjeblikket har Pengene rede, fastsætte de et fremtidigt Tidspunkt, hvor Overdragelsen skal foregaa, og B. lover da A. til denne Tid at overlade ham Ejendommen, medens omvendt A. lover B. samtidig at betale ham en vis Sum. Eller A. ønsker fra det næste Foraars Begyndelse at opdyrke nogen hidtil uopdyrket Hedejord og har dertil Brug for et Par Heste, medens B., der agter at anvende Størstedelen af sin Ejendom som Havejord, trænger til Penge til den fornødne Saaning og Bepantning deraf og for at skaffe sig dem vil skille sig af med sine Heste, som han nu ikke mere har Brug for. Eller A. ønsker sin forlovede Datter anstændig gift og ser sig derfor om efter et Udstyr til hende, hvilket hans Pengemidler dog kun tillader ham at købe i brugt Tilstand, medens omvendt B., der er en gammel Enkemand og ikke tænker paany at lade sig slutte i Hymens Lænker, ønsker at skaffe sig af med sit store Meublement, for efter næste Flyttedag at kunne indskrænke sin Lejlighed, hvorfor det vedtages, at Meublernes Overlevering og Betaling skal finde Sted til den Tid. — Fra disse ganske jævne Forhold vil Fantasien tillade os at drage Slutninger med Hensyn til mere indviklede økonomiske Transaktioner.

De forskellige faktiske Situationer og det derved fremkaldte psykologiske Forudsætnings- og Formaaalsforhold kunne tænkes varierede i det uendelige, men dog sammenfatter den romerske Ret dem alle under det fælles Begreb «emptio-venditio».

Hvorledes er det da muligt at indordne Forhold af en saa broget varieret Karakter under én retlig Benævnelse? Der maa aabenbart dog, tiltrods for deres tilsyneladende Forskjellighed, i dem alle være en fælles Kjærne, noget, der stadig gaar igjen og bevarer Identiteten under alle de forskjellige Former, hvori Forholdet træder for Dagen. Hvad dette Identitetsmærke er, vil blive klart ved en Betragtning af de anførte Exempler. I meget ere de tilvisse forskjellige, men ét Moment gjentager sig dog i dem alle: Erhvervelsen af en Ting mod at give en Sum Penge. Det maa altsaa antages at være paa dette fælles Moment, at Retsordenen bygger, naar den indordner dem alle under Enhedsmærket *emptio-venditio*. Den abstraherer herved fra alle de individuelle Formaal, Parterne derved maatte forfølge, og som maaske for dem har været Hovedformaalet, medens selve Erhvervelsen af Tingen eller Pengene for dem dertil kun har været Midlet, men som ere altfor uendelig varierede til at lade sig indordne under almindelige Kategorier, og holder sig alene til det, der dog i alle Tilfælde vil have været med i Parternes Maal: paa den ene Side Erhvervelsen af en Ting, paa den anden Side Erhvervelsen af Penge. Samtidig med at disse Formaal fremhæves, iklædes de ogsaa af Retsordenen deres egentlige retlige Form, Parternes mere i det vage gaaende Øjemed at «erholde» paa den ene Side Ting, paa den anden Penge fixeres nærmere derhen, at Ejendomsretten til disse skal overføres, og undergives derved det Komplex af Retsregler, som Retsordenen opstiller herom. Man kan saaledes bestemme det retlige Formaal ved *emptio-venditio* som det stadig sig gjentagende Moment i Parternes Formaal, fixeret i retlig Form.

Ikke blot bliver imidlertid det retlige Formaal til ved at bortse fra en Del af de Maal, Parterne faktisk forfølge, men der maa ogsaa gjøres opmærksom paa en anden Abstraktion, der i Virkeligheden finder Sted, naar man taler om ét retligt Formaal, *emptio-venditio*. Selv om der bortses fra ethvert andet Formaal end det, der umiddelbart ligger indesluttet i Vederlagsspørgsmaalet, rummer jo ogsaa dette i Virkeligheden to helt forskjellige Formaal, idet Kjøberens er at erhverve Tingen, Sælgerens det helt modsatte at erhverve Pengene derfor, og af denne Duplicitet i Formaalet bærer selve Benævnelsen *emptio-venditio* Spor. Det er altsaa kun ved Sammenknytning af de to Formaal til et fælles Begreb, at Enheden kan bringes til Veje. En Transaktion mellem to Parter af det Indhold, at

den ene skal levere den anden en Ting mod at modtage Penge til Gjengjæld, medens den anden skal give Pengene mod at modtage Tingen til Gjengjæld, udfylder en bestemt Funktion i Samfundets økonomiske Liv, kan derfor ogsaa forsaavidt siges at have ét bestemt faktisk Formaal. Ved den nøje gjensidige Betingethed og Afhængighed af de to Parter Maal tabe de til en vis Grad deres selvstændige Karakter, blive saa at sige kun to Sider af et og samme økonomiske Formaal. Det er altsaa kun tagende Hensyn til det faktiske Forhold, naar man lader Enheden træde frem ogsaa i den retlige Benævnelse.

I det foregaaende har Opgaven været at fremhæve Modsætningsforholdet mellem det retlige og faktiske Formaal. Men det vil allerede af det udviklede være fremgaaet, at Forholdet mellem dem ingenlunde kan betegnes som en blot Modsætning. De ere vel ikke kongruente, men for en Del dække de dog i det virkelige Liv hinanden. De Former, som Retsordenen opstiller for det økonomiske Liv, er ikke noget, der er hævet over Individerne, givende et abstrakt Billede af deres indbyrdes Færden, som denne tager sig ud set fra Rettens ophøjede Standpunkt, men det er praktiske Størrelser, hvoraf Parterne betjene sig i deres daglige Handel og Vandel.¹⁾ Opstiller Retsordenen saaledes Begrebet *emptio-venditio* til at udtrykke et vist økonomisk Formaal, vil det ikke længere kunne falde praktiske Folk ind at betegne dette ved Hjælp af den ret vidtløftige og komplicerede Udtryksmaade, som en udtømmende Karakteristik af dets virkelige Karakter vilde udkræve, men de nøjes med ganske simpelt at sige: Vi indgaa en *emptio-venditio*. Retsordenens Begreber er saa at sige det Retsalfabet,²⁾ hvoraf Parterne betjene sig, og hvorved de slaa det i deres gjensidige Forhold fast, hvorom der ialtfald hersker Enighed. Ordningen af deres indbyrdes Forhold kan maaske endnu i mange Henseender vække Tvivl, men ét er i hvert Fald givet: *emptio-venditio* er det! I denne Forstand kan det i l. 1 § 3 D. 2. 14 siges: »*ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt*«.

Vi har her strejft et i den nyere Tid ofte ventileret Stridsspørgsmaal, om Indtrædelsen af en Retshandels Virkninger betinges af, at Viljen netop har været rettet paa disse

¹⁾ jfr. herved tildels C. Ussing i Tidsskr. f. Retsvidenskab III. S. 189.

²⁾ Jhering: Geist des röm. Rechts 2. Aufl. II. 2. S. 317 ff.

Retsfølger, eller om det er tilstrækkeligt, at Parten har villet den Akt, hvortil Retten knytter sine Virkninger, hvilke da indtræde, selv om Parten slet ikke har villet dem, ja maaske har ventet, at ganske andre skulde hidføres derved.¹⁾ Uden nærmere at kunne inlade os paa dette vidtrækkende Spørgsmaal, ville vi her kun kort angive vort Standpunkt, forsaavidt det er nødvendigt for den foreliggende Undersøgelse.

Principielt slutte vi os til den Kohler'ske Opfattelse. Det er ikke blot, som Lenel klart har paavist, stemmende med det historiske Forhold, at Parterne kun foretage Akten med et vist økonomisk Resultat for Øje, hvortil da Retsordenen som noget af Parternes Vilje uafhængigt og maaske først langt senere føjer sin Beskyttelse, men det vilde ogsaa i Nutiden føre til praktisk rent umulige Resultater, om hver Retsfølges Indtræden skulde betinges af en Partsvilje særlig rettet derpaa.

Imidlertid maa dette Synspunkt dog ikke overdrives. Det er vel sandt, at Retseffekten indtræder uafhængig af, om nogen særlig i den Retning gaaende Vilje paavises, ja selv om maaske en af Parterne har antaget og ønsket, at den ikke vilde indtræde. Men, som Kohler synes tilbøjelig til,²⁾ at lade det samme gjælde, hvor begge Parter klart kunne konstateres at have villet udelukke den paagjældende Retsfølge, kan der, hvor ikke undtagelsesvis et særligt Hensyn til Samfundet eller en Tredjemand maatte komme frem, ikke anføres nogen rimelig Grund for. Det staar jo Parterne frit for ved deres Vilje helt at unddrage deres Mellemværende fra den retlige Ordning. Det maa da ogsaa være i deres Magt — i en Retsorden, der som den romerske alene anerkjender visse bestemte Kontrakt-kategorier, dog kun indenfor de derved bestemte Grænser —

¹⁾ jfr. i førstnævnte Retning: Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877, navnlig S. 6 og S. 161 ff., Windscheid: Wille und Willenserklärung, Zitelmann: Die juristische Willenserklärung i Jahrb. f. Dogm. Bd. 16 S. 357 ff., og i hans Skrift: Irrtum und Rechtsgeschäft S. 237, men i modsat Retning navnlig Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation i Jahrb. Bd. 16 S. 91 ff., særlig S. 106 ff. (Retsfølgerne »fuldbyrde sig med Naturnødvendighed, ikke vi voluntatis, men vi legis,« »de indtræde med det ubevidste af et Naturfænomen«), S. 325 ff., Das Autorrecht, Bd. 18 S. 129 ff., særlig S. 149 ff., Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg, Bd. 19 S. 154 ff., jfr. ogsaa Lotmar: Causa S. 15--16.

²⁾ Bd. 16 S. 330.

ved særlig Viljesbestemmelse at udelukke en enkelt af de sædvanlige Retsfølger.

Endvidere maa det ikke glemmes, at den skarpe Mod-sætning mellem en Retsakts økonomiske og retlige Følger i Virkeligheden beror paa en Abstraktion.¹⁾ Saa vist som et Kravs økonomiske Værdi ganske særlig afhænger af den Beskyttelse, der fra Retsordenens Side bliver det til Del, vil ogsaa Forholdets økonomiske og retlige Side i de kontraherende Parters Bevidsthed noget væve sig sammen. I Almindelighed vil nu deres Tanke i denne Retning ikke gaa synderlig videre, end til at Forholdet skal nyde en vis retlig Beskyttelse, medens dennes nærmere Omfang og Karakter ganske overlades til Fastsættelse af Retsordenen selv. Men ved Transaktioner, der have forekommet saa hyppig i Livet, at der er blevet tillagt dem en særlig retlig Benævnelse, ville de ved at betegne deres Mellemværende netop med dette Navn, uden da samtidig ved det materielle Mellemværendes Beskaffenhed at tvinge det udenfor denne Kontraktskategori, have givet deres Tanke og Vilje med Hensyn til Retsbeskyttelsen en noget præcisere Form, og dette Viljesudtryk maa da være bindende for de retsanvendende Myndigheder.²⁾ Dette gjælder f. Ex., hvor Parterne selv erklære at indgaa et Kjøb og Salg. Det vilde selvfølgelig ogsaa her være en Fiktion at tænke sig en bestemt Partsvilje bag hver enkelt Følge, som Retsordenen desangaaende lader indtræde. Men paa den anden Side have de dog klart lagt for Dagen, at de ønske ikke blot Stiftelsen af et faktisk økonomisk Mellemværende, bestaaende i Udvexlingen af en Ting mod Penge, men netop af Retsforholdet Kjøb og Salg. Hvilke Følger dette i det enkelte maatte medføre, har maaske ikke været dem klart, men at de dertil af Retsordenen knyttede Følger skulle indtræde, maa de siges bestemt at have lagt for Dagen som deres Vilje.³⁾

Dette, at saaledes Parternes faktiske Mellemværende indfattes i retlig Ramme, ytrer sin Virkning paa alle dettes enkelte Bestanddele og da navnlig ogsaa paa den Del af det, som her nærmest interesserer os, de Vederlagsforudsætninger,

¹⁾ jfr. i lignende Retning Karlowa l. c. S. 165.

²⁾ Dette overses da heller ikke af Kohler, jfr. navnlig Bd. 18 S. 155.

³⁾ jfr. den »ubestemte Hensigt« hos Zitelmann: Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 468 f., 495.

hvorfra Parterne ved Forholdets Indgaaelse ere gaaede ud. Ogsaa disse modificeres i deres faktiske Natur, idet de indføjes som Led i det ved gjensidig Aftale begrundede retlige Mellemværende, hvorigjennem de faa deres nærmere Bestemmelse og Begrænsning. Ikke efter den Betydning, som de faktisk maatte have haft for den enkelte Part, men efter den Vægt, hvormed de fremtræde i den paa begge Parter Samstemmen beroende Overenskomst, maa altsaa deres retlige Virkning bedømmes.

I Sammenhæng hermed staar vistnok en Ejendommelighed i de romerske Kilders Sprogbrug. Medens man ved de ubenævnte Realkontrakter hvert Øjeblik støder paa Ordet »causa« som Betegnelse for den for Parten afgjørende Vederlagsforudsætning, og Ordforbindelsen »causa non secuta« som udtrykkende, at denne Forudsætning er bristet, findes der, saavidt Forf. bekjendt, ikke nogen tilsvarende Anvendelse af disse Udtryk for Konsensualkontrakternes Vedkommende. Disses Ejendommelighed søges ogsaa netop i Karakteren af Vederlagsforholdet,¹⁾ men man finder dog intet Steds den enkelte Parts Vederlagsforudsætning betegnet som »causa« for Paatagelsen af hans Forpligtelse, eller Brud paa hans Forventninger i saa Henseende betegnet som »causa non secuta.« Den eneste Betydning, hvori »causa« i denne Forbindelse findes anvendt, er som omfattende hele det ved Kontrakten begrundede Retsforhold, »causa emptionis,« l. 1 § 6 D. 13. 5.²⁾

¹⁾ jfr. saaledes særlig klart Ligestillingen mellem emptio-venditio og permutatio i l. 5 § 1 D. 19. 5: »Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, . . . permutationem —«.

²⁾ I l. 11 § 6 D. 19. 1, jfr. et beslægtet Tilfælde ved locatio — conductio i l. 2 D. 12. 7, siges det vel om en Ring, der er givet som »arra«, at den, efter at fuld Betaling af Købesummen har fundet Sted, »quasi ob causam datus sit et causa finita sit,« og at den »jam sine causa apud venditorem est.« Men herved skal ikke betegnes, at nogen af de ifølge det særlige Kontraktsforhold afgjørende Forudsætninger i dette Tilfælde skulde være bristet. Aldeles uafhængig af dettes Karakter, selv om det f. Ex. var en Deliktsobligation, som der maatte være ydet et foreløbigt Afdrag paa, maatte dette i et Tilfælde som det omtalte siges nu at befinde sig »sine causa« hos Modtageren og altsaa kunne søges tilbage. — Heller ikke Ordene »res secuta« og »res non secuta« i l. 3, l. 5 § 1 D. 18. 5 have Hensyn til det i Teksten omhandlede Forhold. Stederne handle kun om en Købekontrakts Ophævelse »contrario consensu,« og det udtales, at en saadan kan finde Sted, saa længe res kan siges at være fuldstændig integra,

Forklaringen kan vistnok kun findes i den oven anførte Betragtning om Parternes individuelle Formaals Underordnelse under det ved Dispositionens Karakter bestemte retlige Formaal. Hensynet til Parternes Ønsker faar Betydning for saa vidt, som de ere bestemmende for, hvilken Slags Retsforhold der indgaas imellem dem. Men er dette bragt til Klarhed, indtræde de dertil af Retsordenen knyttede Følger af sig selv, og Parternes individuelle Forudsætninger faa kun Betydning, forsaavidt de lade sig indføje som Elementer i den retlig regulerede Ordning af deres indbyrdes Mellemværende. Der kan derfor vel endnu spørges, hvilken Indflydelse det har, at f. Ex. evictio af den solgte Ting finder Sted, at den lider af Mangler o. s. v., men disse Omstændigheder faa ikke længer Betydning som selvstændige »causae«, men kun som Momenter, hvis Virkning maa afgjøres i Henhold til den fra Retsordenens Synspunkt nu ene foreliggende causa, selve Kjøbet og Salget.

Anderledes derimod ved de ubenævnte Realkontrakter ¹⁾ og de dermed sammenhængende Conditionstilfælde. Her have Parterne netop ikke ved selve deres Kontrakts Indhold undergivet deres indbyrdes Forhold nogen bestemt Retskategori, Valget af den retlige Ordning staar altsaa her endnu in suspenso, og ved at træffe dette Valg vil Retsordenen da naturlig først søge hen til det Moment, hvorpaa den ogsaa ellers lægger Hovedvægten, Parternes Forudsætning med Hensyn til Vederlaget, og da særlig hos den Part, der foretager Realpræstationen, medens den andens Forudsætning i saa Henseende ifølge disse Forholds retlige Konstruktion normalt allerede ved selve Kontraktens definitive Indgaaelse vil være gaaet i Orden. Denne Vederlagsforudsætning faar altsaa her en selvstændig virkende Karakter, som den manglede, hvor den, som ved Konsensualkontrakterne, kun dannede et enkelt Led i et større retligt Kontraktsforhold mellem Parterne, og denne Omstændighed forklarer da formentlig ogsaa naturligt, at den her har faaet

altsaa naar ingen Erlæggelse fra nogen af Siderne endnu er paafulgt. Om »causa non secuta«'s Evne til som Brud paa en Parts Forudsætninger at give ham Adgang til paa egen Haand at hæve Kontrakten eller gjøre Rettigheder gjældende ifølge denne er der derimod slet ikke Tale.

¹⁾ Ved de benævnte Realkontrakter kommer dette Spørgsmaal overhovedet ikke frem, da ved selve det til disses Stiftelse krævede reale Moment den for Retten afgjørende Forudsætning for begge Parters Pligter maa anses for at være gaaet i Orden.

tillagt et særligt Navn, »causa,« hvortil da direkte knyttes Undersøgelserne om, hvorledes det gaar, naar den er »non secuta« eller »finita.«

Det maa herefter vistnok erkjendes, at Ordet »causa« som betegnende Vederlagsforudsætningen hos den, der ved Kontrakt paatager sig en Pligt, ikke har stræng kildemæssig Hjemmel for hele Obligationsrettens Omraade. Men paa den anden Side tiltrænges der et Ord til at udtrykke denne Forudsætning blot som faktisk bestemmende Moment hos Parterne, aldeles uafhængigt af, i hvilket Omfang der i det enkelte Tilfælde maatte være tillagt den Omstændighed, at Forudsætningen ikke paa den forventede Maade realiseres, retlig Betydning. Og det er da naturligt at overføre dette Ord, som stadig i Kilderne findes anvendt paa beslægtede Forhold,¹⁾ ogsaa paa disse Tilfælde. I det mindste er det den i Theorien fast hjemlede Betydning af dette Ord,²⁾ hvor da overhovedet Forfatterne indlade sig paa at give en Definition af Ordet og ikke blive staaende ved en blot Oversættelse deraf ved »Forpligtelsesgrund«, »Skyldgrund«, »Retsgrund«,³⁾ og allerede dette maa

¹⁾ Saaledes stadig ved ensidige Stipulationsløfter, l. 1, l. 3 D. 12. 7. — I l. 10 C. 4. 6 haves ogsaa for Conditionstilfældene et særlig klart Exempel paa »causa« som betegnende Vederlagsforudsætningen i den blot faktiske Skikkelse, som den har for den paagjældende Part, uden Hensyn til, om den i dette Omfang faar tillagt retlig Virkning, idet her »causa, pro qua data est« siges at være »non secuta,« og Conditionen ikke desto mindre dog udelukkes.

²⁾ jfr. saaledes Schlossmann: Causa S. 37—38, Bähr: Anerkenning S. 11 ff. (7 ff), Leonhard: Irrthum S. 241, samme Forf.'s Institutionen des römischen Rechts S. 316—317, F. Hofmann: Justa causa traditionis S. 85—86, S. 100 ff., endvidere forudsat ved Udviklingen hos Dernburg: Pandekten II. S. 60 ff. Kun Kindel, i hans Skrift: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, gjør en fra den almindelige ganske afvigende Brug af Ordet, idet han identificerer Causa'en med selve det Retsforhold, der ved Retshandelen skal begrundes, men heri vides ingen at have fulgt ham.

³⁾ Disse Ord ville i det følgende blive anvendte som Synonymer. — Naar Schlossmann l. c. paataler Udtrykket »en Kontrakts Retsgrund« som »ulogisk«, kan der næppe gives ham Medhold heri. Forholdet er blot det, at Ordet Retsgrund ogsaa kan bruges som Betegnelse for selve Kontrakten som retstiftende Kjendsgæring, jfr. det tidligere bemærkede om causa som »ren Retsgrund.« Men at det maa være taget i anden Betydning her, er paa Forhaand indlysende. Og da, som det her er sket, at lade Retsgrunden betegne netop det Moment i det til Kontraktens Indgaaelse førende psykologiske Motivforhold

siges at være en tilstrækkelig Grund til ikke at hidføre Konfusion i den videnskabelige Terminologi ved at gjøre Forandring deri. Hvor det er os om at gjøre at fremhæve Modsætningen mellem Vederlagsforudsætningen i den faktiske Skikkelse, hvori den forekommer i Parternes Bevidsthed, og den muligvis regulerede og modificerede Form, hvori der tillægges den retlig Anerkjendelse, ville vi ogsaa i det følgende betjene os af Ordet »Retsformaal.«

Naar saaledes Causa'en forstaas som den Forudsætning angaaende Vederlaget, hvorfra Parterne ved deres Forpligtelseserklæringer gaa ud, tiltrænges der dog en lidt nærmere Bestemmelse. Det er nemlig slet ikke sikkert, at de overhovedet have været bestemte ved en saadan Forudsætning. Men ogsaa for dette Tilfælde betegnes det negative Forhold i saa Henseende, det, at de altsaa have foretaget Dispositionen i Gaveøjemed, som causa. Denne maa derfor mere korrekt bestemmes som Svaret paa det altid af Retsordenen stillede Spørgsmaal om Vederlaget, hvad enten nu dette falder positivt eller negativt ud. Under den sidste Forudsætning er Sagen dermed afgjort, under den første kræves der derimod en nærmere Bestemmelse af Vederlagets Karakter, og ifølge den positive romerske Ret yderligere, at den netop fyldestgjør de Fordringer, som for de enkelte anerkjendte Kontraktskategorier bindende opstilles.

Det er forøvrigt tidligere ¹⁾ berørt, at Causa'en ogsaa kan bruges i en videre Betydning som omfattende enhver Forudsætning, der i det enkelte Tilfælde faar tillagt retlig Betydning, selv om den maaske ikke kan siges at have Hensyn til Vederlaget, f. Ex. den ved en donatio »mortis causa« udtrykte Forudsætning. Disse andre Forudsætninger ville dog stedse være noget ifølge Retsforholdet tilfældigt, være Udtryk for Biformaal, som Parterne forfølge ved Transaktionen, derimod maa Vederlagsforudsætningen siges at danne et integrerende Led deri og udgjøre dets i Rettens Øjne principale Maal. I det følgende ville vi da ogsaa ved »causa« stedse alene have denne altid retlig betydende Forudsætning for Øje, forsaavidt det ikke ved en udtrykkelig Tilføjelse, f. Ex. »enhver retlig afgjørende Forudsætning«, særlig er gjort klart, at vi paa det Sted undtagelsesvis tænke paa det videre Begreb.

hos Parterne, som der fra Rettens Side altid spørges om, synes i og for sig ret adækvat.

¹⁾ ovenfor S. 14 ff.

Paavisning af Causa'en ved de forskellige Retsforhold. Særlig om Gaver.

Der skyldes endnu Bevis for den Paastand, at det forholder sig med de andre af Romerretten anerkjendte Obligationsforhold paa samme Maade som med emptio-venditio, saaledes at ogsaa ved dem netop Svaret paa Vederlagsspørgsmaalet og det Indhold, hvormed det gives, er det afgjørende for deres Hønførelse til en af de af Retten anerkjendte Kontraktskategorier og dermed for deres retlige Anerkjendelse overhovedet. ¹⁾

Ved de fleste af dem vil nu Rigtigheden heraf strax indlyse. Saaledes ses det let, at Forholdet ved locatio-conductio, contractus emphyteuticarius og societas paa dette Punkt er ganske tilsvarende som ved emptio-venditio. Heller ikke vil man ved mutuuum, commodatum og pignus kunne være i Tvivl om, at Vederlaget for Modtagerens Pligt her bestaar i Pengenes eller Tingens Overlevering til Laan eller til Sikkerhed. Med Hensyn til de Pligter, der til Gjengjæld maatte paahvile Commodanten eller Pantsætterens (for nogle af disses Vedkommende som f. Ex. Forpligtelsen til at dække visse Udlæg, som Modtageren maatte have afholdt for Ejeren, kan der vistnok forøvrigt med Grund rejses Tvivl om deres Kontraktskarakter overhovedet) har Lovgiveren ihvertfald kunnet se et tilstrækkeligt Vederlag i den til Brugen knyttede Varetægt af Tingen for Ejeren eller i det Mellemværende, hvortil Panteretten kun er Accessorium.

Ved depositum og mandatam frembyder Forholdet derimod noget mere Vanskelighed. Depositaren og Mandataren modtage jo intet Vederlag for deres Tjeneste og have i Reglen heller ikke paa anden Maade nogen Interesse deri, og man kunde maaske derfor fristes til at betegne deres af Forholdet udspringende Pligter som værende af rent donatorisk Karakter. Mod en saadan Opfattelse taler dog afgjort det ovenfor ²⁾ antydede historiske Forhold.

Dette viser for Depositums Vedkommende, at det i sin

¹⁾ Der bortses foreløbig her stadig fra den til en bestemt Form knyttede Stipulation og Litteralkontrakt, saaledes at kun Konsensual- og Realkontrakterne haves for Øje.

²⁾ S. 21.

Oprindelse ikke er af kontraktmæssig Karakter, men alene betragtes fra Deliktssynspunktet. Det, at man har modtaget en andens Ting i Forvaring, medfører eo ipso en Pligt til at vise en vis Omhu, hvis Krænkelse medfører en Straffeklage in duplum. ¹⁾ Med dette historiske Moment for Øje vil man ikke med Rette kunne betegne den Pligt, som Depositaren paa det senere Trin i Udviklingen ved Kontrakt særlig paatager sig, som rent donatorisk. At han gaar ind paa at modtage Tingen i Forvaring, skyldes vel maaske kun Hensynet til at vise den anden en Villighed, og man er da heller ikke istand til at fremtvinge Opfyldelsen af et Løfte, han maatte have afgivet desangaaende, men naar han først engang har modtaget Tingen, medfører selve denne Situation Pligter for ham, hvilke hans Løfte da kun fremtræder som Anerkjendelse og nærmere Bestemmelse af. For den mulige lille Differens mellem hans legale og kontraktmæssige Pligt, som derved maatte fremkomme, vil han da med Rette kunne siges at være tilstrækkelig godtgjort ved den Klaring af Forholdet, som ogsaa han kan være interesseret i, idet navnlig ogsaa derved et sikkert Grundlag for hans eventuelle Dækningskrav mod Deponenten for ved Opbevaringen forvoldte Udgifter bringes tilveje.

Paa noget lignende Maade staar Sagen vistnok ogsaa med Hensyn til Mandatsforholdet. Man kan maaske endogsaa forklare dets historiske Udspring som en videre Udvikling af den til Grund for Depositumsforholdet liggende Tanke. ²⁾ Ligesom der ved Overladelsen af en Ting til Forvaring begrundes et Tillidsforhold, vil det samme kunne være Tilfældet, hvor Varetagelsen af en eller anden Interesse betros en anden. Heller ikke Mandataren er definitivt bunden ved sit blotte Løfte om at udfolde en saadan Virksomhed, det staar ham som Regel til enhver Tid aabent paa egen Haand at bringe Forholdet til Ophør. Men indlader han sig først paa denne Besørgelse for den anden, udspringer der af selve dette Faktum paa samme Maade som af Modtagelsen af den betroede Ting en Klage imod ham, der ogsaa her oprindelig var en infamerende actio ex delicto. Mandatarens udtrykkelige Løfte desangaaende vil derfor heller ikke her naturlig kunne opfattes paa anden Maade end som sket til Opfyldelse og Anerkjendelse af en i Forvejen

¹⁾ jfr., foruden de oven citerede, Schulin: Römische Rechtsgeschichte S. 404.

²⁾ jfr. herved Schulin l. c. S. 405 ff.

begrundet legal Pligt. En saadan Fyldestgjørelse af en bestaaende Pligt maa da lige saa vel som Erhvervelse af en positiv Ret erkjendes at kunne indeholde et retligt Vederlag for Løftets Afgivelse.

Ved de ubenævnte Realkontrakter bestaar Vederlaget jo i det dare eller facere, som selve deres Istandkomst kræver. Modsætningen til Konsensualkontrakterne ligger deri, at der paa den ene Side her ikke opstilles særlige Fordringer til Vederlagsforudsætningens nærmere Indhold, men paa den anden Side dens Realisation kræves for overhovedet at bringe noget Retsforhold istand. Hvilke Konsekvenser der heraf flyder for den nærmere retlige Ordning med Hensyn til Vederlagsforholdet, vil blive omtalt i den følgende Paragraf.

— I Modsætning til alle disse Transaktioner, der kunne sammenfattes under Begrebet Præstationer mod Vederlag, stilles da i Romerretten Begrebet »donatio.« Dette siges i l. 82 D. 50. 17 at foreligge med Hensyn til »quod nullo iure cogente conceditur« og defineres i l. 1. pr. D. 39. 5 nærmere derhen »propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.« I denne Definition finde vi et klart og prægnant Udtryk for Modsætningen mellem det, vi i det foregaaende have kaldet Retsformaalet, og det af Parten tilstræbte faktiske Maal.¹⁾ Faktisk er det sikkert, at Giverens Hensigt ikke kan betegnes som en blot liberalitas, man giver ikke for at give, Ydelsen er tvertimod altid kun Middel for et andet Formaal, han ønsker at opnaa. Dette kan være at afhjælpe Modtagerens øjeblikkelige Nød eller at afbetale en formentlig Taknemlighedsgjæld, hvori han staar til ham, eller omvendt fordi han haaber, at Modtageren senere vil øve Gjengjæld,²⁾ eller for at give sig et generøst Skær i sine Medborgeres Øjne, og meget, meget andet. Men alle disse forskellige mulige Motiver ere altfor vage og ubestemmelige saa vel i sig selv som efter den Virkning, de kunne antages at have haft paa den endelige Beslutning, til at der lader sig opstille almindelige Retsregler om dem. De ere, hvad Lenel³⁾

¹⁾ jfr. herved Lenel: Arch. r. civ. Praxis Bd. 74 S. 230 ff. og tildels Lotmar S. 76. I lignende Retning ogsaa tidligere F. Hofmann: Justa causa traditionis S. 85—86.

²⁾ jfr. l. 3 § 7 D. 12. 4: »dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum.«

³⁾ Arch. f. civ. Praxis Bd. 74. S. 232.

kalder »Imponderabilier« for Retten. Derfor slaas der en Streg over dem, og der tages alene Hensyn til det Moment, der stadig gaar igjen ved alle Transaktioner af denne Art, af hvor forskjellige Motiver de end maatte være udsprungne, hvilket her kun lader sig udtrykke rent negativt: at der ikke er tilsigtet Vederlag for Præstationen. Ligesom ved de tidligere omtalte Kontrakter kun Spørgsmaalet om, hvilket Vederlag, men ikke det videre Spørgsmaal, hvorfor dette var betinget, blev tillagt retlig Betydning, saaledes bliver her af Retten alene lagt Vægt paa, at der intet Vederlag er betinget, men af hvilke Motiver denne Beslutning er fremkaldt, lades helt ude af Betragtning. Med andre Ord: Præstationens Vederlagsfrihed konstitueres her som Retsformaalet¹⁾. Hvad der da i denne Retning skal betragtes som Vederlag og saaledes udelukke Donationsbegrebet, beror igjen paa Retsopfattelsen til enhver Tid. I den romerske Ret var saaledes Frigjørelsen for en Pligt, som der ifølge særlige Inhabilitetsgrunde hos den forpligtede kun var tillagt Karakteren af en obligatio naturalis, anset for tilstrækkeligt Vederlag til at udelukke Antagelsen af en donatio, l. 19 § 4 D. 39. 5.

Men lige saa lidt her som ellers betegner Retsformaalet en absolut Modsætning til Partens faktiske Formaal. Det er tvertimod ogsaa her Udtryk for en virkelig tilstedeværende Side ved dette. Det negative Moment Vederlagsfriheden udtømmer vel ikke det faktiske Maal, dette maa altid kræve en nærmere positiv Bestemmelse, men det betegner dog et virkelig eksisterende Element deri, saa vist som et Formaal altid til nødvendig Forudsætning har Midlet til dets Opnaaelse²⁾. Det er denne faktiske Side ved Retsformaalet, der tænkes paa, hvor Donationsbegrebet bruges, ikke som Betegnelse for selve det retlige Resultat, men til at begrunde dette. Dette finde vi Exempel paa bl. a. i l. 65 § 2 D. 12. 6 og l. 47 D. 38. 1. I den første hedder det:

»(Paulus). Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari³⁾ volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse.«

¹⁾ Denne Modsætning mellem en donatio paa den ene Side og en datio »ob causam« eller »ob rem« paa den anden har fundet særlig prægnant Udtryk i l. 19 §§ 5 og 6 D. 39. 5.

²⁾ jfr. Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. S. 138 ff., Gram: Motivets Betydning i strafferetlig Henseende. S. 1 ff. ³⁾ læs: donare.

Og i l. 47 D. 38. 1 (Valens): »Campanus scribit non debere praetorem pati donum munus operas imponi ei, qui ex fidei-commissi causa manumittatur. sed si, cum sciret posse se id recusare, obligari se passus sit, non inhibendam operarum petitionem, quia donasse videtur.«

Der betegnes herved netop, at den ydende maa antages at have gjort sin Præstation uafhængig af Vederlagsforudsætninger. Det i Stederne anførte Moment (at en Hjælp virkelig er ydet Giveren, eller at en Forpligtelse virkelig eksisterer) kan ikke antages tillagt denne Betydning, det formodes kun at være en betydningsløs »falsa demonstratio«, og som Situationen foreligger, kan der ikke oplyses nogen anden Vederlagsforudsætning, hvoraf Præstationen skulde være gjort afhængig. Som l. 12 D. 46. 2 siger i et med l. 47 D. 38. 1 nær beslægtet Tilfælde: »similis videbitur ei, qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur«. Naar der her kun staar »similis ei, qui donat«, men altsaa ikke, at det, han foretager, virkelig er en donatio, beror dette vistnok¹⁾ paa, at Stedet kun indlader sig paa at bedømme Forholdet i en bestemt Relation. Det er alene Spørgsmaalet om Transaktionens Afhængighed af en fuldgyldig Forpligtelses Existens og et ad den Vej opnaaet Vederlag, der skal afgjøres, dette negeres, men derved er jo ikke udelukket, at Dispositionen maaske kunde være afhængig af andre Vederlagsforudsætninger.

Denne Relativitet, som her kommer til Syne i Donationsbegrebet, træder ogsaa frem i en anden Retning. En Transaktion kan være donatio i Forhold til en Person uden at være det i Forhold til en anden. Dette gjælder saaledes i det i l. 9 pr. D. 12. 4 behandlede Tilfælde, at nogen iværksætter en donatio til en mulier ved at udbetale en dos til hendes sponsus. Dispositionen betragtes da ikke som en Gave i Forhold til den sidste, da han har et naturligt Krav paa ikke at ægte en »mulier indotata«, jfr. l. 4 § 21 D. 44. 4. —

Naar Donationens Ejendommelighed saaledes er blevet fundet i dens Uafhængighed af noget, der retlig kan betragtes som Vederlag, maa dog tilføjes nogle Bemærkninger angaaende den saakaldte »donatio sub modo«. Ved denne paalægges der nemlig Gavemodtageren visse Forpligtelser, og Vanskeligheden bliver

¹⁾ Der kan dog ogsaa herved være tænkt paa den Forskjel fra den sædvanlige donatio, at det i dette Tilfælde ikke er aldeles givet, at Ydelsens Vederlagsfrihed virkelig stemmer med den ydendes Ønske.

da at drage Grænsen mellem disse Tilfælde og dem, hvor den andens til Gjengjæld paadragne Pligt antager Karakteren af ligefremt Vederlag og saaledes udelukker Gavebegrebet¹⁾.

Der findes hos de ældre romerske Jurister undertiden Spor af den Opfattelse, at det hører med til donatio's Begreb, at den er gjort ubetinget, saaledes at enhver tilføjet Betingelse eller Forudsætning, hvis Ikke-Opfyldelse kunde medføre, at Dispositionen gik tilbage, skulde udelukke fra at betegne denne som en Gave. Saaledes kræves det endnu af Julian i l. 1 pr. D. 39. 5, at »Giveren »dat ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti«, og i Overensstemmelse hermed er ogsaa hans Udtryksmaade i l. 2 § 7 eod., hvor han vel forudsætter Muligheden af en (retlig betydningsløs) causa ved en donatio, men saasnart der bliver Spørgsmaal om en som condicio virkende Forudsætning, kun taler om at »dare«, ikke »donare«. Dette Synspunkt er imidlertid opgivet af de senere Jurister, jfr. saaledes det lige paafølgende Pandektsted, l. 3 af Ulpian, hvor han taler om en condicio »donandi« lige saa vel som om en blot causa.

Det maa da ogsaa erkjendes, at Vægten ikke fornuftigvis lader sig lægge paa dette Moment. Lige saa vel som der vil kunne tænkes Pligter for Modtageren, der maa betage Dispositionen Karakteren af Gave, skjønt deres Ikke-Opfyldelse maaske ikke er ment at skulle medføre Dispositionens Omstødelse, maa ogsaa omvendt tilføjede virkelige Betingelser efter Omstændighederne kunne have en saadan Karakter, at Dispositionens Vederlagsfrihed ikke derved kan siges at anfægtes. Afgjørelsen maa alene bero paa Karakteren og Indholdet af den paalagte Pligt selv, og hvilken Rolle den derefter maa antages at have spillet som Vederlagsmotiv for Disponenten. Med Hensyn til dette Spørgsmaal, der maa erkjendes at være »facti magis quam iuris quaestio«, l. 2 § 7 D. 39. 5, skulle her kun nogle vejledende Hovedsynspunkter angives.

Refererer den paalagte Pligt sig til en bestemt Anvendelse af det modtagne, hvori Disponenten ikke kan antages at have nogen saadan selvstændig og umiddelbar Interesse, der lader sig konstatere, saa at hans Ydelse i Forhold dertil faar Karakter af et blot Middel, udgjør det ham dertil bestemmende Motiv kun et enkelt Led i hans almindelige donatoriske Formaal, som

¹⁾ jfr. ved denne Undersøgelse Lotmar S. 86 ff., Windscheid: Voraussetzung S. 100 ff.

der derved gives en bestemt og mere begrænset Form, og det vil derfor ikke kunne faa nogen selvstændig Betydning til at modificere Dispositionens Karakter. Forholdet er kun det, at medens der ved en almindelig Gave vederlagsfrit tilføres Modtageren en Formuefordel til at tjene hans Interesser, i hvilken Retning han selv maatte finde det for godt, skal den her kun tjene den begrænsede Kreds af dem, som Disponenten bindende for Modtageren har truffet Valg om, men om noget, der kan betegnes som Vederlag, er der lige saa lidt her som ellers Tale. Dette finder f. Ex. Anvendelse paa Forholdet i l. 9 pr., l. 5 § 9 D. 23. 3, hvor noget skænkes til Bruden eller Brudens Fader, for at disse selv kunne give det videre som dos¹⁾, og paa det i l. 2 § 7 D. 39. 5 behandlede Tilfælde, at en Mand giver en anden en Sum Penge med det Paalæg derfor at købe sig Slaven Stichus. Forsaavidt dette Paalæg overhovedet efter Omstændighederne maa anses for afgivet i forbindende Hensigt, taber Dispositionen dog ikke Karakteren af alene at være sket til Fyldestgjørelse af Modtagerens egne Interesser²⁾, forsaavidt da ikke undtagelsesvis Disponenten kunde oplyses at have haft en ganske særlig Interesse i, at dette Kjøb fandt Sted, f. Ex. for derved at skaffe Slaven en bedre Herre end den nuværende. — Som et andet Tilfælde kan nævnes, at man giver en anden en Pengesum til at foretage en Udenlandsrejse for. Ogsaa heri ligger kun en begrænset Formaalsbestemmelse, ikke nogen Bettingelse af et Vederlag. Vilde Modtageren her sige, at han havde modtaget Pengene ikke »til«, men »for« at foretage en Udenlandsrejse, vilde man i de fleste Tilfælde næppe kunne tage en saadan Bemærkning helt alvorlig³⁾.

Hvor derimod Paalæget har Hensyn til en selvstændig Interesse hos Disponenten, der har en saadan bestemt præciseret Karakter, at Fyldestgjørelsen af den kan betragtes som retligt Vederlag, vilde det stride mod det faktiske Forhold at betegne en saadan Disposition som en ren Gave. Der er nemlig

¹⁾ Naar l. 5 § 9 erklærer den samme Transaktion mellem Brudens Forældre for ikke at være nogen donatio, beror dette paa, at de særlige Hensyn, der motivere Forbudet mod Gaver mellem Ægtefæller, aabenbart ikke passe paa dette Tilfælde.

²⁾ Kun kan man maaske med Pernice, Labeo III. S. 199, sige, at i dette Tilfælde det egentlig skænkede ikke er Pengene, men Slaven.

³⁾ Anderledes maaske f. Ex. med offentlige Institutioner, der ifølge deres Stilling kunne siges at have en vis Interesse i paa den Maade at begunstige videnskabelige og lignende Formaal.

her en overvejende Sandsynlighed for, at Ønsket om at opnaa det, der forlanges fra den anden Side, har været ene- eller dog ihvertfald medbestemmende ved Dispositionens Foretagelse. Der vil derfor i dette Tilfælde enten foreligge et negotium mixtum cum donatione eller en ren Vederlagstransaktion. Kun Valget mellem disse to Muligheder vil i enkelte Tilfælde kunne volde Vanskelighed.

Er Paalæget af en saa omfattende Karakter, at som Følge deraf den økonomiske Fordel, som Modtageren maatte kunne have af Dispositionen, klart kan ses helt at ville opluges, maa der derved siges at være betaget den enhver Skygge af Gavekarakter. Som Exempel herpaa nævnes i l. 18 § 1 D. 39. 5 det Tilfælde, hvor en Slave overleveres til en anden, for strax af ham at frigives. Den Fordel, der deraf maatte flyde for Modtageren, er af en saa problematisk Natur, at det ikke udelukker Juristen (Ulpian) fra at sige: »hic enim nec donationi locum esse«.

Noget lignende maa vistnok antages, hvor den Pligt, der til Gjengjæld paalægges, er af en saadan Natur, at den overhovedet udelukker Muligheden for sikker økonomisk Vurdering. Da det paa den ene Side staar fast, at Pligtens Fyldestgjørelse er af en vis Interesse for den, der giver eller lover noget derfor, og medfører en vis Byrde for den anden Part, og det paa den anden Side ikke lader sig gjøre nøjagtig at vurdere disse Momenter i Penge, maa man, indtil det modsatte klart godtgjøres, gaa ud fra, at Disponenten netop kun har givet eller lovet, hvad der faktisk har været nødvendigt til dette Godes Opnaaelse, og altsaa ikke uden ganske særligt Bevis statuere noget Gaveelement. I Overensstemmelse hermed erklærer l. 19 § 6 D. 39. 5 om et Løfte om 100 paa det Vilkaar, at den anden sværger at ville bære Løftegiverens Navn, at det »non esse donationem, quia ob rem facta est — —«.

I det Tilfælde, hvor saavel Dispositionen som Paalæget angaar Ydelser, der sikkert lade sig anslaa i Penge, eller hvor der dog paa anden Maade klart lader sig konstatere en Differens imellem dem til Modtagerens Fordel, maa Formodningen vel oftest være for, at der ikke foreligger nogen ren Vederlags-transaktion, men et negotium mixtum cum donatione. Som Exempel fra Kilderne kan nævnes, at en Person modtager noget fra en anden, med det Vilkaar til Gjengjæld at svare ham visse »alimenta« (der maa forudsættes at være af ringere Værdi end det modtagne), l. 1 C. 8. 54, eller at Modtageren af

en Slave først skal frigive denne efter fem Aars Forløb, saaledes at han altsaa i denne Mellemtid nyder Fordelen af at have Slaven, l. 18 § 1 D. 39. 5.

Imidlertid betones det paa dette sidste Sted, at man først og fremmest maa se hen til, »quid acti sit«, for deraf at slutte, om ikke muligvis noget andet har været Meningen end saaledes at tilføre Modtageren en vederlagsfri Fordel. Og i saa Henseende kan det ikke gaa an at anvende en altfor stiv mathematisk Maalestok. Det maa jo nemlig erindres, at man hyppig i Livet kan være nødsaget til at give noget mere end dets nøjagtige objektive Værdi for at opnaa, hvad man ønsker. Saa længe altsaa det præsterede i saa Henseende holder sig indenfor det fornuftig muligens Grænser, og ikke iøvrigt særlig mistænkelige Momenter foreligge, vil man i Almindelighed ikke være berettiget til for nogen Del at underkaste en saadan Transaktion de mindre gunstige Regler, der gjælde om Gaver.

I Henhold hertil kunne vi da fastholde vor ovenfor givne Definition af Gaven som en Disposition, hvis Uafhængighed af noget, der retlig kan betragtes som Vederlag, foreligger oplyst, selv om visse Pligter og Indskrænkninger, der ikke ifølge almindelig Opfattelse kunne siges at udøve denne Funktion, ere paalagte Modtageren. Ved Siden heraf betegner da negotium mixtum cum donatione en Transaktion, for hvis Vedkommende et bestemt præciseret Stykke kan udsondres som klart vederlagsfrit. Derimod kan den blotte Mulighed, at der for en vis Del, der ikke nærmere lader sig konstatere, maatte mangle fuldt retligt Ækvivalent, ikke være nok til at unddrage Dispositionen fra de almindelige Regler om Transaktioner mod Vederlag.

§ 5.

De til Causa'en knyttede Retsregler.

I de foregaaende Paragrafer er det forsøgt at fastsætte, hvad vi have kaldet det retlige Formaal for de af Retsordenen anerkjendte Transaktioner, og det fælles Træk i dette har vist sig at være enten et nærmere bestemt Vederlag fra den anden Side, eller den bevidste Udelukkelse af et saadant. For den sidste Klasses, altsaa de donatoriske Retshandelers Vedkommende, ville de i foregaaende Paragrafs Slutning fremsatte Bemærkninger vistnok findes tilstrækkelige.

Heller ikke for Realkontrakternes Vedkommende vil der indenfor denne Fremstillings Ramme være Anledning til at fremsætte yderligere Bemærkninger. Spørgsmaalet om en nærmere Bestemmelse af Causa'en for de derved opstaaende obligatoriske Pligter kommer nemlig her ikke frem, idet Causa-forholdet ved selve det reale Moment i Retsordenens Øjne definitivt er gaaet i Orden. Dette gjælder ved de benævnte Realkontrakter ikke blot for Modtagerens Pligter, men ogsaa for de eventuelle Pligter, der maatte opstaa for den, der har foretaget Tingens Overlevering. Kun om en nærmere Fastsettelse af disse Pligters Indhold kunde det her dreje sig, men dette falder udenfor denne Undersøgelses Opgave. Noget lignende finder forøvrigt ogsaa Anvendelse paa Konsensualkontrakten Mandat, hvor der ved Besørgelsen for den anden ifølge hans Anmodning fremkommer en Situation beslægtet med den, der ellers indtræder ved en Tings Overlevering.

Ved *contractus reales innominati* er Forholdet for saa vidt et andet, som her ved Realpræstationen netop kun Vederlagsforudsætningen for Pligten paa den ene Side, nemlig Modtagerens, kan anses for at være gaaet i Orden. Derimod staar det Spørgsmaal stadig tilbage, om ogsaa Forudsætningen for den gennem Realerlæggelsen skete Opofrelse fra den ydendes Side er fyldestgjort, eller om han paa Grund af dens Bristen kan *condicere* sin Ydelse. Da imidlertid *Conditionstilfældene* ikke naturlig kunne anses begrundede blot paa en Kontrakt mellem Parterne¹⁾, udskilles de rigtigst fra denne Undersøgelse, der kun angaar Causa'en for en ved Viljeserklæring paatagen Forpligtelse.

Det er imidlertid ikke blot et systematisk Hensyn, der fører os hertil, det er ogsaa en vægtig praktisk Betragtning. En fælles Behandling af Forudsætningsspørgsmaalet ved Kontrakts- og *Conditionstilfældene* vil paa Grund af den helt forskellige Karakter, hvormed disse Forhold historisk fremtræde i Romerretten, ikke kunne undgaa at føre til mislige Resultater og maa da ogsaa betegnes som Hovedaarsagen til det skæve Spor, som Theoriens Forudsætningslære ofte har været inde paa. Ved Kontrakten er det den fælles Overenskomst, der danner Udgangs- og Endepunktet for Afgjørelsen af alle Momenter, som ved Parternes indbyrdes Forhold skulle blive af Betydning. Ved *Conditionen* er det derimod den ved

¹⁾ Pernice: *Labeo* III. S. 219, 259, 283.

Løftet og dets Causa.

Realpræstationen stedfundne Berigelse for den modtagende Part, der danner Grundlaget for hele Ordningen ¹⁾. Det er det Spørgsmaal, hvorvidt denne Berigelse ifølge en fornuftig objektiv Prøvelse kan anses for grundet eller ikke, hvorom hele Undersøgelsen drejer sig. Herved ville vel ogsaa Parternes gjensidige Aftaler kunne være af en vis Betydning, men denne er dog kun accessorisk og underordnet i Forhold til det reale Moment. Det er paa dette og paa den »lex«, som Yderen ved ensidig Viljesbestemmelse maa kunne gjøre sin datio afhængig af, da der jo forudsættes ikke i Forvejen at bestaa nogen retlig Forpligtelse for ham til at foretage en saadan, at Hovedvægten lægges ²⁾).

Efterhaanden gjøres der vel for saa vidt en Modifikation i Forholdet, som der i visse Tilfælde aabnes den ydende en Adgang til ikke blot at condicere, men ogsaa at anstille direkte Klage til den paalagte Pligts Opfyldelse. Men dette sker dog fra først af blot sporadisk og vinder kun Skridt for Skridt frem til almindeligere Herredømme ³⁾. I Forbindelse hermed staar da en noget stærkere Betoning af Partsaftalens Betydning ogsaa ved disse Transaktioner. Men det er dog kun for et enkelt Forhold, permutatio, at man paa Grund af dets nærliggende Analogi med en anerkjendt Konsensualkontrakt er naaet frem til en mere almindelig Overførelse af de for denne gjældende Regler, jfr. l. 19 § 5 D. 21. 1, l. 2 D. 19. 4. I det hele og store maa det siges, at der ikke i den justinianske Lovsamling fremtræder en saadan Løsrivelse fra det oprindelige Conditionssynspunkt, som en selvstændig Gjennemførelse af Konsensualprincippet maatte have ført til ⁴⁾; det er ogsaa her stadig det reale Moment, der fremtræder som det principale, i Forhold til

¹⁾ jfr. herved Pernice: *Labeo* III. S. 219, 259, 283, og Bekker: *Aktionen* I. S. 126 ff.

²⁾ jfr. herved Pernice: *Zur Lehre von den Innominatcontracten* i *Krit. Vierteljahrschrift* Bd. 10 S. 68–123, særlig S. 92, 100.

³⁾ Ifølge de nyeste Undersøgelser maa endogsaa selve »actio praescriptis verbis« antages at være interpoleret af Lovsamlingens Forfattere, jfr. Gradenwitz: *Interpolationen*. 1887. S. 123 ff., Pernice: *Labeo* III. S. 302, 304.

⁴⁾ jfr. l. 5 D. 19. 5, særlig dens § 5, hvor Kravet ifølge actio praescriptis verbis, jfr. Slutn. af § 4, bestemmes efter Værdien af den først ydendes Slave, altsaa efter Conditionssynspunktet, Bekker *l. c.* S. 128 Note 49, Gradenwitz: *Interpolationen* S. 134–135.

hvilket Parternes Aftale kun bliver af sekundær Betydning¹⁾. Det vil derfor ikke kunne gaa an at overføre Synspunkter fra den ufærdige Ordning, som den romerske Ret paa dette Punkt betegner, paa dens fuldt anerkjendte og udviklede Konsensualkontrakter, saa lidt som paa de Tilfælde i Nutiden, hvor Romerrettens Innominatkontrakter ere blevne afløste af virkelige gjensidige Obligationsforhold²⁾.

Ved de solo consensu stiftede gjensidige Obligationsforhold kræver Vederlagsforudsætningen derimod en nærmere Bestemmelse. Derved, at en Ydelse eller Løftet om en saadan er fremkaldt ved Tanken om en Modydelse fra den anden Part, er jo i og for sig ikke sagt noget om, hvorledes dette psykologiske Afhængighedsmoment nærmere er kommet til Udførelse i det enkelte konkrete Forhold. En Række af forskellige Muligheder aabner sig. Det kan være, at denne indre psykologiske Sammenhæng mellem de to Ydelser slet ikke er kommet til ydre Udtryk, idet Parterne tiltrods for den have nøjedes med at opstille to uafhængige Krav paa Ydelse mod hinanden indbyrdes i Tillid til, at derigjennem deres Ønske om Vederlag vil ske tilstrækkelig Fyldest. Og hvor en vis Afhængighed ogsaa i det ydre er etableret, kan Afhængighedsforholdet tænkes gennemført i den mest forskellige Skikkelse. Ved Siden af den Form, hvori det finder sit mest umiddelbare Udtryk: faktisk Ydelse fra den ene Part mod samtidig faktisk Ydelse fra den

¹⁾ Herimod strider ikke, at enkelte Steder, der behandle Spørgsmaalet om det formløse pactum's Virkning, udtrykke sig saaledes, som om det netop er til dette, at Retsvirkningen knyttes under Forudsætning af, at en Realpræstation har fundet Sted, jfr. saaledes navnlig l. 7 § 2 D. 2. 14. At Vilkaaret kan fastsættes ved fælles Overenskomst, har det jo nemlig overhovedet ikke været Meningen at nægte. Der har kun skullet gjøres opmærksom paa, hvorledes det i sit historiske Udspring hviler paa en selvfølgelig Magtfuldkommenhed hos den, der frivillig foretager en datio, til ensidig at fastsætte en lex derfor, og hvorledes man selv paa den romerske Udviklings sidste Trin finder tydelige Spor af dette Udspring, jfr. saaledes navnlig den til det sidste bevarede Formel: »do, ut des« o. s. v., der klart udtrykker den først ydendes Formaalsbestemmelse, men ikke antyder noget om, at den anden ved Overenskomst skulde have paataget sig nogen Pligt i saa Henseende.

²⁾ jfr. ogsaa hvad ovenfor S. 36 ff. er bemærket om, at Formlen »causa non secuta« ikke forekommer ved Konsensualkontrakterne, jfr. endvidere Hipp: Ueber Rückforderung wegen Hinfalls des Zwecks. Inaugural-Dissertation. Göttingen. 1889. S. 24.

anden, kan tænkes følgende Ordninger: faktisk Ydelse fra den ene mod blot Forpligtelse til Ydelse fra den anden, Forpligtelse til at yde mod tilsvarende Forpligtelse fra den andens Side, endelig enten Ydelse eller Forpligtelse til en saadan mod en blot faktisk Forventning om en Ydelse fra den andens Side.

Ved selve Forholdets retlige Konstruktion som et gjen-
sidigt Obligationsforhold har Kredsen af disse Muligheder for
saa vidt fundet en vis Begrænsning, som det herefter nødvendig
maa kræves, at det gaar ud paa at begrunde Pligt til Vederlag
paa begge Sider. Men ogsaa her bliver der Spørgsmaal om,
hvorledes dette Synspunkt nærmere er gennemført, saaledes
navnlig, om Pligtens Stiftelse er tilstrækkelig til at forlange
Fuldbyrdelse af den anden Part, eller om samtidig Fuldbyrdelse
fra hans egen Side er Betingelsen derfor.

Ved Siden af disse Spørgsmaal, der saaledes altid normalt
frembyde sig, kunne mere ekstraordinære Omstændigheder frem-
kalde nye. Det forventede Vederlag kan vise sig faktisk eller
retlig umuligt at erlægge. Der bliver da Spørgsmaal først, om
og i hvilket Omfang der skal paalægges Ækvivalenter for den
oprindelig betingede Præstation. Er der i det enkelte Tilfælde
ikke tilstrækkelig Grund hertil, bliver Spørgsmaalet videre, om
den Afhængighed mellem de to Ydelser, som ved Forholdet
maatte være opstillet, ogsaa for dette Tilfælde skal anses be-
varet, saaledes at altsaa den Frigjørelse for at erlægge Vederlag,
som den paagældende Omstændighed har hidført for den
ene Part, tillige bevirker den andens Frigjørelse, — eller om
Afhængighedsforholdet kun har Hensyn til den normale Ord-
ning, medens det bortfalder under saadanne særlige Forhold,
hvilket altsaa vil sige, at den ene Part i dette Tilfælde bliver
nødt til at erlægge sin Ydelse uden at faa noget til Gjengjæld.

Ikke blot den nærmere Bestemmelse af Afhængigheds-
forholdet mellem de to givne Ydelser vil saaledes kunne frem-
kalde megen Vanskelighed, men ogsaa Spørgsmaalet, om den
Ydelse, der tilbydes fra den ene Parts Side, virkelig er den,
han havde Ret til at vente. Der findes maaske Mangler ved
den, som giver den en helt anden Karakter, end Parten havde
forudsat hos Vederlagsydelsen, og det kan da blive tvivlsomt,
hvilken Betydning der skal tillægges dette Moment.

Jo mere man saaledes bliver klar over den rudimentære
og mangelfulde Karakter, som et Retsforhold, hvor kun selve
Retsformaalet i ubestemte Træk var angivet, vilde have, desto
stærkere bliver Formodningen imod, at Retsordenen skulde have

indskrænket sig til dette Minimum af Regulering, hvorved et Institut vilde være frembragt, der ikke var tilstrækkelig fuldbaarent til at udfylde nogen praktisk Opgave i Samfundets økonomiske Liv. Parterne vilde da være nødsagede til at træffe de mest detaillerede Bestemmelser om ethvert nok saa underordnet Moment, der kunde tænkes at blive af Betydning ved Handelen; var nemlig et lille Punkt glemt, vilde man staa med ganske tomt Rum for sig.

Man behøver da heller ikke at gaa langt for at opdage, at Retsordenen ingenlunde indskrænker sig til Opstillingen af det generelle Retsformaal. Udenfor dette fastsætter den vel ikke nogen ufravigelig Ordning, Parterne kunne altsaa ved deres Vedtagelser arrangere sig, ganske som de selv ville, men til Brug for de sædvanlige Tilfælde, hvor saadanne særlige Aftaler ikke foreligge, yder Retten et Indbegreb af Regler til nærmere Fixering af hele deres til Retsformaalet knyttede indbyrdes Mellemværende¹⁾. Med Hensyn til hyppig i det daglige Liv forekommende Retsforhold udvikler der sig efterhaanden en vis Erfaring. Nogle Momenter gaa saa ofte igjen, at de tiltrække sig Retsordenens Opmærksomhed. At f. Ex. den ene Part ikke erklærer sin Præstation, skjönt han maaske i og for sig var istand dertil, eller at Præstationen viser sig umulig eller behæftet med Mangler, at Overdrageren af en Ting ikke er istand til at hjemle Erhververen Tingen, o. lign. er Omstændigheder, der indtræde saa ofte, at paa den ene Side den stærkeste Trang til en retlig Ordning med Hensyn til dem gjør sig gjældende, og paa den anden Side netop deres hyppige Forekomst yder Materialet til Fastsættelse af en saadan.

De Retsregler, der saaledes danne sig, blive da, som alle andre, til ved en Gnidningsproces mellem modstridende Hensyn, saaledes at de fremgaa som Resultat af de Momenter, der ved denne have vist sig som de stærkeste. Men da i og for sig ogsaa de andre Hensyn fortjente at blive tagne i Betragtning, er det klart, at den herved frembragte retlige Ordning aldrig fuldt vil være istand til at gjøre den konkrete Retfærdighed i alle de forskjellige Tilfælde Fyldest; den er kun Udtryk for,

¹⁾ jfr. ved det følgende N. Lassen: Villien som Forpligtelsesgrund S. 10–13, samt i U. f. R. 1885. S. 2 ff., 97 ff., 1893. S. 267 ff., Bentzon: Vis major S. 306–328 og Munch-Petersen's Anmeld. af dette Skrift i U. f. R. 1892. S. 442–443, Jul. Lassen: Haandbog I. S. 246 ff., jfr. Bentzon's Anm. i U. f. R. 1893. S. 114 ff.

hvad der i de fleste Tilfælde¹⁾ vil være den retfærdigste Ordning af Forholdet mellem de to Parter.

Da Retsordenen i Almindelighed ikke indlader sig paa nogen Censur herover, men derimod tillader dem at ordne sig indbyrdes, saaledes som de selv ville, kunde Maalet maaske i og for sig synes at være at finde Parternes virkelige Vilje i hvert enkelt Tilfælde og i Henhold dertil at fastsætte Resultatet. Men dette opgiver Retten og med god Grund. Ikke blot vilde den derved tvinges ind paa de vanskeligste psykologiske Undersøgelser, men Resultatet af disse vilde i mange Tilfælde vise sig at blive, at Parterne slet ikke havde haft nogen Vilje med Hensyn til dette Punkt²⁾, eller at de maaske havde haft en helt modstridende Vilje desangaaende³⁾. Som Grundlag for sin Ordning af Forholdet substituerer da Retsordenen for den konkrete Partsvilje den gennemsnitlige Partsvilje; det, der under Livets Erfaring i det overvejende Antal af Tilfælde har vist sig at stemme med Parternes Vilje, eller rettere, da denne som rent indre Fænomen aldrig lader sig direkte konstatere, den Ordning, der maa antages i de fleste Tilfælde nærmest at have fyldestgjort deres gjensidige Interesser, bliver Retsordenen staaende ved, indtil det positivt godtgjøres, at Parterne i det enkelte Tilfælde have ønsket en anden Ordning^{4) 5)}.

¹⁾ jfr. Jhering: Besitzwille S. 146 ff.

²⁾ jfr. l. 38 § 2 D. 19. 1: »quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse solet.«

³⁾ jfr. herom nærmere N. Lassen: Villien som Forpligtelsesgrund S. 10, Ernst Møller: Forudsætninger, særlig S. 20 ff., 279 ff.

⁴⁾ Det overses ikke herved, at efter Omstændighederne tillige Hensynet til en udenfor Parternes Vilje liggende mere almindelig Samfundsinteresse kan gjøre sig gjældende ved Fastsættelsen ogsaa af deklatoriske Normer uden positiv Lovkarakter, jfr. om de deklatoriske Retsreglers »pædagogiske« Betydning Bentzon: Vis Major S. 312—313 og Ernst Møller: Forudsætninger S. 88. Men dette vil dog sikkert altid være forholdsvis sjældne Undtagelser. De Momenter, der i saa Henseende kunne komme frem, ville enten være Hensynet til at beskytte den ene Part som den formentlig svagere i Forholdet mod den stærkere, saaledes som det maaske har gjort sig gjældende ved Vismajor Reglens Fastsættelse, jfr. Bentzon l.c. og det engelske Begreb om »undue influence«, eller et mere almindeligt Hensyn til den offentlige Kredits og Omsætnings Interesser o. lign. I den første Retning vil imidlertid den Beskyttelse, der tilsigtes for den svagere Part, i de fleste Tilfælde blive temmelig illusorisk, naar Reglen ikke gjøres præceptiv. Og ogsaa hvad det mere almindelige Samfunds-

At nu ogsaa specielt den romerske Ret i vidt Omfang har indladt sig paa en nærmere Regulering af de ved Retshandelen stiftede Forhold, uden som Grundlag derfor altid at kræve en konkret Partsvilje, bære Kilderne de rigeste Vidnesbyrd om. Hele den »bona fide« Ordning, som netop særlig findes hjemlet med Hensyn til de der anerkjendte Konsensualkontrakter, er jo et klart Udtryk herfor. Herigjennem faar først Afhængighedsforholdet mellem de forskellige gjensidige Ydelser nærmere retlig Fixering. F. Ex. ved emptio-venditio vil vel i Reglen den ene Pligt være betinget af en gyldig paatagen Pligt fra Modpartens Side, men de saakaldte negotia claudicantia frembyde Exempler paa, at særlige Omstændigheder kunne bevirke en anden Ordning. Endvidere vil Fuldbyrdelsen af Pligten paa den ene Side ved Hjælp af exceptio non adimpleti contractus kunne gøres afhængig af samtidig Fuldbyrkelse fra den andens Side. Derimod vil en Part, der har opfyldt Kontrakten fra sin Side, naar Modpræstationen udebliver, ikke kunne forlange sin egen Præstation tilbage, men er indskrænket til at holde sig til sit Krav paa Opfyldelse fra Modpartens Side, l. 8 C. 4. 38, l. 14 C. 4. 44. Hertil knytter sig da i Kilderne et Komplex af Regler om Umulighed, Mangler ved Ydelsen ¹⁾, evictio, periculum rei, hvilke alle forudsættes bragte til Anvendelse, uden at der paa et eneste Sted hertil kræves en foregaaende Undersøgelse af, hvorvidt der in concreto foreligger nogen virkelig Vilje hos Parterne i saa Henseende. At derimod Hensynet til den gjennemsnitlige Partsvilje har spillet en vis Rolle ved disse Reglers Fastsættelse, synes den historiske Udvikling at vise. Af denne fremgaar nemlig, at f. Ex. et Ansvar for evictio eller Mangler ved Tingen i den tidligere Tid kun kunde paadrages

hensyn angaar, vil dette, naar det ikke har gjort sig tilstrækkelig stærkt gjældende til at frækalde peremptoriske Lovregler derom, i Reglen være af en saa vag, usikker Karakter, at det sjældent vil kunne tillægges selvstændig Betydning overfor Hensynet til at beskytte Parternes egen økonomiske Interesse i Forholdets Ordning — deri ligger jo ogsaa et Samfundshensyn skjult!

⁵⁾ jfr. Leonhard: Irrthum I. S. 222 og Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. I. S. 334, hvor Handelsusancen siges at være et »Niederschlag der üblichen vertraglichen Festsetzung«.

¹⁾ jfr. om disse fra objektivt Synspunkt C. Crome i Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 122—144, navnlig S. 138: »Die ädilischen Klagen sind vielmehr durchaus positiven Rechts und bezwecken lediglich eine Ausgleichung der Interessen beider Theile nach den Regeln der Billigkeit.«

ved særlig Vedtagelse, saa at det netop er saadanne oprindelig ved udtrykkelig Aftale af Parterne ordnede Momenter, der paa det senere Stadium indføres i Forholdet som *naturalia negotii* ¹⁾.

For *locatio-conductio* og *societas* vilde tilsvarende Regler kunne paavises, hvilke der dog ikke her vil være Anledning til at indlade os nærmere paa.

Naar Parterne blive enige om at indgaa et af disse af Retsordenen nærmere regulerede Forhold, er dermed da noget mere sagt, end blot det, der ligger i Retsformaalet in abstracto, at det sker under Forudsætningen af et vist Vederlag fra den anden Parts Side. Med det paagjældende Retsforhold maa antages at være ment dette Forhold i den Normalskikkelse, som Retsordenen giver det, det er i denne Ordning af deres indbyrdes Mellemværende, at begge Parter have samtykket ²⁾. Deraf følger da ganske klart, at ikke en af Parterne vilkaarlig kan paastaa en anden Ordning, fordi den stemmer bedre med hans Forudsætninger. Han vilde derved ligefrem komme i Strid med sine egne Handlinger. Han har samtykket i vedkommende Handel og dermed i den normale Ordning, nu gjør han pludselig Krav paa en anden. At hans Forudsætning har været kjendelig for Modparten, kan i og for sig ikke være afgjørende. Det er ikke nok, at han selv, om end nok saa tydelig, har villet en Modifikation af Forholdet, det kommer an paa, om Modparten ogsaa kan antages at være gaaet ind paa denne. ³⁾ Ved et *pactum adjectum* kan en *contractus bonæ fidei* modificeres, men ogsaa kun ved et saadant *pactum*.

Ingen Tvivl opstaar nu, naar en Part udtrykkelig har betinget sig kun at ville være bunden under en vis Forudsætning. Ved denne specielle Bestemmelse er for saa vidt den almindelige Overenskomst om Kjøb og Salg indskrænket, og den faar altsaa kun Virkning med de Modifikationer, der følge af det tilføjede Vilkaar.

Men i og for sig kan der her lige saa lidt som ellers være noget i Vejen for en stiltiende Vedtagelse i saa Henseende. Og her opstaar da den største Vanskelighed ved Afgjørelsen

¹⁾ jfr. Pernice: *Labeo* I. S. 455—456.

²⁾ jfr. Kohler i *Jhering's Jahrb.* Bd. 18 S. 155 om den Betydning, som de benævnte Kontrakter endnu i Nutiden maa anses for at have.

³⁾ Leonhard: *Irrthum* I. S. 225—226, Lenel: *Archiv für die civ. Praxis* Bd. 79 S. 105, Ernst Møller: *Forudsætninger* S. 270 ff. Noten.

af, hvornaar en saadan virkelig kan antages at foreligge. Herved gjør en Række forskjellige Hensyn sig gjældende, der ikke blot have Betydning for dette begrænsede Omraade, men ganske i Almindelighed til at afgjøre, hvorvidt en Forudsætning hos en af Parterne kan paavirke Retshandelens Gyldighed, og derfor kræver Behandling paa en noget almindeligere Basis, hvilken vil finde Sted i den følgende Paragraf. Kun ét Moment skal foreløbig her fremhæves. Vilkaaret forudsættes jo at gaa ud paa en Fravigelse af den af Retsordenen fastsatte normale Ordning af Forholdet mellem Parterne. Men at en Part skulde være gaaet ind paa en saadan Forandring til hans Skade, kan ikke formodes, med mindre den ækvivaleres med særlige Fordele, som han til Gjengjæld opnaar. Gjensidighedsforholdet maa præsumeres at være bevaret, til en større Pligt end den normale maa antages at svare en større Ret, saalænge ikke det modsatte positivt godtgjøres¹⁾.

§ 6.

Andre faktiske Forudsætningers Betydning.

I foregaaende Paragraf er talt om en Normalordning, som Retsordenen opstiller med Hensyn til de i Samhandelen hyppig forekommende Retsforhold. Derigjennem finde flere af Parternes Forudsætninger deres nærmere retlige Fixering og Regulering. Men det maa ikke glemmes, at denne dog kun omfatter en meget begrænset Kreds af de Forudsætninger, hvorfra begge Parter faktisk ville være gaaede ud. Gjennemsnitsregler som de omtalte ere selvfølgelig kun istand til at danne sig med Hensyn til Momenter, der gjentage sig med en vis Hyppighed. Det er de sig stadig gjentagende Spørgsmaal om Virkningen af Vederlagets Udeblivelse, dettes Umulighed, Mangler, der findes ved dette, og lign., der reguleres ved Almenregler. Med andre Ord: de af Retsordenen opstillede naturalia negotii omfatte som Hovedregel kun Punkter, der staa i umiddelbar Forbindelse

¹⁾ Hermed stemmer, at der ved Donationer i videre Omfang tillægges den ydendes, maaske selv ikke kjendelige, Forudsætninger Betydning, hvorfor ret sikre Udtryk haves i l. 2 C. 8. 48, l. 10 C. 8. 53, l. 2 § 7 D. 39. 5, jfr. Leonhard: Irrthum II. S. 363 ff.

med selve Vederlagsspørgsmaalet¹⁾. Om det store Antal af Parternes Forudsætninger, der endnu bliver tilbage, gjælder det, at de fremtræde under en altfor individuelt nuanceret Karakter til, at de lade sig bringe ind under saadanne Almenregler²⁾.

Dette vil blive klart ved at kaste Blikket paa et af de ovenfor S. 31 berørte Exempler paa emptio-venditio, Salg af en Landejendom, af Hesten eller Udstyret, der netop ved deres elementære Karakter maa siges at egne sig ret godt til at være Udgangspunkt for Undersøgelsen. I disses korte Beskrivelse ligger der i Virkeligheden et Indbegreb af de mest forskellige Forudsætninger hos begge Parter skjult. Exempelvis skal kun nævnes, snart Forudsætningen om en vis Helbredstilstand hos Kjøberen, der bestemmer ham til Erhvervelsen af Landejendommen, og omvendt Forudsætningen hos Sælgeren om at kunne finde Virksomhed i Byen eller om den Glæde, han forøvrigt vil kunne have af sit Ophold der, snart Antagelsen af en vis Beskaffenhed af den Jord, der skal bearbejdes, som gjør den egnet henholdsvis til Ager- eller Havejord, endelig i det sidste Tilfælde Forudsætningen om, at Datterens Giftermaal virkelig kommer istand — kort sagt, en broget forskjellig Række af Momenter, der kun have det Træk til fælles, at de alle kunne siges at være bestemmende for det Udbytte eller den Nydelse, som hver af Parterne venter sig af Handelen. Spørgsmaalet bliver nu, om den Omstændighed, at et af disse svigter, vil have nogen Betydning for Handelens Gyldighed, og da hvilken. F. Ex.: Sundhedstilstanden hos den, der havde tænkt paa at købe Landejendommen, bedrer sig, saa at der nu ikke er noget i Vejen for, at han kan blive i Byen. Kan han da under Paaberaabelse heraf uden videre gaa fra Handelen? Aabenbart ikke — af Hensyn til den anden Part. Denne vil rimeligvis sikkert have regnet paa, at den vilde gaa i Orden, og i Tillid dertil maaske foretaget en Række økonomiske Dispositioner, der ved Handelens uventede Omstødelse paa det væsentligste vilde forstyrres. At denne Tillid fortjener Be-

¹⁾ De i l. 15 §§ 2-5 D. 19. 2 indeholdte Regler om Nedsættelse af Lejeafgiften for det Tilfælde, at conductor paa Grund af extraordinære Omstændigheder ikke faar den forventede Nydelse af Tingen, hjemle dog maaske en vis Udvidelse af det almindelige naturalia negotii-Begreb.

²⁾ jfr. Jul. Lassen's »objektive« og »individuelle« Forudsætning i Tidsskr. f. Retsvid. 8. Aarg. S. 292 ff.

skyttelse, er der nu slet ikke Tvivl om, hvor Sælgeren ikke har kjendt denne Forudsætning hos Kjøberen. Men selv om denne har været kjendelig for ham, behøver man kun at hen- vise til, hvor usikkert det er, om dette Moment virkelig har været afgjørende Forudsætning for Kjøberen, og hvor vagt og ubestemt et Begreb en Persons »Sundhedstilstand« er (hos visse Individer skifter den som bekjendt med Vejret!), til at gøre det klart, at man umulig kan lade en vigtig Formuetransaktions Gyldighed afhænge deraf. Noget ganske lignende gjælder, maaske i endnu højere Grad, om Sælgerens Forudsætning med Hensyn til den større Afvexling, han vil finde i Livet i Byen. Selv om dette, f. Ex. ved hans to bedste Venners Død eller ved hans egen pludselig indtrædende Svagelighed, maa antages ikke at blive nær saa afvexlende og fornøjeligt, som han havde tænkt, kan han selvfølgelig ikke af den Grund gaa fra Handelen. En lignende Indvending maa, ihvertfald tildels, siges at ramme ogsaa de tidligere berørte Forudsætninger, der referere sig til den Forretningsvirksomhed, som den ene af Parterne venter at finde sig i Byen, eller til Egnetheden af Parternes Jord til visse Øjemed. Med Hensyn til disse gjør forøvrigt ogsaa den Omstændighed, at Skjønnets og ogsaa ofte Raadig- heden over deres Indtræden i saa høj Grad beror paa Parten selv, det særlig betænkeligt at lade Handelens Gyldighed over- for den anden Part være afhængig af dem. Allerede noget mere tvivlsomt bliver Forholdet f. Ex. med den mulige Forud- sætning hos Sælgeren for hans Flytning til Byen, at han vil leve i Nærheden af sin Datter, hvilken jo ikke i sig selv kan siges at lide af nogen synderlig Ubestemthed. Man kan vel ogsaa her forsøge at sige, at han selvfølgelig har haft mange andre Forudsætninger, saa at det vilde være vilkaarligt at be- tegne netop denne som den ene afgjørende. Men om dette tør paastaas, vil efter Omstændighederne kunne være saare tvivl- somt. Sæt, at han udtrykkelig har fremhævet for Kjøberen, at han hader Bylivet med al dets Uro og Forstyrning og ikke har en eneste Ven i Byen, saa at det netop ene og udelukkende er for at kunne være i Nærheden af den elskede Datter, at han bestemmer sig til at bringe dette Offer. Hvis nu Datteren med Mand og Børn pludselig bortrives af en smitsom Sygdom, maa det da ikke være den anden Part ganske klart, at den ene afgjørende Forudsætning for Transaktionen dermed er bristet? Det er dog maaske endnu ikke helt sikkert. Der var jo en Mulighed for, at den Grund, han havde opgivet Kjøberen, ialt-

fald delvist havde været en simuleret. Maaske havde i Virkeligheden de øvrige Behageligheder, som Bylivet kunde byde ham, været af en vis medbestemmende Indflydelse paa hans Beslutning, skjønt han for at give sig et smukt Skær overfor Kjøberen havde foretrukket ene at give sit kjærlige Faderhjærte Skylden. — En saadan Bortforklaring er nu i hvert Fald ikke mulig, hvis vi forudsætte Datterens Død i Tilfældet med Udstyrskjøbet. Faderen er maaske en gammel Mand uden andre Børn end denne eneste Datter, han har muligvis endogsaa overfor Sælgeren lamenteret over denne Udgift, som under hans trykkede økonomiske Forhold falder ham saa haardt, men som han er absolut nødsaget til at afholde for sin Datters Skyld, kort sagt, Datterens Giftermaal har været en ogsaa overfor Sælgeren saa klar afgjørende Forudsætning som vel tænkeligt. Men vil man, ialtfald som Regel, i et Tilfælde som det foreliggende tænke paa at omstøde Handelen? Eller i det bekjendte Exempel med Kjøb og Salg af Aktier, er det dér ikke aldeles kjendeligt for den anden Part, at Kjøberen herved forudsætter, at Prisen vil stige, Sælgeren omvendt i Almindelighed, at den vil falde, men dog vil man — bortset fra ganske exceptionelle Tilfælde¹⁾ — næppe let bekvemme sig til at lade Handelens Bestaaen være afhængig af denne Forudsætnings Opfyldelse for en af Parterne. Det er altsaa efter det anførte klart, at Grunden ikke kan være, at Forudsætningen ikke skulde have været tilstrækkelig kjendelig for den anden Part, men Spørgsmaalet bliver nu, hvori skal da den virkelige Forklaring søges?

Man kunde maaske mene at finde en ganske simpel og nærliggende Forklaring i følgende Betragtning: Disse Momenters broget varierede Karakter udelukker Muligheden for at opstille almindelige Regler om dem. Men da enhver Retsregel efter sin Natur kræver en vis mere generel Affattelse, er Muligheden for at give en saadan med Hensyn til disse Momenter dermed afskaaren. Dette vil atter sige: alle disse Forudsætninger betragtes paa Forhaand af Retten som ganske betydningsløse²⁾. — De lige omtalte Exempler synes unægtelig at yde nogen Støtte for en saadan Opfattelse. Men ikke desto mindre kan sikkert dens Rigtighed ikke ganske i Almindelighed

¹⁾ se herom Ernst Møller: Forudsætninger S. 284 ff.

²⁾ forsaauidt de da ikke særlig maatte være formulerede som Betingelser.

antages. Selv f. Ex. i det berørte Tilfælde med Kjøbet af Udstyret vil en ganske ubetinget og absolut Udelukkelse af at tillægge Faderens klare Forudsætning Betydning efter de nærmere Omstændigheder kunne fremkalde ikke ringe Betænkelse. Det kan saaledes maaske ifølge de ved Handelens Afslutning foreliggende Omstændigheder være fremgaaet, at Sælgerens Interesse i at blive af med Møblerne var overordentlig ringe i Sammenligning med den Byrde, det er for Kjøberen at modtage dem for det Tilfælde, at den afgjørende Forudsætning er bristet. Eller ekstraordinære Vilkaar, som f. Ex. en usædvanlig høj Betaling, som Sælgeren har betinget sig, kunne vække Formodning om, at Meningen netop var til Gjengjæld at paalægge ham Risiko for denne Omstændighed. — Og som et andet Tilfælde kan nævnes, at Ejeren af en Bygning har sluttet Akkord om Udførelsen af forskellige Reparationsarbejder, og denne derefter brænder. Selv om denne Omstændighed ikke har gjort dem ligefrem umulige, idet de maaske f. Ex. kun gik ud paa Maling af Murene, og disse ere blevne staaende, er det jo dog i de fleste Tilfælde ganske klart, at Arbejdets Udførelse vilde være aldeles uden Værdi for ham. Vi ville da under saadanne Omstændigheder ikke sjældent komme i den stærkeste Strid med vor Retsfølelse ved paa Forhaand kategorisk at udelukke enhver Mulighed for at tillægge et saadant Moment Betydning. For den egentlige Handelsrets Vedkommende kan en saadan Udelukkelse nok til en vis Grad antages. Her kræves der Sikkerhed og Fasthed mere end konkret Retfærdighed. De Hensyn, der her træde frem, have en mere objektiv typisk Karakter, medens Parternes individuelle Forudsætninger træde mere i Baggrunden¹⁾. Men udenfor Handelsretten gjælder dette ikke i samme Grad. Her foretages netop Transaktionerne til Fyldestgjørelse af visse individuelt bestemte Formaal hos Parterne, og man vil ikke uden videre kunne slaa en Streg over disse uden at komme til de mest uretfærdige Resultater²⁾. Men er det altsaa paa den ene Side givet, at man ikke ubetinget tør lade Parternes individuelle Forudsætninger ude af Betragtning, og paa den anden Side lige saa givet, at man af Hensyn til Modparten ikke ganske i Alminde-

¹⁾ jfr. Bentzon's autograferede Forelæsninger over den danske Søret I. § 13 S. 43—44.

²⁾ jfr. saaledes ogsaa nylig Jul. Lassen i Tidsskr. f. Retsv. 8. Aarg. 1895. S. 298.

lighed kan tillægge dem Betydning, bliver da Spørgsmaalet, hvorledes skal Grænsen mellem de retlig betydende og de retlig betydningsløse Forudsætninger drages?

Ganske lignende Spørgsmaal komme frem, hvor det gjælder om at afgjøre, hvorvidt Parterne med Hensyn til de Forudsætninger, som Retsordenen indlader sig paa at opstille Regler om, in concreto kunne antages at have gjort en Undtagelse fra den normale, ved naturalia negotii fastsatte Ordning. Ved det ene Forhold drejer det sig om, hvorvidt en Forudsætning hos en af Parterne overhovedet skal have Betydning, ved det andet, om en Forudsætning, som der i Almindelighed af Retsordenen er tillagt en vis Betydning, her undtagelsesvis skal have en anden Virkning, men de Betragtninger, der i saa Henseende skulle være afgjørende, maa antages i det væsentlige at være de samme for begge Forhold. For den Eventualitet derimod, at denne Undersøgelse falder ganske negativt ud, vil det praktiske Resultat heraf ikke blive det samme i begge Tilfælde. For naturalia negotii's Vedkommende medfører det kun, at det deri indeholdte Komplex af Retsregler kommer til uhindret Anvendelse, derimod med Hensyn til de udenfor disse liggende Momenter, at vi maa erkjende det for umuligt at opstille nogen retlig Ordning angaaende dem, de faa altsaa for dette Tilfælde ikke nogen Betydning, hvilket kommer til at gaa ud over den Part, der havde Interesse i at gjøre dem gjældende.

Forinden dette negative Resultat fastsættes, drejer det sig imidlertid om at afgjøre, om vi ikke netop i det enkelte Tilfælde har tilstrækkelig Hjemmel til at tillægge dem en vis retlig Betydning, og vi tvinges saaledes igjen ind paa en Undersøgelse af, hvor vi skulle finde Momenterne til en saadan Afgjørelse.

At gaa til den objektive Retsorden for at finde Svaret er, som Sagen foreligger, udelukket. Forholdet var jo netop det, at enten selve de heromhandlede Forudsætningers uendelig skiftende Karakter paa Forhaand udelukkede Muligheden for at opstille objektive Retsregler derom, eller at der netop in concreto var Spørgsmaal om af individuelle Grunde at gjøre en Undtagelse fra den almindelig fastsatte Ordning. Vi maa da holde os til det, der foreligger, Parternes Vilje, som den har fundet Udtryk i deres Kontraktserklæringer. Det er deres Kontrakt, som vi have at operere med og søge at fortolke, kun en nøje Betragtning og Undersøgelse af, hvad der derefter kan antages at være Parternes Vilje, kan give os Re-

sultatet. At henvise til »Billighed« og lade deraf fremgaaede Betragtninger være afgjørende hjælper os i Virkeligheden ikke af Stedet. Spørgsmaalet er netop, hvad der i det enkelte Tilfælde skal anses for den billige Ordning. At lade denne være ensbetydende med den objektivt fornuftigste Ordning, gaar aabenbart ikke an. Parterne ere maaske netop ved hele Arrangementet af deres Mellemværende gaaede saa ufornuftigt frem, som vel tænkeligt, naar man da pludselig vilde give sig til at ordne et enkelt Moment deri fra den højere Fornufts Synspunkt, vilde derved kunne fremkomme den mest skrigende Disharmoni, ja ligefrem Ubillighed, forsaavidt en saadan Ordning maaske ganske vilde komme i Strid med, hvad Parterne havde ventet sig. Omstændigheder, der ellers ere betydningsløse, kunne maaske netop have været af den mest afgjørende Betydning for disse Parter, og med hvad Ret vilde man da paaoktrojere dem en Ordning i absolut Strid med deres klare Vilje, som man jo dog ellers netop lader være den afgjørende for deres indbyrdes Forhold. Som det i l. 11 § 1 D. 19. 1 siges: »nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est«; kun »si nihil convenit« o: forsaavidt intet andet fremgaar af Parternes Overenskomst fornuftig forstaaet, gjælder naturalia negotii, hvis saadanne da findes.

Det maa imidlertid vel mærkes, at det er begge Parters udtalte Vilje, hvorpaa Vægten lægges. Det er de faktisk foreliggende Kontraktsord, som Parterne have forenet sig om skulle gjælde, og som det derfor drejer sig om at fortolke. Hvad en af Parterne har villet eller tænkt, er i og for sig uden Betydning. Selv Gisninger over, hvad begge Parters Vilje har været, bør udelukkes, forsaavidt denne Vilje ikke paa en eller anden Maade har fundet objektivt Udtryk. Ikke paa Hypoteser om, hvad Parterne muligvis have villet eller vilde have villet under en eller anden Forudsætning, kan Afgjørelsen bygges, men kun paa deres virkelige Vilje, som den har faaet Udtryk i deres Kontrakt¹⁾. Udelukker den efter

¹⁾ jfr. alle de Steder, hvor Vægten lægges paa »quid actum est«, l. 33 D. 18. 1, l. 58 § 1 D. 19. 2, l. 10 pr. D. 14. 2, l. 125 D. 50. 16, l. 115 § 2 D. 45. 1, eller udtrykkelig paa »quid inter eumentem et vendentem actum sit«, l. 41 pr. D. 18. 1, »quod inter utramque partem convenit«, l. 51 pr. D. 19. 2, eller lign., l. 30 § 4 D. 19. 2, l. 7 § 8 D. 2. 14, l. 31 D. 44. 7, jfr. ogsaa Leonhard: Irrthum I., særlig S. 239 ff., 260 ff., 274—275.

sin Formulering af Tvivl, maa vi blive staaende ved den saaledes fastsatte Ordning, forsaavidt det ikke ved andre lige saa klare objektive Momenter godtgjøres, at dog en anden Ordning af begge Parter har været tilsigtet. Men ere dens Udtryk egnede til at fremkalde Tvivl, begynder Fortolkerens Opgave. Alle Momenter, der kunne bidrage til at løse denne, maa kunne komme i Betragtning. Saaledes ville navnlig Oplysninger hentede fra Parternes indbyrdes Forhandlinger kunne bidrage til at afgjøre, hvad Parterne maa antages at have ment. Men give de ikke tilstrækkelige Bidrag til Afgjørelsen, have vi kun selve Kontrakten at holde os til, vi maa gennem en nøje Undersøgelse af dens Udtryk og enkelte Bestemmelser søge at naa til den Besvarelse ogsaa med Hensyn til det omtvistede Punkt, der er i størst Harmoni med hele Kontraktens øvrige Indhold og derfor ogsaa bedst kan siges at stemme med Parternes Vilje, som den har fundet Udtryk i deres fælles Overenskomst¹⁾. Men ender ogsaa denne Undersøgelse kun med et »non liquet«, maa man blive staaende ved den normale Ordning, d. v. s. snart fuldstændig Elimination af den paagjældende Forudsætning, snart den sædvanlige Retsvirkning, der er tillagt dette Moment, hvilket altsaa bliver til Skade for den Part, der havde Interesse i en anden Ordning.

Berer saaledes Resultatet paa en konkret Undersøgelse af alle det enkelte Tilfældes individuelle Momenter, er dermed dog ikke givet, at vi ved denne skulle savne enhver Støtte af mere almindelige Synspunkter. Disse have ganske vist ikke gjort sig gjældende med en saa hyppig og præcis Karakter, at de have tilladt Muligheden for at bygge en almindelig retlig Ordning paa dem. Men her ligesaalidt som i noget andet Tilfælde vil Generationers Erfaring blive uden Spor. Gjennem denne udvikler der sig tvertimod Regler, hentede fra en Betragtning af utallige andre beslægtede, om end maaske ikke ganske identiske Tilfælde, og disse psykologiske og praktiske Erfaringsregler ville naturligvis kunne vejlede os ved Afgjørelsen af det enkelte Forhold, der in concreto er Tale om²⁾. Men de ere netop kun vejledende, og derved

¹⁾ Saaledes maa sikkert Ordene i l. 54 § 1 D. 19. 2 forstaas: »quamvis nihil expressum sit — — tamen verisimile esse ita convenisse«.

²⁾ Det er kun i Henhold til saadanne muligt at danne sig nogen Dom over, hvad der i det enkelte Tilfælde kan anses for »verisimile«, l. 54 § 1 D. 19. 2, l. 114 D. 50. 17.

adskille de sig bestemt fra de i foregaaende Paragraf omhandlede naturalia negotii. Ved de sidste leverer Retsordenen et fuldbaarent Komplex af Retsregler egnede til umiddelbar Anvendelse, som vi derfor kun have at konstatere for at kunne indføje dem i enhver Retshandel af den paagjældende Art, der ikke efter sin særlige Skikkelse giver positiv Hjemmel for en anden Ordning. Men med Hensyn til de her omhandlede Regler have vi altid at lade en nøje minutios Undersøgelse af den enkelte individuelle Retshandels Elementer gaa i Forvejen; kun naar vi heri finde positiv Tilknytning for Reglens Anvendelse, kan den finde Sted.

At give en udtømmende Fremstilling af disse vejledende Regler kan der efter Sagens Natur ikke være Tale om. De indeholde jo i Virkeligheden Menneskeslægtens samlede Erfaring for disse Livsforholds Vedkommende. Særlig maa denne Undersøgelse, der kun gaar ud paa at finde de af Causa'ens Væsen udledede Hovedsynspunkter for Forudsætningernes Bedømmelse, indskrænke sig til at fremhæve nogle enkelte Momenter, der særlig hyppig gjøre sig gjældende.

Her frembyder sig nu først en naturlig Sondring, efter som Forudsætningen er udtalt eller ikke. Under Kategorien de udtalte Forudsætninger høre igjen forskellige Tilfælde.

Det kan være, at den forudsatte Omstændighed ligefrem er gjort til udtrykkelig Betingelse. I dette Tilfælde er der ingensomhelst Tvivl: Parten har klart betinget sin Retshandels-erklærings Virkning deraf, og Modparten vil kun kunne acceptere den med den tilføjede Indskrænkning.

Men selv, uden at han udtrykkelig har sagt det, vil der i Udtalelsen af en vis Forudsætning kunne ligge en klar Tilkjendegivelse af hans Vilje til ikke at ville være bunden, forsaavidt denne maatte vise sig urigtig. Der fremkommer da et Forhold fuldstændig analogt med det foregaaende: Parten vil under en vis Betingelse, men hvis denne ikke indtræder, hvilken Mulighed han selv har tænkt sig, har han en lige saa bestemt Vilje til ikke at være bunden. Der foreligger med andre Ord en stiltiende Betingelse.

Tilbage bliver nu de saakaldte egentlige Forudsætnings-tilfælde, hvis Karaktermærke plejer at søges deri, at Parten vel kun har handlet under en vis Forudsætning, men slet ikke har tænkt sig Muligheden af, at denne ikke skulde foreligge eller ikke vilde indtræde, og derfor heller ikke dannet sig nogen klar Vilje for denne Eventualitet. — Det maa dog

sikkert erkjendes, at den derigjennem opstillede Modsætning til Betingelsestilfældene for en stor Del er mere logisk-konstruktiv end psykologisk-real.¹⁾ Forskjellen skulde findes deri, at der i det ene Tilfælde foreligger en virkelig ubetinget Vilje ogsaa for den Mulighed, at Forudsætningen glipper, medens i det andet netop selve Viljen bevidst er begrænset til kun at gjælde for den Eventualitet, at Betingelsen indtræder. Men den »virkelige« Vilje, som man i det første Tilfælde taler om, tilvejebringes kun ved en vilkaarlig Abstraktion. Man løsriver en enkelt Ytring af Personens Sjæleliv fra hele den psykologiske Proces, der har fremkaldt den, og tillægger da dette løsrevne Brudstykke selvstændig virkende Betydning, idet man ophøjer det til at gjælde som Udtryk for Personens virkelige Vilje. Dette kan maaske være nødvendiggjort ved den positive Ordning, Forholdet har faaet i den gjældende Ret.²⁾ Men bortset herfra maa man ifølge en real psykologisk Betragtning sige, at en Viljesytring saa vel som enhver anden sjælelig Ytring kun gjælder i Forbindelse med det psykologiske Grundlag, der har fremkaldt den. Bortfalder derfor det afgjørende Motiv, der har baaret Viljen, maa der positiv Hjemmel eller ihvertfald anføres ganske særlige Grunde for desuagtet at opretholde den. Men Vanskeligheden ligger netop i at fastsætte, hvad der in concreto for en Person har været det afgjørende Motiv. Det er jo i Reglen et Komplex af de mest forskellige Bevæggrunde, der har fremkaldt Viljesbeslutningen. Selvom altsaa en af dem er faldet bort, kan det jo godt være, at de andre, der ere blevne tilbage, ere tilstrækkelige til endnu at bære Beslutningen. Men maa dette ifølge objektiv psykologisk Prøvelse nægtes, er den Vilje, som man dog i et saadant Tilfælde vilde tale om, i Virkeligheden kun Viljens Skygge, et kjød- og blodløst Fantom, der ikke har noget med Livets Virkelighed at gjøre.³⁾ Hvor meget man saa end vil søge at urgere Modsætningen mellem Betingelses- og Forudsætnings-tilfældene, én Lighed bliver dog tilbage, der ikke lader sig bortdisputere: hvor den afgjørende Forudsætning svigter, som hvor Betingelsen glipper, bortfalder det Grundlag, der har baaret Viljen og dermed ifølge psykologisk Sandhed ogsaa

¹⁾ jfr. Jul. Lassen: Om Retshandeler S. 35–36, Torp: Formuerettens alm. Del S. 77.

²⁾ jfr. i saa Henseende for den romerske Rets Vedkommende nærmere i den følgende Paragraf.

³⁾ jfr. i lignende Retning Ernst Møller: Forudsætninger S. 38 ff.

denne selv. Selv om han i den første Klasse af Tilfælde maaske ikke har dannet sig nogen positiv Vilje til ikke at ville under den indtraadte Eventualitet, foreligger dog ligesaa sikkert som i Betingelsestilfældene det negative, at han ikke har villet for denne Mulighed.

Ifølge Retsordenens almindelige Begrænsning er det imidlertid klart, at den maa være udelukket fra at bygge sin Afgjørelse paa saadanne rent indre psykologiske Momenter. For at en Forudsætning af Retten skal betragtes som afgjørende, maa den klart være kommet til Udtryk som saadan. I saa Henseende vil da ogsaa navnlig den Omstændighed, at Forudsætningen udtrykkelig af Parten er blevet omtalt, kunne være af ikke ringe Vægt. Om end Muligheden af, at Forudsætningen kan være blevet udtrykt indirekte, saaledes at den klart fremgaar af alle de foreliggende Omstændigheder, maa anerkjendes, vil dog dens udtrykkelige Udtalelse være af stor Betydning til at afgjøre Tvivl. Hvilken Virkning der nærmere skal tillægges denne Omstændighed, vil imidlertid noget afhænge af, hvorledes Omtalen er sket, og navnlig af, paa hvilket Tidspunkt den har fundet Sted, om kun lejlighedsvis under de forberedende Forhandlinger, eller om Forudsætningen særlig er fremhævet i Forbindelse med den endelige Kontraktserklæring selv. Grænsen i saa Henseende vil imidlertid ofte ikke være let at drage, med mindre den definitive Kontrakt er affattet skriftlig. I denne pleje Parterne kun at optage, hvad de virkeligt ville have tillagt Betydning, og det ligger derfor nær at opfatte Partens Indføjelse af det paagjældende Moment i Kontrakten som netop sket for at tilkjendegive, at det var den afgjørende Forudsætning for hans Disposition.

Ogsaa Momentets egen Beskaffenhed vil i saa Henseende kunne være af nogen Betydning. Refererer dette sig til Fortiden, vil Formodningen snarere være for, at det kun er anført, fordi Parten føler Trang til at give en Grund for sin Handling i Stedet for at lade den staa som aldeles umotiveret, og at det altsaa for ham netop blot har haft denne forbigangne historiske Betydning, medens han ikke tænker paa at lade Fremtidens Retsvirkninger afhænge deraf.¹⁾ Hvis det derimod har Hensyn til Fremtiden, vil det være langt sandsynligere, at Transaktionens Virkning er tænkt knyttet sammen med

¹⁾ jfr. det ovenfor beskrevne romerske Begreb »ob causam« i Modsætning til »ob rem«.

dette fremtidige Element, saaledes at, hvis dette ikke indtræder, ogsaa Forpligtelseserklæringen skal blive uden Kraft. Men det er som sagt kun Præsumptionsregler, som der ikke behøves meget for at svække. For de fortidige Momenter Vedkommende maa Modifikation navnlig gøres, hvor disse in concreto ikke forudsættes som blot fortidige, men tvertimod anses for at vedvare endnu ved Transaktionens Foretagelse, og det netop er paa deres Foreliggen i dette Øjeblik, at Vægten maa antages at være lagt. Omvendt ville fremtidige Momenter kunne være af saa ringe Betydning, at Parten umulig kan antages at have villet lade Handelens Bestaaen være afhængig af dem, selv om han maaske paa anden Maade vil have dem tillagt Retsvirkning.

Det maa nemlig overhovedet ikke glemmes, at der eksisterer andre Muligheder end de to i det foregaaende nærmest forudsatte: Retshandelens fuldstændige Omstødelse eller slet ingen Virkning af Forudsætningen. Den første indgribende Betydning kan den kun antages at have, hvor den har Hensyn til et for hele Handelen væsentligt Moment, hvor den, som Englænderne sige, »gaar til Roden af Kontrakten«. Men hvor den ikke er af en saa væsentlig Karakter, kan det dog godt være, at den skete Fremhævelse af en Forudsætning er bestemt til at have en vis anden Retsvirkning, enten som givende Adgang til delvis Ophævelse af Handelen, eller til at forlange Erstatning for den Skade, Parten maatte have lidt ved, at Forudsætningen ikke har holdt Stik. Hvad der i saa Henseende nærmere skal antages at have været Partens Mening, maa bero paa en Fortolkning af det enkelte Tilfælde.

Men, som allerede oftere fremhævet, det kommer ikke alene an paa, hvad en Part maa antages selv at have forudsat, det maa ogsaa oplyses, at Modparten virkelig kan antages at være gaaet ind paa at lade denne Forudsætning faa Betydning for Handelen.¹⁾ Modsætningen her imellem vil kunne illustreres ved et Retstilfælde, hentet fra moderne engelsk Ret.²⁾ Det drejede sig om et Parti Havre, solgt efter en Prøve. Køberen nægtede at modtage det paa Grund af, at han havde tænkt, at Havren var gammel, medens den viste sig at være ny. Det var ikke bevist, at Sælgeren havde sagt

¹⁾ jfr. Lenel i Archiv f. die civ. Praxis Bd. 79 S. 105, Ernst Møller: Forudsætninger S. 270 ff. Noten.

²⁾ Smith v. Hughes (1871) L. R. 6. Q. B. S. 597—611.

noget om, at den Havre, som han solgte, var gammel, medens han dog ifølge Kjøberens Udtalelser maatte vide, at denne ønskede gammel Havre. Den fastsatte Pris var vel noget høj for ny Havre, men Havre var overhovedet paa den Tid, Handelen afsluttedes, dyr. Dommens Resultat gik ud paa, at Kjøberen ikke havde været berettiget til at refusere Havren. Kjøberen havde nemlig, som den store Jurist Blackburn i Dommen fremhæver, vel indgaaet Handelen i den Tro, at Havren var gammel, men ikke i den Formening, at Sælgeren kontraherede, at den var gammel. Der var den samme Forskjel mellem disse to Ting som mellem at købe en Hest anset for at være sund og at købe en Hest i den Tro, at den var garanteret sund. En saadan Garanti kunde, som af en anden Dommer i Sagen (Cockburn) fremhævet, ikke antages at ligge i Sælgerens rent passive Akkviescens ved Kjøberens Selvskuffelse i et Tilfælde som det foreliggende, hvor Kjøberen havde haft rigelig Tid til at undersøge Prøven i Forvejen og altsaa havde handlet paa Grundlag af sin egen Dom om Havrens Kvalitet. Derfor var den forudsatte Egenskab kun et Motiv, der havde bestemt Kjøberen til at indgaa Handelen, men den var ikke blevet til en essentiel Betingelse i Kontrakten.

I denne Dom findes baade det ledende Synspunkt angivet og nogle af de Hovedmomenter, der ere af Betydning til Afgjørelse af, hvorvidt der kan tillægges en Parts Forudsætninger med Hensyn til foreliggende Egenskaber ved Præstationen Virkning. Det drejer sig om, hvorvidt der kan paalægges Modparten nogen Garanti i saa Henseende. Og her vil netop den Adgang, som Kjøberen selv har til at skaffe sig Kundskab derom, være af væsentlig Betydning. I den udtrykkelige Omtale af Prisen ligger en Forudsætning om, at den Omstændighed, at denne vilde have været aldeles urimelig for den af Sælgeren leverede Præstation, muligvis kunde have bevirket et andet Resultat.

Med Hensyn til Ydelsens fremtidige Skæbne maa Undersøgelsen gaa ud paa, hvem af de to Parter der skal bære Risicoen i saa Henseende. Der vil jo herom i Almindelighed af Retsordenen gennem *naturalia negotii* være fastsat en Normalordning, og hvor det gjælder at fravige denne, maa det allerede ovenfor berørte Synspunkt om Gjensidighedsforholdet have i Minde: Større Risico, større Vederlag!

Hvad endelig alle de Forudsætninger angaar, der referere

sig til andre Momenter end det umiddelbare Vederlagsspørgsmaal, ville disse ofte være af en saa løs og usikker Beskaffenhed og i saa høj Grad bero paa individuelt Skjøn, at det at lade Handelen være afhængig af dem vilde gjøre Modpartens Stilling overordentlig mislig, hvorfor han ikke let kan antages at være gaaet ind derpaa. Ogsaa hvor dette ikke er Tilfældet, maa det erindres, at Bevisbyrden for, at Forudsætningen skal have Betydning, maa paahvile den Part, der har Interesse i at gjøre den gjældende. Løvrigt vil Spørgsmaalets Afgjørelse i det enkelte Tilfælde bero paa saa mange forskellige Momenter, f. Ex. om det Faktum, hvortil Forudsætningen knytter sig, nærmest maa siges at staa i Forbindelse med Partens egne eller med Modpartens Forhold, og i det sidste Tilfælde hvilken Magt denne har til at bevirke dets Indtræden, og hvilken Byrde dette vilde medføre for ham i Sammenligning med den Fordel, han kan vente sig af Handelen, og mange andre, saa at de i denne lidet bearbejdede Materie ikke let lade sig sammenfatte under korte Almenregler, og derfor den nærmere Behandling af dem paa dette Sted, hvor kun nogle Hovedsynspunkter for Forudsætningslæren skulde fremhæves, maa opgives.¹⁾

§ 7.

Windscheid og hans Modstandere.

Den Windscheid'ske Forudsætningslære²⁾ tør forudsættes i sine Hovedtræk at være bekjendt. Til den slutter sig, dog med Udelukkelse af dens specifik romerretlige Del, i vor Literatur i det væsentlige Jul. Lassen.³⁾ Nogle Punkter i den og navnlig visse Sider, der i Bedømmelsen af Læren ikke sjældent overses eller dog ikke tilstrækkelig betones, skulle kun her fremhæves.

1) jfr. i saa Henseende nærmere Ernst Møllers Skrift om Forudsætninger.

2) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850, Pandektenrecht I. §§ 97—100, Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 161—202.

3) Haandbog S. 78 ff., og sidst i hans Anm. af Ernst Møller's Skrift om Forudsætninger i Tidsskr. f. Retsvid. 8. Aarg. 1895 S. 285 ff., hvilken Forf. dog først har haft Lejlighed til at stifte Bekjendtskab med, efter at det ovenstaaende forlængst var skrevet; lignende ogsaa allerede Aagesen: Indledn. til Formueretten S. 602 ff.

W. opfatter Forudsætningen som Viljesbegrænsning ligesaa vel som Betingelsen. Men den adskiller sig derved fra den sidste, at medens Parten ved Betingelsen netop særlig har tænkt sig Muligheden af, at den ikke vilde indtræde, og fattet en klar Beslutning om ikke at ville være bunden under denne Eventualitet, er ved Forudsætningen (der derfor lader sig betegne som en »uudviklet Betingelse«) den Mulighed slet ikke faldet ham ind, at den ikke skulde vise sig rigtig, hvorfor han heller ikke har dannet sig nogen klar Vilje for dette Tilfælde, om end det er ganske givet, at han kun har villet under denne Forudsætning. M. a. Ord Parten siger her ikke: »ich will wenn —«, men han siger: »ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht —.« Han maa altsaa siges virkelig at have villet Retshandelen ogsaa for det Tilfælde, at Forudsætningen glipper, men da han dog alene ved Tanken om, at den vilde indtræde, er bevæget til at indgaa Retshandelen, kan man sige, at det derved bevirkede retlige Resultat dog nu ikke stemmer med hans »egentlige« eller »sande« Vilje, og der gives ham derfor Midler til at anfægte det.

En saadan Forudsætning maa nu efter Omstændighederne kunne være lagt for Dagen ikke blot udtrykkelig, men ogsaa stiltiende. Om det sidste er sket, maa navnlig afgjøres i Henhold til Viljeserklæringens »Zweck.« Hver Retshandel har nemlig et »Zweck«, et »erster Zweck«. Ved visse Transaktioner vil dette kunne være den retlige Følge selv, f. Ex. er ved Tilbagetrædelsen fra en Retshandel eller Opsigelsen af en Kontrakt med de derved umiddelbart indtraadte retlige Følger hele den paagældendes Formaal naaet. Men anderledes er det med en Formuetilvendelse. »Niemand nimmt eine Vermögenszuwendung um ihrer selbst willen vor. Jede Vermögenszuwendung hat ein Warum, einen Zweck, einen ersten Zweck. Er ist derjenige Zweck, welcher die Vermögenszuwendung aus dem Nichts hervorruft. Wird er nicht erreicht, so ist es eben so sicher, dass der Zuwendende für diesen Fall die Vermögenszuwendung nicht gewollt haben würde, wie es sicher ist, dass ohne einen Zweck Niemand eine Vermögenszuwendung will.«¹⁾ Imidlertid er Opnaaelsen af dette »erster Zweck« ikke mulig uden en vis Skikkelse af Forholdene. Dette véd Parten selv, og man kan derfor ogsaa betegne den Karakter, som Forholdene nødvendig maa have, som Forudsætning for hans

¹⁾ Arch. S. 175.

Ydelse, f. Ex. er Tilstedeværelsen af en bestaaende Forpligtelse nødvendig, for at han kan naa det i Betalingen liggende Formaal.

Ikke blot en saadan implicite i Viljeserklæringen indeholdt Forudsætning faar imidlertid Betydning, men ogsaa den Forudsætning, der fremgaar af samtlige de Omstændigheder, hvorunder Viljeserklæringen er afgivet. Det kommer kun an paa, om Forudsætningen paa en eller anden Maade er blevet kjendelig for den anden Part som Viljesbegrænsning. Medens hans Modstandere maa nøjes med en generel Henvisning til Billighed som Begrundelse af deres Resultater, mener W. selv ved sin Theori at angive »einen bestimmten Grund für die hier massgebende Billigkeitserwägung der Rechtsordnung. Dieser Grund ist der eben bezeichnete: der Urheber der Willenserklärung, wenn er auch die Rechtsfolge zwar gewollt und unbedingt gewollt hat, hat doch zu gleicher Zeit zum Ausdruck gebracht, dass er sie nicht wollen würde, wenn er nicht von einer gewissen Annahme oder Erwartung ausginge, und hat damit einen Vorbehalt des Inhalts gesetzt, dass bei getäuschter Annahme oder Erwartung die Willenserklärung für ihn unverbindlich sein solle.«¹⁾ Det maa altsaa vel mærkes, tilføjer han S. 197, »um eine beliebige gesetzte Voraussetzung handelt es sich in alle Wege nicht Es handelt sich um eine Voraussetzung, die nach den Regeln der Auslegung als gewollt objectiv und subjectiv erkannt werden kann.«

Oppositionen mod hele denne Lære er navnlig blevet rejst af Lenel i hans to betydningsfulde Afhandlinger i Archiv für die civ. Praxis²⁾.

Paa Forudsætningens Kjendelighed for den anden Part, hvorpaa Windscheid lægger Hovedvægten, kan det efter Lenel umulig komme an. Der lader sig let paavise baade Tilfælde, hvor Forudsætningen var aldeles kjendelig og dog ikke kan faa Betydning, og omvendt Tilfælde, hvor der maa tillægges den en saadan, skjønt den ikke var kjendelig for den anden Part. I første Henseende anføres bl. a. det tidligere omtalte Tilfælde, at en Fader kjøber Udstyr til sin forlovede Datter, hvor det er en ogsaa for Sælgeren ganske kjendelig Forudsætning for Handelen, at Ægteskabet virkelig kommer istand, men hvor der dog ikke kan være Tale om at lade Handelens Gyldighed være afhængig heraf. (Windscheid hævder dog heroverfor, at dette Resultat ogsaa lader sig forene med hans Lære, da For-

¹⁾ S. 180—181. ²⁾ Bd. 74 S. 213—239 og Bd. 79 S. 49—107. — De to Theorier findes refererede af F. H. i Tidsskr. f. Retsvid. VI. S. 286 ff.

udsætningen ikke i dette Tilfælde har været kjendelig »als Willensbeschränkung«.) Omvendt nævnes som Exempel paa, at en Forudsætning ikke har været kjendelig, men dog maa tillægges Virkning, det Tilfælde, at nogen faar en Sum Penge tilsendt pr. Postanvisning uden nærmere Angivelse af Grunden. Hvis det bagefter viser sig, at Ydelsen var ment som Betaling af en fejlagtig forudsat Skyld, maa utvivlsomt Afsenderen kunne forlange Pengene tilbage. W.¹⁾ søger vel at bringe ogsaa dette Tilfælde i Overensstemmelse med sin Theori ved at hævde, at Formaalsbestemmelsen ogsaa kan erklæres bagefter, thi »Viljeserklæringen, som den foreligger, er ufuldstændig. Den gjengiver intet uden et Stykke af den virkelige Vilje, og paa dette af Sammenhængen udrevne Stykke tør Modtageren ikke beraabe sig, fordi det er sikkert, at det for sig selv ikke vil have nogen Existens.« Men overfor dette hævder Lenel, at Modtageren maa kunne beraabe sig paa den uden Formaalsbestemmelse skete Tilvendelse. Det staar nemlig fast, at den er tilflydt ham med Giverens Vilje. Vil Giveren derfor fordre den tilbage, staar det ikke denne frit for bagefter at erklære, i hvilket Øjemed den skal anses sket, men han maa bevise, hvilken Causa der oprindelig har ligget til Grund derfor²⁾.

Lenel nægter helt den selvstændige Existensberettigelse, som W. tillægger Forudsætningsbegrebet. Forudsætningen skal efter W.s Lære indtage en Slags Mellemstilling mellem den egentlige Betingelse og det blotte Motiv, men, hævder Lenel³⁾, »es gibt nur eine rechtserhebliche Form der Willensbeschränkung, die Bedingung; ein Mittelding zwischen Motiv und Bedingung gibt es nicht.« Kun derpaa bør derfor Undersøgelsen rettes, om Parten i det enkelte Tilfælde har betinget sin Viljeserklæring af Forudsætningens Indtræden. Og ved Løsningen heraf maa Forudsætningens Udtalelse være det afgjørende. Ved nemlig udtrykkelig at erklære, at han handler under Forudsætning af et vist Forhold, lægger han for Dagen, at han nærer Tvivl i saa Henseende, og Meningen med særlig at fremhæve det kan da alene være netop kun at ville staa ved sin Erklæring, hvis Forudsætningen viser sig rigtig. Der er herved forsaavidt sket en Modalitet i Kontrakten, indføjet en ny Klausul i denne. Hvilken Virkning der i det enkelte Tilfælde skal tillægges et saadant Forbehold (Suspensiv- eller Resolutivbetingelse, Tilbagetrædelsesret, Tilbagefordring af det ydede, Godtgjorelses-

¹⁾ S. 178. ²⁾ Bd. 79 S. 98. ³⁾ Bd. 79 S. 51.

krav o. s. v.) lader sig ikke angive ved almindelige Regler, men maa bero paa en Fortolkning af det enkelte Tilfælde. De romerske Regler om *condictio* finde i intet Tilfælde Anvendelse, her: ved udtrykkeligt Forbehold er Kravet i Tvivltilfælde ikke at indskrænke til Berigelsen, og ved en Ydelse, der er sket under den erklærede Forudsætning af en virkelig bestaaende Skyld, behøver der ikke at oplyses *error probabilis*, som ellers ved *condictio indebiti*.

Naar W. imidlertid uden videre vil sætte de stiltiende Forudsætningstilfælde i Klasse med dem, hvor Forudsætningen er udtalt, beror dette efter Lenel paa et absolut Fejlsyn. Hvis man ved »stiltiende« Forudsætninger kun tænkte paa dette Begreb i snævraste Forstand, nemlig som betegnende »ein Verhalten, das auf den Gegner genau den gleichen Eindruck macht, wie die ausdrückliche,« et Forhold, der forøvrigt efter Lenel's Mening i det virkelige Liv yderst sjældent forekommer, lod der sig vel ikke noget indvende derimod. Men i den vide Forstand, hvori W. tager det stiltiende Forudsætningsbegreb, »jede Voraussetzung, die Jemand im Stillen hegt und dem Gegner irgendwie erkennbar gemacht hat,« lader det sig paa ingen Maade forsvare, da Tilfældene ere væsensforskjellige. Ved at undlade at omtale Forudsætningen viser han netop, at han gaar ud fra den som sikker, han har altsaa slet ikke tænkt sig Muligheden af, at den ikke skulde være rigtig, og det er derfor ogsaa »geradezu psychologisch unmöglich,«¹⁾ at han skulde kunne have dannet sig nogen Vilje for en Mulighed, som han slet ikke havde tænkt sig. Det er derfor »ein folgenschwerer Irrthum«, naar W. ogsaa i dette Tilfælde taler om en »stillschweigend erklärten Voraussetzungs willen. — Wer unter einer solchen stillschweigenden, aber erkennbaren Voraussetzung handelt, gibt keinen Willen, sondern nur eine in ihm herrschende Vorstellung, eine Ueberzeugung zu erkennen. — — Willenserklärung im juristischen Sinn ist m. E. nur die Erklärung dessen, was man (bedingt oder unbedingt) will, nicht dessen, was man unter gewissen Eventualitäten wollen würde.«²⁾

W. vil ved Afgjørelsen lægge Vægt paa det »første Formaal«, men efter Lenel's Mening kan der ikke tillægges dette »rein psychologische Moment wie das nähere oder entferntere Verhältniss des erstrebten Zweckes zur Handlung«³⁾ nogen Betydning. Hvorfor just lægge Vægt paa det første Zweck,

¹⁾ Bd. 79 S. 61. ²⁾ Bd. 79 S. 60. ³⁾ Bd. 79 S. 64.

hvorfor ikke lige saa vel paa Nr. 2, 3 eller 4? Ogsaa paa disse passer nemlig W.s Karakteristik af det afgjørende Formaal, nemlig at være »derjenige Zweck, der die Vermögenszuwendung aus dem Nichts hervorrufe.« Og at ingenlunde hvert første Zweck er af Betydning, viser Forholdet ialtfald klart ved Gaven¹⁾. Her kan det første Formaal ikke søges i Liberaliteten som saadan, heller ikke, som Windscheid gjør, i Accepten af Gaven fra Modtagerens Side, men det har i Virkeligheden efter Omstændighederne den mest varierede Natur, som f. Ex. blot i Almindelighed at gjøre Modtageren en Glæde, at understøtte ham til et eller andet Foretagende og overordentlig meget andet. Men alle disse forskellige første Formaal have en altfor subjektiv ubestemmelig Karakter til, at Retsordenen kan have noget med dem at gjøre, de ere »Imponderabilien« for Retten, som derfor ogsaa ganske slaar en Streg over dem for alene at blive staaende ved det rent negative, at »sie nicht in der Erlangung eines Entgelts im geschäftlich-wirtschaftlichen Sinn bestehen.«²⁾

I Modsætning til disse betydningsløse Schenkungszwecke opstiller Lenel da det »wirtschaftliche Zweck« som det, der har Betydning. Som Exempler herpaa nævnes: solvendi, credendi, dotis, arrhae causa, do ut des, do ut facias o. s. v., men om et saadant økonomisk Formaal i det enkelte Tilfælde kan antages, afhænger forøvrigt af den skiftende økonomiske Opfattelse. Det kommer an paa, om »das Aequivalent, um desswillen die Leistung erfolgt, im wirthschaftlichen Verkehr als solches anerkannt ist.«³⁾ — — »Ueber diese sachliche Bedeutung aber entscheidet die Verkehrsanschauung, bald nach objectiven Rücksichten, bald auch nach der subjectiven Werthung der betheiligten Parteien, und nur nach dieser sachlichen Bedeutung kann es sich vernünftiger Weise bestimmen, ob bei Verfehlung des Zwecks Rückforderung der Zuwendung stattfindet oder nicht.«⁴⁾

I Slutningen af sin sidste Afhandling udtrykker L. endelig Modsætningen mellem hans og W.'s Anskuelse saaledes: »nicht auf das kommt es an, was man vorausgesetzt hat, sondern nur auf das, was man vorauszusetzen nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber berechtigt war.«⁵⁾

¹⁾ jfr. nærmere den ovenfor S. 42 ff. i Henhold til Lenel givne Udvikling.

²⁾ Bd. 74 S. 230 ff., Bd. 79 S. 66 ff. ³⁾ Bd. 79 S. 70. ⁴⁾ Bd. 79 S. 71.

⁵⁾ Bd. 79 S. 105.

— Hvor det gjælder om at afveje disse to Opfattelser overfor hinanden, maa det ikke glemmes, at Windscheid's Lære nærmest er uddannet med den positive romerske Ret for Øje. Vi forefinde her i en Række af Afgjørelser den Ordning, at Rets-handelen selv opretholdes som gyldig, skjønt dens Forudsætning er bristet, men der gives den paagjældende Part en Adgang til at afhjælpe den derved fremkomne Ubillighed ved Hjælp af en *condictio*. At give et syntetisk, theoretisk Synspunkt for Betragtningen af disse Tilfælde er da det, der tilstræbes ved den Windscheid'ske Lære ¹⁾, og som saadant kan den sikkert ikke nægtes i det væsentlige at have truffet det rette. Naar Romerretten i disse Tilfælde paa den ene Side opretholder Retshandelen som gyldig, men paa den anden Side samtidig giver Midler til at anfægte dens Resultat, vil dette jo netop sige, at den har tillagt det Viljesudtryk, der umiddelbart er traadt frem i Retshandelserklæringen, selvstændig Betydning, for saa vidt foreløbig har behandlet det som Udtryk for Partens »virkelige« Vilje, men dog samtidig har erkjendt Muligheden af, at denne foreløbige Prøvelse ikke stemmer med det Resultat, som en endelig nøjagtig Undersøgelse maatte komme til, hvorfor den aabner Adgang til at rektificere den provisoriske Ordning i Overensstemmelse med Parternes senere statuerede »sande«, »egentlige« Vilje ²⁾: deres Vilje, betragtet i Forbindelse med hele det Forudsætningsforhold, der har fremkaldt den, men som man vilkaarlig havde udskilt af det Abstrakt af Viljen, som man ved Retsovergangsspørgsmaalet opererede med. Tildels staar vel nok denne Ordning i Forbindelse med en vis Stivhed, der i det hele træder frem i Romerrettens Behandling af Rets-handelsmaterien, men for en Del hviler den dog sikkert ogsaa paa et reelt Hensyn, der har Betydning endnu for Nutiden. Modsætningen mellem en *Condictio* og *Vindicatio* ²⁾ viser sig jo navnlig i Forholdet til Tredjemand, overfor hvem den første ikke haves, men den sidste uden videre kan gjøres gjældende,

¹⁾ jfr. i noget beslægtet Retning, men dog for stærkt reducerende Windscheid's Opfattelse til et blot »abstrakt-konstruktivt« Synspunkt, en rent »subjektivistisk Generalisation«, Ernst Møller: Forudsætninger S. 268 ff.

²⁾ At der er en saadan Modsætning, kan ikke nægtes, se særlig klart: l. 7 § 3, l. 9 pr., § 3 D. 23. 3, l. 1 C. 8. 54. — Selv Kindel, der formelt bestrider denne Lære, kommer dog, idet ogsaa han vil udelukke Tilbagesøgning overfor en godtroende Tredjemand, i Realiteten til ganske lignende Resultater, jfr. særlig hans Skrift S. 126.

og netop i denne Relation kan meget tale for ikke at lade den godtroende Tredjemands Retsstilling være afhængig af det intrikate Forudsætningsforhold mellem de oprindelige Parter, som det ofte vil være næsten umuligt for ham at naa til Klarhed over. Og selv mellem de oprindelige Kontrahenter kan der ofte paavises Hensyn, der kunne motivere den Ordning at gjøre Retserhvervelsen ubetinget og henvise den Part, hvis Forudsætning ikke er gaaet i Opfyldelse, til et personligt Krav mod Medkontrahenten i den Anledning. Kun vil Formodningen i Mangel af positiv Hjemmel næppe være for, at dette skulde være indskrænket til Berigelsen.

Herved maa imidlertid for det første erindres, at den saaledes opstillede Modsætning mellem Forudsætning og Betingelse ikke i Kilderne fremtræder saa skarpt, som den Windscheid'ske Lære kunde give det Indtryk af. Meget tyder paa, at det historiske Udgangspunkt for hele Romerrettens Ordning af Forholdet overhovedet har været altid at tillægge Retshandels-erklæringen ubetinget Virkning, saaledes at selv udtrykkelig tilføjede Betingelser kun faa den indirekte Condictionsvirkning. Heri sker der vel efterhaanden nogen Modifikation, saaledes at man for det sidste Tilfælde under Erkjendelse af det unaturlige i saaledes at rive Partens Viljeserklæring i to Stykker og konstruere den som bestaaende af 1) en ubetinget Overdragelsesvilje, 2) et Forbehold om *condictio*, forsaavidt Betingelsen ikke opfyldes, naaer til at tillægge denne umiddelbar Virkning ved at lade selve Overdragelsen være betinget af dens Opfyldelse og altsaa hjemle Vindikation, hvor den glipper. Men selv i den senere Ret finder man dog endnu flere Spor af den oprindelige Ordning, ikke at tillægge en tilføjet Betingelse anden Virkning end den at afføde en *Condictio*¹⁾. Omvendt findes der Tilfælde, hvor der er tillagt en Forudsætning, som klart er kommet til Udtryk i Retshandelen, ganske samme Virkning som den egentlige Betingelse, f. Ex. ved en Ydelse sket *dotis causa* behandles Forudsætningen om Ægteskabets Indgaaelse som *condicio*.²⁾

Der maa herefter gives Lenel Ret i, at Modsætningen mellem Forudsætning og Betingelse ihvertfald for Spørgsmaalet om, hvilken Retsvirkning der skal tillægges det paa-gældende Moment, ikke er af den afgjørende Betydning, som Windscheid gaar ud fra. Visse Forudsætninger kunne give

¹⁾ jfr. saaledes l. 5 § 9 D. 23. 3, l. 2 § 7, l. 3 D. 39. 5, l. 3 C. 4. 6.

²⁾ l. 21, l. 68 D. 23. 3, jfr. ogsaa Forholdet i l. 1 C. 8. 54.

Anledning til Vindikation, omvendt bevirker Betingelsen i visse Tilfælde kun en *condictio*. Gjælder dette allerede for Romerretten selv, maa det saa meget mere antages for en Retsordning, der ikke er bunden ved dens positive Resultater. Her vil kun en nøje Fortolkning af den enkelte Retshandel kunne give os Svar paa Spørgsmaalet, hvilken Virkning der skal tillægges det paagjældende Moment — forudsat at det overhovedet skal have nogen Betydning.

Dette mere almindelige Spørgsmaal besvarer W. bekræftende, og han mener ved sin Theori at have givet en Begrundelse deraf. Han søger den som berørt deri, at Afgiveren af Viljeserklæringen, om han end har villet og ubetinget villet Retsfølgen, dog paa samme Tid har lagt for Dagen, at han ikke vilde ville, hvis han ikke gik ud fra en vis Antagelse eller Forventning, og derved har gjort et Forbehold af den Natur, at Viljeserklæringen, naar han skuffes i sin Antagelse eller Forventning, skal være uforbindende for ham. — Men overfor denne Udtryksmaade maa man sikkert erkjende den af Lenel og, i vor Literatur, navnlig af Ernst Møller rejste Kritik for berettiget. Den anførte Betragtning indeholder, som berørt, kun en theoretisk Tilrettelægning af *Condictio*stilfældene, som de forekomme i den romerske Ret, og lader sig derfor umulig anvende til at begrunde Forudsætningstilfælde uden for det af denne ordnede Omraade. Spørgsmaalet er netop, om denne Betragtning ogsaa passer paa disse nye Tilfælde; først efter at dette er afgjort, kan det erkjendes berettiget at bringe lignende Regler til Anvendelse paa dem. Med andre Ord, W.'s theoretiske Konstruktion kan anvendes til at stille Spørgsmaalet, men Besvarelsen maa søges i andre Hensyn. Særlig vil det paa et tidligere Sted¹⁾ udviklede om den langt overvejende Betydning, som den af Yderen ensidig fastsatte *lex* for hans Præstation ifølge Forholdets historiske Udvikling maa antages at have udøvet paa *Condictio*slæren, gjøre det klart, at man kun med yderste Forsigtighed tør overføre derfra hentede Synspunkter paa Nutidens ved begge Parters gjensidige Overenskomst begrundede Forhold.

For vidt gaar dog paa den anden Side sikkert Lenel, naar han derfor vil frakjende Forudsætningsbegrebet al Betydning. Enten foreligger der, efter hans Opfattelse, en bevidst Begrænsning af Viljeserklæringens Virkning, altsaa en egentlig

¹⁾ ovenfor S. 49 ff.

Betingelse, eller et betydningsløst Motiv, en Mellemtning mellem disse to, som Forudsætningen efter Windscheid's Theori skulde være, eksisterer ikke. Lenel gaar derved ud fra en i sig selv fulgyldig Vilje og kommer da naturlig til det Resultat, at denne kun kan svækkes ved en klar Vilje i modsat Retning, hvorved den første begrænses. Men Spørgsmaalet er netop, om en Vilje, hvis afgjørende Forudsætning er faldet bort, stadig skal respekteres som en fulgyldig Vilje. Dette benægter W. under visse nærmere Omstændigheder, og Rigtigheden heraf kan ikke paa Forhaand udelukkes, snarere maa vel, som i foregaaende Paragraf berørt, Formodningen netop siges at være for den. Da er Forholdet ikke det, at en endnu eksisterende Vilje udelukkes ved en ny i modsat Retning gaaende, men den tidligere eksisterende Vilje er at anse som bortfalden tillige med sit nødvendige Grundlag. I Forbindelse hermed staar ogsaa Lenel's stærke Betonning af den Betydning, Omtalen af en Forudsætning har. Han er tilbøjelig til kun at ville tillægge den udtalte Forudsætning Virkning, fordi nemlig kun den er Udtryk for en villet Betingelse, medens den ikke omtalte kun viser en »Overbevisning« hos Parten, som der ikke kan tillægges nogen retlig Betydning. Men hertil maa bemærkes, at der vel efter det tidligere udviklede¹⁾ i Tvivilstilfælde maa tillægges Udtalelsen af Forudsætningen en ikke ringe Betydning, men at det dog maa erkjendes, baade at en udtalt Forudsætning ingenlunde altid faar Betydning²⁾, og at der omvendt i adskillige Tilfælde maa tillægges selv den stiltiende Forudsætning Virkning. Der er da ikke længer Tale om en blot theoretisk Overbevisning, men om en praktisk Antagelse, uden hvilken hans Viljesbeslutning mister sit Grundlag.

Gaar Lenel saaledes paa visse Punkter end noget for vidt, maa dog i det hele hans Kritik af den Formulering, Windscheid giver sin Theori, og af den Begrundelse, denne mener deri at finde, i Hovedsagen erkjendes for berettiget. Dette gjælder derimod næppe i samme Grad om hans Standpunkt overfor den Anvendelse, W. selv gjør af sin Lære. Heller ikke W. vil, som det ofte af hans Modstandere fremstilles, lade Afgjørelsen bero paa Hypoteser om, hvad Parten kunde antages at have villet under en eller anden Forudsætning, som ikke har foreligget. Han protesterer tvertimod, i det mindste i sin Afhand-

¹⁾ jfr. ovenfor S. 65 ff.

²⁾ saaledes som Lenel selv antager f. Ex. i Tilfældet med Udstyrskjøbet.

ling i Arch. f. civ. Praxis, atter og atter imod, at en saadan Opfattelse skulde tillægges ham. Han betoner, som det af de ovenfor citerede Steder vil være fremgaaet, flere Gange, at det skal være »zum Ausdruck gebracht, dass er nicht wollen würde, wenn —«, at det drejer sig om en Forudsætning, »die nach den Regeln der Auslegung als gewollt objectiv und subjectiv erkannt werden kann«. Det vil heraf fremgaa, at det Spøgelse om en Vilje, der ikke har foreligget, men vilde være kommet til Existens under visse hypothetiske Forudsætninger, hvilket har indgydt Windscheid's Modstandere saa stor en Frygt, i Virkeligheden — ihvertfald efter den nærmere Bestemmelse af sin Theori, han har givet i Archiv-Afhandlingen — er noget, som de paa Grundlag af et Par maaske mindre heldige Udtryk, væsentlig selv have manet frem. W. bygger ikke sin Lære paa en hypothetisk positiv Vilje til at være frigjort, naar Forudsætningen ikke holder Stik, men han holder sig til det faktisk foreliggende, at den afgjørende Forudsætning, der har dannet Tilværelsesgrunden for Viljen, er falden bort, hvorfor ogsaa Viljen selv efter en real Betragtning af Forholdet maa siges at have tabt sin Betydning. Er dette nu gjort kjendeligt for den anden Part, kan det siges at være kommet til Udtryk, at Parten for det Tilfælde, at Forudsætningen maatte bryde, »nicht wollen würde«. Dette rent negative Faktum er ialtfald tilstrækkeligt som Grundlag for hans Theori. Naar W. selv dertil knytter en Bemærkning om, at han altsaa maa antages at have sat et Forbehold om ikke at ville være bunden, hvis hans Antagelse viser sig urigtig, er denne ganske vist noget egnet til at fremkalde Misforstaaelse, forsaavidt den nemlig kunde synes at lade Resultatet bero paa en positiv Vilje til under denne Forudsætning at anfægte Retshandelen, men Ytringen maa vistnok ifølge Sammenhængen forstaaes som kun betegnende Korrelatet til det negative, at den Vilje til at være bunden, som han har udtalt, ikke gjælder under denne Forudsætning, og det er altsaa alene paa Spørgsmaalet, om dette har fundet Udtryk i Retshandelen, at hele Undersøgelsen maa rettes.

W. vil nu i saa Henseende lægge Vægten paa, om Partens Forudsætning har været kjendelig for den anden Part. Men hertil føjer Lenel et Korrektiv af ikke ringe Betydning. Det er ikke tilstrækkeligt, at Forudsætningen har været kjendelig for den anden, det maa ogsaa kræves, at denne har accepteret den. Ad en Omvej naar vel ogsaa W. til et noget

lignende Resultat. Han kræver, at Forudsætningen skal have været ikke blot paa en eller anden Maade kjendelig for den anden, men netop kjendelig som Viljesbegrænsning. Idet en Part nu ikke kan antages at have villet vedføje sin Viljeserklæring Begrænsninger, som den anden ikke kunde formodes at ville være gaaet ind paa, og som altsaa vilde have forhindret Handelen fra at være kommet istand, blive Forudsætninger af denne Art saaledes udelukkede. Men dette er dog en kunstig Konstruktion af Forholdet, der sikkert hænger sammen med, at han ved sin Undersøgelse ene er gaaet ud fra den romerske Conditions lære, hvor der som berørt vises den ydende Parts ensidige Viljesbestemmelse en særlig Hensyntagen. Det er ved Kontraktsforhold baade naturligere og mere egnet til at give et korrekt Billede af de Hensyn, der herved maa være de bestemmende, at lade Undersøgelsen være direkte rettet paa, om Modparten kan antages at have accepteret den gennem Forudsætningen skete Begrænsning af Retshandelens Virkning. Men Spørgsmaalet bliver da, hvad der i denne Retning kan antages at være kommet til Udtryk i den enkelte Retshandel.

I saa Henseende vil nu, som omtalt, W. lade det komme an paa, hvad han kalder det »første Formaal«. Naar dette ikke realiseres, eller naar det, der er en nødvendig Forudsætning for dets Opnaaelse, viser sig ikke at holde Stik, er dermed Partens kjendelige, afgjørende Forudsætning bristet, og Retshandelen maa blive ugyldig. — Forsaavidt nu dette »første« Formaal skal forstaaes som det Formaal, der virkelig i det enkelte Tilfælde psykologisk set er det første, maa Lenel's Kritik erkjendes for berettiget. Der lader sig i Virkeligheden ingen indre Grund anføre for, at Formaalets Plads i den psykologiske Motivfølge skulde være af en saa afgjørende Betydning. Men W.'s Udvikling yder maaske nogle Holdepunkter for den Opfattelse, at det ikke er paa dette rent ydre tilfældige Forhold, han vil lade det komme an, men paa, hvilket Formaal der for Partens Tanke er fremtraadt som det første; m. a. Ord, det for Parten væsentligste, principale Formaal skal have denne Betydning, forsaavidt det da har fundet Udtryk som saadant i Retshandelen. Men selv saaledes forstaaet kræves der en nærmere Bestemmelse. At lade det komme an paa, hvad der virkelig i det enkelte Tilfælde har været Partens Hovedformaal, hjælper os i Virkeligheden ikke af Stedet. Det er kun et andet Udtryk for Spørgsmaalet om, hvad der in concreto har været hans afgjørende Forudsætning, og det var jo netop

dette Spørgsmaal, det gjaldt om at løse. Der er i Virkeligheden kun ét Formaal, der gaar igjen i de forskjellige Rets-handeler med en saadan konstant, stabil Karakter, at der kan være Tale om at benytte det som Udgangspunkt for Under-søgelsen. Det er det Formaal, der ovenfor er betegnet som Retsformaalet, det stadig sig gjentagende Spørgsmaal om Vederlaget, eller den bevidste Udelukkelse af et saadant. Et saadant maa enhver Formuetransaktion have; der gjælder i saa Henseende ingen Undtagelse for de Forholds Vedkommende, Tilbagetrædelsen fra en Retshandel og Opsigelsen af en Kontrakt, som W. nævner som Exempler paa Tilfælde, hvor hans første Formaal er uden selvstændig Betydning. Ogsaa her kommer Spørgsmaalet frem, om Transaktionen er betinget af Vederlag, og da hvilket, eller den er tilsigtet at være vederlagsfri. I Konflikten mellem W. og Lenel angaaende den uden angivet Formaalsbestemmelse skete Tilførelse af en Formuefordel maa der derfor i det væsentlige gives W. Ret. En saadan Transaktion er i Virkeligheden i sig selv ufuldstændig, trænger altsaa til et Supplement, som det da netop i Almindelighed maa staa til Overdrageren selv at levere. Hvis man vilde tillægge den formelle Overdragelsesakt i sig selv selvstændig Betydning, indtil det lykkedes Overdrageren at føre Bevis for dens Causa og at godtgjøre, at de deraf flydende Forudsætninger var bristede, vilde dette i Realiteten gaa ud paa at opstille en Præsumption for en Overdragelses vederlagsfri Karakter, altsaa at gjøre Gavedispositionen til det normale, hvad jo klart vilde komme i Strid med Livets reale Forhold. Kun, hvor der ifølge det særlige Forhold mellem Parterne kunde være Grund til at vente Foretagelsen af en Gaveakt imellem dem, kan Modtageren være berettiget til at fortolke Overdragelsen paa denne Maade¹⁾. Saa meget synes da ogsaa ret bestemt at fremgaa af de forøvrigt i høj Grad omdisputerlige Kildesteder, der til Ejendomsoverdragelsen foruden Tradition kræve Tilværelsen af en »iusta causa.«²⁾ End mere utvivlsomt bliver da Forholdet for den blot obligatoriske Forpligtelseserklærings Vedkommende, idet jo her det romerske System gaar ud paa at kræve ikke blot Oplysning om en vis Causa, men endogsaa, at denne er af en ganske bestemt Art,

¹⁾ saaledes ogsaa Ernst Møller l. c. S. 56 ff.

²⁾ saaledes l. 55 D. 44. 7, l. 31 D. 41. 1.

for at der overhovedet skal kunne blive Spørgsmaal om at tillægge Forpligtelsesakten nogen retlig Virkning.

Hjælper saaledes Retsformalet os et Stykke paa Vej til Spørgsmaalets Løsning, maa det dog ikke glemmes, at det ogsaa kun er et Stykke. Selve Vederlagsforholdet tillader, som det tidligere er omtalt, Muligheden for flere nærmere Ordninger, og ved Spørgsmaalet om, hvilken af disse der i det enkelte Tilfælde skal antages, kan Retsformalet altsaa ikke yde os Vejledning. Og endnu mindre vil det kunne give os saadan, hvor Talen er om Forudsætninger, der ikke staa i umiddelbar Forbindelse med Vederlagsspørgsmaalet, hvilke man dog paa den anden Side ikke paa Forhaand tør frakjende al Betydning.

Lenel vil, som omtalt, lægge Vægten paa det økonomiske Formaal. Opstillingen af dette som Afgjørelsesnorm vil have sin blivende Betydning derved, at det udelukker og giver en Forklaring af Udelukkelsen af alle de ubestemmelig varierende Gavemotiver fra at komme i Betragtning. Som positivt Princip betoner det Vigtigheden af Vederlagsformalet for Afgjørelsen. I saa Henseende yder det altsaa det samme som Retsformalet, men heller ikke mere. De Spørgsmaal, som dette maatte lade ubesvarede, vil heller ikke Lenel's »wirtschaftlicher Zweck« kunne hjælpe os til Løsningen af, og Lenel giver selv i sine Afhandlinger kun spredte Bidrag til deres Besvarelse.

At have været det første, der paa mere omfattende og indgaaende Maade har forsøgt sig ogsaa paa disse intrikate Spørgsmaals Løsning, deri ligger Hovedbetydningen af det fortjenstfulde Skrift om Forudsætninger, som vor Literatur i nyeste Tid er blevet beriget med.¹⁾ I sin Kritik af den Windscheid'ske Lære følger det i Hovedsagen Lenel, om end betydelig uddybet ved Benyttelse af praktiske Retstilfælde, og kan vel næppe heller siges helt fri for en vis Uretfærdighed i Bedømmelsen af den. Ligesom hos Lenel tages der mere Hensyn til den formelle Konstruktion, W. har givet sin Tanke, end til dens reale Indhold og den Anvendelse, som Forf. selv gør deraf, og dette kan da navnlig overfor en Retstheori, der ifølge Sagens Natur ikke nogensinde vil være istand til at bringe Livets skiftende Forhold ind under en exakt matematisk Formel, ikke undlade at medføre betænelige Konse-

¹⁾ Det oftere citerede og benyttede Skrift af Ernst Møller.

kvenser. Saaledes maa det overfor hans Hovedanke mod Windscheid's Lære, at den bygger sin Afgjørelse paa hypotetiske Spekulationer over, hvad Parten muligvis vilde have villet under Forudsætninger, som ikke ere indtraadte, paa ny fremhæves, at W. netop selv atter og atter værger sig mod en saadan Opfattelse. Det er det virkelig aktuelt foreliggende, Parternes Vilje, som den har fundet Udtryk i deres Retshandel, som det ogsaa efter ham kommer an paa. Det er denne Retshandel, som det gjælder at fortolke. At der ikke altid kan paavises nogen virkelig Vilje med Hensyn til det foreliggende Moment, som maaske ingen af Parterne et Øjeblik har tænkt paa, indrømmer jo netop Theorien selv. Men en Afgjørelse maa der jo træffes ogsaa for dette Tilfælde, og Spørgsmaalet bliver da, hvorledes det manglende skal suppleres. At nu her den Windscheid'ske Theori efter sin Formulering kan indeholde nogen Fristelse til herved at fortabe sig i ufrugtbare psykologiske Undersøgelser, skal ikke nægtes. Men det maa dog selv da fastholdes, at en blot Mulighed for, at Personen vilde have taget et Forbehold om ikke at ville være bunden under en vis Eventualitet, tages der intet Hensyn til; det er kun den Viljesbegrænsning, der virkelig er kommet til Udtryk i Retshandelen, som faar Betydning. Og paa den anden Side er det lige saa sikkert, at der ikke i Theorien ligger nogen Nødvendighed for overhovedet at lade saadanne subjektive Betragtninger være de ene afgjørende. Tvertimod viser netop W.'s egen nærmere Udvikling, at han ingenlunde tænker sig mere »objektive« Hensyn udelukkede til Fastsættelsen af, hvad der kan antages at være kommet til Udtryk i Parternes Retshandelsklæringer. Men de Bidrag, W. i saa Henseende giver, ere dog højst mangelfulde og trænge baade til stærkere Betonning og nærmere Supplering.¹⁾

Idet Ernst Møller gaar ud fra den Lenel'ske Sondring mellem økonomiske og andre Formaal, stiller han sig da til Opgave ved Hjælp af rent objektive Momenter at supplere dette manglende. Ikke blot foretages der i Skriftet en nærmere Bestemmelse af det økonomiske Formaal ved en omhyggelig Fastsættelse af de derom gjældende »naturalia negotii«, men det forsøges ogsaa udenfor dette Omraade at opstille objektive Synspunkter til Afgjørelsen af, om der kan tillægges

¹⁾ jfr. i lignende Retning Jul. Lassen i Tidsskr. f. Retsvid. 8. Aarg. S. 297 ff.

en Forudsætning Virkning, eller ikke. Overalt skal Resultatet bestemmes, ikke ved Gisninger over, hvad der kunde antages at stemme med Parternes Vilje, men alene ved Hensyn begrundede i den objektive Ret. — Hvor meget Værd der nu end i og for sig maa tillægges de derpaa byggede Betragtninger, er Forfatteren dog vistnok i Forfægtelsen af sit rent »objektive« Synspunkt gaaet for vidt, kommet til at urgere en skarpere Modsætning mellem de objektive og subjektive Hensyn og til at tillægge de første en mere selvstændig afgjørende Betydning, end det virkelige Liv tillader.

Forfatteren synes ¹⁾ saaledes for det første at tillægge den objektive Ret Æren for, at den »formelle« Vilje \circ : Viljen uden Hensyn til Beskaffenheden og Fyldestgjørelsen af de Formaal, den forfølger, ikke ganske i Almindelighed faar retlig Gyldighed. Grunden skal være, at den objektive Ret i og for sig kun respekterer den Vilje, der forfølger visse anerkjendte Formaal, og alene, hvor disse selv efter deres Natur unddrage sig Muligheden for en retlig Regulering, derved til en vis Grad tvinges til at fravige sit principielle Standpunkt. — Overfor dette maa det fastholdes, at Viljens Afhængighed af Formaallet ikke skyldes nogen Bestemmelse fra Retsordenens Side, men ligger i selve Viljens Natur; en Vilje, hvis Formaal ikke fyldestgjøres, mangler sit Existensgrundlag, er m. a. O. ifølge en real Betragtning ikke længer nogen virkelig Vilje. Det er altsaa ikke den formelle Viljes Mangel paa Gyldighed, der kræver Begrundelse, men netop omvendt det Faktum, at man i visse Tilfælde opretholder Viljen som Grundlag for Retsvirkning til Trods for, at dens Formaal er bortfaldet. Disse Undtagelser fra den naturlige Ordning maa ganske vist være begrundede i Hensyn hentede fra Retsordenens Natur og Begrænsning, men Hovedreglen skyldes ikke nogen vilkaarlig retlig Bestemmelse, en Slags Censur, der udøves fra Rettens Side, men kun den faktiske Formaalsbestemthed, som enhver Viljeserklæring har.

Men ikke blot med Hensyn til den mere theoretiske Begrundelse for den her gjældende Ordning overdrives den Rolle, som den objektive Ret spiller. Det samme gjælder ikke mindre, hvor Theorien skal træffe en praktisk Afgjørelse med Hensyn til de enkelte Forudsætningers Betydning. Her skal

¹⁾ jfr. navnlig S. 56 ff., se ogsaa S. 78–79, hvor Hensynet til Kontraktsfriheden betegnes som et »sekundært« Hensyn.

det efter Ernst Møller's Lære udelukkende komme an paa de Regler, som den objektive Ret opstiller. Men herved ligger det Spørgsmaal nær: Hvor findes disse objektive Regler? Indeholder overhovedet den objektive Ret saadanne? — Til en vis Grad lade saadanne sig nu vel paavise, nemlig forsaavidt angaar hele den gennem naturalia negotii ved de enkelte Retshandeler fastsatte Ordning. Men med Hensyn til denne er der forsaavidt ingen synderlig Tvist mellem den subjektivistiske og objektivistiske Theori. Ogsaa Windscheid udvikler i sin Pandektret de derom gjældende Regler, uden paa noget Sted at kræve positiv Tilknytning for dem i Parternes Vilje.¹⁾ Men, som flere Gange tidligere fremhævet, denne Ordning omfatter kun en begrænset Kreds af Parternes Forudsætninger, og der kan endvidere blive Spørgsmaal, om ikke in concreto en Vilje til at gjøre Modifikation i denne normale Ordning er kommet til Udtryk. Naar man da til Afgjørelsen heraf stadig vil henvise til »objektive Retsregler«, bygger man derved paa noget, der i Virkeligheden slet ikke eksisterer, Tilfældenes individuelt varierede Karakter udelukkede jo netop Muligheden for at opstille saadanne.²⁾ Den objektive »Retsregel«, som menes at have, vil da ofte ved nærmere Undersøgelse vise sig kun at være et Udtryk for, hvad den subjektive Retsfølelse hos den, der skal bedømme det, tilsiger ham som den rigtige Afgjørelse af det enkelte Tilfælde. Indeholdt saaledes Subjektivismen en Fare for at fortabe sig i ørkesløse psykologiske Betragtninger, vil et ensidigt objektivt Synspunkt paa den anden Side let føre til ikke mindre farlige naturretlige Spekulationer over, hvad der i det enkelte Tilfælde bør være Ret. Disse kunne alene undgaas ved at fastholde, at de objektive Regler, der her kan være Tale om, ikke ere Retsregler, men kun praktiske Erfaringsregler. Som saadanne kunne de vel vejlede os ved Afgjørelsen, men ikke i sig selv være enebestemmende for Resultatet. Dette lader sig kun fastsætte efter en i Henhold til disse Erfaringsregler sket nøje Prøvelse af alle den enkelte Retshandels Elementer.³⁾

¹⁾ Lign. ogsaa Jul. Lassen i Tidsskr. f. Retsv. 8. Aarg. S. 294.

²⁾ Jul. Lassen gaar derfor, l. c. S. 298, vistnok paa dette Punkt for vidt i sine Koncessioner til Møller, naar han indrømmer Muligheden af, at Fortegnelsen over disse objektive Hensyn kan blive »fuldstændig«.

³⁾ Derfor passer heller ikke den Analogi, som Ernst Møller S. 275 Note 32 opstiller med det af Jhøring i hans »Besitzwille« S. 146—147 anførte Forhold. Dette har Hensyn til den politiske Stemmeret. Lov-

En saadan Fortolkning kan altsaa heller ikke den objektivistiske Lære unddrage sig. Naar Subjektivismen imidlertid vil rette denne Interpretation paa at finde Parternes Vilje, er denne Formulering ganske vist ikke heldig, forsaavidt det som tidligere berørt maa erkjendes, og ogsaa af Lærens Tilhængere i Almindelighed indrømmes, at Parterne ofte med Hensyn til de Punkter, der her er Tale om, ikke have haft nogen Vilje,

giverens Hensigt ved Opstillingen af Betingelserne for denne er jo at sikre sig, at Vælgeren har et vist Maal af politisk Indsigt. Men da denne ikke lader sig konstatere og maale direkte, gaar Loven indirekte til Værks ved at opstille en Række ydre Betingelser, som Census, Samfundsstilling, Examinering o. s. v., der i Almindelighed ville yde Garantien for, at den forønskede politiske Indsigt virkelig er til Stede, men Valgretten tillægges da de paagjældende Personer i Henhold til disse ydre Betingelser, uden at det videre spørges, om virkelig in concreto Formodningen om de korrelate indre Kvalifikationer holder Stik. Paa samme Maade skal da Lovgiveren ved Rets-handelsmaterien af praktiske Hensyn have opstillet sine rent objektive Afgjørelsesnormer i Stedet for at spørge, om en saadan Vilje hos Parterne virkelig i det enkelte Tilfælde er til Stede.

Herved overses imidlertid den Væsensforskjel mellem de to Tilfælde, at de »objektive Retsnormer« som i begge skulle være afgjørende, i det sidste netop kun i meget begrænset Omfang (nemlig forsaavidt angaar naturalia negotii-Omraadet) virkelig eksistere. Ved Stemmeretten har Lovgiveren ganske vist opstillet en saadan rent objektiv Ordning og derved fritaget Dommeren for at tage nogetsomhelst Hensyn til de subjektive Betingelser, som det egentlig efter Lovgiverens Tanke skulde komme an paa; selv om f. Ex. en Person under den fastsatte Alder har givet nok saa klare haandgribelige Beviser paa høj politisk Indsigt, vil der dog ikke være Tale om at tillægge ham Valgretten. Men ved Retshandelen har Lovgivingen ikke fastsat og har den umulig kunnet fastsætte en lignende peremptorisk Ordning. Det vilde være ensbetydende med, at det én Gang for alle absolut var fastsat, hvilke »objektive« Momenter der skulde have Betydning ved en hvilken som helst Retshandel, saa at ethvert Spørgsmaal om at tillægge noget Moment udenfor denne objektivt anerkjendte Kreds nogen Betydning paa Forhaand var afskaaret. Men hvor fjærn en saadan Stivhed ved Fastsættelsen af de Momenter, der ved en Retshandel skulde tillægges retlig Betydning, vilde være fra de Resultater, Retfærdigheden kræver, behøver ikke nærmere Paavisning. Ved Retshandelen finder der netop en bestandig Vexelvirkning og Forskydning mellem det retlig relevante og det retlig irrelevante Sted. Momenter, der maaske i Almindelighed som skjulte i Sjælelivets Dyb unddrage sig den retlige Betragtning, kunne under særlige Omstændigheder komme op til Overfladen og derved gøre Krav paa Hensyntagen fra Rettens Side. Hvis denne da uden videre vil vise sig døv overfor en saadan Kalden, ville de misligste Konsekvenser for Retfærdighedens Sag kunne blive Følgen.

idet de overhovedet slet ikke have tænkt paa dem. For at undgaa de Misforstaaelser, hvortil dette kunde lede, er det bedre at rette Fortolkningens Opgave angaaende de af Parterne ikke forudsatte Tilfælde derpaa, at fastsætte den Ordning med Hensyn til disse, der passer bedst ind i den Bestemmelse af Parternes gjensidige Interesseforhold, som har fundet Udtryk i deres Retshandel. Naar man da fastholder ogsaa denne supplerende Virksomheds Karakter af en Fortolkning, er Tanken herved den samme, som naar man tillægger en lignende Virksomhed med Hensyn til et ufuldstændigt Lovstykke dette Navn. I begge Tilfælde drejer det sig om at indføje det nye Stykke i størst mulig Harmoni med det alt foreliggende, at foretage Suppleringen saa vidt muligt i dettes Aand. Kun ved saaledes at gjøre sig til en Tjener af Partsviljen, som den har fundet Udtryk i Retshandelen, vil Dommeren kunne naa til et retfærdigt Resultat, medens ellers Parternes individuelle Interesser let vilde udsættes for at blive ofrede paa de »objektive Hensyns« Alter.¹⁾

Naar man saaledes paa den ene Side bortskærer de Ud væxter af Subjektivismen, som den ialtfald i sin sædvanlige Formulering kunde give Anledning til, og paa den anden Side fastholder, at heller ikke Objektivismen vil kunne undgaa at lade Enderesultatet bestemmes ved en konkret Fortolkning af den enkelte Retshandel, ville i Virkeligheden de to Opfattelser efter deres praktiske Resultater næppe komme til at afvige saa meget fra hinanden. Men tilbage bliver dog altid en Forskjel i Tendens. Objektivismen begynder med, hvad den kalder den objektive Retsorden, og først efter at have konstrueret sig et Komplex af Regler fra den giver den sig til Fortolkning af Retshandelen, hvis individuelle Momenter da let kunne risikere at blive satte til Side eller dog ikke til lagte tilstrækkelig Vægt. For den subjektivistiske Lære er derimod Retshandelen med alle dens konkrete Elementer ikke blot Endemaalet, men ogsaa Udgangspunktet for alle dens Undersøgelser. Den lader sig ved disse vel til en vis Grad vejlede ved visse Erfaringsregler. Men dens bestandige Stræben er at komme det in concreto retfærdigste Resultat saa nær som muligt.²⁾ Det er netop dette reale Maal, som gjør, at

¹⁾ jfr. ovenfor S. 63.

²⁾ Subjektivismens Betydning i denne Henseende anerkjendes da ogsaa selv af dens Modstandere, saaledes af Ernst Møller l. c. S. 294.

Subjektivismen bestandig med saadan Iver og Energi fastholdes i den engelske Retsudøvelse,¹⁾ som næppe nogen vilde falde paa at beskyldte for kun at gjøre det af blind Kjærlighed til et skjønt theoretisk Dogme. Men den Maade, hvorpaa Theorien dér gennemføres ved de enkelte Retsafgjørelser, viser netop, for hvor mange »objektive« Hensyn den i sig selv aabner Plads.

Saaledes kommer da Valget mellem den subjektivistiske og objektivistiske Lære til at afhænge af den Stilling, man paa dette Punkt vil indtage til det gamle Grundproblem i Retten, om Retfærdighed i Enkeltafgjørelsen eller Sikkerhed i den almindelige Retsudøvelse er at foretrække. Paa dette intrikate Problem kan der ikke her nærmere gaas ind.²⁾ Men Forf. har dog allerede tidligere i en Anmeldelse af Bentzon's i Noten citerede Skrift søgt at opponere lidt mod den prædominerende Stilling, som Sikkerhedsprincippet undertiden i Nutidens Retsvidenskab synes at indtage, uagtet det maatte indrømmes, at netop i Vis major-Læren maaske særlige Hensyn kunde gjøre sig gjældende for at tillægge det en noget videre Gyldighed.³⁾ Den Sikkerhed og Lethed, som derigjennem skal vindes, og som unægtelig ikke kan frakjendes sin Betydning, vil ofte vise sig at være kjøbt med altfor store Ofre af konkret Retfærdighed.⁴⁾ At komme den materielle Retfærdighed saa nær som muligt maa dog altid blive Retsordenens Maal. Kun Ufuldkommenheden af de Midler, den raader over, vil kunne tvinge den til at slaa af paa dette Ideal, men dette maa stedse siges at betegne en, om end til en vis Grad nødvendig, Resignation fra Rettens Side, som der maa anføres særlige Grunde for. Af Retsordenens nødvendige Begrænsning følger nu sikkert, at den ikke kan tage Hensyn til en indre Vilje hos Parterne, som ikke har fundet noget ydre objektivt Udtryk. Men det gjør jo heller ikke Subjektivismen. Ogsaa den bygger kun sin Afgjørelse paa virkelig foreliggende Viljesudtryk fra Parterne fortolkede under Hensyntagen til almindelige Erfaringsregler. Den adskiller sig for saa vidt nærmest kun fra Objektivismen ved det større Raaderum, den giver

¹⁾ jfr. herom nærmere under det engelske Afsnit § 28.

²⁾ jfr. derom nærmere Bentzon: Vis major S. 16 ff., og Torp i U. f. R. 1891. S. 257 ff.

³⁾ U. f. R. 1892. S. 433 ff., navnlig S. 437 og 450.

⁴⁾ jfr. Ernst Møller i U. f. R. 1891. S. 337—338.

Dommerens Skjøn til Fastsættelsen af det konkrete Resultat paa Grundlag af det saaledes foreliggende Materiale. Hvor vidt man nu i saa Henseende bør gaa, vil meget afhænge af, hvad den forskjellige Tidsopfattelse i Henhold til hele den foreliggende Retstilstand maatte tilsige. Men i saa Henseende kan det næppe nægtes, at Tendensen i Nutiden netop gaar i Retning af at tillægge Dommerens frie Judicium en større Betydning for den retlige Afgjørelse, og at det altsaa vilde stemme ganske godt hermed heller ikke i denne Relation at lægge for hæmmende Baand paa hans skjønnende Virksomhed. Man tør vistnok endogsaa paastaa, at der ikke er nogen Del af Civilrettens Omraade, hvor for stærke Begrænsninger i denne Henseende vil kunne føre til saa haard, konkret Uretfærdighed, som netop i Retshandelsmaterien.

§ 8.

Causa'ens Negation.

Synspunkterne herfor ville allerede tildels være fremgaaede af det i de foregaaende Paragrafer udviklede om Causa'ens positive Funktion. Ved dog her at betragte Sagen fra den modsatte Side ville vi kunne vinde nogle supplerende Bidrag til den tidligere Undersøgelse. Navnlig skulle de endnu i moderne fransk Ret¹⁾ anvendte Begreber »sine causa« (eller »nulla causa«), »falsa causa«, samt causa »turpis« eller »iniusta« gjøres til Gjenstand for nogle Betragtninger.

I. »Sine causa« eller »nulla causa«. — Disse Udtryk findes undertiden i Kilderne brugte til ganske generelt at betegne, at der i Retsordenens Øjne mangler tilstrækkelig Grund til at respektere en vis Kjendsgæring²⁾, hvad enten nu Aarsagen hertil maa søges i bindende offentligretlige Hensyn, eller den ligger i en Hensyntagen til, hvad der maa anses for de agerende Parters egen Vilje, jfr. saaledes Overskriften til C. 4. 9 og, ihvertfald efter dens umiddelbare Ordlyd, l. 66 D. 12. 6.

a. a. Det første gjælder, hvor en Formuegjenstand ved

¹⁾ Code civil art. 1131: »sans cause«, »fausse cause«, »cause illicite«.

²⁾ jfr. Windscheid's »rechtfertigender Grund«: Voraussetzung S. 52 ff.

en »non concessa donatio«, ved et furtum eller en anden af Retsordenen forbudt Akt er tilført en anden. Her hjemles der, saa længe Tingen endnu eksisterer, Vindikation, og efter dens Undergang en *condictio »sine causa«*, l. 5 § 18, l. 6 D. 24. 1, l. 30 pr. D. 19. 1, l. 3 C. 4. 9. Det er forøvrigt klart, at man i disse Tilfælde lige saa vel kan sige, at Formuefordelen besiddes »*ex iniusta causa*«, og af denne Udtryksmaade betjene sig da ogsaa flere Kildesteder enten udelukkende, l. 25 D. 25. 2, eller alternativt med »*sine causa*«, som l. 6 D. 24. 1 og l. 3 C. 4. 9 smh. med Overskriften.

β. Til en vis Grad beslægtet hermed er det Tilfælde, hvor der vel ikke foreligger noget, der ligefrem kan betegnes som Brud paa Retsordenen, men det foretagne dog ikke fyldestgør de Fordringer, som Lovgivningen opstiller for at knytte Retsvirkninger dertil. Ogsaa i dette Tilfælde mangler den foreliggende Akt de nødvendige Momenter for at kunne konstitueres som »Retsgrund«. Hovedexemplet herpaa er det tidligere berørte Forhold, hvor der foreligger et formløst *pactum*, der hverken lader sig henføre under nogen af de af Retsordenen anerkjendte og benævnte Kontraktskategorier, eller som knyttet til en foregaaende Realpræstation faar tillagt Virkning. Da et *Pactum*, der fyldestgør en af disse Fordringer, maa siges at konstituere en gyldig *Causa* i Betydning af Retsgrund, kan det ogsaa i det omvendte Tilfælde siges at *causa* er »*nulla*«, hvad enten Grunden er, at *Pactet* ikke lader sig henføre under et bestemt Kontraktsnavn, eller at ingen Realydelse har fundet Sted. Da imidlertid kun ved de ubenævnte Realkontrakter den af Loven opstillede Fordring træder frem som et fra *Pactet* adskilt Moment, medens ved de benævnte Kontrakter selve *Partsaftalen* og den Kontraktsform, hvis Navn den bærer, sammensmeltes til en uopløselig Enhed, er det naturligt, at Juristernes Opmærksomhed særlig har samlet sig om det reale Moment, der forlener de ubenævnte Kontrakter med Retsordenens Anerkjendelse, og derfor ogsaa alene betegnet dette som »*causa*« og dets Manglen som »*nulla causa subest*«. Dette er da netop Tilfældet i den allerede paa et tidligere Sted omtalte l. 7 §§ 2, 4 D. 2. 14.¹⁾ I beslægtet Betydning anvendes »*iusta causa*« og »*sine causa*« i l. 1 §§ 1, 2 D. 50. 12, idet ogsaa her ved disse Udtryk haves Hensyn til det ejendommelige Vederlagsmoment, der af Retsordenen kræves

¹⁾ se ovenfor S. 23 ff.

for at tillægge det der omhandlede (Pollicitations-) Løfte retlig bindende Kraft.

b. »Sine causa« eller »nulla causa« forekommer imidlertid i Kilderne endnu hyppigere anvendt til at udtrykke et andet Forhold. Det bruges nemlig om en Kjendsgærning, der i sig selv fuldt opfylder Retsordenens Fordringer for at faa tillagt Retsvirkning, men som det, paa Grund af at Parternes Vederlagsforudsætning eller andre efter Omstændighederne retlig afgjørende Forudsætninger ikke have holdt Stik, anses for stemmende med »bonum et aequum« at give Midler til at anfægte. Denne »condictio sine causa« finder da Sted, hvad enten den for Dispositionen afgjørende causa aldrig har foreligget (»ab initio sine causa«), eller den senere er ophørt (»causa finita«)¹⁾, eller den endelig ikke som forventet senere er indtraadt (»c. non secuta«), D. 12. 7, særlig l. 1 § 2, jfr. l. 2 § 3 D. 44. 4. Paa disse Conditionstilfælde vil der imidlertid efter det tidligere berørte her ikke være Anledning til nærmere at gaa ind.

II. »Falsa causa«. — Tidligere²⁾ er berørt, hvorledes hermed i Kilderne ikke sjældent betegnes det Forhold, at man ved sin Disposition er gaaet ud fra visse urigtige Forestillinger angaaende et eller andet Punkt, hvilke der dog ikke tillægges tilstrækkelig Betydning til at medføre Dispositionens Ugyldighed. Paa denne Maade forekommer det f. Ex. i l. 72 § 6 D. 35. 1, hvor det siges, »falsam causam legato non obesse«, og l. 52 D. 12. 6, hvorefter det, der er givet ob causam præteritam, »etiamsi falsa causa sit«, ikke kan søges tilbage.

Her interesserer Begrebet causa os imidlertid kun, for saa vidt der tillægges det retlig Betydning. I Forbindelsen med »falsa« bruges det da til at betegne en urigtig Forudsætning angaaende et formentlig allerede ved Transaktionens Foretagelse eksisterende Moment, der har bestemt Parten til at inklade sig paa denne. Derved, at her det afgjørende Moment antages liggende i Fortiden, adskiller »ex falsa causa« sig fra »ob causam«, hvor den urigtige Forudsætning refererer sig til Fremtiden, l. 23 pr., § 3 D. 12. 6. Forøvrigt maa deres Anvendelsesomraade være det samme, og altsaa ogsaa »falsa causa« kunne have Hensyn til enhver efter Omstændighederne retlig af-

¹⁾ I dette Tilfælde siges den derved hidførte Berigelse ofte at være »quasi sine causa«, l. 2 D. 12. 7, eller »iam sine causa«, l. 11 § 6 D. 19. 1.

²⁾ ovenfor S. 11 ff.

gjørende Forudsætning. Men i Overensstemmelse med Ordet *causa's* mere tekniske Betydning knytter ogsaa Begrebet »falsa causa« sig specielt til den retlige Forudsætning par excellence, nemlig den, der har Hensyn til Vederlaget. Karakteren af Vederlag for noget, der allerede formenes at være indtraadt, vil nu en Præstation kun kunne antage derigjennem, at den sker til Opfyldelse af en formentlig ved disse tidligere Kjendsgæringer begrundet Forpligtelse. »Falsa causa« vil altsaa her sige saa meget som en urigtig Formening om en bestaaende Skyld, og vi finde da ogsaa stadig i Kilderne Udtryksmaaden »ex falsa causa dare« anvendt iflæng med »falso se debere credens solvere« el. lign. for at betegne Grundlaget for *condictio indebiti*, jfr. saaledes l. 23 pr. D. 12. 6, l. 13 § 1 D. 5. 3, l. 26 §§ 2, 10, l. 19 § 1 D. 12. 6 og fl. andre. Medens der heller ikke kan være Tale om at gjøre denne *Condictio* til Gjenstand for en indgaaende Undersøgelse skulle dog de meget bestridte Spørgsmaal om dens kontraktsmæssige Karakter og det dermed i en vis Sammenhæng staaende, hvilke Grunde der er bestemmende for dens Anerkjendelse eller Udelukkelse, her kort behandles.

Det lader sig nu næppe nægte, at Kontraktssynspunktet har spillet en vis Rolle ved Romernes Ordning af dette Forhold¹⁾. Forudsætningen for *condictio indebiti* maa nemlig antages at være, at Præstationen saa vel er ydet som modtaget som Betaling, og allerede heri ligger jo en Art gjensidig Overenskomst skjult. Det er netop dette, der sikkert haves for Øje, naar det i l. 33 D. 12. 6 siges: »qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit«, og Stedet derfor udelukker *Conditionen* i Tilfælde, hvor »nullum negotium contraheretur« mellem Parterne. Ved denne Overenskomst bestaar Vederlagsforudsætningen i Frigjørelse for en formentlig bestaaende Skyld. Hertil knytter da Retsordenen paa lignende Maade som ved andre Kontrakter et Indbegreb af *naturalia negotii*, indeholdende en nærmere retlig Fixering af Parternes faktiske Forudsætning i denne Retning. Saaledes bestemmes det i Romerretten, at en retskraftig Forpligtelse ikke i saa Henseende skal anses fornøden, men en *obligatio naturalis*,²⁾ eller endog en blot »*pietatis causa*«³⁾ begrundet Pligt skal være tilstrækkelig, og at en ikke forfalden Skyld, hvis For-

¹⁾ jfr. Pernice: *Labeo* III. S. 238 ff.

²⁾ l. 64 D. 12. 6.

³⁾ l. 32 § 2 D. 12. 6.

faldstid dog er sikker, er nok til at udelukke Conditionen.¹⁾ Særlige Afgjørelser findes videre i Kilderne for de Tilfælde, at enten mindre end det, der skyldtes, er erlagt²⁾, eller omvendt solutio eller datio in solutum af mere end det virkelig skyldte har fundet Sted³⁾, eller hvor en alternativ Forpligtelse maatte være blevet opfyldt kumulativt⁴⁾, og lign. Kombinationer.

Er imidlertid Causa'en i dens retlige Skikkelse totalt bristet, idet der ikke i Rettens Øjne foreligger nogensomhelst Forpligtelse, som Dispositionen kunde tjene som Fyldestgjørelse af, maatte Overenskomsten efter almindelige Regler tabe sin Virkning, og Konsekvensen af det rene Kontraktssynspunkt maatte derfor blive at tilstede *condictio indebiti* i ethvert Tilfælde, hvor der oplystes slet ingen Skyldforpligtelse at have bestaaet.

Her griber imidlertid et nyt Synspunkt ind, der til en vis Grad modificerer disse Konsekvenser. Betalingen indeholder ikke blot en Overenskomst, den betegner tillige et afgjørende økonomisk Skridt. Herved er en ny formueretlig Situation etableret, saa at det nu er Modtageren, der har den bestaaende Tilstands Fordel for sig, og Condicenten, der maa have Rettens Hjælp for igjen at faa denne omstødt. Og før denne Bistand ydes, kan der da være god Grund for Retsordenen til at se sig vel for og nøje prøve, om han virkelig fortjener en saadan Assistance.

Det paastaas af Condicenten, at der i Virkeligheden ingen Skyld bestod. Men en løs Paastand i saa Henseende kan umulig være tilstrækkelig. Da fornuftige Folk ikke pleje at betale ikke eksisterende Gjældsforpligtelser, og endvidere han selv i Almindelighed maa antages at have den nærmeste Adgang til Kundskab om, hvorledes Sagen forholder sig, vækkes der ved selve hans Betaling en stærk Formodning for Skyldens virkelige Existens, saa at det maa paahvile ham, naar han bagefter vil paastaa det modsatte, at føre fuldt Bevis for sit Anbringende. Dette siges ogsaa klart i l. 25 pr. D. 22. 3.

Er dette imidlertid godtgjort, opstaar der et nyt Spørgsmaal. Hvorfor har han da »betalt«, skjønt ingen Forpligtelse existerede?⁵⁾ Der er her i Almindelighed kun to Muligheder:

¹⁾ l. 10, l. 18 D. 12. 6. ²⁾ l. 63 D. 12. 6. ³⁾ l. 26 §§ 4–6 D. 12. 6.

⁴⁾ l. 10 C. 4. 5., l. 32 pr. D. 12. 6, jfr. for en særlig Kombination l. 26 § 13 D. 12. 6.

⁵⁾ Pernice l. c. S. 243–244.

Enten har Forudsætningen om en bestaaende Pligt i Virkeligheden ikke været af afgjørende Betydning for ham, og altsaa Bemærkningen om, at det er sket »solutionis causa«, kun været en »falsa demonstratio«, i hvilket Tilfælde Beviset for Skyldens Ikke-Existens selvfølgelig ikke kan være tilstrækkeligt som Conditiongrundlag. Eller ogsaa maa Forklaringen søges i, at han selv fejlagtig har ment at skyldes, har svævet i en »error« i saa Henseende.

Herigjennem føres altsaa Retsordenen til at opstille en »error« som Betingelse for at gjøre Conditionen gjældende. Der vil dog i Almindelighed ikke blive Spørgsmaal om at kræve noget særligt positivt Bevis herfor ved Siden af Beviset for Skyldens Ikke-Existens. Da Formodningen nemlig sædvanlig maa være for, at Parternes retlige Erklæringer ere alvorlig mente, maa man ogsaa, saa længe ikke særlige Omstændigheder tale for det modsatte, gaa ud fra, at en Transaktion, der selv angiver sig at være sket til Betaling af en bestaaende Skyld, ogsaa virkelig har haft en saadans Existens til afgjørende Forudsætning, hvorfor selve den Omstændighed, at den oplyses dog ikke at have existeret, maa siges at vække Sandsynlighed for, at den betalende har næret en Vildfarelse i saa Henseende.¹⁾

Romerretten gaar imidlertid endnu et Skridt videre, den forlanger ikke blot en error, men ogsaa, at denne har været »probabilis«, undskyldelig. Hertil har den vistnok været bestemt ved forskjellige Hensyn. Først har sikkert en noget afledet Betragtning haft Betydning, den Tanke nemlig, at en Vildfarelse overhovedet i Almindelighed ikke let kan troes virkelig at have foreligget, medmindre der lader sig oplyse Momenter, der kunne undskylde og derigjennem forklare den²⁾.

Men ogsaa et andet mere selvstændigt Hensyn maa antages at have været medbestemmende. Ved Betalingen er, som lige berørt, etableret en ny bestaaende Tilstand, som Retsordenen ikke uden særlig Grund rækker Haand til at anfægte. Ogsaa Modtageren, for hvem denne Anfægtelsesret vil kunne medføre betydelige Ulemper, fortjener jo Hensyn-

¹⁾ Saaledes C. Reinhold: Die Lehre von dem Klaggrunde etc. 1888. S. 113 ff., Windscheid: Pandekten II. 7. Aufl. S. 555, tildels ogsaa Bähr: l. c. S. 84.

²⁾ jfr. den Dobbelttydighed i selve Ordet »probabilis«, hvorpaa Bähr l. c. S. 75 (55) Note 3 gjør opmærksom, og som ogsaa Aagesen i sin Romerske Privatret II. S. 356 berører.

tagen, og disse Ulemper mener man ikke at kunne gjøre ham til Gjenstand for, med mindre et stærkt overvejende Hensyn taler for den anden Part. Men det er ifølge den romerske Opfattelse kun mod Følgerne af deres undskyldelige Handlinger, at myndige Personer fortjene Beskyttelse, »nec stultis solere succurri, sed errantibus«, l. 9 § 5 i. f. D. 22. 6.

Den faktisk bevisende Betydning, som Betalingsakten ifølge selve sin Natur udøver, i Forbindelse med det rent negative, Retsordenens Anvendelse af Inertiens Grundsætning ¹⁾ paa dette Punkt, maa herefter vistnok siges at indeholde tilstrækkelig Forklaring af de Begrænsninger, som den romerske Ret opstiller for Udøvelsen af *condictio indebiti*.

Der er derfor næppe nogen Grund til med Bähr²⁾ at tage sin Tilflugt til en særlig, ikke blot bevisende, men ogsaa umiddelbart retlig forbindende Anerkjendelse³⁾, som skulde være indeholdt i Betalingen, og de romerske Kilder kunne i det hele ikke siges at give nogen Støtte for en saadan Opfattelse.

Bähr finder et vægtigt Argument i l. 29 D. 12. 6, der bestemmer, at umyndige altid frit skulle kunne udøve *Conditionem*, idet Grunden hertil formenes at være den Mangel paa retlig Dispositionsmyndighed, der findes hos disse Personer, og som ogsaa naturligt maa forhindre dem fra at foretage en dispositiv Anerkjendelse af en Skyld. Hertil maa imidlertid bemærkes, at Forklaringen lige saa vel kan søges deri, at den faktiske Formodning, der i Almindelighed maa siges at være for, at Folk ikke betaler Gjæld, som i Virkeligheden ikke eksisterer, af Lovgiveren ikke menes at kunne finde Anvendelse paa umyndige Personer, der overhovedet i deres formueretlige Forhold pleje at bære sig ufornuftigt ad og netop derfor gjøres til Gjenstand for særlig Beskyttelse. At dette har været Synspunktet, synes ret bestemt at fremgaa af l. 25 D. 22. 3. (Paulus). Selv om dennes § 1, forsaavidt den foruden umyndige undtager enhver anden Person, der kan siges at være »*forensium rerum experts vel alias simplicitate gaudens et desidia deditus*«, med Bähr anses for interpoleret, maa dog allerede Stedets principium, der ogsaa af ham anses for ægte,

¹⁾ jfr. »Konservatismens« Princip hos Ernst Møller l. c. S. 215 ff.

²⁾ l. c. S. 78 ff.

³⁾ Om denne saakaldte »ægte« Anerkjendelse vil blive handlet nærmere paa et senere Sted.

siges at indeholde et klart Udtryk for dette faktiske Præsumptionssynspunkt. Hovedreglen begrundes nemlig her saaledes: »praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse«. Naar umiddelbart derpaa pupillus undtages, synes dette ifølge Sammenhængen kun at kunne være, fordi denne faktiske Formodning ikke formenes at passe paa ham, men at Hensynet til hans Mangel paa retlig Handleevne derved skulde have spillet nogen særlig Rolle, indeholdes der ikke mindste Antydning af.

Heller ikke kunne de Kildesteder, hvori Bähr mener at finde en direkte Hjemmel for sin Opfattelse af Betalingen som indeholdende en retlig Dispositionsakt fra den betalendes Side, erkjendes for afgjørende. Det siges vel enkelte Steder om den, der vidende betaler en Ikke-Skyld, at han »donare videtur« el. lign. Men ved nærmere Betragtning vil det vise sig, at de ved deres Karakter udelukke fra at drage almindelige Slutninger til Betalingens Væsen i det hele.

Udtalelsen i l. 82 D. 50. 17 og l. 29 pr. D. 39. 5: »Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur« er saa ubestemt holdt, at den overhovedet ikke lader sig forstaa uden Begrænsning, og navnlig er det ikke let at se, hvilke Konsekvenser man fra den skal kunne drage til *condictio indebiti*, som den efter sit Indhold slet ikke refererer sig til.

Mere direkte Relation til Spørgsmaalet har unægtelig l. 53 D. 50. 17: »Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est«. Ogsaa denne hører imidlertid til de generelle Ytringer hos de romerske Jurister, som man skal være forsigtig med at slutte for meget fra. Desuden maa det vel mærkes, at dens sidste Passus ingenlunde taler om enhver Given med Viden om, at han maaske egentlig ikke behøvede det, men kun om det »consulto« \varnothing : med Overlæg givne. Der ligger derfor næppe mere i Udtalelsen, end at den, der med Overlæg beslutter sig til at give, skjønt han var klar over, at han ikke behøvede det (og uden paa anden Maade at betinge sin Præstation af Vederlagsforudsætninger), maa anses for at foretage en *donatio*.

Denne Forstaaelse bekræftes ved at betragte de Enkelt-afgørelser, hvor Kilderne betjene sig af Donationssynspunktet

for at begrunde Conditionens Udelukkelse ved foreliggende scientia hos den ydende om Skyldens Ikke-Existens. De have ingenlunde Hensyn til ethvert Tilfælde, hvor der i og for sig kan siges at foreligge Viden om, at Skylden egentlig ikke eksisterer. Kun, hvor der foreligger ikke blot en theoretisk Viden i saa Henseende, men en Kundskab af en saadan praktisk Karakter, at han trygt kan lade være at betale, idet han føler sig sikker paa at være istand til at værges sig mod ethvert Forsøg fra Kreditors Side paa at gjøre Kravet gjældende, tillægges der hans Ydelse donatorisk Karakter. Saaledes taler l. 47 D. 38. 1 kun om det Tilfælde, hvor nogen lover noget, skjønt han vidste, »posse se id recusare« (altsaa ikke blot, at han maaske egentlig theoretisk ikke skyldte, skjønt han manglede Midlerne til at gjøre dette gjældende), og l. 12 D. 46. 2 handler alene om den, der »doli mali exceptione tueri se posse sciebat«, og endelig maa ogsaa den i l. 7 § 2 D. 41. 4 omhandlede Indsigelse (»peculium manumisso concessum non esse«) siges at være en saadan, om hvis Existens saavel som Effektivitet der ikke let vil kunne opstaa Tvivl. Naar saaledes en Person giver Afkald paa en ham klart tilkommende Indsigelsesret, vil han derved i Virkeligheden kunne siges at foretage en retlig Disposition, som der, hvor et Vederlag for den ikke kan oplyses, med Rette tillægges en vis donatorisk Natur.

Tilbage bliver imidlertid en Række af Tilfælde, hvor Sagen staar anderledes. Der er for det første det, hvor der hos den ydende vel maa antages at have foreligget en vis Viden om, at Skylden i Virkeligheden ikke eksisterede, men denne dog kun er af en saadan Karakter, at han har mistvivlet om at kunne faa den bragt til praktisk Gyldighed, eller det Tilfælde, hvor han maaske selv har nærret Tvivl om, hvorvidt Forpligtelsen paa hvilede ham eller ikke. Hertil slutte sig de Tilfælde, hvor han maa antages at have været i positiv Vildfarelse desangaaende, uden at dennes undskyldelige Karakter har kunnet gjøres sandsynlig, og endelig den mest omfattende Klasse, hvor Conditionen udelukkes af den rent negative Grund, at det ikke er lykkedes Condicenten at godtgjøre en »error probabilis«.

I disse sidste to Klasser af Tilfælde tale Kilderne intet Sted om en donatorisk eller anden retlig Disposition som Grundlag for Conditionens Udelukkelse, og det ses da ogsaa let, at en saadan her vilde bero paa en ren Fiktion. I de første Tilfælde, hvor den ydende har været i Tvivl med Hensyn til sin Pligt eller de ham til Raadighed staaende Midler til at

værge sig derimod, vil Betalingen vel kunne blive Led i en bindende retlig Transaktion, nemlig hvor den særlig oplyses at være foretaget »transactionis nomine«, l. 65 § 1 D. 12. 6. Men at Betalingen i sig selv altid skulde antages at indeholde en saadan, lader der sig ikke anføre nogen Kildeudtalelse for. Tvertimod maa vistnok en Antydning i modsat Retning siges at ligge i den justinianske Bestemmelse i l. 11 C. 4. 5. Her fastsættes det nemlig, at en blot Tvivl med Hensyn til Kravet skal være tilstrækkelig til Udøvelsen af *condictio indebiti*. Og det er ikke let at forstaa, hvorledes man skulde være faldet paa at træffe en saadan Afgjørelse, hvis Synspunktet var det, at den ydende i og for sig var retlig bundet ved den i hans Betaling liggende Anerkjendelse, jfr. ogsaa netop i modsat Retning Ordene: »*praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur*«. Derimod forklares dette meget let, naar Lovgiverens Udgangspunkt er Inertiens Grundsætning, idet det da maa afhænge af hans eget Skjøn til enhver Tid, i hvilket Omfang han vil fravige dette Standpunkt.

Den praktiske Betydning af saaledes at nægte Betalingen den almindelige Karakter af en ægte Anerkjendelse angaaende den forudsatte Skyld vil dels være af direkte, dels af mere indirekte Art. I første Retning maa særlig fremhæves, at derved den Fare afværges, som kunde ligge nær, naar man i hver Betaling ser en retlig Disposition med Hensyn til Skylden fra den ydendes Side, til i alle Tilfælde, hvor paa den ene Side *condictio indebiti* er udelukket, da det ikke er lykkedes at godtgjøre en *error probabilis*, medens paa den anden Side heller ikke den virkelige Existens af en Skyld sikkert er godtgjort, eller noget andet Vederlag er oplyst for Ydelsen, at betragte den som en Art Gave og undergive Forholdet de mindre gunstige Regler, der gjælde for en saadan. Dette vil efter det udviklede kun kunne forsvares, hvor virkelig Ydelsens donatoriske Karakter klart fremgaar af Omstændighederne.

Middelbart vil Betydningen af den her mod Bähr's Lære fremsatte Kritik være den paa Forhaand at have rokket ved Grundlaget for de Analogier, som Bähr drager fra Betalingen til Stipulationens Virkning som ægte Anerkjendelse. Fra denne Side ville vi paa et senere Sted¹⁾ igjen komme ind paa Spørgsmaalet.

¹⁾ nedenfor § 13 c.

Turpis vel iniusta causa.

Hvad der i den positive romerske Ret efter dets Indhold blev anset for turpe eller iniustum, skal her ikke nærmere undersøges. For en Del beroede dette ogsaa paa særlige historiske Forhold hos Romerne og maa derfor siges at være uden synderlig Betydning for Nutidens Ret. Det i Forbindelse hermed staaende Spørgsmaal om Sondringen mellem det egentlige »turpe« og det blotte »iniustum« vil der derfor heller ikke være Grund til at gaa nærmere ind paa.

En særlig Karakter af Usædeligheden eller Retsstridigheden krævedes der, for at der kunde opstaa en *condictio* til at faa en allerede sket Ydelse tilbage, ikke blot en *exceptio* mod et Løfte om at erlægge noget, jfr. f. Ex. l. 8 D. 12. 5. Hovedreglen herom var, at der til en saadan *condictio* krævedes, at *causa* blot for *accipiens* maatte være turpis, ikke enten alene for dans¹⁾, eller for begge. Dog er der selv under den sidste Forudsætning tilstedt *Condictio* i et Tilfælde som det i l. 5 § 1 jfr. pr. D. 12. 7 omhandlede, hvor slet ingen Realisation af det usædelige Formaal har fundet Sted²⁾. Men heller ikke med dette Spørgsmaal ville vi mere indgaaende beskæftige os paa dette Sted, hvor *causa obligationis* danner Fremstillingens Hovedgjenstand.

Spørgsmaalet bliver her: Forudsat at en obligatorisk Rets-handel paa et eller andet Punkt er behæftet med et usædeligt eller ulovligt Moment, hvornaar kan dette da siges at bevirke, at dens *causa* faar denne Karakter? At Besvarelsen heraf maa staa i en vis Forbindelse med det almindelige Spørgsmaal om *causa*'ens Betydning ved Retshandelen, er paa Forhaand

¹⁾ jfr. det ejendommelige Tilfælde med »meretrix« i l. 4 § 3 D. 12. 5.

²⁾ Dog har maaske ved Afgjørelsen med Hensyn til dette Tilfælde, Ydelsen af en *dos*, hvor Forbindelsen vilde være Blodskam, ogsaa den Omstændighed været medbestemmende, at Ydelsen her næppe kan siges at have haft til egentligt Formaal at fremkalde et usædeligt Forhold. *Dos*'ens Givelse kan overhovedet i Almindelighed næppe siges at ske for at fremkalde et Ægteskab, men er derimod kun et naturligt ledsagende Moment ved et Ægteskabs Indgaaelse. Naar denne altsaa, ligegyldig af hvilken Grund, ikke finder Sted, maa *dos*'en altid siges at blive »sine causa«, og at dette i det enkelte Tilfælde maatte skyldes en sædelig Umulighed, synes i saa Henseende ingen Forskjel at gjøre.

klart, men Opgaven bliver nærmere at bestemme det almindelige Synspunkt i dets Anvendelse paa dette konkrete Tilfælde.

Det videre Omraade for Begrebet *iniusta causa* end for *causa turpis* viser sig ogsaa her. I Tilknytning til den ovfr. omtalte vide Betydning af *causa* som betegnende det, der efter Retsordenens Opfattelse betragtes som Aarsag til Retsvirkningens Opstaaen, m. a. Ord de af Lovgiveren anerkjendte retstiftende Kjendsgærninger, bruges Ordene »*iniusta causa*« ogsaa til at betegne, at en saadan gyldig Kjendsgærnning i det enkelte Tilfælde mangler. F. Ex. hvad der besiddes ifølge en »*non concessa donatio*« kan saavel siges at have »*sine causa*« som »*ex iniusta causa*«, idet en ikke som *iusta* anerkjendt *causa* eller slet ingen *causa* fra Retsordenens Synspunkt kommer ud paa et, l. 6 D. 24. 1.

Ved »*turpis causa*« kan der ikke være Tale om, at der skulde være tillagt Ordet *causa* denne vide Betydning. Den retstiftende Kjendsgærnning som saadan er i sig selv hverken sædelig eller usædelig, Karakteristiken »*turpis*« maa altsaa have Hensyn til noget andet. For ikke at præjudicere noget skal foreløbig kun saa meget siges, at *Turpitudō*'en paa en eller anden Maade maa staa i Forbindelse med det Motiv- eller Formaalets forhold, der har fremkaldt Transaktionen, men Spørgsmaalet bliver da, hvorledes denne Forbindelse nærmere skal bestemmes. En Formuetransaktion vil jo saa vel som enhver anden menneskelig Viljesakt være fremkaldt ved mange Motiver og kunne være bestemt til at tjene adskillige Formaal; hvornaar kan vi da sige, at et enkelt med en usædelig Karakter har gjort sig gjældende med en saadan Styrke, at den gjør hele Retshandelens »*causa*« *turpis* og saaledes bevirker dens Ugyldighed? — Det vil ved Undersøgelsen heraf være hensigtsmæssigt at sondre imellem de Tilfælde, hvor Tanken om et allerede indtraadt usædeligt¹⁾ Forhold har været bestemmende ved Transaktionens Foretagelse, og dem, hvor den har været bestemt ved Forventningen om et fremtidigt usædeligt Forholds Indtræden. Indenfor de sidste Tilfælde maa der igjen sondres imellem, om det usædelige Formaal direkte eller indirekte²⁾ har fundet Udtryk i selve Dispositionen, eller om dette ikke kan siges at være sket.

¹⁾ eller et ulovligt; de i det følgende fremsatte Bemærkninger gjælde i lige Grad begge.

²⁾ jfr. om, hvad herved menes, strax nedenfor.

A. Retshandelen sat i Forbindelse med et fremtidigt usædeligt Formaal.

a. Dette ikke kommet til Udtryk i selve Retshandelen. — Vi forudsætte en Retshandel, paa hvilken der, som den foreligger, ikke er det mindste at sige. Baade er Pligten efter sit Indhold fuldtud uangribelig, og der er hverken noget ved det for den betingede Vederlag eller de iøvrigt tilføjede Modaliteter og Vilkaar, der paa noget Punkt kommer i Strid med Sædelighedens Fordringer. Kun Oplysninger om den Situation og de nærmere Omstændigheder, under hvilke Transaktionen er foregaaet, vise os, at den ved denne betingede Ydelse har været bestemt til at tjene et usædeligt Formaal.

Det er noget tvivlsomt, hvorledes Kilderne i saa Henseende stille sig. Visse Udtalelser synes nærmest at forudsætte, at det usædelige Formaal skal fremgaa direkte af selve Retshandelen, saaledes l. 27 § 4 D. 2. 14: »pacta, quae turpem causam continent«. Men det vilde dog sikkert være for meget heraf at slutte, at et udenfor Transaktionen liggende usædeligt Formaal altid skulde lade denne aldeles uanfægtet. Man behøver blot at tænke sig et Tilfælde som det, at en Smed har betinget sig et Vederlag for et Parti falske Nøgler, som han leverer til en notorisk Indbrudstyv. At en saadan Transaktion umulig kan anses for gyldig, er paa Forhaand indlysende, den omfattes maaske endogsaa ligefrem af de almindelig lydende Udtryk om »turpis causa« f. Ex. i l. 8 D. 12. 5 og l. 1, l. 2 C. 4. 7. Der lader sig da ogsaa paavise Enkeltafgjørelser, som indeholde ret bestemte Udtryk for den Tanke, at ogsaa et indirekte usædeligt Formaal vil kunne være tilstrækkeligt til at medføre Transaktionens Ugyldighed, saaledes l. 2 § 1 D. 44. 5 og navnlig l. 12 § 11 D. 17. 1, hvor en Klage nægtes den, der har laant en »adolescens luxoriosus« Penge til hans »meretrix«. 1) 2)

At saadanne Afgjørelser kun forekomme temmelig spredte, lader sig naturligt forklare derigjennem, at overhovedet de Til-

1) jfr. ogsaa som et noget beslægtet Forhold l. 73 § 1 D. 23. 3, hvorefter den til visse Formaal hjemlede Tilbagegivelse af dos'en under Ægteskabets Bestaaen kun kan finde Sted til en »non perditurae uxoris«: forsaavidt Hustruen virkelig kan forventes at ville anvende Pengene paa rette Maade.

2) I engelsk Ret hersker der da heller ingen Tvivl om Ugyldigheden af saadanne »indirectly immoral agreements«, Pollock: Contracts S. 287, 351 ff.

fælde, hvor et saadant udenfor Transaktionen liggende Formaals lader sig konstatere med tilstrækkelig Sikkerhed, ikke kunne siges at være synderlig praktiske. Selv om nemlig Præstationerne maaske maatte spille en vis tjenende Rolle til et saadant Formaals Opnaaelse, vil denne Medvirkning dog ofte være af saa ubetydelig og underordnet Karakter, at den næsten ikke lader sig paavise. Men navnlig maa erindres, at det ikke kan være nok, at Præstationen kan benyttes til Realisationen af et usædeligt Formaal — hviken Ting lader sig ikke paa en eller anden middelbar Maade indføje i en Aarsagsrække, der ender med et usædeligt Resultat? — men det maa kræves, at Ydelsens Erhvervelse netop er sket med dette udelukkende eller dog principale Formaal, og dette maa have været kjendeligt for den anden Part¹⁾. Særlig vil Beviset for dette sidste Punkt i Reglen frembyde store Vanskeligheder.

b. Det usædelige Formaal er kommet direkte eller indirekte til Udtryk i selve Retshandelen.

a. At dette er Tilfældet, naar selve Pligten efter sit Indhold er usædelig, er klart, men hører ikke herhen, hvor vi kun tale om Pligtens causa.

β. Ikke mindre utvivlsomt er Forholdet, naar det betingede Vederlag enten efter selve sin Natur er turpe, eller bliver det derigjennem, at det fungerer som Betaling for noget, som der efter Lovgiverens Opfattelse bestaar en ufravigelig Pligt til at foretage vederlagsfrit. Om dette Tilfælde handle omtrent alle Bestemmelserne i Kapitlerne D. 12. 5 og C. 4. 7. Forudsætningen om Vederlag, hvor et saadant er betinget, er en, der ifølge den menneskelige Erfaring altid vil være af afgjørende Betydning. Naar altsaa denne er behæftet med Usædelighed, er saa at sige Kjærnen i Forholdet ormstukket, og det er derfor naturligt at erklære hele Forholdet for ugyldigt, selv om det maaske ved Siden af dette Hovedformaal tillige har skullet tjene Sideformaal uden usædelig Karakter. Her viser sig da igjen Betydningen af det »retlige

¹⁾ Lign. Dernburg: Pandekten II. § 85 Note 7, men derimod Windscheid: Pandekten II. § 420 S. 529. — Forøvrigt er den romanistiske Literatur om dette Emne yderst sparsom, der findes saaledes næppe en eneste Monografi af Betydning derom, jfr. derimod for den engelske Ret de forskjellige Skrifter om Kontrakter: Pollock S. 352—353, Leake S. 664, Chitty S. 677—678 og dér citerede Domme, særlig »Pearce v. Brooks« (1866) L. R. 1 Ex. S. 213—221.

Formaal«: Retsformaalets Usædelighed gjør hele Transaktionen ugyldig.

Men ikke blot denne Betydning har Retsformaalet, at det, hvor det viser sig at være af usædelig Karakter, altid medfører den obligatoriske Retshandels Ugyldighed. Det maa endvidere erindres, hvad ovenfor nærmere er udviklet, at et Retsformaal altid maa paavises¹⁾. Det Spørgsmaal maa altsaa ved enhver Retshandel bringes paa det rene, om overhovedet noget Vederlag for Pligten er betinget, og af hvilken Karakter dette da er. Er der altsaa ikke i selve Forpligtelseserklæringen nogen Udtalelse desangaaende, maa den af den, der derpaa vil støtte nogen Ret, suppleres for dette Punkts Vedkommende, jfr. nærmere ovenfor²⁾. Er han da ikke istand til at gjøre en vederlagsfri Gavedisposition sandsynlig, maa han godtgjøre Karakteren af Vederlaget, og derved vil dettes Usædelighed komme for Dagen. Det er dette, der ovenfor er tænkt paa, naar det blev sagt, at Formaalets Usædelighed kunde være kommet til Udtryk i Retshandelen ikke blot direkte men ogsaa indirekte, *o*: i Retshandelen, med det af Retsordenen fordrede Supplement med Hensyn til *causa*'en.

γ. Med Hensyn til andre Betingelser, der maatte være vedføjede en Retshandel, kommer det sidste Synspunkt ikke frem. Det kan ikke være den berettigedes Sag at godtgjøre, at saadanne ikke foreligge, men det maa omvendt paa hvile den, der vil gjøre dem gjældende, at oplyse saavel deres Existens som deres Karakter. Men naar en usædelig Betingelse³⁾ er konstateret, maa den have ganske samme Virkning til at gjøre Retshandelen ugyldig⁴⁾ som selve Retsformaalets Usædelighed. Den almindelige Virkning, der blev tillagt det sidste Moment, begrundedes jo paa den afgjørende Betydning, som netop Forudsætningen om Vederlag erfaringsmæssig er af. Fordi ingen i Almindelighed kan antages at have bortset fra denne Forudsætning, maa man ogsaa antage,

¹⁾ Der bortses stadig her fra de særlige Modifikationer, som Anvendelsen af Stipulationsformen i saa Henseende maatte kunne medføre.

²⁾ særlig S. 82–83.

³⁾ Det vil altsaa her sige en Betingelse om Foretagelsen af noget usædeligt fra Løftemodtagerens Side.

⁴⁾ l. 137 § 6 D. 45. 1. — Usædelige Betingelser i dispositiones mortis *causa* anses for uskrevne, jfr. l. 9, l. 14, l. 15 D. 28, 7, men dette skal ikke nærmere behandles her, hvor kun Retshandelen *inter vivos* haves for Øje.

at han, naar denne ikke gaar i Opfyldelse, ikke vil være bunden ved Retshandelen. Men dette, som vi saaledes ved Retsformaalet først ved Slutning komme til, har netop ved Betingelsen faaet direkte Udtryk. En Formuetransaktion er her saaledes kjædet sammen med et usædeligt Formaal, at naar dette ikke realiseres, skal Transaktionen gaa tilbage. Den Krænkelse af og Fare for den sædelige Ordning, som saaledes er kommet til klart Udtryk, afværges af Retten ved at erklære hele Retshandelen ugyldig.

δ. Men ligesaa lidt her som ellers kan det nægtes, at en Forudsætning efter Omstændighederne maa kunne have samme Virkning som en Betingelse¹⁾. Ikke blot, hvor der kan oplyses en positiv Vilje hos den forpligtede til ikke at ville være bunden, uden hvis et usædeligt Forhold realiseres, er den sædelige Ordning udsat for Fare. Det gjælder i Virkeligheden ganske i samme Grad, hvor den Vilje, der er kommet til Udtryk i Retshandelen, er af en saadan begrænset Karakter, at den kun gjælder, forsaa vidt det usædelige Forhold kommer istand. Maa denne Forudsætning i Henhold til de ovenfor nærmere udviklede Regler anses for bindende for den anden Part, udsætter han sig ogsaa i dette Tilfælde for Retstab ved at efterkomme Retsordenens sædelige Forskrifter, og det var netop dette, der skulde afværges.

B. Retshandelen bestemt ved Tanken om et allerede foreliggende usædeligt Forhold. — Flere Forfattere gaa ud fra som selvfølgelig, at den causa turpis, der skal gjøre en Transaktion ugyldig, maa være en »futura«, altsaa at det usædelige Formaal, til hvis Realisation Retshandelen foretages, skal ligge i Fremtiden²⁾. Den Tanke, der har ledet dem til at opstille denne Fordring, ligger ikke fjærn. Ved en Ydelse, udlovet for en fremtidig usædelig Handling, er der en aktuel overhængende Fare for den sædelige Ordning tilstede, og det psykologiske Afhængighedsforhold mellem den forventede Krænkelse og den udlovede Ydelse vil ikke let kunne blive Gjenstand for Tvivl. Hvor derimod Retshandelen har Hensyn til et i Fortiden liggende usædeligt Forhold, kommer dette præventive Synspunkt ikke i samme Grad frem, da den skete Usædelighed

¹⁾ jfr. ogsaa l. 123 D. 45. 1.

²⁾ jfr. saaledes, ialtfald for *condictio ob turpem causam's* Vedkommende, Vangerow: Pandekten III. § 627 Anm., ligeledes Dernburg: Pandekten II. § 140 S. 356.

nu engang ikke igjen kan gøres usket, og paa den anden Side vil Spørgsmaalet om, hvilken Betydning Hensynet til at belønne denne har spillet ved Transaktionen, ofte kunne være meget vanskeligt at afgjøre.

Imidlertid bør dog en absolut Umulighed for Retsordenen for at tage Hensyn til saadanne fortidige Momenter ikke derfor statueres¹⁾. Det nøje psykologiske Afhængighedsforhold ogsaa til saadanne vil efter Omstændighederne nok kunne lade sig oplyse med tilstrækkelig Sikkerhed, og den blotte Udsigt til bagefter at kunne opnaa en Belønning for den usædelige Handling kan da ikke nægtes ogsaa at rumme betydelige Farer for Sædeligheden. Det bliver da et særligt Spørgsmaal, hvorvidt Romerretten har tillagt de sidste Betragtninger tilstrækkelig Vægt til overhovedet at udstrække Sætningen om den usædelige Retshandels Ugyldighed til at gjælde ogsaa udenfor den fremtidige *causa turpis*' Omraade, og i hvilket Omfang dette da er sket.

At det langt overvejende Antal af Bestemmelserne i Hovedkapitlerne D. 12. 5 og C. 4. 7 har Hensyn til et fremtidigt Retsformaal, der ventes realiseret, er allerede berørt, og kan ikke undre, da dette Tilfælde ifølge det lige udviklede altid vil blive det praktiske. Dette er navnlig klart kommet til Udtryk i Hovedbestemmelsen l. 1 pr., § 1 D. 12. 5. Det forudsættes her, at Karakteren af *turpis* kun faar Betydning ved »res«, i Betydning af et fremtidigt Moment, medens derimod det, at »causa« som betegnende et Motiv, der har Hensyn til noget fortidigt, er *turpis*, bliver uden Betydning. — Ordet *causa* maa imidlertid antages her at være brugt i den ovenfor berørte Betydning, hvori det ikke sjældent forekommer, jfr. l. 52 D. 12. 6, af et til Fortiden sig refererende Moment, der ikke kan antages at have været af afgjørende Indflydelse paa Beslutningen, og Stedet medfører da ingen Konsekvenser for de Tilfælde, hvor Momentet maa antages at have haft denne Karakter.

Nogle Bestemmelser udtrykke sig da ogsaa saa almindeligt, at en i Fortiden liggende *causa turpis* synes at omfattes af deres Ordlyd. Saaledes siges der i l. 4 pr., § 3 D. 12. 5 eller l. 5 C. 4. 7 ikke noget særligt om, at den Ydelse, der fremtræder som en Slags Betaling for et stuprum, just skal være betinget forinden dettes Foretagelse, altsaa have Hensyn til en *causa futura*, men det bagefter afgivne Løfte om et saadant Vederlag synes lige saa vel at rammes af den Ugyldigheds-

¹⁾ jfr. Voigt: *Conditiones* S. 631.

forskrift, som disse Steder indeholde eller forudsætte. Ogsaa l. 1 og l. 2 C. 4. 7 synes i saa Henseende ganske neutrale. Og i l. 123 D. 45. 1 siger Papinian udtrykkeligt: »Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet«. Men at dog paa den anden Side ikke enhver psykologisk Forbindelse med et foregaaende usædeligt Forhold er tilstrækkelig til at gjøre Transaktionen ugyldig, viser Ulpian's Udtalelse i l. 5 D. 39. 5: »Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae, honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae circa meretrices«.

I det sidste Sted er det altsaa klart kommet til Udtryk, at den Omstændighed, at et vist usædeligt Motiv maaske har haft en vis indirekte Indflydelse ved en Transaktion, ikke har noget at sige, naar dette Motiv dog ikke er naaet frem til selvstændig afgjørende Betydning, derved at Retshandelens Virkning er gjort afhængig deraf, men Transaktionen tvertimod, selv om maaske Forudsætningen viste sig at være urigtig, maatte blive bestaaende, idet den ifølge sin Egenskab af Donation tiltrods derfor maatte antages baaret af en almindelig »affectio« hos den Ydende. Den Forbindelse mellem Transaktionen og et i Fortiden liggende usædeligt Forhold, der skal kunne bevirke Ugyldighed, maa altsaa være af en mere direkte præcis Karakter. Den nærmere Bestemmelse i saa Henseende lader sig vistnok kun foretage saaledes, at den lovede Præstation skal fremtræde udelukkende som Vederlag for en bestemt usædelig Handling fra Modtagerens Side. En saadan Disposition kan ikke længer i Sandhed for nogen Del betegnes som en Gave. Der er her et nøje Afhængighedsforhold mellem Retshandelen og den usædelige Handling og en særlig Trang til Retsordenens Indgriben, idet den Omstændighed, om Belønningen for den usædelige Handling udloves før eller efter dennes Foretagelse, ofte vil afhænge af rent tilfældige Momenter, og Tanken om Belønningen i begge Tilfælde vil virke omtrent med samme Styrke som Motiv til at fremkalde et Brud paa Retsordenen. I Virkeligheden vil det bagefter afgivne Løfte om Vederlag ofte antage Karakteren af en Anerkjendelse af den paagjældendes Pligt til at give Vederlaget, men en saadan Anerkjendelse vil Retsordenen ikke tillægge nogen Virkning. Naar Løftet er faktisk opfyldt ved virkelig Erlæggelse af det lovede, kan Retsordenen maaske som en Art Pønalvirkning i visse Tilfælde nægte sin Hjælp til

at faa det erlagte tilbage. Men saa længe der kun foreligger et Løfte om Vederlag, kommer dette Hensyn ialtfald ikke frem, l. 8 D. 12. 5, l. 5 C. 4. 7.

Vanskeligheden bliver imidlertid netop i det enkelte Tilfælde at afgjøre, om Løftet om Ydelsen virkelig kan siges at være sket blot som Vederlag for en bestemt, tidligere begaaet usædelig Handling. Prøven herfor maa være, om han kan antages ved sit Løfte at have været saaledes bestemt ved Tanken om en Pligt paadraget ham ved den for ham foretagne usædelige Virksomhed, at han med Sikkerhed tør paastaas bortset herfra at ville have savnet tilstrækkelige Motiver til Rets-handelen. Af Betydning i saa Henseende vil det navnlig være, om han udtrykkelig har erklæret sit Løfte for et saadant Vederlag. Det forekommer vel i det daglige Liv ikke sjældent, at Gavedisponenter skjule deres donatoriske Hensigt under en fingeret causa, som saaledes i Virkeligheden kun er en »falsa demonstratio«, jfr. ovenfor S. 13. Men at en turpis causa ogsaa kun skulde være anført paa samme Maade, maa for det første i høj Grad siges at have den faktiske Formodning imod sig, og det er dernæst næppe at ramme den for haardt, der viser saa liden Anstand overfor den sædelige Ordning's Forskrifter, naar man fortolker en saadan Tilstaaelse om Rets-handelens usædelige Oprindelse imod ham, indtil klart Bevis for det modsatte tilvejebringes.

Vil saaledes i Reglen en udtrykkelig Anførelse i saa Henseende anses for afgjørende, kan man ikke omvendt sige, at en Tavshed i selve Transaktionen om dette Punkt ubetinget skulde udelukke Statueringen af et lignende Vederlagsforhold mellem Løftet og en foregaaende usædelig Handling. Dette vil, som berørt, navnlig indirekte kunne godtgjøres derved, at den lovende oplyses at have savnet ethvert fornuftigt Motiv til at afgive et saadant Løfte til denne Person, uden netop at ville belønne ham for en usædelig Handling.

C. Det Spørgsmaal, om en Gave i noget Tilfælde som foretaget »ob turpem causam« kan blive erklæret ugyldig, er navnlig blevet rejst og heftig omstridt i den moderne franske Retslitteratur og vil derfor i Afsnit II blive gjort til Gjenstand for nærmere Behandling. Med Hensyn til den romerretlige donatio bemærkes her følgende:

Spørgsmaalet om Retshandelens Ugyldighed i Tilfælde af Retsformaalets Usædelighed, idet det betingede Vederlag eller Betingelsen af Vederlaget anses for turpis, kommer selvfølgelig

ikke frem ved Donationen, denne er jo efter sit Begreb netop uafhængig af Forudsætningen om Vederlag.

Med Hensyn til andre Betingelser og Forudsætninger skulde man paa Forhaand tro, at Donationen maatte være stillet ganske lige med andre Transaktioner. Ikke desto mindre findes der næppe i Kilderne noget Sted, hvor en donatio erklæres ugyldig ob turpem causam, jfr. tvertimod den nylig anførte l. 5 D. 39. 5. For en Del hænger dette sikkert sammen med den overvejende Brug af »causa« til at betegne netop Vederlagsforudsætningen, om hvilken der jo ved Gaven ikke er Tale. Men det staar vistnok ogsaa noget i Forbindelse med det snævrere Gavebegreb, der undertiden i den romerske Ret kommer til Syne. Efter dette omfattes under donatio kun de absolut forudsætningsfri Dispositioner, der ikke i noget Tilfælde skulle gaa tilbage, medens en donatio sub condicione udelukkes fra Begrebet, jfr. f. Ex. l. 1 pr., l. 2 § 7 D. 39. 5.¹⁾ Naar Donationsbegrebet opfattes saa snævert, vil det forstaas, at der ikke vil kunne være Tale om at erklære en saadan Transaktion ugyldig paa Grund af en turpis causa. Det Kriterium for causa'ens afgjørende bestemmende Karakter, som netop Transaktionens Ugyldighed, hvis causa'en viser sig urigtig eller ikke gaar i Orden, indeholder, er jo her uden Anvendelse. Tilbage bliver kun et Motiv, der maaske har spillet en vis medvirkende Rolle ved Transaktionens Foretagelse, men til Bestemmelse af hvilken Medvirknings nærmere Karakter og Omfang der mangler ethvert-somhelst Holdepunkt, og som Retsordenen derfor er tvungen til at undlade at tage Hensyn til. Med de senere Juristers Anerkjendelse af de betingede Gaver, jfr. l. 3 D. 39. 5, svinder imidlertid denne terminologiske Betænkelighed. Der kan da sikkert ikke være Tvivl om, at Donationerne paa dette Punkt maa være undergivet ganske de samme Regler som andre Dispositioner, og de falde maaske endogsaa umiddelbart ind under de almindeligt lydende Forskrifter i l. 123, l. 137 § 6 D. 45. 1.

§ 10.

Causa'en i Forholdet til en Tredjemand. Delegation.

I det foregaaende er stadig forudsat, at Causa'en har sin Grund i det økonomiske Forhold mellem de kontraherende

¹⁾ jfr. nærmere ovenfor S. 45.

Parter selv. Men dette behøver ikke nødvendig at være Tilfældet. Det kan være, at der i deres indbyrdes Forhold ikke lader sig oplyse noget, der vilde fyldestgøre de almindelige Fordringer til en »causa«, men at Dispositionen dog bæres ved en Causa liggende i den ene eller begge kontraherende Parters økonomiske Mellemværende med en Tredjemand. Et Hovedtilfælde ¹⁾ heraf frembyder Forholdet ved Delegation ²⁾.

I Overensstemmelse med en i Kilderne hjemlet Sprogbrug tages »delegatio« her i en saa vid Betydning, at det omfatter enhver Paatagelse af en Skyld for en anden ³⁾.

Det hyppigst forekommende Tilfælde er ganske vist det, hvor enten delegatus i Forvejen er delegans's Skyldner ⁴⁾ eller delegans Delegates Skyldner ⁵⁾, eller endelig paa én Gang delegatus delegans' Debitor og denne Delegates Debitor ⁶⁾, men der haves ingen Hjemmel til, saaledes som nogle ⁷⁾ Forfattere gjør, at betragte dette Tilfælde som det eneste. Det kan meget godt hænde, at enten delegatus ikke er delegans' Debitor, men f. Ex. har villet yde denne et mutuum ⁸⁾, en dos ⁹⁾ eller en Gave ¹⁰⁾, eller omvendt Delegationen ikke Delegates Skyldner, og altsaa ikke lader delegatus love for at betale en bestaaende Skyld til Delegationen, men derimod vil give denne et mutuum ¹¹⁾, en dos ¹²⁾, en almindelig Gave ¹³⁾ eller donatio

¹⁾ Et lignende Forhold fremkommer forøvrigt f. Ex. i mange Tilfælde ved Kaution, men Fremstillingen vil her indskrænke sig til Delegationen, hvor Forholdet fremtræder mest prægnant.

²⁾ jfr. Thöl: Handelsrecht §§ 333—337, 6 Aufl. S. 1094 ff., v. Salpius: Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin. 1864. S. 1—130, E. Danz: Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung etc. 1886, jfr. Afhandlinger i Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 69—130, og i Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 74 S. 240—298, endvidere Paul Gide: Études sur la novation etc. Paris. 1879, særlig S. 379—480, og Leonhard's Recension af dette Skrift i Zeitschrift f. Handelsrecht Bd. 26 S. 25—44, W. v. Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1895, Bähr l. c. S. 27—28 (19—20), 170 (125), W. Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Berlin. 1892. S. 44—62, Lotmar l. c. S. 97—151.

³⁾ saaledes f. Ex. ogsaa Thöl, v. Salpius, Windscheid.

⁴⁾ jfr. f. Ex. l. 12, l. 17 D. 46. 2, l. 18 D. 46. 1.

⁵⁾ jfr. l. 11 pr., l. 12, l. 13 D. 46. 2, l. 33 § 3 D. 39. 6.

⁶⁾ l. 68 § 1 D. 21. 2, l. 3 C. 8. 42.

⁷⁾ saaledes Danz. Men for den videre Betydning Thöl, v. Salpius, Gide, Leonhard, Windscheid: Pandektenrecht II. § 353 S. 313 Note 9. ⁸⁾ l. 19 § 3 D. 14. 3. ⁹⁾ l. 59 pr. D. 23. 3.

¹⁰⁾ l. 21 pr., l. 33 § 3 i. f. D. 39. 5, l. 33 D. 46. 2. ¹¹⁾ l. 32 D. 12. 1.

¹²⁾ et hyppig i Kilderne behandlet Tilfælde, jfr. f. Ex. l. 36, l. 37, l. 78 § 5 D. 23. 3, l. 4 § 21 D. 44. 4, l. 9 § 1 D. 12. 4. ¹³⁾ l. 21 § 1 D. 39. 5.

mortis causa¹⁾, eller at delegans derved har villet effektuere en Intercession²⁾, eller har villet foretage Delegationen som Led i en Innominatkontrakt³⁾. Endelig kan det hænde, at hverken delegatus er Delegantens Skyldner eller denne Debitor til Delegatøren, men at Maalet med Dispositionen er at bevirke f. Ex. paa én Gang en Gave fra delegatus til delegans og fra denne til delegatarius⁴⁾, eller en donatio mellem delegatus og delegans og en dos mellem denne og Delegatøren⁵⁾.

I Overensstemmelse med denne Undersøgelses almindelige Begrænsning, hvorefter den kun behandler Causa'en ved den obligatoriske Retshandel, vil den ogsaa her indskrænke sig til den af Thöl og v. Salpius saakaldte »Kreditansvisning«, hvor Delegationen sker ved Paatagelsen af en obligatorisk Forpligtelse fra delegati Side, ikke derimod, hvor den effektueres ved en umiddelbar Udbetaling fra delegatus til Delegatar, der ikke har Karakteren af Opfyldelse af en obligatorisk Pligt, som delegatus i Forvejen har paataget sig i saa Henseende.

Delegationen frembyder et træffende Billede af, hvad paa et tidligere Sted er kaldet »Relativiteten« i Causabegrebet, det Forhold, at den samme Transaktion kan anses for at være baaret af en tilstrækkelig Causa i en Relation uden at være det i en anden. I enhver Delegation maa tre Personer medvirke, og der kan altsaa blive Spørgsmaal om tre økonomiske Mellemværender: mellem delegatus og delegans (efter Thöl ofte betegnet som »Dækningsforholdet«), mellem delegans og Delegatar (med Thöl: »Valutaforholdet«) og mellem Delegatar og delegatus. Men af disse bliver igjen det sidste ifølge Delegationens ejendommelige Karakter i Almindelighed uden selvstændig Betydning. Delegation vil jo netop sige Paatagelse af Pligt for en anden. Heri ligger da, at Delegatøren i og for sig, bortset fra Delegationsløftet, ikke vilde have noget at bygge et Retskrav paa mod delegatus. Selvfølgelig maa ogsaa delegatus have en Retsgrund for sit Delegationsløfte. Men da denne efter Forudsætningen bevæger ham til Afgivelsen af et Løfte ikke for sig selv, men for en anden, maa den normalt⁶⁾ ogsaa have sin økonomiske Grund i Forholdet til denne anden, for hvis Skyld det sker. Omvendt maa Delegatørens Ret have

¹⁾ l. 18 § 1 D. 39. 6. ²⁾ l. 8 § 5 D. 16. 1. ³⁾ l. 27 § 2 D. 16. 1.

⁴⁾ l. 2 § 2, l. 33 § 3 D. 39. 5. ⁵⁾ l. 41 pr. D. 42. 1.

⁶⁾ At der dog vil kunne ske visse Modifikationer heri, vil blive omtalt nedenfor under Afsnittet om moderne Ret i Begynd. af § 31.

sin økonomiske Grund i Forholdet til Deleganten, hvilket kan motivere hans Retskrav mod delegatus netop i dennes Egenkab af Overtager af Delegantens Pligt¹⁾.

Af denne Ejendommelighed ved Forholdet, at der i Stedet for den sædvanlige Causa mellem Løftegiver og Løftemodtager træder dels en Causa i Forholdet mellem Løftegiver og en Tredjemand, dels en anden mellem denne og Løftemodtageren, følger tillige en anden Ting. Der er en Mulighed for, at disse to Causa'er, ligesom de økonomisk ligge udenfor Forholdet mellem de ved Delegationen kontraherende Parter, saaledes ogsaa udelukkes fra enhver Betydning i det retlige Forhold imellem dem og alene vise deres Virkning overfor den Part, som er delagtig i det økonomiske Mellemværende, hvortil de referere sig. Den praktiske Konsekvens heraf vilde altsaa blive, at Delegationsløftet ubetinget opretholdtes som gyldigt i Forhold til Delegatøren, selv om Causa'en enten i Forholdet mellem delegatus og delegans eller mellem denne og Delegatøren eller maaske endogsaa i begge Retninger var svigtet, saa at denne Omstændighed alene viste sin Virkning deri, at der gaves delegatus Retsmidler overfor delegans til Udjævning af det ham ved Delegationsløftet paaførte Tab, eller at der bagefter gaves delegans Midler mod Delegatøren til at condicere den Formuefordel, der da maa siges at være tilført denne uden Retsgrund, medens det i Forholdet mellem delegatus og Delegant blev uden al Betydning. Det er imidlertid kun en Mulighed i denne Retning, der lader sig konstatere. Det er i og for ogsaa muligt at stille Delegationen i Afhængighedsforhold til de udenfor det indbyrdes Forhold mellem Parterne liggende Formaal, som den tjener, saaledes at naar enten begge disse eller et af dem svigter, ogsaa Delegationsløftet selv taber sin Virkning. Det bliver altsaa i enhver Retsforfatning et særligt Spørgsmaal, hvor vidt den i den ene eller anden Retning maa antages at være gaaet. Lad os da lidt nærmere betragte Romerrettens Standpunkt i saa Henseende.

A. Det kan for det første være, at Delegationsløftet ifølge selve sit Indhold er stillet i Afhængighedsforhold til Causa'ens virkelige Existens i en af Retningerne. Derved er denne Causa fra at være et udenfor Delegationen liggende Moment blevet integrerende Bestanddel af selve denne, og det følger da ganske af almindelige Regler, at Løftets Gyldighed maa være afhængig

¹⁾ jfr. Gide l. c. S. 394 ff.

af Causa'ens Existens. De tyske Forfattere ¹⁾ tale i et saadant Tilfælde ofte om et »titulirtes Delegationsversprechen« i Modsætning til det rene Delegationsløfte.

Delegatus kan saaledes have gjort sit Delegationsløfte afhængigt af Tilværelsen og Omfanget af den Pligt, der paa hviler ham overfor delegans. Der finder da ligefrem en »aktiv Succession« ²⁾ Sted for Delegataren i Delegantens Ret, han har ikke paa noget Punkt større Ret mod delegatus, end Deleganten selv havde. Exempler herpaa frembyde l. 27 D. 46. 2, l. 37 § 4 D. 38. 1 og l. 32 D. 24. 3. Kun vil efter Omstændighederne delegatus ved sit Løfte til den nye Kreditor kunne antages at have foretaget en bindende Anerkjendelse overfor denne af den ham paa hvilende Skyld. For en saadan Opfattelse frembyde imidlertid Kilderne højst en vis Støtte i Tilfælde, hvor delegatus var sig bevidst, at der tilkom ham en klar Indsigelsesret, og da tiltrods herfor foretog Delegationen. Men i saadanne Tilfælde vil det ogsaa netop i Reglen være det naturlige i det nye Løfte at se en Renunciation paa denne Indsigelse, som der ellers sædvanlig ikke vilde kunne tænkes nogen fornuftig Grund til ved denne Lejlighed ikke at komme frem med, jfr. saaledes l. 12 D. 46. 2. ³⁾ Bortset fra saadanne specielle Forhold vil der sikkert ikke være nogen Hjemmel for med Bähr ⁴⁾ i Løftet ved den aktive Delegation ganske i Almindelighed at se en overfor Delegataren forbindende Anerkjendelse af Skylden, saa at delegatus med sin Anfægtelse altid maatte holde sig til Deleganten, ⁵⁾ jfr. netop i modsat Retning l. 37 § 4 D. 38. 1, l. 32 D. 24. 3.

Omvendt kan Forholdet antage Karakteren af en »passiv Succession« ⁶⁾ fra delegati Side i Delegantens Pligt, saaledes at delegatus ifølge selve Delegationens Indhold kun skal være forpligtet i ganske tilsvarende Omfang, jfr. saaledes i Almindelighed l. 75 § 6, l. 122 § 4 D. 45. 1 og som specielle Anvendelser l. 36, l. 37 D. 23. 3, hvor det af det sidste Steds Bestemmelse om, at mulier's Debitor, som udtrykkelig har afgivet sit Delegationsløfte »dotis nomine,« forsaavidt nuptiae ikke er secutae, forbliver forpligtet overfor mulier, indirekte fremgaar, at han for dette Tilfælde ikke anses forpligtet over-

¹⁾ jfr. saaledes v. Salpius l. c. S. 123 ff. ²⁾ v. Salpius l. c. S. 126. ³⁾ Gide l. c. S. 252. ⁴⁾ l. c. S. 196—197. ⁵⁾ Danz i hans Skrift S. 45 ff., jfr. herved ogsaa Gide l. c. S. 251 ff. ⁶⁾ v. Salpius l. c. S. 126.

for Manden. Det samme lader sig udlede af l. 7 pr. i. f. D. 12. 4, der ligeledes handler om dos.

Betydelig Tvivl kan i det konkrete Tilfælde opstaa, om et saadant Afhængighedsforhold maa statueres eller ikke. v. Salpius mener, navnlig støttende sig paa l. 8 § 2 D. 16. 1 og l. 37 § 4 D. 38. 1, at kunne opstille en almindelig Formodning imod denne Afhængighed, idet det af disse Steder synes at fremgaa, at Ordet »delegare« i sig selv, brugt uden yderligere Tilføjelse, betegner det »rene« Delegationsløfte, saa at der maa komme ganske særlige Momenter til for at antage noget andet.¹⁾

Disse to Steder indeholde dog næppe tilstrækkelig Hjemmel for en saa almindelig Sætning.

l. 8 § 2 D. 16. 1 (Ulpianus) handler om det Tilfælde, at »mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius.« Stedet gjør da en Sondring mellem to Tilfælde, om nemlig enten »hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat,« her statueres to Intercessioner, hvoraf altsaa ogsaa den sidste ifølge sc. Velleianum bliver ugyldig, eller om hun »quasi debitor delegatur, scilicet ut, si quasi debitor delegata est, una sit intercessio,« og hun har derfor ikke exc. sc. imod den nye Kreditor. Det sidste Tilfælde anses da af v. Salpius for et Exempel paa en ren Delegation, medens det første erklæres for en »deutliche Umschreibung eines Successionsactes«. — I denne Karakterisering af Tilfældet kan der dog ikke gives ham Ret. Det er nemlig ikke paa den herved udtrykte nøje Afhængighed mellem den nye og tidligere Debtors Pligt, at Vægten her maa antages at være lagt. Det betegner kun Modstykket til det Tilfælde, hvor Kvinden gjør det »quasi debitor«, altsaa i sin egen Interesse, for at frigjøre sig for en hende formentlig paa hvilende Pligt. Senatusconsultets Forbud skal kun komme til Anvendelse, hvor hun uden nogen saadan egen Interesse deri intercederer udelukkende til Fordel for andre Personer. Men hvor dette maa siges at være Tilfældet, kan det forøvrigt for at give Plads for Forbudet ingenlunde være nødvendigt, saaledes som Salpius' Argumentation forudsætter, at hendes Intercessionsakt kan betragtes som en egentlig Succession, saaledes at den af hende paatagne Pligt i et og alt er afhængig af og

¹⁾ l. c. S. 127 ff.

identisk med den oprindelige Debtors. Har hun f. Ex. som Sikkerhed for Kreditors Krav afgivet et Løfte om et noget større Beløb end det oprindelige, eller endogsaa maaske et Løfte, der skal gjælde, selv om det tidligere maatte vise sig helt ugyldigt (altsaa derved indgaaet en Slags Garanti for det oprindelige Kravs Gyldighed), maa sc.'s Forbudsregel ifølge det Beskyttelsessynspunkt, der ligger til Grund derfor, netop i saa meget des højere Grad komme til Anvendelse. Omvendt maa hendes Delegationsløfte være gyldigt, overalt hvor hun har afgivet det til Fyldestgjørelse af sin tidligere Pligt («quasi debitor»), selv om det ikke just har været »rent«, men f. Ex. stillet i Afhængighed af, hvad hun virkelig skylder til Deleganten.

Det andet af v. Salpius anførte Sted, l. 37 § 4 D. 38. 1 (Paulus), kan derimod ved sine Udtryk »si in id, quod patrono promisit, alii postea delegatus est« i Modsætning til »quod si ab initio delegante patrono libertus promiserit« næppe nægtes at betegne netop Modsætningen mellem et »tituleret« og »rent« Delegationsløfte og at forudsætte, at der for at antage det første maa komme ganske særlige Momenter til Delegationsakten. Men det maa ikke glemmes, at den kun har Hensyn til Spørgsmaalet, om delegatus kan gjøre sit Forhold til Deleganten gjældende som Begrænsning af sin Pligt overfor Delegatøren, og altsaa kun for Konstruktionen af Delegationen som en aktiv Succession af Delegatøren i delegans' Ret kræver en ganske særlig Hjemmel. Det maa da ogsaa erkjendes at være ganske naturligt som Regel ikke at gjøre Virkningen af et Delegationsløfte, der overfor Delegatøren virker som Betaling, ¹⁾ afhængig af det indbyrdes Forhold mellem delegatus og Deleganten, som Delegatøren i Reglen slet ikke vil være istand til at kjende. ²⁾

Denne Betragtning lader sig derimod klart nok ikke anvende mod at tillægge Delegationen Karakter af passiv Succession af delegatus i den oprindelige Skyldner, Delegantens Sted. Overhovedet tør man her i Mangel af positiv Hjemmel næppe opstille nogen almindelig Præsumption for et Delegationsløftes

¹⁾ se f. Ex. l. 8 § 3 D. 16. 1 »quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat«, l. 21 § 1 D. 39.

5: »perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris«, jfr. v. Salpius l. c. S. 100 ff.

²⁾ l. 19 i. f. D. 46. 2.

»abstrakte« Karakter, som der skulde godtgjøres ganske særlige Momenter for at svække. Delegation vil jo sige Paatagelse af Pligt for en anden, og der lader sig derfor ikke indse nogen Grund, hvorfor man altid paa Forhaand skulde gaa ud fra, at der var tiltænkt den Virkning, selv om Retsgrunden for den andens Pligt viste sig at mangle; snarere synes vel ifølge Delegationens kun tjenende Natur Formodningen at maatte være for en vis Afhængighed i saa Henseende. Da imidlertid det nærmere Resultat ikke udelukkende beror paa en Fortolkning af selve Delegationsløftets Indhold, men maa bestemmes ved en almindelig Afvejelse af de forskjellige ved Forholdet medvirkende Personers Interesser, maa Behandlingen af dette Spørgsmaal udsættes til den følgende Paragraf, hvor vi paa Grundlag af de i denne meddelte Kildeafgjørelser ville fremsætte nogle almindelige Betragtninger om den romerske Delegation.

B. Vi komme nu til det Tilfælde, hvor der ikke lader sig anføre nogen fra selve Delegationsaktens Indhold hentet Hjemmel for en retlig Afhængighed mellem denne og Delegationens Forhold til enten delegatus eller Delegatar.

a. Hvor Causa'en i begge Retninger var et formentlig bestaaende Skyldforhold, og dette viser sig i Virkeligheden paa ingen af Siderne at have existeret, hjemles der delegatus en exceptio og condictio til Anfægtelse af hans Løfte, l. 7 § 1 D. 44. 4.¹⁾ Det samme statueres for det hermed beslægtede Tilfælde i l. 5 § 5 i. f. D. 44. 4, hvor en Kvinde har begaaet Svig overfor den, der paa hendes Vegne har lovet dos, saa at altsaa Forholdet mellem delegans og delegatus kan anfægtes ifølge dolus, og hvor da ogsaa Retsgrunden for hendes egen Pligt overfor maritus, der indtager Delegatarens Plads, bortfalder ved indtrædende Skilsmisse (»nisi iam divertit«). Ligeledes gives der i l. 9 § 1 i. f. D. 12. 4 den, der i urigtig Formening om at være mulier's Debitor har lovet hendes sponsus dos, efter Ægteskabets Opløsning en exceptio mod Manden for den Del deraf, som hun i dette Tilfælde vilde faa tilbage.

b. Hvor dernæst alene Retsforholdet mellem delegatus og delegans lider af Mangler, er det Reglen, at det ikke viser nogen Virkning i Forholdet mellem delegatus og Delegatar, saa at Delegationen tiltrods derfor opretholdes som fuldgyldig.

¹⁾ i fuldkommen Overensstemmelse hermed l. 2 § 4 D. 39. 5.

Dette fremgaar klart for det første af flere Steder, der behandle det Tilfælde, at en Debitor, der kunde beskytte sig ved Exceptioner, lover til sin formentlige Kreditors virkelige Kreditor. Her har han ingen exceptio mod denne, men maa nøjes med sin *condictio indebiti* mod delegans, l. 19 D. 46. 2, hvor Vægten lægges paa det ovenfor fremhævede Hensyn, at han ikke er istand til at kjende eller ihvertfald ikke bør indlade sig nærmere paa det indbyrdes Forhold mellem delegans og delegatus, ¹⁾ l. 12, l. 13 D. 46. 2, hvor Begrundelsen lyder »quia ille (sc. delegatarius) suum recepit«, og l. 66 D. 46. 3, hvor for et noget beslægtet Forhold Vægten lægges paa delegati Stilling som blot Mellemand ved Transaktionen mellem delegans og delegatarius: »nec creditori [condicere potest], cum quo alterius iussu contraxit«. En tilsvarende Afgjørelse træffes for det Tilfælde, at Delegataren er en maritus, hvem der ved Delegationen er lovet »indebita pecunia« som dos, i l. 9 § 1 D. 12. 4 (»maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere«), jfr. ogsaa f. Ex. l. 46 § 2, l. 78 § 5 D. 23. 3.

Paa lignende Tanke hviler l. 5 § 5 D. 44. 4, l. 33 D. 46. 2, l. 21 pr., l. 33 § 3 D. 39. 5, l. 41 pr. D. 42. 1, hvor exceptio immodicae donationis eller beneficium competentiae, der tilkommer delegatus overfor delegans, nægtes ham overfor en Delegatar, som er Delegantens Kreditor (»quoniam creditor suum petit«, »debitum persequitur«, »suum negotium gerit« eller »suum recepit«,) eller som delegans har villet yde en dos (maritus »suo nomine agit«) eller — ihvertfald for beneficium competentiae's Vedkommende — endogsaa kun har villet give en Gave (»quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit«,), jfr. ligeledes l. 37 § 4 D. 38. 1 og l. 1 § 10 D. 44. 5, hvor liberti Indsigelse, hentet fra, at Pligten er paalagt »onerandae libertatis causa« eller af lign. Grunde, er udelukket fra at gjøres gjældende mod patroni Creditor, »qui suum recepit«, »solutionis enim vicem continet haec delegatio«.

Der hjemles dog visse Undtagelser fra denne Regel:

1. Medens beneficium competentiae (og vistnok exceptio immodicae donationis), som lige bemærket, ikke kan gjøres

¹⁾ »ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur«.

gjældende mod Delegataren, selv om Causa'en for dennes Ret overfor delegans er en blot donatio, gjælder ifølge l. 7 pr. D. 44. 4, jfr. ganske overensstemmende l. 2 § 3 D. 39. 5, noget andet, naar den, der havde lovet til Delegantens Donatar, overhovedet slet ikke var Skyldner, men havde afgivet sit Delegationsløfte under en urigtig Formening i saa Henseende. I dette Tilfælde hjemles der ham ikke blot en exceptio, men ogsaa en condictio til Erholdelse af en Frigjørelseserklæring af Delegataren.

2. Af Hensyn til i videst muligt Omfang at sikre Effektiviteten af Forbudet mod donationes inter virum et uxorem erklæres ogsaa et Løfte fra den ene Ægtefælle til den andens Kreditor for at bevirke en Gave mellem Ægtefællerne for ugyldigt, l. 5 § 4 D. 24. 1.

3. Paa dette Sted, saaledes som det f. Ex. hos v. Salius¹⁾ sker, at nævne de af sc. Velleianum flydende Indskrænkninger i Kvinders Adgang til at paatage sig Forpligtelser ved Delegation, vilde være vildledende. Naar nemlig Delegationsløftet som Følge heraf erklæres ugyldigt, skyldes dette ikke Grunde, hentede fra Forholdet mellem delegata og delegans, men Mangler, der ramme selve Delegationsakten som saadan. Medens Forholdet altsaa ellers er det, at der foreligger en i sig selv gyldig Delegation, som der da bliver særligt Spørgsmaal om at frakjende Virkning paa Grund af det Forhold mellem delegatus og delegans, der har fremkaldt den, er her Spørgsmaalet, om den Ugyldighed, der ifølge sc. i Almindelighed rammer ogsaa den i Form af en Delegation foregaaende Intercession fra en Kvindes Side, efter Omstændighederne kan fjærnes ved det i Forvejen bestaaende Forhold mellem den delegerede mulier og Delegatarens tidligere Debitor, der foranstalter Delegationen.

Den romerske Ret giver i saa Henseende følgende Afgjørelser:

α. For det Tilfælde, at delegata var delegans' Debitrix, udelukkes sc.'s Forbudsregel fra at komme til Anvendelse, l. 24 pr. D. 16. 1, l. 2 C. 4. 29. Her kan hun i en vis Forstand siges at handle »in rem suam«, jfr. l. 22 D. 16. 1.

β. For det Tilfælde, at hun kun var formentlig Skyldner af delegans, er Kildernes Afgjørelse noget tvivlsom. L. 17 pr. D. 16. 1 bringer exc. sc. til Anvendelse i et saadant Tilfælde,

¹⁾ l. c. S. 121.

medens l. 2 C. 4. 5 synes ganske i Almindelighed at udelukke den overfor Delegataren. Dog lader den tilsyneladende Modstrid mellem de to Steder sig maaske udjævne derved, at man indskrænker det sidste til at angaa de Tilfælde, hvor den senere Intercession maa antages at være foregaaet udelukkende som Betaling af den formentlige Skyld, hvortil den kun er det tilfældige Middel (jfr. Ordene »pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es«)¹⁾. I Modsætning hertil indskrænkes sc.'s Anvendelse til de Tilfælde, hvor hun enten selv slet ikke har haft nogen Formening om at være Delegantens Skyldner, men alene Delegataren har svævet i den Vildfarelse, at hun var det, eller hvor den Antagelse i saa Henseende, som hun muligvis maatte have næret, dog ikke har spillet nogen afgjørende Rolle for hendes Intercession, men hun har foretaget den væsentlig for de andres Skyld.

I det specielle Tilfælde, hvor det tidligere Løftes Ugyldighed skyldes den Omstændighed, at dette netop ogsaa er en Intercession i Strid med sc., fremtræder der en lignende Anomali mellem l. 19 D. 46. 2, der ubetinget erklærer »et in secunda promissione intercessio est« (altsaa ugyldig), og l. 8 § 2 D. 16. 1, der ihvertfald under visse Forudsætninger vil opretholde Delegationen som gyldig. Men her synes netop den skarpe Betoning i det sidste Sted af, at mulier for ikke at komme ind under sc.'s Forbud skal være delegeret »quasi debitor«, at indeholde et ret sikkert Udtryk for den lige berørte Sondring mellem, om den formentlige debitor kan antages at have afgivet Delegationsløftet væsentlig solutionis causa eller kun intercessionis causa, og at udelukke Forbudets Anvendelse i det første Tilfælde.

γ. Hvor endelig den delegerede mulier ikke er Skyldner, hverken virkelig eller formentlig, haves der ingen Hjemmel til at gjøre Undtagelse fra sc.

c. Forudsætte vi nu, at Forholdet mellem delegatus og delegans er i Orden, saa at der alene kan hentes Indsigelser fra det indbyrdes Forhold mellem Deleganten og Delegataren, vilde en tilsvarende Regel som den under b anførte lyde: Hvor ikke i det enkelte Tilfælde af selve Dele-

¹⁾ saaledes altsaa, at hvis dette var kommet til Orde i selve Delegationsløftet, mulier ifølge en sædvanlig Fortolkning af Akten maatte kunne gjøre dens Afhængighed af en bestaaende Skyld gjældende overfor Delegataren selv.

gationsaktens Indhold et Afhængighedsforhold kan konstateres, anfægtes Delegationsløftet ikke ved saadanne Indsigelser, men disse vise alene deres Virkninger i det indbyrdes Mellemværende mellem Deleganten og Delegataren.

Imidlertid ere de Afgjørelser i Kilderne, der kunde synes at gaa i denne Retning, sikkert altfor sparsomme og specielle, til at man kan bygge en almindelig Ordning paa dem. De indskrænke sig væsentlig til, at der i l. 21 § 1 D. 39. 5 nægtes den delegerede Debitor Adgang til at gjøre den exceptio donationis immodicae, som delegans selv vilde have, gjældende mod Delegataren, og at l. 33 § 3 eod. synes at forudsætte¹⁾ en tilsvarende Regel med Hensyn til det ved en donatio hjemlede beneficium competentiae i et Tilfælde, hvor delegatus ogsaa selv indtager Stillingen som frivillig Giver i Forhold til Deleganten, og at endelig l. 1 § 11 D. 44. 5 afskærer den af libertus delegerede Debitor fra at gjøre liberti egen »onerandæ libertatis causa«-Indsigelse gjældende mod patronus.

Paa den anden Side haves der udtrykkelige Enkeltafgjørelser i modsat Retning. Saaledes fører ogsaa her Hensynet til virksomt at haandhæve Forbudet mod Gaver mellem Ægtefæller til at erklære et i dette Øjemed afgivet Løfte fra den ene Ægtefælles Debitor til den anden Ægtefælle for ugyldigt, l. 5 § 3, l. 39 D. 24. 1.

Fremdeles vil efter l. 8 § 4 jfr. § 3 D. 16. 1 den Omstændighed, at Forholdet mellem Deleganten og Delegataren strider mod sc. Vellei., give Adgang til at anfægte Delegationsløftet i alle Tilfælde, hvor delegatus ikke er Delegantens Debitor, og der synes da ikke at gjøres nogen Forskjel mellem, om han har afgivet det i den fejlagtige Formening, at han var Debitor²⁾ (i hvilket Tilfælde Forholdet vilde falde ind under a), hvor begge Delegationens causae forudsættes svigtede), eller ifølge en anden Causa, f. Ex. i det Øjemed at yde mulier delegans et mutuuum.

§ 11. (Fortsættelse).

Forskjellige Theorier vedrørende Delegationens Causa.

Det er ofte i Theorien forsøgt at opstille et almindeligt Synspunkt for den romerretlige Ordning af Delegationsforholdet.

¹⁾ skjønt den direkte vistnok kun handler om det beneficium, der tilkom delegatus overfor delegans.

²⁾ fra dette Synspunkt alene synes Kindel l. c. S. 54 at betragte Stedet

Nogle¹⁾ mene da mest træffende at udtrykke Sagen ved at betegne Delegationsløftet som »abstrakt«.

Dette er imidlertid et tvivlsomt Ord, der kan forstaaes paa flere Maader²⁾, og Spørgsmaalet bliver da, hvilken Betydning der skal tillægges det paa dette Sted.

Det kan være Meningen at sige, at Løftet i sig selv har Virkning, uden at dets Causa behøver at oplyses. I denne Forstand er Sætningen til en vis Grad rigtig. Delegationsløftet behøver vel ikke at have denne Karakter, men paa Grund af, at det altid maa afgives i Stipulationsformen³⁾, er der en Mulighed for at gjøre denne Stipulation abstrakt i samme Forstand og Omfang, hvori det kan ske med enhver anden⁴⁾.

Men Forf. ville ved at betegne Delegationsløftet som abstrakt udtrykke noget andet og mere. De ville dermed sige, at det ikke blot er i formel Uafhængighed af de to causae, som have fremkaldt det, men at denne Selvstændighed ogsaa er af en real Karakter, idet det er istand til at have Virkning, selv om disse to Retsforhold paa Grund af Mangler, der klæbe ved dem, maa erklæres for ugyldige⁵⁾.

I denne Forstand ganske i Almindelighed at erklære Delegationsløftet for abstrakt vilde imidlertid være at gaa altfor vidt. Udviklingen i den foregaaende Paragraf har vel vist, at Delegationsløftet til en vis Grad kan virke uafhængigt af de to Retsforhold, det tjener. Men ved at opstille et absolut Uafhængighedsforhold i saa Henseende vilde man sætte sig i den bestemteste Strid med Kildernes Afgjørelser, der ikke blot i de af dem behandlede Tilfælde, hvor begge Retsgrunde ere bristede, statuere Delegationsløftets Ugyldighed, men selv i flere Tilfælde, hvor Causa'en kun paa den ene Side mangler, opstille samme Resultat.

Kindel, der opponerer mod Abstraktionstheorien, opstiller i Stedet derfor en Lære, man kan kalde »Dobbeltcausa-theorien«⁶⁾: Delegationsløftet er efter ham holdt oppe af to Retsgrunde, Forholdet mellem delegatus og Delegant og Forholdet mellem Delegant og Delegatar. Som Følge heraf kan det vel bestaa,

¹⁾ saaledes v. Salpius l. c. S. 119, Gide l. c. S. 399, 420 ff., tildels Bähr l. c. S. 27—28.

²⁾ jfr. herom nærmere nedenfor i § 12 og § 13.

³⁾ i endnu højere Grad ved den i den ældre Tid anvendte Litteralkontrakt, v. Salpius l. c. S. 79 ff., Gide l. c. S. 185 ff.

⁴⁾ jfr. herom senere § 12 c. og d. ⁵⁾ jfr. Kindel S. 58—59.

⁶⁾ l. c. S. 55 ff.

selv om et af disse viser sig ugyldigt, idet da det andet er tilstrækkeligt til at bære det, men naar de begge svigte, bortfalder hele Løftets Substrat, og det maa da selv synke sammen. Denne Lære antager K. ikke mindre i Overensstemmelse med Delegationens egen Natur end med den romerske Rets positive Afgjørelser.

K. har, som det fremgaar af hans Udvikling, ved Opstillingen af sin Theori nærmest haft det ogsaa i Kilderne hyppigst behandlede Tilfælde for Øje, at Delegationen foretages til Afvikling af en bestaaende Skyld, enten fra delegatus til delegans, eller fra denne til Delegataren, eller i begge Retninger.

For saadanne Forhold maa hans Lære erkjendes i adskillige Tilfælde at træffe det rette, men den fremtræder dog med en mere absolut Karakter, end det lader sig forene enten med de romerske Kildesteder eller med en naturlig Betragtning af Forholdet.

a. At for det første her Delegationsløftet bliver ugyldigt, forsaavidt begge Retsgrunde ere bristede, stemmer, som tidligere vist, med de Kildeafgjørelser, der haves angaaende Delegation til Afvikling af bestaaende Skyldforhold. Disse kunne imidlertid kun antages at have Hensyn til de Tilfælde, hvor Delegationen klart foretages til Afvikling af et bestemt, bestaaende Skyldforhold saavel mellem delegatus og Deleganten som mellem denne og Delegataren¹⁾, og dette da i begge Retninger indrømmes eller paa anden Maade klart konstateres ikke at have existeret. Da hermed den klare Forudsætning baade for delegati Afgivelse af hans Løfte og for Delegatarens Hjemmel til at støtte en Ret derpaa er bortfalden, synes hele Grundlaget for Delegationsløftet at svigte.

Denne Betragtningssmaade passer imidlertid netop kun, hvor Talen er om en Skyld, der er saaledes knyttet til en bestemt objektiv Kjendsgærning, saa at det er prima facie evident, at med dens Svigten bortfalder den afgjørende Forudsætning for det formentlige Skyldforhold mellem de oprindelige Parter. Hvor der derimod med Føje kan rejses Tvivl om, hvilke de forudsatte Kjendsgærninger ere, eller hvilken Virkning de skulle udøve paa Skyldforholdets Bestaaen, vil det i Almindelighed være det naturlige at overlade det definitive Skjøn herover til de oprindelige Parter i Stedet for at lægge det i Hænderne

¹⁾ jfr. Ordene: *pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero* i l. 7 § 1 D. 44. 4 og l. 2 § 4 D. 39. 5.

paa delegatus og Delegataren, af hvilke hver for sig kun kjender det Forhold, hvori han selv er Part, men maa antages at mangle nøjere Kjendskab til det Retsforhold, hvori den anden befinder sig til Deleganten.

Med særlig Vægt kan dette gjøres gjældende, hvor Delegationen vel udspringer af et forudsat Skyldforhold mellem Deleganten og saavel delegatus som Delegataren, men hvor dette ikke fremtræder i Form af en individuel, til en bestemt Kjendsgæring knyttet Skyld, men antager Karakteren af et almindeligt Mellemløbsforhold imellem dem. Her kan det utvivlsomt ikke tilstedes delegatus for at slippe fri for sit Løfte at tage sin Tilflugt til det ofte i høj Grad komplicerede Forhold, hvori Deleganten maatte staa til delegatus selv eller til Delegataren; dette ere kun Parterne selv, der nøje kjende Sagens samtlige Omstændigheder, i Stand til at dømme om, hvorfor de ogsaa maa kunne forlange, at uvedkommende Tredjemænd ikke blande sig ind deri.

b. Allerede mere Tvivl fremkaldes, selv med bestaaende Skyldforhold for Øje, med Hensyn til den anden Del af K.'s Sætning, at Delegationsløftet ikke afficerer ved Bristen af blot den ene af dets causæ.

For det første maa, som Kindel selv indrømmer, herfra gjøres flere Undtagelser.

Men selv bortset herfra er det sikkert betænkeligt at opstille en saa almindelig Regel, og det er meget tvivlsomt, om den romerske Ret yder tilstrækkeligt Grundlag for den. Den synes vel at indeholde adskillige Afgjørelser byggede paa den Tanke, at Ugyldigheden af det forudsatte Skyldforhold mellem delegatus og Deleganten er ude af Stand til at anfægte Delegationsløftet. Men netop her taler, som tidligere bemærket, et særligt Hensyn til Delegataren for Udelukkelsen, idet det i Reglen vilde virke ubilligt at gjøre et Moment, som han i de fleste Tilfælde vilde være ude af Stand til at kjende, gjældende imod ham. Og saavel den Begrundelse, der ved Siden heraf hyppigst anføres, at nemlig Delegataren »*sum receptit*«, som den Undtagelse, der i l. 7 pr. D. 44. 4 gjøres for det Tilfælde, at Delegatarens Ret i Forhold til Deleganten kun var en Gaveret, synes overhovedet at være et Udtryk for den Tanke, at Udelukkelsen af delegati Adgang til at anfægte Delegationen ifølge Momenter hentede fra det oprindelige Forhold mellem ham og Deleganten ogsaa noget maa afhænge af Karakteren af det Retsforhold, der bestaar mellem Delegataren og Dele-

ganten, og af, i hvilket Omfang der derefter er Grund til at yde Delegationen Beskyttelse.

c. Derimod maa det Materiale, som Romerretten byder for Antagelsen af en tilsvarende almindelig Udelukkelse af Indsigelser hentede fra Forholdet mellem Delegant og Delegation, sikkert erkjendes for at være altfor spinkelt til Opstillingen af en saa abstrakt Regel. De Kildeafgjørelser, der i saa Henseende haves, handle kun om *beneficium competentiae* og *exceptio immodicae donationis*, samt om *liberti exceptio* mod en Pligt, gaaende ud paa, at den er sket *onerandae libertatis causa* el. lign., om hvilke det alle gjælder, at de ere af en saa personlig Karakter, at de enten efter deres Natur slet ikke kunne gjøres gjældende af andre end den oprindelige Debitor, eller det ialtfald maa erkjendes for i høj Grad unaturligt at overføre Skyldnerens Beføjelse i saa Henseende paa en Person, der staar udenfor Forholdet. De aabne altsaa Muligheden for at antage et andet Resultat, hvor Indsigelsen ikke er af en saadan personlig Natur, men angaar en bestemt af Forholdet udspringende objektiv Kjendsgærning, der ifølge Livets almindelige Erfaring maa antages at have været afgjørende Forudsætning for hele Dispositionen. I saadanne Tilfælde vil det ofte vise sig i høj Grad unaturligt at opretholde Delegationen tiltrods for, at dens klare Maal er bristet. —

Navnlig maa dog bestemt protesteres mod den udvidede Anvendelse, Kindel gjør af sin Theori, idet han tillægger den Gyldighed ogsaa for en Delegation, der ikke har Hensyn til en allerede bestaaende Skyld. I en saadan Udstrækning har Sætningen ingen Kildehjemmel, og nogen. fra »Delegationsløftets Natur« hentet Grund for den ses ikke.

Med Bestridelsen af dens kildemæssige Hjemmel skal selvfølgelig ikke benægtes den Kjendsgærning, der klart fremgaar af forrige Paragraf, at Romerretten indeholder visse Afgjørelser, der gaa i den af Kindel antydede Retning. Men for en Retssamling, der som den romerske bestaar af spredte Enkeltafgjørelser, kan ikke noksom advares mod, uden den allerstørste Forsigtighed paa saadanne at bygge en almindelig Theori med bindende Virkning for andre end de udtrykkelig deciderede og med dem virkelig fuldstændig ensartede Tilfælde. Det enkelte Forholds Karakter vil kunne bevirke, at et Hensyn ved dets Afgjørelse særlig betones, uden at dermed noget er sagt om, at dette ogsaa under noget forandrede Forhold vilde

have samme Vægt, eller at ikke andre end det særlig fremhævede ogsaa have været af Betydning til Fastsættelsen af Resultatet. Man maa med andre Ord, forinden man af den enkelte Afgjørelse drager den almindelige Konklusion, tage i Betragtning, ikke blot hvad der er sagt, men ogsaa de nærmere Omstændigheder, under hvilke Udtalelsen har fundet Sted, og heller ikke glemme, at andet og mere, end der er sagt, kan have spillet en Rolle. Og denne Formodning om, at Afgjørelsen netop skyldes saadanne særlige Momenter, der udelukke Muligheden for en almindelig Slutning, vil i høj Grad kunne bestyrkes ved den Omstændighed, at tilsvarende Afgjørelser for andre, i Livet hyppig forekommende Tilfælde, for hvilke den samme Regel maatte gjælde, hvis den virkelig havde en mere almindelig Anvendelse, fuldstændig findes at mangle.

Naar dette haves in mente, vil der ikke kunne være Tvivl om den Kindel'ske Theoris Stilling til Kilderne. De Afgjørelser, hvorpaa den skulde bygges, vise sig at være af en saa isoleret og speciel Karakter, at de efter deres Natur ganske udelukke Slutningen til en saa almindelig Lære, men kun kunne yde Rettesnoren for fuldstændig analoge Tilfældes Behandling. Den eneste almindelige Regel, der med nogenlunde Sikkerhed lod sig udlede af Kilderne, var jo efter det lige anførte den, at hvor Causa'en saavel mellem delegatus og delegans som mellem ham og Delegatar var et formentlig bestaaende Skyldforhold, vilde dens Bristen i hegge Retninger i Reglen medføre Delegationsløftets Ugyldighed, dens Svigten alene i Forholdet mellem delegatus og delegans i Almindelighed ikke, medens intet tilsvarende med Sikkerhed lod sig sige, hvor Causa'en alene mellem delegans og Delegatar havde vist sig urigtig. Derimod mangle Holdepunkterne til at opstille en lignende almindelig Ordning for de Tilfælde, hvor Forholdet enten i den ene eller begge Retninger er af en anden Karakter.

a. Hvor begge causæ maatte være svigtede, haves der her væsentlig kun Hjemmel til at statuere samme Resultat, hvor enten Retsgrunden mellem delegatus og delegans var et urigtig for bestaaende antaget Skyldforhold, eller Transaktionen mellem dem var ugyldig paa Grund af dolus, og der da i begge Tilfælde mellem Deleganten og Delegataren skulde effektueres en dos, hvis Forudsætning bortfalder ved Ægteskabets

Opløsning ¹⁾. Men der kommer netop ved disse Tilfælde særlige Momenter frem, der gør det naturligt at behandle dem paa samme Maade som, hvor formentlig bestaaende Skyldforhold i begge Retninger have vist sig urigtige. Hvor en Formuetransaktion er fremkaldt ved dolus, er det jo overhovedet efter Retsordenens Opfattelse ubilligt mod den bevegne at gjøre den gjældende, og dette fraviges alene af Hensyn til den godtroende Tredjemand, som ogsaa fortjener Beskyttelse. Men dette finder jo netop ikke Anvendelse paa en maritus, der efter Ægteskabets Opløsning ikke kan siges at have noget billigt Krav paa dos'en, ihvertfald ikke paa den Del deraf, som han dog skal tilbagegive uxor. Og da denne Indsigelse, Ægteskabets Opløsning, baade er klar, præcis og af en saadan Natur, at der ikke let kan herske fornuftig Tvivl om, at ogsaa Deleganten selv vilde have gjort den gjældende, kan det forklares, at man tillægger delegatus Beføjelse til at fremsætte den, uden at man derfor tør slutte, at der altid skulde tilkomme ham samme Ret, selv hvor disse Forudsætninger med Hensyn til Indsigelsesmomentets Natur ikke komme frem.

b. Hvor alene Retsforholdet mellem delegatus og Deleganten lider af Mangler, haves der vel Hjemmel til at fastholde Sætningen om Delegationsløftets Gyldighed tiltrods herfor, hvor Delegataren, skjønt ikke Kreditor i Henhold til et bestaaende Skyldforhold, var en maritus, der gjorde sit naturlige Krav paa dos gjældende ²⁾. Derimod gives der, som omtalt, udtrykkelig Adgang til at anfægte et Delegationsløfte, afgivet af delegatus i den urigtige Formening at være Delegantens Debitor, hvor Delegataren blot indtager Stillingen af Donatar i Forhold til Deleganten ³⁾. Paa den anden Side gjælder dette sidste dog kun, hvor netop Retsgrunden mellem delegatus og delegans var et formentlig bestaaende Skyldforhold, som bagt efter har vist sig slet ikke at existere, medens delegatus derimod, hvor han selv ved Delegationen tilsigtede at yde Deleganten en Gave, er udelukket fra at gjøre sit personlige beneficium competentiae gjældende, selv overfor Delegantens Donatar ⁴⁾.

c. I de Tilfælde, hvor alene Forholdet mellem Deleganten og Delegataren er behæftet med Indsigelser, findes der, som

¹⁾ jfr. forrige § Ba. ²⁾ jfr. ovenfor Bb. ³⁾ Undtagelse ¹⁾ ovenfor under Bb. ⁴⁾ l. 33 § 3. D. 39. 5, l. 41 pr. D. 42 1.

tidligere berørt, ¹⁾ kun Hjemmel for at udelukke delegatus fra at gjøre saadanne af rent personlig Natur gjældende, og det gjør i saa Henseende ingen Forskjel, om han var Delegantens Skyldner eller i Forhold til ham indtog Stillingen af en frivillig Giver. Omvendt siges det udtrykkeligt, at selv en virkelig Skyldners Delegationsløfte bliver ugyldigt, hvor Delegationen i Forholdet mellem Deleganten og Delegataren skulde bevirke den forbudte donatio inter virum et uxorem, og at en delegatus, der ikke er Delegantens Debitor, kan gjøre dennes exceptio sc. Vellei. gjældende mod Delegataren, men i disse Tilfælde kommer der jo særlige offentligretlige Hensyn frem.

Det udviklede vil vistnok være tilstrækkeligt til at vise, at de romerske Afgjørelser paa dette Punkt ere af en altfor relativ og fragmentarisk Natur til paa dem at bygge en absolut, almindelig Ordning som den af Kindel opstillede ²⁾.

Ikke bedre staar det med den Støtte for sin Lære, som K. søger i selve »Delegationsløftets Natur«. Hvis man med Kindel konstruerer Delegationsbegrebet saaledes, at det bæres af to Retsgrunde, af hvilke en er tilstrækkelig, men ogsaa nødvendig til at holde det oppe, er det vel rigtigt, at hans Theori flyder af Delegationens Natur, saavist som man jo selv i Forvejen har lagt det ind i Begrebet. Men Spørgsmaalet er netop, om denne Konstruktion er den rette. Det er i og for sig en ikke blot mulig Ordning, men en, for hvilken maaske flere praktiske Hensyn kunde tale, at konstruere Delegationsløftet saaledes, at det til en vis Grad forblev uafhængigt af maaske endogsaa begge Retsgrunde, idet den nærmere Ordning med Hensyn til dem overlodes til udelukkende Arrangement mellem de paagjældende Parter selv, — saa at med andre Ord Delegationsøjemedet selv som saadant blev anset som tilstrækkeligt til at bære Transaktionen. Omvendt er det ingenlunde givet, at i alle Tilfælde det ene Retsforhold skulde være tilstrækkeligt til at opretholde den, hvor det andet var bristet, men det er meget vel muligt, at det i visse Tilfælde kan være naturligt at statuere en saadan Sammenknytning mellem Delegationsløftet og det bortfaldne Forhold, at dette alene vil være istand til at drage Delegationen med sig i Faldet.

At det heller ikke paa dette Punkt er muligt at bringe

¹⁾ ovenfor Bc. ²⁾ jfr. saaledes ogsaa tildels Regelsbergers i Krit. Vierteljahrschrift. Bd. 28 S. 387.

Livets Mangfoldighed ind under en saadan simpel matematisk Formel, bliver særlig klart, naar man betænker de mange relative Hensyn, der maa være bestemmende for Ordningen i det enkelte Tilfælde.

Der er for det første Hensynet til Delegataren, som aabenbart kræver Delegationsløftets Opretholdelse. Men hvilken Vægt der skal tillægges dette Hensyn, beror i høj Grad dels paa Beskaffenheden af hans Retsforhold til Deleganten, hvilken Karakter hans Ret derefter har, og hvilke Indsigelser dette maatte gjøre ham forberedt paa, dels, forsaavidt der er Tale om at stille Delegationsløftet i Afhængighed af Forholdet mellem delegatus og delegans, hvilken Adgang han maa antages at have haft til at blive bekjendt med dettes nærmere Karakter, og hvilken Vægt der maa antages at være lagt paa denne Kundskab.

Omvendt er der Hensynet til delegatus, der aabenbart i mange Tilfælde vilde kræve hans Løftes Omstødelse. Hans Interesse i at gjøre Mangler ved hans eget Forhold til delegans gjældende er klar, men der kan efter det anførte kun tillægges den en relativ Beskyttelse. Han vil imidlertid ogsaa efter Omstændighederne kunne være interesseret i Fremsættelsen af Indsigelser, hentede fra Delegatarens og Delegantens indbyrdes Forhold. Dog vil den Vægt, som han maa antages at lægge herpaa, i høj Grad afhænge af Sagens nærmere Omstændigheder, navnlig Karakteren af hans Forhold til delegans. Er han f. Ex. virkelig Skyldner af denne, vil hans Interesse sjældent føre ham til at anfægte sit Delegationsløfte, naar dette blot har frigjørende Virkning for ham i Forhold til delegans. Det omvendte vil være Tilfældet, hvor han har afgivet sit Delegationsløfte i den fejlagtige Formening at være delegans et dertil svarende Beløb skyldig. Ganske vist maa han i dette Tilfælde, naar han paa sin formentlige Kreditors Foranledning har foretaget Delegationen, ved en *condictio indebiti* overfor denne kunne forlange at se sit ved Delegationen paaførte Tab udjævnet. Men det er dog klart, at det vilde stemme bedre med hans Tarv, ved en *exceptio* i Forhold til Delegataren paa Forhaand at kunne afværge ethvert Tab, end foreløbig at bære dette med det usikre Haab ved Hjælp af sin *condictio* at erholde Godtgjørelse derfor af Deleganten ¹⁾. Imellem disse

¹⁾ jfr. l. 7 § 1 D. 44. 4, hvor denne Opfattelse erklæres at have *humanitatem* for sig.

to Ydertilfælde staa da en Række Tilfælde, der udvise en ofte næsten umærkelig, gradvis Overgang fra en Interesse omtrent lige saa stor som i det lige omtalte Tilfælde af formentlig Skyld til en næsten lige saa minimal som, hvor delegatus virkelig var Skyldner.

Endelig kommer Hensynet til Deleganten. Hvad angaar Forholdet til delegatus, er det klart, at han vil være omtrent lige saa interesseret i, at derfra hentede Mangler ikke gjøres gjældende mod Delegationsløftet, som delegatus i det modsatte. Med Hensyn til hans eget Forhold til Delegataren kræver hans Interesse paa den ene Side, at de af Forholdet udspringende Indsigelser, som han selv vilde have gjort gjældende, ogsaa saa vidt muligt fremsættes, hvor Delegationsløftet søges fremtvunget, idet Konsekvenserne ellers indirekte vilde komme til at ramme ham selv, da han jo paa en eller anden Maade maa yde delegatus Dækning derfor, men at paa den anden Side Forholdet ikke forstyrres af delegatus ved hans Fremsættelse af andre Indsigelser, som i og for sig kunde gjøres gjældende mod det oprindelige Forhold, men som Deleganten maaske netop ved Delegationen har villet give retligt Afkald paa, eller ihvertfald faktisk vilde have undladt at benytte sig af. Hvorvidt da en saadan Beføjelse til at gjøre den oprindelige Kreditors Indsigelser gjældende i det enkelte Tilfælde skal anses tillagt delegatus, maa i høj Grad afhænge saavel af Indsigelsens Natur som af samtlige Sagens nærmere Omstændigheder.

Med alle disse relative, ofte modstridende Hensyn, der komme frem ved Forholdet, for Øje vil man forstaa, at Kindel's Forsøg paa at indordne det under en absolut matematisk Formel maatte strande. Snart vil et af disse forskjellige, snart et andet gjøre sig gjældende med større Vægt og derved bringe Afgjørelsen til at falde ud til den ene eller den anden Side. Den nærmere Afvejelse af dem mod hinanden og Fastsættelsen derefter af Resultatet for det enkelte Tilfælde maa overlades til Livets og Fortolkningens Kunst. Herved ville de Retstanker, der ere komne til Orde i de store romerske Juristers Afgjørelser, paa dette Punkt som ved de fleste andre formueretlige Spørgsmaal, ikke kunne andet end være os af overordentlig Værdi. Men denne vilde betydelig formindskes, hvis man i Stedet for at betragte disse Tanker som blot vejledende vilde tillægge dem en axiomatisk Gyldighed, som deres Ophavsmænd ikke et Øjeblik have tiltænkt dem, og derved i Stedet for Ledestjærner gjøre dem til Lygte-

mænd, der førte os bort fra Livets frugtbare Jordbund ud paa Dogmatikens golde Hedemark. ¹⁾ —

I stik Modsætning til den ovenfor omtalte »Abstraktions-theori« staar Danz's ²⁾ »Successionstheori«. Denne gaar ud paa at betragte Delegationen blot som en aktiv eller passiv Succession i Skyld, medens den saakaldte »rene« eller »abstrakte« Delegation nægtes enhver Plads i den romerske Ret. Efter ham har Delegationen i teknisk Forstand altid Hensyn til et bestaaende Skyldforhold og kan da i Relation til dette enten fremtræde som aktiv, nemlig saaledes at en ny Kreditor, Delegataren, indtræder i det bestaaende Skyldforhold mellem delegatus og Deleganten, eller som en passiv Delegation, hvor nemlig en ny Skyldner, delegatus, overtager den bestaaende Skyld fra Deleganten til Delegataren. Det følger da ligefrem af Forholdets Karakter, at i det første Tilfælde delegatus vel kan fremsætte Indsigelser fra sit oprindelige Forhold til Deleganten mod Delegataren i dennes Egenskab af ny Kreditor, men er afskaaret fra at gjøre Indsigelser fra Forholdet mellem Delegant og Delegatar gjældende, medens han omvendt ved den passive Delegation i sin Egenskab af ny Debitor kan anfægte sit Løfte i samme Omfang som den oprindelige Skyldner, Deleganten, men derimod Indsigelser fra Mellemværendet mellem ham og Deleganten blive det ved Skyldovertagelsen begrundede Forhold uvedkommende.

Det er imidlertid allerede ovenfor berørt, at Danz herved gaar ud fra et snævrere Delegationsbegreb end det, der fremtræder i de romerske Kildeafgjørelser. Efter disse haves der ingen Hjemmel til at indskrænke Delegationen til bestaaende Skyldforhold, endsiige til Tilfælde, hvor den kan siges at konstituere en Succession i et saadant ³⁾. Han naar da ogsaa kun til sit Resultat ved at undergive forskjellige Kildesteder en ret vilkaarlig Fortolkning, saaledes særlig l. 11 D. 46. 2, hvor

¹⁾ jfr. Kohler i Jahrb. f. Dogm. Bd. 18 S. 142—143: »Unter diesen Umständen kann und soll in wissenschaftlichen Abhandlungen das Röm. Recht nur noch als eine »raison écrite«, als eine grossartige wissenschaftliche Autorität gelten, welche wie jede menschliche Autorität der Kritik unterliegt; dasselbe soll uns frommen durch seine innere Tüchtigkeit, durch seinen reichen Gehalt, durch die Tiefe seines Blicks; es soll uns aber nicht imponiren als formale Macht, welche jedem Fortschritt des Verkehrsrechts ein Halt entgegenruft«.

²⁾ i hans ovenciterede Skrift og Afhandlinger.

³⁾ jfr. saaledes v. Blume l. c. S. 23.

han søger at finde en for sin Theori brugbar Definition af Delegationen.¹⁾

Det maa herefter for det første fastholdes, at der foreligger adskillige Delegationstilfælde i den romerske Ret, der ingenlunde lade sig betegne som Succession i bestaaende Skyldforhold. Hans Theori lider imidlertid ogsaa af en anden Fejl. Han gaar bestandig ud fra, at Delegationen maa konstituere enten en aktiv eller en passiv Succession; de Tilfælde, hvis Forekomst i Kilderne dog utvivlsomt ikke kan nægtes, hvor der paa én Gang effektueres baade en aktiv og en passiv Indtrædelse i bestaaende Skyldforhold, synes han altsaa ganske at lade ude af Betragtning²⁾, og disse vil hans Theori ogsaa efter sit Indhold være udelukket fra at finde Anvendelse paa. Hvor Delegationen nemlig er af aktiv Natur, skal delegatus kunne gjøre Indsigelser fra sit eget Forhold til delegans gjældende, men, ialtfald som Regel, ikke dem hentede fra dennes Forhold til Delegataren; ved den passive Delegation skal det omvendte gjælde, men hvorledes skal paa et og samme Forhold paa samme Tid to stik modsatte Ordninger kunne finde Anvendelse?

I Forbindelse hermed staar endnu et Punkt. Danz synes at forudsætte, at et Delegationsforhold altid maa være enten helt aktivt eller helt passivt; at det skulde kunne være delvist det ene eller andet, synes han ikke at tænke sig Muligheden af. Og dog synes der allerede, naar han selv indrømmer, at der saavel ved den aktive som passive Delegation er hjemlet forskellige Undtagelser fra, hvad der skulde flyde af denne retlige Konstruktion, deri at ligge en Erkjendelse af, at Forholdet dog reelt ikke helt har denne Karakter. Dette bestyrkes yderligere ved den tidligere fremhævede Omstændighed, at delegatus ofte overfor et vist Forhold kan fremsætte visse Indsigelser, men er afskaaret fra andre, hvad jo netop vil sige, at han i første Retning behandles som Successor, i sidste ikke.

Ifølge alt dette tør derfor næppe heller Danz siges fri for, paa mangelfuldt Kildemateriale at have opstillet en Delegations-theori, som han dernæst har søgt at presse de enkelte Afgjørelser ind under, i Stedet for at tage disse umiddelbart, som

¹⁾ hans Skrift S. 29 ff., men derimod f. Ex. Windscheid: Pand. II. § 353 S. 313 Note 9, Regelsberger i Krit. Vierteljahrschrift Bd. 28 S. 380.

²⁾ jfr. Kindel l. c. S. 61.

de foreligge, og tillægge alle de i dem indeholdte Retstanker den samme, men ogsaa kun relative Værdi, hvormed de fremtræde i Enkeltafgjørelserne.

§ 12.

Causa'en ved stipulatio.¹⁾

Stipulationens Hovedejendommelighed var som bekendt en vis Formbundenhed. Denne gik vel ikke saa vidt som til at betinge Løftets Gyldighed af, at Parterne betjente sig af bestemte Vendinger, men kom til Udtryk deri, at Kreditors Spørgsmaal og Debtors Svar skulde befinde sig i fuldstændig Overensstemmelse med hinanden, at den førstes »spondesne« og den sidstes »spondeo« skulde være nøjagtig af samme Indhold.

Hermed er da tillige Muligheden givet for til en vis Grad at tillægge det saaledes fixerede Retshandelsgrundlag selvstændig retlig Betydning. Ved et almindeligt mundtligt Løfte lod det sig, som flere Steder i det foregaaende nærmere berørt, umuligt gjøre. Det er i det langt overvejende Antal af Tilfælde givet, at Løftet kun har været et enkelt Led i et mere almindeligt retligt Mellemværende, hvori det for den Part, der afgav det, alene var Middel til Opnaaelse af noget andet, som han ønskede til Gjengjæld. Med andre Ord: i de 99 af 100 Tilfælde vil hans Løfte have haft Opnaaelsen af et vist Vederlag ikke blot til afgjørende Forudsætning, men til umiddelbart Maal, og hans Vilje i saa Henseende vil i Reglen under Forhandlingerne mellem Parterne være kommet mindst lige saa klart til Udtryk som hans Forpligtelsesvilje. Man vilde derfor mangle ethvert Holdepunkt for en Proces, hvorved man udskilte Løftet fra det formueretlige Mellemværende, hvori det kun har været et enkelt organisk Led, og tillagde det en selvstændig Betydning, som ikke et Øjeblik havde været tiltænkt det.

Et saadant Holdepunkt yder imidlertid netop Stipulationsformen. Det ved denne forekommende »spondesne-spondeo« danner en Ramme, der bestemt afgrænser Stipulationen og

¹⁾ jfr., foruden Bähr's »Anerkennung«, Gneist: Die formellen Verträge. 1845, Liebe: Die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840, Schlesinger: Zur Lehre von den Formalcontracten. 1858, Schlossmann: Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge. 1868, Schulin: Geschichte des Röm. Rechts. 1889. S. 332 ff.

dens Indhold fra de Forhandlinger mellem Parterne, der maatte have ledsaget den¹⁾. Og denne Mulighed for en separat Behandling af Stipulationsløftet, som derved er skabt, kunne da flere praktiske Grunde føre Retsordenen til at benytte sig af.

Det maa for det første erindres, at selv om en Forventning om et vist Vederlag til Gjengjæld for Løftet maa siges at være det langt overvejende sædvanlige, er det dog ingeniunde nogen undtagelsesfri Regel. I disse Undtagelsestilfælde vil man da netop ramme det rette ved at holde sig til Stipulationsløftet, som det foreligger, uden at granske videre efter eventuelle Forudsætninger om Vederlag hos Løftegiveren.

Men det maa videre fremhæves, at selv om Løftegiveren virkelig har været bestemt af saadanne Forudsætninger, er det ingeniunde givet, at Stipulationens Gyldighed skulde anfægtes derved. Det kan være, at enten hans Vederlagsforudsætning allerede ved hans Løftes Afgivelse var fyldestgjort, eller at han dog ventede at se den bragt til Opfyldelse paa anden Maade end ved at gjøre den til Gyldighedsbetingelse for sit Løfte. Og at dette netop i det enkelte Tilfælde har været hans Mening, derom vækkes der en stærk Formodning ved den Omstændighed, at han har afgivet sit Stipulationsløfte rent, uden at føje nogen Vederlagsbetingelse til det.

Paa den anden Side er det klart, at store Fordele for Kreditor ere forbundne med saaledes at kunne gjøre Stipulationsløftet gjældende uden at behøve at inklade sig paa det ofte i høj Grad intrikate og prekære Vederlagsspørgsmaal.

Hans Interesse vilde nu selvfølgelig i og for sig blive bedst fyldestgjort ved en Ordning, der aldeles eliminerede dette Spørgsmaal fra Stipulationsprocessen og overlod alle herhen hørende Momenter til Prøvelse under en ny Sag. Imidlertid vil i de fleste Tilfælde hans berettigede Interesse næppe kunne siges at kræve saa meget, men maa antages at være sket tilstrækkelig Fyldest, naar der blot gives ham Midlerne til at gennemføre, hvad der virkelig er hans Ret, uden som Grundlag for den at skulle være nødt til at støtte sig til Momenter, som det vil være vanskeligt for ham at godtgjøre. Men helt at nægte Debitor paa sin Side Adgang til at oplyse, at den af Kreditor paa Stipulationens formelle Ordlyd støttede Ret i Virkeligheden ifølge det til Grund derfor liggende retlige Mellemværende ikke tilkommer ham, vilde vække ikke ringe Betænkelighed. Det

¹⁾ jfr. Jhering: Geist des römischen Rechts II. 2. S. 479 ff.

wilde i mange Tilfælde føre til ubillig Haardhed mod Løftegiveren og til Resultater i høj Grad stridende mod den materielle Retfærdighed.

Efter disse almindelige Betragtninger skride vi til Undersøgelsen af, hvilken Vægt den positive romerske Ret har tillagt disse forskjellige Hensyn til derpaa at bygge en Retskraft for Stipulationsløftet i sig selv, uafhængig af det materielle Mellemværende, der har fremkaldt det.

Man plejer her at spørge, hvorvidt Stipulationen er »abstrakt«. Denne Formulering lider imidlertid af stor Ubestemthed, og det viser sig da ogsaa, at de forskjellige Forfattere derved forstaa i høj Grad uensartede Ting. I Ordet »abstrakt« ligger jo i og for sig kun, at der er abstraheret fra et eller andet, altsaa i dette Tilfælde fra Stipulationens causa, men i hvilket Omfang denne Abstraktion er sket, og hvilken Betydning den nærmere har faaet ved den retlige Ordning, indeholder det ikke den mindste Antydning af. I Stedet for at rette Undersøgelsen paa et saadant taaget filosofisk Begreb, ville vi opløse det i de forskjellige Spørgsmaal af real Betydning, som det rummer, og søge at yde Besvarelsen af hvert Punkt for sig. »Causa« bruges herved i den snævrere og egentlige Betydning af en i Almindelighed ∴ hvis Løftet ikke forelaa i Stipulationsformen, retlig betydende Vederlagsforudsætning hos Løftegiveren.

I. Man kan for det første forstaa Stipulationens abstrakte Karakter saaledes, at dens Uafhængighed af det materielle Mellemværende, der maatte have fremkaldt den, er gjort absolut. Man holder sig da kun til Løftet efter dets formelle Ordlyd, idet ethvert Moment ud over det Faktum, at han har afgivet en Forpligtelseserklæring i den efter Loven forbindende Form, af Retsordenen kategorisk er afskaaret fra at kunne faa Betydning, m. a. O. causa'en kan overhovedet ikke faa nogen retlig Virkning ved Stipulationen.

At den romerske stipulatio nu ikke er abstrakt i en saa vid Betydning, vil en Betragtning af Romerrettens Regler snart vise.

a. Om den overhovedet, selv ved sin allerførste Tilsynkomst, har haft en saa absolut formel Karakter¹⁾, tør man næppe udtale noget ganske bestemt, om end det maa erkjendes, at en saadan Ordning vilde være i en vis Harmoni

¹⁾ For denne Antagelse Liøbe l. c. S. 83.

med den store Formbundenhed, der hersker paa saa mange andre Punkter af den ældste Formueret. Men givet er det i hvert Fald, at det ikke har varet længe, inden Stipulationen er naaet ud over dette Stadium. Man anerkjender meget tidlig en Adgang til at indføje Betingelser i Stipulationen, og dermed er da ogsaa Muligheden aabnet for at faa tillagt Vederlagsforudsætningen Betydning¹⁾. Exempel paa, at saaledes den afgjørende Forudsætning om Vederlag ikklædes Formen af en Betingelse, frembyder vistnok i den justinianske Lovsamling l. 19 § 6 D. 39. 5, hvor den der omtalte Betingelse («hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum») ved sin Evne til at gøre Dispositionen til en »ob rem«-Transaktion i Stedet for en blot donatio synes at vise, at der i Virkeligheden er Tale om den for Løftgeveren afgjørende Vederlagsforudsætning.

Naar der fra flere Sider udtrykkelig omtales²⁾ eller forudsættes³⁾ en særlig »causa stipulationis«, kan derfor hermed ikke antages at være ment, at Spørgsmaalet om enhver anden causa end selve Stipulationen ved den skulde være udelukket. »Causa« er her brugt i den Betydning af formel Erhvervsakt, hvori det ofte findes anvendt i Kilderne⁴⁾, og det varieres ogsaa ofte⁵⁾ i denne Forbindelse med »modus«, der gjør Betydningen »Erhvervsmaade« særlig klar. Man taler i samme Forstand om en »causa traditionis«⁶⁾, medens man ved samtidig at beskæftige sig med Spørgsmaalet om, af hvilken causa Traditionen er udsprunget⁷⁾, klart viser, at causa'en i dens anden Betydning af Vederlagsforudsætningen ogsaa vel kan blive af retlig Virkning. Det samme fremgaar for Stipulationens Vedkommende i sin Almindelighed af l. 15 § 3 D. 49. 17, hvor det om Slaven siges at han »stipuletur ex quacumque causa«. Ogsaa i det enkelte frembyde Kilderne talrige Exempler paa en i Stipulationen optagen »causa« i dette Ords Betydning af retligt Udtryk for Vederlagsforudsætningen.

Det hyppigst forekommende Tilfælde er en stipulatio foretagen »dotis causa«⁸⁾, men der nævnes ogsaa en »novandi

¹⁾ Jhering: Geist des röm. Rechts II. S. 541—542.

²⁾ saaledes l. 17 D. 21. 2, l. 1 pr. D. 20. 4.

³⁾ saaledes l. 10 § 1 D. 41. 1, § 3 I. 2. 9, Gai. Inst. II. 87.

⁴⁾ jfr. ovenfor S. 17 ff.

⁵⁾ f. Ex. i l. 1 § 15 D. 41. 2, l. 37 pr. D. 41. 1.

⁶⁾ saaledes i de i Note 3 citerede Steder.

⁷⁾ f. Ex. l. 31 pr. D. 41. 1, l. 55 D. 44. 7.

⁸⁾ f. Ex. l. 4 § 2 D. 2. 14, l. 21 D. 23. 3.

causa«,¹⁾ en »causa lucrativa«²⁾ eller en stipulatio, foretagen »credendi causa«,³⁾ ligesom Stipulationen efter selve sit Indhold klart kan referere sig til et mutuums-Forhold⁴⁾ eller lignende Mellemværende⁵⁾ mellem Parterne eller f. Ex. til en betinget Legatret⁶⁾.

Et beslægtet Forhold fremkommer, hvor Stipulationen vel ikke omtaler nogen causa imellem de stipulerende Parter selv, men saaledes henviser til et Mellemværende mellem den ene af dem og en Tredjemand, at den for dette afgjørende causa maa antages at være gjort til integrerende Bestanddel ogsaa af Stipulationsforholdet. Dette er saaledes Tilfældet ved fideiussio, som ved selve sin Form (»idem fide tua esse jubesne«) stilles i accessorisk Forhold til Retsforholdet mellem Hoveddebitor og Kreditor, og paa lignende Maade ved en Delegation, forsaavidt denne ifølge selve Delegationsaktens Indhold antager Karakteren af en Succession enten i Delegantens Ret mod delegatus⁷⁾ eller i hans Pligt overfor Delegatøren⁸⁾.

I saadanne Tilfælde, hvor Stipulationen ifølge selve sit Indhold er gjort »causal«, maa de almindelige Regler om den obligatoriske Retshandels causa i det hele komme til Anvendelse. Til at antage nogen »Abstraktion« fra den causa, som Stipulationsforpligtelsen netop udtrykkelig knyttes til, mangler der enhver Hjemmel. Stipulationsformen kan tjene til nærmere Fixering af Forpligtelsens Indhold, og for saa vidt kan det ogsaa her siges, at »per eas firmitas obligationum constringitur«,⁹⁾ men hvad Causaforholdet angaar, maa en saadan Stipulation i alt væsentlig faa en Behandling svarende til, hvad der gjælder om det formløse Løfte. Højest kan der blive Spørgsmaal om med Hensyn til visse Momenter, der herefter ere af Betydning, at tillægge Stipulationen Virkning som Anerkjendelse af deres virkelig foreliggende Existens. Dette skal berøres nærmere nedenfor, hvor Stipulationens Karakter af Anerkjendelse undersøges i sin Almindelighed. For Causaforholdets almindelig afgjørende Betydning for Stipulationen i saadanne Tilfælde er der klare Udtryk i l. 4 § 2 D. 2. 14 og l. 41 § 1

¹⁾ f. Ex. i l. 14 § 1 D. 46. 2. ²⁾ l. 83 § 6 D. 45. 1.

³⁾ nemlig til Sikring af Kreditgiverens Krav, l. 2 § 5 D. 12. 1.

⁴⁾ f. Ex. l. 18. § 3 D. 45. 3. ⁵⁾ l. 47 D. 45. 1. ⁶⁾ l. 1 § 14 D. 36. 3.

⁷⁾ saaledes f. Ex. l. 27 D. 46. 2.

⁸⁾ saaledes l. 122 § 4 D. 45. 1, jfr. ovenfor S. 112 ff.

⁹⁾ Paul. Rec. Sent. V. 7 § 1.

D. 23. 3, hvor det siges, at en stipulatio dotis causa facta, i Tilfælde af at nuptiae non secutae, »ipso iure evanescit«, eller at der i dette Tilfælde »ex stipulatu agi non potest«, endvidere i l. 21 D. 23. 3, hvor det udtales, at der ifølge en saadan Stipulation »ita demum ex ea agi posse, si nuptiae —«, og i l. 3 § 5 D. 37. 6, hvor Debitor i Tilfælde af den af selve Stipulationen klart fremgaaende causa's Svigten siges at være »ipso iure tutus«. Disse Enkeltafgjørelser maa antages for Anvendelser af den i l. 1 § 14 D. 36. 3 almindelig udtalte Tanke: »huic stipulationi easdem causas et condiciones inesse«, scil. som det oprindelige Forhold.

b. Stipulationsløftet er altsaa ikke abstrakt i den Forstand, at det skulde være udelukket ved Optagelse af dets Causamomenter i Stipulationen at stille Løftets Virkning i Afhængighedsforhold til disse. Men man kunde forstaa Stipulationens abstrakte Natur saaledes, at man ved dens retlige Behandling netop abstraherede fra alt, hvad der ikke var optaget i selve Stipulationsformens Ramme, saa at altsaa ethvert Causaelement, der ikke havde fundet udtrykkelig Omtale dér, var afskaaret fra at øve nogensomhelst retlig Indvirkning paa Forholdet.

Men ogsaa en saadan formel Opfattelse af Stipulationen vilde komme i bestemt Strid med mange Udtalelser i Kilderne.

Den synes for det første ikke ret vel at lade sig bringe i Harmoni med almindelige Udtalelser som i l. 8 D. 19. 5 »tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret«, skal dette Kontraktvilkkaar dog blive af Betydning, — i l. 41 § 1 D. 23. 3 »magis enim res quam verba intuenda sunt«, fremdeles i l. 5 pr. D. 45. 1 »et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto«, i l. 83 pr. D. 45. 1 »Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur«, og endelig i l. 52 pr. eod. »In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant«.

Den nøje Sammenhæng, der saaledes kan være etableret mellem en Stipulation og det til Grund for den liggende retlige Mellemværende, illustreres ved det i Kilderne hyppig behandlede Tilfælde, at Stipulationen sker til Sikring af en Kreditors ved mutuuum begrundede Krav. Medens selve det reale Moment, Pengenes Overlevering, ellers for sig alene har en selvstændig virkende Betydning til at begrunde Restitutionskravet, hvilken,

selv hvor en Stipulation er indgaaet desangaaende, i mere abnorme Situationer kan komme frem¹⁾, forsvinder denne som almindelig Regel, hvor Pengenes Overlevering foregaar i Kontinuitet med en Stipulation om deres Tilbagebetaling. Realpræstationen bliver da fra selvstændigt Moment til organisk Bestanddel i det til Stipulationsløftet knyttede Mellemværende mellem Parterne. Det er denne Tanke, der udtrykkes, naar det i l. 126 § 2 D. 45. 1 siges, »quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum«, eller i l. 6 § 1 D. 46. 2 »unus contractus est« og endelig i l. 7 eod. »id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri«.

Fra en anden Side kommer Afhængighedsforholdet til Udtryk, naar der i l. 2 § 3 D. 44. 4 hjemles en exceptio mod en saadan Stipulation, »si crediturus pecuniam stipulatus est nec credit« og flere andre, der for det Tilfælde, at Pengenes Udbetaling ikke som forventet finder Sted, hjemle en exceptio non numeratae pecuniae.²⁾

Et andet klart Tilfælde af Afhængighed mellem Stipulationen og det til Grund for den liggende Mellemværende, selv uden udtrykkelig Henvisning dertil i selve Stipulationsakten, frembyder den saakaldte »accessoriske« Stipulation. Et Tilfælde deraf danner Kaution, hvor dog i Reglen Afhængighedsforholdet vil være kommet til Udtryk i Akten selv, men Begrebet har et videre Anvendelsesomraade, nemlig overalt, hvor Stipulationen tjener til Sikring af et økonomisk Maal, der allerede i Forvejen er sikret ved et andet Retsmiddel, enten mellem de samme eller andre Parter.³⁾ Dette Forholds ejendommelige Væsen viser sig da deri, at der, naar enten det for Stipulationen og det andet Retsmiddel fælles økonomiske Formaal er bortfaldet ved en senere Overenskomst, der direkte og formelt kun har haft det andet Retsmiddel til Gjenstand, eller naar Formaalet ved Hjælp af det sidste allerede er opnaaet, gives Adgang til Anfægtelse af Stipulationen. Det

¹⁾ jfr. f. Ex. l. 9 § 4 D. 12. 1, l. 20 § 1 D. 15. 3, l. 3 C. 8. 38.

²⁾ se f. Ex. den generelle Regel derom i l. 4 § 16 D. 44. 4.

³⁾ Exempler forekomme i l. 8 § 5 D. 46. 2 (Stip. baade »ab alio« og af uxor »dotis nomine«), l. 84 § 6 D. 30 (stipulatio til gener og legatum til filia i samme Øjemed), l. 3 D. 18. 5 og l. 28 D. 19. 1 (actio empti eller venditi og ex stipulatu), l. 9 pr. D. 46. 2 (actio tutelae og ex stipulatu).

siges saaledes i l. 84 § 6 D. 30 »alterutra actione contenti sint«, i l. 8 § 5 D. 46. 2 »uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur«; derfor hjemles der i saadanne Tilfælde en exceptio imod Stipulationen, og i l. 18 D. 45. 1 siges det endogsaa: »Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur«.

II. Saa meget maa herefter siges at staa fast, at Sætningen om Stipulationsforpligtelsens abstrakte Natur ihvertfald ikke lader sig forstaa saaledes, som om den kun kunde have denne Karakter. Den kan være stillet i Afhængighedsforhold til sin causa paa ganske samme Maade som enhver anden obligatorisk Forpligtelse, Spørgsmaalet bliver kun, om den ogsaa kan faa retlig Virkning til en vis Grad løsrevet fra causa'en. Ikke paa Stipulationens nødvendige, men paa dens mulige abstrakte Natur staa altsaa Spørgsmaalet.

Dette frembyder imidlertid igjen flere Sider, som hver maa finde sin særskilte Besvarelse.

a. Kan en Stipulationsforpligtelse tænkes uden causa? — Vi spørge her ikke om, hvorvidt Stipulationen selv behøver at angive en causa, eller en saadan paa anden Maade skal oplyses, heller ikke om den nærmere retlige Karakter af Forholdet mellem Forpligtelsen og dens causa, men Spørgsmaalet er det rent faktiske: Kan nogen have afgivet et Stipulationsløfte, uden at derved Tanken om en causa i Betydning af en Forudsætning om Vederlag eller den bevidste Negation af et saadant derved har gjort sig gjældende?

Svaret herpaa kan ikke være tvivlsomt. En causa i subjektiv Forstand er en psykologisk Nødvendighed.¹⁾ Uden en saadan causa vilde Løftet være en Handling uden Maal, som intet fornuftigt Menneske kunde antages at inklade sig paa.

Kun kan det være muligt, at der mellem de kontraherende Parter ikke hersker Overensstemmelse med Hensyn til causa'en. Stipulationen maa da i Retsordenens Øjne anses for at være »sine causa«. Det maa altsaa ganske afhænge af de almindelige Regler angaaende Spørgsmaalet om en causa's Existens, der strax nedenfor nærmere skulle udvikles, om det paa viler Stipulanten at paavise en saadan Overensstemmelse, eller det omvendt maa være Skyldnerens egen Sag at godtgjøre, at den ikke har foreligget, naar han derpaa vil støtte Indsigelser mod Stipulationen. Er imidlertid herefter den Kjendsgæring,

¹⁾ Bähr l. c. S. 13 (8).

at der mellem Parterne hersker Uenighed om causa'en, hvilket fra Rettens Standpunkt vil sige det samme, som at den slet ikke har nogen causa, bragt paa det rene, kan der næppe være Tvivl om, at Konsekvensen bliver Stipulationens Ugylldighed, jfr. det for obligatoriske Retshandler i Almindelighed opstillede Princip i l. 57 D. 44. 7, hvor det netop udtrykkelig fremhæves at gjælde, »in omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint«.

b. En eller anden causa maa altsaa Stipulationen saavel som ethvert andet Løfte have. Men Spørgsmaalet bliver, om causa'en i den brogede Skikkelse, som den kan antage efter Livets skiftende økonomiske Fornødenheder, ogsaa nyder retlig Anerkjendelse, hvilket i sig selv ingenlunde er givet.¹⁾ Saaledes var f. Ex. i den romerske Ret de formløse Konsensualkontrakter kun opretholdte som gyldige, forsaavidt de hvilede paa visse, bestemt præciserede causæ. Hvis en lignende Begrænsning ikke gjælder for Stipulationen, vilde dette give en vis Feje til at betegne den som abstrakt, idet nemlig dens Gyldighed ikke er afhængig af en enkelt konkret causa. Er altsaa Stipulationsløftet abstrakt i denne Forstand, at det er fri for saadanne Indskrænkninger i de retlig anerkjendte causa'ers Kreds?

Dette maa besvares bekræftende. Naar causa'en ikke ligefrem var »turpis«, var forøvrigt dens Karakter ganske ligegyldig.

Rigtigheden heraf fremgaar modsætningsvis af Reglen om det formløse pactum i l. 7 §§ 1, 2 D. 2. 14, at dette kun er gyldigt, naar enten Kontrakten »transit in proprium nomen«, eller der ligger en causa i Form af en Realpræstation til Grund derfor. En Enkeltafgjørelse, der giver et klart Udtryk for den derved antydede Modsætning mellem stipulatio og pactum, indeholdes i l. 45 D. 2. 14, som udtaler, at et »divisionis placitum« maa ske i Stipulationsformen, da det ellers som »nudum pactum« vil være uden Betydning. L. 11 § 1 D. 46. 2 er et andet Exempel paa, at en causa (delegationis), der ikke vilde være tilstrækkelig til at bære et pactum, bliver god, forsaavidt der foreligger en stipulatio. Sætningen maa mere almindelig støttes paa det negative Faktum, at stipulatio

¹⁾ jfr. med et lidt andet Forhold for Øje v. Blume l. c. S. 43: »Ein jeder Vertrag hat eine materielle causa, aber nicht jede materielle causa ist zum Thatbestand des Rechtes entwickelt«.

stadig i Kilderne omtales som den almindelige Form for Erhvervelsen af obligatoriske Rettigheder, uden at der et eneste Sted udtales nogen anden Indskrænkning med Hensyn til dens causa, end at denne ikke maa være turpis, og der er da ogsaa næppe nogensinde rejst grundet Tvivl om dens Rigtighed.

c. Den sidste Sætning om causa'ens retlig ligegyldige Karakter indeholdt en ikke ringe Udvidelse for Stipulationen sammenlignet med de andre romerske Kontraktsformer. Men Sætningen om, at Stipulationen lige saa vel som ethvert andet Løfte maa have en eller anden causa, blev ikke derved røkket. Hermed er imidlertid ikke sagt noget om, hvorvidt Stipulationen selv behøver at angive den causa, der saaledes faktisk ligger bagved den. Dette, som man ogsaa undertiden bringer i Forbindelse med Stipulationens abstrakte Natur, bliver altsaa et nyt særligt Spørgsmaal.

En Betragtning af Stipulationen, som den viser sig ved sin historiske Tilsynekomst og endnu bærer tydelige Spor af i den justinianske Retssamling, vil give os Besvarelsen. Det indispensable Moment i Stipulationen er herefter klart den ved Rammen »spondesne-spondeo« hidførte nøje Fixering af Forpligtelsens Indhold, men til at opstille noget tilsvarende Rekvizit med Hensyn til Forpligtelsens causa haves der ikke den svageste Hjemmel. Det lader sig maaske endogsaa betvivle, om det fra først af overhovedet har været muligt at faa causa'en indført i Stipulationsformen; om nogen Nødvendighed i saa Henseende kan der i hvert Fald ikke være Tale. Efterhaanden taber vel Stipulationen, samtidig med at Stivheden i dens Former noget afsvækkes, en hel Del af sin absolute Karakter, saa at der navnlig aabnes Adgang til at give Stipulationsforpligtelsen et mere relativt betinget Indhold ved at knytte den sammen med dens causa. Men derfor at gjøre Angivelse af denne til nødvendigt Element i Stipulationen vilde være et Spring i den historiske Udvikling, for hvilket ikke blot ingen Hjemmel taler, men som ogsaa ret bestemt modsiges derved, at endnu i den justinianske Ret det overensstemmende Spørgsmaal og Svar med Hensyn til Løftets Indhold stadig betones som det ufravigelige Moment,¹⁾ uden at noget i samme Retning antydes med Hensyn til dets causa.

d. Fordi Stipulationen ingen causa behøver at angive, er

¹⁾ jfr. l. 10 C. 8. 37 i Forbindelse med pr. Inst. 3. 15.

det imidlertid ingenlunde givet, at den har Virkning uden causa. Det lod sig saaledes tænke, at den vel ikke behøvede selv at indeholde noget om sin causa, men at den dog kun fik Retsvirkning i Forbindelse med Oplysning om causa'en, saaledes at altsaa Stipulator for at gjøre Løftet gjældende foruden selve Stipulationen maatte godtgjøre den causa, der laa til Grund derfor.¹⁾ Er dette nu Tilfældet, eller er Stipulationsløftet i den Forstand abstrakt, at det er istand til at virke, uden at nogensomhelst causa for det er oplyst?

Svaret herpaa maa falde ud paa samme Maade som paa Spørgsmaalet, om en causa behøvede at være angivet. Blandt Rekvisiterne til Stipulationen nævnes lige saa lidt, at nogen causa for det skulde være oplyst udenfor Stipulationen, som at denne selv skulde indeholde nogen Angivelse deraf. Stipulator har at godtgjøre »causa stipulationis« i Betydning af selve Stipulationsløftet; med Hensyn til den causa, der igjen maatte ligge til Grund herfor, lader der sig ikke anføre nogen Hjemmel for at opstille samme Fordring.

I l. 2 § 3 D. 44. 4 lader der sig maaske endog finde en positiv Støtte imod en saadan Antagelse, nemlig i Ordene: »proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credit et si certa fuit causa stipulationis, quae . . . exceptionem«. Disse lader sig nemlig muligvis forstaa saaledes, at man tager det første »et« i Betydningen »etiam«, »ogsaa«, og betragter den anden med »et si« indledede Betingelsessætning som en yderligere Tilføjelse til det samme Tilfælde, »credita pecunia«, som er omtalt i den første. Naar man da videre oversætter »certa« ved »sikker«, »konstateret«, vilde man netop faa den Regel ud: Debitor har i Tilfælde af causa'ens Svigten exceptio mod sit Stipulationsløfte, forsaavidt Stipulationens causa er sikkert godtgjort. I den tilføjede indskrænkende Betingelse vilde da ligge en klar Antydning af, at det ikke som almindelig Regel kunde paahvile Kreditor at godtgjøre causa'ens Art, da Indskrænkningen ellers vilde blive ganske overflødig.

Det maa dog erkjendes, at der lader sig rejse vægtige Indvendinger mod denne Læsemaade. Ikke blot vil det unægtelig være det naturligste at forstaa de to »et si — et si« som »baade hvis — og hvis«, men ogsaa Ordet »certa« giver An-

¹⁾ Saaledes er Forholdet netop i Almindelighed i moderne fransk Ret efter Code civil art. 1131 og 1132, jfr. herom nærmere i næste Hoved-afsnit.

ledning til Tvivl. Dette kan nemlig lige saa godt betyde »bestemt« som »sikker godtgjort« og vil da ikke indeholde noget om, hvilken af Parterne Pligten til at godtgjøre causa'ens nærmere Karakter paahviler. Mommsen's Konjunktur, der gaar ud paa at tilføje »alia« efter det andet »si«, tager vistnok netop »certa« i denne Betydning, saaledes at den sidste Betingelsessætning i Oversættelse vilde komme til at lyde: »og hvis der var en bestemt anden causa, som . . .«. Heller ikke synes den »causa finita«, som der i Slutn. er Tale om, ret vel at lade sig bringe i Forbindelse med Pengelaanstilfældet.

Selv om der imidlertid herefter ikke lader sig anføre nogen positiv Støtte for Stipulationens paa dette Punkt abstrakte Natur, maa den Kjendsgæring være os et tilstrækkeligt Bevis, at der i hele den af Kilderne vidtløftig og omhyggelig behandlede Stipulationsmaterie ikke lader sig paapege noget Moment for en saa betydelig praktisk Indskrænkning i dens retlige Virkning, som vilde flyde af, at man kun tillagde den Betydning i Forbindelse med Oplysning om dens causa.

I l. 25 § 4 D. 22. 3¹⁾ har dog mange fundet et saadant tvingende Moment, og herom maa da nogle Bemærkninger fremsættes, om end der ikke kan være Tale om at gaa nærmere ind paa hele den opsvulmende Literatur, der er opstaaet omkring dette af Windscheid med Rette som »fast berüchtigt« betegnede Kildedsted.

Det angiver sig at hidrøre fra Paulus, og dette er da et Hovedpunkt ved dets Fortolkning, om denne Angivelse kan anses for rigtig, eller om dets Text i Virkeligheden maa antages i større eller mindre Omfang at være interpoleret af den justinianske Lovsamlingens Forfattere.

Gaar man ud fra det første, og ser man altsaa Bestemmelsen i Sammenhæng med den antagelige Retstilstand paa Paulus's Tid, frembyder der sig, ihvertfald ved første Øjekast, en naturlig Forstaaelse af Stedet, der bringer det helt udenfor det her omhandlede Spørgsmaal om Stipulationens causa. Det

¹⁾ Den lyder, som følger: »Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promississe.«

synes nemlig efter sin Ordlyd overhovedet slet ikke at tale om stipulatio. Det er kun cautio, som det umiddelbart giver Regler om. Og det maa erindres, at et saadant ved sin første Forekomst ingenlunde lader sig stille i Klasse med en stipulatio, lige saa lidt som med Nutidens Skylddokument. Det har overhovedet i sin Oprindelse kun Karakteren af et Bevismiddel. Og at det paa Paulus's Tid skulde være naaet synderlig udover dette Stadium, derimod taler, at flere senere Codexbestemmelser synes at indeholde bestemte Udtryk for samme Opfattelse af cautio's Natur ¹⁾.

Naar dette haves in mente, synes Stedets Regel meget simpel og naturlig. »Cautio« kan kun efter Omstændighederne tjene til Bevis for, ikke selv konstituere en »causa«, dette Ord forstaaet i sin videste Betydning af retstiftende Kjendsgærrning for Formuerettigheder. Da det fremdeles ikke kan udgjøre Bevis for et Moment, som det ikke indeholder noget om, bliver det, forsaavidt det ikke selv nævner nogen causa, men »indiscrete loquitur«, uden nogen Betydning udover det rent faktiske, at det maaske kan vække en almindelig Formodning for, at der virkelig har ligget en eller anden causa til Grund, og for saa vidt tjene Kreditor til en vis Støtte ved hans Bevisførelse for dennes nærmere Karakter. For dette Bevis for en causa kan han imidlertid heller ikke slippe. Derimod udtaler Stedet ikke det mindste om, hvilken »causa« der i saa Henseende skal anses for tilstrækkelig. Man er her i Almindelighed gaaet ud fra som givet, at en causa i Betydning af en bestemt Vederlagsforudsætning maatte godtgøres af Kreditor. Herved glemmer man imidlertid, at »causa« ogsaa ofte i Kilderne forekommer i den videre Betydning af enhver anerkjendt retstiftende Kjendsgærrning, og at der netop specielt, som allerede tidligere fremhævet, hyppig tales om en »causa stipulationis« ²⁾. Hvis altsaa en Stipulation i sig selv, uden Oplysning om dens Vederlagsforudsætning, ifølge Kildernes øvrige Udtalelser maa anses for tilstrækkeligt Grundlag for et Krav, kan der efter denne Forstaaelse ikke i l. 25 § 4 D. 22. 3 findes nogen Hjemmel til som causa for »debitum« at fordre noget andet og mere end et til Grund for cautio'en foreliggende Stipulationsløfte. Ved en Henvisning til et saadant eller blot et almindeligt fore-

¹⁾ jfr. herom nærmere nedenfor i § 14.

²⁾ saaledes i l. 1 pr. D. 20. 4, l. 17 D. 21. 2, l. 10 § 1 D. 41. 1, § 3 I. 2. 9, Gai. Inst. II. 87, jfr. ovenfor S. 135.

gaaende Løfte¹⁾ i cautio maa da Fordringen i Stedets andet Stykke, at den »specialiter causas explanavit«, siges at være fyldestgjort, saa at første Stykkes Regel kun finder Anvendelse, hvor den uden nogen saadan Henvisning blot konstaterer en Pligt til at betale noget.

Det maa imidlertid erkjendes, at der ved nærmere Betragtning lader sig rejse ret vægtige Betænkeligheder mod denne Forstaaelse. Ikke lidet taler nemlig for, at »cautio« her findes anvendt i den Betydning, hvori Ordet ofte forekommer i Kilderne, af et »Stipulationsdokument« : et Dokument, der selv refererer til en stedfunden Stipulation og derigjennem danner et i Almindelighed tilstrækkeligt Grundlag for en Forpligtelse. Herpaa tyder navnlig dels Sammenhængen, idet Stedets § 4 ligesaavel som de foregaaende §§ har Hensyn til *condictio indebiti*, og der ikke ifølge den romerretlige Ordning af dette Forhold naturlig synes at blive Tale om en saadan med Hensyn til et blot Bevis, men kun ved noget, der er indebite enten datum eller *promissum*, dels flere Vendinger, som »cautio indebite exposita«, der ogsaa naturligst forstaas om et deri indeholdt Løfte, »debitum . . . quod in cautionem deduxit«, der paafaldende minder om det hyppig forekommende »in stipulationem deducere«, og navnlig Slutningspassus'en »ostendere . . . sese haec indebite promisisse«²⁾).

Naar man indskrænker Stedets Anvendelse til dette Tilfælde, vil der ved den *causa*, som Dokumentmodtageren skal oplyse, umulig kunne være tænkt paa selve Stipulationen, da denne jo forudsættes at fremgaa af cautio'en selv, men der maa netop være ment det bagved den liggende Mellemværende, altsaa Skyldgrunden i materiel Forstand. Reglen om, at Kreditor maa godtgjøre denne, maa da lige saa vel finde Anvendelse paa den sædvanlige mundtlige Stipulation som paa den af et skriftligt Bevis fremgaaende. Henføres nu Bestemmelsen med dette Indhold til Paulus, synes den at indeholde et tvingende Bevis for, at man allerede paa hans Tid havde opgivet det tidligere formelle Stipulationsprincip, og i Stedet for undergivet Stipulationen — idetmindste for en omfattende Klasse Tilfælde — den almindelige for formløse Kontrakter gjældende

¹⁾ jfr. Pauli Rec. Sent. V. 7 § 2: »Quod si scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.«

²⁾ se nærmere Gneist l. c. S. 200 ff., Bähr l. c. S. 154—155 (115).

Ordning, hvorefter de kun faa Virkning i Forbindelse med Oplysning om deres causa.

Imidlertid synes Opfattelsen i Nutiden mere og mere at fæstne sig i Retning af at anse Stedet for interpoleret¹⁾. Til denne Opfattelse, for hvilken bydende synes at tale saavel den paa flere Punkter noget kantede Udtryksmaade, der kun lidet ligner Paulus' sædvanlige Stil, som navnlig den nøje Overensstemmelse, der findes mellem dette Sted og den fra Tiden lige før Justinian hidrørende l. 13 C. 4. 30, slutte ogsaa vi os.

Herefter lader der sig i Stedet ihvertfald kun finde et Vidnesbyrd om, til hvilket Punkt Retsudviklingen paa Justinians Tid var naaet. Dette maatte da gaa i den Retning, at man, efterhaanden som Stipulationsformen afsvækkedes, og maaske ogsaa i en vis Sammenhæng med Udviklingen af det efter Paulus' Tid opstaaede Institut *exceptio non numeratae pecuniae*, indskrænkede Stipulationens abstrakte Karakter og endte med i det væsentlige at undergive den den samme Ordning som den materielle Kontrakt.

Men ikke engang saa meget lader sig vistnok med Bestemthed udlede heraf. Ved at erklære Stedet for interpoleret udtrykker man sædvanlig, at visse af dets Bestanddele ere bevarede fra den oprindelige Text, men denne da samtidig gjort til Gjenstand for visse Lempelser og Tilføjelser. Saalænge man nu kun véd, at en Interpolation har fundet Sted, men ikke nærmere, hvad denne har haft til Gjenstand, er det umuligt at sondre de gamle og nye Bestanddele deri. Det lader sig altsaa ikke gjøre nærmere at fastslaa, hvad af Stedets Indhold der virkelig hidrører fra Paulus og maaske kun, som det i den justinianske Codifikation ikke saa sjældent er Tilfældet, ved en Misforstaaelse er blevet medoptaget, uagtet det Forhold, der dannede Grundlaget derfor, i Mellemtiden var bortfaldet, og hvad der maa antages frit tilføjet af Lovsamlingens Forfattere. Men et Kildestykke, med Hensyn til hvis Indhold man mangler ethvert Holdepunkt til at afgjøre, om det skriver sig fra et vist Tidspunkt eller maaske 300 Aar før eller senere, tør man vel uden at gaa for vidt frakjende ethvert videnskabeligt Værd.

¹⁾ jfr. saaledes allerede Schlessinger l. c. S. 54 ff. og fra nyeste Tid: Windscheid: Pandekten II. § 412 b Note 2 S. 506, Gradenwitz: Interpolationen S 14—15, Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht S. 497.

Videre Undersøgelse af Stipulationens »abstrakte« Natur. Den Bähr'ske Anerkjendelse.

III. a. Resultatet af Udviklingen under II. blev altsaa, at Stipulationen er istand til at virke i sig selv, uden at dens causa behøver at oplyses, endsige at angives i selve Stipulationen.

Men et nyt og helt andet Spørgsmaal, der ikke sjældent sammenblandes med det foregaaende, er det, hvorledes Forholdet bliver, naar Stipulationens causa foreligger konstateret, og Tvisten altsaa kun drejer sig om, hvorvidt den derigjennem til Udtryk komne Vederlagsforudsætning ogsaa virkelig er blevet objektivt realiseret. Er det til Kreditor at godtgjøre dette, eller er det omvendt Debtors Sag at oplyse ikke blot causa'ens Art, men ogsaa de Mangler med Hensyn til dens Realisation, som han vil gjøre gjældende til sin Fordel? Kommer, m. a. Ord, den Formodning, der ved Stipulationen gjælder for en subjektiv causa's Existens, ogsaa Kreditor til Gode, hvor det drejer sig om denne Skyldgrunds objektive Realisation?

a. Hvor den til Grund for Stipulationen oplyste causa efter sin Natur maa referere sig til en Kjendsgærning, der først vil komme til Existens paa et Tidspunkt senere end Stipulationens Indgaaelse, kan selvfølgelig Stipulationen ikke selv vække nogen Formodning for causa'ens Realisation. Dette er da ogsaa udtrykkelig udtalt i l. 57 D. 24. 1¹⁾ for et Tilfælde, hvor den fremtidige causa har fundet Omtale i selve Stipulationen, men maa utvivlsomt ganske i Almindelighed antages, hvor en causa af denne Art oplyses at have ligget til Grund for den ²⁾).

β. Er den oplyste causa af en saadan Karakter, at det efter Livets Erfaring er objektivt usikkert, om den finder sin Realisation før eller efter Stipulationsløftets Afgivelse, vil Kreditor heller ikke herved være fritaget for nogen Del af det Bevis i saa Henseende, der ellers paahviler ham. Selvfølgelig

¹⁾ jfr. Ordene: »ex stipulatione proposita, si condicio eius exstitit, peti posse . . . : quod si stipulatio commissa non probetur —«.

²⁾ jfr. »causa stipulationis quae . . . non est secuta« i l. 2 § 3 D. 44. 4 og som Exempel paa et saadant Forhold l. 46 pr. D. 23. 3, hvor domini eller patris Ratihabition danner det fremtidige Moment, der først giver Stipulationsforpligtelsen dens fulde Virkning.

kan der til Stipulationsløftet have knyttet sig en udtrykkelig Anerkjendelse i saa Henseende, men er dette ikke Tilfældet, kan der ikke tillægges Stipulationen som saadan denne Betydning.

Dette illustreres ved Romerrettens Regler om *exceptio non numeratae pecuniae*. Til et *mutuum* hører Pengenes Udbetaling med som retstiftende Moment, jfr. ovenfor, for hvilket derfor ogsaa naturlig Bevisbyrden maa paahvile den, der vil gjøre den derpaa støttede Ret gjældende. Da nu fremdeles Forretningslivets Erfaring viser, at Stipulationens Indgaaelse (eller *cautio's* Udstedelse) ikke sjældent finder Sted forinden Pengenes Udbetaling, nemlig i Forventning om, at denne senere vil ske, kan der ikke ved selve Stipulationen siges at være skabt nogen Formodning for den virkelige Realisation af denne Forventning, og Beviset i saa Henseende maa derfor stadig lige som før være Kreditors Sag, l. 3, l. 10 C. 4. 30.

γ. Endelig kan Stipulationens *causa* referere sig til et saadant Moment, at dettes Realisation, hvis den overhovedet er sket, nødvendigvis maa være indtraadt paa et Tidspunkt, der ligger forud for Stipulationen. Kan Stipulationen her have nogen Betydning som Bevis for den virkelige Indtrædelse af Skyldgrunden?

Kilderne, som overhovedet behandle Bevisbyrdematerien stedmoderligt, indeholde næppe direkte Bidrag til Besvarelsen af dette Spørgsmaal. Vi maa da søge at finde nogle Analogier, der kunne hjælpe os til Løsningen.

I pr. og de foranstaaende §§ af den lige citerede l. 25 D. 22. 3 indeholdes der Regler om *condictio indebiti* med Hensyn til en stedfunden Betaling, hvorefter Bevisbyrden for Skyldens Ikke-Existens i det Tilfælde paalægges *Condicentem*. Kan man anvende Analogien heraf paa en *stipulatio* sket i Henhold til en formentlig allerede foreliggende *causa*, saaledes at det ogsaa her maa paahvile den, der vil anfægte Transaktionen, at føre Bevis for *causa's* Ikke-Realisation?

Det er nu strax klart, at en Forpligtelse konstateret ved en Stipulation ingenlunde ganske i Almindelighed kan stilles i Klasse med en endelig fuldbyrdet Betaling. Yder end Stipulationsformen i visse Retninger en forhøjet Sikkerhed for Løftet, kan den dog langt fra siges at give Forholdet en saadan endelig og solid Karakter som den fuldbyrdede Betaling. I det sidste Tilfælde foreligger der en bestaaende Tilstand, som der er Spørgsmaal om at forstyrre, ved Stipulationsløftet derimod

kun et ved visse Retsmidler sikret Krav, som der er Tale om at gennemføre.

Denne faktiske Forskjel har da ogsaa i den romerske Ret paa flere Maader faaet Udtryk ved den retlige Ordning af de to Forhold. Man viser større Betænkelighed ved at anfægte en stedfunden solutio end en stipulatio¹⁾.

Saaledes vil en stipulatio »ob turpem causam« kunne anfægtes, selv om causa har været turpis for begge Parter, medens naar Betaling har fundet Sted, Sætningen »melior est causa possidentis« udelukker Conditionen²⁾.

Ligeledes er ved en Præstation erlagt contra sc. Macedonianum Tilbagesøgning heraf udelukket, medens exceptio mod det blotte Løfte haves, selv om dette foreligger i Stipulationsformen³⁾.

Ved sc. Velleianum kan ganske vist ogsaa en stedfunden Betaling søges tilbage⁴⁾, men Modsætningen mellem faktisk Fuldbyrkelse og en blot ved Stipulation sikret Forpligtelse dertil kommer dog ogsaa frem her, idet nemlig overhovedet Forbudet mod intercessio mulierum kun bringes til Anvendelse, hvor den sker i Form af en paatagen Forpligtelse, men ikke, hvor den sker ved Realpræstation uden foregaaende Pligt; »senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti: hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat«⁵⁾.

At der tillægges denne Betragtning Betydning ikke blot, hvor som i det foregaaende et vist offentligretligt Hensyn kommer frem, men ogsaa, hvor det drejer sig om Ordningen af det rent private Mellemværende mellem Parterne, viser l. 19 § 1 D. 18. 6 og l. 24 C. 8. 44, der udtale, at den Omstændighed, at Spørgsmaalet om Ejendomsretten er »mota«, er tilstrækkelig til, at Kjøberens kan vægre sig ved at betale Kjøbesummen, og særlig l. 17 § 2 D. 44. 4, der udtrykkelig giver samme Regel for det Tilfælde, at Kjøberens Løfte foreligger i Stipulationsformen — smh. m. l. 74 § 2 D. 21. 2, der, hvor denne quaestio kun er mota, udelukker Kjøberens fra at forlange den betalte Kjøbesum restitueret⁶⁾.

¹⁾ jfr. Bähr l. c. S. 94 ff. (70 ff.). ²⁾ l. 8 D. 12. 5, l. 5 C. 4. 7.

³⁾ saaledes l. 9 §§ 4, 5 D. 14. 6.

⁴⁾ l. 40 pr. D. 12. 6. ⁵⁾ l. 4 § 1 D. 16. 1.

⁶⁾ jfr. ogsaa l. 3 D. 18. 5, hvor res forudsættes at være integra, saaledes at altsaa det indgaaede emptio-venditio kan ophæves af Parterne ved blot contrarius consensus, selv om en eller begge Parter Pligt er bragt i Stipulationsformen.

Det foranstaaende vil være tilstrækkeligt til at vise, at man ingenlunde ganske i Almindelighed kan stille den ved en stipulatio hidførte Sikring af Kravet i Klasse med en ved en Betaling bevirket Afvikling deraf. Spørgsmaalet bliver da, om der for det særlige her omhandlede Punkts Vedkommende, disse Akters Evne til at skabe en Formodning om Realisationen af den til Grund liggende causa, er Hjemmel for en saadan Ligestilling.

En Betragtning af den Grund, der fornemmelig maa antages at have ført til at tillægge den fuldbyrdede Betaling Virkning som faktisk Anerkjendelse, vil dog vise, at de to Akter ere saa forskellige, at man heller ikke paa dette Punkt uden videre kan slutte fra den ene til den anden. Betalingen tillægges der bevisende Betydning overfor den, der yder den, paa Grund af det usandsynlige i, at denne skulde have bestemt sig til et saa afgjørende, for ham skadeligt økonomisk Skridt, forinden han har forvisset sig om, at han virkelig er forpligtet dertil. Som det siges i l. 25 pr. D. 22. 3: »qui enim solvit nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat«. Men netop fordi Stipulationen ikke er af saa afgjørende Betydning for ham, idet han ved den ikke endnu har gjort sig til Gjenstand for et aktuelt økonomisk Tab, men kun hidført en vis retlig sikret Mulighed for, at et saadant kan voldes ham, kan man ikke tillægge det blotte Stipulationsløfte en lige saa stærk Virkning i saa Henseende. Denne Tanke er ogsaa kommet til Udtryk i l. 3 C. 4. 5, naar det her siges, at der »multo facilius« skal tilstaas Condictio af et Dokument for en Sum, der ikke skyldtes, end af selve Summen, naar den er betalt.

Imidlertid er det heller ikke muligt at sige mere, end at dets Virkning ikke kan være saa stærk som Betalingens. Et vist Offer paatager han sig jo nemlig dog ved Stipulationen, og selv om det er mindre end ved den aktuelle Betaling, er det heller ikke sandsynligt, at han skulde underkaste sig dette uden at mene at have Grund dertil. Hvilken bevisende Betydning der ifølge denne Betragtning vil kunne tillægges Stipulationen imod ham, maa afhænge af de nærmere Omstændigheder.

Det kan være, at Stipulationen kan oplyses at være fremkaldt ved en Tvivl, der har hersket mellem Parterne om et Causamoment, saa at Meningen med at indgaa en Stipulation derom netop maatte antages at være at skaffe en Anerkjendelse

fra Debitor med Hensyn til dette Punkt. Noget saadant maatte forøvrigt i og for sig ogsaa kunne tænkes at foregaa ved et nyt Løfte, selv om det ikke blev afgivet i Stipulationsformen; men paa Grund af Stipulationsløftets »abstrakte« Karakter, idet det nemlig virker uden Oplysning om Skyldgrunden, er Sandsynligheden for, at et saadant har skullet have Karakteren af en Anerkjendelse med Hensyn til ikke deri forbeholdte Momenter, særlig stor. Om der ikke i visse Tilfælde maatte være Hjemmel til endogsaa at tillægge et saadant Forhold Virkning som en saakaldet »ægte« Anerkjendelse, skal omhandles nærmere nedenfor under c.

Bortse vi fra saadanne særlige Momenter, og betragte vi Stipulationens mere almindelige Betydning som faktisk Anerkjendelse, maa ogsaa denne afhænge af hele den foreliggende Situation, hvorunder den er foregaaet. Den vil ifølge denne kunne vexe i Natur fra en ligefrem Afvikling af en som definitivt bestaaende antaget Skyld, i hvilket Tilfælde Forholdet nærmer sig noget til det ved den egentlige Betaling, til en blot foreløbig Sikring af et som rent eventuelt anset Krav, hvis endelige Begrundelse forbeholdes en senere Prøvelse, hvorved dens anerkjendende Betydning bliver omtrent lig Nul. Om det ene eller det andet in concreto skal antages, maa igjen bero paa de nærmere Omstændigheder. I den første Retning vil Afgjørelsen falde ud, hvor de Momenter, hvorpaa Bedømmelsen af den antagne Skyldgrunds Realisation beroede, maa formodes allerede i Stipulationens Øjeblik at have foreligget saaledes klare for den Person, der indgik den, at denne Handling ikke let kan forklares paa anden Maade, end at han efter Prøvelse af dem har fundet alt i Orden. Derimod maa noget andet antages, hvor omvendt flere af de i saa Henseende afgjørende Momenter først paa et senere Tidspunkt kunde komme til Klarhed, saa at han netop rimeligvis har regnet paa, at Stipulationen i Modsætning til en solutio først er bestemt til at have Virkning engang i Fremtiden, og det altsaa, forinden dette Tidspunkt kommer, vil være ham muligt at faa Spørgsmaalet om Forudsætningens Realisation bragt til Vished.¹⁾ I det sidste Tilfælde staar Stipulationens Virkning ganske in suspenso, idet den ligesom ved andre Løfter først

¹⁾ jfr. l. 3 § 5 D. 37. 6: »Emancipatus praeteritus si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione nec bonorum possessionem petierit, agente fratre ex stipulatu ipso iure tutus erit«.

bliver aktuel, naar dens causa af Kreditor godtgjøres at være realiseret, og Stipulationens Indgaaelse i sig selv kan ikke være af nogen bevisende Betydning i saa Henseende.

b. Ved at kalde Stipulationen en abstrakt Kontrakt vil man undertiden udtrykke noget andet og mere end det under a. fremhævede, nemlig at den kan bestaa som gyldig, selv om dens causa positivt godtgjøres at være svigtet.

Man anfører for denne Opfattelse i Almindelighed, at der i Tilfælde af causa'ens Svigten kun hjemles en exceptio,¹⁾ den erklæres ikke for »ipso iure nulla«, hvilket netop synes at vise, at den til en vis Grad kan bestaa uafhængig af Skyldgrundens Ikke-Realisation, idet der for dette Tilfælde kun gives en vis Adgang til at anfægte Stipulationen, medens selve denne lades idetmindste formelt uberørt.

Denne Opfattelse kan dog ikke erkjendes for virkelig begrundet. Det lader sig for det første mod den gjøre gjældende, at den uden videre slaar en Streg over flere Steder, der for Tilfælde af causa'ens Bristen bestemt statuere selve Stipulationens Ugyldighed. Det siges saaledes i l. 3 § 5 D. 37. 6 i et Tilfælde, hvor Skyldgrunden viser sig at svigte: »ex stipulatu ipso iure tutus erit«, og i flere Steder handlende om en stipulatio dotis causa, at »nuptiis non secutis, ipso iure evanescit stipulatio«²⁾ eller »ex stipulatu agi non potest«,³⁾ eller at »ita demum ex ea agi posse . . . , si nuptiae —.«⁴⁾

Men dernæst overdrives sikkert herved den praktiske Betydning, der tillægges det romerretlige Exceptionsinstitut. Om dette overhovedet paa noget Punkt har haft mere end blot forbigaaende historisk Betydning, staaende i Forbindelse med Ejendommeligheder i den romerske Rets, specielt dens Procesrets Udvikling,⁵⁾ kan maaske i det hele betvivles, men dette Spørgsmaal vilde det være for vidtløftigt her at inklade os nærmere paa. Den maa ihvertfald søges paa andre Punkter end ved Spørgsmaalet om Virkningen af en fremsat exceptio mod en obligatorisk Ret. Hvilken Retsvirkning en saadan skulde have, naar ikke netop til at bevirke Rettens Ugyldighed, og hvad praktisk Betydning den forfægtede Lære om en i sig bestaaende Ret, som dog kan mødes med en

¹⁾ f. Ex. i det almindelig lydende Sted l. 2 § 3 D. 44. 4. ²⁾ l. 4 § 2 D. 2. 14. ³⁾ l. 41 § 1 D. 23. 3. ⁴⁾ l. 21 D. 23. 3. ⁵⁾ jfr. Bekker: Aktioner II. S. 275 ff.

exceptio, paa dette Punkt skulde være af, er det ikke let at se.

Kildernes Afgjørelser synes at yde nogle Holdepunkter for den Antagelse, at Spørgsmaalet, om Stipulationen blev erklæret »ipso iure nulla« eller kun blev anfægtet ad Exceptionsvejen, ialtfald tildels beroede paa, om Indsigelsen refererede sig til et i selve Stipulationen indeholdt Moment, saa at den altsaa kunde udledes deraf ved en almindelig Fortolkning, eller om den blev hentet fra en Omstændighed liggende helt udenfor Stipulationsakten og saaledes fik Karakteren af en Undtagelse fra den Virkning, som Stipulationen efter sit Indhold skulde have. Men foruden at dette Synspunkt ikke strængt er gennemført, er der intet, der viser, at det skulde have nogen retlig Betydning ud over den Fordel for Debitor med Hensyn til Bevisbyrden, som Momentets Optagelse i selve Stipulationsakten efter det tidligere udviklede kunde hidføre. Og imod at tillægge det en videre Virkning taler ret bestemt, at denne Betragtning ikke indskrænkes til at bringes til Anvendelse paa Stipulationen, men at f. Ex. l. 5 § 1 D. 19. 1 for et tilsvarende Tilfælde ogsaa hjemler en exceptio overfor en actio empti, men ved at knyttes som Begrundelse (»quoniam«) til Sætningen »agi cum eo ex empto non posse« klart forudsætter, at Exceptionens Virkning er Actionens fuldstændige Ugyldighed.

Det samme hjemles imidlertid ogsaa ved direkte og udtrykkelige Udtalelser i Kilderne, hvilke den bestridte Lære ganske sætter sig ud over. Der tænkes herved navnlig paa Paulus' Udtalelse i l. 112 D. 50. 17: »Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur«, af hvilken Sætning der for Stipulationens Vedkommende er gjort Anvendelse i l. 25 D. 45. 1 og l. 3 § 1 D. 13. 5.

Naar der da i saadanne Tilfælde, f. Ex. i l. 3 D. 12. 7, gives Skyldnerne ved en Stipulation en »condictio«, hvorved det siges, at de »consequi possunt, ut liberentur« eller »ut tota stipulatio accepto fiat«, ¹⁾ kan dermed ikke menes, at Debitor opnaar en Ugyldighed af Stipulationen, som ikke reelt eksisterede tidligere, men kun, at han derved forskaffer sig en

¹⁾ jfr. ganske lignende l. 1 pr. D. 12. 7 (»condicere . . . ipsam obligationem«), l. 76 D. 23. 3 (obligationis . . . condictio«), l. 31 D. 12. 6 (»indebiti promissi . . . conductionem«), l. 1 C. 2. 5 (condictio . . . liberationis«).

formel Anerkjendelse af den allerede bestaaende Ugyldighed.¹⁾

Ved den Forening af en *exceptio* og *condictio*, som ofte hjemles i Kilderne²⁾, bringes saaledes saavel Stipulationens reelle Ugyldighed som Muligheden for den formelle Anerkjendelse heraf til Udtryk.

c. Det lader sig herefter ikke gjøre at stille Stipulationen uafhængig af den objektive Realisation af den *causa*, som oplyses at ligge til Grund for den.

Det er imidlertid ogsaa ofte et noget andet Forhold, man tænker paa, naar man her tillægger Stipulationen abstrakt Natur. Man betragter herved ikke Stipulationen isoleret, saa at man frakjender det, der ifølge en saadan Betragtning maa erkjendes for at have været dens *causa*, retlig Betydning. Men man ser Stipulationen i Relation til det materielle Mellemværende, som den tjener, og naar man da ved denne Sammenligning mener at finde, at noget, der ifølge dette skulde være af afgjørende Betydning som *causa*, nu ifølge Stipulationen ikke længer bliver det, er det, at man taler om Stipulationens Abstraktion, idet der formentlig herigjennem er abstraheret fra et Moment, der vilde være af afgjørende Betydning for Forholdet, hvis en Stipulation derom ikke var indgaaet.

Det er en saadan abstrakt eller rettere abstraherende Virkning, som Bähr³⁾ i visse Tilfælde tillægger Stipulationen, nemlig hvor denne refererer sig til en i bestemt Fortid liggende Modydelse. Hvor den saaledes har Hensyn til et ved allerede foreliggende Kjendsgærninger formentlig begrundet Skyldforhold og altsaa kan siges at være foretaget »ob debitum« eller »*solvendi causa*«, hævder han, at Spørgsmaalet, om disse Momenter virkelig have foreligget, bliver uden Betydning. Selve Stipulationen har nemlig Virkning som en »ægte Anerkjendelse« med Hensyn til dem \circ : maa anses for en forbindende Viljesakt, som retlig stiller den, der foretager den, som om de faktisk havde existeret, selv om dette bagefter viser

¹⁾ saaledes Kindel l. c., særlig S. 136 ff., der dog urigtig overfører en lignende Ordning ogsaa paa Traditionen, medens den netop kun passer paa de obligatoriske Forhold. ²⁾ f. Ex. i l. 5 § 1 D. 19. 1, l. 15 C. 8. 40. ³⁾ l. c. navnl. S. 65 (48) ff., S. 103 (77) ff. Hovedbetydningen af Bähr's Udviklinger ligger forøvrigt i de Konsekvenser, som han mener derfra at kunne drage til moderne Ret, og de ville derfor paa det senere Sted, hvor denne behandles, finde nærmere Omtale.

sig ikke at være Tilfældet: »Anerkjendelsen som subjektiv causa erstatter den objektive«. ¹⁾

Indvendingerne mod denne Opfattelse ville allerede tildels fremgaa af, hvad der paa et tidligere Sted ²⁾ er anført mod Betalingens formentlige Virkning som ægte Anerkjendelse, samt af den ovenfor under *γ* foretagne Sammenligning mellem solutio's og stipulatio's faktisk anerkjendende Virkning. Kun nogle Punkter, der direkte have Hensyn til Stipulationens formentlig »ægte« anerkjendende Betydning, skulle derfor her fremhæves.

Først er det at mærke, at Bähr ifølge Kildernes klare Udtalelser erkjender at maatte gjøre en Undtagelse, hvor Debitor oplyser at have befundet sig i en »error probabilis« med Hensyn til de Momenter, som han ved Stipulationens Foretagelse ansaa for eksisterende. At Anerkjendelsen i sin Egenkab af retlig forpligtende Dispositionsakt altid skulde tabe sin Virkning under denne Forudsætning, kan ikke siges at være noget i selve dens Væsen liggende, derefter kunde der vel blive Tale om ogsaa i et vist Omfang at paalægge Disponenten Risicoen for en saadan Eventualitet, og Undtagelsens ubetingede Gyldighed maa derfor siges at konstituere en positiv Begrænsning i Aktens Virkning.

Men selv med denne Indskrænkning vil man næppe kunne finde nogen Hjemmel for Sætningen. Bährs eget Hovedargument er, at da en saadan stipulatio er foretaget »solvendi causa«, maa den ogsaa finde samme Behandling som en egentlig solutio, altsaa have en lignende Virkning som ægte Anerkjendelse, og for denne Ligestilling mener han at kunne anføre adskillige Støttepunkter i Kildernes Afgjørelser.

Denne Argumentation kan imidlertid ikke erkjendes for overbevisende. Det lader sig for det første ikke acceptere som en given Kjendsgærning, for hvilken Bevis skulde være overflødig, at en Stipulation, der refererer sig til et Moment, som antages liggende i bestemt Fortid, altid skulde have Karakteren af en solutionis causa foretaget Afvikling af en derved begrundet Skyld. Spørgsmaalet er netop ifølge det ovenfor under *γ* nærmere udviklede, om dette in concreto er den naturlige Opfattelse af Stipulationen, eller om man ikke snarere maa tillægge den Karakteren af en blot midlertidig

¹⁾ l. c. S. 82 (61). ²⁾ S. 96 ff.

Sikring af et Krav, hvis virkelige Begrundethed foreløbig er ladet in suspenso og forbeholdt senere Prøvelse.

Fremdeles vil, selv i de Tilfælde, hvor man til en vis Grad kan betegne Stipulationens Funktion som »solutionis causa«, det ingenlunde være sikkert, at den i et og alt skal have samme Virkning som en ved Realerlæggelse sket endelig Afvikling af Kravet, tvertimod maa dette som ovenfor berørt i de fleste Tilfælde endogsaa siges at have Formodningen imod sig. Selv om man derfor kunde tillægge en fuldbyrdet Betaling Virkning som en almindelig ægte Anerkjendelse, hvilket dog, efter hvad paa et tidligere Sted ¹⁾ nærmere er udviklet, maa bestrides, kan man ingenlunde derfra slutte til, hvad der maa gjælde, hvor der kun foreligger en solutionis causa foretaget Stipulation.

Den Hjemmel, som Bähr mener at finde for sin Lære i Kilderne, kan heller ikke erkjendes for tilstrækkelig sikker. Der haves ikke blot intet Sted, der klart taler for en saadan Ligestilling paa dette Punkt mellem solutio og stipulatio, men der lader sig endogsaa paavise flere Udtalelser, der tyde derimod.

Her kan saaledes mindes om den tidligere berørte l. 3 C. 4. 5, der »multo facilius« hjemler Condictio i Tilfælde af den blotte Udstedelse af en cautio end ved en endelig stedfunden solutio. Det samme bekræfter sig, naar man undersøger de Betingelser, som Kilderne i det enkelte opstille for Condictioen af et Løfte. Der synes i Virkeligheden ikke, som Bähr antager, noget Sted at være opstillet eller blot klart forudsat den ved en egentlig condictio indebiti fastholdte Fordring om, at error skal have været »probabilis«. I Forbindelse hermed staar vistnok, at Udelukkelsen af en blot »error iuris« fra at kunne komme i Betragtning her ikke har fundet noget saa direkte almindeligt Udtryk som ved condictio indebiti soluti. Der hjemles vel flere Steder Condictio af Obligationen i Tilfælde af error facti, ²⁾ men disse tilstede næppe nogen Modsætningsslutning til, hvad der skal antages at gjælde om error iuris, og i en enkelt Afgjørelse ³⁾ er der endogsaa, om end rigtignok kun »benigne«, udtrykkelig tillagt en Vildfarelse af den sidste Art Betydning.

¹⁾ ovenfor S. 96 ff. ²⁾ saaledes i l. 20 D. 14. 6, l. 6 C. 1. 18. ³⁾ nemlig l. 1 pr. D. 36. 4.

Mere kan saaledes foreløbig efter Kilderne næppe siges at staa fast, end at Conditionen tilkommer Debitor i Tilfælde af error, medens den i de af Kilderne behandlede Tilfælde af hans scientia er udelukket. Navnlig maa det vel mærkes, at Afgjøelserne stadig forudsætte det bragt paa det rene, om Debitor har været i ignorantia eller scientia, men til Behandlingen af de i det praktiske Liv hyppig forekommende Tilfælde, hvor Skyldnerens subjektive Forhold i saa Henseende ikke lader sig konstatere, indeholde de intet sikkert Bidrag.

Her gaar da Bähr's Lære ud paa at opstille en Præsumption om Debtors Viden, saaledes at det paalægges denne selv, naar han vil paaberaabe sig en error, at godtgjøre Sandheden af sit Anbringende i saa Henseende. Et saadant Supplement maa ogsaa erkjendes for nødvendigt for at forskaffe hans Lære nogen større praktisk Betydning, thi en Anerkjendelse, der kun skulde have Virkning, forsaavidt Kreditor kunde godtgjøre Debtors Viden om Forholdet, vilde i Virkeligheden kun faa et yderst begrænset Anvendelsesomraade.

Netop paa dette Punkt glipper imidlertid ganske Kildehjemlen. Der tales ikke et eneste Sted om en saadan Præsumption mod Debitor. Og ikke engang en Analogi hentet fra den egentlige *condictio indebiti* vil kunne hjælpe os. Selv ved en stedfunden Betaling kan man nemlig, som allerede paa et tidligere Sted berørt,¹⁾ i Almindelighed ikke kræve nogen selvstændig Bevisførelse for den ydendes error, men en saadan vil i de fleste Tilfælde kunne anses som givet, saa snart blot det objektive Faktum, at Skylden ikke eksisterede, foreligger konstateret. Dette sidste er altsaa Hovedpunktet, for hvilket ganske vist Bevisbyrden ifølge l. 25 D. 22. 3 her paahviler den, der vil gjøre Conditionen gjældende. Men den faktiske Præsumption, som maa antages at have været bestemmende for denne Ordning af Forholdet ved en fuldbyrdet Betaling, kan jo netop ikke ganske i Almindelighed siges at passe, hvor der blot foreligger en *stipulatio*. Denne vil aldrig i sig selv, men kun, hvor den ifølge samtlige de Omstændigheder, under hvilke den er foregaaet, særlig kan oplyses at have udøvet en lignende Funktion som den egentlige Betaling, være istand til at vække nogen almindelig Formodning for Skyldens objektive Existens.

¹⁾ ovenfor S. 95.

Selv i saadanne Tilfælde er der imidlertid ingen Hjemmel til med Bähr at søge Grundlaget for denne af den rent faktiske Situation udspringende Bevisvirkning i en retlig Forpligtelsesvilje hos den paagjældende i denne Retning. Det eneste Omraade, hvor Kilderne antyde et saadant Synspunkt, er i visse Tilfælde, hvor der hos den, der afgav Stipulationsløftet, har foreligget »scientia« om en Indsigelse mod Skylden, tiltrods for hvilken han dog er gaaet ind paa Stipulationen. Her siges det nemlig undertiden om ham, at han »donare videtur«, el. lign., og paa disse Udtalelser mener da Bähr at kunne støtte sin almindelige Sætning om den skyldanerkjendende Stipulations Betydning af en retlig forpligtende Dispositionsakt overfor det oprindelige Skyldforhold. Men for det første maa erindres, at, efter selve Stedernes klare Ordlyd, til denne Retsvirkning ingenslunde det rent negative, at »error« ikke er godtgjort, er tilstrækkeligt, men en positiv scientia maa fordres oplyst. Og dernæst maa overhovedet ogsaa her advares imod at drage for almindelige Konklusioner fra en kompilatorisk Retssamling af en saa kasuistisk Karakter som den romerske. Det maa altid forinden nøje prøves, om ikke de afgjorte Enkelttilfælde frembyde saadanne individuelle Ejendommeligheder, at man maa give det deraf udledede Synspunkt en tilsvarende Begrænsning.

Det viser sig vistnok netop med Hensyn til de Steder, der her have Betydning, at deres ejendommelige Karakter udelukker Muligheden af en ganske almindelig Slutning om en scientia's Virkning til at bevirke en ægte Anerkjendelse, saaledes som den Bähr'ske Lære forudsætter. Der siges vel i enkelte ¹⁾ af dem tilsyneladende ganske almindeligt, at en scientia udelukker *condictio*. Men en nærmere Betragtning af deres Indhold viser, at der her er Tale om Indsigelsesmomenter, som Debitoren ikke blot har haft en personlig Viden om, men hvis saavel Existens som retlige Betydning maa antages at staa fast mellem Parterne. Kun paa saadanne passe nemlig ret de ovenfor ved den egentlige *Condictio indibiti* anførte Udtalelser, der netop særlig have Hensyn til Stipulationen: »cum sciret sibi exceptionem profuturam« i l. 24 D. 12. 6, eller: »qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat« i l. 12 D. 46. 2, idet man kun med Hensyn til Indsigelser af denne Natur vil kunne være sikker paa at faa dem bragt til retlig

¹⁾ f. Ex. i l. 12 D. 46. 2 og l. 24 D. 12. 6.

Gyldighed. Hermed stemmer ogsaa den Begrundelse, som l. 12 D. 46. 2 giver: »similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur«; kun om den nemlig, der giver Afkald paa en Indsigelse, som han virkelig havde en vis sikret Adgang til at faa tillagt Virkning, synes det naturligt at kunne siges, at han foretager en Gavedisposition.

I flere Tilfælde ombyttes da ogsaa Fordringen om scientia med Kravet om, at Stipulationen skal være foretaget »ex conventione«, l. 4 § 5 D. 2. 11, eller »transactionis causa«, l. 6 C. 1. 18, hvilket begge Steder stilles i Modsætning til det Tilfælde, hvor den er foretaget per errorem. Herved synes at antydes, at ikke Debtors personlige Viden i sig selv er tilstrækkelig, men at den kun, forsaavidt den kan siges at indeholde Grundlaget for Antagelsen af en ny Convention eller Transaktion, er istand til at udelukke Conditionen.

De Enkeltafgjørelser, i hvilke der er gjort Anvendelse af Tanken om scientia's Virkning til at hidføre en ægte Anerkjendelse, støtte ganske dette Synspunkt. De handle alle om Forhold som ulovlige Paalæg paa frigivne,¹⁾ et Fideicommiss, som Løftgiveren ikke behøvede at opfylde,²⁾ eller en Protestret, der var hjemlet Arvingen ifølge lex Falcidia,³⁾ alle Tilfælde, hvor Konstateringen af Indsigelsen eller Spørgsmaalet om dens retlige Virkning ikke let kan volde Vanskelighed, saa at der, naar den paagjældende, skjønt han kjender Indsigelsen, dog ikke gør den gjældende, ikke godt kan tænkes nogen anden Grund dertil, end at han netop ikke vil benytte sig af den, men har lovet f. Ex. »fidei explendae causa«, l. 62 D. 12. 6, eller som det siges i l. 20 § 1 D. 39. 5: »voluntatem testatoris secutus spopondit . . . non possit suae confessioni obviare« og derfor »contra fidem testatoris, quam agnovit, venienti ei merito occurratur«.

I de sidst omhandlede Tilfælde kommer der saaledes maaske endogsaa individuelle Momenter frem, der gjør det særlig naturligt her i Stipulationen at se en Renunciation paa en Indsigelse, som der kan tænkes gode Grunde til ikke at benytte sig af, men den tidligere udfundne Ejendommelighed ved den exceptio, som bortfalder i Tilfælde af Stipulationsdebtors scientia, at den nemlig er af en saadan Art, at den let af ham med Virkning kunde gjøres gjældende, saa at Und-

¹⁾ l. 47 D. 38. 1. ²⁾ l. 62 D. 12. 6. ³⁾ l. 20 § 1 D. 39. 5.

ladelse af at fremsætte den maa formodes kun at skyldes manglende Vilje dertil, fornægtede sig heller ikke her.

Er dette imidlertid Synspunktet, der maa antages at ligge til Grund for Kildernes Afgjørelser, vil det ses, at det ingenlunde uden videre lader sig bringe til Anvendelse paa ethvert Indsigelsesmoment, som en Debitor i en vis Forstand kan siges at kjende, men dog undlader at benytte sig af.

Der kan nemlig for det første tænkes mange Tilfælde hvor Skyldneren vel maa siges at »vide« en eller anden Omstændighed, som han kunde gjøre gjældende mod Fordringen, uden dog at kunne faa den tillagt Betydning, da han ikke ser sig istand til at skaffe Bevis for den. I saadanne Tilfælde vil det, at han trods sin Viden undlader at gjøre Exceptionen gjældende, ingenlunde uden videre kunne tages som et sikkert Udtryk for en definitiv Vilje til at give Afkald paa den. Det kan netop være, at han kun tvungen ved Situationen har afgivet sit Stipulationsløfte til Konstatering af Forpligtelsens Indhold, forsaaavidt det ikke lykkes ham, som han haaber, at tilvejebringe Beviserne for dens Ugyldighed. Og denne Opfattelse af Forholdet er særlig naturlig, hvor den endelige Konstatering af Pligten, skjönt denne udspringer af en Kjendsgærrning forudsat eksisterende forinden Stipulationens Foretagelse, dog maa antages ialtfald delvist at afhænge af Momenter, der først lade sig bringe tilveje senere, saaledes at han, da han afgav sit Stipulationsløfte, netop kan have regnet paa det Tidsrum, der maa forløbe mellem Løftets Afgivelse og dets Forfaldstid, til at faa Forholdet bragt til fuld Klarhed.

Endnu vanskeligere kan det være for en Person, selv om han mener at kunne godtgjøre et Indsigelsesmoments faktiske Existens, at have Sikkerhed for, hvilken retlig Betydning der vil blive tillagt det. Naar han da paa Grund af sin Tvivl i saa Henseende indgaar en Stipulation om Pligten, kan naturligvis Meningen dermed netop være at give Afkald paa en Indsigelse, hvis retlige Betydning han selv finder saa tvivlsom. Dette vil saaledes kunne antages i et Tilfælde, hvor f. Ex. fordi Sætningen »*lis infitiando crescit*« gjælder, Risicoen ved et frugtesløst Forsøg paa at gjøre Exceptionen gjældende er saa betydelig, at han kan formodes heller godvillig at ville efterkomme Pligten.¹⁾ Men det lader sig paa ingen Maade gjøre

¹⁾ jfr. saaledes l. 4 C. 4. 5, hvor Condition i »et saadant Tilfælde ikke engang indrømmes »ignoranti«.

at opstille nogen almindelig Formodning i saa Henseende. Tvertimod maa Præsumptionen siges at være imod, at Personen ved at indgaa Stipulationen skulde have givet Afkald paa noget af sin Indsigelsesret, der i og for sig godt lader sig forene med et Stipulationsløfte, selv om dette unægtelig efter Omstændighederne vil kunne hidføre visse Vanskeligheder ved at faa Indsigelsen bragt frem, og det maa derfor paahvile den, der vil hævde Stipulationens Virkning som ægte Anerkjendelse at tilvejebringe Beviset for sin Paastand. Men det rent negative, at Indsigelsen ikke har fundet nogen Omtale i Stipulationen, vil dog i Forbindelse med andre Momenter kunne bidrage til Tilvejebringelsen af det i saa Henseende fornødne Bevis.

Resultatet bliver altsaa, at der ikke, saaledes som Bähr hævder, i Stipulationens Natur kan siges at ligge nogen ægte Anerkjendelse, selv ikke med Hensyn til Forudsætninger, der referere sig til Fortiden, men at dens Virkning i saa Henseende maa bero paa særlige Momenter, der kunne føje sig til en Stipulation og derved tillægge den en vis, paa Sagens nærmere Omstændigheder beroende Betydning i den Retning¹⁾. —

Endnu staar det Spørgsmaal tilbage, hvorledes Forholdet nærmere bør opfattes i de Tilfælde, hvor altsaa dog Stipulationen faar den særlige Virkning af ægte Anerkjendelse.

Mange paastaa her, at der da foreligger en Stipulation uden causa. Det samme synes ogsaa, ihvertfald efter den nærmest liggende Forstaaelse, at blive Konsekvensen af Bähr's Lære om Anerkjendelsen selv som Stipulationens eneste subjektive causa, idet det ikke ses, hvorledes selve Paatagelsen af en Pligt kan anses for at fyldestgøre Fordringen om en causa, der ogsaa efter Bähr's Opfattelse skal indeholde Svar paa Vederlagsspørgsmaalet²⁾.

Det ellers aldrig svigtende Moment ved den forpligtende Retshandel vil dog ogsaa lade sig paavise her. Det er vel sandt, at det Moment, der tidligere konstituerede Forholdets causa, ved den ægte Anerkjendelse væsentlig har tabt denne Betydning. Men fordi den tidligere causa er faldet bort, er

¹⁾ jfr. herved tildels Schlossmann: Causa, særlig S. 76—77.

²⁾ At det dog maaske er muligt at underlægge Sætningen en Forstaaelse, der bringer den nær ved det rette Forhold, vil blive vist nedenfor i Afsnittet om den abstrakte Kontrakt efter moderne Ret § 33 I. B.

det ikke givet, at der nu slet ingen causa skulde være. Tvertimod maa den forbindende Anerkjendelse lige saa vel som enhver anden Forpligtelseserklæring være afgivet enten i Tanken om et eller andet Vederlag eller under den bevidste Udelukkelse af et saadant, m. a. Ord: der maa til Grund for den ligge enten en eller anden causa acquirendi eller en causa donandi. I Stedet for den tidligere causa er altsaa traadt en ny causa, hvis Betydning for Stipulationen ganske maa bero paa de tidligere Regler. Det maa herefter paahvile Debitor selv at godtgjøre causa'ens Art, medens, forsaavidt yderligere Spørgsmaalet om dens objektive Realisation faar Betydning, Bevisbyrdefordelingen angaaende dette Punkt ikke lader sig bestemme efter en absolut Regel, men maa afhænge af Sagens nærmere Omstændigheder.

Det her beskrevne Fænomen, som man maaske kan betegne som Causaforholdets Forskydning, er da ogsaa kommet til Udtryk i Kilderne. Naar der saaledes i l. 6 C. 1. 18 tales om en Stipulation »transactionis causa«, omfatter dette vistnok Vederlagsforudsætninger af meget forskjellig Art, om end der vel nærmest maa siges at være tænkt paa den i l. 65 § 1 D. 12. 6 omhandlede, Kreditors Opgivelse af en paabegyndt Retsforfølgning. Og hvor ingen saadan Vederlagsforudsætning kan antages at have gjort sig gjældende, er der ingen Antydning af, at Anerkjendelsesstipulationen skulde være anset indgaaet uden causa, men der forudsættes flere Steder da at foreligge en causa donandi, jfr. saaledes l. 12 D. 46. 2, l. 47 D. 38. 1.

§ 14.

Særlig om »cautio«¹⁾.

»Cautio« i Betydning af en Skyldforskrivning med selvstændig Virkning som Klagegrund er næppe naaet til fuld Udvikling i den romerske Ret. Der omtales vel tidlig skriftlige Dokumenter, men der tillægges dem kun Betydning som Bevis om en Klagegrund, paa hvilken Retten i Virkeligheden støttes.

¹⁾ jfr. foruden de under Stipulationen citerede Skrifter: Brunner: Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde. 1880. S. 44 ff., Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht. 1891. S. 459 ff., Gide: Novation. S. 216 ff.

Det siges saaledes i Gai. Inst. III. § 131: »Alia causa (sc. end »nomina transscripticia«) est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere«. I Overensstemmelse hermed siges det da i § 134, at Obligationer støttede paa Haandskrift uden stipulatio er »proprium peregrinorum«, altsaa ikke anerkjendte af den romerske Ret.

Efterhaanden som imidlertid Skrifts Anvendelse bliver mere og mere almindelig, stiger ogsaa dets praktiske Betydning som Bevismiddel. For Stipulationens Vedkommende kommer det til at spille en særlig fremtrædende Rolle, da det efterhaanden bliver Skik at optage Stipulationens Indhold i et Dokument, hvortil da den gamle Formel »stipulanti spopondit« el. lign. føjedes som Slutningsklausul¹⁾. Men dets Funktion indskrænkes dog stadig til at være blot bevisende. Et »citra sollemnitatem verborum« udstedt Skylddokument har ikke nogen Virkning, l. 14 C. 4. 2. Fremdeles kan det svækkes ved ethvert Bevis for dets Indholds Urigtighed, jfr. l. 5, l. 6 C. 4. 2, og det forudsættes ofte, at »aliae probationes manifestissimae« kunne være lige saa gode, jfr. f. Ex. l. 3 § 3 D. 49. 14. Det kan fremdeles vel have en vis Betydning ved Beviset for Gjældens Betaling, l. 83 § 3 D. 47. 2, hvorfor ogsaa Debitor, efter at Betalingen er sket, har Ret til at faa sit chirographum tilbage, jfr. l. 18 D. 10. 4, men det udtales dog i l. 4, l. 22 C. 8. 42 udtrykkelig, at den Omstændighed, at Dokumentet ikke er blevet tilbageleveret Skyldneren eller formelt ophævet, ikke udelukker denne fra paa anden Maade at føre Bevis for, at Skylden er betalt²⁾.

En yderligere Potensering af Skylddokumentets bevisende Kraft bevirkes ved den Regel, der for visse Tilfælde opstilles,

¹⁾ jfr. saaledes l. 7 § 12 D. 2. 14, l. 135 § 3 D. 45. 1, l. 11 § 2 D. 45. 2, l. 43 § 1 D. 26. 7 og Gneist l. c. S. 247 ff.

²⁾ jfr. beslægtede Regler for skriftlige Kvitteringer i l. 19 § 1 D. 46. 4, l. 6, l. 13, l. 23 C. 8. 42, og angaaende andre Dokumenter end egentlige Skyldforskrivninger: l. 4 D. 20. 1, l. 4, l. 5 D. 22. 4, l. 19 C. 2. 4, l. 1 C. 7. 34, l. 19 C. 3. 32, l. 4 C. 3. 37, l. 4 C. 4. 19. — Kun fulgte af Konsensualkontrakternes Formløshed, at disse kunde indgaas skriftlig saavel som mundtlig, hvilket ogsaa hyppig er kommet til Udtryk i Kilderne, jfr. f. Ex. l. 2 pr. D. 2. 14, l. 2 D. 44. 7, l. 1 § 2 D. 18. 1, l. 9 § 6 D. 26. 8.

at dets Indhold kun skal kunne afkræftes ved skriftligt Bevis for det modsatte. Dette er saaledes udtalt i l. 25 § 4 D. 22. 3 («nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit . . .») og i den for dette Punkt hermed næsten ganske overensstemmende l. 13 C. 4. 30. Et lignende Synspunkt er kommet til Orde i l. 18 C. 4. 20, naar der her i Almindelighed kun tilstedes skriftlige Kvitteringer som Bevis for Betalingen af en skriftlig konstateret Gjæld.

Ogsaa fra anden Side finder der en Forhøjelse af Skyldokumenternes Betydning Sted. Medens de oprindelig sikkert kun kunde være Bevis i nøje Overensstemmelse med deres Indholds Lydende, udvides deres bevisende Kraft paa kunstig Maade derved, at der føjes visse legale Præsumptioner til dem.

Herhen høre Reglerne i Paul. Sent. V. 7 § 2¹⁾, i l. 30 D. 45. 1 og § 8 I. 3. 20, og i l. 7 § 12 D. 2. 14, hvorefter der til Udtalelsen i Dokumentet om, at et Løfte er blevet afgivet, knyttet en Formodning om, at dette har foreligget i Stipulationsformen.

Der gaas imidlertid endnu et Skridt videre. Selv om cautio slet ikke refererer til noget Løfte, præsumeres det, hvor ikke nogen anden causa særlig er angivet, at støtte sig paa et foregaaende Løfte, der da videre formodes at have haft Stipulationskarakter. Fra først af var denne Præsumption betinget af Oplysning om, at »res inter praesentes gesta est«, l. 1 C. 8. 37, men Udviklingen gaar videre og finder for den positive romerske Ret sin Afslutning i Justinian's i l. 14 C. 8 37 indeholdte Bestemmelse, at naar blot dette er skrevet i Dokumentet, holdes det for sandt, saalænge det ikke ved klart Bevis godtgøres, at en af Parterne »eo die civitate afuisse«.

Det vil nu let ses, at Forskjellen mellem en Ordning, der tillægger Dokumentet en saa afgjørende bevisende Kraft som den beskrevne, og en saadan, der ligefrem erklærer det for selvstændig Klagegrund, i Henseende til sine praktiske Resultater ikke vil blive synderlig stor. Praktisk set fungerer nemlig i mange Tilfælde cautio'en som Surrogat for en Stipulation, der i Virkeligheden slet ikke har fundet Sted, og det vil derfor ofte være en ren Skjønssag, om man vil henføre Retsvirkningen til selve den præsumerede Stipulation eller til

¹⁾ optaget i § 17 I. 3. 19.

det ydre Moment, der afgiver det eneste, tildels endog uafbeviselige Grundlag for denne Præsumption.

Det kan herefter ikke undre, at man heller ikke i Kildernes Udtryksmaade finder nogen stræng Fastholden af Skylddokumentets kun bevisende i Modsætning til selvstændig virkende Karakter, men at der ofte her svinges fra det ene Synspunkt til det andet. Dette kommer saaledes frem i l. 59 D. 32, hvor der først tales om chirographum som blot indeholdende en »probatio«, men lige bagefter ved Sætningen »venditis chirographis intellegimus nomen venisse«¹⁾ synes at være tillagt det en noget mere selvstændig Karakter. Det kommer fremdeles til Syne i flere Steder, hvor »cautio« og »stipulatio« klart fremtræde som varierende Udtryk for ganske den samme Ting²⁾. Hvor ikke cautio selv angiver en anden Klagegrund, opfattes den jo netop i de fleste Tilfælde som en præsumeret stipulatio, den er saa at sige, skjønt faktisk kun en cautio, retlig en stipulatio, og man kan da kalde Forholdet det ene eller det andet efter det Synspunkt, hvorfra man betragter det. Korrekttest udtrykkes maaske Forholdet, saaledes som sket i l. 17 pr. D. 44. 4, hvor der siges at søges »ex chirographo ex stipulatu«, men Tungheden ved en saadan Udtryksmaade kan vel forklare, at man, hvor det ikke netop er om at gjøre at give en prægnant Forklaring af Forholdets retlige Væsen, holder sig til Dokumentet selv som den ydre Gjenstand, hvortil Kravet ved umiddelbar Idéassociation naturlig knyttes.

Det er dette, men heller ikke mere, der har fundet Udtryk i det ikke ringe Antal Kilsteder, hvor »cautio« alene omtales som Grundlag for Obligationen, uden at der antydes noget om en Stipulation³⁾, eller hvor der tales om at søge »ex instrumento«, ex chirographo« eller »ex epistula«⁴⁾, eller Kreditor siges »cautionem exigere«⁵⁾. Anderledes kan man sikkert heller ikke forstaa Udtalelsen i Inst. 3. 21: »scriptura obligetur: et

¹⁾ lignende ogsaa l. 43 § 5 D. 30.

²⁾ saaledes i l. 40 D. 12. 1, l. 126 § 2 D. 45. 1, l. 57 D. 24. 1, l. 20 § 1 D. 15. 3, l. 5 C. 4. 7.

³⁾ saaledes i l. 40 pr. D. 4. 4, l. 4 C. 4. 6, l. 7 § 5 a C. 7. 39.

⁴⁾ saaledes l. 41 § 2 D. 22. 1, l. 49 pr. D. 24. 3, l. 89 pr. D. 46. 3, l. 18 § 2 D. 39. 6, l. 20 D. 14. 3, l. 28 D. 16. 3. At denne Udtryksmaade ikke er afgjørende, synes særlig klart at fremgaa deraf, at der f. Ex. i l. 57 pr. D. 26. 7 tales om at søge »ex inventario«, som dog ingen kunde falde paa at anse for selvstændig Klagegrund.

⁵⁾ l. 3 C. 3. 10.

ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione«. At forstaa den sidste Tilføjelse om Verbalobligationen saaledes, at denne overhovedet skulde være helt bortfaldet som fortrængt ved scriptura, er allerede af den Grund paa Forhaand umuligt, at Institutionerne selv i 3. 15 og flg. Kapitler give udførlige Regler om verborum obligatio eller stipulatio uden paa fjærneste Vis at antyde, at disse kun skulde være betragtede som Retsantikviteter. Der kan derfor ihvertfald kun være Tale om at tillægge Sætningen den Mening, at Verbalobligationen, hvor der, som i det omhandlede Tilfælde, foreligger Skrift for Forpligtelsen, ved Siden heraf bliver uden selvstændig Betydning. Saaledes forstaaet maa Udtalelsen siges at fjærne sig ikke langt fra det paa Justinians Tid i de fleste Tilfælde rigtige; den maa ihvertfald siges ikke at lide af større Ukorrekthed, end det er forklarligt, at der let kan indsnige sig i en kort elementær Lærebog, som jo netop Institutionerne var bestemte til at være. Men ved at lægge mere ind i denne og de andre¹⁾ Udtalelser end et kort let Udtryk for det i det overvejende Antal Tilfælde praktisk rigtige, saaledes at man derpaa byggede et selvstændigt Skylddokument-Institut med alle deraf flydende Konsekvenser, vilde man komme i bestemt Strid med den retlige Ordning af Forholdet, som Kilderne forøvrigt klart bære Vidnesbyrd om. Man vilde navnlig da ikke kunne forklare to fra en saa sen Tid som Justinians og hans umiddelbare Forgængers hidrørende Afgjørelser af indgribende Vigtighed for hele denne Materie. Der tænkes herved dels paa l. 13 C. 4. 30²⁾, hvis Adgang til at føre Modbevis mod cautio'ens Angivelser ikke vel synes at kunne lade sig forene med Opfattelsen af cautio som et selvstændigt Klagegrundlag, dels og navnlig paa l. 14 C. 8. 37, hvis regulerende Bestemmelser med Hensyn til den Formodning om en Stipulation, som et Skyldskrift skal antages at give, ganske vilde komme til at savne Indhold under en Ordning, hvor Skriftets Præsumptionsvirkning var blevet afløst af

¹⁾ I Overensstemmelse hermed lade sig sikkert ogsaa de af Bähr l. c. S. 147 citerede Bestemmelser fra Codex Theodosianus forstaa.

²⁾ Dog synes Ordet »certe« («idetmindste»), der her er indføjet efter »nisi«, medens det ikke forekommer i den forøvrigt paa dette Punkt næsten overensstemmende l. 25 § 4 D. 22. 3, at indeholde en lille Antydning om, at Udviklingen i Retning af at tillægge Skylddokumentet noget mere selvstændig Betydning siden Paulus' Tid er skredet videre frem, hvilket jo ogsaa bekræftes ved forskjellige andre Vidnesbyrd.

dets Karakter som en af dette Synspunkt ganske uafhængigt virkende Forpligtelsesgrund. Den af flere opstillede »nyere Litteralkontrakt« maa derfor siges at savne Hjemmel i de romerske Retskilder¹⁾. —

I de Tilfælde, hvor der i Henhold til det udviklede tillægges en cautio Virkning som en Stipulation, maa den i et og alt blive undergivet samme Regler som denne, og særlig maa ogsaa med Hensyn til Causaforholdet de i det foregaaende fremstillede Synspunkter finde uforandret Anvendelse derpaa. Dette illustreres ved det i Kilderne hyppigst behandlede Tilfælde, hvor cautio'en udstedes for at sikre et ved mutuum begrundet Krav paa Tilbagebetaling af en Sum Penge.

Ligesaa lidt som ved den tilsvarende Stipulation forsvinder her det reale Moment, Pengenes Udbetaling, ganske fra den retlige Ordning, men det opfattes ogsaa her som indgaaende en organisk Forbindelse med det paa cautio støttede Retsforhold, saaledes at det med dette anses for at danne »una obligatio verborum«, jfr. den ovenfor omhandlede l. 126 § 2 D. 45. 1, der netop nærmest har en skriftlig Stipulation for Øje²⁾. Dette viser sig fra den negative Side deri, at der for det Tilfælde, at den forventede Betaling ikke finder Sted, aabnes en Mulighed for saavel at fremsætte en exceptio mod den andens actio, som ved Hjælp af en condictio at søge Skyldokumentet tilbage, l. 7 C. 4. 30, l. 4 C. 4. 9.

I hvilket Omfang denne Mulighed for at gjøre Indsigelser fra det reelle Mellemværende gjældende bliver til Virkelighed, beror imidlertid ogsaa her paa den nærmere retlige Ordning af Causaforholdet. Her bekræfter sig da i det hele Analogien fra den mundtlige Stipulation.

For at exceptio non numeratae pecuniae (og altsaa ogsaa Tilbagefordring af Skylddokumentet) skal kunne gjøres gjældende, maa det først bringes paa det rene, at netop en saadan Udbetaling har været den afgjørende Forudsætning, m. a. Ord, Forholdets Karakter af et tilsigtet mutuum maa foreligge konstateret. Er cautio'en udstedt i et andet Øjemed, f. Ex. »transactionis causa«, kan Exceptionen selvfølgelig ikke finde Anvendelse, l. 11 C. 4. 30.

At causa'en for cautio er et mutuum, kan nu have

¹⁾ saaledes i nyeste Tid Gide l. c. S. 216 ff. og Mitteis l. c., navnlig S. 496.

²⁾ jfr. herved endvidere l. 6 § 1, l. 7 D. 46. 2, l. 6 D. 14. 6.

fundet Omtale i Dokumentet selv. I dette Tilfælde maa da Debitor i Reglen kunne paaberaabe sig Skriftets Indhold til sin Fordel, og der kommer ingen særlige Vanskeligheder frem.

Det maa dog mærkes, at i Praxis ikke sjældent en anført »causa mutui« vil være af fingeret Karakter, nemlig bestemt til at dække et andet virkeligt Forhold mellem Parterne, som de af en eller anden Grund ikke ønske omtalt i Dokumentet. Godtgjør da Kreditor, at den opgivne causa ikke er den rette, kan selvfølgelig en ifølge denne afgjørende Forudsætning ikke længer være af Betydning, men Spørgsmaalet bliver nu kun, om den anden virkelige causa's Forudsætninger ere gaaede i Orden. Det siges derfor ogsaa i l. 5 C. 4. 30: »non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur«, og i l. 6 C. 4. 2 forudsættes Exceptionen udelukket, hvor »falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa«¹⁾.

Indeholder Dokumentet ikke selv nogen Angivelse af causa'en, maa det ligesom ved en tilsvarende Stipulation være Debtors Sag at godtgjøre Karakteren af den Skyldgrund, fra hvis Ikke-Realisation han vil hente Indsigelser mod Forholdet. Skjønt der næppe findes nogen udtrykkelig Afgjørelse af dette Punkt²⁾, maa det anses for en Konsekvens af cautio's nøje historiske Forbindelse med Stipulationen, hvilken den nærmere Ordning af Forholdet lige til det sidste klart bærer Vidne om.

Er det nu saaledes bragt paa det rene, at Parternes subjektive causa har været et mutuum, bliver det næste Spørgsmaal, om dettes Forudsætning, Pengenes Udbetaling, ogsaa objektivt er kommet til Realisation. Bevisbyrden for dette Punkt, som for den objektive Virkeliggjørelse af causa'en i det hele, maa bestemmes efter, hvad den faktiske Sandsynlighed i sig selv kan siges at være for.

Her er det nu Romerrettens Opfattelse, at Dokumentets Udstedelse ikke i sig selv kan siges at vække nogen Formodning for, at Pengene ere blevne udbetalte, hvorfor Bevisbyrden for dette efter Retsforholdets Art fundamentale Punkt paalægges Kreditor, l. 3, l. 10 C. 4. 30, l. 1 C. 4. 19.

Spørgsmaalet bliver kun, om Kreditor ved denne Bevisførelse kan benytte Momenter hentede fra selve Dokumentets

¹⁾ jfr. ogsaa Forudsætninger i samme Retning i l. 4 C. 4. 6 og l. 1 C. 4. 7.

²⁾ Paa den i modsat Retning tydende l. 25 § 4 D. 22. 3 kan der jo nemlig efter det ovenfor S. 143 ff. anførte ikke lægges nogen Vægt.

Indhold, altsaa til sin Fordel paaberaabe sig, at dette selv omtaler Pengenes Udbetaling som en fuldbyrdet Kjendsgærning. Med Hensyn til dette Punkt erklærede den romerske Ret, at den blotte Omstændighed, at »pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur«, ikke kunde blive af nogen Betydning, l. 14 pr. C. 4. 30¹⁾. Paa Grund af det i Livet hyppig forekommende Forhold, at Pengenes Udbetaling først finder Sted, efter at Dokumentet er udstedt, vil en saadan Bemærkning i mange Tilfælde have Hensyn til en Udbetaling, der først forventes at skulle ske bagefter, og derfor ikke kunne anføres som Bevis for en allerede stedfunden Indtrædelse af dette Faktum.

Tvivlsomt er det dog, om det samme kan antages, ogsaa hvor Dokumentet ikke blot gjør en almindelig Bemærkning om »pecunia numerata«, men henfører denne Kjendsgærning til et bestemt Tidspunkt i Fortiden. At antage Reglens Gyldighed selv for saadanne Tilfælde vilde vel næppe være saa urimeligt, som det undertiden fremstilles. Hvis det f. Ex. kunde oplyses, at Kreditorer paa den Tid, da denne Bestemmelse kan antages at være opstaaet, oftere havde benyttet deres overlegne Stilling til, for paa Forhaand at afskære alle eventuelle Indsigelser, at tvinge Debitor ogsaa til saadanne mod Sandheden stridende Angivelser i Skylddokumentet, kunde en Negering selv af disses bevisende Betydning have en meget fornuftig Grund. Og særlig vilde det at antage et saadant Synspunkt for at have været medvirkende ved den justinianske Codexbestemmelse harmonere ret godt med den Tendens efter at hjælpe de Smaa i Samfundet, som paa flere Punkter præger den senere kejserlige Lovgivervirksomhed²⁾. Saalænge der imidlertid ikke kan tilvejebringes Oplysning om saadanne mere abnorme Samfundsforhold, vil det vist dog være betænkeligt paa dette Punkt at antage nogen Afgivelse fra den almindelige Sætning, hvoraf der ofte er gjort Brug, »suis adquiescere deceat«, l. 13 C. 4. 30, hvoraf følger, at ogsaa en saadan bestemt Erklæring maa anses bevisende imod Debitor.

Foreligger der imidlertid ikke en saadan, vil det let ses, at Kreditors Stilling i mange Tilfælde vilde blive yderst mislig,

¹⁾ Af anden Mening dog Bähr l. c. S. 160—161 (120) jfr. Anhang S. 327 ff. (259 ff.).

²⁾ jfr. Leonhard: Roms Vergangenheit und Deutschlands Recht. 1889. S. 154, 182, Institutionen. 1894. S. 126 ff.

idet det, navnlig naar længere Tid var forløbet, vilde kunne være overordentlig vanskeligt for ham at skaffe det fornødne Bevis for Pengenes Udbetaling. Som Følge heraf hjemler den romerske Ret efter en vis Tids Forløb, først 5, senere 2 Aar, en Præskription af Skyldnerens *exceptio non numeratae pecuniae*, l. 14 C. 4. 30, l. 3. 21.

Om den nærmere Virkning af denne Præskription hersker der Uenighed, idet nogle holde paa, at den kun flyttede Bevisbyrden angaaende Pengenes Ikke-Betaling over paa Debitor, medens andre hævde, at overhovedet en fra dette Moment hentet Indsigelse fra nu af absolut maa anses afskaaret¹⁾. Det maa dog erkjendes, at Kildernes Udtalelser ret bestemt tyde i Retning af at tillægge Præskriptionen den sidste videre Virkning, jfr. l. 14 pr. C. 4. 30: »eo lapso nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit«, l. 3. 21: »de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest«, og »ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur«, l. 8 § 2 C. 4. 30: »omnimodo . . . debitum solvere compelletur«. Det lader sig næppe heller nægte, at Kreditor kan have en rimelig Interesse i en saadan Ordning af Forholdet, idet en Adgang for Skyldneren blot til at rejse Exceptionen og maaske omgive den med et Skin af Ret vil kunne rumme Farer for Laangiverens Retsforfølgning, hvilke han efter længere Tids Forløb ofte ikke vilde have Midler til at værgø sig imod.

¹⁾ saaledes navnlig Gneist l. c. S. 89 ff., Bähr S. 357—358 (282).

II.

Fransk Ret.

§ 15.

La cause de l'obligation i Code civil.

Efter at der i art. 1108 som fjerde »condition essentielle pour la validité d'une convention« er nævnt »une cause licite dans l'obligation«, siges det i art. 1131 videre: »L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet«. I art. 1132 tilføjes: »La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée«, og i den følgende art. gives der den nærmere Bestemmelse af cause illicite: »La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public«. ¹⁾

Siden N. J. Ernst i 1826 rejste Diskussionen om Causa'en i Code civil ²⁾, er der omkring disse Artikler opstaaet en rig Literatur. ³⁾ Stridspunkterne i denne have navnlig været de

¹⁾ Nogle fra Forhandlingerne hentede Smaa bidrag til Fortolkningen af disse Artikler ere indeholdte i Locré: La Législation civile, commerciale et criminelle. Paris. 1828. XII. S. 138—140, 325, 428—429.

²⁾ I det belgiske Tidsskrift »Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste I. S. 250—264. Afhandlingen findes endvidere trykt som Appendix til Timbal's Thèse om Causa'en.

³⁾ jfr. blandt Haandbøgerne over fransk Civilret: Zachariä: Handbuch des Französischen Civilrechts. Heidelberg. 1837. II. S. 335—338 (i den under Titlen »Le droit civil français« 1857 udgivne franske Udgave ved Massé & Vergé III. S. 559—561), Demolombe: Cours de Code Napoléon. Paris. 1868. XXIV. S. 323—363, Colmet de Santerre: Cours analytique de Code Napoléon. Paris. 1865. V. S. 57—65, Aubry & Rau: Cours de droit civil français. 4. ed. Paris. 1871. IV. S. 320—325, VI. S. 177, VII. S. 57; Baudry-Lacantinerie: Précis de droit civil. 2. ed. Paris. 1886. S. 569 ff. . Af Monografer: De forskjellige Disputatser over »cause de l'obligation«, af E. Daufresne. Paris. 1854, E. Artur. Paris. 1878, J.-B. Brissaud. Bourdeaux.

til art. 1132 og 1133 knyttede Spørgsmaal om Bevisbyrden for Causa'en ved en »billet non causé«, og hvilken Udstrækning der nærmere skal tillægges »cause illicite.«; navnlig det sidste Punkt vil nedenfor finde en mere indgaaende Behandling. Derimod kan der ved den almindelige Bestemmelse af Causa'en og dens Virkninger, paa enkelte Punkter nær, i Hovedsagen siges at herske Enighed. Kun Windscheid¹⁾ indtager et Særstandpunkt, der vil blive gjort til Gjenstand for Omtale paa et senere Sted i dette Afsnit.

Den italienske codice civile af 1865 giver i sine art. 1104, 1119, 1120, 1122 nøje hermed overensstemmende Regler, men dertil føjer den i art. 1121 en Præsumptionsregel om Causa'en: »La causa si presume sino a che non si prova il contrario.«.²⁾

Som Hovedforfatteren i dette Emne maa Demolombe betegnes. Han indleder sin Udvikling med at gjøre opmærksom paa Flertydigheden af Ordet »cause«, hvilken nødvendiggjør en særlig Bestemmelse deraf for dette Tilfælde. I saa Henseende fremhæver han tre forskellige Betydninger, idet la cause enten kan være »finale« eller »efficiente« eller »impulsive«. Det er i den første Betydning, at det skal tages her. Det betegner nemlig her netop »celle qui détermine essentiellement la partie à s'obliger, et qui est le but direct et immédiat, que cette partie se propose d'atteindre en s'obligeant.«.³⁾ Derimod kan Lovgiveren hverken have tænkt paa cause »efficiente« eller »impulsive«. Ved cause »efficiente ou formelle« forstaas nemlig Romerrettens af Kommentatorerne som »causa civilis« betegnede, o: det Moment, der i den positive romerske Ret i Almindelighed foruden Parternes Overens-

1879, J. Timbal. Toulouse. 1882, og tildels den nærmest kun om »la cause dans le transfert conventionnel de la propriété« handlende Thèse af G. Bergis. Toulouse. 1886, samt den 1894 af E. Tarbouriech udgivne Piece »De la cause dans les libéralités«. Endelig af Literaturen før Code civil: Domat: Oeuvres. Udgave ved Remy I. S. 123—124, og Pothier: Traité des obligations, i den 1824 ved Dupin udgivne Samling af hans Skrifter I. S. 24—28.

¹⁾ i sit Skrift: Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. 1847. S. 270—322.

²⁾ jfr. G. P. Chironi: Questioni di diritto civile. Torino. 1890. S. 134 ff., og Istituzioni di diritto civile italiano. 1888—89. I. S. 111, II. S. 47, samt Giacomo Venezian: La causa nei contratti. 1892, der dog kun behandler Spørgsmaalet fra almindelig filosofisk Synspunkt, uden særligt Hensyn til den italienske Lovbogs Bestemmelser.

³⁾ l. c. S. 325.

komst krævedes til at frembringe en actio, bestaaende snart i en Tradition (nemlig ved Realkontrakterne), snart i en bestemt Ordform (ved Stipulationen), snart endelig i Skrift (ved Litteralkontrakterne). Men om at kræve noget saadant kan der ikke være Tale efter den franske Ret, hvis Princip netop er, at den blotte Convention er tilstrækkelig til at fremkalde en Forpligtelse.

En lige saa skarp Modsætning er der mellem den af Loven krævede cause »finale« og cause »impulsive«. Ved det sidste betegnes det blotte Motiv, der har ført en Part til at indgaa Kontrakten, det er »le motif du contrat, disons-nous, cur contraxit, et non pas le motif de l'obligation, cur promisit«. I Modsætning til cause finale er la cause »impulsive« ikke »un élément intrinsèque et constitutif de l'obligation; elle est, au contraire, extrinsèque, extérieure«. Deraf følger ogsaa, at den er »relative et personnelle à chacun des contractants en particulier«. Altsaa, »tandis que, en effet, la cause finale est toujours identiquement la même dans tous les contrats identiques, la cause impulsive est essentiellement variable, et elle est, en effet, presque toujours différente, dans les mêmes contrats, pour les parties qui les forment«, jfr. saaledes de uendelig varierende Motiver, der kunne føre en Part til at købe eller sælge en Ting eller til at optage et Laan, medens selve cause finale, nemlig Erhvervelsen af Tingen eller Kjøbesummen, eller Modtagelsen af Laanet i alle Tilfælde staa fast. ¹⁾

Til denne almindelige Definition af Causa'en slutte Forfatterne sig i Almindelighed. Naar saaledes Colmet de Sarterre ²⁾ definerer den som »ce qui, dans un contrat détermine une partie à s'obliger«, »le but immédiat et direct que le débiteur s'est proposé d'atteindre en s'obligeant (cur promisit)«, medens Motivet betegnes som »la considération plus éloignée qui l'a déterminé à faire le contrat (cur contraxit)«, eller Zachariä ³⁾ kalder den »une raison juridique qui ait déterminé la partie à faire la promesse«, eller Aubry & Rau ⁴⁾ siger, at den er »le motif juridiquement suffisant«, ville disse forskjellige Udtryksmaader ⁵⁾ baade efter deres umiddelbare

¹⁾ l. c. S. 335—336. ²⁾ l. c. S. 57. ³⁾ ved Massé & Vergé III. S. 559. ⁴⁾ l. c. IV. S. 321. ⁵⁾ Ganske lignende ogsaa hos Baudry-Lacantinerie l. c. S. 569 ff.

Ordlyd og efter den Maade, hvorpaa de nærmere udføres, vise sig at være Variationer for en ganske lignende Tanke.

Om fra Code civil's Causa-begreb at udelukke den blotte cause »impulsive« i Betydning af den enkelte Parts Motiv til at indgaa Kontrakten, synes der ogsaa, — bortset fra enkeltstaaende Forsøg i modsat Retning for Donationens Vedkommende — at herske fuld Enighed.

Det samme kan ogsaa i det hele siges med Hensyn til Udelukkelsen af »cause efficiente« som ensbetydende med Romerrettens »causa civilis«. Selv Vernet¹⁾, der opstiller et videre Begreb end de andre franske Forfatteres om »causa civilis«, idet han betegner den som »le fait ou la réunion des faits qui aux yeux du droit civil sont nécessaires et suffisants pour que ce droit civil attache une action au droit du créancier«, og i Henhold hertil kommer til at kræve en causa civilis ikke blot ved Romerrettens Real-, Verbal- og Literalkontrakter, men ogsaa ved contractus consensuales, nemlig i Betydning af »la réunion de toutes les conditions nécessaires pour que la convention intervenant entre les parties pût recevoir le nom d'emptio-venditio, de locatio-conductio etc.«, altsaa f. Ex. ved Salget en »merx« paa den ene Side og et »pretium« paa den anden, — drager ikke nogen Konsekvens heraf for de franske Conventioners Vedkommende. Det er derfor med Urette, at Demolombe²⁾ bebrejder ham »d'avoir confondu ces deux sortes de cause, en professant que la théorie du Droit romain et celle du Droit français étaient, sur ce point, toutes semblables.« Vernet³⁾ fremhæver netop udtrykkelig, at i fransk Ret har Ordet »cause« en anden Betydning, og bestemmer ganske i Overensstemmelse med den gængse Definition Causa'en i Code civil som »le but immédiat que se propose celui qui s'oblige«.

I Henhold til denne almindelige Definition bestemmer da Demolombe nærmere Causa'en særskilt for contrats »synallagmatiques«, for contrats »unilatéraux« og for »contrats de bienfaisance«.

Ved de første falder i Virkeligheden Causa'en for den ene Parts Forpligtelse sammen med Gjenstanden for den andens.⁴⁾

¹⁾ Textes choisis sur la théorie des obligations en droit Romain. Paris. 1865. S. 7-11. ²⁾ l. c. S. 335. ³⁾ S. 163. ⁴⁾ En Ukorrekthed har S. 326 indsneget sig, naar det siges »la cause de l'obligation se confond avec l'objet de cette obligation«, men maa efter Sammenhængen forstaas i Overensstemmelse med det i Texten anførte.

F. Ex. Causa'en for Kjøberens Forpligtelse er Sælgerens Forpligtelse til at levere Tingen, omvendt er Causa'en for Sælgerens Pligt Kjøberens Forpligtelse til at betale Prisen. Kun er der den Forskjel, at »lorsqu'il s'agit d'apprécier l'objet même de la convention, on considère, isolément, d'une manière absolue, les prestations fournies ou promises par chacune des parties; tandis que, lorsqu'il s'agit d'apprécier la cause, on considère ces prestations d'une manière relative et comparée, en les opposant l'une à l'autre.«¹⁾

Medens de fleste Forfattere med Demolombe fastholde, ikke blot Forbindelsen, men ogsaa Modsætningen mellem Obligationens Causa og dens Gjenstand, ofte betegnet som Forskjellen mellem »cur debetur«, og »quid debetur«, ere enkelte, saaledes allerede Ernst²⁾, Timbal³⁾ og tildels Artur⁴⁾, ved denne Sammenhæng blevet førte til helt at nægte Causa-begrebet selvstændig Existensberettigelse ved fuldstændig at identificere Kontraktens Causa med dens Objekt.

Ved »contrats unilatéraux«, fortsætter Demolombe, bestaar Causa'en for den enes Obligation i »le fait ou la promesse de l'autre.«⁵⁾ Her kommer ihvertfald Modsætningen mellem Obligationens Causa og dens Objekt klart frem. F. Ex. ved et Laan paa 10,000 fr. bestaar Objektet netop i disse 10,000 fr., dette er »absolu«. Derimod er la cause nødvendigvis »relative«, det er Udbetalingen fra Laangiveren til Laantageren, der er Causa til Obligationen.

Om hvorvidt en Forpligtelse, der ikke i sig selv er retskraftig, kan tjene som Causa for en obligation civile, hersker der Strid mellem Forfatterne. Medens Demolombe holder paa, at ikke blot en »obligation naturelle«, men ogsaa en Pligt blot begrundet i »les sentiments d'honneur et de délicatesse, qui porteraient une personne à reconnaître qu'elle est tenue d'une dette envers une autre«, maa være tilstrækkelig Causa og betage Transaktionen Karakteren af en Donation,⁶⁾ vil Aubry & Rau, forsaavidt der ikke foreligger nogen egentlig obligatio naturalis, kun anerkjende dette i de Tilfælde, hvor Forpligtelsen kan siges at have haft »pour mobile le désir de

¹⁾ l. c. S. 328. ²⁾ i sin oven citerede Afhandling. ³⁾ l. c. særlig S. 196 ff. Denne Forfatter mener forøvrigt ogsaa at kunne forklare de Causa'en tillagte Resultater ud fra »la théorie du consentement«, S. 200 ff., og maaske ogsaa ved Hjælp af »la théorie de la condition«. ⁴⁾ l. c. S. 13, jfr. S. 178–179. ⁵⁾ l. c. S. 329. ⁶⁾ l. c. S. 330 jfr. Tome XX. S. 28 ff.

ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui en conservant un bénéfice même légalement acquis, ou de réparer un dommage qui ne serait pas imputable à faute«, ¹⁾ medens endelig Timbal ²⁾ fastholder, at ligesaa lidt et Løfte sket »en acquit d'une dette naturelle« som »d'un devoir de conscience« ved dette særlige Motiv kan unddrages Lovens Regler om Gaver.

Endelig i »les contrats de bienfaisance« finder Demolombe la cause finale i selve »l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre un service«, ³⁾ og hertil slutte i varierede Udtryk de fleste Forfattere sig. Dog er der af enkelte rejst Opposition herimod, i en dobbelt Retning. Paa den ene Side har i nyeste Tid Th. Huc ⁴⁾ helt forkastet Causa-kravet for Donationernes Vedkommende. Der kræves efter ham kun selve Viljen til at give; hvis man derudover vilde forlange Oplysning om en særlig Causa, vilde man forvexle Causa og Motiv. Selvom art. 1108 ved sin almindelige Formulering ogsaa kunde synes at kræve en Causa for Liberalitetsakternes Vedkommende, vil dette dog være uden Betydning, thi »les affirmations les plus positives du législateur ne peuvent donner un corps à ce qui n'existe pas«.

Paa den anden Side opstiller F. Laurent ⁵⁾ den Fordring, at Giverviljen skal være bestemt ved »le désir de faire le bien«. I lignende Retning gaar Tarbouriech, ⁶⁾ idet han i Tilknnytning til det allerede af Domat ⁷⁾ opstillede Krav til Gaven, at den skal have »un motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien«, kræver Godtgjørelsen af en særlig »sentiment désintéressé«, hvilken igjen efter hans Mening altid lader sig føre tilbage til en af de tre Følelser, »bienfaisance, affection ou gratitude«, medens de Motiver, der atter maatte have dannet Bevæggrunden til disse Følelser, ogsaa efter Tarbouriech skulle være uden Betydning.

§ 16. (Fortsættelse).

Forinden vi underkaste den nu fremstillede franske Causa-theori en nærmere kritisk Prøvelse, maa vi være klare over

¹⁾ l. c. S. 11—12, S. 322. ²⁾ l. c. S. 284 ff. ³⁾ l. c. S. 330. ⁴⁾ Commentaire théorique et pratique du Code Civil. VI. Paris. 1894. S. 63.

⁵⁾ Principes de droit civil. XI. Bruxelles-Paris. 1874. S. 657 ff.

⁶⁾ l. c. særlig. S. 17 ff. ⁷⁾ Oeuvres ved Remy I. S. 124.

vort Udgangspunkt. Dette bestemmes ved følgende Betragtning: Det franske »cause« viser ikke blot ved sit Navn hen paa »causa«'en i den romerske Ret, hvor og hvor alene dette Begreb har fundet en nærmere Udvikling og Bestemmelse, men denne Sammenhæng bestyrkes ogsaa i høj Grad ved det historiske Forhold. Dette viser nemlig, at Hovedkilderne for disse som for saa mange andre af Code civil's Bestemmelser have været Domat's og navnlig Pothier's Skrifter, og den stærke romerretlige Paavirkning, som de herhenhørende Udviklinger hos disse Forfattere have været Gjenstand for, lader sig ikke miskjende. Det maa derfor være tilladt at gaa ud fra, at de paa saa fuldstændig romerretligt Grundlag byggede Causa-bestemmelser i Code civil ogsaa her skulle tages i den samme Mening, forsaavidt ikke de nyere i Lovbogen anerkjendte Kontraktsgroundsætninger medføre Modifikation. At indføje den romerske Causa-theori som organisk Bestanddel i den moderne franske Kontraktret vil altsaa være Opgaven.

I den romerske Retshandelsmaterie forefandt vi fire Hovedbetydninger af Ordet »causa«:¹⁾

- 1) Egentlig Retsgrund, »causa civilis« i videste Forstand.
- 2) Den altid retlig afgjørende Vederlagsforudsætning, »Retsformaalet« i egentlig Forstand.
- 3) Andre efter Omstændighederne retlig afgjørende Forudsætninger.

4) En retlig betydningsløs Forudsætning hos en af Parterne.

I de tre sidste Betydninger betegner da »causa« Forudsætningen baade som blot subjektivt Motiv og som objektivt realiseret Kjendsgærning.

Den første af disse Betydninger er Theorien enig om at forkaste for Code civil's Vedkommende. Heri er der nu ialtfald saa meget rigtigt, som det maa erkjendes, at det ikke er denne Betydning af »cause«, som Lovgiveren nærmest kan antages at have haft for Øje. Dette bliver særlig klart ved Reglerne i art. 1132 om det Tilfælde, at »la cause n'en soit pas exprimée«, og i 1133 om »cause illicite«, idet der ikke godt kan være Tale om at »udtrykke« Causa'en i Betydning af det Faktum, hvortil Retsordenen knytter en Obligations Opstaaen, men kun at bringe det til objektiv Existens, og det heller ikke vel lader sig begribe, hvorledes en ifølge Loven retstiftende Kjendsgærning skulde kunne blive »prohibée par la loi.« Dog

¹⁾ jfr. ovenfor S. 11 ff.

ere disse Betragtninger næppe absolut afgjørende, idet det vel lod sig tænke, at et saa kamæleonsagtigt Begreb selv indenfor det samme Lovarbejde, saaledes som det faktisk er Tilfældet i den justinianske Lovbog, kunde have en noget videre eller snævrere Betydning efter den Relation, hvori det anvendes.

I hvert Fald er det givet, at det ikke er paa saadanne specielle Fortolkningshensyn, at Theorien støtter sin Udelukkelse af det videre Causabegreb, men der anføres i saa Henseende en mere almindelig Betragtning. At kræve en »causa civilis« vilde, siger man, stride mod Code civil's Regel om; blotte Conventions forpligtende Kraft. Man forstaar da ved »causa civilis« ikke enhver obligationstiftende Kjendsgæring — et retstiftende Faktum maa selvfølgelig lige saa vel kræves til en Obligations som til enhver anden Retsvirknings Opstaaen. Men dette formenes for den moderne franske Rets Vedkommende netop at bestaa i den blotte Convention. Efter den romerske Ret krævedes der ganske vist en særlig »causa civilis« i Betydning af en Kjendsgæring foruden Overenskomsten mellem Parterne, men Følgen af den moderne frie Kontraktsgrundsætning er netop, at enhver saadan positiv Fordring maa være bortfaldet.

For at bedømme Rigtigheden af denne Slutning vil det være nødvendigt først at kaste et Tilbageblik paa den romerske Rets Regler om Kontrakters Stiftelse. Kun en kritisk Undersøgelse af disse og af de Grunde, der kunne antages at have været bestemmende for deres Indhold, vil kunne vise os, hvor meget af dem der maa tillægges en af særlige historiske Forhold hos Romerne uafhængig Gyldighed og derfor kan antages at have bevaret sin Betydning ogsaa for Nutidens Kontraktsret.

Romerrettens Regel om Kontrakters Stiftelse¹⁾ var som bekendt den, at der enten krævedes en bestemt Form, Stipulationen (eller ved den ældre Rets Litteralkontrakter en vis skriftlig Form), eller ogsaa anerkjendtes en Pligt først begrundet, naar der havde fundet en Realpræstation Sted fra dens Side, der skulde have Retten. Men som Undtagelse tilstededes Kontrakters Stiftelse »solo consensu«, nemlig ved de i Livet hyppig forekommende Forhold emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum og contractus emphyteuticarius. Spørger man om Grunden til denne Ordning, vil man næsten bestandig møde det Svar: disse Fordringer opstilledes for at

¹⁾ jfr. ovenfor under det romerretlige Afsnit S. 18 ff.

sikre sig, at Parterne virkelig havde haft en alvorlig Hensigt til at forpligte sig, og for at have klart Bevis for denne Hensigt.¹⁾

At nu dette Hensyn har spillet en væsentlig Rolle, skal selvfølgelig ikke nægtes. Men ikke desto mindre maa det erklæres ufyldstgjørende at søge Forklaringen alene i en saadan Betragtning. Den vil vel nogenlunde kunne forklare Hovedreglen, men næppe tilstrækkelig begrunde, hvorfor disse Undtagelser og netop kun disse blev gjorte fra denne. Det er klart, at en Person kan tale om at »kjøbe« eller »leje«, uden endnu at have fattet nogen definitiv Beslutning om at indlade sig paa en saadan Transaktion. Det er maaske kun forberedende Forhandlinger, der blive uden Resultat. Naar den romerske Ret ikke desto mindre i disse Tilfælde anerkjendte den blotte Konsenskontrakt som gyldig, kan det ikke være, fordi man her havde nogen særlig Sikkerhed for, at der forelaa nogen endelig Forpligtelseshensigt. For at naa til en fyldstgjørende Forklaring maa vi tillige søge hen til en anden tidligere berørt Betragtning.

Naar en Person afgiver en Forpligtelseserklæring, er det givet, at han derved bestemmes ved en Række forskellige Motiver. Men lige saa givet er det, at Retsordenen i Almindelighed ikke kan tage Hensyn hertil. Ved deres individuelt varierede Karakter unddrage de sig som Regel enhver Mulighed for Regulering ved objektiv Anordning. Men gjælder dette om Motivernes store Skare, er der dog ét særligt Motiv, med Hensyn til hvilket noget andet maa statueres. Dette er Motivet, som refererer sig til Spørgsmaalet om Vederlag. Herpaa maa enhver, der forpligter sig, have givet sig selv Svar. Dette kan have været benægtende, men det vil altid i det praktiske Liv være en forholdsvis sjælden Undtagelse, i saa Fald foreligger der en Gave. Men den overfor Undtagelserne langt overvejende Hovedregel er, at Svaret paa Vederlagsspørgsmaalet falder bekræftende ud. Den, der forpligter sig, ønsker et Vederlag. Maaske hans Ønske i sig selv er noget for vagt og ubestemt til, som det foreligger, at kunne gjøres til Gjenstand for retlig Gjennemførelse og derfor trænger til nærmere Fixering fra Retsordenens Side,²⁾ men i sine almindelige Træk er

¹⁾ jfr. som Ex. bl. mange Demolombe l. c. S. 332.

²⁾ Dette Moment er ikke tilstrækkelig betonet hos Bähr: Anerkennung S. 11. ff. til hvem den foregaaende Udvikling ellers nærmest har henholdt sig.

det givet, baade at Tanken om Vederlag har foresvævet ham, og at den har været af bestemmende Indflydelse paa hans Beslutning. Og Motivets objektive, typiske Karakter tillader Retsordenen at tage Hensyn til dette faktiske Forhold. Den tillægger derfor som Hovedregel kun Viljeserklæringen suppleret med Oplysning om denne altid afgjørende Vederlagsforudsætning Betydning.

Modifikation heri vil kunne være gjort, forsaavidt Retsordenen i visse Tilfælde kræver Viljeserklæringens Afgivelse i en vis Form, saaledes som ved Romerrettens Stipulation. Her kan Hensynet til at lette Kreditors Retsnydelse føre til at tillægge ham en Adgang til, ialtfald foreløbig, at holde sig til dette formelle Grundlag, saa at han ikke behøver at godtgjøre andre Forudsætninger, end dette selv indeholder. Det maa da ihvertfald være Debtors Sag at oplyse Existensen af andre Forudsætninger, som han maatte paaberaabe sig, deriblandt ogsaa Forudsætningen om et bestemt Vederlag, forsaavidt han ikke har sikret sig ved at optage en Klausul derom i selve Stipulationen. Men hvor der ikke foreligger en saadan Form, mangler man ethvert Holdepunkt for saaledes at løsrive et enkelt Stykke af hans Vilje for at tillægge det selvstændig Betydning uafhængig af den Forudsætning, som det er givet har været bestemmende for hans Beslutning.

Naar derfor den romerske Ret ved enhver formløs Retshandel krævede Oplysning om Vederlagsspørgsmaalet, kan dette ikke siges at være noget særligt for dens Vedkommende, men maa tvertimod formodes at skulle gjælde lige saa vel i en hvilken som helst anden Retsorden. Det positive i den romerske Ordning bestaar kun i, at den krævede Vederlagsforholdet afgjort paa en bestemt Maade. Den fordrede nemlig som Regel, for at Pligt kunde opstaa, at Vederlaget var endelig erlagt fra den anden Side. Et blot Løfte om et saadant blev ikke anset tilstrækkeligt, men kun en fuldbyrdet Realpræstation. Denne Ordning betegner utvivlsomt en vis Stivhed i den romerske Kontraktsret paa dette Punkt, som maaske en videre Udvikling vilde have ført ud over. Man følte Vanskeligheden ved at bestemme det indbyrdes Afhængighedsforhold mellem de to obligatoriske Pligter og satte sig da ud derover ved overhovedet først at gjøre Forholdet til Gjenstand for retlig Ordning, naar Vanskeligheden var bragt ud af Verden, derved at Pligten paa den ene Side forelaa definitivt opfyldt.

Kun ved de fem anerkjendte Konsensualkontrakter fra-

faldt man denne Fordring. Hvori laa Grunden til, at man gjorde Undtagelse og kun gjorde Undtagelse for disses Vedkommende? Utvivlsomt ikke blot i den praktiske Trang, der i fremtrædende Grad ved dem gjorde sig gjældende, men ogsaa i en Betragtning, der staar i nærmere Forbindelse med det her behandlede Spørgsmaal. Den hyppige Forekomst af disse Forhold i det praktiske Liv med en almindelig typisk Karakter gav netop Retsordenen det Materiale til den nærmere Bestemmelse saavel af Pligterne i sig selv paa begge Sider som af det indbyrdes Forhold imellem dem, hvilket den havde manglet for de ubenævnte Realkontraktens Vedkommende. Derved bliver det muligt at tage til Takke med en obligatorisk Pligt som Svar paa Vederlagsspørgsmaalet; men at Retsordenen skulde være gaaet videre endnu, nemlig til helt at eliminere dette og saaledes opstille en Fiktion om Forpligtelsens Vederlagsfrihed, som der ikke vilde være nogensomhelst Støtte for i de virkelige Forhold, er der ikke den mindste Antydning af.

Hvilke Konsekvenser medfører nu denne Betragtning for den moderne Rets Vedkommende? Den Forandring, der ved Code civil er indført i den romerretlige Ordning, kan kort betegnes saaledes, at alle Kontrakter nu ere blevne Konsensualkontrakter, idet de stiftes ved den blotte »convention«.¹⁾ Heraf følger, at Spørgsmaalet om Vederlag nu altid lader sig besvare ved Henvisning til en obligatorisk Pligt til Ydelse af et saadant, men helt at slaa en Streg over Causa'en i Betydning af Vederlagsforudsætningen er der lige saa lidt som ved Romerrettens Konsensualkontrakter nogen Hjemmel for. Det er jo givet, at dette Spørgsmaal altid maa have været fremme i dens Bevidsthed, der afgiver Forpligtelseserklæringen, og — hvor Omstændighederne ikke undtagelsesvis tillade at slutte til en Gavehensigt — at han netop har forpligtet sig med det for ham afgjørende umiddelbare Formaal at opnaa et Vederlag. Det vil da ikke kunne forsvares, idet man bortser fra dette faktiske Forhold, uden videre at løsrive et Stykke af hans Viljesudtryk og at knytte selvstændig Betydning til dette Brudstykke, om hvilket det i det langt overvejende Antal Tilfælde vil være givet, at det ikke har foreligget alene, men sammenknyttet med hans Vilje til at erhverve, hvortil det forholder sig som Middel til Formaalet.²⁾

¹⁾ Hvorvidt dog ikke »Realmomentet« ogsaa ved dem i et vist Omfang gjør sig gjældende, jfr. herom senere, særlig i § 30.

²⁾ jfr. Gneist: Formelle Verträge S. 222–223.

De franske Forfattere naa da ogsaa ubevidst til samme Resultat. Dette kommer særlig frem ved deres Fortolkning af Bestemmelsen i art. 1132, at Causa'en ikke behøver at være udtrykt. Denne er man enig om kun at anvende paa »l'acte ou billet, qui est destiné à prouver l'obligation«, og ikke paa »la convention« selv. Og den Grund, der anføres, er: Ved en Convention kan det ikke tænkes, at Causa'en ikke er udtrykt, denne maa her altid foreligge konstateret.⁴⁾ — I og for sig kunde man nu vel tænke sig en Convention mellem to Parter blot gaaende ud paa, at den ene af dem forpligter sig til at yde en Præstation til den anden, uden at den indeholder noget om det Vederlag, som den, der forpligter sig, til Gjængjæld skal have, altsaa en Convention, i hvilken Causa'en ikke er udtrykt. Den forudsatte Umulighed for Tanken hidrører kun fra den i det praktiske Liv ekstraordinære Karakter, et saadant Forhold vilde have. Men Forfatterernes uforstaaende Holdning overfor en Fravigelse af den normale Ordning indeholder en ubevidst Anerkjendelse af de dybe Grunde, hvorpaa denne er baseret. En Forpligtelseserklæring uden nogen Tanke rettet paa Vederlagsspørgsmaalet er en psykologisk og praktisk Urimelighed, og det lader sig derfor heller ikke let tænke, at Retsordenen skulde have givet sin Sanktion til noget saadant.

De foregaaende Udviklinger ere gaaede ud paa at vise, at der endnu i Nutiden til en Forpligtelseserklærings Gyldighed kræves en »causa civilis«. Kun de positive Former, hvori denne i den romerske Ret var iklædt, ere bortfaldne ved Nutidens frie Conventionsprincip, men den reelle Kjerne i Causakravet, at man kun vil tillægge en Forpligtelseserklæring Virkning, naar den suppleres med Oplysning om Vederlagsspørgsmaalet, er der ingen Hjemmel til at anse for bortfalden. Med andre Ord: den af de franske Forfattere forudsatte skarpe Modsætning mellem »cause efficiente« og »cause finale« existerer i Virkeligheden ikke; den sidste Causa er kun den første i den ved Nutidens friere Kontraktsprinciper modificerede Form. Dette forklarer ogsaa, hvorledes Vernet paa den ene Side ved de romerske Konsensualkontrakter kan fastholde Fordringen om en »causa civilis« i Betydning af Indbegrebet af de Betingelser, der ere nødvendige, for at Kontrakten kan modtage Navnet af emptio-venditio o. s. v., medens han for de franske Conven-

⁴⁾ Demolombe l. c. S. 341, Baudry-Lacantinerie l. c. S. 579.

tioners Vedkommende nøjes med at kræve en Causa i Theoriens sædvanlige Forstand af det umiddelbare Formaal, som den har, der derved forpligter sig. De to Causa'er ere nemlig i Virkeligheden ganske de samme, kun to forskellige Udtryk for Forudsætningen om Vederlag. Forholdet er kun det, at denne kan være bestemt snart mere direkte ved umiddelbar Angivelse af, hvad der ønskes til Gjengjæld, snart mere indirekte ved Hjælp af det Navn, der er tillagt Kontrakten. At den har opnaaet en saadan særlig retlig Benævnelse, vil være Udtryk for, at den har forekommet i det praktiske Liv med en vis hyppig, typisk Karakter. Det bliver da muligt ved en Henviisning til Navnet at spare sig en nærmere speciel Angivelse af Vederlagsforudsætningerne, idet de til det saaledes benævnte Forhold af Retsordenen knyttede Virkninger komme til Gyldighed, forsaavidt ikke særlig Modifikation i det enkelte Tilfælde er gjort. —

Vi komme nu til den franske Theoris Modsætning mellem »cause finale« og »cause impulsive« i Betydning af det blotte Motiv. At der her virkelig er en Modsætning, lader sig sikkert ikke nægte. Spørgsmaalet er kun, om den Maade, paa hvilken den af Forfatterne er udtrykt, er helt fyldestgørende. For at naa til Besvarelse heraf vende vi os først til Retshandlerne *ex causa onerosa*, medens Gavedispositionerne forbeholdes den følgende Paragraf.

Man kan her kort betegne Theoriens Opfattelse af Modsætningen saaledes: Causa'en er vel ogsaa selv et Motiv, men den betegner et enkelt særlig udhævet af Bevæggrundenes Række, nemlig Vederlagsmotivet. Dette hører med til de essentielle Betingelser for en Obligations Stiftelse ved Kontrakt, alle andre Motiver ere derimod retlig ganske betydningsløse.

Betegnelsen af Causa'en som Vederlagsmotivet leder vel Tanken nogenlunde i den rigtige Retning, men at denne Formulering dog ikke er helt fyldestgørende, vil indlyse af de i Afsnit I. fremsatte Udviklinger om det retlige og faktiske Formaal. Det er ikke, hvad der faktisk for en Part har været Motiv, som det alene kommer an paa; Spørgsmaalet bliver videre, om den anden Part ifølge den foreliggende retlige Situation behøver at finde sig i, at dette Motiv gjøres gjældende imod ham. At nu Vederlagsmotivet netop er af en saadan Natur, at den anden Part til en vis Grad maa respektere det, vil det foregaaende have vist. Men det gjælder ogsaa kun til en vis Grad. En Part kan have gjort sig mange Tanker med Hensyn til det forventede Vederlag, som ville være Mod-

parten ganske uvedkommende. Naar f. Ex. dette gaar til Grunde eller maaske aldrig har existeret, er det ingenlunde sikkert, at den, der skulde have Vederlaget, havde tænkt sig, at hans Ret ifølge Kontrakten skulde falde bort af den Grund. Men omvendt vil det utvivlsomt i de fleste Tilfælde stemme med den forpligtedes Tanke, at han under disse Omstændigheder skal være frigjort for sin Pligt. Det er derfor umuligt at opstille nogen almindelig absolut Ordning, men Resultatet lader sig kun efter en nøje Granskning af Grundene til den foreliggende Umulighed fastsætte i Henhold til det enkelte Retsforholds nærmere Karakter. Paa samme Maade er det med de Egenskaber, som en Part maatte vente sig hos Præstationen fra den anden Side. Visse af dem faa retlig Betydning, andre derimod ikke, og Grænsen i saa Henseende fastsættes ikke i Henhold til en psykologisk Undersøgelse af den enkelte Parts Motiver, men kun paa Grundlag af hele det foreliggende objektive Forhold mellem Parterne. Causa'en er altsaa herefter vel Vederlagsmotivet, men dermed maa da ikke forstaas den Tanke om Vederlag, som faktisk hos den enkelte Part maatte have motiveret hans Forpligtelseserklæring, men kun dette Motiv med den nærmere Regulering, som det ved det konkrete Forhold fra Retsordenens Side har fundet. Man kan herefter kort bestemme Causa'en som det retlige Vederlagsmotiv.

Det er netop kun, naar man overser dette sidst fremhævede Moment, at man kan føres til at identificere Causa'en for den ene Parts Forpligtelse med Gjenstanden for den andens. Det er vel sandt, at set fra den enkelte Parts Standpunkt er det netop Tanken om denne Ting, der bestemmer ham til Retshandelen. Men naar man hæver sig fra denne individuelle Betragtning til en mere objektiv Bedømmelse af Forholdet, hvorved begge Parters berettigede Interesser afvejes mod hinanden, kan Sagen let antage en anden Skikkelse. Der behøves blot at henvises til de mangfoldige efter Forholdets Karakter varierede Regler om Umulighed, *periculum rei*, Mangler ved Ydelsen el. lign. for at gjøre det klart, at en ubetinget Afhængighed mellem en Forpligtelse og den virkelige Erholdelse af Modpræstationen ingenlunde lader sig opstille.

I Sammenhæng med en lignende utilstrækkelig Betonning af dette Afhængighedsforholds retlig varierede Karakter staar det vistnok ogsaa, naar man bestandig som en Egenskab ved Causa'en i Modsætning til Motivet saa stærkt fremhæver dens identiske Karakter i Kontrakter af samme Art. Det er ganske

vist rigtigt, at ved Kontrakter, der ved deres hyppige Forekomst efterhaanden have erhvervet en saadan typisk Karakter, at de kunne siges at konstituere en »Kontraktsart«, vil der i Retslivet have udviklet sig visse »naturalia negotii«, i Henhold til hvilke netop særlig Vederlagsforudsætningen i flere Retninger har fundet sin nærmere Bestemmelse. Men det maa ikke glemmes, at disse Normalregler ikke ere ufravigelige, men netop kun gjælde, forsaavidt ikke Hjemmelen for en Fravigelse af dem i det enkelte Tilfælde kan konstitueres. Artsegenskaben udelukker ikke Muligheden for individuel Variesing; hvis denne maatte have Hensyn til Vederlagsforudsætningen, har altsaa Causa'en forsaavidt skiftet eller ialtfald modificeret sin Karakter.

Forøvrigt staaer denne Ukorrekthed i Bestemmelsen af Causabegrebet vistnok i Forbindelse med, at Causa'en i Virkeligheden opfylder to helt forskellige Funktioner, af hvilke man stadig nærmest kun har haft den ene for Øje. Den er for det første essentielt Moment ved Stiftelsen af en Obligation. Kreditor maa herefter for at gjøre Obligationen gjældende oplyse en »cause licite« efter art. 1108 4°. Og her kan det vel være, at man nøjes med en noget mere ubestemt Angivelse af Vederlagsforudsætningen, uden at kræve en nøje specificeret Formulering af den retlige Karakter, som den har antaget i det enkelte Tilfælde, idet tvertimod denne nærmere Fixering til en vis Grad foretages af Domstolene selv paa Grundlag af den almindelige Karakteristik af Causa'en, som Sagsøgeren i sin Deduktion har givet. Hvor meget der nu i saa Henseende maa fordres af Kreditor, afhænger af det mere almindelige Spørgsmaal om en Sagsøgers Pligt til behørig at »substantiere« sin Paastand, hvilket det vilde føre altfor vidt i dette Skrift at behandle i sin Helhed. Kun nogle enkelte Bemærkninger angaaende dette Forhold, særlig for obligatoriske Kravs Vedkommende, vil der paa et senere Sted¹⁾ blive Lejlighed til at fremsætte.

Causa'en har imidlertid tillige en anden, skjønt i en vis Forbindelse med den omtalte staaende Funktion, som kun rent antydningssvis berøres af de franske Forfattere. Det er i Henhold til Retshandelens Causa, at det maa afgjøres, om de ved den begrundede obligatoriske Pligter for Parterne skulle oprettholdes og gennemføres, eller som manglende deres objektive

¹⁾ nedenfor i Slutn. af § 29.

Retfærdiggjørelsesgrund skulle anses for at have tabt deres Kraft. Der er altsaa ikke længere blot Tale om, hvilke Momenter Kreditor skal oplyse for at gjøre Obligationens Stiftelse gjældende, men hvilke Momenter der overhovedet skulle foreligge, for at Obligationen skal kunne bestaa og forlanges gennemført. Den nærmere Undersøgelse af, hvilke disse Momenter ere, maa ogsaa udsættes til længere nedenfor ¹⁾). Her vil det være tilstrækkeligt at slaa fast, at den Forudsætning om Vederlag, som en Part faktisk maatte have nærret, selvfølgelig i denne Retning ingenlunde kan være ene afgjørende. En Obligation bliver ikke »sans cause« efter art. 1131, blot fordi den paagjældende Parts faktiske Vederlagsmotiv ikke er blevet fyldestgjort, men kun naar det samme kan siges om det retlige Vederlagsmotiv α : naar han ikke har faaet det Vederlag, som han efter hele Forholdets Karakter havde Ret til at vente. Men dette lader sig ikke afgjøre in abstracto, men først efter en nøje Undersøgelse af alle Forholdets konkrete Elementer. Hvad fremdeles angaar Bevisbyrden for disse Momenters retlige Betydning og virkelige Foreliggen, tør det ingenlunde paastaas, at denne altid og ubetinget skulde paa hvile Kreditor. Dette maa tvertimod ogsaa i høj Grad afhænge af Momentets konkrete Karakter og af, hvad den faktiske Formodning derefter maa siges at være for.

Har saaledes det noget ensidige Synspunkt, hvorfra man har betragtet Causa'en, i denne Retning ført til en vis Ubestemthed i Begrebet, har det paa den anden Side givet Anledning til en Begrænsning deri, som netop ogsaa kun har Berettigelse fra det samme Synspunkt. Der tænkes herved paa den Indskrænkning, som følger af, at man identificerer Causa'en med Vederlagsmotivet og derved paa Forhaand udelukker alle andre Motiver fra at faa Virkning, altsaa ogsaa Causa'en i den ovenfor under Nr. 3 fremhævede Betydning af en i det enkelte Tilfælde retlig afgjørende Forudsætning. Dette er rigtigt, forsaavidt man tænker paa Kreditors Bevispligt. Det paa hviler ham kun at give Oplysning om Vederlagsforudsætningen, men det kan ikke være hans Pligt at godtgjøre, at ikke ogsaa andre Forudsætninger have gjort sig gjældende. Men dette udelukker ikke, at Pligten dog reelt kan være stillet i Afhængighedsforhold til saadanne, som altsaa maa have Virkning, naar Debitor oplyser Forholdet. Kun er der den Forskjel, at medens det i

¹⁾ se særlig i § 30.

sig selv er givet, at Vederlagsmotivet skal have Virkning ¹⁾, maa dette særlig oplyses med Hensyn til de andre Motiver. Det er i saa Henseende ikke tilstrækkeligt at godtgjøre, at dette Motiv virkelig har været af bestemmende Natur for Debitor, det maa yderligere konstateres, at Kreditor efter Forholdets hele foreliggende Karakter maa finde sig i, at Motivet gjøres gjældende overfor ham. Kun naar det derefter kan siges at være blevet fra et blot Motiv for den enkelte Part til integrerende Element i begge Parters Kontrakt ²⁾, kan det faa retlig Betydning. Med Hensyn til de Betragtninger, der derefter maa være de ledende, henvises til Udviklingerne ovenfor i Afsnit I. § 6. Disse vise, at der overhovedet ikke lader sig fastsætte nogen skarp Grænse for de retlige betydende Motivets Kreds, men at der tvertimod efter Forholdets nærmere Karakter finder en bestandig Forskydning og Vexelvirkning Sted mellem de betydningsløse Partsmotiver og de Motiver, der ved at indlemmes som Elementer i Kontrakten, blive af retlig Betydning. —

Denne nøje Forbindelse, der saaledes aabenbart er mellem selve den obligationstiftende Overenskomst og dens Causa, har undertiden ført til helt at nægte Causabegrebet selvstændig Betydning, idet der formentlig ikke skulde ligge mere i Fordringen om en Causa, end hvad allerede Kravet om et virkeligt »consentement« maatte føre til ³⁾. Til en vis Grad maa Rigtigheden heraf anerkjendes. Det maa nemlig indrømmes, at Konsenstheorien kan formes saaledes, at den ogsaa aabner Adgang for de af Causa-Kravet udledede Konsekvenser. Men Konsenstheorien maa i sig selv siges at rumme en Fare for Misforstaaelse, som det da netop er Causa'ens Funktion at afværge. Naar et »consentement« nemlig opstilles som den eneste Fordring ved Stiftelsen af en Obligation, vilde man let kunne ledes til at forstaa dette i den ovenfor berørte, rent formelle Betydning, saaledes at man nøjedes med det Faktum, at der forelaa en accepteret Forpligtelseserklæring, medens ethvert Spørgsmaal om dennes nærmere Forudsætninger ialtfald foreløbig lodes aldeles ude af Betragtning. Selv om man da

¹⁾ Det er nemlig »le fondement que la loi considère comme la raison déterminante«, Zachariä (Massé & Vergé) l. c. S. 559 Note 1, eller efter Daufresne l. c. S. 46 »qui aux yeux de la loi détermine quelqu'un à s'obliger«.

²⁾ Artur l. c. S. 202.

³⁾ saaledes Timbal l. c. S. 200 ff.

ved de faktiske Forhold lod sig bevæge til i visse Tilfælde at anfægte denne Overenskomst, fordi dens Forudsætninger oplystes at mangle, vil det dog let ses, at Resultatet bliver et ganske andet, end naar man opstiller Causa'en som selvstændigt essentielt Moment ved Obligationens Stiftelse. Det er da paa Forhaand givet, at det maa paahvile Kreditor at godtgjøre, at Causa'en som Betegnelse for den altid retlig betydende Vederlagsforudsætning er i Orden, og ogsaa andre Forudsætninger vil der være en større Villighed til at anerkjende, end naar man tager den formelle forudsætningsfri Overenskomst til Udgangspunkt. Det drejer sig nemlig da heller ikke med Hensyn til dem om at bringe nye fremmede Elementer ind i et i sig selv altid fuldstændigt Forpligtelsesgrundlag, men Spørgsmaalet bliver, om ikke selve dette Grundlag ifølge en fornuftig Fortolkning maa antages at indeslutte disse Momenter som nødvendige Bestanddele af sig. Og denne Forskjel i Udgangspunktet vil vise sig af ikke ringe praktiske Konsekvenser.

§ 17.

Causaforholdet ved Gaver.

Vi komme nu til Causa'en ved »actes à titre gratuit«. Hvorledes skal Causa'en ved dem nærmere bestemmes, kan Fordringen om en Causa overhovedet for dem fastholdes?

Det vil af Udviklingerne ovenfor under det romerretlige Afsnit¹⁾ fremgaa, at vi slutte os til den almindelige baade i fransk og tysk Ret hyldede Theori, hvorefter der vel kræves en Causa ogsaa for Donationernes Vedkommende, men denne maa søges i selve den donatoriske Hensigt.

Men indeholder den sidste Tilføjelse ikke i Virkeligheden en »*contradictio in adjecto*«, saa at det rigtige netop bliver med Huc at sige, at der ikke kræves nogen Causa, men *animus donandi* er tilstrækkelig?

Nogen praktisk Betydning frembyder denne Kvæstion næppe, men nærmest kun rent terminologisk Interesse. Man er jo fra begge Sider enig om, at en for Dagen lagt »*volonté de donner*« er tilstrækkelig; Spørgsmaalet er kun, om man rettest konstruerer denne som en Viljeserklæring plus Causa eller som en Viljeserklæring alene uden Causa. Det er forsaavidt noget

¹⁾ S. 42 ff.

lignende som det i foregaaende Paragraf berørte Spørgsmaal, om man overhovedet kan tænke sig en Convention, der ikke indeholdt nogen Causa. Ogsaa her maa det da fastholdes, at man let for Tanken kan adskille paa den ene Side selve Erklæringen, der gaar ud paa at paatage sig en Forpligtelse, og paa den anden Side Spørgsmaalet om, fra hvilken Forudsætning med Hensyn til Vederlaget den paagjældende derved er gaaet ud. Men det er netop dette Spørgsmaal med dets Besvarelse, der kaldes Retshandelens Causa. Hvor Besvarelsen af Vederlagsspørgsmaalet som ved Retshandlerne ex causa onerosa falder bekræftende ud, er man enig om at tale om Retshandelens Causa, hvorfor da ikke lige saa vel, hvor Svaret tilfældig bliver benægtende? Ganske vist vil Spørgsmaalets forskellige Besvarelse medføre betydelige praktiske Konsekvenser, idet alle de Vanskeligheder, der ved de onerøse Kontrakter gjør sig gjældende med Hensyn til den nærmere Bestemmelse af Vederlagsforudsætningen, naturligvis paa Forhaand ere afskaarne, hvor der netop ikke er Tale om noget Vederlag; men selve det Moment ved Kontraktsforholdet, som man ved Fordringen om en Causa vil have draget frem, forandrer ikke derved Karakter. I den romerske Ret tales da ogsaa bestandig om en »causa donandi«; med hvad Ret vilde man da i et saa specifikt romerretligt Begreb pludselig indføre Novationer?

Viste saaledes Konflikten mellem Huc's og den almindelige Theori sig ved nærmere Øjesyn at være uden praktisk Interesse, kan det samme ikke siges om den af Laurent og Tarbouriech rejste Opposition. Hvis man i Stedet for at blive staaende ved den blotte Donationshensigt vil gjøre Alvor af Fordringen om et konstateret »désir de faire le bien« eller en »sentiment désintéressé«, vil dette tilvisse vise sig af de største praktiske Konsekvenser til at indskrænke Gavedispositionernes Gyldighed.

Men Rigtigheden af disse Forfatteres Standpunkt kan ikke anerkjendes. Det beror paa en Forskydning af Grænserne mellem Ret og Moral¹⁾. Det er vel i og for sig sandt, at Lovgiverens Tanke og Haab ved indenfor visse Grænser at tilstaa Borgerne Donationsfrihed er, at de ville benytte denne til at fyldestgjøre gode og berettigede Følelser. Men deraf tør ikke sluttes, at Donationsrettens Udøvelse skulde være gjort afhængig af Opfyldelsen af denne Forventning. Det vilde i Virkeligheden

¹⁾ Huc l. c. S. 64.

betyde fuldstændig Ophævelse af denne Frihed. Friheden blot til det gode er nemlig, som det ofte er sagt, slet ingen Frihed! Som Hovedregel maa det fastholdes, at den enkelte her som ellers maa have Skjønnetheden over, om den Maade, hvorpaa han benytter de ham tillagte Rettigheder, stemmer med Moralens Bud eller ikke. Hvad der i Almindelighed anses for godt og rigtigt, er det maaske paa Grund af særlige individuelle Forhold ikke i dette Tilfælde. Hvad der omvendt ved første Øjekast synes moralsk forkasteligt, vil ikke sjældent ved nærmere Undersøgelse af de konkrete Omstændigheder vise sig fuldt stemmende med Moralens Krav. Men til Afgjørelsen heraf ville Domstolene mangle tilstrækkelige objektive Momenter, og man vilde ved at tillægge dem Skjønnetheden herover konstituere dem som en Art »censores morum«, der i Strid med Nutidens anerkjendte Principer vovede sig ind paa det individuelle Sjælelivs intimeste Gebeter.

Det er saaledes i hvert Fald givet, at man umulig kan opstille Fordringen om en positivt godtgjort berettiget Følelse, Gaven tjener til at fyldestgøre, som Betingelse for dennes Gyldighed. Man maa under alle Omstændigheder nøjes med det rent negative, at denne Følelse ikke er oplyst at være usædelig eller iøvrigt af Lovgiveren misbilliget. Det er da ogsaa tydelig hos Tarbouriech netop en Bestræbelse for at ramme saadanne usædelige eller ulovlige Dispositioner, der har bestemt hans Anskuelse.

Heroverfor maa imidlertid fremhæves, at dette Hensyn, saaledes som det nedenfor i § 22 nærmere skal vises, vistnok i tilstrækkelig Grad lader sig fyldestgøre uden at acceptere denne Konsekvens for Donationscausa'en i Almindelighed. Og dernæst maa navnlig gøres opmærksom paa, at den her bestridte Theori i Virkeligheden gaar ud paa at gøre det, der i det praktiske Liv altid vil være en forholdsvis sjælden Undtagelse, til Regel. Tænker man sig en statistisk Opgjørelse af de Tilfælde, hvor Dispositionen maa siges at være af usædelig eller ulovlig Karakter, vil utvivlsomt Resultatet blive en overordentlig forsvindende Minoritet i Forhold til dem, hvor der intet saadant lader sig sige paa den. Hvis man da dog paa Grund af disse Undtagelsesforhold vilde opstille en almindelig Fordring om Godtgjørelsen af et lovligt Motiv som Betingelse for Gavens Gyldighed, ses det let, at hele Forholdet vilde blive skævt. Man maa tværtimod under Hensyn til de faktiske Forhold gaa ud fra en Præsumption om Dispositionens lovlige

Karakter, saa at det ihvertfald maa paahvile den, der vil paastaa det modsatte, at føre Beviset derfor.¹⁾

Men ikke blot bør Retsordenen som almindelig Regel ikke gaa bagom den donatoriske Hensigt for at give sig til at undersøge det Motivforhold, der maatte have fremkaldt denne; det maa videre hævdes, at Retten ikke engang kan gjøre dette. Den psykologiske Proces, der maatte have ført til en Gavedisposition, er i Almindelighed altfor kompliceret til uden videre at lade sig analysere og krystalisere til objektive Momenter, som Retsordenen kan bygge paa. Det ene Motiv griber ind i og indgaar organisk Forbindelse med det andet, saa at Opløsningen af Forbindelsen i dens enkelte Elementer i Reglen vil være en absolut Umulighed.

Følelsen af disse Vanskeligheder bestemmer da ogsaa Tilhængerne af den bestridte Lære til at holde inde og ikke fuldt drage Konsekvenserne af deres Standpunkt. De nøjes med at fordre Konstateringen af et »Ønske om at gjøre godt« eller en »uinteresseret Følelse«, som igjen formenes altid at lade sig føre tilbage til en af de tre Følelser, Godgjørenhed, Hengivenhed eller Taknemmelighed, medens de Motiver, der maatte have fremkaldt disse Følelser, lades ude af Betragtning.

Men selv disse Begrænsninger hjælpe os ikke ud over Vanskelighederne. Foruden at »Godgjørenhedshensigt« er et saa ubestemt Begreb, at det ikke er let at sige, hvor den foreligger, og hvor ikke, maa ogsaa denne Anskuelse lige saa vel som en konsekvent gennemført Motivtheori siges at bygge paa noget, der ikke lader sig objektivt konstatere. Dette gjælder ikke blot om Følelserne selv, der som rent indre sjælelige Fænomener aldrig direkte ville lade sig bevise, men kommer endnu stærkere frem, hvor Opgaven bliver at bestemme det psykologiske Sammenhængsforhold mellem den enkelte Følelse og Dispositionen. Man gaar ud fra, at den altid maa skyldes et enkelt Motiv eller en enkelt Følelse, der da kan siges at være enten interesseret eller uinteresseret. Men dette er i den stærkeste Strid med det virkelige psykologiske Forhold, der, som allerede oftere berørt, viser ikke ét Motiv, men en maaske næsten uendelig Række af saadanne som Grundlag for Dispositionen. Og saa vist som Menneskene i Almindelighed ere hverken helt gode eller helt slette, ville ogsaa næsten altid saavel bedre som slettere Mo-

¹⁾ jfr. Goos: Alm. Retslære II. S. 221.

tiver, saavel mere interesserede som mere uinteresserede Følelser have gjort sig gjældende hos dem, og dette viser paa det klareste en Theori, der bygger paa et Enten-Eller i denne Retning, som en praktisk Umulighed.

Man maa altsaa blive staaende ved Liberalitetshensigten som Causa for Donationen. Naar den, der vil gjøre Dispositionen gjældende, har oplyst en saadan Hensigt, ere Fordringerne til hans Bevispligt udtømte. Herved maa imidlertid for det første erindres, at denne Vilje jo ogsaa i sig selv er et indre, sjæleligt Fænomen, som for at faa retlig Betydning maa være lagt objektivt for Dagen. Hvor Dispositionen selv i saa Henseende frembyder Tvivl, vil det da kunne faa Betydning, om der ifølge det foreliggende Forhold mellem Parterne hos Giveren kunde antages at være Følelser, som psykologisk kunne forklare en saadan vederlagsfri Disposition til Fordel for Donatoren. Tvivlen om Dispositionens Karakter vil kunne opstaa mellem Parterne selv, naar Disponenten ikke selv udtrykkelig har betegnet den som en Gave, og den vil kunne blive rejst af en Tredjemand, saaledes navnlig Disponentens Kreditorer, der paastaa, at den tilsyneladende Gave i Virkeligheden er en Proformatransaktion, foretaget for at skade dem.

Men om saaledes end Disponentens antagelige Følelser i visse Tilfælde kunne faa denne indirekte Betydning, udviskes dog derved Forskjellen mellem den bestridte og den her forsvarede Opfattelse ikke. Efter denne er det for det første ikke disse Følelser i sig selv, men de objektive Forhold, der kunne antages at have fremkaldt saadanne Følelser, som der tages Hensyn til. Og selv disse Momenter tillægges der kun Virkning som Indicier om en foreliggende Liberalitetshensigt, og de blive altsaa betydningsløse, naar denne paa anden Maade lader sig sikkert konstatere, medens den forkastede Lære opstillede Oplysning om saadanne Følelser som almindelig, ufravigelig Fordring.

I den mod den blotte Liberalitetshensigt som eneste Causa for Donationen rejste Opposition er der dog en rigtig Tanke. Faktisk maa det nemlig indrømmes, at en Person aldrig foretager en Donation blot for dennes egen Skyld, men at han altid derved vil være bestemt af Motiver eller Følelser, som Middel til Fyldestgjørelse af hvilke Dispositionen skal tjene. Det synes da en Gaade, hvorledes Retsordenen kan stille noget, som det er givet er blot Middel, op som selve Formaålet — en Gaade, til hvis Løsning den franske Theori dog vilde have

kunnet hente Belæring i den moderne tyske Retslitteratur. I denne er navnlig af Lenel Forklaringen givet. Alle disse broget forskellige Motiver og Følelser, som maatte have bestemt Disponenten, kan Retsordenen ikke tage Hensyn til. De ere »Imponderabilier« for Retten, altfor ubestemte og individuelt varierede til at kunne gøres til Genstand for objektiv Konstatering og Regulering. Herom kan henvises til Udviklingen ovenfor S. 42 ff.

Er det imidlertid saaledes givet, at Disponenten ogsaa ved Gaven forfølger visse positive Maal, som kun af Retsordenen lades ude af Betragtning, bliver det et særligt Spørgsmaal, hvorledes Afgrænsningen skal ske mellem Gavetilfældeue og de onerøse Kontrakter, hvor Parternes positive Maal jo netop i et vist Omfang faa tillagt retlig Virkning. Med andre Ord, hvorledes bliver Grænsen mellem det i Disponentens Motivforhold retlig betydende og retlig betydningsløse paa dette Punkt at drage?

Det almindelige Svar herpaa lyder: Det kommer an paa, om Præstationen sker mod Vederlag eller ikke. Er den foretaget med Vilje til at opnaa et Vederlag, et Ækvivalent, foreligger der en onerøs Kontrakt; mangler en saadan, er Dispositionen en Gave, og man kan da i den retlige Ordning ikke gaa videre end til at konstatere dette negative Forhold.

Dette Skjelnemærke maa dog utvivlsomt erklæres for utilstrækkeligt.¹⁾ Det kan med en vis Sandhed paastaas, at en Retshandel, lige saa lidt som nogen anden menneskelig Viljesakt, aldrig foretages uden Forventning om Ækvivalent af en eller anden Art. Der vil altid være en Følelse hos Disponenten, være den i sig selv af saa uinteresseret Karakter som tænkeligt, der derved vil søges fyldestgjort, og man kan med en vis Ret betegne selve denne Tilfredsstillelse som et Slags Ækvivalent. Det er altsaa ikke nok at henvise til Ækvivalentbegrebet, dette trænger til en nærmere Bestemmelse i denne Retning.

Dette er da ogsaa i den franske Theori erkjendt. Det er kun undtagelsesvis, at man i saa Henseende vil nøjes med et rent moralsk Ækvivalent, Tilfredsstillelsen af »un simple intérêt d'affection«²⁾. I Reglen kræves der enten et egentligt Formuevederlag, »un équivalent matériel et appréciable en argent à

¹⁾ saaledes ogsaa Tarbouriech S. 13 ff. ²⁾ Bartin: Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs S. 37 note.

l'obligation qu'il assume« ¹⁾ eller dog et Vederlag af juridisk Karakter, »un fait juridique, c'est à dire une obligation contractée envers le disposant, une prestation qui lui est faite ou une libération qui lui est procurée« ²⁾.

For at naa til Besvarelse heraf vil det være nødvendigt for et Øjeblik at rette Opmærksomheden paa det mere almindelige Spørgsmaal om Grunden til Retsordenens Anerkjendelse af de obligatoriske Retshandlers forbindende Kraft og de særlige begrænsende Undtagelsesforskrifter, som der i saa Henseende opstilles med Hensyn til Gaver, bestaaende dels for den franske (og engelske) Rets Vedkommende i Fordringen om en vis Form, dels i en noget mindre Beskyttelse, saavel i Forholdet mellem Parterne indbyrdes som overfor Tredjemand.

Den almindelige Grund til Anerkjendelsen af Retshandelernes retlige Virkning kan kort betegnes som Samfundets økonomiske Trang. For at Individerne skulle kunne opnaa de Goder, der ere nødvendige for deres økonomiske Virksomhed saavel som for deres Livsvirksomhed i det hele, maa der tillægges dem Adgang til at paatage sig Forpligtelser til at yde det Vederlag, der danner Betingelsen for saadanne Goders Erholdelse. Heraf følger saadanne Retshandlers Beskyttelse med bydende Nødvendighed. Overfor dem staa da de Retshandler, der ikke tjene til Erhvervelsen af saadanne anerkjendte Samfundsgoder og derfor ikke i sig selv kunne siges at være nødvendige for Samfundet, om end man, naar de ikke ligefrem antage skadelige Dimensioner, af Hensyn til Individernes Frihed overlader dem Ret til ogsaa at indgaa saadanne til Fyldestgjørelse af deres maaske i og for sig i høj Grad berettigede Motiver. Men formedelst deres mindre samfundsnødvendige Karakter kan der være god Grund til at indtage et strængere Standpunkt overfor dem, saaledes at man baade kræver særlige Garantier for at sikre, at den Vilje, som i saa Henseende er kommet frem, virkelig har en alvorlig definitiv Karakter, og i Kollisionstilfælde tillægger saadanne Transaktioner en ringere Beskyttelse end de for Samfundet mere betydningsfulde. ³⁾

Den Modsætning, der saaledes angives ved, om Dispositionen kan antages at ske til Opnaaelse af et Gode, der er af Betyd-

¹⁾ saaledes Lepelletier i hans Thèse om »Fondations«.

²⁾ saaledes Truchy i hans Thèse om samme Emne. De tre sidste Skrifter kjendes kun efter Citater hos Tarbouriech.

³⁾ jfr. herved Goos: Alm. Retslære II. S. 215—216.

ning for hans Livsvirksomhed, eller ikke, vil det imidlertid let ses, er heller ikke tilstrækkelig. Hvem vil f. Ex. nægte, at den Taknemmelighed hos Modtageren, eller den Anerkjendelse i Medborgeres Øjne, som en Donation maaske vil skaffe ham, kan være af den allerstørste Betydning for Giverens sociale Stilling og Forhold, ja maaske endogsaa indirekte vil kunne medføre betydningsfulde økonomiske Fordele for ham?

Der kræves altsaa en nærmere Bestemmelse af det tilsigtede Godes Karakter. Det er ikke alle Goder, Retsordenen kan regne med. Nogle mangle som ovenfor berørt paa Grund af deres ubestemmelig variable Natur, den Sikkerhed og Objektivitet, som maa fordres hos Momenter, hvorpaa Retten skal kunne bygge. Tænk f. Ex. paa »Taknemmelighed« hos Modtageren. Hvor mange individuelle Varieringer og Afskygninger rummer ikke dette Begreb, hvor skarp en Censur og Inkvisition af Individernes intimeste Forhold og deres Sjælelivs inderste Dybder maatte ikke udøves for nogenlunde at kunne danne sig en Mening, om en Gavemodtager overhovedet havde vist sig taknemmelig og netop paa den Maade og i den Grad, som Giveren havde ventet. Det er altsaa klart, at det Gode, som Retten skal anse Løftet som Vederlag for, ikke kan være blot »moralsk« i denne vide Forstand. Det maa have en nærmere objektivt præciseret Karakter.¹⁾

Mange kræve da, at Godet skal være af økonomisk Art.

Ved Opstillingen af denne Fordring har utvivlsomt et andet, endnu ikke berørt Hensyn været medvirkende. Vanskeligheden i denne Materie hidrører nemlig ikke blot fra Ubestemtheden af selve Godet, hvor det er givet, at Retshandelen har skullet være Vederlag for et saadant, men kommer ogsaa frem ved Afgjørelsen af, om overhovedet i det enkelte Tilfælde Dispositionen virkelig er sket til Opnaaelse af det, som efter sin Beskaffenhed kan tjene som juridisk Vederlag. Idet man frygtede det sidste ikke mindre vanskelige Problem, søgte man da at komme uden om det ved i Stedet for dette intrikate Spørgsmaal at substituere et andet langt simplere, der gennemsnitlig vil staa i en vis Forbindelse med det egentlige, nemlig det gjensidige Værdiforhold mellem de to Ydelser. Svarer det opnaaede eller forventede Vederlag i Værdi til den lovede Ydelse, maa han antages at have afgivet dette Løfte netop for at opnaa Vederlaget; er dette derimod

¹⁾ jfr. Ernst Møller l. c. S. 67 ff.

af ringere Værdi, maa han ialtfald delvist antages at have handlet til Fyldestgjørelse ogsaa af andre Motiver, og en Gave eller idetmindste negotium mixtum cum donatione maa statures. ¹⁾ Heraf giver da Fordringen om et i Penge omsætteligt Gode som Vederlag ved de onerøse Kontrakter sig af sig selv.

Denne Opfattelse maatte imidlertid føre til en Konsekvens, som sikkert ingen i Nutiden vilde acceptere: ganske i Almindelighed at gjøre den onerøse Kontrakts Gyldighed, ihvertfald dens fulde Beskyttelse som saadan, afhængig af, at de to Ydelser i Værdi nøjagtig svare til hinanden. Naar man i Almindelighed af Hensyn til Samhandelslivets Frihed viger tilbage herfor, maa man ogsaa tage Konsekvensen paa dette Omraade. Man erkjender dermed, at man ikke tør tillægge Retten denne Censur over Individernes økonomiske Dispositioner. Den enkelte maa som Regel være den bedste Dommer over den Betydning, som et Formuegode vil kunne have for ham, og hvilket Vederlag han derfor finder det stemmende med sine økonomiske Interesser at paatage sig for dets Erhvervelse. Men hermed er da Ævret opgivet. Ved Admissionen af onerøse Kontrakter med aabenbart Misforhold mellem Værdien af de to Ydelser er Muligheden givet for, at det aftalte Vederlag delvist har været frivillig paataget, idet det i Virkeligheden ikke var nødvendigt for selve Præstationens Erhvervelse. Men en saadan blot Mulighed kan altsaa ikke være tilstrækkelig til at lade Dispositionen blive behandlet som Gave. ²⁾ Er Misforholdet mellem de to Ydelsers Værdi meget stort, kan der deri vel ligge et mistænkeligt Indicium, som i Forbindelse med andre, f. Ex. nært Slægtskabsforhold mellem de to Parter, der kunde gjøre en Gave mellem dem sandsynlig, kan medføre Dispositionens Behandling som en simuleret Kontrakt og altsaa gjøre Gavereglerne anvendelige paa den. Men i sig selv kan dette Indicium ikke i Almindelighed være tilstrækkeligt, og det vil let kunne afkræftes ved Oplysning om særlige individuelle Forhold hos en af Parterne, der kunne forklare Betingelsen af det usædvanlig høje Vederlag.

Med Forkastelsen af denne Funktion af Kravet om en økonomisk Værdi hos Vederlaget, bortfalder Hovedsynspunktet for dets Opretholdelse. Mod at antage en saadan Indskrænk-

¹⁾ jfr. saaledes Demolombe l. c. XX. S. 41 ff.

²⁾ jfr. ovenfor under det romerretlige Afsnit S. 46 ff.

ning taler da igjen et lignende Hensyn til Individernes Dispositionsfrihed, som har ført til at forkaste Kravet om den økonomisk lige Værdi af de to Ydelser.¹⁾ Tillader man dem at paatage sig et efter almindelig Opfattelse urimelig højt Vederlag for en Præstation, der maaske efter sædvanlig økonomisk Maalestok er af meget ringe Værdi, under Anerkjendelse af, at den individuelle Værdi for denne Person kan være betydelig større, kræver Konsekvensen, at man ogsaa respekterer en Disposition, hvorved en Person har paataget sig en Formueforpligtelse for at opnaa en Præstation, der maaske efter sædvanlig økonomisk Opfattelse ganske savner Formueværdi. I dette som i det andet Tilfælde maa Retsordenen erkjende sin Mangel paa Evne til at være Dommer over Individernes økonomiske Forhold. Hvor let vil der ikke ogsaa i det virkelige Liv kunne tænkes Tilfælde, hvor f. Ex. en Person lover et Vederlag for at opnaa en Hjælp af en anden eller for at komme i Besiddelse af nogle Breve, der maaske ere af den mest afgjørende Betydning for ham, selv om ifølge almindelig økonomisk Maalestok deres Værdi maa sættes lig Nul. Hvis man da uden videre vilde slaa en Streg over dette Formaal for Dispositionen og behandle denne, der maaske efter alle de foreliggende Omstændigheder klart fremtræder som netop udelukkende sket for at opnaa dette bestemte Vederlag, som en vederlagsfri Transaktion, vilde man ofte komme i den skarpeste Strid med de virkelige Forhold. Helt at afpasse det retlige Resultat efter den forskjellige Karakter, som disse maatte antage i de enkelte Tilfælde, er ganske vist ikke muligt. En vis Resignation maa vises paa Grund af de uoverstigelige Skranker, som de i selve Retsordenens Natur liggende Begrænsninger nu engang medføre, men saa langt som disse tillade os, bør vi ogsaa paa dette Punkt fastholde Kravet om den størst mulige konkrete Retfærdighed.

En nødvendig Begrænsning var herefter den ovenfor anførte, at det Vederlag, der skal tages Hensyn til, skal have objektivt præciseret Karakter. Det maa bestaa i en bestemt Handling eller Levering af en bestemt Ting fra Modtagerens Side. »Un fait juridique« i denne Forstand maa kræves.

Den forventede Præstation maa endvidere være af den Art, at der efter den almindelige Opfattelse kan siges at være nogen Mulighed for, at en Person fornuftigvis for at opnaa

¹⁾ jfr. Ernst Møller l. c. S. 59 Note 3.

den kunde paatage sig et saadant Vederlag som det betingede. At kræve Godtgjørelse af, at Dispositionen virkelig i det enkelte Tilfælde har været fornuftig, vilde efter det ovenfor udviklede være for meget. Men ved visse Ting vil Tanken om, at et saadant Vederlag virkelig skulde være lovet for deres Erhvervelse, være ved første Øjekast saa urimelig, at Retsordenen umulig kan gaa ud fra en Formodning om Sandheden af Parternes Anbringender i saa Henseende. Denne maa derfor først særlig godtgjøres. Vil denne Fordring i et enkelt Tilfælde medføre en virkelig af Parterne som onerøs Kontrakt tænkt Dispositions Behandling efter Gavereglerne, maa Trøsten være, at noget som en praktisk Umulighed anset ikke let vil kunne indtræde, og at derfor vanskelig andre end virkelig helt urimelige Dispositioner ville kunne blive ramte derved.

Endelig maa det gjøres sandsynligt, at Disponenten virkelig ogsaa i det enkelte Tilfælde — hvad enten nu in concreto fornuftigt eller ikke — har foretaget Dispositionen for derigjennem at opnaa den som Vederlag betingede Præstation. Noget absolut Bevis kan selvfølgelig heller ikke her fordres; man maa nøjes med almindelige Præsumptioner, byggede paa samtlige foreliggende Omstændigheder. Vanskeligheder ville unægtelig kunne opstaa ved Udøvelsen af dette Skjøn. Men altid vil det dog ingenlunde være Tilfældet. Saaledes maa hyppigt det rent negative, at der ikke i Parternes indbyrdes Forhold kan findes nogen Grund, hvorfor Disponenten skulde finde paa at give den anden en Gave, anses tilstrækkelig. Og ihvertfald ville disse Vanskeligheder ikke være andre eller større end de, der overhovedet maa komme frem, naar man opgiver at forlange en absolut Værdilighed mellem Ydelserne, og derfor, hvor den ene i Værdi overstiger den anden, tvinges til at skaffe sig Klarhed over, om dette Overskud dog mellem Parterne har fungeret som Vederlag, eller maa betragtes som en Extradelse af rent donatorisk Karakter.

§ 18 (Fortsættelse).

Opfyldelse af bestaaende Forpligtelser.

At Frigjørelse for en paahvilende Forpligtelse kan være tilstækkeligt Vederlag, er paa Forhaand klart. Det er et Gode for den paagjældende, der har en objektiv præcis Karakter.

Særlig kommer hertil, at den bestaaende Forpligtelses Værdi i Reglen vil yde os et Holdepunkt til Løsningen af Spørgsmaalet om Sammenhængsforholdet mellem Retshandelen og det gennem Frigjørelsen hidførte Vederlag. Naar nemlig Dispositionen netop omfatter ganske det samme Beløb som Fordringen, vil der ikke let opstaa grundet Tvivl om Konnexiteten. Paa den anden Side kan dog heller ikke her Kravet om en nøjagtig Værdighed mellem de to Ydelser ubetinget fastholdes. Navnlig ved datio in solutum vil selv en maaske tilsyneladende ret betydelig Overskridelse af Fordringens Værdi kunne naturlig begrundes f. Ex. ved den Betragtning, at Debitor langt lettere vil kunne undvære denne Ting end Fordringens Beløb i Penge, saa at den altsaa for ham ikke er af saa stor Værdi, medens omvendt Kreditor har et billigt Krav paa Godtgjørelse for de Ulemper, der beredes ham, derved at han maa modtage et maaske i Øjeblikket vanskelig omsætteligt Formuegode i Stedet for rede Penge.

Disse Spørgsmaal ville forøvrigt hyppigst komme frem, hvor der foreligger en endelig fuldbyrdet Præstation, ikke blot, hvad Talen her er om, et Løfte om at yde en saadan.¹⁾ Men det er dog ingenlunde et upraktisk Tilfælde, at en Skyldner i Stedet for en bestaaende Pligt paatager sig en ny Forpligtelse af det samme eller noget lempet Indhold. Paa en saadan Novation ville da de anførte Betragtninger finde Anvendelse. Men det behøver kun at anføres for straks at blive klart, at hvis den tidligere Forpligtelse i Henhold til det ovenfor udviklede maatte anses som blot donatorisk, maa der tillægges den ved Novation skabte

¹⁾ Et i det væsentlige til en fuldbyrdet tinglig Transaktion svarende Forhold maa vistnok i Almindelighed siges at indtræde ved en Kreditors hele eller delvise Eftergivelse af sit Krav, hvilken derfor heller ikke her skal gøres til Gjenstand for nærmere Behandling. Ved en fuldstændig Eftergivelse vil Formodningen unægtelig i høj Grad være for Dispositionens donatoriske Karakter. Dog maa denne Præsumption kunne afkræftes, f. Ex. ved at det oplyses, at Fordringen var af saa prekær og problematisk Karakter, at dens Værdi vel af Parterne kan være sat lig Nul, og navnlig, at Kreditor i Form af Anerkjendelse af andre maaske tvivlsomme Fordringer eller paa anden Maade har opnaaet Fordele, der kunne være ansete som Ækvivalent. Med Hensyn til den blot delvise Eftergivelse maa man derimod være meget forsigtigere. Der er altid en nærliggende Mulighed for, at Kreditor i Henhold til Levereglon: »Een Fugl i Haanden er bedre end ti paa Taget«, har foretrukket Ydelsen af et mindre Beløb eller klar Anerkjendelse af en Del af Fordringen frem for det oprindelige større, men maaske i høj Grad usikre Krav.

nye Pligt samme Karakter, saa vist som en Anerkjendelse af en Gave ikke kan have større Virkning end Gaven selv.

Der er foreløbig nærmest forudsat en egentlig retskraftig Forpligtelse. Men Spørgsmaalet bliver, om det samme skal antages at gjælde om en Forpligtelse, der ikke af Loven er udstyret med Aktionskraft.

Det maa erkjendes, at Grundene ikke ganske passe paa en saadan Pligt. Naar man ubetinget udelukker Fyldestgjørelsen af en bestaaende retlig Skyld fra Donationsbegrebet, beror dette utvivlsomt ikke blot paa, at Debitor i den derved hidførte Frigjørelse maa erkjendes at erholde retligt Vederlag, men tillige paa en anden Betragtning. Den Karakter af Friwillighed, som ellers betegner Gaven, synes aldeles at mangle i dette Tilfælde. Debitor kan ikke siges »nullo iure cogente« at gjøre det, som han netop ved Retsmidler kan tvinges til. Men da saadanne jo forudsættes udelukkede ved de Forpligtelser, der her er Tale om, kunde det synes givet, at man umulig kan behandle Fyldestgjørelse af dem paa samme Maade.

Hertil maa imidlertid for det første bemærkes, at man ved denne Betragtningssmaade i høj Grad overdriper Betydningen af det retlige Tvangselement ved de obligatoriske Forpligtelser. Det er vel rigtigt, at theoretisk kan Debitor altid ad Retsvejen tvinges til at opfylde sin retlige Pligt, men hvor ofte vil det ikke i det praktiske Liv se helt anderledes ud. Hvor krogede og forviklede vise sig ikke ofte dør Rettens Veje! Hvilke Barrierer vil ikke en kløgtig og hensynsløs Debitor kunne lægge for Kreditors Fremrykken mod Rettens høje Maal, hvor mange reelt fuldgode Retfærdighedskrav ere ikke paa Grund af enkelte Mangler i de strænge retlige Former blevne nægtede Domstolenes Hjælp!

Dette vil selvfølgelig en Debitor i Reglen selv være klar over. Naar han dog uden Hensyn dertil opfylder eller foretager en klar Anerkjendelse med Hensyn til Fordringer, der gjøres gjældende imod ham, vil deri ofte ligge en Renunciation paa retlige Forsvarsmidler, som han, og maaske med al Udsigt til gunstigt Resultat, kunde rejse mod Forholdet. Gjælder dette ikke om hele Beløbet, vil der dog ved de allerfleste Fordringer være en Del af det, med Hensyn til hvilket der kan rejses en vis Tvivl. Naar Debitor ikke benytter sig heraf, vil dette i mange Tilfælde mindre skyldes Frygt for Retstvungen, end Hensynet til at vise en fair og honnet Optræden, hvilket

i omtrent samme Grad vilde gjøre sig gjældende, selv om Fordringen maaske slet ikke nød nogen retlig Beskyttelse.

Dette viser, at der overhovedet i det praktiske Liv ikke lader sig drage nogen skarp Grænse mellem retskraftige og uretskraftige Fordringer. De theoretisk vel retskraftige Krav, men med Hensyn til hvilke Retskraftens Realisation er mer eller mindre problematisk, og hvis Fyldestgjørelse derfor altid til en vis Grad kan siges at skyldes en frivillig Akt fra Debtors Side, indtage et overordentligt stort og ikke let bestemmeligt Gebet mellem de to Begreber.

Men nu de virkelig helt uretskraftige Fordringer, med Hensyn til hvilke der ikke engang kan siges at være nogen Mulighed for at anvende Retsmidler til deres Gjennemførelse, kan det om dem i Sandhed siges, at deres Fyldestgjørelse altid beror paa ren Frivillighed fra Debtors Side? Aabenbart ikke! Hvor mange Pligter udenfor de egentlige Retspligters Omraade eksisterer der ikke, hvis Fyldestgjørelse den, som de paahviler, bogstavelig ikke kan unddrage sig. Og denne Nødvendighed hidrører ikke blot fra Samvittighedens indre Stemme, men ogsaa i mange Tilfælde fra et kategorisk Magtbud af en ydre Autoritet: den offentlige Mening. At denne Domstol, instinktmæssig, blindt og hensynsløst, som den ofte virker, tilvisse ikke er mindre at frygte end de af Staten organiserede Retter, vil ingen med Blik for det praktiske Liv kunne nægte.¹⁾ En Mand vil ved at sætte sig op mod dens Forskrifter kunne ødelægge hele sin Stilling i Samfundet. Hvis man da vilde lukke Øjnene for denne Kjendsgærning og tale om Frivillighed ved saadanne Forskrifters Efterfølgelse, vilde dette i Virkeligheden være et Stokjuristeri, som man ikke kan formode, at Lovgiveren skulde have givet sin Anerkjendelse til.

Der er tillige en anden endnu væsentligere Indvending at gjøre. Naar man lader en Dispositions retlige Frivillighed være nok til at erklære Dispositionen for en Gave, maa man omvendt forudsætte en i Forvejen eksisterende Retstvang til den paatagne Pligts Gjennemførelse som nødvendigt Element ved de onerøse Retshandeler. Men dette kan aabenbart ikke være rigtigt. Det er vel sandt, at til at statuere en Dispositions Karakter af Gave maa der kræves, at den er foretaget frivillig. Men deraf følger ikke, at alle frivillig foretagne

¹⁾ jfr. Jhering: Geist des röm. Rechts 4. Aufl. II. 1 S. 194 ff., Zweck im Recht. II. S. 242.

Dispositioner maa antages for Gaver. Hvorledes vil man f. Ex. om den, der kjøber, sælger eller lejer en Ting, i Almindelighed kunne sige, at han tvinges til at indgaa disse Transaktioner? Naar der dog tillægges dem fuld Retsvirkning, kan det altsaa ikke være, fordi han paa Grund af en bindende Retstvang ikke havde noget Valg med Hensyn til deres Indgaaelse, men maa alene skyldes den tidligere anførte Betragtning: Disse Transaktioner ere nødvendige for at kunne opnaa Goder, der af Retsordenen kan tages Hensyn til som saadanne. Undersøgelsen maa da ogsaa for dette specielle Tilfælde indskrænkes til ganske de samme Spørgsmaal, nemlig: 1) Kan Frigjørelsen endogsaa for en uretskraftig Pligt i noget Tilfælde anses som et Gode, 2) Frembyder dette tilstrækkelige Momenter for at kunne tages retlig i Betragtning?

At nu det første Spørgsmaal maa besvares bekræftende, kan der efter det anførte ikke være nogen Tvivl om. Endogsaa Fyldestgjørelsen af noget, som man selv efter sine individuelle Følelser anser for en sædelig Pligt, maa forsaavidt betegnes som et relativt Gode. Og endnu klarere bliver det, naar Talen er om Pligter, som den almindelige Opfattelse bydende paa lægger, og som man derfor ikke kan undlade et efterkomme uden at gjøre sig selv »umulig« i sine Medborgeres Øjne. Man vil endogsaa med en vis Ret kunne betegne det som et økonomisk Gode, saa vist som nemlig et godt Navn maa siges at være af den allerstørste Betydning ogsaa for Ens Erhvervsvirksomhed.

Besvarelsen af det andet Spørgsmaal volder større Vanskelighed. At et Gode blot bestaaende i den indre Tilfredsstillelse af individuelle Følelser ikke kan være tilstrækkeligt, vil fremgaa af det tidligere udviklede. Men selv om disse Følelser maatte befinde sig i Overensstemmelse med en almindelig Opfattelse, der maa siges at anerkjende en Pligt i den Retning, er det ikke givet, at denne kan faa retlig Betydning. Det er ikke nok, at den almindelige Mening kan siges at hjemle en vis Pligt i denne Retning, hvis nærmere Bestemmelse og Udførelse overlades til den enkeltes individuelle Skjøn¹⁾; det maa kræves, at en ganske bestemt Pligt bydende er fordret af Samfundets Opfattelse. Kun da antager Forholdet den Objektivitet og den præcise Karakter, som maa fordres af Momenter, der skulle faa Betydning indenfor Retsordenen.

¹⁾ jfr. herved Ernst Møller S. 194 ff.

Saaledes vil i det af Demolombe¹⁾ anførte Exempel, at en Person paatager sig Erlæggelsen af en Aarsrente til sin uægte fødte Søster, Dispositionen sikkert ikke kunne undgaa at falde ind under Gavereglerne. Det er vel maaske sandt, at den almindelige Opfattelse ofte vil anse en vis Pligt i saa Henseende for naturlig begrundet i Forholdet mellem Parterne. Men dette er dog ingenlunde sikkert. Det vil, som Demolombe selv fremhæver, i høj Grad afhænge af »tant d'éléments, si relatifs, si variables, si intimes et si personnels, qu'il est véritablement impossible de la discerner et de la reconnaître«, som Parternes Formueforhold, om der er andre Slægtinge, der maa siges at være nærmere til det, og meget andet. Og endnu mindre vil Situationen i Almindelighed frembyde noget-somhelst objektivt Moment til Bestemmelsen af det nøjere Omfang og den nærmere Karakter, som Pligten i det enkelte Tilfælde bør antage. Naar Demolombe da heraf slutter, at det netop derfor maa overlades til enhvers suveræne Skjøn at fastsætte det nærmere i saa Henseende, er dette vel i og for sig selv rigtigt, men det viser ikke, at en saadan Disposition skulde behandles bedre end en almindelig Gave, der jo ogsaa sædvanlig vil tjene til Fyldestgjørelse af særdeles berettigede sædelige Følelser. Dette vilde ikke kunne gøres uden aldeles at udviske Grænsen mellem de onerøse og donatoriske Rets-handeler, hvilken af Hensyn til Lovens Regler maa forlanges opretholdt. Ganske lignende Betragtninger maa finde Anvendelse paa det andet hos Demolombe som Ikke-Gave behandlede Tilfælde, en Livrente tilstaaet et gammelt Tyende, der har tjent Giveren i lang Tid. Det kan være en ifølge Situationen særdeles naturlig og berettiget Disposition, men vi mangle tilstrækkelige objektive Kriterier til at undtage den fra det almindelige Gavebegreb.

Anderledes stiller Forholdet sig, hvor der er Tale om en af den offentlige Mening ikke blot i vage Træk paabudt, men bestemt præciseret Pligt. Forholdet bliver her i Virkeligheden et ganske lignende som ved den egentlige Retspligt. Ikke blot vil der, som tidligere vist, kunne være en maaske endogsaa større Nødvendighed for at fyldestgøre en saadan Forpligtelse end en af de saakaldte retskraftige Fordringer, men det ved de sidste af en Sammenligning mellem den bestaaende Forpligtelses og den skete Opofrelses Værdi fremgaaende Moment til Af-

¹⁾ l. c. XX. S. 30 ff.

gjørelsen af Sammenhængen mellem Dispositionen og Frigjørelsen som dens Formaal vil heller ikke mangle.

Det vigtigste Tilfælde, der vil falde ind herunder, vil da ogsaa netop være det, hvor de almindelige Betingelser for Existensen af en virkelig Retspligt i og for sig maa siges at foreligge, men hvor dennes Virkninger dog i det enkelte Tilfælde ere udelukkede ved positive Undtagelsesforskrifter.¹⁾ Her vil ofte den almindelige Opfattelse udelukke, at Debitor gjør Brug af Lovens ham maaske kun ved en rent tilfældig Konstellation af Omstændighederne tilfaldne Forsvarsmiddel, saaledes i mange Tilfælde,²⁾ hvor Uretskraftigheden af Pligten hidrører fra Ikke-Iagttagelse af foreskrevne Former eller en senere indtraadt Præskription eller Prækclusion. At betragte den tiltrods for saadanne Omstændigheder skete Anerkjendelse af Pligten, som han praktisk set ikke kan unddrage sig, som en frivillig Gave, vilde da være i den bestemteste Strid med det virkelige Forhold.

Imidlertid maa herved en vis Forsigtighed udvises. Man kan ikke tillægge Frigjørelsen for en ufuldkommen retlig Forpligtelse Karakteren af et gyldigt Ækvivalent imod Lovgiverens klare Vilje. Heraf følger for det første, at hvor en Lov udtrykkelig forbyder Opfyldelsen af en saadan Forpligtelse,³⁾ maa en til dette Øjemed paataget Pligt ogsaa blive uden Virkning. Der kan ihvertfald ikke være Tale om qua Opfyldelse at stille den bedre end en Gave. Men den kan sikkert ikke engang indtage den mindre fuldkomment retsbeskyttede Stilling, som den sidste nyder. Naar Dispositionen som i det forudsatte Tilfælde klart er foretaget til Opnaaelse af noget, der vel i og for sig efter sin Natur kunde være retligt Vederlag, men af særlige Grunde af Lovgivningen er udelukket fra at fungere som saadant, er der ikke længer Tale om en Gave, men om en onerøs Kontrakt med ulovlig Vederlagsbestemmelse, med andre Ord, om en Disposition med ulovlig Causa, der som saadan maa blive uden al Virkning.⁴⁾

¹⁾ jfr. for den engelske Ret nærmere nedenfor i Afsnit III. § 23.

²⁾ altsaa ikke ubetinget i alle, Ernst Møller l. c. S. 196.

³⁾ saaledes som i dansk Ret ved Hasardspillegæld, Fr. 6. Okt. 1753, og umyndiges Gjældsforpligtelser efter Fr. 14. Maj 1754.

⁴⁾ jfr. nærmere herom nedenfor i Slutn. af § 22. — Herfra kan dog ikke drages Konsekvenser med Hensyn til Forholdet, naar Transaktionen er endelig fuldbyrdet. I de fleste Tilfælde vil der da ikke være Hjæmmel til at lade denne gaa tilbage, og man kunde da maaske

Mere tvivlsomt bliver Forholdet, naar Loven ikke ligefrem forbyder en Forpligtelses Opfyldelse, men nøjes med at erklære Pligten for ugyldig, saa at der ikke kan anvendes Retsmidler til dens Fremtvingelse. At dette skulde medføre ogsaa den til Opfyldelse af en saadan Forpligtelse sket Traditions Ugyldighed, kan der ganske vist i Almindelighed ikke

fristes til følgende tilsyneladende logiske Slutning: Indtil det Øjeblik, da Fuldbyrdsen sker, er Dispositionen uden Virkning paa Grund af Vederlagets Ulovlighed. Men naar Loven fra dette Øjeblik opretholder Dispositionen, vil dette altsaa sige, at den dermed tilbagetager sin Karakteristik af Vederlaget som ulovligt; Forholdet maa altsaa fra nu af indtage Stillingen som en Transaktion med lovligt Vederlag og derfor beskyttes som en almindelig onerøs Retshandel, ikke blot nyde den mindre Beskyttelse, der tillægges en Donation. — Dette vilde dog ikke være rigtigt. Det Synspunkt, der maa antages at føre Lovgiveren til som almindelig Regel ikke at skride ind mod en fuldbyrdet Transaktion af denne Art, kan kort betegnes som en Anvendelse af den paa mange Punkter i Retsordenen fremtrædende »Inertiens Grundsætning«, Hensynet til ikke uden afgjørende Grunde at omstøde bestaaende Formuetilstande. Deraf, at Retsordenen ikke vil yde positiv Hjælp til deres Omstødelse, følger altsaa en vis indirekte Beskyttelse af dem. Men derfra kan ikke sluttes noget om, hvor vidt denne Retsbeskyttelse skal strække sig. Ved dette Spørgsmaal maa den Betragtning være den bestemmende, at Lovgiveren ved sit Forbud har lagt for Dagen, at han helst saa saadanne Transaktioner uskete. Naar han da af andre Hensyn nødes til i visse Tilfælde at anerkjende og beskytte det indtraadte *fait accompli*, er det rimeligt, at han ikke strækker denne Beskyttelse videre, end disse Hensyn tvingende kræve, og derfor nøjes med at stille Transaktionen lig med de ellers ringest beskyttede, altsaa underkaster den Behandling efter Gavereglene. — Man kan ogsaa komme til samme Resultat ifølge en anden Betragtning: Naar vi udelukke en Disposition foretaget til Opnaaelse af et ulovligt Vederlag fra Bedømmelse efter Gavereglene, er dette kun tænkt til Disponentens Skade. Han skal ikke kunne skyde sig ind under den almindelige Mulighed for, at den kan være sket til Fyldestgørelse af berettigede Motiver, hvori Grunden ligger til, at vi i Almindelighed anerkjende Gaven for gyldig, i et Tilfælde, hvor Dispositionen netop omvendt klart fremtræder som foretaget til Opnaaelse af et af Lovgiveren som uberettiget stempelt Formaal. Men heraf følger ingenlunde, at vi skulde anvende den samme Betragtning til Disponentens Fordel. Han maa tvertimod forsaavidt tage Konsekvenserne af den naturlige Regel, at et ulovligt Vederlag anses som intet Vederlag, saa at Retshandelen undergives de mindre gunstige Regler om vederlagsfri Dispositioner, jfr. om et andet Forhold, hvor Gavebegrebet kun kommer til Anvendelse til Disponentens Skade, ikke til hans Fordel, Windscheid: Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. S. 315 Note 51.

være Tale om. Men Spørgsmaalet bliver, hvad man skal antage om en paa Grundlag af den ugyldige Forpligtelse sket blot obligatorisk Anerkjendelse.

Det kan nu for det første være, at Ugyldigheden skyldes en paa Grund af særlige Forhold af Lovgiveren opstillet Inhabilitet hos Løftgiveren. Hvis da dette Forhold vedvarer endnu ved det andet obligatoriske Løftes Afgivelse, falder ogsaa dette direkte ind under Ugyldighedsreglerne, uden at det i saa Henseende bliver nødvendigt at inklade sig paa en nærmere Under søgelse af Causaforholdet.

Er der ikke Tale om saadanne personlige Inhabilitets tilstande som Ugyldighedsgrund, eller ere disse dog ophørte, maa der vistnok yderligere sondres.

Lovgiverens Ugyldighedsforskrift har maaske Hensyn til et ved Lovens Udstedelse faktisk i Samfundet verserende Onde, hidrørende fra, at en vrang Opinion er tilbøjelig til at anerkjende Pligter i Tilfælde, hvor dette efter Lovgiverens Mening ikke kan forenes med det økonomiske Samfunds Tarv, saa at det netop er Hensigten paa dette Punkt at give den offentlige Mening et Korrektiv ved en Gang for alle at erklære dem for uden Betydning. Ikke blot vil Lovgiveren ikke yde positiv Hjælp til saadanne Pligters Fremtvingelse, men de betragtes overhovedet i hans Øjne som slet ikke eksisterende. Dette vil saaledes være den naturlige Opfattelse af en Lov, der erklærede Spillegæld for ugyldig¹⁾.

Hvilke Konsekvenser medfører nu denne Opfattelse med Hensyn til en obligatorisk Anerkjendelse af saadan Gjæld? Vistnok, at denne maa anses som helt ugyldig, ifølge en ganske lignende Betragtning som den ved de egentlig forbudte Rets handler anførte. Dispositionen maa betragtes som foretaget til Opnaaelsen af et ulovligt Vederlag. Det er ganske vist ikke ulovligt at betale Gjælden, men en Forpligtelse til at betale en saadan er af Lovgiveren udelukket. Deraf følger, at en ny Forpligtelse, hvis udelukkende Vederlag netop klart skal bestaa i Fyldestgjørelsen af den af Lovgiveren forkastede Pligt, heller ikke kan erkjendes for gyldig¹⁾. Det lod sig vel i og for sig sige, at naar den offentlige Mening, som i mange af disse Tilfælde, anerkjender en Pligt begrundet, vil Fyldestgjørelsen af de af denne stillede Krav kunne anses for et

¹⁾ som hos os D. L. 5-14-55.

²⁾ Modsat dog Jul. Lassen: Haandbog S. 581.

meget fornuftigt Formaal og Vederlag for en Disposition. Men denne Betragtning er netop absolut afskaaret af Lovgiveren, der i Stedet for og i bevidst Opposition til den offentlige Mening har gjort sig selv til suveræn Dommer over, hvad der i disse Tilfælde skal anses for fornuftigt og rigtigt¹⁾.

Dette Synspunkt overfor en Ugyldighedsforskrift, som et Korrektiv fra Lovgiverens Side med Hensyn til den offentlige Mening, passer imidlertid ingeniunde altid. Tvertimod vil i de fleste Tilfælde den naturlige Opfattelse være den, at Lovgiveren netop blot ikke finder tilstrækkelig Grund til at yde sin Rets-hjælp til saadanne Forpligtelsers Fremtvingelse, men iøvrigt ikke kan antages at have noget imod, at der i visse andre Retninger tillægges dem retlig Betydning, forsaavidt den almindelige Samfundsopfattelse til en vis Tid maatte kræve dette. Han forholder sig i saa Henseende ganske neutral. Medens han i det foregaaende Tilfælde gav sin Forskrift i bevidst Modsætning til den offentlige Mening, kan han her ikke antages at have noget imod til en vis Grad at lade sig supplere af dennes Forskrifter.

Dette maa saaledes i Reglen antages at være Tilfældet med Lovens Præskriptions- og Prækclusionsregler. Debitor kan ganske vist ikke retlig tvinges til Betaling af de forældede eller prækluderede Fordringer. Men hvis han dog i Tilfælde, hvor der gjør sig en sikker Samfundsopinion gjældende i saa Henseende, foretager en Betaling eller Anerkjendelse af disse Fordringer, lukker Retsordenen ikke Øjnene for det Faktum, at han kan have foretaget en saadan Disposition under en bydende Tvang, og at da Frigjørelsen for en saadan Pligt, som han faktisk paa ingen Maade kan unddrage sig, for ham kan have dannet et

¹⁾ Den skete Betaling opretholdes derimod som berørt som gyldig, men ogsaa vistnok, ligesom ved de forbudte Transaktioner, kun med Beskyttelse efter Gavereglerne. Betalingen er ganske vist ikke i sig selv forbudt, men den Forpligtelse, til Fyldestgjørelse af hvilken den sker, var en retlig Nullitet. Deraf følger, at en til Frigjørelse for denne sket tinglig Transaktion vel ikke som den blot obligatoriske erklæres for ugyldig. Men der haves ingen Hjemmel til at antage, at Lovgiveren iøvrigt nu pludselig skulde have skiftet Opfattelse, saa at den Pligt, som tidligere af ham betragtedes som slet ikke retlig eksisterende, nu skulde være forlenet med legal Tilværelse. Den er tvertimod stadig i Lovgiverens Øjne et rent Intet, og da Tilintetgjørelse af noget, der ikke eksisterer, ikke kan tænkes, maa ogsaa det derigjennem formentlig opnaaede Vederlag betragtes som ganske imaginært, d. v. s. den saakaldte »Betaling« anses som en vederlagsfri Disposition.

særdeles fornuftigt og betydningsfuldt Vederlag, som i og for sig paa ingen Maade kan siges at mangle tilstrækkelig objektiv, præcis Karakter, til at Retsordenen kan tage Hensyn til det. Der tillægges derfor en saadan Disposition ikke blot den mindre Beskyttelse for Gaver, men den fulde Beskyttelse, der tilkommer en mod lovligt, objektivt konstateret Vederlag foretaget Transaktion.

Foruden det i det foregaaende behandlede Tilfælde, hvor der foreligger en af særlige Ugyldighedsgrunde uretskraftig erklæret Fordring, kan som et andet ikke upraktisk Forhold, hvor det samme Fænomen, en bestemt, af den almindelige Opinion godkendt, men dog ikke med fuld Retskraft udstyret Fordring, vil komme frem, nævnes det, at nye Pligter fremkaldes ved Samlivets Trang uden endnu at være naaede frem til fuld retlig Anerkjendelse. Det maa nemlig erindres, at Kredsen af de retlig anerkjendte Pligter ikke lader sig fastsætte engang for alle, men tvertimod befinder sig i stadig Forskydning og Udvikling efter Samfundets skiftende Behov. Nye Tider, nye Krav! I denne sporadiske Udviklingsproces lader sig da vel tænke Overgangsstadier, hvor Samfundet i et vist Forhold føler sikker Trang til en Pligts Anerkjendelse og derfor bydende kræver dens Fyldestgjørelse, uden at dog Retsordenen, maaske fordi det ikke endnu er lykkedes den at finde tilstrækkelig sikre, objektive Kriterier til derpaa at bygge sin Retsregel, har givet det paagjældende Krav sin fulde retlige Sanktion. Og det er vel heller ikke i og for sig utænkeligt, at et saadant Mellemlandpunkt, Samfundsanerkjendelse uden Aktionskraft, maaske endogsaa med Hensyn til visse Pligter kunde anses som den naturligste endelige Ordning.

Tænk f. Ex. paa det Tilfælde, at Samfundet i et vist Forhold føler Trang til en Udvidelse af den almindelige Ansvarsregel i Retning af den særlige Vismajor-Grundsætning¹⁾. Her er det vel tænkeligt, at Retsordenen, under Erkjendelse af de mange konkrete, individuelle Momenter, hvoraf Billigheden af en saadan Ordning vilde afhænge, endnu krymper sig ved at give sin Retshjælp til ubetinget Fremtvingelse deraf, medens paa den anden Side den almindelige Opfattelse under Følelsen af den Trang til en saadan Ordning, der dog idetmindste i mange Tilfælde gør sig gjældende, bydende kræver dens Overholdelse. Hvis da en Person, bøgende sig herfor, foretager

¹⁾ Om denne nærmere Bentzon's tidligere citerede Skrift.

Anerkjendelse af et saadant Krav, kan Retsordenen vel erkjende, at dette kan have et meget rimeligt og fornuftigt Øjemed, selv om den ikke er saa sikker paa, at dette vil gjælde i alle eller dog det langt overvejende Antal af saadanne Tilfælde, saa at den tør opstille nogen ubetinget retlig Ordning i saa Henseende. Særlig kan man ogsaa anføre, at Retsordenens Betænkkelighed for en stor Del bortfalder, hvor en Person saaledes selv anerkjender Pligten og derved vækker en Formodning om, at de konkrete Momenter, hvoraf dens Billighed afhænger, men for hvis Existens man ikke turde opstille en almindelig uafbeviselig Præsumption, netop i det enkelte Tilfælde ere tilstede. En Disposition, der saaledes foretages til Fyldestgjørelse af en bestemt Pligt, som den almindelige Opfattelse godkjender, maa derfor anses for sket mod tilstrækkeligt Vederlag.

Resultatet af de foregaaende Udviklinger er altsaa blevet, at vi hverken med Timbal ubetinget kræve Tilstedeværelsen af en retskraftig Pligt for at udelukke Gavebegrebet, eller omvendt som Demolombe i Almindelighed ville anse en »devoir de conscience« i den vide Betydning, hvori han tager dette Begreb, for tilstrækkelig. Heller ikke kunne de af Aubry & Rau opstillede Begrænsninger, hvorunder de ville tage Hensyn til en saadan moralsk Pligt, erkjendes for at have indre Grund, men Reglen med dens Begrænsning maa lyde saaledes:

Der kræves enten en retskraftig Pligt eller en obligatio naturalis i Betydning af en af den almindelige Opinion paalagt, bestemt præciseret Pligt. Denne vil navnlig foreligge, hvor enten en Obligations almindelige Retskraft af specielle Ugyldighedsgrunde er udelukket, uden at disse dog føre til helt at nægte Pligtens retlige Existens, eller hvor Retsordenen maa antages at give sin stiltiende Sanktion til en af Samfundsopinionen hjemlet Pligt, selv om den endnu ikke er naaet til at tillægge den ligefrem retlig Fremtvingelighed. —

Forinden Donationens Causa forlades, maa endnu gjøres opmærksom paa, at »causa« naturligvis ogsaa ved denne Retshandel kan forekomme i den videre Betydning af enhver efter Retshandelens Indhold for dens Gyldighed afgjørende Forudsætning. Naar den franske Theori slet ikke har taget Causabegrebet fra denne Side i Betragtning, skyldes dette foruden den samme Omstændighed, som i Slutningen af den foregaaende Paragraf er omtalt ved Retshandlerne i Almindelighed, at man nemlig overhovedet kun har interesseret sig for Causa'en som

fundamentalt retstiftende Element ved den obligatoriske Overenskomst, tillige et andet Hensyn, der kommer frem særlig for Donationernes Vedkommende. Paa Grund af Code civil's Regel i art. 900, at i Gavedispositioner ulovlige og usædelige Betingelser anses for uskrevne, mente man, at det her var særlig vigtigt at fastholde Modsætningen mellem »condition« og »cause«, idet man ansaa det for klart, at i Tilfælde, hvor den sidste havde ulovlig eller usædelig Karakter, kunde den samme Regel ikke gjælde, men Dispositionen maatte være helt ugyldig. Dette Resultat vil imidlertid, som det lidt nærmere skal berøres i en følgende Paragraf, ¹⁾ kunne sikres blot ved strængt at fastholde Modsætningen mellem paa den ene Side Gaverets-handelen og paa den anden den onerøse Kontrakt, for hvilken sidste det er givet, at Reglen i art. 900 ikke gjælder. Og ihvertfald vilde denne Betragtning kun kunne føre til at adskille Causa'en i Betydning af Vederlagsforudsætningen fra Betingelsen, men ingenlunde til at opstille en absolut Sondring mellem »cause« som betegnende enhver retlig Forudsætning og »condition«.

I den romerske Ret har en saadan Indskrænkning i Causa-begrebet ingen Hjemmel. Det forekommer der mangfoldige Steder i den videre Betydning af ethvert fra Retshandelens Indhold hentet Moment, hvoraf Retshandelens Gyldighed maa anses afhængig. Noget lignende maa da antages for den for denne Materies Vedkommende ganske paa romerretligt Grundlag staaende Code civil. Og det har af den Grund en særlig praktisk Betydning ogsaa her at fastholde det videre Causabegreb ved Siden af Conditionsbegrebet, at der ofte i Nutiden er en Tilbøjelighed til at forstaa det sidste i en vis snævrere Betydning, saa at det ikke fuldt ud vil kunne udfylde den samme Funktion som den egentlige Forudsætning. Som paa et tidligere Sted ²⁾ omhandlet, tænker man nemlig hyppig ved de egentlig betingede Retshandeler kun paa de Tilfælde, hvor der foreligger en i og for sig fuldgyldig og definitiv Viljeserklæring, hvis Virkning da igjen indskrænkes ved en ny selvstændig Viljesakt, hvilken, med Muligheden af en vis Begivenheds Indtræden for Øje, foretager en bevidst Indskrænkning af Retshandelens Virkning for denne Eventualitet. Men den under Causabegrebet medindbefattede egentlige Forudsætning har et videre Omraade. Den gaar ikke ud fra en i sig selv fuld-

¹⁾ § 22 i Slutn. ²⁾ ovenfor S. 65 ff.

baaren og ubetinget Viljeserklæring, som der da skal anføres ganske særlig Hjemmel for at indskrænke, men den kvæler saa at sige den af urealiserede afgjørende Forudsætninger bestemte Disposition i selve Fødselen. Man opstiller ikke en Forudsætningsfrihed, som ikke stemmer med det virkelige Forhold, men gaar tvertimod i Overensstemmelse med dette ud fra, at denne Viljesakt som alle andre faktisk sædvanlig vil være afhængig af en Række af Forudsætninger, saa at Spørgsmaalet kun er, om de i det enkelte Tilfælde kunne konstateres og efter deres Natur og Indhold faa retlig Betydning. Gjennem de faktiske Forudsætninger naar man saaledes til den i et vist Omfang retlig ubetingede Disposition, medens derimod den rene Betingelseslære gaar ud fra et i sig selv ubetinget Viljesgrundlag og altsaa kun ifølge en klart derpaa rettet Viljesbestemmelse vil bevæges til at føje retlige Indskrænkninger til dette.¹⁾

Med Hensyn til det nærmere Spørgsmaal, hvornaar en saadan Forudsætning i det enkelte Tilfælde kan faa retlig Betydning, maa henvises til de almindelige Betragtninger desangaaende i det romerretlige Afsnit.²⁾ Herefter maa Forudsættningens objektivt præciserede Karakter fastholdes som ufravigelig Fordring, men iøvrigt Besvarelsen ganske afhænge af en konkret Prøvelse af samtlige Omstændigheder og Afvejelse af de to Parters modstridende Interesser. I sidstnævnte Retning vil Dispositionens donatoriske Karakter, som ogsaa tidligere berørt, vise sig af særlig Betydning, idet denne medfører, at Hensynet til Modtageren vejer mindre, hvorfor der i videre Omfang end ved Retshandlerne *ex causa onerosa* vil kunne blive Tale om at tillægge Løftgiverens Forudsætninger Betydning.

§ 19.

Sans cause — fausse cause.

Den almindelige Lære herom i den franske Theori³⁾ gaar i følgende Retning:

¹⁾ jfr. ovenfor S. 78—79. ²⁾ ovenfor S. 57 ff.

³⁾ jfr. Colmet de Santerre l. c. S. 58—60, Demolombe XXIV. S. 337—338, 349—351, Aubry & Rau l. c. S. 322, Daufresne l. c. S. 57, Artur l. c. S. 179—180, Brissaud l. c. S. 80—81.

At en Obligation »sans cause« bliver uden Virkning, erklæres for paa Forhaand indlysende. Det maa nemlig i Virkeligheden betragtes som »un acte de folie«. ¹⁾ Dog have Aubry & Rau udtalt sig mod denne Opfattelse. Efter dem er det vel rigtigt, at enhver obligatorisk Overenskomst maa have et eller andet Motiv, men det er ikke sikkert, at dette Motiv konstituerer »une cause juridiquement suffisante au point de vue de la convention que les parties ont entendu conclure«, og det er netop Fordringen om en saadan, der er Betydningen af Lovens Regel. ²⁾

Det er da endvidere ganske naturligt at knytte samme Virkning til Obligationen med en »fausse cause, qui est véritablement sans cause, puisqu'elle n'en a pas d'autre que l'erreur«, eller efter Demolombe er »purement imaginaire«.

Modsætningen mellem de to af Lovgivningen opstillede Begreber bestemmes da af Colmet de Santerre nærmere derhen: »L'engagement est sans cause, soit qu'il n'en ait jamais existé, ou qu'elle ait cessé, ou que dépendant de l'avenir, elle ne soit pas réalisée; il est sur une fausse cause, lorsque la cause n'est qu'apparente, et n'existe par conséquent que dans la pensée des contractants«.

Medens saaledes med en vis Ret ethvert Tilfælde, hvor »cause« er »fausse«, kan siges at være Exempel paa en Obligation »sans cause«, kan ikke omvendt enhver Obligation sans cause tillige siges at hvile »sur une fausse cause«. Spørgsmaalet om Causa'ens Existens maa nemlig i Almindelighed afgjøres efter Forholdene i det Øjeblik, Conventionen indgaas. Hvis der paa dette Tidspunkt ikke eksisterer nogen Causa, kan denne siges at være falsk, f. Ex. Salg af et Hus, der i Kontraktens Øjeblik er gaaet til Grunde, eller et Betalingsløfte til Opfyldelse af et Legat, der Løftgiveren uafvidende var kaldt tilbage. Kun i visse Tilfælde vil Causa'ens senere Ophør medføre Obligationens Ophør, og her maa da Obligationen siges at blive »sans cause«, uden at man kan betegne den som indgaaet »sur une fausse cause«. Som Exempler herpaa nævnes

¹⁾ Dette og andre Citater, hvor ikke noget andet udtrykkelig er bemærket, er af Colmet de Santerre. En lignende Opfattelse er ogsaa kommet til Orde under Lovforslagets Behandling i Statsraadet, jfr. Locré l. c. S. 138: »il est difficile de concevoir une obligation sans cause«.

²⁾ tildels i lignende Retning Artur l. c. S. 170.

dels Salg af en fremtidig Ting, der ikke kommer til Existens, med mindre da Kontrakten havde »aleatorisk« Karakter, dels det Tilfælde, hvor Causa'en bestod i en Række successive Ydelser, som ved Lejeforholdet, hvor dette afbrydes ved Tingens tilfældige Undergang, hvilken Omstændighed medfører Brugrens Frigjørelse for at betale Lejeafgifter for Fremtiden. ¹⁾

Med Hensyn til »fausse cause« fremhæves særlig, at Lovens Ugyldighedsregel selvfølgelig kun omfatter de Tilfælde, hvor Causa'en kan siges at være virkelig »erronée«, men ikke dem, hvor den blot er »simulée«. ²⁾ Art. 1131 har nemlig ikke til Maal at straffe Simulationen som saadan, »il consacre seulement une règle de bon sens, il se rattache à la théorie du consentement, et déclare qu'il n'est pas possible d'attribuer un effet juridique à une volonté viciée dans son principe déterminant«. ³⁾ Men i dette Tilfælde har jo Obligationen netop en virkelig Causa, der blot særlig maa konstateres.

Endelig har undertiden det Spørgsmaal været rejst, om Causa'en ogsaa ved Donationer kan tænkes »fausse«. Medens nogle, fastholdende selve Liberalitetshensigten som eneste Causa, nægte dette, idet her »falsa causa est absolutement synonyme de faux motif«, ⁴⁾ have andre ⁵⁾ hævdet, at Reglen om den falske Causa maa finde Anvendelse paa Gaven ganske lige saa vel som paa den onerøse Kontrakt.

§ 20. (Fortsættelse).

Det, der navnlig har bragt Forvirring i denne Materie, er, at man ikke tilstrækkelig klart har fastholdt de to forskjellige Betydninger, hvori »causa« kan bruges, og hvormed det ogsaa fremtræder i den romerske Ret, ⁶⁾ nemlig som snart betegnende Forudsætningen fra dens subjektive Side som Bestemmelsesgrund for Parterne, snart fra objektivt Standpunkt som selvstændig, realiseret Kjendsgærning. Ikke blot vil denne Sammenblanding ofte vise sig som Hovedaarsagen til de i

¹⁾ Enkeltstaaende i Literaturen er Daufresne's Betegnelse af Mod-sætningen mellem »sans cause« og »fausse cause« som beroende paa, om der hos Løftgiveren forelæa error facti eller error juris.

²⁾ Demolombe l. c. S. 349—351. ³⁾ Demolombe l. c. ⁴⁾ Artur l. c. S. 69 jfr. S. 174. ⁵⁾ som Tarbouriech l. c. S. 30.

⁶⁾ jfr. ovenfor S. 17.

Theorien opstaaede Kontroverser, der netop for en væsentlig Del skyldes, at det ene Parti har taget »cause« i den ene, det andet i den anden Betydning, men den bevirker ogsaa Uklarhed i de enkelte Forfatteres Udviklinger, idet de i disse ofte ubevidst foretage Spring fra den ene til den anden Betydning af Ordet. Naar der saaledes tales om det vanskelige ved at tænke sig en Obligation »sans cause«, maa der jo her aabenbart være tænkt paa den subjektive Causa, da det i det praktiske Liv ligefrem vrimler med Tilfælde, hvor Parternes subjektive Forudsætninger ikke komme til objektiv Realisation. Lige saa lidt kan der ved »fausse cause« være tænkt paa Causa'en som objektiv Kjendsgæring, da det ikke vel kan begribes, hvorledes den skulde kunne være »falsk«, medens dette derimod meget let kan være Tilfældet med den subjektive Forestilling, forsaavidt denne nemlig ikke stemmer med de virkelige objektive Forhold. Men naar da f. Ex. Colmet de Santerre taler om, at en eksisterende Causa kan ophøre, anvender han aabenbart her pludselig Ordet i objektiv Betydning. Det er de objektive Forhold, der forelaa i Løftets Øjeblik, og hvori dette fandt sin Existensgrund, der bortfalde, men Causa'en tænkt som subjektiv Bestemmelsesgrund for Parterne til at indgaa Kontrakten er en Kjendsgæring, som ikke kan tænkes at forsvinde ifølge Begivenheder, der indtræde efter Kontraktens Indgaaelse.

For at naa til Klarhed i Spørgsmaalet maa vi altsaa strængt fastholde Adskillelsen mellem de to Betydninger, og vende os da først til Besvarelsen af, om en Obligation fornuftigvis kan tænkes »sans cause«, dette Ord forstaaet som betegnende Parternes Bestemmelsesgrund fra dens subjektive Side, for derefter at skride til Undersøgelsen af de Tilfælde, hvor der kan siges at mangle en Causa i objektiv Forstand. I Tilknytning til det sidste vil ogsaa Begrebet »fausse cause« finde sin Behandling, da dette falske ved Causa'en jo netop bestaar i, at den ikke havde den Støtte i de objektive Forhold, som Parterne tænkte sig. At forøvrigt de to Spørgsmaal maa staa i nær organisk Forbindelse med hinanden, idet der ved »subjektiv« og »objektiv« i Virkeligheden kun betegnes to Sider ved et og samme Moment, vil let indlyse.

I. Er det rigtigt, at en Obligation »sans cause« i subjektiv Forstand maa siges at være »un acte de folie«? — Dette beror paa, hvilken Betydning man her nærmere lægger ind i Ordet »cause«.

Saaledes som Forfatterne selv forstaa Sætningen, maa dens Rigtighed vel siges at være uangribelig. Demolombe¹⁾ tager den »en ce sens, qu'on ne saurait se figurer raisonnablement une personne qui, ayant contracté une obligation, ne pourrait pas dire, pourquoi et dans quel but elle l'a contractée«, og Colmet de Santerre²⁾ hævder kun Umuligheden af at tænke sig »un engagement absolument dénué de cause dans la pensée de celui qui s'engage«. Naar man da som disse Forfattere ved Causa'en altid kun tænker paa Vederlagsforudsætningen, kan man næppe nægte Rigtigheden af, at en Tanke i den Retning, omend maaske ikke i ganske præciserede Træk, maa ethvert fornuftigt Menneske, der paatager sig en Forpligtelse, have gjort sig, saa at forsaa vidt en Obligation uden Causa kan siges at være »en Daarskabens Handling«.

Men naar man bliver staaende herved, overser man et meget vigtigt Punkt. Den Causa, der kan faa retlig Betydning, kan selvfølgelig ikke være en Forestilling, som en af Parterne i sit Indre maatte have gjort sig. Den maa ialtfald være lagt for Dagen, ikke være forblevet skjult i Partens Tanker. Dette bliver da for det første Betydningen af Fordringen om en Causa, at man forlanger Vederlagsforudsætningen oplyst, konstateret.

Man maa gaa videre endnu. Selv den oplyste faktiske Forudsætning hos en af Parterne er det ingenlunde givet faar retlig Betydning. Causa'en er nemlig ikke blot et faktisk, men ogsaa et retligt Begreb. Det bestemmes ikke under udelukkende Hensyntagen til den enkelte Parts selv klart for Dagen lagte Ønsker, men tillige under Hensyn til den anden Parts muligvis modstridende Interesser. Det fastsættes ved et Slags Kompromis mellem de to Parter, hvorfor det maa afgjøres ikke blot, hvad den ene Part har villet, men ogsaa hvad den anden kan antages at have accepteret. Med andre Ord: for at Vederlagsforudsætningen skal kunne faa Betydning, maa den fra faktisk Tanke hos en af Parterne være blevet retligt Kontraktselement. Hvis det er dette, der skal antydes ved Aubry & Rau's Krav om en »juridisk tilstrækkelig Causa«, maa det erkjendes at hvile paa en rigtig Tanke.

At forlange Oplysning om en saadan ved Parternes Overens-

¹⁾ l. c. S. 337. ²⁾ l. c. S. 59. Udhævelserne findes ikke hos de citerede Forfattere.

komst tilvejebragt retlig Causa maa da netop antages at være Meningen af art. 1108 4^o, og allerede af denne, ganske bortset fra Forskriften i 1131, følger da Ugyldigheden af en Convention, hvor en saadan Oplysning mangler. Man kan derfor heller ikke mod denne Opfattelse paaberaabe sig, at den sidste Artikel kun taler om en »obligation« uden Causa og derfor slet ikke synes at have noget at gjøre med Causa'en som Kontraktselement. Ikke blot viser nemlig saavel art. 1132 som hele Sammenhængen, at der kun er tænkt paa de ved Convention begrundede Pligter, ved hvilke da Causa-begrebet maa bestemmes i Overensstemmelse med sin fra Romerretten hidrørende historiske Betydning, men art. 1108 yder endog en positiv Støtte i saa Henseende, idet den udtrykkelig nævner Causa'en som retstiftende Element ved Conventionen.

Betydningen af saaledes at fastholde, at en obligatorisk Overenskomst aldrig kan faa Virkning uden i Forbindelse med sin retlige Causa, vil vise sig i flere Retninger. Den vil saaledes ved den obligatoriske Retshandel udelukke Muligheden af en Bestræbelse, som ikke sjældent med formentlig Hjemmel i de romerretlige Kildesteder¹⁾ har været fremme ved Traditionen, nemlig til at sondre mellem Retshandelen og dens Causalforhold og tillægge den første en vis selvstændig Virkning uafhængig af det sidste. Tænker man sig f. Ex. et Løfte om en Præstation, af Løftegiveren afgivet under den kjendelige Forudsætning om at erhverve Ejendomsret over en Ting til Gjengjæld, medens Løftemodtageren lige saa klart forudsætter, at Tingen kun skal gives til Leje, er paa Forhaand enhver Tale om at tillægge dette Løfte Virkning afskaaret ved Parternes Uenighed med Hensyn til den retlige Causa.²⁾ —

Det er i det foregaaende flere Steder forudsat, at Bevisbyrden for Causa'en paahviler Kreditor, og dette anses da ogsaa stadig saavel i Theori som Praxis for en nødvendig Konsekvens af, at en cause licite i art. 1108 nævnes som en essentiel Betingelse for Gyldigheden af en Convention. Kreditor maa altsaa godtgjøre, at der enten undtagelsesvis foreligger en

¹⁾ jfr. saaledes l. 36 D. 41. 1, men i modsat Retning l. 18 D. 2. 1, jfr. Hofmann: *Justa causa traditionis* S. 95.

²⁾ jfr. l. 57 D. 47. 7, l. 9 pr. D. 18. 1. At Obligationen i dette Tilfælde ogsaa kan siges at mangle en »causa civilis« dette romerretlige Begreb taget i sin ved Nutidens Kontraktgrundsaetninger modificerede Betydning, vil fremgaa af det ovenfor S. 180 ff. anførte.

Disposition med donatorisk Karakter, eller hvor den, som sædvanligt i det praktiske Liv, er sket mod Vederlag, hvad dette nærmere bestod i. Det kan da oplyses at have været enten noget af Løftegiveren forinden Løftet definitivt modtaget, eller et Løfte om en Ydelse til Gjengjæld fra Kreditors Side.

Hermed maa han imidlertid ogsaa anses for at have fyldestgjort den Bevispligt, der bindende flyder af Bestemmelsen i art. 1108. Der kan vel endnu opstaa yderligere Spørgsmaal, f. Ex. om det forinden modtagne var i Besiddelse af de Egen-skaber, som Løftegiveren havde Ret til at forudsætte, eller hvor Vederlaget bestod i en obligatorisk Pligt, om Kreditor med Hensyn til denne paa sin Side har foretaget, hvad Skyldneren maa kunne forlange, forinden han opfylder fra sin Side. Men angaaende disse Forhold tør man ikke opstille nogen almindelig Regel om Sagsøgerens Bevispligt. I det Tilfælde, hvor Løftet maa antages afgivet til Gjengjæld for noget allerede modtaget, vil tvertimod ofte den Omstændighed, at Skyldneren selv maa anses for at have haft tilstrækkelig Adgang til at undersøge det modtagne Beskaffenhed, forinden han afgav sit Løfte, hvorfor selve Løftet vækker en Formodning om, at alt i saa Henseende har været i Orden, gjøre det naturligt at lægge Bevisbyrden for, at dette dog ikke var Tilfældet, paa Debitor selv. Og hvor to obligatoriske Pligter have dannet Causa'en for hinanden, vil det i høj Grad afhænge af disses nærmere Natur og det Afhængighedsforhold, man derefter maa statuere imellem dem, i hvilket Omfang det maa staa den sagsøgte aabent ved Fremsættelsen af en *exceptio non adimpleti contractus* at vælte Bevisbyrden for Opfyldelsen af den Pligt, der til Gjengjæld paahviler Sagsøgeren, over paa denne.

En med den franske Regel om Bevisbyrden for Causa'en stik modsat Ordning synes etableret ved den italienske Lovbogs art. 1121: »*La causa si presume sino a che non si prova il contrario*« — Causa'en præsumeres, indtil det modsatte bevises. Da ifølge almindelige Regler en Sagsøger i sit Deduktionsgrundlag ikke behøver at tage noget Hensyn til de Punkter, der legalt præsumeres, synes den italienske Ordning at føre til, at en Kreditor skulde kunne gjøre et hvilket som helst Løfte gjældende uden at behøve at skænke dets Skyldgrund den mindste Opmærksomhed.

En saadan Regel vil imidlertid ikke kunne andet end vække betydelige Betæneligheder og Tvivl, om det virkelig kan have

været Lovgiverens Mening, eller om ikke hans almindelig lydende Sætning maa undergives visse Begrænsninger.

En almindelig Regel om, at Løftet kan faa Virkning uden Oplysning om dets Causa, vil nemlig i mange Tilfælde blive ensbetydende med, at det kommer til at virke ganske uafhængigt af Causa'en. Men at opstille nogen almindelig Præsumption om, at det skulde have en saadan selvstændig Virkning, vil netop ikke gaa an. Det vil jo nemlig af det lige anførte fremgaa, at dets Af- eller Uafhængighed i denne Retning i høj Grad maa bero paa selve den foreliggende Causa's Karakter, — om den bestaar i noget allerede i Fortiden indtraadt, eller i en Pligt, der har Hensyn til noget fremtidigt, og i sidste Fald, hvad denne nærmere gaar ud paa. Kun efter at man har erholdt nærmere Oplysning om disse Punkter, vil det derfor kunne gaa an at statuere Løftets selvstændig virkende Karakter, men en Forhaands Uafhængighed i denne Retning tør ikke antages, medmindre Løftet selv efter den Maade, hvorpaa det fremtræder, maa siges at vække en Formodning for, at Causaforholdet enten er endelig gaaet i Orden, eller at der dog iøvrigt er tiltænkt Løftet en vis Virkning, uafhængig af, at dette ikke maatte være Tilfældet.

En nærmere Betragtning af Lovens Regel vil yde os Støtte for en saadan Begrænsning. Der er her ikke Tale om ganske i Almindelighed at præsumere en Causa for et »promessa«, men ifølge Sammenhængen kun for en »contratto«, jfr. særlig den umiddelbart foregaaende art. 1120.¹⁾ Hvor et Løfte, som i de fleste Tilfælde, maa antages at have manglet selvstændig Existens og kun at have været et enkelt Element i et Kontraktsforhold, finder Reglen altsaa ingen Anvendelse derpaa; den gjælder kun, hvor det fremtræder med en saadan selvstændig Karakter, at det kan siges for sig selv at danne en »Kontrakt«. Kun, hvor det saaledes selv kan antages at have abstraheret fra det til Grund liggende Mellemværende, tillægges der det herefter Virkning uden Oplysning om den nærmere Karakter af dette. Hvornaar nu noget saadant virkelig maa statueres, skal ikke her nærmere undersøges, men der maa herom henvises til Udviklingen om den »abstrakte Kontrakt« i et senere Afsnit. Som et Hovedtilfælde nævnes her kun det, hvor der er udstedt en selvstændig Gjældsfor skrivning for Skylden.

¹⁾ »Il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa«.

For en saadan indskrænkende Forstaaelse taler navnlig i høj Grad den Maade, hvorpaa art. maa antages historisk at være blevet til. Ved Udarbejdelsen af den italienske Lovbog af 1865 fulgte man i det hele den franske Code civil, saaledes at Afgang væsentlig kun blev gjort, hvor enten lokale Hensyn krævede en saadan, eller hvor en Bestemmelse havde givet Anledning til Tvivl, som det fandtes hensigtsmæssigt at afskære ved den nye Lovbog. Spørgsmaalet om Bevisforholdet med Hensyn til Causa'en hørte nu i det hele netop til dem, om hvilke der saavel i Theori som i Praxis kunde siges at herske den skjønneste Enighed. Kun ét Punkt havde strax efter Lovens Emanation fremkaldt betydelig Strid. Denne havde Hensyn til den saakaldte »billet non causé«, et Skyldbevis uden Angivelse af Skyldgrund. Medens Praxis antog det nødvendigt her at gjøre Afgang fra den almindelige Regel og opstille en Formodning for Causa'ens virkelige Existens, ansaa flere Retninger i Theorien det for betænkeligt uden særlig Hjemmel at statuere en saadan Undtagelse. Det maa da netop antages at have været dette Punkt, som den italienske Lovbogs Forfattere ved Indføjelsen af den ny Bestemmelse have villet afgjøre i Overensstemmelse med den franske Praxis. Under den nøje ordrette Overensstemmelse, der iøvrigt er mellem den franske og den italienske Code's Causabestemmelser, maa det derimod siges i høj Grad at have Formodningen imod sig, at der skulde være tilsigtet et saa stærkt Brud paa hele det franske System, som en ganske almindelig Forandring med Hensyn til Bevisbyrden vilde betegne, og som derfor heller ikke godt vilde kunne lade de øvrige Dele af Ordningen uberørt.

II. At Retshandelens Virkning maa udelukkes ved objektiv Udeblivelse af den retlige Causa, er en ligefrem Konsekvens af det udviklede. Causa'ens retlige Karakter viser sig netop i, at den maa fordres realiseret, for at Forpligtelsen kan faa sin Tilværelsesgrund i Retsordenens Øjne. Naar denne Realisation udebliver, bliver derfor Obligationen »sans effet«, hvilket af enhver, der har Interesse deri, maa kunne gjøres gjældende. Det er forsaavidt ligegyldigt, om Causa'en aldrig har existeret, eller om den senere er ophørt, eller ikke som forventet paa et vist fremtidigt Tidspunkt er indtraadt.¹⁾

¹⁾ jfr. fra Romerretten l. 1 § 2 D. 12. 7: »Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est —«.

Der maa derfor ogsaa gives de franske Forff. Ret i, at, »*sur une fausse cause*« i for sig kun betegner et Undertilfælde af »*sans cause*« i dets objektive Betydning. Den særlige Fremhævelse skyldes utvivlsomt nærmest kun rent historiske Forhold. I Romerretten forekommer nemlig paa mangfoldige Steder »*ob falsam causam*« særlig fremhævet ved Siden af det almindelige »*sine causa*«. Det betegner da de Tilfælde, hvor den afgjørende Forudsætning har Hensyn til et Moment, der ligger i Fortiden, og hvor altsaa, naar dette viser sig ikke virkelig objektivt at have foreligget, den Forestilling, hvorfra Parterne i saa Henseende ere gaaede ud, kan siges at være falsk. Begrebet »*sine causa*« indskrænkes herefter til kun at omfatte saadanne Tilfælde, hvor *causa* enten er »*finita*« eller »*non secuta*«. ¹⁾ For at bevirke formel Sammenhæng i art. 1131 maa en lignende Indskrænkning foretages med Hensyn til dens »*sans cause*«, men Betydningen heraf er netop kun formel, uden praktiske Konsekvenser i nogen Retning.

Det samme kan derimod ikke siges om den hertil af mange Forfattere knyttede Betragtning, hvorefter ikke blot »*fausse cause*« henføres til Momenter, der formenes at foreligge i Kontraktens Øjeblik, men det ganske generelt hævdes, at Spørgsmaalet om *Causa*'ens Existens overhovedet som Regel skal afgjøres efter Forholdene paa dette Tidspunkt.

Dette er naturligvis rigtigt, forsaavidt der herved tænkes paa den subjektive *Causa*. Derfor, men ogsaa kun derfor kan man med Demolombe som et forøvrigt overflødigt Argument anføre art. 1108. Derimod kan det samme ingenlunde siges, naar man, som aabenbart Forfatterne paa dette Sted, tænker paa *Causa*'en som objektivt realiseret Kjendsgæring. Her lader det sig paa ingen Maade opstille som almindelig Regel, at det er »*au moment même où l'obligation se forme, que l'existence de la cause est toute à la fois nécessaire et suffisante*«. ²⁾

At *Causa*'ens objektive Existens i dette Øjeblik for det første ikke er nødvendig, vise disse Forfatteres egne Udviklinger paa det klareste. I alle de i det praktiske Liv særdeles hyppige Tilfælde, hvor Vederlaget har Hensyn til noget, der netop først senere skal realiseres, gjælder Sætningen jo aabenbart ikke.

¹⁾ jfr. ovenfor S. 92–93.

²⁾ Demolombe l. c. S. 337–338.

Lige saa lidt lader der sig opstille nogen Regel om, at det skulde være tilstrækkeligt, at Causa'en foreligger objektivt realiseret i det Øjeblik, Kontrakten indgaas. Dette gjælder ganske vist i fransk Ret i det af disse Forfattere anførte Tilfælde, Salg af en individuelt bestemt Ting hvor Tingens senere Undergang efter art. 1137 ikke for Kjøberen medfører Frigjørelse for hans Pligt til at betale Prisen. Men det maa erindres, at denne Regel altsaa skyldes en positiv Lovforskrift, der oven i Kjøbet forsaavidt har en noget speciel Karakter, som den er knyttet sammen med en Bestemmelse om Ejendomsrettens umiddelbare Overgang til Kreditor ifølge den blotte Kontrakt, og saaledes i en vis Forstand kan siges at tillægge den obligatoriske Overenskomst tinglig Virkning. Det er altsaa selv ved Kjøb og Salg ingenlunde givet, at den samme Regel maatte antages, hvis vi manglede saadan særlig positiv Hjemmel. Og endnu mindre lader der sig, som tildels af Forfatterne selv indrømmet, nogen Konklusion drage til Forholdet i saa Henseende ved andre Kontrakter. Her maa det tvertimod fastholdes, at det er umuligt at opstille nogen almindelig Regel om, hvilket Øjeblik Vægten skal lægges paa ved Spørgsmaalet om Causa'ens Realisation. Hvis nogen Formodning i saa Henseende skulde opstilles, maatte det vel netop snarere være i omvendt Retning af den i Theorien forfægtede, idet det jo ikke er allerede ved Kontraktens Indgaaelse, men først ved dens Fuldbgyrdelse,¹⁾ at Spørgsmaalet om Causa'ens Realisation faar aktuel Betydning for Parten. Men den nærmere Afgjørelse lader sig kun træffe ifølge en retlig Betragtning af hele Forholdet med alle dets enkelte Elementer, der maa vise, hvorledes Causa'en i saa Henseende for dette Tilfælde maa bestemmes. —

Forinden denne Materie forlades, maa endnu gjøres opmærksom paa, at den tidligere omtalte snævre Opfattelse af Causabegrebet som kun betegnende den altid retlig afgjørende Vederlagsforudsætning selvfølgelig ogsaa viser sig ved Behandlingen af Causa'ens Negation. Denne antages nemlig derefter kun at kunne foreligge, hvor en Parts Forudsætning om Vederlag ikke er gaaet i Opfyldelse.

Heroverfor maa da igjen betones, at vi hverken i de

¹⁾ Dette stemmer ogsaa med det reelle Synspunkt, der ligger til Grund for Reglen i art. 1138, idet Kontrakten jo her netop betragtes som fuldbyrdet med selve dens Indgaaelse.

historiske eller praktiske Forhold have Hjemmel for en saadan Indskrænkning af Causabegrebet. Dette omfatter tvertimod, hvor det ikke ifølge Sammenhængen maa tages i en snævrere Betydning,¹⁾ enhver ved den enkelte Retshandel retlig betydende Forudsætning. Obligationen maa derefter kunne siges at blive »sans cause«, selv hvor Vederlagsforudsætningen er blevet opfyldt, forsaavidt det samme ikke gjælder om andre af Partens Forudsætninger, som der efter Forholdets retlige Karakter kan tillægges Betydning.

Den Uenighed, der har været med Hensyn til Muligheden af en »fausse cause« ved Gaver, skyldes ogsaa for en væsentlig Del, at man ikke tilstrækkelig har fastholdt de forskellige Betydninger af Ordet »cause«, Modsætningen mellem den altid retlig betydende Vederlagsforudsætning og andre efter Omstændighederne afgjørende Forudsætninger, hver af disse igjen betragtet dels fra deres subjektive Side som Bestemmelsesgrund dels fra deres objektive som realiseret Kjendsgærning.

Naar man da først spørger, om der ved Gaven kræves Oplysning om den subjektive Causa som havende Hensyn til Vederlagsforholdet, maa strax gjøres opmærksom paa, at man stiller Spørgsmaalet skævt. Det er, som om man vilde give sig til at søge efter den subjektive Causa ved en Kontrakt, der betegnede sig som Kjøb. Hvad enten der er Tale om et Kjøb eller en Gave, ligger nemlig Causa'en implicite udtrykt i selve Kontraktens tekniske Benævnelse og giver altsaa slet ikke Anledning til videre Undersøgelse. Spørgsmaalet bliver altsaa ikke, om en Disposition, der selv kalder sig Gave, men om hvorvidt en simpel Forpligtelseserklæring uden nogen nærmere retlig Karakteristik kan behandles efter Gaverreglerne, skjønt den særlige donatoriske Causa ikke er godtgjort. Stilles Spørgsmaalet saaledes, kan Svaret efter det tidligere udviklede ikke være tvivlsomt. At frafalde Fordringen om Oplysning af Causa'en vilde være at opstille en Præsumption for en Dispositions Gavekarakter, der i Almindelighed vilde være i størst mulig Strid med de virkelige Forhold. Disse kræve tvertimod, at man ikke tillægger en Kontrakt denne Karakter, med mindre den undtagelsesvis Tilstedeværelse af den for Gaven ejendommelige Causa i Betydning af en virkelig donatorisk Hensigt særlig foreligger konstateret.

¹⁾ saaledes som f. Ex. naar det i art. 1108 nævnes som nødvendigt conventionsbegrundende Moment.

Derimod vilde det at kræve objektiv Realisation af denne Causa savne al fornuftig Betydning. Naar man ved de onerøse Kontrakter forlanger objektiv Virkeliggjørelse, vil dette jo sige, at man kræver, at den retlige Forudsætning om Vederlaget skal være gaaet i Opfyldelse. Men om noget saadant kan der ikke blive Tale ved de donatoriske Retshandeler, hvis Væsen jo netop er ikke at være gjort afhængige af noget, der kan betegnes som Vederlag. Her foreligger saa at sige altid Causa'en objektivt realiseret blot ved Konstateringen af dens subjektive Existens. Dette overses af Tarbouriech, naar han ogsaa paa dette Punkt vil behandle onerøse og donatoriske Rets- handeler ganske ens. Naar de sidste ikke kunne tænkes »sans cause« i Betydningen uden realiseret Vederlagscausa, maa de lige saa vel være udelukkede fra at kunne hvile paa en »fausse cause«, hvilket jo netop betegner et enkelt Tilfælde, hvor Vederlagsforudsætningen har vist sig ikke at fyldestgøres af de virkelige Forhold.

Naar derimod »cause« forstaas som omfattende andre i det enkelte Tilfælde retlig afgjørende Forudsætninger end selve Vederlagsforudsætningen, gjælder en helt modsat Ordning.

Der vil her netop ikke kunne være Tale om at forlange Oplysning om Tilstedeværelsen af en saadan subjektiv Causa som Betingelse for Dispositionens Gyldighed. Tvertimod maa Kreditor kunne nøjes med at godtgjøre den donatoriske Hensigt, og det maa da være Debtors egen Sag at oplyse, at Dispositionen har været gjort retlig afhængig af andre Forudsætninger end dem, der have Hensyn til Vederlaget, for at kunne blive fri for sin Pligt.

Er dette imidlertid konstateret, maa den Omstændighed, at en retlig afgjørende Forudsætning ikke er blevet objektivt realiseret, lige saa vel ved Gaver som ved gjensidig bebyrdende Kontrakter medføre Retshandelens Ugyldighed. Den kan siges at hvile paa en »fausse cause«, hvor Forudsætningen havde Hensyn til et i Fortiden liggende Moment, og maa i andre Tilfælde anses for at være »sans cause«.

Det er altsaa ikke ubetinget rigtigt, naar Brissaud siger, at ved Gaver falsa causa er absolut synonymt med et blot falsk Motiv. Der er visse falske Motiver, som ved at blive til Elementer i Kontrakten antage den retlige Karakter af »causæ« ¹⁾.

¹⁾ jfr. herved Ernst Møller's Udviklinger om *condictio indebiti* ved de af ham saakaldte »sjælelige« Forpligtelser, l. c. S. 194 ff.

I en vis Overensstemmelse med den her forfægtede Opfattelse udtaler sig Laurent¹⁾: »Il y a donc un motif de fait qui est essentiel dans les libéralités, parce qu'il se confond avec la volonté de donner, c'est à dire avec la cause«. Men i Overensstemmelse med hans Tendens til overhovedet at ville tillægge Motivet ved Gaven en særlig Betydning, synes han ogsaa her at ville nøjes med at tage Hensyn til den Betydning, Motivet faktisk har haft for Giverens Vilje, uden at betone Nødvendigheden af dets Indlemmelse som Moment i Kontrakten som Betingelse for, at Modtageren skal finde sig i, at det gjøres gjældende overfor ham.

§ 21.

Windscheid's Causabegreb i Code civil.

Windscheid mener i sit tidligere omtalte Skrift om Code Napoleon at kunne opretholde sit fra den romerske Rets Conditions lære hentede Causabegreb ogsaa for den franske Kontraktret. Han forstaaer altsaa »causa« som betegnende en Bevæggrund, der ved at fremtræde som Selvbegrænsning af Viljen er gjort til dennes Forudsætning. Han udelukker da fra Begrebet for det første »animus donandi«, da »denne, hvor den har været Grund for Ydelsen, aldrig kan mangle og bag efter lige saa lidt kan falde bort som enhver pure erklæret Vilje«²⁾; fremdeles en forventet Modpræstation ved en gjen- sidig Kontrakt, da her »den juridiske causa til Ydelsen er, ikke den forventede Modydelse, men den ved Kontrakten begrundede Forpligtelse for den ydende«, til hvis Fyldestgjørelse Erlæggelsen finder Sted, »og denne causa falder ved Modydelsens Udeblivelse ikke bort«³⁾. Dette Causabegreb antager han for det i den romerske Ret hjemlede, og da denne har været Kilde til Code civil's Causabestemmelser, maa det formentlig ogsaa for disses Fortolkning være bindende⁴⁾.

¹⁾ l. c. S. 665, jfr. ogsaa Pothier: Des Donations testamentaires Nr. 82, og Zachariä ved Massé & Vergé III. S. 51 Note 3.

²⁾ l. c. S. 298. ³⁾ l. c. S. 278.

⁴⁾ Mærkelig forekommer rigtignok herefter hans Ytring S. 304: »Zwar kennt das römische Recht obligationes sine causa, welche nicht zugleich obligationes ex falsa causa sind, doch lässt sich bei der mangelhaften Einsicht der Redactoren in die ganze Lehre (!) nicht annehmen, dass sie diesen Gegensatz im Auge gehabt haben.«

De Indvendinger, der lade sig fremsætte mod denne Lære, ville allerede for en Del fremgaa af Udviklingerne ovenfor under det romerske Afsnit, til hvilke derfor her kan henvises. Kun nogle Punkter, der komme særlig frem for den franske Rets Vedkommende, skulle her anføres.

Først maa da gjøres opmærksom paa et Punkt, som W. ganske synes at overse, nemlig den allerede paa enkelte Steder i det foregaaende antydede Duplicitet, hvormed la cause fremtræder i Code civil; Begrebet udfylder saa at sige der to helt forskellige Funktioner. Det forekommer for det første som Betegnelse for et positivt obligationsbegrundende Moment, der altid af Kreditor maa oplyses for overhovedet at kunne gjøre Conventionen gjældende. Men dernæst kan det ogsaa betegne et Moment, virkende mere middelbart derigjennem, at dets Ikke-Existens under visse Omstændigheder kan afficere Virkningen af den ved Kontrakten begrundede Obligation. I den første Skikkelse viser det sig i art. 1108. 4^o, hvor Tilstedeværelsen af en Causa opføres mellem de nødvendige positive Betingelser for en Conventions Gyldighed. Naar der derimod i art. 1131 frakjendes en »obligation sans cause« Virkning, omfattes heraf ikke blot de Tilfælde, hvor denne altid nødvendige cause mangler, men ogsaa dem, hvor andre efter Omstændighederne for Obligationens Opretholdelse og Gjennemførelse afgjørende Forudsætningsmomenter maatte have svigtet. Man kan maaske betegne den forskellige Fremtrædelsesform for Causa'en som Modsætningen mellem den nødvendige og den tilfældige Causa. At W. i sin Bestemmelse af Causa'en helt har ladet den første ude af Betragtning, skjønt Romerretten selv maa siges at indeholde Støttepunkter ogsaa for denne Opfattelse af Causa'en, hvilken en Del af Lovens Regler endog bydende synes at kræve, og dens Tilblivelse og Forarbejder give sikker Hjemmel for, og at paa den anden Side ogsaa Causa'en i den sidste Skikkelse ved W.'s ensidige Fastholden af det romerske Conditionssynspunkt har faaet et skævt og ukorrekt Udtryk, skal det følgende søge at paavise.

a. At der, naar Loven i art. 1108. 4^o kræver Oplysningen om en Causa som retsbegrundende Moment, ikke kan være ment denne i W.'s Betydning af ethvert som Forudsætning fremtraadt Motiv, indlyser let. Man vilde simpelt hen ikke vide, hvad Indhold man skulde lægge ind i et saadant Krav til Sagsøgeren. De efter Omstændighederne retlig af-

gjørende Forudsætninger ville jo kunne variere næsten i det uendelige; hvorpaa skulde det da kjendes, om de af Sagsøgeren anførte netop have været de væsentlig betydende, og ikke maaske i Virkeligheden andre, som man blot mangler Oplysning om? Der er i Virkeligheden kun én Forudsætning, hvis Existens og Betydning kan anses for konstant ved en Rets-handels Indgaaelse, det er den, der har Hensyn til Vederlaget. Naar altsaa Loven som almindelig ubetinget Fordring for en obligatorisk Overenskomsts Gyldighed opstiller Oplysning om Causa'en, maa herved netop antages at være ment den altid retlig betydende Vederlagsforudsætning.

Gaa vi derefter til Pothier¹⁾, som ogsaa W. erkjender er den umiddelbare Kilde til Code civil's Causabestemmelser, maa hans Udviklinger vel siges ikke at være helt klare, hvad for-øvrigt ogsaa gjælder om selve deres Grundlag, den romerske Ret med dens forskjellige Causabegreber, men i det hele og store befinde de sig dog i Overensstemmelse med den her antagne Opfattelse og i bestemt Modstrid med W.'s ensidige Causa-Synspunkt. Hans Fremstilling kan siges at falde i to Afsnit. Først behandler han, indledende sin Udvikling med Ordene: »Toute obligation doit avoir une cause honnête«, Causa'en fra dens positivt nødvendige Side, som gjenfindes i art. 1108. 4^o, og nævner her netop som Exempler de af W. forkastede, Forudsætningen om Vederlag og ved Liberalitetsakter selve den donatoriske Hensigt. Derefter gaar han over til Obligationen med »aucune cause« eller »fausse cause«, altsaa til Causa'en i dens senere i art. 1131 behandlede negative Funktion, og det er kun her, at han benytter et fra Conditions-læren hentet Forhold som Exempel.

I ganske lignende Retning gaar en Udtalelse af en af Lovens Forfattere, Brigot²⁾: »Il n'y a point d'obligation sans cause. Elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles«, altsaa atter alene refererende sig til Vederlagsspørgsmaalet, men ikke i fjærneste Grad til W.'s Conditions-causa.

Ogsaa den under Forhandlingerne i Conseil d'état hyppig forekommende Vending om »Utænkeligheden af en Obligation uden causa«³⁾ vil fra dette Synspunkt, efter det i foregaaende

¹⁾ Traité des obligations n. 42-46. ²⁾ Locré l. c. S. 325.

³⁾ jfr. saaledes Locré l. c. S. 138.

Paragraf bemærkede, have en vis Berettigelse. Det er ikke nødvendigt, som Windscheid antager, for at faa Mening deri at forstaa causa som omfattende en hvilkensomhelst Bevæggrund, men ogsaa naar Ordet indskrænkes til at betegne det til Vederlaget sig refererende Motiv, vil Bemærkningen være ihvertfald tilnærmelsesvis rigtig. Derimod maa det naturligvis klinge besynderligt for W., at en Obligation ikke kan tænkes »sine causa«, hvad jo efter den Mening, han lægger deri, vilde være det samme som paa Forhaand at nægte hans Conditioner enhver Anvendelse.

Code civil betegner da paa dette Punkt heller ikke nogen Novation i Forhold til den ældre Ret, idet man ogsaa efter denne til en Kontrakts Gyldighed forlangte en cause oplyst i den her anførte Betydning ¹⁾.

Selv om derfor dette Causabegreb ikke kunde siges at have nogen Hjemmel i den rene romerske Ret, maatte man vistnok dog ifølge den Vægt, som W. selv tillægger Forhandlingerne og den ældre Ret ved Lovens Fortolkning ²⁾, tage Hensyn til Causa'en i den modificerede Skikkelse, hvori den der fremtræder, og som alene giver Lovens Bestemmelser fornuftig Mening.

Men det maa sikkert endvidere hævdes, at dette Begreb heller ikke mangler Hjemmel i de romerske Kilder. Naar W. ikke har set dette, er det, fordi han ensidig har fæstet Blikket paa den romerske Conditions lære i Stedet for, hvad dog her, hvor der er Spørgsmaal om et retsbegrundende Moment ved obligatoriske Overenskomster, er det naturligste, at søge det i Romerrettens Regler om Kontrakters Stiftelse. Her haves der nemlig i den saakaldte »causa civilis« et Begreb, der ikke, som mange mene, er en blot historisk Antikvitet, men som tværtimod, naar det afklædes de særlige ved historiske Forhold betingede Indskrænkninger, hvormed det fremtræder i den romerske Ret, og lempes og udvides i Overensstemmelse med Nutidens friere Kontraktsgrundsætninger, ifølge det paa et tidligere Sted ³⁾ udviklede er istand til at yde os et Begreb, netop fuldstændig svarende til Code civil's. Naar nemlig de særlige romerske Fordringer til Vederlagets Art og Karakter bortfalde, bliver netop kun selve det almindelige Krav om Oplysning af den

¹⁾ jfr. Warnkönig u. Stein: *Französische Staats- und Rechtsgeschichte* II. 1848. S. 533—534; jfr. ogsaa tildels Paul Viollet: *Précis de l'histoire de droit français*. 1886. S. 505 ff.

²⁾ jfr. Fortalen S. VI ff. ³⁾ ovenfor S. 180 ff.

efter Parternes frie Forgodtbefindende fastsatte Ordning med Hensyn til Vederlaget tilbage.

b. Naar vi forlade denne altid nødvendige Causa og gaa over til den »tilfældige« *o*: andre efter Omstændighederne foreliggende Forudsætninger, der kunne blive af retlig Betydning, vil det strax ses, at Forholdet her frembyder en langt nøjere Forbindelse med det Windscheid'ske Causabegreb. I begge Tilfælde drejer det sig ikke om Momenter, hvis positive Existens altid maa oplyses, men derimod om saadanne, hvis Ikke-Existens efter Omstændighederne kan medføre Retsvirkningens Bortfald. Men videre strækker heller ikke den sikre Lighed sig. Det er ingenlunde givet, som W. synes at forudsætte, at de Grundsætninger, der her nærmere ere bestemmende, ved Kontrakten og Conditionen skulde være ganske de samme.

Fremhæves maa i saa Henseende først, at den Hovedgrund, der fører W. til for Romerretten at opstille sit Forudsætningsbegreb, ved den franske Kontraktsret mangler. Den maatte nemlig, efter hvad paa et tidligere Sted ¹⁾ nærmere er udviklet, antages at være at give en Forklaring af det ejendommelige romerske Forhold, ved en Forudsætnings Bristen at lade selve Akten som saadan blive bestaaende, men at give en Condition til Anfægtelsen af det derved hidførte formueretlige Resultat. I den franske Ret erklæres imidlertid enhver obligation sans cause at være ganske »sans effet«, og W.'s paa den modsatte Ordning grundede Adskillelse af Forudsætningen fra den egentlige Betingelse taber derved i Hovedsagen sin Betydning.

W.'s særlige Causabegreb bliver imidlertid ikke blot herved for dets væsentligste Del unyttigt i den franske Ret, det vil ogsaa kunne medføre positivt mislige Følger uden videre at overføre det paa en ved særlige historiske Forhold betinget Conditionsordning støttede Begreb paa en Retstilstand, hvor Nutidens frie Kontraktsgrundsætninger uhindret finde Anvendelse. Særlig maa erindres, hvad ovenfor i det romerske Afsnit er nærmere berørt²⁾, at ved Conditionernes historiske Udvikling i Romerretten et vist ensidigt Hensyn til den, der ved at foretage en Realpræstation maatte have fri Adgang til at sætte en lex for sin datio, maa antages at have spillet en Rolle, medens i Nutidens Kontraktsystem Resultatet kun lader sig fastsætte under en retfærdig Afvejelse af begge de kontra-

¹⁾ ovenfor S. 76 ff. ²⁾ S. 49 ff.

herende Parters Interesser, der i sig selv i lige Grad fortjene Hensyn.

Det er vistnok en Følelse heraf, der fører W. til helt at nægte Condition af en erlagt Ydelse ved gjensidig bebyrdende Retsforhold. Herved gaar han imidlertid paa den anden Side for vidt. Det er vel sandt, at de Grundsætninger, hvorefter Adgangen til at øve Tilbagesøgning i et saadant Tilfælde skal bestemmes, ikke lade sig søge i de romerske Conditionsregler, da den gjensidige Overenskomst, i Henhold til hvilken Erlæggelsen har fundet Sted, ikke vil kunne undgaa at blive af Betydning. Men heraf følger ikke, at overhovedet enhver Condition paa Forhaand skulde anses afskaaret.

Den romerske Ret indeholder ganske vist Afgjørelser om, at ved emptio-venditio Sælgeren ikke paa Grund af Kjøbesummens Udeblivelse kan faa den erlagte Ting tilbage, men maa nøjes med at gjøre sin actio venditi gjældende til Pengenes Erholdelse¹⁾, og en enkelt, der for det tilsvarende omvendte Tilfælde tillægger Kjøberens »non pretii quantitatis, sed quanti interest empti actio«²⁾. Men selv ved det romerske Kjøb og Salg synes der dog i Realiteten at være gjort en vis Afvigelse fra dette Synspunkt, naar f. Ex. Ejendomsretten over den solgte Ting i Almindelighed ikke gaar over til Kjøberens, forinden han har fyldstgjort Kjøbesummen³⁾, hvoraf altsaa følger, at Sælgeren saa længe har ikke blot en Condictio, men Ret til at vindicere Tingen, eller naar Kjøberens i Tilfælde af Mangler ved Tingen ved Hjælp af actio redhibitoria kan faa hele Kjøbet omstødt, saa at han mod Tilbagelevering af Tingen kan forlange sine Penge tilbage⁴⁾. Invertfald haves der ikke engang i den romerske Ret nogen sikker Støtte for, i hvilket Omfang man er berettiget til at udstrække den for emptio-venditio fastsatte Ordning ogsaa til andre gjensidige Obligationsforhold.

Endnu mindre gaar det an uden videre herfra at drage almindelige Konklusioner til Nutidens gjensidige Kontraktsforhold⁵⁾. Disse fremtræde med en altfor broget væsensforskjellig

¹⁾ saaledes l. 8 C. 4. 38, l. 14 C. 4. 44. — l. 6 C. 4. 49 siger dog kun, at det »non facile« kan ske, synes altsaa ikke absolut at udelukke Muligheden deraf. ²⁾ l. 12 C. 4. 49. ³⁾ § 41 Inst. 2. 1.

⁴⁾ l. 25 § 1 D. 44. 2.

⁵⁾ Det maa da ogsaa af W. selv, S. 279 Note 17, indrømmes, at Code civil aabner en vis Adgang til selv ved gjensidige Obligationsforhold paa Grund af Modpræstationens Udeblivelse at opløse Forholdet og søge sin erlagte Ydelse tilbage, jfr. saaledes art. 1644.

Karakter, til at man saaledes tør opstille nogen absolut Regel om Tilbagesøgnings Udelukkelse. W. slutter derfra, at der ved disse Forhold altid bestaar en Pligt til at erlægge Præstationen, til, at denne Erlæggelse da netop altid maa anses sket blot til Fyldestgjørelse af den ham paahvilende Pligt, men ikke under nogen Forudsætning om Pligtens Opfyldelse fra den anden Side.¹⁾ Denne Slutningsmaade indeholder imidlertid i Virkeligheden en *petitio principii*. Spørgsmaalet er netop, om man, fordi der bestod en Pligt i saa Henseende for den ydende, derfor kan sige, at denne er den eneste Bestemmelsesgrund. Dette vil sjældent med Sandhed turde paastaas. Ofte vil dette Hensyn endogsaa have været af meget underordnet Betydning, nemlig hvor Forholdet er det, at han ikke behøver at erlægge uden samtidig Opfyldelse fra den anden Side, saa at hans Pligt egentlig før dette Øjeblik slet ikke kan siges at blive aktuel. Men selv hvor Hensynet til at fyldestgøre den ham paahvilende Pligt har spillet en vis Rolle, tør man dog ifølge en real økonomisk Betragtning ikke nægte, at ogsaa Tanken om den forventede Fordel fra den anden Side har været af Betydning, ja at denne endogsaa i de fleste Tilfælde vil være den principale.

Spørgsmaalet bliver altsaa ogsaa her, i hvilket Omfang der kan tillægges saadanne faktiske Forudsætninger hos Parterne Betydning, et Spørgsmaal, der forøvrigt vil kunne opstaa lige saa vel, forinden Erlæggelse fra nogen af Siderne endnu har fundet Sted, nemlig til Afgjørelsen af, hvor vidt overhovedet nogen Part behøver at inlade sig paa en saadan, naar Modparten ikke samtidig opfylder fra sin Side, som efter at en saadan Erlæggelse er sket. Det er nu, som tidligere berørt, ganske rigtigt, at Obligationsforholdets gjensidige Karakter her ikke vil kunne undgaa at blive af Betydning, men dog mindre fra dette formelle Synspunkt, at Ydelsen juridisk maa anses sket blot til Fyldestgjørelse af en paahvilende Pligt, end fra det praktisk reelle, at der paa Grund af det Middel, som han i sit Modkrav har til at komme til sin Ret, er mindre Anledning til desuden at yde ham Beskyttelse paa denne Maade, men nogen apriorisk Grund til absolut at udelukke ham fra denne er ikke til at se. Særlig bliver ved Spørgsmaalet, om en Tilbagesøgning, efter at Erlæggelse er sket, kan finde Sted, den herved skete Forandring i den økono-

¹⁾ jfr. ogsaa Pandekten II. § 321 S. 207.

miske Situation af en vis hæmmende Betydning, ¹⁾ men ogsaa her er det kun praktisk-økonomiske, ikke konstruktivt-juridiske Betragtninger, der maa være de afgjørende. —

Til Slutning skal kun bemærkes, at W.'s »Cause«-theori ikke vides at have haft enten nogen Forgænger eller Efterfølger i Literaturen, og at den tyske Hovedautoritet for fransk Civilrets Vedkommende, Zachariä, som tidligere berørt i alt væsentligt slutter sig til de franske Forfattere.

§ 22.

Gaver med usædeligt Motiv, tildels ogsaa efter engelsk Ret. ²⁾

Ovenfor er omtalt de Forsøg, der i den franske Retslitteratur ere gjorte paa, gennem Betoning af Causa'ens Nødvendighed ogsaa ved Gaven, at naa til at opstille Fordringen om et konstateret berettiget Motiv som en nødvendig Betingelse for dennes Gyldighed. Dermed vilde da det i Overskriften til denne Paragraf rejste Spørgsmaal implicite være afgjort: Kræves der for at opretholde Dispositionen positiv Oplysning om et berettiget Motiv, er dermed af sig selv givet, at Manglen af et saadant, idet Dispositionen i det enkelte Tilfælde netop omvendt maatte antages fremkaldt ved et usædeligt Motiv, maa gjøre hele Transaktionen ugyldig. Ikke selve Tilstedeværelsen af det usædelige Motiv, men det rent negative, at et sædeligt Motiv som Følge deraf ikke vilde kunne paavises, maatte da betragtes som Ugyldighedsgrunden. — Disse Forsøg maatte imidlertid betragtes som forfejlede. Konstateringen af Yderens donatoriske Hensigt maatte i og for sig være tilstrækkelig; kun som Bevismiddel om denne, hvor Forholdet i saa Henseende kunde give Anledning til Tvivl, kunne Oplysninger om Motivforholdet faa Betydning, men som

¹⁾ Om hvor mange forskjellige Momenter der f. Ex. ved et fra Sælgerens Side fuldbyrdet Kjøb og Salg kan komme frem, jfr. Ernst Møller l. c. S. 86 ff.; jfr. herved ogsaa Jul. Lassen: Haandbog, I. S. 591 ff.

²⁾ Dette Brud paa Systematiken maa undskyldes ved, at en Udskillelse af de forholdsvis faa særlige Bemærkninger, som den engelske Ret paa dette Punkt giver Anledning til, og Henviisning af dem til et senere Afsnit for stærkt vilde have forstyrret Udviklingens naturlige Sammenhæng.

absolut almindelig Fordring kan Paavisningen af et berettiget Motiv umulig fastholdes. Hvilken Stilling medfører nu denne Opfattelse overfor det Tilfælde, at Gaven er fremkaldt ved usædelige Motiver?

Man kunde mene, at efter dette Standpunkt var ethvert Spørgsmaal om at tillægge et saadant Moment Betydning paa Forhaand udelukket. Til at afskære Undersøgelser om Motivforholdet førtes vi jo netop ved dette Forholds uendelig varierende og objektivt ukonstaterlige Karakter, der gjorde det umuligt for Retsordenen at opstille almindelige Regler til Reguleringen deraf, ialtfald uden fuldstændig at tilintetgjøre den Frihed for Individet, hvorpaa Anerkjendelsen af Gavedispositionens Gyldighed beror. Hvorledes kan vi da pludselig her erklære Gaven ugyldig paa Grund af Motivets Beskaffenhed?

En saadan Slutning er dog ikke sikker. At opstille et sædeligt Motiv som almindelig Fordring kunde ikke gaa an, fordi Motiverne i Almindelighed unddrage sig Muligheden af en retlig Konstatering. Men deraf følger ikke, at ikke maaske i det enkelte Tilfælde et usædeligt Motiv kan have gjort sig gjældende med en saadan Objektivitet og Styrke, at Retsordenen maa tage Hensyn til det. Paa den anden Side er det klart, at de Indskrænkninger, som den individuelle Frihed vil lide ved, at man saaledes i enkelte Undtagelsestilfælde erklærer Dispositionen ugyldig, ere langt fra at kunne lignedes med dem, der vilde blive Følgen af Opstillingen af Motivernes sædelige Karakter som almindelig positiv Betingelse for Transaktionens Gyldighed.

Tør vi saaledes ikke paa Forhaand nægte Muligheden af, at Retsordenen dog i visse Tilfælde kan tage Hensyn til Motivets Beskaffenhed, ville de foregaaende Udviklinger paa den anden Side have gjort det klart, at dette kun kan ske under visse nærmere regulerede Betingelser. I Almindelighed forflygtiges Motiverne i den psykologiske Proces, af hvilken Gavedispositionen fremgaar som Resultat, saaledes at det bliver umuligt baade at paavise med tilstrækkelig objektiv Sikkerhed, hvilke disse i det enkelte nærmere have været, og navnlig at konstatere den Indflydelse, som de hver for sig kan antages at have haft paa den endelige Beslutning.¹⁾ Kun,

¹⁾ jfr. Jul. Lassen: Den danske Obligationsrets spec. Del. Tillæg til første Afdeling S. 89: »Den almindelige Regel om Retshandlers Gyldighed uden Undersøgelse af deres Motiv maa i Almindelighed

hvor undtagelsesvis denne Sikkerhed i begge Retninger lader sig tilvejebringe, saaledes at vi virkelig med Bestemthed tør erklære et usædeligt Motiv for det afgjørende, kan der være Tale om at tillægge det Indflydelse paa Transaktionens Gyldighed. En Undersøgelse af, hvornaar nu dette nærmere kan antages, skal danne Gjenstanden for den følgende Udvikling. I den moderne franske og engelske Retspraxis og Literatur har Spørgsmaalet navnlig været brændende med Hensyn til uægte Børn, særlig Hore- og Blodskamsbørn, og med Hensyn til Gaver til Konkubiner. Herom ville derfor ogsaa i det følgende Undersøgelserne nærmest samle sig.

Hvad først Gaver ¹⁾ til formentlige »enfants adultérins« angaar, er der i den franske Praxis Enighed om under visse nærmere Betingelser at erklære dem for ugyldige. Disse Betingelser gaa ud paa, at det skal fremgaa af Liberalitetsakten selv, at Gaven har haft til »cause déterminante et unique« den Overbevisning, at Modtageren var Giverens Horebarn. I saa Henseende er det dog blevet anset tilstrækkeligt, at denne Overbevisning hos Disponenten fremgaa af en Akt, skrevet paa samme Papir som og dannende et Komplement til den omstridte, medens omvendt en Aerkjendelse i et tidligere oprettet, tilbagekaldt Testamente, som »ne se rattachait à celui-ci par aucun lien«, ikke er blevet holdt for fyldestgørende. Endnu mindre har man taget Hensyn til »papiers domestiques ou les confidences de la correspondance«, fordi en saadan Bevisførelse indirekte vilde føre til Bevis for Paterniteten og saaledes fremkalde de »révélations scandaleuses«, som Loven i den offentlige Morals Interesse har villet forhindre ved (Code civil art. 342 og 335) ubetinget

dække Modtageren —. Herimod kan man ikke, som Ernst Møller l. c. S. 222 Note 59, nøjes med en Henviisning til det Forbud, som D. L. 5—1—2 indeholder mod Kontrakter, som ere »imod Loven eller Ærbarhed«. Spørgsmaalet er netop, om den Omstændighed, at et ulovligt eller usædeligt Motiv har været af en vis Betydning ved en Disposition, er nok til at bringe den ind under denne Forbudsbestemmelse, hvad efter det i Texten anførte ingenlunde ganske i Almindelighed kan antages.

¹⁾ Dommene have ganske vist nærmest kun Dispositioner mortis causa for Øje, men det forudsættes bestandig, at i et og alt samme Regler maa komme til Anvendelse paa alle Liberaliteter, altsaa ogsaa paa Gaver inter vivos.

at forbyde enhver »recherche de la paternité« (og »de la maternité«) og Anerkjendelse af saadanne Børn. ¹⁾

Efter den Begrundelse, hvorpaa Dommene støtte sig, maa i og alt de samme Regler finde Anvendelse paa »enfants incestueux«.

Paa almindelige enfants naturels er der adskillige Domme, som bringe ganske lignende Regler til Anvendelse, kun at Virkningen heraf ikke bliver Dispositionens fuldstændige Ugylighed, men kun dens Indskrænkning indenfor de ved art. 908 smh. m. 757 hjemlede Grænser. ²⁾

Indenfor Theorien gjør der sig modstridende Retninger gjældende. Enkelte Forff. slutte sig til denne Praxis. ³⁾ Blandt dem, der afvige, kommer der atter Meningsforskjelligheder frem. Snart hævdes det under Betoning af selve Liberalitetshensigten som den eneste Causa for Dispositionen, at en saadan Causa i intet Tilfælde kan faa en usædelig Karakter, og at derfor selv en Gave til et enfant adultérin ou incestueux ubetinget maa opretholdes som gyldig, da dette Forhold kun har Hensyn til det retlig betydningsløse Motiv. ⁴⁾ Snart søges det omvendt i Sammenhæng med en almindeligere Bestræbelse for at komme bagom denne donatoriske Hensigt for at drage de Motiver, der have fremkaldt den, mere frem i Forgrunden, at vindicere det usædelige Motiv en større Virkning til at afficere Transaktionens Gyldighed. Ikke blot Domstolenes berørte Afgjørelser anses herefter for rigtige, men man mener ogsaa at kunne paavise, at visse af de Indskrænkninger, som Praxis har opstillet, i Virkeligheden ere uhjemlede, og søger da at gjøre den saaledes udvidede Regel anvendelig ogsaa paa andre Tilfælde end dem, hvor det i Praxis er sket. ⁵⁾

Hvad først angaar disse Bestræbelser i Literaturen, maa i Sammenhæng med det lige udviklede overfor dem fremhæves, at de alle gaa ud paa at tillægge det theoretiske Synspunkt, man opstiller med Hensyn til, hvad man kalder causa donationis, en for afgjørende Betydning for dette Spørgsmaals

¹⁾ jfr. Domme af 31. Juli 1860 i Dalioz 60, 1, 460, af 22. Jan. 1867, D. 67, 1, 9 og 29. Juni 1887, D. 88, 1, 296.

²⁾ jfr. Domme af 11. Aug. 1866, D. 66, 2, 168, og af 11. Dec. 1876, D. 78, 5, 192. ³⁾ saaledes Aubry & Rau l. c. VII. S. 57, VI. S. 177 Note 14, S. 222. ⁴⁾ saaledes Demolombe l. c. V. S. 410—411, Timbal l. c. S. 242 ff., Baudry-Lacantinerie l. c. II. S. 575—576, Huc l. c. S. 66 ff. ⁵⁾ jfr. saaledes fra nyeste Tid navnlig Tarbouchier l. c., særlig S. 20 ff.

Løsning. Selv om man søger denne Causa alene i den donatoriske Hensigt, vil dette jo kun sige, at man i Almindelighed nøjes med Oplysning om en saadan for at anerkjende Transaktionens Gyldighed, men dette udelukker jo, som lige foran berørt, paa ingen Maade, at som Undtagelse sikker Oplysning om, at Transaktionen er fremkaldt ved et usædeligt Motiv, kan medføre dens Ugyldighed. Paa den anden Side er det selv efter den modsatte Theori lige saa givet, at dog ikke ethvert Motiv kan faa retlig Virkning, og det bliver da ogsaa her en særlig Opgave at fastsætte de nærmere Betingelser, hvorunder et Motivs Usædelighed kan blive af saadan Betydning. Efter begge Opfattelser vil altsaa en nærmere Prøvelse være nødvendig, forinden den endelige Afgjørelse for dette specielle Forhold træffes. Kun saa meget kan indrømmes, at det theoretiske Udgangspunkts Forskjellighed vil være bestemmende for den Tendens, der vil lede os ved denne Undersøgelse. Er man, som efter den første Theori, i Almindelighed vant til at slaa en Streg over Motiverne, vil man uvilkaarlig forlange mere tvingende Grunde for her i denne Retning at tillægge Motivet Virkning, end efter den modsatte Opfattelse, hvorefter ialtfald en vis Kreds Motivers retlige Betydning i og for sig er Udgangspunktet, som man kun ved særlige Grunde, hentede fra Ufuldkommenheden af de Midler, der staa til Retsordenens Raadighed, kan tvinges bort fra. Efter den i det foregaaende forfægtede, nærmest til den første her nævnte Theori sig sluttende Opfattelse med Hensyn til Causaforholdet ved Gaven, vil det forstaas, at vi erkjende, at Bevisbyrden for her undtagelsesvis at tillægge Motivet Betydning paahviler os, ligesom overhovedet Formodningen maa være for, at dette ogsaa her kun i meget begrænset Omfang vil kunne ske.

Vende vi os herefter til selve Retsafgjørelserne, maa vi for at naa til en retfærdig Opfattelse af dem nødvendig have in mente, at Code civil i art. 762 indeholder et positivt Forbud mod at tilstaa »enfants adultérins ou incestueux« nogetsomhelst (udover »alimens«), og at art. 908 for de almindelige naturlige Børns Vedkommende lige saa kategorisk forbyder dem under nogen Form, af deres Forældre at modtage mere, end der tilkommer dem »au titre des Successions«, jfr. art. 757 og 758. At disse Bestemmelser i og for sig slet ikke have noget direkte med Causa-Spørgsmaalet at gjøre, indlyser let. Deres Anvendelse betinges jo ikke af, at denne Egenskab hos Donataren kan antages at have været det afgjørende Motiv for Disposi-

tionen; de komme efter deres klare Ordlyd til Anvendelse, selv om Giveren maaske ikke engang har anet det mindste om, at Modtageren var hans Barn. Omvendt vil en nok saa afgjørende Formening hos ham i saa Henseende efter disse Lovbud være uden Betydning, naar den objektive Rigtighed af hans Angivelse om Slægtskabsforholdet ikke foreligger konstateret. Nogen direkte Hjemmel for Domstolenes Afgjørelser kan saaledes ikke søges i de anførte Lovbud, og det gjør da Dommene heller ikke. De udtale ofte, at det drejer sig ikke om, hvorvidt Faderens i Liberalitetsakten skete Anerkjendelse af Barnet er gyldig (hvad den efter art. 334 og 335 ikke er); der er ikke Tale om nogen direkte Anvendelse af art. 762 og 908, men det er kun, fordi art. 1131 erklærer en »obligation sur une cause illicite« for ugyldig, at denne Ugyldighed ogsaa maa ramme disse Dispositioner. — Hvorledes hænger det nu nærmere sammen med Causa'en her? I hvilken Forstand kan denne siges at være »illicite«?

En Mand foretager en Liberalitetsakt med Hensyn til en Person, som han i selve Akten f. Ex. erklærer for sit Barn, avlet under en ulovlig Kjønnsforbindelse paa en Tid, da han var gift med en anden, og det synes klart af hele Sagens Omstændigheder, at det netop er denne Overbevisning om at være Donatarens Fader, der for ham har været det afgjørende Motiv. Idet vi foreløbig bortse fra mulige positive Lovbestemmelser om Emnet, spørges: Kan en saadan Disposition anses for usædelig? — Om dette i Almindelighed kan siges, er ialtfald meget tvivlsomt. Den Kjærlighed, en Fader nærer til sit Horebarn, kan utvivlsomt i og for sig være saa ren og smuk som nogen, der ellers danner Grundlaget for en Gave.¹⁾ Og vil man sige, at dette dog umulig kan gjælde om en Liberalitet, for hvilken selve Donatarens Egenskab som Frugt af en usædelig Forbindelse har været den klart afgjørende Forudsætning, idet nødvendig en saadan nøje Sammenknytning med et anerkjendt ulovligt Forhold maa medføre hele Transaktionens usædelige Karakter, er selv dette Ræsonnement paa ingen Maade uangribeligt. Gaven kan være udsprunget af en Følelse og Erkjendelse af, at han dog, naar alt kommer til alt, er den nærmeste til at søge at raade lidt Bod paa de

¹⁾ Det er saaledes absolut urigtigt, naar Tarbouriech l. c. S. 21 ganske generelt opstiller den These »l'affection d'un homme pour ses enfants adultérins est illicite«.

sørgelige Kaar, som saadanne Børn ofte ere bestemte til. Hvis imidlertid en anden end Giveren mod Forventning maatte vise sig i Virkeligheden at være Fader til den paagjældende, maa han siges at være den nærmeste til at opfylde denne naturlige Pligt, derfor skal Gaven ikke gjælde under denne Forudsætning, men paa Grund af en saadan meget naturlig og rimelig Begrænsning af Transaktionen uden videre at erklære denne for usædelig vilde sikkert ikke kunne lade sig forsvare.

Derimod er det naturligvis rigtigt, at en saadan ubetinget Dispositionsfrihed kan medføre visse Farer for de Personer, der ellers vilde være lovlige Arvinger, altsaa navnlig Disponentens Ægtefælle og ægte Børn, og at maaske endvidere et præventivt Synspunkt kan føre Lovgiveren til en mere absolut Udelukkelse af Adgang for Faderen til ved Liberalitetsakter til saadanne Børn i et vist Omfang at udslette Virkningen af den Mangel paa retlig Beskyttelse, som Lovgiveren netop har villet skulde være den uundgaaelige Følge af den Forbindelses usædelige Karakter, hvorfra de ere avlede.

Det er dette, der netop er sket ved de berørte art. 762 og 908. Ved disse erklæres Liberaliteter til Hore- og Blodskamsbørn fuldstændig, og til almindelige uægte Børn delvist for ugyldige. Heraf maa da som nødvendig logisk Konsekvens følge, at en Gave for hvilken denne Egenskab klart har været afgjørende Forudsætning, maa være behæftet med samme Ugyldighed. Der behøves i og for sig slet ikke nogen nærmere Prøvelse af, hvorvidt Angivelsen i saa Henseende virkelig er objektivt rigtig. Viser dette sig nemlig ikke at være Tilfældet, skal den efter selve sit Indhold være uden Virkning. Og er den omvendt rigtig, medfører art. 762 og 908 efter deres klare Ordlyd lige saa bestemt dens Ugyldighed. Selv en Henvisning til Reglen om en »causa illicite« i art. 1131 maa siges at være overflødig. Resultatet følger ligefrem som indirekte logisk Konsekvens af de positive Forbud i art. 762 og 908.

Maa nu selve Sætningen anerkjendes som rigtig, bliver Spørgsmaalet kun nærmere, om den Anvendelse, som i Praxis er sket af den, ogsaa kan siges at være i Overensstemmelse med den ledende Tanke. Det fordres her, som berørt, bestandig, at baade Giverens Formening om at være Fader og den bestemmende Betydning, som denne Tro har været af ved Dispositionen, skal fremgaa af selve Liberalitetsakten. I enkelte af Domstolenes Afgjørelser kræves der endvidere,

at denne cause skal have været ikke blot »déterminante«, men ogsaa »unique« for Dispositionen.¹⁾

Den sidste Fordring lader sig nu, bogstavelig forstaaet, umulig fastholde. Den vilde i Virkeligheden berøve Reglen næsten enhver Anvendelse. I hvor mange Tilfælde vil man nemlig med Bestemthed kunne paastaa, at denne Tanke om at være Fader virkelig har været det eneste Motiv for hans Gave, at ikke maaske en lille af dette Moment uafhængig Kjærlighedsfølelse eller dog Velvilje har været idetmindste til en vis Grad medbestemmende? Det er ihvertfald klart, at Sætningen ifølge dens Begrundelse ikke kræver en saadan Begrænsning. Det maa være tilstrækkeligt, at Disponenten klart har lagt for Dagen som sin Vilje, at Gaven kun skal gjælde under en Forudsætning, under hvilken der i Lovgivningen netop positivt er frakjendt den Gyldighed. Men dette kan han meget vel have gjort, selv om man ikke tør betegne denne Forudsætning som hans eneste Motiv.

Naar den franske Retspraxis da videre kræver, at denne Motivets bestemmende Karakter skal fremgaa af selve Liberalitetsakten, er der ogsaa derved tilføjet Reglen en Begrænsning, som næppe ubetinget kan fastholdes. Den har herved, som det vil fremgaa af de citerede Domme, været ledet af to forskjellige Betragtninger. For det første ved Hensynet til at undgaa at drage Sløret bort fra de ofte i høj Grad forargelige Forhold, som vilde komme for Dagen, hvis man vilde tilstede Benyttelsen af ethvertsomhelst Brev og hvilkensomhelst konfidentiel Meddelelse som Bevismiddel om Giverens Formening — et Hensyn, som for Hore- og Blodskamsbørnene synes af Lovgiveren at være tillagt en særlig Vægt, naar han udelukker en hvilkensomhelst Anerkjendelse eller Efterforskning af Forældreforholdet med Hensyn til saadanne Børn. Men dernæst har ogsaa en anden Betragtning været af Betydning. Det kræves jo ikke blot oplyst, at Giveren har været i en saadan Formening, men ogsaa, at denne virkelig har været bestemmende for hans Disposition, og et saadant Bevis mener man kun kan anses tilvejebragt, naar den fremgaa af selve de Dispositioner, der skulle angribes.²⁾

¹⁾ jfr. f. Ex. Paris 11 Aug. 1866, D. 66, 2, 168.

²⁾ Som det hedder i Cas. Requ. 31. Juli 1886, D. 60, 1, 460: »la preuve de l'opinion que le testateur avait de sa paternité . . . ne peut être légalement acceptée qu'autant qu'elle se présente d'elle même entière et complète, et que résultant des dispositions attaquées elle ne

Hvor berettigede nu disse to Hensyn end i og for sig maa erkjendes for at være, maa det dog hævdes, at den Begrænsning af Reglen, der paa Grundlag af dem er sket, gaar videre, end Tanken i og for sig kræver. Den rigtige Bestemmelse vil fremgaa af de i Noten citerede Domspræmisses, der i sig selv maa erkjendes for fuldt rigtige, men ikke kunne føre til den antagne Konklusion: Ubetinget Fordring om, at Liberalitetsakten selv skal indeholde hele Beviset for Motivforholdet. Det er vel sandt, at dette ikke kan anses tilvejebragt ved en Anerkjendelse sket i en anden Akt, der »ikke ved noget Baand knytter sig til Liberaliteten«. Men i denne Tilføjelse ligger netop en Forudsætning om, at noget andet maatte statuere i Tilfælde, hvor et saadant Sammenknytningsforhold kunde antages godtgjort. Det er jo ogsaa, som tidligere berørt, anset tilstrækkeligt, at Faderens Overbevisning fremgik af en efterfølgende paa samme Papir skrevet testamentarisk Disposition, der dannede et Komplement til den omstridte. Det rene ydre Moment, at begge Akter ere skrevne paa samme Ark Papir, kan nu ikke i og for sig være afgjørende.¹⁾ Det, som det maa komme an paa, er den indre Konnexitet, som den ene Akts Egenskab af Komplement til den anden medfører imellem dem. Kan en saadan bevirke, at en senere Akt kan benyttes til Fortolkningen, maa dette i og for sig lige saa vel kunne ske med Hensyn til en tidligere. Ogsaa en saadan kan efter Omstændighederne have lagt baade Disponentens Overbevisning og den Rolle, som denne har spillet ved hans Transaktion, saa klart for Dagen, at der ikke kan herske nogen rimelig Tvivl desangaaende, og paa Grund af Sammenhængen mellem de to Akter maa da et lignende Forhold antages ved den sidste. Dette er ikke blot klart i det af Tarbouriech²⁾ særlig fremhævede Tilfælde, hvor en Mand først har oprettet

permet pas de mettre en doute l'influence déterminante, qu'a dû exercer sur ces dispositions l'opinion du testateur, que ceux qu'il gratifiait étaient ses enfants; qu'en effet cette preuve ne saurait s'induire avec ce caractère de certitude nécessaire pour invalider un acte complet et régulier en lui-même, d'une reconnaissance antérieure, que le testament ne rappellerait pas et à laquelle il ne se rattacherait par aucun lien, la libéralité qu'il renferme; qu'à plus forte raison ne peut-il de la chercher dans des papiers domestiques ou dans les confidences de la correspondance puisque . . . ce serait provoquer ces révélations scandaleuses, que dans un intérêt de moralité publique la loi a entendu prévenir — —.

¹⁾ Tarbouriech l. c. S. 25—26. ²⁾ S. 23—24 og S. 25.

en Liberalitetsakt samtidig indeholdende en Anerkjendelse af Barnet, men dernæst, gjort opmærksom paa Domstolenes Praxis, har tilbagekaldt denne og oprettet en ny uden Anerkjendelse med det udelukkende Formaal at bringe den i Overensstemmelse med de af Retsordenen formentlig opstillede Krav, men maa ogsaa kunne antages i mange andre Tilfælde. Forudsæt f. Ex., at han har tilbagekaldt den tidligere Disposition og oprettet en ny, uden nogen saadan særlig Omgaaelseshensigt, men maaske for paa Grund af forandrede Formueforhold at rette de i den tidligere indsatte Tal, medens iøvrigt hele Dispositionens Indhold og Aand blev ladet uforandret. Er der her ikke saa godt som fuldkommen Vished for, at Motiverne for den sidste Disposition have været ganske de samme som ved den første? — En forud for Dispositionen gaaet Anerkjendelse af Barnet kan dog næppe, som det af Tarbouriech ¹⁾ forudsættes, ubetinget anses for tilstrækkelig. Den kan vel klart konstatere Giverens Formening om at være Fader, men næppe altid den Konnexitet mellem denne Formening og hans Disposition, som yderligere maa kræves godtgjort. Dog vil ogsaa det sidste i mange Tilfælde kunne anses for givet, f. Ex. ved det med det af Tarbouriech anførte beslægtede Forhold, at Faderen først, uden at vide, at en saadan var ugyldig, har foretaget en ligefrem Anerkjendelse af sit Hore- eller Blodskamsbarn, og dernæst efter at være blevet bekjendt med Ugyldigheden, har oprettet en donatorisk Akt, hvorved han har tillagt Barnet det samme, som vilde have tilkommet det i Egenskab af et almindeligt anerkjendt uægte Barn.

Flere andre Tilfælde, hvor noget lignende maa antages, ville kunne tænkes, men det anførte vil være tilstrækkeligt til at vise, at Fordringen om, at Beviset skal fremgaa udelukkende af Akten selv, ikke ubetinget kan fastholdes, men at ogsaa andre i Forbindelse med Akten staaende Momenter maa kunne faa Betydning. Naar Domstolene synes tilbøjelige til ihvertfald ubetinget at ville udelukke Muligheden for at tage Hensyn til private Breve og konfidentielle Meddelelser, staar dette, som berørt, i Forbindelse med de positive Forbud, som Lovgiveren opstiller mod Anerkjendelse eller Efterforskning af Paterniteten med Hensyn til Hore- og Blodskamsbørn, men synes derefter ogsaa kun at kunne finde Anvendelse paa saadanne Børn.

¹⁾ l. c. S. 25.

Ikke desto mindre opstille flere Domme ganske den samme Regel ogsaa med Hensyn til andre uægte Børn. Dette beror sikkert paa, at Domsafgjørelserne nærmest kun have testamentariske Bestemmelser for Øje, og hænger sammen med en særlig Opfattelse af disses Karakter. Akten er, mener man, »indivisible«¹⁾, »doit être pris dans son entier«²⁾, og man kan derfor ikke afkræfte en Del af den ved Momenter, der ikke træde frem i selve Akten. — Hvor megen Sandhed denne Sætning indeholder saavel i Almindelighed som specielt i denne Anvendelse af den,³⁾ vilde det føre for vidt paa dette Sted nærmere at undersøge. Her vil det være tilstrækkeligt at fremhæve, at Sætningen, dens Rigtighed forudsat, maaske nok til en vis Grad vil kunne finde Anvendelse ogsaa paa Donationer inter vivos, hvor disse, som i den franske Ret ved Code civil art. 931, ere betingede af en vis Form, men ialtfald ikke uden videre lader sig overføre paa en Retstilstand, som f. Ex. efter den danske Ret, hvor Gaver ikke ere saaledes formbundne, og hvor derfor den for Sætningens Anvendelse nødvendige Sondring mellem selve Akten og Momenter liggende udenfor denne ikke med samme Lethed vil lade sig gennemføre.

Der maa saaledes paa flere Punkter gives den navnlig af Tarbouriech i hans ofte citerede Piece rejste Kritik Ret. Flere af de i Dommene opstillede Begrænsninger for Reglen om Ugyldigheden af Gaver til formentlig uægte Børn lade sig i Virkeligheden ikke rationelt begrunde.

Derimod gjør han et betænkeligt Skridt videre, naar han mener i et og alt at kunne bringe disse Resultater til Anvendelse ogsaa paa Konkubiner.⁴⁾ Han glemmer da, at Hovedstøttepunktet for Argumentationen med Hensyn til de uægte Børn, nemlig det positive Forbud, som Loven indeholdt mod Gaver til dem, her mangler. I den ældre franske Ret var der et saadant ogsaa med Hensyn til Gaver til Konkubiner, men i Code civil er dette forsvundet.

Forholdet bliver altsaa for saa vidt et ganske lignende, som det vilde være med Hensyn til uægte Børn i en Retstilstand, hvor, som i den danske⁵⁾ og engelske, den lovhjemlede

¹⁾ Tarbouriech l. c. S. 23.

²⁾ Dom: Caen 11. Dec. 1876, D. 78, 5, 192.

³⁾ se herom Tarbouriech l. c. S. 23—24.

⁴⁾ l. c. S. 26 ff.

⁵⁾ Dog synes det her af D. L. 5—2—71, der for Horebarnets Vedkommende kun anerkjender Gyldigheden af, hvad der er »givet det i

Udelukkelse af Gaver til dem ikke findes. Det vil af de foregaaende Udviklinger være klart, at man da ikke uden videre kan bringe den samme Regel til Anvendelse paa dem. Om dette kan ske, maa bero paa det intrikate Spørgsmaal om det usædelige Motivs Betydning til at bevirke en Retshandels Ugyldighed. Den franske Ret har med Hensyn til de uægte Børn saa at sige hugget den gordiske Knude over ved ubetinget, uden Hensyn til det Motiv, der maaske i det enkelte Tilfælde maatte have været det afgjørende, at erklære Liberaliteter til saadanne for ugyldige. Denne Sætning med dens logiske Konsekvens med Hensyn til formentlige uægte Børn gjælder da som autoritært Magtsprog, »stat pro ratione voluntas!«, men udenfor det af den omfattede Omraade maa netop først »ratio« undersøges.

Det bliver da ogsaa paafaldende, at der for den franske Rets Vedkommende synes næsten at være Enighed om at behandle Gaver til Konkubiner paa en helt anden Maade end lignende Dispositioner til uægte Børn. Der er ikke Tale om ubetinget at erklære saadanne for ugyldige. Man vil ikke engang i Almindelighed gjøre det, selv hvor Konkubinaten kan antages at have været det bestemmende Motiv, men Ugyldigheden anerkjendes at maatte være knyttet til visse nærmere, snævert formulerede Betingelser.

I den franske Praxis ¹⁾, hvortil i det hele Theorien ²⁾ slutter sig, opstilles der følgende nærmere Regler:

Gaver til Concubiner ere i og for sig fuldgyltige, »le seul fait du concubinage ne suffit pas« til at annullere dem. Anderledes er det derimod, hvor Dispositionen har »pour unique

Hænde, modsætningsvis at følge, at et blot Gaveløfte til et saadant Barn ikke har Betydning. Det samme maa da efter det i Texten udviklede gjælde om et Gaveløfte gjort til en Person under den klart afgjørende Forudsætning, at Modtageren er hans Horebarn. — Med Hensyn til tilsvarende Døds-gaver og testamentariske Dispositioner medfører Konsekvensen af D. L. 5—2—71 og 5—2—70 disses Ugyldighed, forsaavidt de paa lignende Maade ere foretagne til Fordel for formentlige Horebørn, henholdsvis Reduktion for andre uægte Børn. Derimod mangler Hjemmelen til at erklære saadanne Dispositioner til Fordel for formentlige Blodskamsbørn for helt ugyldige.

¹⁾ Montpellier 23. Febr. 1885, Cass. 23. Juni 1887, Sirey 87, 1, 361, Toulouse 28. April 1880, S. 82, 2, 222.

²⁾ jfr. saaledes: Demolombe l. c. S. 353—354, Timbal l. c. S. 273, Laurent l. c. S. 664, Huc l. c. S. 68—69. Anderledes Tarbouriech l. c. S. 26 ff.

cause le maintien des relations de concubinage existant entre les parties contractantes«, og saaledes dette Forhold kan siges at være dens »cause impulsive et génératrice«. Men i dette Tilfælde foreligger der i Virkeligheden ikke nogen egentlig Gave, det er snarere »l'offre d'un marché honteux par lequel le proposant veut obtenir les complaisances« af Modtageren, idet »l'animus donandi qui constitue l'essence de toute libéralité ne se rencontrant pas, il n'y aurait que l'apparence« af en Gave, og Ydelsen er i Virkeligheden kun »le payement des faveurs dont elle faisait trafic«, »le prix de la débauche«.

Medens den franske Theori som berørt i det hele slutter sig til denne Praxis, har dog i nyeste Tid Tarbouriech hævdet en anden Opfattelse, idet han vil lade ganske lignende Regler komme til Anvendelse paa disse Dispositioner som paa Gaver til Hore- og Blodskamsbørn, saaledes at de erklæres for ugyldige overalt, hvor Concubinaten kan antages at have været deres »cause déterminante«.

En med den franske Praxis til en vis Grad beslægtet Ordning forefindes i den engelske Ret¹⁾:

Aftaler gjorte »in consideration of future illicit cohabitation«²⁾ ere ugyldige. Ere de derimod skete »in consideration of past illicit cohabitation«, ere ganske vist simple Løfter ogsaa ugyldige. Men Grunden hertil er ikke, at en saadan Consideration betragtes som illegal, men den, at en »past« Consideration overhovedet ikke anses tilstrækkelig til at bære saadanne Løfter³⁾. Hvis Løftet derfor ved at være sket under Segl fritages for den almindelige Fordring om Consideration, er det fuldgyldigt, forsaavidt det kan siges at være sket udelukkende som Consideration for »past cohabitation«. Hvis det derimod har været af en saadan Natur, at det maatte siges »to hold out an inducement, or constitute to either party a

¹⁾ se de forskjellige Skrifter om Kontrakter: Pollock S. 288—290, Leake S. 660, Chitty S. 676—677 og de dér citerede Domme, særlig »Ayerst v. Jenkins« (1873) L. R. 16 Eq. S. 275—285 og »Vallance v. Blagden« (1884) L. R. 26 Ch. D. S. 353—357.

²⁾ Det fremhæves flere Steder udtrykkelig, at det ikke er nødvendigt, at dette utilladte Samliv danner den hele Consideration. Dispositionen er f. Ex. ogsaa ugyldig, hvis den kun delvist er sket mod en saadan Consideration, men ved Siden deraf ogsaa som Vederlag for Kvindens Stilling som Husholderske, »for it is impossible in such case to apportion the weight of each part of the consideration in inducing the promise«, Pollock S. 351.

³⁾ jfr. herom nærmere nedenfor i det engelske Afsnit.

motive to continue the connexion«, sættes det tilside. Tanken herom er jo paa Forhaand udelukket, hvor det netop er afgivet ved selve Forbindelsens Ophør, »in consideration of the cessation of an illicit cohabitation«. Men Beviset anses heller ikke for tilvejebragt, blot fordi Parterne kunne oplyses paa Gavens Tid at have levet sammen og fortsat den ulovlige Forbindelse efter denne Tid; dette Faktum rejser ikke engang nogensomhelst Art af Formodning i saa Henseende. Det maa yderligere godtgjøres, at Gaveløftet kan siges at udgjøre en Del af en Art »bargain or contract«, idet det maa forstaas som bindende Modtageren til at opfylde et foregaaende Løfte om Samliv. Men et »agreement« i saa Henseende kan maaske sluttet af Dispositionens Sammenhæng med et Forsøg fra Modtagerens Side paa at afbryde Samlivet. Det gjør i saa Henseende ingen Forskjel, om der foreligger simpelt ulovligt Samliv, eller dette har en adulterøs eller incestuøs Karakter.

Det vil af det anførte fremgaa, hvor forsigtig man baade i den franske og engelske Ret er med at erklære Gaver mellem Personer, der have levet sammen, for ugyldige. Og herfor lader der sig anføre gode Grunde. Alle de Betragtninger, der ovenfor ere anførte med Hensyn til Gaver til uægte Born, hvor Lovgivningen ikke indeholder noget positivt Forbud derimod, gjøre sig her gjældende, kun med forøget Vægt. Fordi selve Forbindelsen støder an mod Lov og Ærbarhed, er det derfor ingenlunde givet, at det samme gjælder om Gaver mellem dem, der have deltaget i det usædelige Forhold. Af dette af Lovgiveren misbilligede Forhold kan der maaske være udsprunget en virkelig Kjærlighedsfølelse, der ikke uden videre kan stemples som i sig selv umoralsk, og Gaven vil da maaske netop være Udtryk for en saadan Følelse. Selv om Tanken om den usædelige Forbindelse maatte have spillet en vis Rolle ved Dispositionen, tør man ikke derfor uden videre stemple dette Motiv som det afgjørende. Forbindelsen kan have givet Anledning til Tjenester af den forskjelligste Art, maaske endogsaa til alt forglemmende Opofrelse fra den ene Parts Side, saaledes at Gaven kun fremtræder som et ringe Udtryk for en Taknemlighedsfølelse, hvis Manglen netop maatte siges ikke at vidne godt om den andens sædelige Karakter. Selv antaget, at man virkelig i et enkelt Tilfælde med tilstrækkelig Sikkerhed kunde paavise selve det usædelige Forhold som det afgjørende Motiv for Dispositionen, vil dette ingenlunde i Almindelighed være nok til at tillægge den usædelig Karakter. Giveren kan

derved have været ledet af en levende Følelse af den Ulykke, den Skade paa gode Navn og Rygte, som Forbindelsen har bragt over den anden Part, og hans eneste Tanke er maaske netop efter Evne at gjenoprette disse sørgelige Følger, som han selv erkjender at have en væsentlig Del af Skylden for, eller ved sin Gave at bringe hende (thi alle de Dispositioner, der i Praxis have været fremme, have været fra en Mand til en Kvinde, med hvem han havde levet sammen) i en saadan selvstændig og uafhængig Stilling, at hun ikke igjen saa let bukker under for Fristelsen¹⁾. Hvem vilde i saadanne Tilfælde vove at kalde Dispositionen for usædelig? — Hvis Retsordenen saa dog, fordi maaske i visse Tilfælde et usædeligt Motiv kan have medvirket, med sin klodsede Haand vilde gribe ind i disse fine psykologiske Forhold, vilde derved let kunne ske en alvorligere Krænkelser af berettigede sædelige Følelser end den, man ved at erklære saadanne Dispositioner for ugyldige vilde afværge.

Men om saaledes Retten end i Almindelighed maa erkjende sin Mangel paa Evne til at regulere dette intrikate, individuelt uendelig varierede Forhold, er det dog ikke givet, at det maa være saaledes i alle tænkelige Tilfælde. I Almindelighed forflygtiges ganske vist Motivforholdet, saa at det er umuligt at bestemme, af hvilken Vægt de enkelte Motiver have været ved den endelige Beslutning, hvorfor det heller ikke lader sig gjøre at erklære hele Dispositionen for ugyldig, fordi muligvis et af dem har været af usædelig Karakter. En saadan Mulighed for en Krænkelser af den sædelige Ordning kan Retsordenen ikke tage Hensyn til. Men hvor der ikke længere er Tale om en saadan blot Mulighed, hvor det derimod er givet, at et usædeligt Motiv ikke blot har medvirket, men spillet en saadan Rolle ved Dispositionen, at denne derved klart er knyttet sammen med et usædeligt Formaal og stillet i dettes Tjeneste, gjælder Betragtningen ikke længere. I et saadant aabenbart, haandgribeligt Angreb paa den sædelige Ordning, som den oprettholder som bindende, kan Retten ikke finde sig uden at komme i Modsigelse med sig selv.

Dette vil for det første være Tilfældet, hvor Dispositionen er stillet saaledes i Afhængighed af et fremtidigt usædeligt Forholds Realisation, at den skal gaa tilbage, hvis det ikke

¹⁾ jfr. herved M. Merlin's Répertoire de jurisprudence. 5. ed. III. Paris 1827. Concubinage Nr. 3 S. 559.

virkelig kommer til Existens. Her er baade Dispositionens objektive usædelige Formaal klart, og den Rolle, som Tanken om dette har spillet for Disponenten, kan heller ikke drages i Tvivl.

Men det samme maa vistnok antages, hvor Dispositionen klart fremtræder som Betaling af et forventet Vederlag for en bestemt, allerede begaaet usædelig Handling. Det sidste Tilfælde lader sig ganske vist ikke helt stille i Klasse med det lige nævnte. For det første kommer det præventive Synspunkt, der motiverer Ordningen, hvor Talen er om et fremtidigt usædeligt Formaal, ikke i samme Grad frem, hvor det usædelige Formaal allerede foreligger fuldt realiseret og altsaa ikke længere kan afværges. Og dernæst vil unægtelig det psykologiske Afhængighedsforhold mellem Dispositionen og dette Formaal i Almindelighed ikke her træde frem med samme Klarhed og Sikkerhed. Men paa den anden Side kan det ikke nægtes, at en i den faktiske Situation begrundet Udsigt til Vederlag kan virke omtrent med samme Styrke som et virkeligt foregaaende Løfte, der jo sikkert maa erklæres for ugyldigt, ligesom det ofte vil skyldes en ren Tilfældighed, om det udtrykkelige Løfte afgives før eller senere. Og at da det senere Løfte efter Omstændighederne klart kan have Karakteren af kun at ske som Opfyldelse af en dermed anerkjendt Pligt til at erlægge et Vederlag for den usædelige Handling, lader sig sikkert ikke nægte¹⁾.

For imidlertid ikke at komme ind paa de rent løse Gisingers Omraade, maa de lige berørte nærmere Betingelser nøje fastholdes. Der maa være foretaget en usædelig Handling, for hvilken det er det faktisk sædvanlige, at der gives Vederlag, saa at den maa antages netop at være sket i Forventning om et vist Vederlag, selv om dettes Størrelse maaske ikke paa Forhaand nøjagtig lader sig fastsætte, og det senere Løftes Karakter af en Opfyldelse af den saaledes faktisk begrundede Pligt til Vederlag maa ogsaa klart fremgaa af Omstændighederne. Kan den usædelige Ydelse ikke siges at vække nogen saadan faktisk Forventning om Vederlag, eller er ialtfald det senere Løftes Karakter af et saadant udvisket ved mellemkommende Momenter, tør Løftet ikke erklæres ugyldigt. Tilvisse vil Sondringen mellem disse to Klasser af Tilfælde ikke altid i Praxis være let, men netop ved det her

¹⁾ jfr. ovenfor i det romerske Afsnit S. 105 ff.

nærmest behandlede Forhold, ulovlige Kjønnsforbindelser, vil der dog sikkert i de fleste Tilfælde ikke opstaa synderlig Tvivl. Der er dog en himmelvid Forskjel mellem det Tilfælde, hvor en Mand en Gang har Samleje med en Skjøge og maaske ved en ren Tilfældighed først træffer den endelige Bestemmelse om Vederlaget bagefter, og saa det, at han foretager en Gavedisposition til Fordel for en Kvinde, med hvem han maaske i en Aarrække har levet sammen i et fuldstændig ægteskabslignende Forhold. I det første fremkalder baade Spørgsmaalet om Forventningen om Vederlaget og om den Rolle, som denne har spillet ved Forholdet, ikke Spor af Tvivl, i det sidste er der Tale om et Forhold, som overhovedet ikke lader sig ækvivalere ved et rent pekuniært Vederlag; ihvertfald vil man altid spørge sig selv, om det senere Gaveløfte kan betragtes blot som saadant, eller om det ikke snarere er Udtryk for en virkelig »affectio«, der, om end maaske ifølge sin Oprindelse ikke helt »honesta«, dog ikke desto mindre i sig selv kan være af en absolut dadelfri Karakter¹⁾. Vanskelighederne, der komme frem ved at gennemføre denne Sondring, ere overhovedet næppe synderlig større end dem, der f. Ex. rejse sig ved Afgjørelsen af, om en Kvinde kan siges at have »søgt Erhverv ved Utugt« efter den danske Straffelovs § 180²⁾. Da man utvivlsomt heller ikke her ubetinget kan udelukke et efter Utugtens Begaaelse erlagt Vederlag fra at komme i Betragtning, tvinges man ogsaa i dette Tilfælde til at finde en Grænse mellem de Tilfælde, hvor den efterfølgende Ydelse virkelig klart fremtræder som Fyldestgjørelse af en af Kvinden næret Forventning om Vederlag for en bestemt utugtig Handling, og dem, hvor man ikke tør tillægge en Disposition fra en Mand til en Kvinde, med hvem han har begaaet, hvad Lovgiveren betragter som Utugt eller dog forargeligt Samliv, denne Karakter.

De Resultater, som vi saaledes ere naaede til, ville ses, ialtfald for deres væsentlige Del, at være indeholdte i de oven citerede Domsafgjørelser fra fransk og engelsk Ret. Vi ville nu betragte disse lidt nærmere.

Med Hensyn til Gaver, skete for at sikre et fremtidigt usædeligt Samliv er der mellem den franske og engelske Praxis en umiskjendelig Lighed. Denne er dog ikke fuldstændig. Medens de engelske Domme, i Overensstemmelse med hvilke den her

¹⁾ jfr. l. 5 D. 39. 5 og de foran S. 107 dertil knyttede Bemærkninger.

²⁾ jfr. herom Goos: Strafferettens spec. Del. I. S. 512 ff.

forfægtede Anskuelse befinder sig, blot lægge Vægt paa Dispositionens tilsigtede og virksomme Evne til at bevirke en Hidførelse eller Forlængelse af det usædelige Forhold, saaledes at den erklæres for ugyldig overalt, hvor den maa antages i den Forstand at skulle begrunde en Pligt i saa Henseende for Modtageren, at Gaven skal gaa tilbage, hvis Forudsætningen ikke opfyldes, synes de franske Domme at fordrø noget mere. Det kræves efter dem, at Fortsættelsen af Concubinatet har været »unique cause«, at den kan siges at være »cause impulsive et génératrice« for Dispositionen. Medens det altsaa efter den engelske Opfattelse er tilstrækkeligt, at Tanken om det fremtidige Samliv har gjort sig gjældende paa en saadan Maade, at Dispositionens Opretholdelse kan antages at være gjort afhængig deraf, kræves det efter den franske Praxis, at denne Tanke har været det ene afgjørende Motiv, at han netop maa antages at have foretaget Dispositionen med det udelukkende Formaal at opnaa det.

Denne yderligere Begrænsning hænger sammen med den særlige franske Regel om, at usædelige Betingelser ogsaa ved donations entre-vifs anses for uskrevne, art. 900. Denne Bestemmelse synes ved første Øjekast at omfatte ogsaa alle de heromhandlede Tilfælde, og Konsekvensen vilde da blive, at man uden videre slettede Betingelsen om Samlivet og opretholdt Dispositionens øvrige Indhold som fuldgyldigt. Da imidlertid en saadan Fremgangsmaade i mange Tilfælde vilde føre til Resultater i høj Grad stridende mod Retsfølelsens Krav, søgte man at naa til en ialtfald delvis Fyldestgjørelse af disse ved en indskrænkende Fortolkning af denne Artikel.¹⁾ Den skal ifølge denne ikke omfatte de Tilfælde, hvor »la condition d'une chose illicite était reconnue, en fait, avoir été la cause déterminante et le but de la disposition«, eller, som det af Labbé nærmere bestemmes, »quand la volonté de donner ne se sépare pas de la volonté d'atteindre le résultat indiqué dans la condition«, og hvor Akten saaledes er »plutôt commutatif qu'à titre gratuit«. Da her »le caractère de libéralité disparaît presque entièrement«, idet der ikke længere foreligger en betinget Gave, men en gjensidig bebyrdende Retshandel, hører Forholdet slet ikke mere ind under Undtagelsesbestemmelsen, men omfattes af den almindelige Regel i art. 1131 og 1133,

¹⁾ jfr. Cass. 17. Juli 1883, Sirey 84, 1, 305 og den til denne Dom knyttede Note af J.-E. Labbé.

der erklærer Kontrakter med en cause illicite for ugyldige. Men dette kan da ogsaa kun gjælde, hvor Dispositionen klart har den gjensidige Kontrakts Særkjende, at det ene Løfte bestemt tør siges at være afgivet netop med det Formaal at opnaa noget fra den anden Parts Side. Er dette derimod ikke Tilfældet, maa Dispositionen betragtes som en Gave og derfor gaa ind under art. 900, selv om Samlivet klart nok har været en egentlig Betingelse, hvis Ikke-Opfyldelse skulde bevirke, at Gaven gik tilbage.

Da altsaa herefter den franske Begrænsning skyldes en positiv Forskrift i Lovbogen, kan den ikke anerkjendes udenfor dennes Omraade. Den kræves nemlig ikke efter Tanken. Derefter maa det være nok, at det usædelige Samliv har været saaledes klart bestemmende ved Dispositionen, at det fremgaar som Disponentens Vilje, at den skal gaa tilbage, hvis det ikke som efter Forventning finder Sted, men at netop Opnaaelsen af dette har været udelukkende Formaal for Dispositionen, kan ikke fordres. Som allerede Merlin ¹⁾ — med tvivlsom Hjemmel for den positive franske Rets Omraade — antog, det maa være nok, at Opnaaelsen af de »honteuses faveurs« har været »condition«, eller at den, med Tarbouriech ²⁾, har været »cause déterminante« i den lige anførte Forstand, selv om den ikke kan siges at have været »cause unique«. —

Naar den engelske Ret ikke indeholder nogen Regel om Ugyldigheden af Gaver skete under Hensyn til et foregaaende usædeligt Forhold, er der den rigtige Tanke deri, at der paa ingen Maade kan være Tale om at bringe de samme Regler til Anvendelse paa dem. Ogsaa her med Tarbouriech at lade det komme an paa, om den usædelige Forbindelse kan antages at have været »cause déterminante« for Dispositionen, vilde for det første være at bygge Afgjørelsen paa et Moment, der i Reglen kun med største Vanskelighed vilde lade sig konstatere. Det er aabenbart meget lettere at faa fat paa det psykologiske Sammenhængsforhold, hvor Dispositionen knytter sig til et fremtidigt Formaal, som Disponenten ønsker at se realiseret, end at afgjøre, hvor stor Betydning Tanken om noget allerede indtraadt har spillet som Element i hans endelige Beslutning, jfr. ovenfor. Men selv om disse Vanskeligheder efter det om Dispositioner til Fordel for uægte Børn bemærkede vel nok efter Omstændighederne lade sig over-

¹⁾ l. c. S. 361. ²⁾ l. c. S. 29.

vinde, maa det fremhæves, at den Lære, der uden videre vil overføre de samme Regler paa Dispositioner skete under Hensyn til et tidligere ulovligt Samliv, som gjælde for dem, der have fremtidige Forhold for Øje, overser et meget væsentligt Moment. Den glemmer, at det ikke saa meget var den Omstændighed i sig selv, at det fremtidige usædelige Forhold maatte antages at have været bestemmende Motiv for Dispositionen, der bevirkede dennes Ugyldighed. Dette fik kun den Virkning indirekte derved, at som Følge heraf Dispositionen var stillet i Afhængighedsforhold til den usædelige Kjendsgærnings Realisation. Der blev derved knyttet et Tab til Undladelsen fra Modtagerens Side af at foretage det usædelige Forhold, en Belønning til dets Foretagelse, og det var dette, Retsordenen ikke kunde finde sig i. Men noget saadant kommer i Reglen slet ikke frem, hvor Talen er om et efter Retsordenens Opfattelse usædeligt Forhold, der allerede er indtraadt. Selv om Tanken herom i det enkelte Tilfælde maa antages at have spillet en nok saa afgjørende Rolle for Retshandelen, er det dermed dog efter det ovenfor udviklede ingenlunde givet, at denne faar usædelig Karakter.

Men af Begrundelsen følger tillige Begrænsningen. Det kan netop i Undtagelsestilfælde være, at det efterfølgende Løfte har denne Karakter af Belønning for Foretagelsen af noget usædeligt. Dette kan nu i sig selv heller ikke være tilstrækkeligt. Selv under denne Forudsætning er det nemlig klart, at en saadan bagefter kommende Belønning ingenlunde i al Almindelighed rummer de Farer for den sædelige Ordning, som et foregaaende Løfte om en Løn for Foretagelsen af noget umoralsk. Men hvis der nu yderligere kommer det Moment til, at den usædelige Handling, om hvilken der er Tale, ifølge dens Karakter og den hele Situation, hvorunder den er foretaget, maa siges at være forbundet med en faktisk Forventning hos den vedkommende om at faa Vederlag derfor, at endvidere denne Udsigt til Vederlag maa antages netop at have været det afgjørende Motiv til dens Foretagelse, og Gaveløftet da endelig klart fremtræder som Realisation af denne Udsigt, blive baade Farerne for den sædelige Ordning ved at opretholde saadanne Dispositioner omtrent af samme Karakter, og Forholdet maa siges at frembyde tilstrækkelige objektive Momenter, til at Retsordenen tør indlade sig paa en Regulering deraf, uden derved at komme ind paa en almindelig Inkquisition og Censur

af indre psykologiske Forhold, der unddrage sig Muligheden for en objektiv Konstatering.

Det er dette, som anerkjendes i den franske Retspleje, naar Dispositioner erklæres ugyldige, der fremtræde blot som »récompense de honteuses faveurs précédemment obtenues«¹⁾ eller, som det hedder i en anden Dom, hvor Modtageren »faisait avec ce vieillard trafic et marché de sa jeunesse, qu'elle fixait par avance le prix et les conditions des visites qu'elle lui faisait«.²⁾ Disse Tilfælde grænse nær op til dem, hvor der foreligger et foregaaende (stiltiende) Løfte om Vederlag, og netop denne Vanskelighed ved Afgrænsningen af Tilfældene fra hinanden taler ikke lidt for den her forfægtede Theori. Men det kan ikke i og for sig kræves, at Vederlaget er forud fixeret. Det maa være nok, at det, som ved de i Dommene behandlede Tilfælde, klart indlyser af hele Situationen, at Usædeligheden er foretaget i Forventning om et pekuniært Vederlag, selv om dettes Størrelse til en vis Grad maa anses overladt til den andens Skjøn.

Naar den engelske Ret ikke er kommet til nogen udtrykkelig Afgjørelse i samme Retning, er Grunden vistnok den, at alle de Tilfælde, der her have været fremme i Praxis, have handlet om Dispositioner til Fordel for Kvinder, med hvem Disponenten havde levet i længere Tids Samliv, og hvor altsaa ogsaa efter den her forfægtede Opfattelse Stempling af Dispositionen som udelukkende Vederlag for bestemte utugtige Handlinger vilde være udelukket. Men det maa betragtes som saare tvivlsomt, om Resultatet vilde være blevet det samme i Tilfælde, hvor Transaktionen klart var fremtraadt med Karakteren af kun at være et »stupri promissum«.

De Resultater, hvortil de foregaaende Udviklinger have ført, ere herefter følgende:

Gavedispositioner til Fordel for Disponentens formentlige Hore- eller Blodskamsbørn eller almindelige uægte Børn ere ubetinget gyldige, med mindre Lovgivningen indeholder et positivt Forbud mod Gaver til saadanne Børn, i hvilket Tilfælde det som logisk Konsekvens heraf følger, at Dispositioner, der efter deres Indhold ere bestemte til udelukkende at have Virkning under Forudsætning af den Egenskab hos Mod-

¹⁾ Merlin l. c., citeret i Cass. Dom 23. Juni 1887, Sirey 87, 1, 361.

²⁾ Toulouse 28. April 1880, Sirey 82, 2, 222.

tageren, under hvilken de udtrykkelig ere forbudte, ogsaa maa være ugyldige.

Dispositioner til Fordel for en Person, med hvem Disponenten har haft en ulovlig Kjønsforbindelse, ere ligeledes gyldige, med mindre: 1. Dispositionen efter sit Indhold maa antages at være gjort afhængig af en saadan fremtidig Kjønsforbindelse, eller 2. den klart fremtræder som Vederlag for bestemte utugtige Handlinger, som ifølge det under den foreliggende Situation faktisk sædvanlige netop maa antages at være skete i Forventning om et saadant.

III.

Engelsk Ret.

§ 23.

»Consideration« i engelsk Ret.¹⁾

Den engelske Rets Regel om »consideration« har i sig selv kun Hensyn til »informal contracts«, d. v. s. Kontrakter, der ikke ere konstaterede ved Dokumenter under Segl, de saakaldte »deeds«. Ved de sidste vil vel ogsaa det Moment, om der ligger en »consideration« til Grund for dem, kunne faa Betydning i visse Retninger, saaledes tilstedes der kun »specific performance« til deeds, for hvilke der oplyses en Consideration, men nogen almindelig Existensbetingelse for selve Obligationen er Consideration'en ikke her. Derimod kræver den engelske Regel til alle formløse Kontraktens Gyldighed en Consideration.

Denne bestemmes i Nutiden saaledes: »A valuable conside-

¹⁾ Pollock: Principles of Contract. 6. ed. London. 1894. S. 164—183 og dær citerede Domme, Edw. Jenks: The History of the doctrine of Consideration. London. 1892, O. W. Holmes: The Common Law. Boston. 1881 S. 288—305, E. Schuster: Die »Consideration« als Gültigkeitsbedingung des Vertrags im Englischen Recht, i Busch' Archiv für Handelsrecht. Bd. 46 S. 111—186, samt de forskjellige Skrifter om Kontrakter: Anson: Principles of the English Law of Contract. 6. ed. Oxford. 1891. S. 72—102, Leake: Digest of Principles of the Law of Contracts. 3. ed. London. 1892. S. 526—548, Chitty: Treatise on the Law of Contracts. 12. ed. London. 1890. S. 19—51, S. 87—93, Addison: Treatise on the Law of Contracts. 9. ed. London. 1892. S. 2—16, 120—122, C. C. Langdell: A Summary of the Law of Contracts. 2. ed. Boston. 1880. S. 58—122, Wharton: A Commentary on the Law of Contracts. Philadelphia. 1882. I. §§ 493—540, jfr. ogsaa Jul. Lassen's Afhandling om Løfte og Akcept i Tidsskr. f. Retsvid. I. S. 240 ff. Ved den i denne § indeholdte foreløbige summariske Oversigt vil Fremstillingen i Pollock's ansete Værk være lagt til Grund, saaledes at ogsaa de anførte Citater ere fra ham, forsaavidt ikke noget andet i det enkelte Tilfælde særlig maatte være bemærket.

ration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit, accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other«. Vægten ligger ikke saa meget paa Fordelen for den ene Part, som paa, at den anden »abandons some legal right in the present, or limits his legal freedom of action in the future, as an inducement for the promise of the first«. Det har intet at betyde, om den Part, der modtager cons., har »any actual benefit thereby« eller ikke. Det er tilstrækkeligt, at han modtager den, og at den anden Part derved mister noget, som »in contemplation of law may be of value«. En saadan Handling eller Undladelse af den ene Part, eller Løftet derom kan siges at være »the price for which the promise of the other is bought«.

Yderligere Motiver hos Parterne ere retlig uden Betydning. Derimod har den, der vil gjøre et Løfte gjældende, at oplyse den virkelige lovlige cons. for det. Undtagelse herfra gjøres kun ved negotiable Dokumenter, med Hensyn til hvilke der i Almindelighed opstilles en Præsumption om Tilstedeværelsen af cons.

Cons. kan være ikke blot »executed«, som bestaaende i »performance«, men ogsaa »executory«, nemlig hvor den selv bestaar i et Løfte. Derimod kan cons. ikke være blot »contingent« : bestaa i Foretagelsen af noget af Løftemodtageren, som han ikke behøver at gjøre, uden han selv vælger det, men ved hvis Foretagelse Kontrakten bliver komplet og Løftet bindende. Cons. maa nødvendigvis være enten en aktuel Handling eller Undladelse, eller et bindende Løfte derom.¹⁾

En »past« cons. i Betydning af »a promise or act, which was made, or done, not in exchange for the promise, which is sought to be enforced, but prior to and independently of such promise«²⁾, er heller ikke tilstrækkelig. Herved kan der vel være skabt en »moral obligation« til at love noget til Gjengjæld, men en saadan er netop i Nutiden ikke anset tilstrækkelig.

Der har saaledes en Tid hos Domstolene været en Tilbøjelighed til at anse tidligere Tjenester for tilstrækkelig cons. for et først bagefter afgivet Løfte om Belønning for dem, for-

¹⁾ jfr. Dom i L. R. 32 Ch. Div. S. 266—300, navnlig S. 285.

²⁾ Jenks l. c. S. 15.

saavidt Tjenesterne var ydede ifølge Anmodning fra den senere Løftegiver. Men i Nutidens Theori antages der ikke at være Hjemmel til at gaa videre end til i visse Tilfælde at tage et saadant senere Løfte som »evidence of what the parties thought the service worth«, altsaa som en nærmere Præcisering af det allerede i Anmodningen implicite indeholdte Løfte om Vederlag.

En ihvertfald tilsyneladende Undtagelse fra Reglen om en blot »past« cons.'s Utilstrækkelighed foreligger, naar et Løfte, hvorved en Debitor anerkjender en præskriberet Gjæld, anses for gyldigt, som et Tilfælde, hvor der endnu kan blive Anvendelse for den i en Note til en ældre Dom indeholdte Regel om saadanne »imperative duties, which would be enforceable by law, were it not for some positive rule, which, with a view to general benefit, exempts the party in that peculiar instance from legal liability«. Medens dette Tilfælde undertiden erklæres for en virkelig Undtagelse ¹⁾, gaar den almindelige Opfattelse ²⁾ i Theorien ud paa, at det ikke kan betragtes saaledes, idet Præskriptionsreglen overhovedet ikke henhører til »substantive law«, men er »a special rule of procedure made in favour of the debtor, who may waive its protection if he deliberately chooses to do so«.

I Almindelighed er Værdien af cons. ligegyldig. Der spørges ikke, om den er »economically adequate to the promise« ³⁾. Det er tvertimod »an elementary principle that the law will not enter into an inquiry as to the adequacy of the consideration«. Parterne overlades der i saa Henseende som Regel fuld Frihed. Men en betydelig inadequacy af cons. i Forbindelse med andre Momenter kan blive af stor Vigtighed som »evidence of fraud or the like«.

En særlig Vanskelighed fremkommer ved Bestemmelsen af cons. ved den vederlagsfri Betroelse af Gods. Dog synes der i Nutiden at være omtrent Enighed ⁴⁾ om at søge cons. for Modtagerens Løfte om at bevare Godset sikkert i selve Over-

¹⁾ saaledes Jenks l. c. S. 16–17.

²⁾ saaledes Pollock l. c. S. 168, Anson l. c. S. 101, Chitty l. c. S. 796. ³⁾ Jenks l. c. S. 12.

⁴⁾ I »Law Quarterly Review« II. S. 33–37 hævder dog E. Grueber, at dette Forhold, ligesom det vederlagsfri Mandat, maa betragtes som Undtagelsestilfælde, hvor der tillægges det formløse Løfte Gyldighed uden noget, der kan kaldes cons., jfr. ogsaa Schuster i »Zeitschrift f. Handelsrecht« Bd. 43 S. 417 ff.

leveringen af Besiddelsen. Ejeren mister derved sin tidligere Kontrol over Godset, og dette maa for saa vidt betragtes som et Tab for ham, skjønt det maaske ikke er nogen Fordel for den anden, idet denne modtager det udelukkende til Ejeren Brug og Bekvemmelighed. Ejeren Opgivelse af Besiddelsen er altsaa herefter tilstrækkelig cons., eller, som nogle Forfattere¹⁾ udtrykke det, kan ihvertfald af Modtageren gøres dertil, derved at han netop afgiver sit Løfte i Henhold til dette Moment som cons.

Ved det gratis Mandat²⁾ føre lignende Betragtninger til jæt paalægge Mandataren en Pligt til at anvende skyldig Omhu, naar, og ikke førend han har begyndt paa Udførelsen af Hvervet.

Som tidligere berørt, kunne ogsaa gjensidige Løfter være cons. for hinanden. »Mutuality« kræves ogsaa her. Modløftet maa »not only move from the promisee [Kreditor], but be accepted by the promisor [Debitor] as inducement to his promise«³⁾. Dette gjælder om begge Løfter, thi »the element which is in one aspect a consideration, is in the other a promise, and vice versa«⁴⁾.

Med Hensyn til det Løfte, der skal spille Rolle som cons., er det for meget at kræve, at det skal gaa ud paa noget, som »the promisor has the means of performing«. Det antages at være tilstrækkeligt, at det lovede er »in itself possible, and such as the promisor is legally competent to perform«. Eller, som Jenks⁵⁾ udtrykker det, for at Løftet skal være ugyldigt, maa det være »perfectly clear that the consideration must of necessity fail. It is not sufficient merely to form an estimate of the promisee's inability to carry it out«.

Løftet, der danner cons., maa være saaledes, at det kan fremtvinges. Det maa derfor yderligere kræves, at det er »reasonably definite«. Saaledes er et Løfte fra en Søns Side om ikke mere at komme med Klager over, at Faderen havde forfordelt ham, anset som for vagt og ubestemt til at være cons.

Det maa fremdeles ikke gaa ud paa noget, som Løftgiveren allerede i Forvejen er bunden enten i Almindelighed eller overfor Modparten til at gjøre. Men Foretagelsen af

¹⁾ saaledes Holmes l. c. S. 290 ff., Langdell l. c. S. 83 ff.

²⁾ Dette Spørgsmaal ses dog kun at være nærmere behandlet af Anson l. c. S. 82. ³⁾ Pollock l. c. S. 173.

⁴⁾ Jenks l. c. S. 25. ⁵⁾ l. c. S. 25.

noget udover, hvad han allerede er bunden til, skjønt af samme Art og i samme Transaktion, er god cons. Og Reglen kommer ikke til Anvendelse, hvor Løftet har Karakteren af et »compromise«, nemlig hvor der i Løftets Øjeblik existerer »reasonable doubt« om, hvorvidt den lovede Ting allerede skyldes eller ikke.

Nogen Tvivl har der været med Hensyn til det Tilfælde, hvor Løftet angaar noget, som Løftgiveren allerede er bunden overfor en anden til at gjøre. Dog synes Opfattelsen i Nutiden mere og mere at fæstne sig i den Retning, at vel ikke den blotte Udførelse af det, som han allerede har lovet en anden at gjøre, men derimod et nyt Løfte derom til en fremmed er tilstrækkelig cons., »on the ground that the party thereby deprives himself of the power of agreeing with the stranger (sc. den tidligere Kreditor) for a release«¹⁾, idet nemlig »the promise to perform an existing contract with B. is to be read as being or including a promise not to exercise the right of rescinding it with B.'s consent«²⁾.

En Del Strid er der i Theorien om, hvorvidt den Anvendelse, der af Domstolene er gjort af Considerationsreglen ogsaa paa Ophævelsen af Kontrakter, kan anses for berettiget. Medens Pollock³⁾ hævder, at Considerationsdoctrinen derved er blevet udstrakt »beyond its proper scope, which is to govern the formation of contracts«, fastholde andre⁴⁾, at der derved kun sker en Anvendelse af »general principles«, idet »there seems to be no difference between a promise by A. to X. to give him £ 45 on demand, and a promise by A. to X. to excuse him £ 45 of £ 50 then due«. I det sidste Tilfælde foreligger der nemlig ogsaa kun »a contract not to enforce his right«.

Om selve Reglerne, der ordne dette Forhold, hersker der dog i Hovedsagen Enighed. De kunne kortest med Pollock's Ord udtrykkes saaledes: »a debt of 100 l. may be perfectly well discharged by the creditor's acceptance of a beaver hat or

¹⁾ Jenks l. c. S. 14—15, der dog synes at ville lade Betragtningen ligesaa vel finde Anvendelse paa den blotte performance som paa Løftet derom.

²⁾ Pollock l. c. S. 177, jfr. ogsaa Langdell l. c. S. 105, der dog lægger Hovedvægten paa en noget anden Betragtning: »he does incur a detriment by giving another person the right to compel him to do it, or the right to recover damages against him for not doing it.«

³⁾ l. c. S. 177. ⁴⁾ som Jenks l. c. S. 6 og Anson l. c. S. 84 ff.

a peppercorn, or of a negotiable instrument for a less sum, at the same time and place at which the 100 l. are payable, or of ten shillings at an earlier day or at another place, but nothing less than a release under seal will make his acceptance of 99 l. in money at the same time and place a good discharge¹⁾. Dog har den moderne Praxis²⁾ indskrænket denne »absurdity« indenfor de snærest mulige Grænser.

Denne Regel berører selvfølgelig ikke Gyldigheden af en frivillig Akkord mellem en Debitor og flere Kreditorer, idet nemlig her »every creditor undertakes to accept the composition in consideration of the like undertaking of the other creditors as well as of the debtors promise to pay it«.

Og en Aftale mellem Kreditor og Debitor om, at Pligten skal udføres paa en særlig Maade, forskjellig fra den oprindelig tilsigtede, kan vel være gyldig. Den derved skete »Variation« af Debtors Pligt er nemlig cons. nok, og »the Court could not go into the question whether it gave any actual advantage to the creditor«. —

At i og for sig Tabet eller Opgivelsen af en Ret eller Undladelse af at udøve den for en bestemt Tid, lige saa vel som en positiv Handling, maa kunne danne cons., er paa Forhaand klart.

Et praktisk Exempel herpaa er navnlig Undladelsen af at anstille Retsforfølgning. Det maa dog kræves, at denne er for en »definite or ascertainable time«. Endvidere maa den have Hensyn til en Ret, som er »honestly believed to exist«, eller som »it is not vexatious or frivolous to litigate«. Idet nemlig i Praxis Parternes Rettigheder ofte ikke er kjendte, men »depend on questions of law or fact, or both, which could not be settled without considerable trouble, common sense and convenience require that compromises of doubtful rights should be recognized as binding«. For dette Tilfælde kan Parten siges »to give up something of value«, hvilket maa danne en god cons. for et Løfte, selv om Kravet bagefter viser sig ikke vel grundet; det, han opgiver, er nemlig i Virkeligheden ikke nogen egentlig »right«, men kun et »claim«.

¹⁾ Disse Indskrænkninger finde dog ikke Anvendelse, hvor Kontrakten endnu er blot »executory«, idet her »mutual releases would operate as consideration for each other, and no other consideration would be necessary«, Jenks l. c. S. 6—7, saaledes ogsaa Anson l. c. S. 84.

²⁾ jfr. herved særlig Noten til Sagen »Cumber v. Wane« i J. W. Smith: Leading Cases I. S. 366 ff.

§ 24.

»Consideration« og »causa«¹⁾. — Considerationsdoktrinen
Historie.

Der har undertiden været Tilbøjelighed til at opfatte Fordringen om cons. som en blot Formforskrift. Hvis dette var rigtigt, kunde der maaske vel være Mulighed for at bringe cons. i en vis Forbindelse med Causa'en i dens tidligere berørte gammel-romerske Betydning af »causa civilis«, men med den moderne Causa som betegnende det retlig afgjørende Motiv, specielt Vederlagsmotivet, vilde den da ikke have nogetsomhelst at gjøre.

Det ses dog ikke, hvorledes en saadan Opfattelse lader sig forene med de Fordringer, man ellers stiller til et »Formelement. Til Forestillingen om et saadant hører jo nødvendigvis noget vist objektivt haandgribeligt, noget, der med Lethed lader sig konstatere, uden at man behøver at indlade sig paa en nærmere Undersøgelse af Forholdets reelle Karakter, men Oversigten i forrige § vil tilstrækkelig have vist, i hvor høj Grad netop Antagelsen af en cons., f. Ex. Spørgsmaalet, om der kan antages et Løfte om en Ydelse fra Kreditors Side, vil afhænge af en nøje Prøvelse af hele det materielle Mellemværendes konkrete Elementer. Det rigtige i Betragtningen er kun, at cons. til en vis Grad kan overflødiggjøre Formen »deed« og forsaavidt kan siges at udøve en lignende Funktion, som i andre Tilfælde effektueres ved en vis Form.

Maaske er Meningen med at betegne cons. som en blot formel Forskrift kun derved at udtrykke, at det er et Moment, der i sig selv er uden reel Betydning og derfor maa siges at skyldes den Rolle, det spiller, udelukkende til en vilkaarlig Bestemmelse af Lovgiveren. Er en saadan Opfattelse af Cons.'s fordringen berettiget?

Der kunde synes at lade sig anføre en Del til Støtte derfor, naar man ser hen til det ene Element i Bestemmelsen af cons., der i sig selv anses tilstrækkeligt, nemlig et eller andet »detriment« for Kreditor, om hvilket det endogsaa ofte tilføjes, »være det i sig selv nok saa ringe«. Hvorledes kan der efter en

¹⁾ jfr. herved særlig Pollock l. c. Appendix Note E. S. 693 ff., G. Hartmann: Grundprincipien der Praxis des Englisch-Amerikanischen Vertragsrechts gegenüber der Deutschen gemeinrechtlichen Vertragsdoctrin, i Arch. f. d. civ. Praxis. Bd. 77 S. 161—242.

almindelig real Betragtning tillægges en saadan nok saa ubetydelig Skade Betydning som nødvendigt Grundlag for Løftet, hvorfor ikke lige saa godt erklære dette i sig selv tilstrækkeligt?

Navnlig synes Vilkaarligheden af en saadan Fordring at træde frem ved det Forhold, der ogsaa i Theorien har fremkaldt størst Tvivl, nemlig hvor Gods uden noget Vederlag modtages til Bevaring for en anden. Kan Ejeren maaske end med en vis Ret siges at lide en Skade ved saaledes at miste Kontrollen over Godset, synes den Skade dog kun at burde tilskrives ham selv. Depositaren, som forudsættes ikke at modtage nogen Fordel derved, vil jo i Almindelighed ikke have bedet Ejeren om at udsætte sig for denne Risiko, han vil tvertimod i de fleste Tilfælde have gjort det efter Ejeren's specielle Anmodning udelukkende for at vise ham en Tjeneste, med hvad Ret da gjøre ham ansvarlig for Konsekvenserne deraf? — Det vil for Forstaaelsen være tjenligt at kaste et Tilbageblik paa den historiske Udvikling af Kontraktslæren i engelsk Ret¹⁾, der i sine Hovedtræk frembyder et Billede næppe saa meget forskjelligt fra, hvad der maa antages at være foregaaet i de fleste andre Lande.

Et ejendommeligt Træk i den primitive Kontraktstheori er den forholdsvis ringe Betydning, Løftet som saadant spiller. Der tillægges ikke Løftet i sig selv nogen Virkning, men kun naar det enten er ikklædt en vis Form, eller er ledsaget af andre selvstændige Kjendsgærninger, i Forhold til hvilke Løftet selv næsten kun bliver af accessorisk Betydning.

I Overensstemmelse hermed anerkjender ogsaa den ældre engelske Ret fra først af kun to Arter af Kontrakter, »covenants« og »debts«, hvortil noget senere slutter sig »assumpsit«, der efterhaanden udvikler sig saaledes, at den tilsidst helt fortrænger »debt« som selvstændig Kontraktsart.

»Covenants« omfattede Krav, støttede paa skriftlige Dokumenter svarende til Nutidens »deeds«, ved hvilke der heller ikke i moderne Ret kræves Oplysning om nogen cons., og som der derfor paa dette Sted ikke vil være Grund til at indlade

¹⁾ jfr. herved særlig Pollock l. c. Appendix Note E. S. 693—701, Holmes l. c. S. 247—288, John W. Salmond: »The History of Contract« i »Law Quarterly Review« III. S. 166—179 og i noget udvidet og omarbejdet Skikkelse i hans »Essays in Jurisprudence and Legal History«. London. 1891. S. 173—224, Jenks l. c. S. 106—225.

os nærmere paa. Derimod vil en Betragtning af de to andre gamle Kontraktformer kunne yde os ikke ringe Bidrag til Forstaaelse af Nutidens Kontraktstheori.

»The action of debt« tjente vistnok oprindelig udelukkende til Sikring af en Ejers Krav paa en bestemt Ting, der fandtes i en andens Besiddelse. Løftet om at levere Tingen tilbage var i og for sig ligegyldigt, det var nemlig ikke dette, men selve Besiddelsen af en Ting, der var en andens Ejendom, som dannede Aktionsgrundlaget. Herfra udvides den ifølge en naturlig Analogi til Tilfælde, hvor den, der gjør Kravet gjældende, vel ikke kan siges ligefrem at være Ejer, men dog har et saa klart Krav paa at blive det, at det kan være rimeligt at behandle ham paa samme Maade, nemlig overalt, hvor der skyldtes en likvid Pengesum eller en individuelt bestemt Ting. Begyndende mere sporadisk med de i Livet hyppigst forekommende Forhold som Salg, Bytte, Laan og Pant, generaliseres Actionen da videre derhen, at den tilsidst kommer til at omfatte ethvert Tilfælde, hvor der kan siges at foreligge »quid pro quo«, saaledes at den indtager en Plads omtrent svarende til den, der udfyldes af »actio præscriptis verbis« ved de romerske Realkontrakter. Naar altsaa en Ting faktisk er ydet fra den ene Side, anerkjendes der et Krav paa Modpræstation, men forinden er Løftet uden Betydning.

Her berøre vi et Forhold nær beslægtet med Nutidens »executed consideration« og ville da søge at gjøre os klart, hvori Grunden laa til, at den ældre Ret i disse og netop ogsaa kun i disse Tilfælde anerkjendte Løftet som gyldigt.

Man finder undertiden Forsøg gjort paa at forklare dette som en rent processuel Bevisregel ¹⁾: Det var, fordi Vidnerne overhovedet efter den ældre Rets Regel kun kunde vidne om Fakta, som de havde personlig Kundskab om, og fordi det oprindelige Forhold, hvori de anvendtes, var et saadant, hvor der havde fundet en Levering af Ejendom Sted, altsaa et Tilfælde af »quid pro quo«, at man kom til at overføre denne Regel paa alle Tilfælde, hvor en Gjæld skulde bevises ved Vidner.

Det synes imidlertid klart, at denne Forklaring ikke kan være tilstrækkelig. Den anførte Regel om Vidnebevis fører i sig selv kun til at kræve, at Vidnerne umiddelbart skulle have iagttaget de efter den gjældende Ret afgjørende Kjendsgæringer, for at deres Vidnesbyrd skal kunne faa Betydning. Men den

¹⁾ saaledes navnlig Holmes l. c. S 258—259.

kan ikke vise noget om, hvilke Kjendsgærninger der i saa Henseende i en given Retstilstand skulle anses for afgjørende. Var f. Ex. det blotte Løfte af Retsordenen anerkjendt som forbindende, maatte det være tilstrækkeligt, at de kunde bevidne dettes Afgivelse af egen personlig Erfaring. Naar da Retsordenen ikke nøjes med et Vidnesbyrd herom, men desforuden kræver bevist, at der er ydet noget for Løftet, viser dette altsaa kun, at den ogsaa tillægger dette sidste Moment Betydning, men hvorfor den gør det, er ikke dermed sagt. Det er her som saa ofte, at den tilsyneladende rent processuelle Regel kun kan anses som det ydre Udtryk for en indre real Betragtning, og vi skyldte altsaa stadig Svar paa Spørgsmaalet: Hvilket materielt Hensyn kan antages at have motiveret den Regel, at Løftet netop kun ansaas for bindende, forsaavidt »quid pro quo« havde fundet Sted?

Et Svar herpaa ligger nær: Ved at yde noget uden at faa det, som den andens Løfte har givet ham Forventning om, til Gjengjæld, vilde han lide et Tab, som netop afværges ved at erklære Modtagerens Løfte for retlig bindende. — At nu dette Hensyn har spillet en vigtig Rolle, skal ikke nægtes. Men ikke desto mindre indeholder det næppe den fulde Forklaring. Udsigten til Tab kan i og for sig kun føre til, at dette saavidt muligt afværges eller oprettes. Det vil altsaa sige, at man giver den, der har ydet noget i Tillid til den andens Løfte, Ret til, forsaavidt dette ikke opfyldes, at forlange det ydede tilbage og Godtgjørelse for andet Tab, som den andens Afgivelse af Løftet maatte have medført for ham. Med andre Ord, dette Synspunkt vilde i og for sig, med en fra Nutidens Kontraktsret hentet Terminologi, kun kunne føre til at tillægge ham et Krav paa den »negative Kontraktsinteresse«, derimod ikke til yderligere at hjemle en Fordring paa at blive stillet, som om det afgivne Løfte virkelig var blevet opfyldt.

Under primitive Forhold vil vel Forskjellen ikke være af synderlig praktisk Betydning. Under disse finder der ikke større Fluktuationer af Priserne Sted, Omsætningshandlerne foretages nærmest kun med Hensyn til Ting, der have en fast objektivt ansættelig Markedspris, og Retten ser med skæve Øjne paa Transaktioner, der kunde mistænkes for at have Karakteren af Spekulation. Under saadanne Tilstande vil Sætningen »quid pro quo« fremtræde med Karakteren af et Løfte om noget til Gjengjæld for en Præstation, der objektivt lader sig ansætte til samme Værdi, og Modsætningen mellem det Tab, Ejeren lider

ved at miste sin egen Ting, eller ved ikke at faa den Ting, der var lovet ham til Gjengjæld, vil saaledes ikke let komme til at spille nogen større Rolle.

Men under rigere udviklede Omsætningsforhold kan Fordringen om en saadan objektiv Værdilighed umulig fastholdes. Priserne variere ikke blot ifølge mere almindelige objektive Hensyn efter Forholdet mellem Tilbud og Efterspørgsel, men ogsaa efter individuelle Forhold hos de kontraherende Parter. Herefter kan det være nødvendigt at yde noget, der objektivt synes af større Værdi, til Gjengjæld for noget tilsyneladende mindre værdifuldt.

Dette fører for det første til en Slappelse i Fordringen »quid pro quo«, der ikke længere kan opretholdes som et Krav om absolut objektiv Lighed af Værdi mellem Løftet og den Præstation, til hvis Erhvervelse det afgives. Men det samme Hensyn fører da videre til ogsaa ved Udmaalingen af, hvad der skal tilsvares, naar Løftet ikke opfyldes, at lægge til Grund, ikke den Skade, som den først ydende kan konstateres at have lidt ved at levere Tingen, men den Fordel, som han vilde have opnaaet, forsaavidt Modtagerens Løfte var gaaet i Opfyldelse. Lovgiverens Tanke ved overhovedet at anerkjende Omsætningsretshandlerne som gyldige er jo derved at give Folk Lejlighed til at forskaffe sig, hvad de have Brug for, men dette vil efter Forudsætningen i mange Tilfælde kun kunne opnaas ved, at deres Løfter om noget tilsyneladende mere værdifuldt anerkjendes som retlig gyldige, o: at Løftemodtageren, hvor de ikke holdes, bliver stillet, som om de vare gaaede i Opfyldelse. Denne Betragtning passer selvfølgelig kun, hvor Løftet i det enkelte Tilfælde virkelig kan antages at være afgivet netop for at opnaa det modtagne Gode. Ellers er det en i Retsordenens Øjne økonomisk unyttig Disposition, som den ialtfald kun under ganske særlige Betingelser vil tillægge Gyldighed. Men er denne Forudsætning i Orden, faar den Skade, som Løftemodtageren har lidt ved at erlægge sin Præstation, ikke blot Betydning som isoleret Moment, men tillige som motiverende Grundlag for den andens Løfte og forlener derved dette efter dets Indhold med retlig forbindende Kraft.

Saaledes finder det, at selve Løftet i Tilfældet »quid pro quo« anerkjendes som gyldigt, sin naturlige Forklaring. At Anerkjendelsen ogsaa omvendt indskrænkes til disse Tilfælde, hvor en Realpræstation havde fundet Sted, vil finde sin rimelige Begrundelse i Omsætningsforholdenes ikke fuldt udviklede

Karakter. Foruden at den Skade, som en Person lider ved at afgive et Løfte, som han ikke behøver at opfylde, medmindre den anden Part holder sit, i mange Tilfælde vil være temmelig minimal, kommer dertil, at den Usikkerhed, som netop særlig under primitive Retstilstande vil klæbe ved det blotte Løfte, gjør det uegnet til at fungere som Ombytningsgjenstand. Ogsaa kan anføres de ovenfor under det romerretlige Afsnit¹⁾ nærmere berørte Vanskeligheder ved Bestemmelsen af det indbyrdes Forhold mellem de to Løfter. Herved skal dog ikke nærmere dvæles, da dette historiske Forhold næppe vil kunne bidrage i synderlig Grad til Belysning af den moderne Retstilstand, hvor det er givet, at denne Begrænsning er bortfaldet.

Udviklingen ved »assumpsit« frembyder et træffende Billede af den Sammenblanding af Kontrakts- og Retsbrudsynspunktet, der kjendetegner den primitive Formueret²⁾.

De første Exempler, der kjendes paa »assumpsit«, have Hensyn til Tilfælde, hvor nogen har paataget sig at bevare eller transportere en Ting eller at udføre et andet Arbejde for en anden og da, efter at have faaet Tingen i sin Besiddelse eller have begyndt paa Foretagendet, tilføjer den anden Skade ved at tilsidesætte sin Pligt til at vise skyldig Omhu. De behandles som »quasi-trespases« og maa ogsaa siges at frembyde væsentlige Ligheder med det Forhold, hvor den almindelige Retsbrudsklage »trespass on the case« finder Anvendelse. Aldeles uafhængig af noget Løfte derom maa nemlig selve den Situation, at man er kommet i Besiddelse af en andens Ting, eller er skredet til at foretage noget med Hensyn til en andens Ejendom eller Person, siges at medføre en vis Pligt til at vise Omhu, og Tilsidesættelse af den kan da med Føje betragtes som Retsbrud.

Medførte saaledes disse Tilfældes nøje Sammenhæng med »trespass«-Forholdet en tidligere Anerkjendelse af denne formentlige Løfteforpligtelse end ved andre Løfter, var den dog tillige Skyld i visse særlige Indskrænkninger. Disse gik i tredobbelt Retning: 1) Kunde Kravet ligesom ved det almindelige »trespass«-Tilfælde kun gjøres gjældende for fysisk Skade, tilføjet paa Person eller Ting, — 2) kunde det kun finde Anvendelse i Tilfælde af egentlig »miffeasance«, derimod ikke af blot »non-feasance«, og endelig 3) kunde det kun have Hensyn

¹⁾ S. 18 ff.

²⁾ jfr. ovenfor under det romerretlige Afsnit S. 21—22, 40 ff.

til de af selve Situationen udspringende almindelige Pligter, derimod ikke til en paa særlig kontraktsmæssig Vedtagelse hvilende Udvidelse af disse.

Den første Indskrænkning kom man udover ved at tage sin Tilflugt til en anden Retsbrudsklage, den saakaldte »action of deceit on the case«. Denne var nemlig i sig selv anvendelig overalt, hvor en Person havde lidt Skade ved en andens Svig, og overførtes da ogsaa paa de Tilfælde, hvor en Klager havde lidt Skade ved at handle i Tillid til Indstævntes Løfte, ligegyldigt iøvrigt, af hvad Art denne Skade var.

Fra først af fastholdes dog ogsaa her den Begrænsning, at Skaden maa skyldes en »misfeasance«, ikke en blot »non-feasance«. Men man kunde ikke længe lukke Øjnene for den Kjendsgærning, at Skade lige saa vel kunde være sket ved at stole paa et Løfte fra den andens Side, paa hvis Opfyldelse denne slet ikke havde indladt sig. Det synes da naturligt ogsaa at give Godtgjørelse for denne Skade, som jo ogsaa med en vis Ret kunde siges foraarsaget ved den andens Svig, nemlig bestaaende i at love noget, som han ikke holder, og det varede da heller ikke længe, før Udviklingen tog dette videre Skridt fremad.

Det maa imidlertid vel mærkes, at det ifølge Kravets Udspring var Skadesynspunktet, der var det afgjørende. Det er altsaa herefter den Skade, som Klageren kan oplyse at have lidt ved at stole paa den andens ikke redelig holdte Løfte, der maa danne Maalestokken for Kravet, ikke derimod den Fordel, han vilde have opnaaet, hvis Løftet var gaaet i Opfyldelse. I Begyndelsen traadte maaske heller ikke ved *assumpsit* denne Forskjel saa skarpt frem, idet i mange Tilfælde, hvor der er Tale om Udførelse af et Arbejde for en anden, den Skade, der lides ved, at Arbejdet ikke som lovet udføres, vil falde sammen med det Beløb, der vilde stille Løftemodtageren, som om Arbejdet virkelig var blevet udført.

Efterhaanden som imidlertid »*assumpsit*« udvides, saaledes at det tilsidst helt opsluger »debt«-Forholdet, idet det bringes til Anvendelse overalt, hvor nogen har paataget sig at give noget til en anden eller at gjøre noget for ham, dukker Opfyldelsesinteressen som selvstændigt Synspunkt frem og bidrager til Udformelsen af Kravets rent kontraktsmæssige Karakter. Men da bliver det ogsaa kun naturligt at overføre den Tanke, som laa til Grund for Fordringen om »*quid pro quo*« ved den gamle

»debt«-Kontrakt, ogsaa paa dette nyere kontraktsmæssige Forhold.

Om hvorvidt en direkte Overførelse af Reglen fra »debt« til »assumpsit« i Virkeligheden har fundet Sted, hersker der betydelig Tvivl.

Medens nogle ¹⁾ ubetinget tage Ordet herfor, have andre ²⁾ lige saa bestemt bestridt den faktiske Kontinuitet, eller dog stillet sig tvivlende overfor den ³⁾. Hvis man nægter Sammenhængen paa dette Punkt mellem »debt« og »assumpsit«, bliver Spørgsmaalet da videre, hvorledes »Considerations«theorien kan antages opstaaet indenfor det sidste. Medens nogle her holde paa en selvstændig Udvikling af cons. i dets Betydning af »detriment« for Klageren som staaende i Forbindelse med Assumpsitklagens oprindelige »tortious character« ⁴⁾, gisne andre, som Pollock, paa en Overførelse af de i Chancery. Retten udviklede Regler om »Uses« og indrømme i Forbindelse dermed Plausibiliteten af en vis Konnexion med den romerske »causa«. Endelig har Salmond bestemt taget Ordet for en umiddelbar Overførelse af den romerske Ret i den Skikkelse, hvori den havde udviklet sig i »jus canonicum«, paa denne nyere Kontraktsform, medens Considerationsdoctrinen efter ham hverken kan betragtes som en logisk Udvikling indenfor assumpsit-Actionen selv, eller anses som Resultat af en historisk Udvikling fra det gamle »quid pro quo« i debt til »cons.« i assumpsit.

Sandheden lader sig vistnok kun komme nær ved en Forening af de divergerende Synspunkter. At den Skabning i Retning af Nutidens »executed consideration«, der efterhaanden havde udviklet sig under Formen »quid pro quo« indenfor debt-Kontrakten, pludselig skulde være gaaet helt til Grunde uden at efterlade mindste Spor paa den senere Udvikling, maa siges i høj Grad at have Formodningen imod sig. Det er langt sandsynligere at antage, at Assumpsitforholdet, dengang det absorberede debt, samtidig har optaget visse af dettes Bestanddele som organisk Element i sig. Men samtidig maa det indrømmes, at cons. navnlig i sin oprindelige Form ved assumpsit frembyder saa betydelige Modifikationer

¹⁾ som Holmes og Jènks. ²⁾ som Salmond. ³⁾ Pollock l. c.

⁴⁾ saaledes f. Ex. Ames, hvis Afhandling i »Harvard Law Review« Forf. dog ikke har haft Lejlighed til at stifte direkte Bekjendtskab med.

fra det gamle »quid pro quo«, at man skylder en Forklaring for dem. Denne lader sig vistnok kun finde i Indflydelser fra forskjellige Kanter. At saaledes Assumpsitforholdets egen oprindelige Retsbruds karakter maa antages herved at have været af en vis Betydning, ville de foregaaende Udviklinger vistnok tilstrækkelig have vist. Men en medbestemmende Indvirkning fra beslægtede Forhold som Considerationsinstitutet ved »Uses« lader sig sikkert heller ikke nægte. Hvad enten det nu maatte være sket mere indirekte herigjennem eller ved en mere umiddelbar Indførelse i den engelske Kontraktsret, taler en ikke ringe Sandsynlighed for, at de romersk-kanoniske Regler ihvertfald paa dette Punkt have spillet en Rolle, navnlig naar man betænker, at Kanslerne i hele den ældre Tid næsten uvægerlig var Gejstlige, som da naturlig anvendte de Regler, de var fortrolige med.

De Modifikationer, der som lige ovenfor berørt fandt Sted i Considerationsdoctrinen ved dens Overførelse paa Assumpsitforholdet, skulle finde en lidt nærmere Omtale i en senere Paragraf. Her skal kun nævnes ét vigtigt Udslag af dem: at man ikke længere krævede Realpræstation fra Kreditors Side som nødvendigt Grundlag for hans Løfte, men anerkjendte et Løfte om Modydelse for tilstrækkeligt.

Hermed er aabenbart det rene Skadesynspunkt gankse forladt. Den Skade, man kan siges at lide ved Afgivelsen af et Løfte, som man ikke behøver at opfylde, medmindre den anden ogsaa opfylder sit, vil nemlig, som allerede tidligere berørt, i de fleste Tilfælde være meget ubetydelig og vanskelig at konstatere. Naar man da ikke desto mindre anerkjender et saadant »detriment« som tilstrækkeligt til at bære et Løfte fra den anden Side om en maaske aabenbart langt større Værdi, kan det kun være, fordi man har ophørt at betragte Skaden isoleret, men derimod er naaet til Opfattelsen af den som organisk Element i Kontraktsforholdet ved den Rolle, den spiller som »inducement« til den andens Løfte. Fordi Retsordenen ikke tør nægte Muligheden af, at den ved Løftet skete Indskrænkning i en Persons Handlefrihed kan have været et økonomisk fornuftigt Motiv for Paatagelsen af en Forpligtelse fra den andens Side til at yde noget, der objektivt synes af større Værdi, tillægges der denne Forpligtelse retlig Virkning efter dens Indhold.

Den samme Betragtning, der saaledes gjælder om Paatagelse af Pligter overhovedet, maa da selvfølgelig ogsaa

finde Anvendelse paa den ved et Løfte skete Udvidelse af den almindelige lovbestemte Pligt til at tage vare paa andres Gods, som man er sat i Besiddelse af. Den med Forholdets oprindelig »trespass«-agtige Karakter hidførte tredje Indskrænkning, som næppe heller »deceit«-Synspunktet var helt istand til at afhjælpe, er hermed fjærnet. Et Løfte om at vise særlig Omhu ved Forvaringen af en Ting maa som alle andre Løfter erkjendes for retlig bindende, naar, men ogsaa kun forsaavidt som der foreligger en »executed« eller »executory« cons. derfor ∴ forsaavidt der af Løftemodtageren kan siges at være lidt noget »detriment« som »inducement« til den andens Løfte ¹⁾.

§ 25.

Forholdet efter moderne Ret.

Den foregaaende Udvikling har skullet levere en historisk Nøgle til den engelske Rets Regel, at et Løfte ikke anses for bindende, medmindre der paa Kreditors Side foreligger et »detriment«, der har spillet en Rolle som inducement til Debtors Løfte. At ogsaa dette sidste Moment kræves, derom hersker der forøvrigt ingen Tvivl i Nutidens Theori. Den er paa det klareste udtalt f. Ex. af Pollock ²⁾ og Jenks ³⁾ eller med lidt anden Formulering hos Anson ⁴⁾ naar det siges, at

¹⁾ Den foregaaende historiske Fremstilling har vel i det væsentligste støttet sig til Salmond's interessante Udviklinger, men fjærner sig dog fra dem i nogle Punkter. Allerede af det ovenfor i Texten udviklede vil det fremgaa, at Forf. ikke mener ubetinget at kunne slutte sig til det af S. forfægtede historiske Synspunkt, hvorefter den moderne Considerationsdoktrin kun skulde skyldes romerretlig Paavirkning og være ganske uafhængig af Impulser fra beslægtede Instituter i den engelske Ret selv. Fremdeles indeholder Fremstillingen her en noget nærmere Udførelse af den af S. antydede Sondring mellem den »negative Kontraktsinteresse« og »Opfyldelsesinteressen«. Endelig er her gjort et Forsøg paa at give en rationel Forklaring af det af S. som et uforklarligt Faktum opstillede Fænomen, at man paa den ene Side som Aktionsgrundlag kunde nøjes med Oplysning om en vis Skade for Klageren, lidt ved at stole paa den andens Løfte, men dog ved Udmaalingen af Skadeserstatningskravet ikke lagde denne til Grund, men opstillede selve Løftet efter dets Indhold som selvstændig Maalestok.

²⁾ f. Ex. l. c. S. 164, jfr. ogsaa S. 171 Note d, hvor ved Betroelse af Gods netop Mangler i denne Retning erklæres for »the real difficulty«.

³⁾ l. c. S. 28. ⁴⁾ l. c. S. 93.

Løftet skal være gjort »in contemplation of cons.«, eller efter Leake¹⁾ »in order to obtain the cons. from the promisee« eller endelig med Langdell's²⁾ Ord, at cons. skal være »in legal contemplation his sole motive for assuming the obligation«.

Det samme fremgaar endvidere klart af den i Theorien hævdede, men ikke altid i Praxis opretholdte Forskjel mellem »consideration« og en blot »condition«. En Skade for Løftemodtageren kan nemlig være en blot Betingelse, f. Ex., naar der loves en Person noget for det Tilfælde, at han skulde brække sit Ben. Men til cons. bliver »detriment«et først, naar det paatages efter Løftegiverens Anmodning under saadanne Omstændigheder, at det »by the terms of the agreement, is given and accepted as the motive or inducement of the promise«³⁾, eller, som Langdell⁴⁾ udtrykker det, var gjort »in order to procure its performance«.

Den tilsyneladende Undtagelse herfra, som antages at gjælde ved Betroelse af Gods, naar Modtageren her bliver ansvarlig for Mangel paa Omhu ved dets Bevarelse, vil ogsaa have fundet sin Forklaring i den foregaaende historiske Udvikling. I Virkeligheden drejer det sig her om en Pligt, for hvilken det overhovedet slet ikke er nødvendigt at anføre noget Løfte, idet den maa siges at udspringe af selve den objektive Situation.⁵⁾ Denne Omstændighed forklarer, at man for dette Punkts Vedkommende har kunnet blive staaende ved »detriment«et som isoleret Kjendsgæring, uden som ved de egentlige kontraktsmæssige Forhold at naa til Opstillingen af den yderligere Fordring, at det skal have virket som »inducement« til Løftet.

Forøvrigt vil det ses, at ogsaa det sidste Synspunkt med en vis Ret lader sig overføre paa et Løfte, hvorved Modtageren af et vederlagsfrit Depositum anerkjender den ham paahvilende legale Pligt til at vise Omhu. Man kan ganske vist her ikke med Føje sige, at det at faa Tingen i sin Besiddelse har været »inducement« for hans Løfte, men derimod vil man i de fleste Tilfælde udtrykke sig i fuld Overensstemmelse med de virkelige Forhold, naar man siger, at det, at han har Tingen i sin Varetægt, og Tanken om det Pligtforhold, som denne Kjendsgæring i sig selv medfører, har

¹⁾ l. c. S. 526. ²⁾ l. c. S. 59. ³⁾ Holmes l. c. S. 291 ff. ⁴⁾ l. c. S. 84.

⁵⁾ jfr. ovenfor om de romerske benævnte Realkontrakter S. 21—22.

bestemt ham til Afgivelsen af sit Løfte. Hvis den engelske Ret i Almindelighed ansaa Opfyldelsen eller Anerkjendelsen af bestaaende Pligter for tilstrækkelig cons., vilde Forholdet kun kunne betragtes som en Anvendelse af denne Regel. Og det er altsaa egentlig kun, fordi dette, som nærmere nedenfor skal omtales, ikke kan antages at være Tilfældet, at Forholdet til en vis Grad faar Karakteren af en Undtagelse.

Er der imidlertid Tale om Pligter, der gaa udover det ved selve Situationen begrundede legale Pligtforhold, maa, som i Slutn. af forrige § berørt, i et og alt de almindelige Considerationsregler finde Anvendelse. Det maa altsaa forlanges oplyst, at et detriment for Løftemodtageren faktisk har virket som inducement til den andens Løfte. Dette er nu klart, naar han modtager selstændigt Vederlag for at passe paa Tingen. Men der er i og for sig ikke noget i Vejen for, at det Vederlag, der tjener som inducement til Modtagerens Løfte, kan ligge i selve hans Erhvervelse af Besiddelsen over Tingen. For at dette skal kunne antages, maa denne fremtræde ikke blot som en Betingelse for, at han kan udøve Forvaringen af Tingen i den andens Interesse, men som et selvstændigt Gode for ham, hvis Erhvervelse kan antages at have virket som Bestemmelsesgrund for ham til at paatage sig de derfor nødvendige Pligter. Og i saa Henseende maa navnlig den Interesse, som han ifølge hele Transaktionens Karakter maa antages at have i Forholdet, være afgjørende for dettes Behandling.¹⁾ —

Efter at vi saaledes ere naaede til at slaa fast som en saa godt som undtagelsesfri Maxime, at cons. maa have været »inducement« til den andens Løfte, ville vi skride til Undersøgelsen af det næste Karaktermærke, som Theorien tillægger cons.: »Adequacy« kræves ikke, cons.'s Værdi er ligegyldig. Herved synes Værdimomentet altsaa aldeles at være udelukket fra at kunne faa Betydning, men en nærmere Betragtning vil dog vise os, at Sætningen ikke kan forstås saa ubegrænset. Man maa opfatte den paa en saadan Maade, at den ikke kommer i Strid med den lige fastslaaede Maxime

¹⁾ jfr. herved Holmes l. c. S. 295, der dog synes at ville lægge mere Vægt paa Dispositionens formelle Ordlyd end paa denne betragtet blot som et ydre Udtryk for det materielle Mellemværende mellem Parterne, hvilket i Virkeligheden maa være det afgjørende.

om cons.'s Egenskab af »inducement« til Løftet, og heraf følger en vigtig Begrænsning.

Det er nemlig klart, at man ikke med psykologisk Sandhed kan erklære en hvilken som helst nok saa ringe Værdi for inducement til et hvilket som helst Løfte. En vis Forholdsmæssighed mellem de to Ydelser maa nødvendigvis kræves, for at man skal kunne erklære Erhvervelsen af den ene for det afgjørende Motiv til Erlæggelsen af den anden. Det kan vel, som ovenfor udviklet, ikke være nødvendigt, at den Præstation, som han ønskede at erhverve, virkelig ifølge objektiv Værdiansættelse kan konstateres at være af samme Værdi som den anden, men Muligheden for, at den i Erhververens Bevidsthed er fremtraadt med en Værdi, mindst lig med den, som han til Gjengæld opgav, maa med Nødvendighed foreligge, for at man skal kunne tro paa dette psykologiske Kausalitetsforhold. Sætningen om »inadequacy of cons.« maa herefter forstaas saaledes, at man blot ikke af Kreditor forlanger Bevis for, at Præstationen objektivt er lig med Løftet i Værdi, men at dog Muligheden for, at den subjektivt i Debtors Bevidsthed kan have fungeret som Ækvi-valent, maa gjøres antagelig.

Den engelske Theori tør vistnok i det hele siges at være i Overensstemmelse hermed. Selv om der unægtelig af og til hos Forfatterne forekommer Ytringer, der kunde synes at føre videre i Retning af at frakjende Værdimomentet Betydning, frembyde dog de flestes Udviklinger tilstrækkelige Momenter til den anførte Begrænsning, der jo synes at være en nødvendig Konsekvens af cons.'s af dem alle antagne »Inducement«-Karakter.

Saaledes synes hos Pollock¹⁾ allerede Udtalelsen, at det vel ikke kan kræves, at den Part, der modtager cons., har haft »any actual benefit« deraf, men at det dog maa fordres, at cons. gaar ud paa noget, »which in contemplation of law may be of value«, at tyde i denne Retning. Den samme Tanke træder da endnu klarere frem i den lige efter tilføjede nærmere Karakteristik af cons. som »the price, for which the promise of the other is bought«, idet der i Ordet »Pris« naturlig synes at ligge, at Vederlaget, hvis det ikke objektivt er af samme Værdi som det, der kjøbes, dog ihvertfald af

¹⁾ l. c. S. 164.

Sælgeren ifølge hans særlige Forhold kan betragtes som værende af tilsvarende Værdi.

En klar Antydning i samme Retning synes ogsaa at ligge i det ofte fremhævede Karaktermærke ved cons., at den skal kunne siges at være ydet »in exchange for the promise« ¹⁾, og er vistnok ogsaa udtrykt i Anson's ²⁾ Udtalelse, at Debitor maa have »obtained what he desired by means of the promise«.

Det maa herefter erkjendes for fuldt korrekt, naar Pollock ³⁾ resumerer Lovens Regel om cons. paa dette Punkt derhen, at det maa kræves, at »the promisor has got all that he bargained for. The law will be satisfied that there was a real and lawful bargain, but it leaves parties to measure their bargains for themselves«. Det overlades herefter vel til Parterne selv at bestemme Handelerne efter deres individuelle Tarv, men Loven forlanger tilfredsstillende Oplysning om, at der forelaa en virkelig Handel, hvad ikke kan antages, uden forsaavidt hver af Parterne ved den opnaaede noget, som af ham kunde antages at være af en Værdi, der stod i rimeligt Forhold til hans Offer. I dette Tilfælde kan der siges at foreligge en cons., der om end ikke »adequate« dog ialtfald kan siges at være »genuine« ⁴⁾. Men ellers maa cons. betragtes som blot »nominal«, og man maa da ogsaa her tage den paa andre Omraader ⁵⁾ fastholdte Konsekvens, at en saadan cons. betragtes som slet ingen cons. og altsaa ikke kan bære Løftets Gyldighed.

Der gjøres af Holmes ⁶⁾ med Rette opmærksom paa, at til en Fravigelse af det objektive Værdiforhold med Hensyn til en Præstation maa ikke blot en objektiv Usikkerhed med Hensyn til dens Værdi kunne komme i Betragtning, men en subjektiv Usikkerhed, nemlig kun eksisterende i Parternes egne Tanker maa være nok, »the important thing is, not what is objectively true, but what the parties know«.

¹⁾ jfr. f. Ex. Langdell l. c. S. 58, Jenks l. c. S. 3.

²⁾ l. c. S. 75; jfr. ogsaa Schuster i Busch's Archiv Bd. 46 S. 159: »Der Vortheil, den der Promittent erlangt, muss so beschaffen sein, dass es wenigstens denkbar ist, dass Jemand um ihn zu erlangen, ein Versprechen abgiebt«, — kun maa det i saa Henseende tænkelige have Hensyn ikke blot til et eller andet Løfte overhovedet, men netop til det foreliggende Løfte med dets konkrete Indhold. ³⁾ l. c. S. 172. ⁴⁾ Jenks l. c. S. 13 ff. ⁵⁾ jfr. f. Ex. Leake l. c. S. 534. ⁶⁾ l. c. S. 304.

Det maa imidlertid tilføjes, at selv om der slet ikke kan siges at herske nogensomhelst Uvished i saa Henseende, vil en særlig stor Interesse hos Løftgiveren i Tingens Erhvervelse kunne indeholde et fornuftigt Motiv, som Retten derfor maa respektere, til at love noget mere end Tingens almindelige Værdi for at faa den. —

Naar foreløbig bortses fra den maaske i enkelte Punkter noget anomale Ordning, der gjælder med Hensyn til Kontraktens Ophævelse, og saaledes udelukkende selve Kontraktsstiftelsen haves for Øje, maa det Standpunkt, Praxis indtager, vel maaske siges ikke at være helt klart, men der vil dog næppe let lade sig paavise Afgjørelser, der slet ikke skulde lade sig forene med de i det foregaaende hævdede Synspunkter. Og der forekommer ofte i Domstoleafgjørelserne Udtalelser, der bestemt tyde i samme Retning. Naar saaledes en Dom¹⁾ erklærer Løftet for gyldigt, naar det er sket i Henhold til »any consideration, which could be valuable«, lader dette sig sikkert ikke forstaa, som om ganske in abstracto hvilket-somhelst eventuelt Vederlag skulde anses for tilstrækkelig cons. for hvilket-somhelst Løfte, men det maa antages at skulle betragtes i Relation til det sidste, saaledes at Meningen netop er at sige, at enhver Modpræstation, med Hensyn til hvilken man maa anerkjende Muligheden for, at det for Løftgiveren har kunnet spille en Rolle som formentlig Valuta for hans Løfte, og som da virkelig ogsaa i Henhold til den almindelige Theori maa antages at have fungeret som »inducement« dertil, skal tages for en gyldig cons. Om denne nemlig slet ingen Værdi kunde antages at have, eller kun en Værdi saa urimelig lille i Forhold til det til Gjengjæld lovede, at det praktisk set maa anses lig ingen, synes umulig at kunne gjøre nogen Forskjel. Og denne Forstaaelse finder en betydelig Støtte i det lige følgende, hvor Vægten netop lægges paa, at »the defendant obtained what he desired by means of that promise«. En Dom fra den nyere Tid²⁾ antyder ogsaa klart den samme Tanke, naar det i denne af Blackburn udtales: »the adequacy of the consideration is for the parties to consider at the time of making the agreement, not for the Court when it is sought to be enforced«. Kun, hvor Handelen efter hele sin Karakter aabner Muligheden for, at dens Vederlagsbestemmelser kunne anses for Udslag af en Overvejelse af

¹⁾ 10 Adolphus & Ellis' Reports S. 320. ²⁾ L. R. 9 Q. B. S. 55.

Parterne, ifølge hvilken disse kunne antages at have fundet deres Interesse fyldestgjort derved, passer jo nemlig denne Betragtning.

En celeber Sag ¹⁾ fra den nyeste Tid kunde dog maaske vække Tvivl om det her hævdede Synspunkts Berettigelse.

Den drejede sig om et Avertissement indrykket i »Pall Mall Gazette«, hvorved en »Carbolic Smoke Ball« udbødes til Salg som Middel mod Influenza og lignende Sygdomme, og som indledes med et Løfte om 100 £'s Belønning til enhver, der paadrog sig en af disse Sygdomme efter at have brugt Apparatet tre Gange daglig i to Uger overensstemmende med den medfølgende Brugsanvisning. En Dame, der havde kjøbt Apparatet, men, skjønt hun samvittighedsfuldt havde holdt sig de givne Forskrifter efterrettelig, dog blev angrebet af Influenza under Brugen af det, anlagde Sag mod Selskabet til Opnaaelse af den lovede Belønning, og hendes Krav blev anerkjendt. Ved Afgjørelsen er der vel af alle Dommerne ogsaa fremhævet den indirekte Fordel, som Sælgeren kunde vente sig af Apparatets Brug, idet denne maatte antages at ville fremme Salget af det, og dette Moment er endogsaa af en af Dommerne kaldt »the more important«. Men det forudsættes dog samtidig bestemt, at den blotte »trouble« eller »inconvenience, not to say a detriment«, som det maatte siges at være for Klageren at bruge »the smoke ball«, aldeles uafhængig af nogen deraf flydende Fordel for Sælgeren, i sig selv maatte være tilstrækkelig til at begrunde Kravet.

Ved nærmere Undersøgelse vil det imidlertid vise sig, at dette Tilfælde frembyder saa mange individuelle Ejendommeligheder, at der næppe kan tillægges det Konsekvenser udenfor Tilfælde ganske analoge med det specielle Forhold, som derved har fundet sin Afgjørelse.

Der kan for det første rejses grundet Tvivl, om der overhovedet bør tillægges et saadant Reklame-Avertissement Karakteren af et alvorligt bindende Løfte. Om imidlertid de naturlige Betingelser herfor i dette Tilfælde kunde siges at foreligge, skal her ikke i sin Almindelighed undersøges. Der skal kun gøres opmærksom paa, at herved naturlig ogsaa det Moment, at en Person ved det er forledt til at paadrage sig Udgifter og Ubehageligheder, vil kunne blive af en vis

¹⁾ Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company. L. R. 1893. 1 Q. B. D. S. 256 - 275.

Betydning. Aldeles uafhængig af det tekniske Considerations-Synspunkt, altsaa selv om Retsordenen principielt anerkjendte det blotte Løfte i sig selv som bindende, vilde man i saadanne Tvivlstilfælde ikke godt kunne undlade at tage et saadant Moment i Betragtning. Ikke blot viser Personen derved, at han ihvertfald har taget Løftet alvorligt, men han har ogsaa derved gjort sig til Gjenstand for Ulemper, som der ikke let paa anden Maade vil kunne skaffes ham Godtgjørelse for. Under de Vanskeligheder, der ville gjøre sig gjældende ved Ansættelsen af en saadan Skade i Penge, kan da en Del tale for at tage sin Tilflugt til den skyldige Persons eget Tilsagn, som han frivillig har afgivet, og derved netop forledt den anden til at handle i Tillid til.

Men selv bortset fra saadanne særlige Betragtninger, gjør der sig mange Ejendommeligheder gjældende ved Tilfældet. »Detriment«et som saadant erklæres for tilstrækkelig cons. Skal dette tages alvorligt, maa Løftet opretholdes som bindende, selv om alle andre Momenter, der kunde tænkes at virke i Retning af den almindelige cons., var fjærnedede, naar blot dette, det formentlig ene væsentlige, blev bevaret. Lad os da prøve at lave lidt om paa Tilfældet og se, om dette holder Stik.

Man tænke sig f. Ex., at Løftet i Stedet for som her at være rettet til en ubestemt Flerhed var afgivet paa almindelig Maade til en enkelt Person, som Fabrikanten derved vilde bevæge til at købe Tingen. Vilde man da føle sig lige saa sikker paa, at Tilsagnet kunde opfattes som et retlig forpligtende Løfte? Det vilde man utvivlsomt i Almindelighed ikke, medmindre der kom andre særlige Momenter til, f. Ex., at det af Forholdet fremgik, at Fabrikanten havde haft en særlig Interesse i at faa Apparatet prøvet, og dette maaske var af en saadan farlig Art, at det, hvis det ikke virkede som forønsket, endogsaa kunde have betydelige skadelige Følger, saa at det kunde være rimeligt at tilbyde Udsigten til et saa stort Beløb for den Risico, Modtageren løb. Og dog synes hans »inconvenience« og »trouble«, selv om disse Momenter mangle, at være ganske den samme som i det ved Dommen afgjorte Tilfælde!

Eller lad os tænke os et andet Forhold. En Mand, besjælet af Iver for at befri sine Medmennesker for en af Nutidens mest hærgende Sygdomme, har tilsidst set sine Bestræbelser kronede med Held. Han mener at have fundet et

ganske ufejlbarligt Middel, som han nu, da han slet ikke har tænkt at gjøre sig nogen pekuniær Fordel deraf, udbyder gratis til Almenheden. Men da han vød, at Nutiden er skeptisk, tilføjer han et Løfte om en høj Pengebelønning, hvis Midlet mod Forventning ikke skulde have den tilsigtede Virkning, for paa den Maade at lokke Folk til at sørge for deres efter hans Mening sande Tarv. Vilde man let lade sig bekvemme til retlig Haandhævelse af et saadant Løfte? Og det er dog indlysende, at Modtagerens Géne er ganske den samme, som hvis han havde kjøbt Apparatet. Man kan endogsaa her med fuld Sandhed hævde, at det netop var selve Ønsket om, at Folk skulde bruge Apparatet og underkaste sig den dermed forbundne Ulempe, der havde fremkaldt hans Løfte, men om det samme kan siges i det ved Dommen afgjorte Tilfælde, er meget tvivlsomt.

Dette lader sig kun med en vis Berettigelse paastaa, forsaavidt man tænker paa en saadan Brugs Virkning til at befordre det videre Salg af Apparatet, men naar man, som Dommerne i denne Sag, mener helt at kunne slaa en Streg over dette Moment og altsaa betragter Brugen i sig selv ganske isoleret, vil det være en ren Fiktion, hvis man dog vilde sige, at det var Ønsket om denne Brug, der havde bevæget til Afgivelsen af Løftet. Om Folk bruger Apparatet, eller ikke, er ham i Virkeligheden ganske ligegyldigt; han ønsker kun, at de skal kjøbe det.

Med andre Ord: Modtagerens »inconvenience« mangler det Karaktermærke, som ellers alle ere enige om at fastholde hos cons., nemlig at være »inducement« til Løftet. Den saakaldte cons. er derfor i Virkeligheden kun en simpel »condition«. Den er Betingelsen for, at den til Almenheden rettede »floating contract« kan gjøres gjældende af et enkelt af dens Medlemmer.¹⁾

Men en cons. maa selvfølgelig dette som alle andre Løfter have, og i det foregaaende vil da ogsaa være givet Momenterne til dens Bestemmelse. Den maa søges i noget, der foreligger i Domstilfældet, men som enten slet ikke, eller dog ikke i samme Grad kommer frem i de to overfor dette stillede Tilfælde. Dette var altsaa ikke Ulejligheden og Ulempen for Modtageren, men er derimod den pekuniære Fordel, som Sælgeren venter sig, at et saadant Reklameløfte ved sin Evne til at

¹⁾ jfr. herved Pollock l. c. S. 20—21.

lokke Publikum til at købe hans Ting skal bringe ham, og som han mener rigelig vil opveje den Risico, han derved løber. Han vil maaske derved være gaaet ud fra en virkelig fast Tro paa sit Middels Ufejlbarhed, han kan ihvertfald have haabet paa, at ikke let nogen vilde fatte den — som det viste sig — udmærkede Idé at anlægge Sag imod ham, eller at Domstolene da vilde vægre sig ved at yde deres Hjælp til Fremtvingselsen af et saadant Løfte. Om han i disse Beregninger har været fornuftig eller ikke, er et Spørgsmaal, som Domstolene heller ikke her ville give sig til nærmere Under søgelse af. Det er ogsaa her tilstrækkeligt til at bære Løftet, at der foreligger noget, som i Løftegiverens Bevidsthed kan have spillet Rolle som tilstrækkeligt Ækvivalent.

Vil man derfor ikke paa Grund af de mange ejendomme lige individuelle Momenter, Tilfældet frembyder, anse det for udelukket fra at medføre Konsekvenser for den almindelige Considerationsdoktrin, kan det ihvertfald næppe vise mere end at »consideration« ligesom »causa« i romersk Ret undertiden, som tidligere anført, i Praxis forekommer anvendt i en videre Betydning, saa at det omfatter ikke blot det ydre Udtryk for Skyldnerens Vederlagsforudsætning, men enhver for Forholdet afgjørende Betingelse. Men at denne Usikkerhed i Terminologien ogsaa skulde medføre praktiske Konsekvenser, saa at man rent abstraherede fra Vederlagsforudsætningen og tillagde noget, der efter almindelige Regler kun vilde være en »condition«, tilstrækkelig Evne til i sig selv at bære Løftet, uden at der var oplyst noget, der kunde antages at have fungeret som »consideration« i snævrere og egentlig Forstand, frembyder Tilfældet næppe tilstrækkeligt Holdepunkt for at antage.

§ 26. (Fortsættelse).

Ophævelse af Kontrakter.

De mulige Anomalier, der maatte gjøre sig gjældende ved Ophævelse, »discharge of contracts«, blev før foreløbig ladte ude af Betragtning. Det er jo nemlig overhovedet af flere Forfattere anset for en Udvidelse udover deres naturlige Øjemed, naar man overfører de for Kontraktsstiftelsen gjældende Regler ogsaa paa Ophævelsen af Kontrakter.

Heri er der nu ihvertfald saa meget rigtigt, at man ikke uden videre, som andre Forff. gjør, kan stille de to Tilfælde i

Klasse med hinanden. Der er nemlig den Forskjel mellem dem, at medens en almindelig Kontrakt er rettet paa Fremtiden og først i den skal have sin Virkning, indtræder derimod hele den ved Ophævelsen tilsigtede Virkning umiddelbart ved selve Erklæringens Afgivelse, uden at nogen Del af Fuldbyrdelsen er forbeholdt Fremtiden, saa at Forholdet forsaavidt snarere lader sig stille i Klasse med en fuldbyrdet tinglig Overdragelse. Og denne Forskjel maa ogsaa blive af Betydning ved Considerationssynpunktets Anvendelse paa de forskjellige Tilfælde.

Til Grund for Reglen om, at et Løfte, der ikke er afgivet i Form af »deed«, kræver en cons. som dets inducement, maa nemlig antages at ligge forskjellige reale Betragtninger.¹⁾ For det første vil det, naar man har Modtageren af et Løfte for Øje, ofte med en vis Ret kunne siges, at den blotte ved Løftet udtalte Hensigt til at være bundet i sig selv ikke ubetinget kan anses for tilstrækkeligt Grundlag for Retshaandhævelse. Der vil maaske vel derved kunne være begrundet en moralsk Forpligtelse, men for at Retten i den Anledning skal sætte sig i Bevægelse, kan det være naturligt yderligere at kræve, at Løftemodtageren kan oplyse en Skade, et »detriment«, som han har lidt ved at handle i Tillid til den andens Løfte. Først da foreligger der et objektivt Moment, som Retten kan holde sig til; den forinden muligvis begrundede vage Forventning om at erhverve noget er altfor ubestemt til at egne sig til Haandhævelse ved objektive Retsregler.

Mehi dernæst er der Hensynet til Løftegiveren. Har den fra ham foreliggende Udtalelse været blot en løs Bemærkning, eller har den virkelig været et endeligt Løfte afgivet med alvorlig forpligtende Hensigt? Det er klart, at den Tvivl, som ofte naturlig vil kunne opstaa i saa Henseende, vil svinde betydelig, naar enten Erklæringen foreligger i en vis højtidelig Form, eller der oplyses et vist Offer fra Løftemodtagerens Side som et naturligt Motiv for den andens Løfte.

Men ikke blot ved Spørgsmaalet, om han overhovedet har haft nogen Forpligtelsesvilje, men ogsaa med Hensyn til dennes nærmere Indhold og Forudsætninger vil der kunne opstaa Tvivl. Løftet vil sædvanlig af den, der afgav det, være tænkt afhængigt af en Række fremtidige Momenter, der navnlig referere sig til Vederlaget, og det vilde da være

¹⁾ jfr. herved tildels Salmond l. c. S. 200 ff.

ubilligt at tillægge det selvstændig virkende Karakter uden at tage Hensyn til de Forudsætninger, hvoraf det er betinget. Det er netop denne Ubillighed, der afværges ved den engelske Rets Krav til Kreditor, at han altid foruden selve Løftet skal oplyse en Consideration som psykologisk Grundlag derfor.

Maa disse antages at være de væsentligste Betragtninger, der have fremkaldt Considerationsreglen ved Løfter, vil det ses, at de ingeniunde i deres Helhed i samme Grad kunne siges at passe paa Ophævelsen af Kontrakter. Netop paa Grund af Ophævelseserklæringens umiddelbart virkende Kraft i Modsætning til Løftet, der kun er bestemt til engang i Fremtiden at have endelig Virkning, vil det være langt sandsynligere, at Modtageren har foretaget økonomiske Skridt paa Grundlag af den og altsaa vilde lide Skade ved, at den vilkaarlig toges tilbage, selv om Skadens Omfang maaske ikke nøjagtig lader sig gjøre til Gjenstand for objektiv Konstatning, og det vil derfor kunne være naturligt at fritage ham for noget særligt Bevis i saa Henseende. Kun i mere extraordinære Tilfælde, som f. Ex., hvor en Ophævelse efter at være afgivet strax derpaa kaldes tilbage, uden at Debitor endnu kan antages at have haft Tid til at foretage Dispositioner i Tillid til den, kunde noget tale for ogsaa her at forlange særlig Oplysning om en Skyldneren dog derved paadraget Skade som Betingelse for, at han skulde kunne gjøre Erklæringen gjældende.

Den første Hovedbetragtning kan saaledes i det hele ikke siges at finde Anvendelse i samme Grad paa Kontraktens Ophævelse. Det samme gjælder om den sidst anførte Betragtning. Ganske vist vil selvfølgelig ogsaa Kreditor her gaa ud fra forskellige Forudsætninger, specielt Forudsætningen om Vederlag. Men netop fordi hans Erklæring her afføder umiddelbar Virkning, vil han netop ogsaa i Almindelighed paase, at disse Forudsætninger forinden ere gaaede i Orden. Det Hensyn, der bestemte Considerationsreglen ved Løfter, nemlig at Debtors Forpligtelseserklæring meget ofte vil være betinget af fremtidige Forudsætninger, hvorfor det vil være en Uret imod ham ialtfald foreløbig at sløjfe disse og tillægge hans Erklæring Virkning i kunstig Løsrivelse fra dem, gjør sig derfor ikke her med samme Vægt gjældende.¹⁾

Spørgsmaalet bliver i de fleste Tilfælde kun dette: Har

¹⁾ jfr. ovenfor om det romerske »pactum de non petendo« S. 28.

hans Oghævelseserklæring været alvorlig ment. Under den Tvivl, der i saa Henseende ofte vil komme frem, kan det da være ikke helt unaturligt ogsaa her at tage sin Tilflugt til Considerationstheorien, selv om de Hensyn, der for Løfter gjør sig gjældende til Fordel for denne, efter det anførte her ikke helt kunne siges at passe, og i Henhold hertil ogsaa ved »discharge« af Kontrakter at opstille en almindelig Fordring om enten »deed« eller »cons.« som Garanti for Dispositionens alvorlige Karakter, og dette er ihvertfald sket i den engelske Ret.

Som Følge deraf kræves der et nyt særligt detriment for Debitor, for at han skal kunne paaberaabe sig Kreditors Op-hævelse. Denne nye cons. kan dog ikke blot bestaa i et nyt selvstændigt Offer fra Debtors Side, men ogsaa ligge implicate i en Forandring, der samtidig foretages med Hensyn til hans Pligt. Den Maade, hvorpaa dette Synspunkt nærmere gennem-føres, stemmer i sin Helhed fuldstændig med den i det fore-gaaende forfægtede Considerationstheori. Betalingen af en mindre Sum paa en tidligere Dag eller paa en anden Plads end den oprindelig bestemte, Udstedelsen af et negotiabelt Doku-ment i Stedet for en almindelig Fordring og anden datio in solutum erkjendes for tilstrækkelig cons. netop ifølge den ofte i Dommene anførte Betragtning, at en saadan Præstation »might be more beneficial to the plaintiff« end den oprindelig vedtagne, medens man ikke skal undersøge, hvorvidt den virkelig har givet »any actual advantage to creditor«. Det er altsaa netop det i det foregaaende forfægtede Synspunkt af cons. som noget, der ihvertfald for Parten kan have fun-geret som Ækvivalent, selv om det maaske ikke efter almindelig objektiv Maalestok kan siges at være det, Vægten her bestandig lægges paa.

Dog brydes Harmonien heri paa en besynderlig Maade, naar pludselig Erlæggelse af et »peppercorn«¹⁾ o: en Ting, som det er givet kun er af en ren nominal Værdi, erklæres for tilstrækkelig cons. Det er nemlig klart, at Betragtningen af cons. som et muligt Ækvivalent for den, der modtager den, i dette Tilfælde slet ikke passer.

Domme, i det mindste fra den nyere Tid, der for dette Omraade virkelig bestemt kunne siges at have bygget deres praktiske Afgjørelse paa Sætningen om et »peppercorn«'s Til-

¹⁾ jfr. f. Ex. Pollock l. c. S. 177.

strækkelighed, lade sig dog vistnok ikke let paavise, selv om der maatte kunne anføres et enkelt Tilfælde, hvor Udtryksmaaden efter dens umiddelbare Ordlyd maaske nærmest kunde synes at tyde i denne Retning.

I det for dette Spørgsmaal klassiske Tilfælde¹⁾, som vel er af saa gammel Datum som 1602, men som der i en Overhusafgjørelse fra den nyeste Tid er refereret til som det ledende ogsaa for Nutidens Praxis, kan der ikke siges at indeholdes nogen Støtte for »Peppercorn«'s-Doktrinen. Det siges nemlig i denne, at medens Betaling af en mindre Sum end den skyldte paa den vedtagne Forfaldsdag ikke kan anses for tilstrækkelig Fyldestgjørelse, »because it appears to the judges that by no possibility a lesser sum can be a satisfaction for a greater sum«, er derimod »the gift of a horse, a hawk, or robe etc. in satisfaction good«, og der lægges netop til Begrundelse heraf Vægt paa den ofte berørte Betragtning, at disse Ting »might be more beneficial to the plaintiff than the money, in respect of some circumstance, or otherwise the plaintiff would not have accepted of it in satisfaction«. Peberkornet nævnes altsaa her slet ikke, og det er klart, at hele Dommens Begrundelse aldeles ikke passer paa et saadant Tilfælde. Og i de af Pollock paa dette Sted citerede Afgjørelser fra den nyere Tid findes dette Synspunkt i det hele at være opretholdt.

Vil dette nu ikke i sig selv kunne anses for tilstrækkeligt til at betragte Reglen som »overruled« ved den nyere Praxis, hvad vel nok i Mangel af nogen engelsk Autoritet derfor med Rette kan forekomme noget betænkeligt, maa det dog ihvertfald hævdes, at den kommer i en paafaldende Strid med hele den ellers i den engelske Ret fastholdte Ordning af dette Forhold. Det vilde blive ensbetydende med, at man anerkjendte en rent gratis Eftergivelse af en Fordring for gyldig, selv om den var foregaaet formløst, naar blot Kreditor ved særlig at omtale Vederlagsspørgsmaalet og nøjes med i saa Henseende at fastsætte en rent nominal Værdi havde vist en klar Vilje til reelt ikke at forlange noget Vederlag derfor. At en saadan Ordning i sig selv skulde være urimelig, er det selvfølgelig ikke Meninger. at paastaa. Det hævdes kun, at den aldeles ikke lader sig passe ind i det engelske System. Det er nemlig ifølge

¹⁾ »Pinnel's case«. 5 Coke's Reports Nr. 117 til hvilket der henvises i en House of Lord's Dom fra 1884, L. R. 9 App. Ca. S. 605—630.

dette givet, at en Discharge, ledsaget af Betaling af et Beløb, der afviger nok saa lidt fra den oprindelige Sum, aldrig kan anses gyldig, selv om Kreditors Vilje i saa Henseende iøvrigt maatte siges at fremgaa med al forønsket Tydelighed, hvorledes kan da Erlæggelsen af faktisk intet bevirke en gunstigere Stilling for Debitor?

At kontant Betaling af et mindre Beløb aldrig anses for at være tilstrækkelig cons. for Ophævelsen af en Fordring, er saa meget mere paafaldende, som det i mange Tilfælde endog saa meget godt vilde kunne lade sig forene med den almindelige Considerationstheori. Det skyldes nemlig et altfor stivt matematisk Synspunkt, naar man ikke under nogen Omstændighed vil anerkjende kontant Erlæggelse af et noget mindre Beløb som naturligt Vederlag for den fuldstændige Opgivelse af et paa en noget større Sum lydende Krav. Er dette »unliquidated«, indrømmer man da ogsaa Muligheden derfor. Men man kan da ikke undgaa ogsaa at anvende den samme Betragtning paa visse Tilfælde af »liquidated« debt. Det maa nemlig ikke glemmes, at selv et tilsyneladende nok saa likvidt Krav ofte vilde kunne mødes med Indsigelser af forskjellig Art, som Debitor da maaske netop opgiver mod at faa et vist Afslag i Betalingen¹⁾.

Selv bortset herfra vilde det ikke stemme med sund økonomisk Betragtning ubetinget at nægte Kreditor Ret til at opgive Fordringen mod at modtage et noget mindre Beløb end dens oprindelig paalydende. Det maa tvertimod fastholdes, at en saadan delvis Erlæggelse i mange Tilfælde udmærket vel kan fungere som Ækvivalent for den fuldstændige Opgivelse af Kravet, og saaledes fuldtud maa siges at fyldestgøre de almindelige Fordringer til en cons. Med den Usikkerhed for Øje, som Fordringerne ved deres Inddrivelse ofte vise sig at lide af, og de Udgifter, som den processuelle Forfølgning medfører, lader det sig sikkert i mange Tilfælde uden Overdrivelse paastaa, at f. Ex. Betaling af 90 £ maa anses for en meget rimelig Fyldestgørelse af en Fordring paa 100. Andre Momenter kunne komme til og gjøre en saadan Transaktion endnu mere plausibel. Sæt f. Ex., at Debitor staar paa Fallittens Rand, saa at en stricte Haandhævelse af Fordringen vilde bringe ham i Afgrunden, og Kreditor saaledes kun modtage en ringe Dividende, medens

¹⁾ jfr. tildels ovenfor S. 202—203.

maaske den Mulighed, der ved den skete Akkord aabnes Debitor for at komme ud af Vanskelighederne, bevæger hans Venner og Slægtninge til at træde hjælpende til.

I et dissentierende Votum¹⁾ er da ogsaa Blackburn traadt bestemt op imod denne formalistiske Opfattelse og har taget Ordet for en Ordning, der bedre stemmer med Nutidens Forretningslivs Aand og Fornødenheder. —

Endnu skal som en Ejendommelighed, hvori Ophævelseskontraktens særlige Karakter kommer til Udtryk, nævnes, at man, hvor Kravets Forfaldstid er indtraadt, i Almindelighed ikke vil nøjes med blot »executory« cons., men kræver, at cons. skal være virkelig »executed«²⁾. Thi, siges det, »accord executed is satisfaction: accord executory is only substituting one cause of action for another which might go on to any extent«.

At heri nu ligger en rigtig Tanke, skal ikke nægtes. I de fleste Tilfælde vil det netop stemme med naturlig Fortolkning at forstaa et nyt Løfte om Erlæggelse saaledes, at det tidligere ikke skal anses for opgivet, før det nye er virkelig fuldbyrdet. Men dog vil det at lade denne Tanke føre til en ubetinget Regel om, at cons. skal være fuldbyrdet, næppe kunne undgaa ogsaa her at medføre en vis Stivhed. Den Mulighed tør nemlig ikke nægtes, at den blotte Substitution af et Aktionsgrundlag for et andet, hvorved Kravet maaske har faaet en klarere Karakter, efter Omstændighederne af Kreditor kan være anset som tilstrækkeligt Ækvivalent for den af Novationen flydende Udsættelse af Skyldnerens Betalingstid. En saadan Mulighed maa efter det udviklede erkjendes for tilstrækkelig, hvor der er Tale om Stiftelse af Kontrakter. At det samme ikke ogsaa er anerkjendt ved Ophævelsen af dem, giver et nyt Vidnesbyrd om, at det sidste Tilfældes Ejen-

¹⁾ ved den tidligere citerede Dom i L. R. 9 App. Ca. S. 617 ff. — I underlig Strid med denne Doms Resultat staar paa den anden Side Afgjørelsen i Sagen »Taylor v. Manners« (L. R. 1 Ch. S. 48), hvor Debtors Betaling af nogle Arveafgifter for Gjældens Beløb er anset for tilstrækkelig til at bære en Eftergivelse af Gjælden fra Arvingernes Side. Her kan der næppe engang siges at være nogen Mulighed for, at Betaling af dette langt mindre Beløb af Arvingerne kunde være anset for en adækvat Fyldestgjørelse af Fordringen, og Dommen maa derfor siges endogsaa at gaa noget i Retning af »Peppercorn«-Synspunktet.

²⁾ jfr. navnlig Anson l. c. S. 85—86.

dommelighed udelukker Muligheden for at drage en almindelig Slutning fra det ene Forhold til det andet.

§ 27.

Afsluttende Oversigt over Forholdet mellem consideration og causa.

Vi vende igjen tilbage til Kontraktens Stiftelse og ville da tilsidst foretage en sammenlignende Oversigt mellem den engelske »considerations«-Regel og den romanistiske »causa«-Grundsætning.

En Forskjel falder da strax i Øjnene: noget svarende til »causa donandi« rummes ikke indenfor den engelske »consideration«¹⁾. Til denne sidste kræves der altid Oplysning om noget, der kan tænkes at have fungeret som Vederlag; det rent negative Svar paa Vederlagsspørgsmaalet, som der gives ved Gaven, vil derefter umulig kunne være tilstrækkeligt.

I en vis Sammenhæng hermed staa ogsaa en anden Begrænsning i cons. sammenlignet med causa-Begrebet. En bestaaende retlig Forpligtelse er ikke anset for tilstrækkelig cons., hverken for et nyt Løfte fra den forpligtedes Side sigtende til dens Fyldestgjørelse²⁾, eller for et Løfte fra den berettigede for at bevæge den anden til Opfyldelse af hans legale Pligt. Begge Dele skyldes sikkert det strængt juridiske Synspunkt, hvorefter Nybegrundelse af noget, der allerede er retlig begrundet, synes en Umulighed, og Opfyldelsen af en retlig Pligt ikke anses for et nyt selvstændigt Gode. Men herved overses den store faktiske Betydning, som det paa Grund af den ofte herskende Usikkerhed vil kunne være af for begge Parter, ved en Anerkjendelse eller Opfyldelse af Pligten at bringe det retlige Mellemværende til Klarhed eller Afslutning.

Endnu mindre er Fyldestgjørelse af en blot »moral obligation« anset for tilstrækkelig cons. Hvor bindende end Pligten efter Moralens Bud maatte siges at være, vil den i intet Tilfælde være sufficient cons. for et Løfte om dens Opfyldelse. Dog kan det næppe nægtes faktisk at være en Undtagelse

¹⁾ Pollock l. c. S. 693—694.

²⁾ Det vil altsaa sige, at Løftet er uden Virkning, forsaavidt det paa noget Punkt gaar udenfor Grænserne af den allerede i Forvejen begrundede Pligt, jfr. Jenks l. c. S. 70.

herfra, naar man, som tidligere anført, tilsteder Anerkjendelse af almindelig hjemlede Retspligter, som kun ved en positiv Regel for dette særlige Tilfælde ere berøvede deres Retskraft, f. Ex. af præskriberet Gjæld og i ældre Tid (før »The Infants' Relief Act« af 1874) Forpligtelser paadragne af umyndige.

Det maa forøvrigt erindres, at cons. ved sin oprindelige Anvendelse paa »assumpsit« har et betydelig videre Omraade. Saaledes er et Løfte om at gjøre noget, som man allerede er retlig forpligtet til, anset for baaret af tilstrækkelig cons. »Indebitatus assumpsit«¹⁾ betegner netop et hyppig forekommende Tilfælde af Aktionens Anvendelse i den ældre Tid.

Endogsaa en blot »moral obligation« var i visse Tilfælde anset for tilstrækkelig cons., nemlig hvor der forelaa, hvad man kaldte »good« cons., en i Blodet naturlig begrundet Pligt til at hjælpe og understøtte Slægtninge. Men senere bortfaldt »good« cons. som selvstændigt Begreb, og man behandlede dette Tilfælde ganske i Lighed med andre, hvor der forelaa en kun moralsk begrundet Pligt²⁾. —

At cons. maa »move from the promisee to the promisor«, hvoraf Konsekvensen navnlig bliver, at Erhvervelsen af en Ret ifølge Kontrakten for en tredje Person, der ikke har haft noget at gjøre med cons., som Regel er udelukket³⁾, betegner i og for sig ikke nogen Ejendommelighed i Modsætning til den romerretlige Ordning. Ogsaa efter denne var jo i Almindelighed Retshandeler in favorem tertii uden Virkning.

Derimod er der efter den engelske Ret intet i Vejen for, at der ved en Kontrakt kan begrundes Ret for Kreditor, skjønt dens Udøvelse i Virkeligheden kommer en Tredjemand til Gode, og paa dette Punkt antager da Pollock⁴⁾ en Afvigelse fra den romanistiske Ordning. Dette er nu rigtigt nok, forsaavidt man har den ældre romerske Ret for Øje. Efter denne gjaldt det »Alteri stipulari nemo potest«⁵⁾, der netop forstodes saaledes, at en Stipulation til Fordel for en anden ikke engang kunde begrunde nogen Ret for Løftemodtageren selv. Det er fremdeles rigtigt, forsaavidt man som Pollock selv af de moderne romanistiske Retsforfatninger alene fæster Blikket paa den franske Ret. For denne er nemlig ved Code civil's art. 1119 det romerske Stipulationsprincip paa dette Punkt

¹⁾ jfr. fra Romerretten »pactum constituti debiti«.

²⁾ jfr. herved Salmond's Essays S. 192—193.

³⁾ jfr. Pollock S. 199 ff. ⁴⁾ l. c. S. 694. ⁵⁾ l. 38 § 17 D. 45. 1.

ophøjet til Lov. Men for Retsforfatninger som f. Ex. den tyske, for hvilke ikke nogen saadan positiv Ordning er truffet, kan man sikkert lige saa lidt her som ellers ubetinget holde fast ved de gamle stive Stipulationsprinciper i Strid med den med Nutidens Kontraktsaand mere stemmende Ordning, der er kommet til Udtryk ved »contractus bonae fidei«. Ved disse krævede man allerede i Romerretten ikke Oplysning om nogen i Penge ansættelig Interesse for at gjøre Retten gjældende, men en Interesse af hvilkensomhelst Art ansaas for tilstrækkelig. Noget lignende maa da antages for Nutidens Kontrakter. Men det lader sig da ikke nægte, at en Person vil kunne have en paa mange Maader begrundet Interesse i en Ret, der tilsyneladende alene er til Gode for en anden, og det vil da være naturligt at tage selve Kontraktens Indgaaelse som et Moment, der ihvertfald vækker en stærk Formodning om, at han har set en eller anden Interesse fyldestgjort derved¹⁾.

Der bliver saaledes af Ejendommeligheder for cons. i Mod-sætning til causa næppe andre tilbage end dem, der flyde af, at cons. altid maa bestaa i et eller andet, der kan anses for Vederlag, og at Vederlagsbegrebet da videre paa et enkelt Punkt har fundet en særlig Bestemmelse for den engelske Ret, idet Fyldestgjørelse af en bestaaende retskraftig eller moralsk Pligt kun i faa Undtagelsestilfælde er anset for tilstrækkelig.

Men er det rigtigt at betegne cons. som »Vederlag« i en eller anden Form? I de almindelige Definitioner plejer der kun at kræves enten en vis »benefit« for Løftgiveren eller et »detriment« for Løftemodtageren. De fleste²⁾ lægge endogsaa Hovedvægten paa det sidste, og selv de, der som Jenks³⁾ hævde, at en benefit for Debitor uden at være ledsaget af noget, der med Føje kan kaldes et detriment for Kreditor, maa være tilstrækkelig, erkjende at detriment'et i sig selv dog ogsaa maa kunne danne fyldestgjørende cons. Men naar saaledes Skade uden nogen tilsyneladende Fordel for den lovende er tilstrækkelig, hvorledes kan man da have Ret til at betegne cons. som et Slags Vederlag?

For at besvare dette maa vi først skaffe os lidt klarere Begreb om, hvad der egentlig ligger i Sætningen om Kreditors

¹⁾ jfr. Windscheid: Pandekten II. § 316 S. 188.

²⁾ som Pollock l. c. S. 164, og særlig bestemt Salmond: Essays S. 195—196, Wharton: Contracts § 505.

³⁾ l. c. S. 3—4.

detriment som Hovedelementet i cons. Den rummer igjen to Undersætninger: 1) et saadant detriment er tilstrækkeligt, 2) det er nødvendigt, for at der kan foreligge en lovlige cons.

1. Den første vil den foregaaende Udvikling have givet os Bidrag til Forstaaelsen af. Her er paavist den Indskrænkning, som Sætningen maa lide, forsaavidt man skal opretholde den Tilføjelse, der plejer at gjøres til den, at »detriment«et dog maa have spillet en Rolle som »inducement« til den andens Løfte. Heraf følger vel ikke, at man skal fordre Oplysning om, at Løftgiveren virkelig har modtaget objektivt Ækvivalent for sit Løfte, men en Mulighed for, at han selv kan have opfattet det til Gjengjæld modtagne som passende Ækvivalent, maa dog nødvendigvis kræves. Sætningen om detriment'ets Tilstrækkelighed svinder saaledes ind til, at man blot ikke forlanger positiv Oplysning om, at det har været ledsaget af nogen tilsvarende »actual benefit« for Løftgiveren, men Berettigelsen til at opfatte cons. som eventuelt Vederlag bortfalder ikke derfor. Man betegner herefter netop prægnant cons. fra dens funktionelle Side som det Moment, der er »in legal contemplation, his sole motive for assuming the obligation« ¹⁾).

At den her fremsatte Opfattelse af Considerations-Synspunktet ikke befinder sig i nøje Overensstemmelse med Considerationslæren, saaledes som den hyppig formuleres i den engelske Theori, og ikke sjældent ogsaa i Praxis, maa erkjendes. Men ikke desto mindre maa den hævdes, ikke blot at være en næsten nødvendig Konsekvens af den af Theorien saa godt som enstemmig opstillede Fordring om cons.'s Egenskab af inducement for Løftet, men ogsaa at ramme Kjærnen i »Considerationen«, saadan som den idetmindste i det langt overvejende Antal Tilfælde fungerer i det engelske Retsliv.²⁾

¹⁾ Langdell l. c. S. 59, jfr. ogsaa Schuster i Busch' Archiv Bd. 46 S. 129: »Eine Aufopferung welche der Berechtigte erliden, und die dem Verpflichteten keinen Vortheil bringt, ist als Consideration undenkbar.«

²⁾ I en under Mærket F. P. i det af F. Pollock udgivne Tidsskrift »Law Quarterly Review« IX. forfattet Anmeldelse af G. Tarde's »Les Transformations du Droit« forekommer der ogsaa S. 287 en Ytring, der maaske kunde tyde noget i samme Retning: »If, as he maintains, the final reason of the law [sc. of contractual obligation] is something that may be called »équation des valeurs«, then is

Dette bekræftes ogsaa ved en anden Betragtning, der tillige vil yde os den Fordel at give det bagved den her fremsatte Considerations-Opfattelse liggende praktiske Synspunkt et Grundlag, aldeles bortset fra den altid vanskelige nøjagtige Bestemmelse af et juridisk Begreb som cons.

Lad os forudsætte et formløst Løfte f. Ex. om 1000 £ imod en Cons., der aldeles klart i Forhold til dette Løfte maa betragtes som rent nominel, hvorledes vilde de engelske Domstole stille sig overfor et saadant? Vilde de blindt hen opretholde et saadant Løfte, skydende sig ind under, at »the adequacy of cons.« er et Spørgsmaal, der ikke vedkommer dem?

Dette er sikkert meget tvivlsomt. Om de ligefrem vilde sige, at et saadant rent imaginært Vederlag var lig ingen cons. og altsaa bygge deres Tilsidesættelse af Løftet paa »want of cons.«, kan maaske vel omdisputeres. Men hvorledes Præmissenter vilde komme til at lyde, er forsaavidt altid et mere underordnet terminologisk Spørgsmaal, naar først Konklusionen staa fast. Og at denne næsten altid vilde blive et saadant Løftes Ugyldighed, kan der næppe rejses nogen synderlig Tvivl om.

De vilde for det første sikkert betænke sig mere end én Gang, forinden de i et saadant Tilfælde statuerede en virkelig alvorlig Forpligtelseshensigt.¹⁾ Og de vilde være i høj Grad tilbøjelige til at bringe Reglerne om »fraud« og »undue influence« til Anvendelse paa en tilsyneladende Hensigt til at forpligte sig. Men nødtes de ved klar Evidens i saa Henseende til at erkjende Tilstedeværelsen af en ifølge disse Grunde uanfægtelig Forpligtelsesvilje, vilde de dog sikkert ikke gaa med til at behandle et klart rent fiktionsmæssigt Vederlag som et virkeligt, men vilde tvertimod ifølge en naturlig Betragtning af Forholdet stille det i Klasse med slet intet. Konsekvensen vilde altsaa blive, at en saadan Disposition ialtfald delvist maatte behandles som en »voluntary gift«. Men med Hensyn til en saadan er det ellers i engelsk Ret en fast Regel, at den ikke respekteres som bindende, medmindre den enten er faktisk

the Common Law, with its doctrine of Consideration, more philosophical than any other system. English Readers at any rate have no cause to quarrel with this outcome«.

¹⁾ jfr. ogsaa, at i »Carbolic Smoke Ball«-Sagen det reelt mest betydende Tvivlspunkt blev, om en saadan Hensigt under de der foreliggende Omstændigheder kunde antages at have været til Støde.

fuldbyrdet ved »delivery« eller konstateret ved »deed«. Resultatet maatte altsaa ogsaa herefter blive, at det ikke ved »deed« skete Løfte, for hvilket der ikke er oplyst nogen cons., der kan have fungeret som Vederlag, nægtedes retlig Fremtvangelighed. ¹⁾)

Forsaaavidt der alligevel maatte lade sig paaavise noget Tilfælde, hvor man som »consideration« skulde have taget til Takke med et detriment, paa hvilket enhver Mulighed for at anlægge noget Vederlagssynspunkt synes udelukket, vilde dette dog næppe kunne betegnes som en virkelig Undtagelse fra den Regel, at Oplysning om et saadant detriment er utilstrækkelig til at bære Løftet. Man vilde nemlig sikkert desuden kræve særlig Oplysning om, at den lovede Ydelse virkelig for saa vidt var tilsigtet at skulle være vederlagsfri, og det vilde altsaa i Virkeligheden alene være fra det strænge Princip om de donatoriske Dispositioners Formbundenhed, at en vis Afvigelse maatte siges at være gjort, hvor den Skade eller Ubehagelighed, som Løftemodtageren havde paadraget sig, gjorde det særlig billigt at yde ham Beskyttelse. Om at tillægge det »abstrakte« Løfte i sig selv Virkning vilde der altsaa heller ikke under denne Forudsætning være Tale. Ogsaa ifølge den engelske Ordning tages Løftet kun i Betragtning, naar det suppleres med nærmere Oplysning om hele det materielle Mellemværende, der har fremkaldt det, og deraf fremgaaende Svar paa Vederlagsspørgsmaalet. Tvivlen refererer sig alene til det mere formelle Spørgsmaal, i hvilket Omfang denne Ordning lader sig bringe i Forbindelse med det tekniske Considera-

¹⁾ jfr. Langdell l. c. S. 137: »In every purely bilateral contract not under seal the mutual promises are necessarily, in legal contemplation, the full equivalent of each other for otherwise the promise on one side would be in part a mere gift, and therefore would be invalid for want of cons.« — En vis Antydning i lignende Retning ligger vistnok ogsaa i en Udtalelse af Schuster, der forekommer i hans Anmeldelse af Jenks' Considerations-Skrift i »Zeitschrift für Handelsrecht« Bd. 43 S. 417: »wenn es sich um die Anfechtung von Schenkungen handelt, können Gegenleistungen, deren Geringwerthigkeit auffallend ist, nicht in Betracht kommen.« Kun indskrænker Schuster dette Synspunkts Anvendelse til de Tilfælde, hvor der er Tale om at anfægte en ved et »deed« fuldbyrdet Gave, medens her Skridtet er taget fuldt ud, saa at det er gjort anvendeligt ogsaa ved det præliminære Spørgsmaal, om et formløst Løfte enten som sket mod Vederlag skal opretholdes som gyldigt eller som rent »gratuitous og voluntary« skal nægtes Retskraft.

tionsbegreb, men den reelle Side ved Sagen forbliver væsentlig uberørt af, hvorledes Besvarelsen af dette falder ud.

2. Sætningen om et detriment's Nødvendighed vil ogsaa svinde betydelig ind ved en nærmere Betragtning. Alle erkjende nemlig, at en aktuel Skade ikke kan kræves. Den mere eventuelle Skade, som et Løfte, hvorved Kreditors Handlefrihed paa en eller anden Maade indskrænkes, kan medføre for ham, anses for tilstrækkelig. Sætningens Betydning bliver derfor nærmest kun at udelukke en blot »contingent« cons. 3: den blot faktiske Forventning om Indtrædelse af noget fra Løftemodtagerens Side, som Debitor ikke har nogetsomhelst Retsmiddel til at tvinge ham til at opfylde.

I saa Henseende kommer der imidlertid næppe nogen synderlig Afvigelse fra den romerretlige causa-Ordning frem. Efter denne kræves der jo endogsaa som Hovedregel aktuel Erlæggelse af Modpræstationen til Løftets Begrundelse, og ved de Undtagelser, der herfra gjøres, forudsættes der bestandig ialtfald en retskraftig obligatorisk Forpligtelse til at erlægge denne. Et Løfte sket i kun faktisk Forventning om Modtagelsen af en saadan maatte betragtes som rent donatorisk — som en donatio, foretaget under en vis Betingelse eller Forudsætning.¹⁾ Og ogsaa i Nutidens romanistiske Retsforfatninger maa utvivlsomt en saadan Udsigt til Vederlag i Almindelighed anses for altfor løs og ubestemt til at kunne have den retlige Virkning at undtage Dispositionen fra de almindelige Gave-regler.²⁾ —

Et Moment er endnu ikke fremhævet: det er ikke nok, at cons. har været »inducement« for Løftet, det kræves ogsaa

¹⁾ jfr. l. 3 § 7 D. 12. 4 og l. 25 C. 2. 4, hvorefter et blot »spes« om Fordele til Gjængjæld ikke udelukker Gavebegrebet, men hertil kræves et virkeligt Løfte i saa Henseende fra Modtageren, jfr. Ordene »repromitteret« og »promissi« i l. 4 C. 4. 6, se ogsaa Windscheid: Voraussetzung S. 91 ff.

²⁾ Undtagelse lader sig vistnok kun gjøre for visse Tilfælde af de saakaldte »negotia claudicantia«, f. Ex. ved Kontrakter indgaaede af umyndige, eller fremkaldte ved Svig, Tvang eller lignende. Hvor da ikke, som i den moderne engelske Ret ved umyndiges Retshandeler, hele Kontrakten er erklæret absolut ugyldig, kan her den abnorme Ordning fremkomme, et Løfte paa den ene Side, en blot faktisk Udsigt til Vederlag paa den anden. Saadanne Dispositioner lade sig da næppe som manglende Vederlagscausa behandle som rene Gaver, men de vilde sikkert heller ikke i engelsk Ret anses for at mangle cons. — Saaledes ogsaa Schuster i Busch' Archiv. Bd. 46 S. 131.

omvendt, at Løftet kan siges at have været inducement til cons. Som Holmes¹⁾ siger, »the root of the whole matter is the relation of reciprocal conventional inducement, each for the other, between consideration and promise.« Det er en Anvendelse heraf, at en »past« cons. erklæres for utilstrækkelig 2: noget, der er ydet uafhængig af og ikke til Gjengjæld for et foreliggende Løfte om Vederlag, hvilket tvertimod først afgives efter at cons. allerede er helt fuldbyrdet.²⁾

Imidlertid kommer der næppe heller paa dette Punkt nogen Forskjel fra den romerske »causa« frem. Er Præstationen udført ifølge Anmodning fra den, der bagefter lover Belønningen, vil man vel i mange Tilfælde lægge et Tilsagn i den Retning allerede ind i selve Anmodningen og betragte det senere Løfte som en kun nærmere Anerkjendelse og Bestemmelse af den derved begrundede Pligt. Men der er jo netop, som tidligere berørt, ogsaa i den engelske Ret en Tilbøjelighed til at fortolke en foregaaende »request« paa lignende Maade. Er der imidlertid i det enkelte Tilfælde ingen Hjemmel herfor, vil ogsaa i den romerske Ret den Omstændighed, at f. Ex. en anden har udført et Arbejde for Løftegiveren, som det maaske i og for sig var billigt, at denne gav noget til Gjengjæld for,³⁾ ikke kunne betage hans senere afgivne Løfte Karakteren af en donatio.⁴⁾ Det særlige for den engelske Ret er derfor kun, at en saadan Gave her ikke er gyldig, naar den foreligger formløs.

I deres Funktion af gjensidigt Kausalmoment i Forhold til Løftet vise saaledes vistnok causa'en og cons. sig ganske ensartede. Overfor Hartmann's Udtalelse⁵⁾: »Niemals kann man im Ernst die Englische »Consideration« und die Römische oder gemeinrechtliche »Causa« als gleichbedeutende Begriffe und Ausdrücke hinstellen«, maa det altsaa fastholdes, at det vel er rigtigt, at de ikke tør kaldes »ensbetydende«, men at der dog, trods mange Forskjelligheder i det enkelte, i dem begge gjør sig det anførte ganske lignende Hovedtræk gjældende.

1) l. c. S. 293. 2) Schuster, Busch's Archiv Bd. 46 S. 139, udtrykker Forholdet saaledes: »Eine Leistung, welche bereits erfolgt ist, wenn das Gegenversprechen abgegeben wird, kann nicht als gültige Consideration angesehen werden, es sei denn, dass sie unter der Voraussetzung der Gegenleistung erfolgte«.

3) naar der da ikke ligefrem var begrundet en »obligatio naturalis«.

4) jfr. l. 65 § 2 D. 12. 6. 5) i hans tidligere citerede interessante Afhandling i Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 77 S. 181 jfr. S. 225 ff.

H. maa da ogsaa selv erkjende, at Consideration »mit einem Ausschnitt der Römischen »Causa« sich berührt, dass ein causales Element hinter derselben steckt«, ja endog at de to Begreber »in einem weiten Kreis von Fällen mit einander coincidiren«.

§ 28.

»Failure of consideration«¹⁾.

Den i det foregaaende behandlede Fordring om cons. er i og for sig fyldestgjort, naar der oplyses et Forhold fra Løftemodtagerens Side, der kan have fungeret som Vederlag for Løftet. Saalænge en cons. i denne Betydning ikke er oplyst, betragtes Løftet i Almindelighed som aldeles ikke eksisterende. Kun Løftet i Forbindelse med dets cons. tager Retsordenen Notits af.

Men hermed er ikke sagt noget om, hvilken og hvor ubetinget en Virkning der fra nu af tillægges Løftet. Den nærmere Bestemmelse heraf maa tvertimod fuldstændig afhænge af hele det Kontraktsforhold, hvoraf Løftet kun udgjør et enkelt Led.

I Henhold til dette maa det for det første afgjøres, hvad der i det enkelte Tilfælde har skullet være Løftgiverens Vederlag. Considerationen som retlig Existensbetingelse for Løftet angiver kun i ganske almindelige Træk det Gode, hvori Løftgiveren søger sit Vederlag, men den nærmere Præcisering af den virkelige Vederlagsforudsætning i det enkelte Tilfælde staaer tilbage. Har saaledes Vederlaget kun været generisk bestemt, bliver Spørgsmaalet, om den leverede Ydelse opfylder de Fordringer, der vare stillede til den. Ogsaa ved individuelt bestemte Ydelser kan der blive Tvivl, om den besidder de Egenskaber, som Parten med Rette havde forudsat hos den. Maa dette da besvares benægtende, kan der vel ikke siges at foreligge egentlig »want« (Mangel) af cons., idet der jo netop forudsættes oplyst noget fra Løftemodtageren, der kan have spillet Rolle som Vederlag, men da det faktisk ydede Vederlag dog ikke stemmer med det, som Løftgiveren in concreto havde

¹⁾ jfr. herved navnlig: Pollock l. c. S. 231—258, 420—481, 486—489, og dér citerede Domme, Leake l. c. S. 547—548, 86—92, 119—120, 262—290, 552—581, Anson l. c. S. 124—161, 292—305, Chitty l. c. S. 87—93, Addison l. c. S. 120—122, Jenks l. c. S. 25—26, 77—80.

Ret til at vente, kan hans Vederlagsforudsætning dog siges at være svigtet, og der foreligger da, hvad man kalder »failure« af cons.¹⁾

Det er imidlertid ingenlunde givet, at enhver saadan vil være egnet til at anfægte Løftet. Man maa nemlig erindre, at om end det er det naturlige og det, der vel kan siges at have Formodningen for sig, at Debitor kun har afgivet Løftet under den afgjørende Forudsætning, at det Vederlag, som han har Ret til at vente, virkelig svares ham, er der dog ingen Nødvendighed for at statuere en Konnexitet mellem de to Sider af Forholdet. Det kan meget vel tænkes, at Løftegiveren har tænkt sit Vederlagskrav tilstrækkelig sikret ved den Fordring, der tilkommer ham i saa Henseende, uden til yderligere Sikkerhed som Betingelse for sit Løftes Opfyldelse at ville forlange, eller ialtfald med Billighed at kunne gjøre Krav paa, samtidig fuldstændig Opfyldelse af Pligten fra Modtagerens Side. Navnlig hvor Manglen ved Ydelsen fra den anden Parts Side er forholdsvis ubetydelig, vil det kunne antages, at han ikke har lagt saa stor Vægt paa det ham i den Anledning tilkommende Krav, at han altid kan paastaa prompt Fyldestgørelse af dette som Betingelse for paa sin Side at opfylde Pligten.

Men det samme maa efter Omstændighederne endogsaa kunne antages om hele hans Vederlagskrav. Af mange Momenter vil det kunne fremgaa, at den nøje retlige Sammenhæng mellem de to Ydelser, som i Almindelighed maa præsumeres, i det enkelte Tilfælde maa antages ophævet, saa at Debitor maa opfylde sin Pligt uden at kunne forlange samtidig Opfyldelse af Modtagerens Forpligtelse, og nøjes med den Sikkerhed, som hans Retskrav ved at gjøres gjældende under en senere selvstændig Sag kan yde ham i saa Henseende. Saadanne Tilfælde lade sig naturligvis alene tænke, hvor cons. er »executory«, idet der nemlig kun, hvor noget fra Løftemodtagerens Side skal ske, kan blive Spørgsmaal, om dettes Foretagelse er en forudgaaende Betingelse for Opfyldelsen af den andens Løfte.

Maa der da i det enkelte Tilfælde nægtes Vederlagspræstationens faktiske Erlæggelse Karakteren af en »condition precedent«, kan den Mulighed fremkomme, at cons. for Løftet maa siges at have »failed«, forsaavidt som Løftegiveren ikke har

¹⁾ jfr. om lignende Forhold for fransk Rets Vedkommende ovenfor S. 227.

opnaaet det Vederlag, han havde Ret til at vente, uden at dog hans Løftes Gyldighed anfægtes derved.

Det bliver altsaa af Vigtighed at afgjøre, ikke blot, hvad der ved den enkelte Kontrakt konstituerer en »failure of cons.«, men ogsaa, hvilken Virkning en saadan in concreto maa antages at skulle have paa Løftet.

Det vil ses, at disse Spørgsmaal ganske svare til dem, der opstaa med Hensyn til Causa'en i Betydning af enhver retlig Forudsætning, der angaar Vederlaget. Men det viser sig yderligere, at den Maade, hvorpaa de besvares, ogsaa er ganske overensstemmende i den engelske og i de paa romanistisk Grundlag hvilende Retsforfatninger. Dette vil allerede til en vis Grad være fremgaaet af de Analogier, som ved Forudsætningslærens Behandling under det romersk-tyske Afsnit blev hentede fra den engelske Ordning¹⁾. Nogle yderligere Momenter til Belysningen deraf ville blive givet nedenfor i § 30, hvor Vederlagsforudsætningen noget nærmere skal undersøges fra dens funktionelle Side. Her kan der ikke være Tale om at gjøre Læren om »failure of consideration« til Gjenstand for mere indgaaende almindelig Behandling. En saadan maatte nødvendigvis omfatte det meste af Læren om Kontrakters Indhold og Fortolkning, om Vildfarelse ved Kontrakter og flere andre i Sammenhæng dermed staaende Spørgsmaal og vilde saaledes komme til at strække sig over en meget stor Del af hele den engelske Kontraktsret. Der maa ogsaa her ligesom ved de tilsvarende Causaspørgsmaal nøjes med at angive de almindelige Hovedsynspunkter, der ved dem betragtes som afgjørende.

Det Moment, hvortil der saavel i Theorien som i Domsafgørelserne atter og atter vendes tilbage som det afgjørende, er Parternes egen Hensigt: »the intention of the parties governs in the making and in the construction of all contracts; this is the fundamental rule by which all questions, even the most refined, on the existence and nature of a contract must at last come to be decided«²⁾.

Hvad den ene Part venter sig af Kontrakten, kan altsaa ikke i sig selv være afgjørende. Dette er nu klart nok, forsaavidt hans Tanker i saa Henseende have været skjulte for den anden Part. Men selv om de have været kjendelige for

¹⁾ jfr. ovenfor S. 68—69.

²⁾ Pollock S. 468, jfr. ogsaa f. Ex. S. 239.

ham, kan denne Omstændighed alene umulig være nok til at gjøre Forventningen bindende for Modparten. Det kommer ikke blot an paa, hvad han faktisk venter sig, men ogsaa paa, hvad han havde Ret til at gjøre sig Forventning om, og dette afhænger igjen af, hvilke Pligter han ifølge Kontrakten kan antage den anden villig til at paatage sig. Som det i en Dom¹⁾ stærkt betones, det afgjørende er ikke, af hvad Karakter den ene Part, om end maaske kjendeligt for den anden, tror, at Vederlagspræstationen er, men hvad den anden kunde antages at have kontraheret i saa Henseende.

Heri ligger ogsaa en Antydning til nærmere Forstaaelse af, hvorledes »Parternes Vilje« paa dette Punkt skal opfattes. Det er ikke Partsviljen som abstrakt Begreb, hvorpaa det kommer an. Som saadant vilde den ofte være en rent fiktionsmæssig Størrelse, idet der i Virkeligheden i mange Tilfælde maatte siges at existere ikke én Partsvilje, men to helt forskellige Viljer hos de enkelte Parter, og den vilde ihvertfald unddrage sig enhver Mulighed for retlig Fixering. Det er derimod Parternes Vilje i det konkrete Udtryk, som den har fundet i deres Kontrakt, hvorpaa Afgjørelsen udelukkende maa bygges.

Dette fremhæves da ogsaa paa det bestemteste saa vel af Theorien som Praxis. Saaledes siger Pollock²⁾: »Interpretation has to deal not with conjectured but with manifest intent, and a supposed intent which the parties have not included in their chosen and manifest form of expression cannot, save for exceptional causes, be regarded«.

Giver altsaa Kontrakten efter dens Udtryk ikke Anledning til nogen Tvivl, maa man blive staaende ved den Betydning, som hjemles ved den almindelige Sprogbrug eller den særlige Terminologi, hvoraf Parterne i det enkelte Tilfælde maa antages at have betjent sig. Som det i en Dom³⁾ fra den nyeste Tid siges: »one must consider the meaning of the words used, not what one must guess to be the intention of the parties«, eller med Pollock⁴⁾: »it must also be collected from what is expressed, not from a mere conjecture of some intention which

¹⁾ Den ovenfor S. 68—69 nærmere behandlede »Smith v. Hughes« (1871) L. R. 6 Q. B. S. 597—611.

²⁾ l. c. S. 234.

³⁾ Smith v. Lucas (1881) L. R. 18 Ch. D. S. 542.

⁴⁾ l. c. S. 242.

the parties may have had in their minds, and would have expressed if they had been better advised«.

Vækker Kontraktens Udtryk paa et eller andet Punkt Tvivl, maa man forstaa dem paa den Maade, der stemmer bedst med hele Kontraktens Tendens. »The one universal principle is that effect is to be given to the intention of the parties collected from their expression of it as a whole. It must be collected from the whole; that is, particular terms are to be construed in that sense which is most consistent with the general intention«¹⁾.

Ikke blot Kontrakten selv, men ogsaa de af Retten kjendte Omstændigheder, hvorunder dens Indgaaelse har fundet Sted, maa dog tages i Betragtning. Dette antydes af Pollock²⁾, naar han taler om »the general power of the Court to arrive at the true construction of a contract by taking account of the material facts and circumstances proved or judicially known«.

Nye vanskelige Spørgsmaal opstaa i de hyppig forekommende Tilfælde, hvor Kontrakten slet ikke indeholder nogen- somhelst Bestemmelse om vedkommende Forhold. Her maa nu sondres.

Det kan være, at de udeladte Bestemmelser ere normale Bestanddele i en Kontrakt som den foreliggende, der ved sin hyppige Forekomst i Livet har udviklet sig til en bestemt Normal-skikkelse. Naar man da forstaaer Kontrakten i Overensstemmelse hermed, gjør man i Virkeligheden kun Anvendelse af de lige foran udviklede Synspunkter. Parternes almindelige Intention har nemlig fundet sit Udtryk derved, at de have henført deres Kontrakt under en vis Kategori; det er altsaa fuldstændig stemmende med det foreliggende Viljesudtryk, naar man supplerer Kontraktstykket med de dertil hørende normale Elementer, forsaavidt ikke nogen modsat Hensigt med Hensyn til det paagjældende Punkt specielt er kommet til Udtryk.

Om selve Domstolenes Beføjelse i saa Henseende næres der ikke nogen Tvivl. Det siges udtrykkelig hos Pollock³⁾: »Not only particular terms may be explained, but whole new terms . . . may be added by proving those terms to be an accustomed part of such contracts, made between such persons,

¹⁾ Pollock l. c. S. 242. ²⁾ l. c. S. 239.

³⁾ S. 239—240. S. 245 nævnes som et særlig prægnant Exempel herpaa Assurancepolicer, der i høj Grad trænge til en saadan Supplering.

as the Court has before it«, og i en Dom¹⁾ fra den nyere Tid: »So in absence of express provision or special usage, the general law itself, in many points of view only a more extended usage, supplies the gaps which the parties have left, and in doing so sometimes modifies the construction of general words in contracts«.

Det er imidlertid ingenlunde altid, at der frembyder sig saadanne »*naturalia negotii*« til Supplering af Kontrakten. Det kan være, at denne selv har en saa speciel individuel Karakter, at den overhovedet ikke lader sig bringe ind under nogen almindelig Kategori. Og selv hvor Kontrakten ikke frembyder nogen Vanskelighed i saa Henseende, kan ialtfald det Moment i den, hvormed Tvisten opstaar, være af en saa extraordinær eller ejendommelig Natur, at der ikke har kunnet udvikle sig nogen egentlig Retsregel derom. Naar Parterne da ikke have truffet nogen udtrykkelig Bestemmelse om et saadant Punkt, opstaar der da virkelig et Hul, med Hensyn til hvilket Spørgsmaalet er, hvorledes det skal udfyldes.

Denne vanskeligste Side ved Læren om Kontraktens Fortolkning har selvfølgelig ikke kunnet undgaa den engelske Jurisprudens's Opmærksomhed. Det er den, der nærmest²⁾ haves for Øje, naar det hos Pollock³⁾ siges: »many rules of construction are in truth more auxiliary than explanatory; their purpose is to supply the guidance required for dealing with events for which the parties have omitted to provide«, eller med Ord, brugte af Willes i en Dom⁴⁾: »disputes arise not as to the terms of the contract, but as to their application to unforeseen questions which arise incidentally or accidentally in the course of performance, and which the contract does not answer in terms, yet which are within the sphere of the relation established thereby, and cannot be decided as between strangers«.

Der forudsættes vel ogsaa her Existensen af »Construc-

¹⁾ Lloyd v. Guibert (1865) L. R. 1 Q. B. S. 120–121.

²⁾ For en Del tænkes der nemlig ogsaa her paa de egentlige *naturalia negotii*. Der lader sig overhovedet ikke drage nogen skarp Grænse mellem de herunder indbefattede fuldt udviklede Retsregler og de strax nedenfor omhandlede blotte Fortolkningsregler, der ogsaa ere af en vis Betydning til Bestemmelse af det retlige Kontraktforhold.

³⁾ S. 243.

⁴⁾ Den foran anførte Lloyd v. Guibert (1865) L. R. 1 Q. B. S. 120, ogsaa citeret af Pollock paa dette Sted.

tions«-Regler 9: ved det praktiske Livs Erfaring udviklede almindelige Regler, der kunne hjælpe os ved Afgjørelsen. Men disse anses i Almindelighed kun for at yde Vejledning («guidance») ved Afgjørelsen, hvilken ogsaa her først og fremmest maa bygges paa Parternes Vilje, saaledes som den har faaet Udtryk i deres Kontrakt. Der har maaske nok i den ældre Tid været Tilbøjelighed til at tillægge saadanne Fortolkningsregler en mere peremptorisk Betydning, hvoraf endnu paa enkelte Punkter visse Spor lade sig paaavise. Men Tendensen i den nyere Tid gaar bestemt i Retning af at »pay less attention to any such rules and more to all admissible indications of what the intention actually was in the case in hand«¹⁾. Kun derfor, hvor denne Undersøgelse virkelig har givet rent negativt Resultat, vil der kunne være Tale om at tage sin udelukkende Tilflugt til saadanne mere kunstige Konstruktionsregler, ifølge den Betragtning, at »any rule not inconsistent with justice is better than uncertainty«²⁾.

I Overensstemmelse med de her udviklede Principer løses da de navnlig i Tilfælde af »mistake« hos en af Parterne opstaaende Spørgsmaal, om Vederlagsydelsen har de af Parterne med Rette hos den forudsatte Egenskaber, og om Afhængighedsforholdet mellem Vederlagsforudsætningens Fyldestgjørelse og Løftets Opfyldelse. Ved Afgjørelsen ville vel en hel Række »objektive« Regler og Hensyn³⁾ kunne være vejledende, men Resultatet beror dog først og fremmest paa Parternes egen Vilje, forsaavidt den har fundet et saadant Udtryk, at der retlig kan tages Hensyn til den. Domstolene søge ogsaa her at finde »the intention of the parties«⁴⁾ eller »the evident sense and meaning of the parties« og se derfor hen til »the purpose and effect of the contract as a whole as a guide to the probable intention of the parties«⁵⁾. Og det betones af Blackburn⁶⁾, at det ved disse Spørgsmaal ikke maa glemmes, at »parties may think some matter, apparently of very little importance, essential«, og at ligesaa vel det omvendte kan være Tilfældet. De ved disse Spørgsmaal opstillede objektive Regler

¹⁾ Pollock S. 243. ²⁾ Pollock l. c.

³⁾ Enkelte af de ved »mistake« ledende ere berørte i den ovenfor S. 68—69 citerede Dom. De ved Afhængighedsspørgsmaalet fremkomende ville finde nærmere Omtale nedenfor i § 30.

⁴⁾ Pollock S. 468. ⁵⁾ Leake S. 565.

⁶⁾ I Sagen »Bettini v. Gye« (1876) L. R. 1 Q. B. D. S. 187.

ere derfor i Virkeligheden ikke mere end Interpretationsregler, der »only profess to give the result of the intention of the parties«, og »therefore the rule, like all rules of its kind must yield to evidence of a different intention«¹⁾.

Den engelske Doktrin lader sig saaledes næppe udtrykke mere træffende end sket af Dommeren Grove i en Afgjørelse fra Nutiden²⁾, hvor Vægten lægges paa, hvad der »must be judicially assumed to have been their intention«. Herved er paa den ene Side Parternes Hensigt betonet som det i og for sig principale. Men retlige (»judicielle«) Grunde tvinge til visse Begrænsninger, saaledes at kun den Hensigt, der har faaet et vist Udtryk, kan komme i Betragtning. Følgen heraf vil kunne blive, ikke blot at man i enkelte Tilfælde som Grundlag for den retlige Afgjørelse vil kunne nødes til at statuere en anden Hensigt end den af Parterne virkelig nærede, men ogsaa med Hensyn til et Punkt i en Retshandel vil kunne komme til at ende med det rent negative Resultat, at Parterne slet ikke have haft nogen Hensigt desangaaende, ihvertfald ikke nogen, Retsordenen kan tage Hensyn til. Naar man da selv i dette Tilfælde vil bygge paa en »assumed intention«, viser den praktiske Betydning heraf sig deri, at man ikke med Hensyn til et enkelt Punkt tør fastsætte en Ordning i Strid med den Hensigt, Parterne have lagt for Dagen ved de af dem udtrykkelig ordnede Sider af Forholdet, men tvertimod skal være betænkt paa ogsaa med Hensyn til dette Punkt at træffe en Anordning, der kan passe saa organisk og harmonisk som muligt ind i alt det, der af Kontrakten, betragtet i sin Helhed, fremgaar som Parternes Ønske og Maal.

Enkelte Punkter i denne Materie have ved »The Sale of Goods Act« 1893 fundet legal Ordning, hvilken dog i det hele opretholder den bestaaende Tilstand. Den eneste positive Afvigelse herfra er Bestemmelsen i Sect. 10 om, at medmindre en modsat Hensigt særlig er lagt for Dagen, anses Stipulationer med Hensyn til Betalingstid ikke for at »be of the essence of a contract of sale«, hvad man næppe i Mangel af positiv Bestemmelse kunde opstille nogen almindelig Regel om. Men med Hensyn til Virkningen af andre Stipulationer angaaende

¹⁾ Pollock S. 249; Leake S. 566: »The above rules are severciable only as general indications of the parties; and they yield to a contrary intention clearly expressed«.

²⁾ Patrick v. Milner (1877) L. R. 2 C. P. D. S. 347–348, til hvilken Udtryksmaade Pollock S. 487 slutter sig.

Tiden, erklæres Afgjørelsen ogsaa her for ganske at skulle afhænge af »the terms of the contract«. Ligeledes ved Spørgsmaalet om Virkningen af, at Sælgeren ved Salg, der skal ske i flere Partier, foretager mangelfuld Levering med Hensyn til et eller flere af dem, nøjes ogsaa Lovens Sect. 31 med at erklære det for »a question in each case depending on the terms of the contract and the circumstances of the case«.

Der synes heri at ligge en Erkjendelse af Umuligheden for at opstille bindende almindelige Retsregler om saadanne Materier.

Resultater for moderne Ret.¹⁾

§ 29.

Fordringen om en subjektiv Causa, ogsaa efter tysk Ret.

Ifølge de foranstaaende Udviklinger vil man vel som et fælles Træk i fransk og engelsk Obligationsret kunne slaa fast: Løftets nøje Sammenknytning med og Afhængighed af dets Causa. For at gjøre en Parts Forpligtelseserklæring gjældende imod ham maa der i de sædvanlige Tilfælde foruden om denne selv kræves Oplysning om, hvilken Forudsætning med Hensyn til Vederlaget han ved dens Afgivelse er gaaet ud fra.

Imidlertid vil det navnlig af Fremstillingen af den franske Ret være fremgaaet, at denne Ordning af Forholdet ingenlunde lader sig betragte som en rent positiv, paa et vilkaarligt Magtsprog af Lovgiveren beroende. Den er i Virkeligheden kun det umiddelbare Udtryk for, hvad en real Betragtning af Forholdet tilsiger. Det Forpligtelsesmoment, som der af Retsordenen nægtes selvstændig Betydning, forekommer nemlig overhovedet ikke isoleret i det praktiske Liv. Ingen forpligter sig blot for at forpligte sig, der vil tvertimod altid være et andet særligt Maal forbundet dermed²⁾. Løftet er altsaa blot et enkelt Element i en psykologisk Viljesproces, der i sin Helhed er rettet paa et vist økonomisk Maal, i Forhold til hvilket Løftet kun indtager Stillingen af et i saa Henseende for nødvendigt anset Middel. Dette er en ifølge den

¹⁾ For en Del ville disse allerede være fremgaaede af det tidligere udviklede. Kun nogle enkelte Hovedpunkter, der ere af særlig Betydning ved Overgangen til det næste Afsnit om de »abstrakte Kontrakter«, skulle her fremdrages.

²⁾ jfr. Bähr l. c. S. 17 ff. (11 ff.).

menneskelige Erfaring given Kjendsgærning, som altsaa heller ikke kan være Løftemodtageren ubekjendt. Han maa derfor ogsaa tage Hensyn til dette Faktum og kan ikke uden videre tilegne sig den Del af Løftegiverens Viljesindhold, der er til hans Fordel, medens han exstirperer dens øvrige, i nøjeste organisk Forbindelse dermed staaende Del, som dog klart netop for Løftegiveren har været den principale.¹⁾

De mislige Virkninger af en saadan Fremgangsmaade ville dog ikke træde lige stærkt frem i alle Tilfælde. Undertiden vil hele det af Løftegiveren tilstræbte Maal netop være opnaaet ved selve Løftets Afgivelse og Modtagelse, saa at Causa'en altsaa for saa vidt ikke faar nogen selvstændig Betydning ved Siden af Løftet. Dette gjælder, hvor Forpligtelseserklæringen er afgivet i rent donatorisk Hensigt. Hvilke Motiver der end nærmere maatte have ledet ham herved, er det givet, at disse, ihvertfald fra juridisk Synspunkt, i Almindelighed maa anses fyldestgjorte, saasnart et gyldigt Løfte er kommet til Existens.

Saadanne Dispositioner spille imidlertid i det praktiske Forretningsliv kun en meget underordnet Rolle. De Transaktioner, der her have Betydning, ere i langt overvejende Grad dem, der foretages til Opnaaelse af et Vederlag fra den anden Parts Side. Her bliver det klart, hvilken Uret der vilde tilføjes en Kontrahent, naar den anden kunde holde sig ensidig til det af ham afgivne Løfte, uden, ihvertfald ikke i sit Klagegrundlag, at tage mindste Hensyn til den ved Vederlagsvilkaaret bevirkede Indskrænkning i Løftets Virkekraft.

Det maatte vel staa Løftegiveren aabent indsigelsesvis at gjøre sit Krav gjældende. Men det er dog indlysende, at han i mange Tilfælde kun vilde være meget slet hjulpet herved. Det vilde altid komme til at bero paa en Række forskjellige Omstændigheder, om det lykkedes ham at tilveje-

¹⁾ jfr. Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. S. 163 ff. særlig S. 171: »Der blosser auf . . Begründung einer Forderung u. s. w. gerichtete Wille ist nur ein Theilwille, ein Ausschnitt aus etwas Umfassenderem . .«, v. Salpius l. c. S. 483: »Das sogenannte Princip der materiellen Verträge sollte also genauer so ausgedrückt werden: obligatorische Verträge sind nur in ihrer Totalität wirksam«, Hofmann l. c. S. 89: »Vielmehr liegt in solchem Falle eine defecte, den halben Thatbestand verschweigende Willenserklärung vor . . «.

bringe de i saa Henseende fornødne Beviser, medens selve Løftet maaske stod fast, og han vilde derfor ofte blive dømt efter dettes Indhold, uden at de af ham paastaaede Indskrænkninger af Mangel paa Bevis kunde faa nogen Betydning.

Imidlertid kunde man mene, at en saadan ugunstig Stilling for Løftgiveren var en uundgaaelig Følge af fast antagne Procesmaximer. Ifølge disse skulde det nemlig kun paahvile Sagsøgeren at anføre og godtgjøre de Kjendsgæringer, hvorpaa han støtter sin Ret, medens Momenter, der omvendt skulde hjemle Rettigheder for Sagsøgte, ere Sagsøgeren uvedkommende. Dem maa det overlades den Indstævnte selv at gjøre gjældende og tilvejebringe Beviset for. Anvendt paa dette Tilfælde synes denne Grundsætning at føre til, at Klageren maa kunne nøjes med at holde sig til Løftet, som er det eneste Grundlag for hans Ret, medens Momenter, der skulde hjemle Vilkaar eller Modløfte om Vederlag, alene vedkomme den anden Part, der vil støtte Rettigheder derpaa.

Man gaar imidlertid ved denne Betragtningssmaaede ud fra et altfor formelt abstrakt Begreb om Ret. Man synes at mene, at f. Ex. en obligatorisk Fordring paa 100 Kr. altid er ganske den samme, uden Hensyn til Karakteren af det Retsforhold, hvorfra den udspringer. Et flygtigt Blik paa de reale Forhold vil dog snart overbevise om, at det stik modsatte er Tilfældet. Den vil i det virkelige Liv kunne variere næsten i det uendelige, fra en virkelig Værdi lig den paalydende til en maaske helt negativ Størrelse, ganske efter Beskaffenheden af det til Grund liggende Retsforhold og de Pligter, som Retten ifølge dette betinges og begrænses af. Er dette f. Ex. et Gaveforhold uden nogetsomhelst Paalæg, vil dens juridiske Værdi være ganske svarende til dens nominelle. Anderledes derimod, hvis den kun betegner den ene Side i et Salgs- eller et Lejeforhold, hvor Retten helt eller delvist kompenseres ved de paa den anden Side hjemlede Rettigheder. En Kreditor kan derfor ikke siges at have fyldestgjort sin »Substantieringspligt« ved blot at anføre en Kjendsgærning, der under visse nærmere Forudsætninger kan medføre en vis Ret for ham. Han maa tillige oplyse, hvilke disse Forudsætninger ere; først da er det Dommeren og den Indstævnte muligt at skjønne over Karakteren af den af Sagsøgeren paastaaede Ret.¹⁾

¹⁾ jfr. Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I. 1887. S. 401.

Nu er det vel sandt, at man til en vis Grad slapper denne strænge Fordring overfor Sagsøgeren. Man forlanger ikke nøjagtig Anførelse af og Bevis for alle positive og negative Forudsætninger, hvoraf hans Krav er afhængigt. Man nøjes derimod i Almindelighed med at forlange Godtgjørelse af de normalt nødvendige Momenter Foreliggen, medens det paalægges Sagsøgte, der vil paaberaabe sig mere ekstraordinære Omstændigheder, som skulde udelukke disse Momenter fra at faa den sædvanlige Virkning, at anføre og bevise dem.

Betydningen heraf viser sig nu ogsaa til en vis Grad i denne Materie. Det er saaledes en Anvendelse af denne Grund-sætning, at det med Hensyn til ganske særlige Forudsætninger, hvilke der, uden at de kunne anses for normale Bestanddele i et Forhold som det foreliggende, ifølge speciel Vedtagelse skal være tillagt Betydning, paalægges Sagsøgte at oplyse deres Existens, ikke omvendt Sagsøgeren at godtgjøre deres Ikke-Existens. Men for det særlig her omhandlede Punkts Vedkommende er Betragtningen uden Anvendelse. Causa'en i den Betydning af retlig Vederlagsforudsætning, hvori den her tages, lader sig ikke henføre til disse ekstraordinære Momenter. Den, der vilde paastaa noget saadant, maatte opstille Gave-dispositionen som den normale, men vilde dermed sætte sig i Strid med, hvad det flygtigste Blik paa det virkelige Liv lærer os. I et saa langt overvejende Antal Tilfælde vise de formue-retlige Transaktioner sig her vederlagsbetingede, at ved Siden af disse de vederlagsfrie Dispositioner indskrænke sig til en næsten forsvindende Minoritet. Den, der vil gjøre en obligatorisk Ret gjældende, maa da ogsaa enten godtgjøre, at her et saadant Undtagelsestilfælde foreligger, eller ogsaa oplyse den nærmere Karakter af Vederlagsforudsætningen, hvorved hans Ret først faar sin konkrete Bestemmelse og Indhold.

Det lader sig imidlertid ikke blot sige, at man af Hensyn til Skyldnerens velbegrundede Ret ikke bør tillade Kreditor at løsrive Løftet fra den organiske Sammenhæng, hvori det forekommer. Man kan sikkert yderligere paastaa, at en saadan Løsrivelse overhovedet ikke kan foretages, den er simpelthen umulig. Hvor Løftet afgives i en vis Form ¹⁾, tør vel denne

¹⁾ Hvorvidt Skriftform i saa Henseende maa anses fornøden, eller ogsaa Løftet, selv mundtlig afgivet, efter Omstændighederne tilstrækkelig klart vil kunne fremtræde med selvstændig, fra det materielle Mellemværende løsrevet Karakter, skal her foreløbig staa hen.

Mulighed ikke nægtes. Her lader det sig til en vis Grad gjøre at udsondre den i denne Ramme optagne Del af den erklærendes Viljestilkjendegivelse og tillægge den en vis selvstændig Betydning ¹⁾. Fra saadanne Tilfælde bortses imidlertid her foreløbig, saa at det forudsættes, at Disponentens Vilje i sin Helhed kun har faaet et saadant Udtryk, som kræves for overhovedet at tillægge den retlig Betydning. Hvor Løftet da ikke ved sin ydre Form udsondrer sig fra den øvrige Viljestilkjendegivelse, vil der mangle ethvert Holdepunkt for at foretage en saadan Udsondring. Allerede det Spørgsmaal, om der overhovedet foreligger en endelig Transaktion eller maaske kun indledende Forhandlinger til en saadan, vil kunne fremkalde betydelig Tvivl. Og netop ogsaa paa dette Punkt vil den Omstændighed, om Vederlagsforudsætningen har faaet endelig Afgjørelse, være et Moment af betydelig Vægt ²⁾. Forudsættes dette imidlertid bragt paa det rene, vil en Fremgangsmaade, hvorved man vilde udskille Løftet som Grundlag for Kreditors Ret, i Modsætning til den øvrige Viljestilkjendegivelse som Hjemmel for hans Pligt, volde endnu større Vanskelighed. Skyldneren har f. Ex. sagt: »Mod at faa A lover jeg B« — hvorledes kan man med Sandhed opløse dette i to selvstændige Momenter: 1) et Løfte om B, 2) en Udtalelse af et Ønske om at faa A, da det dog er givet, at Løftet, saasomt det stilles alene, kommer til at mangle hele sin Hjemmel og Tilværelsesgrund ³⁾. Saasomt Løftet løsrives fra sin organiske Sammenhæng, visner det hen, bliver til en Skygge uden Kjød og Blod. Og dette Fantom skulde Kreditor have Lov til at paaberaabe sig, skydende sig ind under, at det jo dog stod fast, at den anden virkelig havde »lovet« det, — han vilde derved bære sig ad som en Mand, der gav et »sandt« Referat af, hvad en anden havde sagt, men rigtignok udelod Pointen!

Denne Ordning, hvorefter der kun tillægges Løftet Virkning i Forbindelse med Oplysning om dets Causa, maa heretter anses for saa dybt grundet i Forholdets egen økonomiske Natur, at den maa antages at gjælde overalt, uden at det er nødvendigt at forlange særlig positiv Hjemmel for den. Det

¹⁾ jfr. ovenfor særlig S. 132 ff., 182.

²⁾ Dette Synspunkt findes særlig fremhævet hos Liebe: Stipulation S. 76 ff.

³⁾ jfr. Bähr l. c. S. 18 (12): »Das Vertragsverhältniss gleicht einem Kartenhause, in welchem jede der beiden Karten nur dadurch steht, dass sie sich an die andere anlehnt«.

vilde endogsaa være forbundet med betydelige Vanskeligheder for Lovgiveren at gjøre Afvigelse fra den. Bortset fra den materielle Uretfærdighed, som deraf uundgaaelig vilde blive Følgen, maatte en saadan Lov til sin Anvendelse forudsætte en Udskillelse af Løftet fra hele det økonomiske Mellemværende, hvoraf det kun er en enkelt Bestanddel; hertil vilde der efter det anførte, hvor Løftet ikke selv foreligger i en bestemt Form, der udsondrer det fra Transaktionens øvrige Del, mangle ethvert Holdepunkt, og man vilde derfor ikke kunne undgaa at henfalde i den største Vilkaarlighed.

Herefter kan heller ikke for moderne tysk Rets Vedkommende Forholdet være tvivlsomt. Dens Hovedejendommelighed i Modsætning til den gamle romerske er jo netop, at Stipulationen som Kontraktsform er bortfaldet, saa at alle Kontrakter nu kunne indgaaes formløst. Dermed er da ogsaa den »abstrakte« Kontrakts Skæbne given. Behøver vel en formel Kontrakt ikke med Nødvendighed at være abstrakt, lader det sig dog omvendt, som oftere fremhævet, med Bestemthed sige, at uden en vis Form for Løftet lader dettes Løsrivelse fra dets Causa sig umulig foretage.¹⁾

Vilde man sige, at dog Løftet, selv om det ikke foreligger i Stipulationsformen, er en Kjendsgæring, der lader sig konstatere og derfor i hvert Fald maa kunne have Virkning, ligger Gjendrivelsen heraf allerede i det foregaaende. Løftet er vel en Kjendsgæring, men det er ikke nogen selvstændig Kjendsgæring og kan derfor heller ikke isoleret være tilstrækkeligt Grundlag for Retsvirkning. En saadan vil det netop ingenlunde »i hvert Fald« kunne have, men det beror paa hele det obligatoriske Mellemværendes Karakter, i hvilket Fald det faar tillagt Betydning. Det maa derfor ogsaa være Kreditors Sag at oplyse de i saa Henseende fornødne Momenter, hvorved hans Ret først faar konkret Karakter.

Af de to i og for sig logisk mulige Følger af Stipulationsformens Bortfald, at nemlig enten alle Kontrakter, skjønt formløse, fik samme Kraft og Virkning som tidligere Stipulationen, eller at med selve Formen ogsaa den dertil knyttede særlige Virkning maatte være bortfaldet, gaar altsaa den første paa Forhaand ud: Alle Kontrakter maa nu, forsaavidt de da ikke foreligge i en Form, der kan erstatte den tidligere Stipulation, være helt »materielle«, de virke kun i Forbindelse

¹⁾ jfr. ogsaa Hartmann i Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 79 S. 241.

med den til Grund for dem liggende Causa¹⁾. Kun den Forskjel er der fra den romerretlige Ordning med Hensyn til formløse obligatoriske Overenskomster, at medens disse kun fik Virkning under visse bestemt begrænsende Betingelser med Hensyn til Causa'ens Art, ere i moderne Ret som Hovedregel alle saadanne Indskrænkninger bortfaldne. Et hvilket som helst Vederlag eller bevidst Udelukkelse af et saadant er tilstrækkeligt Grundlag for Løftet.

Hvis man ser hen til det andet Hovedelement, hvoraf den nuværende tyske Retstilstand foruden af det romerske maa anses fremgaaet, nemlig det gammelgermanske, bliver Resultatet det samme. Den tyske Kontraktsret viser sig fra dette Synspunkt paa lignende Maade som den engelske i sit Udspring at hvile dels paa formale, dels paa reale Momenter, idet der til en Pligts Opstaaen kræves enten Iagttagelsen af en vis Form, eller Tilstedeværelsen af visse Kjendsgæringer, der, fra først af mere ifølge Delikts- end det egentlige Kontraktssynspunkt, ansaas for egnede til at begrunde en Pligt. Derimod haves der heller ikke her noget Holdepunkt for at tillægge det formløse Løfte nogen selvstændig virkende Kraft²⁾. At statuere noget saadant for Nutiden vilde derfor betegne et Brud paa den historiske Udvikling.

I det tyske Civillovudkast's 2den Læsning (§ 719) er det da ogsaa særlig fremhævet, hvad efter den første Læsning (§ 683) ikke kunde siges at være tilstrækkelig klart, at der til et »abstrakt Skyldløfte« maa kræves, at Ydelsen loves paa den Maade, at Løftet selvstændig skal begrunde Pligten, og særlig er skriftlig Form erklæret nødvendig.

Det tør vel herefter slaas fast som et Resultat, støttet saa vel paa Forholdets eget økonomiske Natur som paa den legale Ordning i den civiliserede Formuerets Hovedlande, at det formløse Løfte kun faar Virkning i Forbindelse med Oplysning om den til Grund for det liggende Vederlagsforudsætning.

Det vil herefter ikke kunne nytte en Klager som Grundlag for sin Ret blot at paaberaabe sig et »Løfte« fra Indstævntes

¹⁾ jfr. Hofmann l. c. S. 89. ²⁾ jfr. nærmere Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. II. 1886. S. 225 ff., særlig S. 228, 246, Sohm: Das Recht der Eheschliessung. 1875. S. 24-46, Hartmann i Arch. f. d. civ. Praxis. Bd. 77 S. 184 ff., jfr. for gammel svensk Ret v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. I. 1882. S. 298 ff. — Om hvorledes heller ikke den kanoniske Ret lader sig anføre for en saadan Ordning, se Savigny: Obligationenrecht. II. S. 234 ff.

Side. Ikke paa Løftet som saadant, men paa hele det økonomiske Retsforhold, hvoraf Løftet kun er et enkelt Led, støttes hans Krav, og han maa derfor ogsaa være nødt til at fremdrage det i sin Helhed for dermed at godtgjøre den nærmere Karakter af den af ham paastaaede Ret¹⁾. Hvilke Fordringer til »Substantiering« fra Klagerens Side der i saa Henseende nærmere skulle stilles, lader sig næppe afgjøre ved almindelige Regler. Synspunktet maa være, at Causa-Siden ved Retsforholdet ligesaavel hører med til de retskonstituerende Kjendsgæringer som selve Løftet, saaledes at de Regler med Hensyn til saadanne, som man ellers opstiller, i det hele maa finde Anvendelse ogsaa i dette Tilfælde. Der maa derfor for dette iøvrigt paa mange Punkter saare tvivlsomme Spørgsmaals Vedkommende i det hele nøjes med at henvise til Læren om Substantiering og Bevisbyrde i Processen. Dog vil maaske i enkelte Tilfælde en vis faktisk Forskjel kunne komme frem. Et Hensyn, der nemlig overhovedet paa dette Omraade spiller en Rolle, er, hvilken Kundskab om vedkommende Moment eller Adgang til at skaffe sig en saadan hver af Parterne maa antages at have. Og man vil da snarere hos Indklagede kunne formode Kundskab om Causa'en ved Retsforholdet, hvilken jo netop betegner det Moment, der for ham er af mest umiddelbar Interesse. Sagsøgeren behøver derfor i Almindelighed kun at anføre saa meget, at den Sagsøgte ved Hjælp af de Momenter, som han maa antages selv at vide Besked om, kan skaffe sig en Forestilling om Kravets Retsgrund. Selv en ganske almindelig Betegnelse i saa Henseende som f. Ex. den hyppig brugte «for leverede Varer» maa i mange Tilfælde være tilstrækkelig som foreløbig Deduktion, saa at han først ved Modpartens Provokation kan tvinges til en mere speciel Angivelse.

§ 30

Betydningen af Causa'ens objektive Realisation.

Naar Oplysning om Causa'en i det foregaaende er fastholdt som en nødvendig Fordring for at gjøre Løftet gjældende, er derved stadig tænkt paa Causa'en i subjektiv Forstand. Derimod er hermed ikke noget sagt om, hvorvidt det samme

¹⁾ jfr. Schlesinger: Formalcontracte S. 14 ff.

skulde gjælde med Hensyn til den objektive Realisation af denne Causa. Det er kun imod Sagsøgerens vilkaarlige Op-hævelse af den altid tilstedeværende psykologiske Forbindelse mellem Løftet og dets Vederlagsforudsætning, saa at han fremstiller det første i en isoleret Tilstand, hvori det faktisk ikke er forekommet, at der i det foregaaende er protesteret. Ikke et Brudstykke af Skyldnerens Viljestilkjendegivelse, men kun denne i sin Helhed skal Sagsøgeren have Lov til at paaberaabe sig. Men det er ikke derfor givet, at ogsaa Realisationen af hele Retsforholdet altid skal foregaa samtidig, saaledes at navnlig Løftet ingensinde skulde kunne forlanges fuldbyrdet, forinden det, der skulde danne dets Vederlag, var definitivt erlagt. Det kan selvfølgelig være saaledes, men behøver ingenlunde at være Tilfældet. Maaske er en samtidig Realisation endogsaa umulig, og selv hvor Muligheden i saa Henseende er tilstede, er det ikke sikkert, at Parten har benyttet sig heraf. Tænkeligt er det altid, at han har anset sit Vederlagskrav paa anden Maade tilstrækkelig sikret, saa at han ikke har lagt Vægt paa den ved det absolute Afhængighedsforhold mellem Erlæggelsen af hans egen Præstation og det derfor betingede Vederlag hidførte yderligere Sikring. Paa den anden Side vil en Kreditor sædvanlig i høj Grad være interesseret i at faa sit Krav stillet uafhængigt af det ofte vanskelige og tvivlsomme Spørgsmaal, om han nøjagtig har fyldestgjort sin Vederlagspligt. Det er altsaa et Punkt, der ikke kan løses a priori, men til hvis Afgjørelse forskellige Hensyn medvirke, hvorvidt Løftets Fuldbyrdelse er betinget af Realisationen af dets Causa.

Hvor nu Besvarelsen i saa Henseende maatte falde benægtende ud, kunde man mene, at i saadanne Tilfælde egentlig ogsaa Kravet om en subjektiv Causa som nødvendigt Klageelement ved Løftet blev til en ren Formalitet uden mindste reel Værdi. Hvad nytter nemlig Anførelsen af en Causa, naar denne forøvrigt ikke har nogensomhelst Betydning ved den retlige Ordning og Gjennemførelse af Kravet? — Dette vilde dog bero paa et Fejlsyn. Man kunde med samme Ret sige: Hvad nytter Forhør af en mistænkt Person, naar Resultatet bliver, at han viser sig at være uskyldig. Ligesom Forhøret er det nødvendige Middel til at skaffe os Sikkerhed i saa Henseende, yder netop ogsaa Kreditors Anførelse af Causa'en det fornødne Grundlag til Afgjørelsen af, hvilken Vederlagsforudsætning Løftet er knyttet til, og hvilket Afhængighedsforhold vi her-

efter nærmere skulle anse etableret med Hensyn til deres indbyrdes Realisation.

Det sidste Spørgsmaal bortfalder nu af sig selv, hvor Svaret paa Vederlagsspørgsmaalet falder benægtende ud, idet Causa'en oplyses at være rent donatorisk. Overalt, hvor der derimod fra den berettigedes Side skal tilsvares noget, der retlig kan komme i Betragtning, bliver det Spørgsmaal brændende, hvorvidt den virkelige Erlæggelse deraf danner Forudsætningen for Løftets Fuldbyrkelse. I saa Henseende maa nu vistnok forskjellige Tilfælde sondres.

Det kan for det første være, at Løftet maa siges at være uden Indhold, saa længe en Præstation fra den ifølge det berettigede ikke har fundet Sted. Dette gjælder om Retshandler svarende til Romerrettens benævnte Realkontrakter. Da disse efter deres Indhold gaa ud paa Restitution, kunne de ikke aktuelt gjøres gjældende, forinden den Præstation, der skal restitueres, virkelig godtgjøres at have fundet Sted.

Men noget lignende maa ogsaa gjælde, hvor der i Nutiden lader sig paavise Retsforhold konstruerede paa lignende Maade som *contractus reales innominati*. Disses Ejendommelighed bestod jo i, at det blotte Løfte ikke havde nogen Virkning, men at Pligten først stiftedes i det Øjeblik, Erlæggelse fra den ene Parts Side havde fundet Sted. I Nutiden maa nu vel et Løfte selv uden foregaaende Realpræstation erkjendes for gyldigt. Men et noget beslægtet Forhold kan dog stadig fremkomme, nemlig hvor der vel fra den ene Side foreligger Løfte om en Ydelse mod en Præstation fra den anden Part, medens denne derimod ikke har paataget sig nogen retlig Forpligtelse i saa Henseende, saa at det ganske er overladt til hans frie Vilje, om han vil effektuere Modpræstationen eller ikke.¹⁾ Da Løftgiveren her ikke har nogetsomhelst selvstændigt Retsmiddel til Opnaelse af Vederlaget, og altsaa vilde blive stillet ganske retløst, hvis man ogsaa nægtede ham denne Adgang til at skaffe sig det, maa Løftet i saadanne Tilfælde sikkert antages at være stillet i absolut Afhængighedsforhold til Modpræstationens virkelige Erlæggelse.

Imidlertid hersker i Nutiden det frie Konsensualprincip: de blotte obligatoriske Overenskomster ere i Almindelighed forpligtende, uden at der behøver at komme noget yderligere til. Som Følge heraf ville Parterne ogsaa i Reglen have skabt

¹⁾ jfr. »contingent consideration« i engelsk Ret, Pollock l. c. S. 172.

en foreløbig Sikring af deres Mellemværende, indtil den endelige Udvexling af Præstationerne kan finde Sted, ved Hjælp af obligatoriske Løfter paa begge Sider. Her har altsaa allerede derigjennem hver af Parterne en vis Sikkerhed for sin Præstation, saa at Betragtningen om den retløse Stilling, hvori han kunde blive bragt, ikke her kan siges at passe. Paa den anden Side er det dog klart, at den ham gjennem Modpartens Løfte ydede Sikkerhed ofte vil vise sig ret problematisk, og at det ihvertfald vil være fordelagtigere for ham, om han ogsaa kan sikre sig paa den Maade, at han gjør sit Løftes Opfyldelse afhængig af Opfyldelse fra den anden Parts Side. Det bliver altsaa ogsaa her et praktisk Spørgsmaal, hvorvidt en saadan Adgang staar ham aaben.

Man kan ikke her anføre selve disse Kontraktens »konsensuale« Natur imod at gjøre deres Virkning afhængig af et reelt Moment som Præstationens Erlæggelse fra Modpartens Side. At de ikke ere »Realkontrakter«, vil kun sige, at deres Gyldighed ikke ifølge ufravigelig Lovforskrift er betinget af en Realpræstations Foretagelse af den, der vil støtte Rettigheder paa dem. Men dette udelukker selvfølgelig ingenlunde, at deres Virkning ifølge selve deres Indhold til en vis Grad kan være gjort afhængig af et saadant Moment.¹⁾ Og i saa Henseende er det ingenlunde sikkert, at en Part, fordi han til sit Løftes Afgivelse lader sig nøje med et Løfte om Vederlag fra den anden, ogsaa vil tage til Takke med denne dog kun potentielle Værdi som Ækvivalent for sit Løftes Fuldbyrdelse. Tvertimod vil det i mange Tilfælde være det naturlige og billige, at han ikke skal kunne tvinges til dette afgjørende økonomiske Skridt uden ogsaa selv at blive sat i definitiv Besiddelse af den til Gjengjæld lovede Fordel. Man maa derfor, som en engelsk Forfatter²⁾ siger, altid nøje undersøge, hvorvidt ikke, foruden at hvert Løfte er consideration for det andet, ogsaa Fuldbyrdelsen deraf paa den ene Side er en Betingelse for Retten til at forlange Fuldbyrdelse paa den anden.

Hermed er ogsaa dette Spørgsmaals Sammenhæng med considerations-Materien antydet. Det er i Virkeligheden kun en Underafdeling af det almindeligere Problem om Vederlagsforudsætningens nærmere Bestemmelse ved den enkelte Rets-

¹⁾ jfr. Hartmann i Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 77 S. 237.

²⁾ Pollock l. c. S. 248.

handel. Det er jo nemlig klart, at jo flere og sikrere Retsmidler der tillægges en Part til Vederlagets Opnaaelse, desto mere bliver ogsaa hans Vederlagskrav reelt værdt. Spørgsmaalet bliver altsaa i hvert enkelt Tilfælde, om der skal tillægges ham dette juridisk set større, fordi ved flere Retsmidler tilsikrede, Vederlag, eller om han maa nøjes med den mindre gunstige Stilling, for sit Vederlagskrav udelukkende at være henvist til Modpartens Løfte og de Skadeserstatningskrav, der ved manglende eller mangelfuld Opfyldelse af dette maatte hjemles for ham.

Med Hensyn til dette Spørgsmaal kan derfor i det hele henvises til de ovenfor¹⁾ under det romerske og engelske Afsnit givne almindelige Udviklinger om Vederlagsforudsættningens nærmere Bestemmelse. Det vil af disse fremgaa, at man til Besvarelsen heraf først maa rette Opmærksomheden paa, om hvorvidt den paagældende Retshandel henhører til en saadan i Livet hyppig forekommende Kategori, at der kan antages at have udviklet sig »*naturalia negotii*« om paagældende Forhold, hvilke da uden videre finde Anvendelse, forsaavidt ikke Parterne i det enkelte Tilfælde maa antages at have gjort Undtagelse fra dem. For det her behandlede specielle Forholds Vedkommende kan der i saa Henseende mindes om, at der i den almindelige Varehandel anses hjemlet en *exceptio non adimpleti contractus* overfor Sælgerens Krav paa Betaling, medens omvendt i flere Lejeforhold Lejetageren ikke har en tilsvarende Indsigelse mod Udlejerens Fordring paa Lejeafgift.

Lader der sig ikke oplyse saadanne *naturalia negotii*, eller paastaas der i det enkelte Tilfælde netop at være gjort Afvigelse fra disse, er det heller ikke paa dette Punkt af Vederlagsforudsættningens læren muligt at opstille bindende Almenregler. Opgaven maa ogsaa her være gennem nøje Undersøgelse af Kontraktens Indhold og Fortolkning af den i Henhold til almindelige Erfaringsregler at søge at udfinde den Ordning, der passer bedst ind i hele det økonomiske Mellemværende, som har fundet Udtryk i Parternes Transaktion. Kun nogle enkelte objektive Hensyn, der netop specielt for det heromhandlede Spørgsmaal om Vederlagskravets Beskyttelse ved at gjøres til Betingelse for at kunne forlange Løftet fuldbyrdet kunne være vejledende, skulle her, i Tilknytning til den engelske Ret²⁾, anføres.

¹⁾ særlig S. 51 ff. og S. 298 ff. ²⁾ jfr. saaledes Pollock l. c. S. 246 ff., Leake l. c. S. 565 ff., Williams's Notes to Saunders' Reports I. S. 548 ff.

Hvis en bestemt Dag er fastsat for Løftets Fuldbyrdelse, og denne Dag ifølge Kontraktens Indhold nødvendig eller muligvis maa indtræde, førend det, der danner Vederlaget, skal præsteres, er Ydelsen af dette ikke nogen Betingelse for at forlange Løftet opfyldt, men Skyldneren maa i saa Henseende holde sig til sit selvstændige Vederlagskrav.

Det samme maa da gjælde, hvor slet intet bestemt Tidspunkt er fastsat for Erlæggelsen af Vederlaget, medmindre Kontrakten, enten fordi selve Ydelserne efter deres Natur kræve Samtidighed, eller en Retssædvane i saa Henseende lader sig oplyse, maa suppleres med en Klausul om samtidig Opfyldelse; da maa nemlig den for dette Tilfælde nedenfor givne Regel finde Anvendelse.

Maa omvendt Løftets Forfaldsdag indtræde efter det Tidspunkt, da Vederlaget skal præsteres, maa Klageren i Almindelighed godtgjøre dettes virkelige Erlæggelse som Grundlag for sit Krav. Dog beror Fastholdelsen og Udførelsen af denne Regel noget paa de nærmere Omstændigheder. Saaledes antages det i den engelske Ret, at hvor Vederlagskravet lider af Vagthed og Ubestemthed¹⁾, medens derimod Hovedkravet er klart og præcist, betragtes det første ikke som »condition precedent« for at forlange Fuldbyrdelse af det sidste, men Parten maa nøjes med at holde sig til sit eventuelle Erstatningskrav. Bortset herfra maa det noget afhænge af de paa et tidligere Sted fremstillede Synspunkter for Afgjørelsen af, hvorvidt hans Misligholdelse er saa væsentlig, at den kan siges at »gaa til Roden af Kontrakten«, om denne Misligholdelse afficerer Sagsøgerens Krav eller kun medfører en Erstatningspligt. Det vil saaledes navnlig komme an paa, om den har Hensyn til hele eller kun noget af Vederlaget, og i sidste Fald, om dette var saaledes deleligt, at det er muligt nøjagtig at vurdere den Erstatning, der i den Anledning skal ydes, eller omvendt af hel og udelelig Karakter, saa at den partielle Misligholdelse reelt bliver lig en total.

Skal endelig de to Akter foretages paa samme Tid (saaledes er man ogsaa tilbøjelig til at fortolke det almindeligere lydende »paa samme Dag«), maa Sagsøgeren i Almindelighed være nødsaget til at godtgjøre Udførelse eller Villighed og

¹⁾ Som et fra den engelske Praxis hentet Exempel kan nævnes, at der for Præstationen ikke er fastsat nogen bestemt Dag, men Aftalen kun lyder paa en »convenient speed« eller »reasonable time«.

Evne dertil paa sin Side som Betingelse for at gjøre sit Krav gjældende. Denne Sætning bringer man i den engelske Ret særlig til Anvendelse paa alle Tilfælde af Salg.

Det betones dog med Hensyn til disse Regler bestandig, at de kun have Betydning som vejledende og derfor maa vige for et hvilket som helst Udtryk for en modsat Vilje hos Parterne.

IV.

„Abstrakte“ Kontrakter.

§ 31.

Indledning. Delegation.

Begrebet »abstrakte Kontrakter« tages her saa vidt, at det omfatter ethvert Tilfælde, hvor der til en vis Grad kan siges at have fundet en »Abstraktion« eller Løsrivelse af Løftet fra dets Causa Sted, idet Afhængighedsforholdet mellem dem i den retlige Ordning fremtræder med en mindre intensiv Karakter end den i det foregaaende beskrevne. Derimod skal hermed ikke være noget præjudiceret med Hensyn til det Spørgsmaal, om overhovedet en fuldstændig Abstraktion i saa Henseende virkelig er mulig, saaledes at Causaforholdet helt udelukkes fra enhver Betydning ved den retlige Ordning af Forholdet. Endnu mindre skal der ved den fælles Titel være sagt noget om, at de herunder behandlede Forhold ogsaa forøvrigt skulde være knyttede sammen ved noget fælles Væsenmærke. Benævnelsen er blot brugt af rent literærhistoriske Hensyn, idet de herhenhørende Spørgsmaal i Literaturen sædvanlig findes sammenknyttede under dette Navn. Men det er meget vel muligt, at det ved nærmere Undersøgelse vil vise sig, at disse Forhold i Bunden intet have tilfælles og derfor ogsaa ved den nærmere Fremstilling maa sondres fra hinanden.

Først skal det sædvanlig mindst bestridte Tilfælde af Abstraktion, nemlig Delegations- eller Anvisningsforholdet, gøres til Gjenstand for Behandling, for derefter at gaa over til andre Forhold, hvor man har ment at kunne tale om en »abstrakt Kontrakt«.

Delegation eller Anvisningen i videste Forstand.

I Overensstemmelse med den allerede i Romerretten hjemlede Sprogbrug¹⁾ tages Begrebet Delegation her i en saa vid

¹⁾ v. Salpius l. c. S. 467, jfr. herved i det hele Udviklingerne ovenfor under det romerretlige Afsnit S. 109—132.

Betydning, at det omfatter ethvert Tilfælde, hvor Paatagelse af Skyld for en anden ifølge dennes Anmodning finder Sted, hvad enten dette sker til Afvikling af et allerede bestaaende Gjældsforhold mellem Deleganten og Delegataren og mellem Deleganten og Delegatus, eller Dispositionen i den ene eller anden Retning har et andet økonomisk Øjemed, f. Ex. foretages *credendi* eller *donandi causa*.

Den herskende Opfattelse gaar nu ud paa, at Delegationsløftet som saadant er eller ihvertfald kan gøres ganske uafhængigt af sin Causa. Hvilket økonomisk Maal der end i sig selv maatte have været bestemmende for Delegationsløftets Afgivelse, skal dette formentlig være uden al Indflydelse paa selve Delegationens retlige Virkning, om end det maaske i andre Retninger kan vise sin Betydning.

I den nyeste Tid har dog, som paa et tidligere Sted nærmere omhandlet ¹⁾, Kindel bestridt Sætningen om Delegationsløftets retlige Causaløshed. Det ejendommelige ved dette Løfte bestaar formentlig ikke i, at det maa betragtes som værende uden Causa, men netop omvendt deri, at det har hele to Causa'er, nemlig dels Retsforholdet mellem Delegataren og Deleganten, dels Forholdet mellem denne og Delegatus, og alle de særlige for Delegationen gjældende Regler, navnlig om dets Bestaaen uafhængig af et af disse Forholds Bristen, medens Bortfald af dem begge medfører Delegationens Ugyldighed, menes at kunne forklares og alene at kunne forklares ud fra dette Synspunkt. I Tilknytning og som Supplement til Udviklingerne ovenfor under det romerske Afsnit bemærkes herom følgende:

Naar der tales om to Retsgrunde for Delegationsløftet, gøres der i Virkeligheden en fra den almindelige afvigende Brug af dette Ord, hvilken for Kindels Vedkommende staar i Forbindelse med hans hele mærkelige, »ad suum usum« opstillede Causabegreb ²⁾, men som forøvrigt ogsaa andre Forfattere, der ellers holde paa den almindelige Terminologi, ved denne Materie ofte umærkelig glide over i, og som det derfor heller ikke ved Behandlingen af deres Anskuelser er let helt at undgaa. Fastholder man det sædvanlige Begreb om Causa som den afgjørende Forudsætning med Hensyn til Vederlaget for den, der forpligter sig ved et Løfte, vil der ikke let kunne

¹⁾ under det romerske Afsnit S. 121 ff.

²⁾ jfr. herom ovenfor S. 38 Note 2.

forbindes nogen fornuftig Forestilling med Kindel's to Delegationsgrunde. Causa'en kan vel for saa vidt være flersidig, som den efter Omstændighederne vil kunne lade sig opløse i flere forskjellige Forudsætninger med Hensyn til Vederlaget. Derimod lader et økonomisk Maal, om hvilket det, som med Hensyn til det formueretlige Resultat, der af Deleganten tilsigtes opnaaet overfor Delegatøren, er givet, at det i sig selv ikke har nogetsomhelst at gjøre med den forpligtede Delegats Vederlagsforudsætning, sig umulig bringe ind under Begrebet. At dog maaske ogsaa det indbyrdes Forhold mellem Delegant og Delegatør i et vist Omfang kan faa tillagt retlig Betydning, er ikke hermed udelukket. Hvor vidt dette kan antages at være Tilfældet, skal nedenfor nærmere berøres. For at holde Undersøgelsen ren, indskrænke vi den foreløbig til selve Vederlagscausa'en. En saadan maa Delegationen lige saa vel som ethvert andet Løfte have. Naar Delegationsløftet dog ofte siges at være uden Causa, kan Meningen derfor umulig være at benægte dette Faktum, men man vil hermed kun sige, at Causa'en retlig ikke faar nogen Betydning eller dog ihvertfald ikke den Betydning, som ellers tillægges den ved Løftet. Spørgsmaalet bliver da, om Delegationsforholdets særlige Karakter frembyder Momenter til i saa Henseende at statuere noget fra det almindelige afvigende.

Man vil nu let blive opmærksom paa en Ejendommelighed ved Vederlagsforudsætningen for dette i Modsætning til de fleste andre Løfter. Ved disse forventes Vederlaget fra selve den Person, overfor hvem Løftegiveren forpligter sig, med Hensyn til en delegeret Debitor stiller Forholdet sig derimod aabenbart anderledes. Han afgiver Forpligtelseserklæringen til Delegatøren, men venter sig ikke af denne noget Vederlag derfor. De Forudsætninger om Vederlag, som han herved maatte gaa ud fra, tænkes alene fyldestgjorte af den, for hvis Skyld han paatager sig Forpligtelsen, altsaa Deleganten, hvad enten hans Vederlag nu maatte bestaa i Frigjørelse for en bestaaende Skyld til denne, Erhvervelse af en Fordring imod ham eller en anden økonomisk Fordel.¹⁾

Hermed er Muligheden for en helt forskjellig retlig Ordning af Forholdet givet. Ved de almindelige Løfter medførte den nøje Forbindelse mellem Skyldnerens Pligt og hans Ret, der begge referere sig til samme Person, at Kreditor ikke

¹⁾ jfr. saaledes Danz i hans Skrift S. 113 ff., v. Blume l. c. S. 3.

kunde anses for beføjet til uden videre at løsrive de to psykologisk uadskillelige Momenter fra hinanden, ensidig tilegne sig den for ham gunstige Del af Skyldnerens Viljesytring, medens han slog en Streg over den for ham ugunstige Bestanddel af den og betragtede den som sig uvedkommende. Anderledes derimod med Vederlagsforudsætningen for et Delegationsløfte. Her er den netop i sig selv den Person, der skal støtte Ret paa dette, uvedkommende. Har Kreditor som Grundlag for Løftet oplyst en Delegation, ligger heri implicate, at Skyldneren ikke overfor ham forfølger noget selvstændigt økonomisk Formaal, men har stillet sig i en andens økonomiske Tjeneste, af hvem han derfor ogsaa maa vente sin Løn derfor. Ved altsaa at tilegne sig Løftet uden at bryde sig om dets Vederlagsforudsætning løsriver Delegatøren ikke to Momenter, der overfor ham var bestemte til at udgjøre et udeleligt Hele, men støtter sig paa en overfor ham ubetinget lydende Forpligtelseserklæring, hvis Virkning derfor kun ifølge særlig Hjemmel kan indskrænkes ved Forudsætninger om Fordele fra en Tredjemand, hvorfra Løftgiveren ved Paatagelsen af Pligten maatte være gaaet ud.

Selvfølgelig udelukker nemlig den Omstændighed, at Vederlaget forventes fra en anden end den, der skal have Retten ifølge Løftet, i og for sig ingenlunde, at de to Sider ved Forholdet af Løftgiveren kunne antages at være stillede i en saadan Afhængighed af hinanden, at Løftet ikke kan forlanges opfyldt, forinden Tredjemand har fyldestgjort Vederlagsforudsætningen. Man behøver blot at tænke paa andre Forhold, hvor Ret og Pligt findes fordelt mellem forskellige Personer i Stedet for som sædvanlig at være forenede hos en enkelt, f. Ex. Kommissionsforholdet, hvor Retten antages umiddelbart overført paa Kommittenten, medens Kommissionæren overfor Medkontra-henten hæfter for de af Kontrakten udspringende Pligter, eller Retshandeler in favorem tertii, hvor muligvis den for Tredjemand stiftede Ret er gjort afhængig af visse Pligters Opfyldelse fra Løftemodtagerens Side. Her kan selvfølgelig ikke Kommittenten eller Tredjemand rive Løftet ud af dets økonomiske Sammenhæng og derved faa det tillagt en betingelsesfri Virkning, som Parterne ikke havde tiltænkt det. Han maa derimod fremstille Transaktionen i sin Helhed som Grundlag for sin Ret og godtgjøre den deraf udspringende Causa's Realisation i de samme Tilfælde, hvor dette vilde paa-hvile ham med Hensyn til en Modpræstation, der skulde ud-

redes af ham selv. En lignende Forbindelse mellem selve Løftet og den til Tredjemand sig refererende Vederlagscausa kan ogsaa være bragt i Stand ved Delegationen. Hvornaar dette kan antages virkelig at være sket, skal nedenfor nærmere berøres. Men det ejendommelige ved Delegationen er netop, at en saadan Forbindelse ved den ikke behøver at finde Sted. Delegationsløftet kan ikke blot logisk tænkes at forekomme alene, men forekommer ogsaa virkelig hyppig saaledes i det praktiske Liv og udfolder netop i denne Skikkelse dér en vigtig økonomisk Funktion. Man kan derfor ikke uden videre stemple den, der støtter sig paa Delegationsløftet som saadant, uden dertil at knytte nogen Omtale af dets Vederlagsforudsætning, som en, der løsriver et Brudstykke fra den Helhed, hvori det kun dannede et enkelt organisk Led, men han gjør derved kun noget gjældende, som ikke blot i de fleste Tilfælde af den forpligtede Part virkelig har været tænkt for sig virkende, men som ogsaa gode økonomiske Hensyn tale for at tillægge en saadan selvstændig Virkning.

Fuldt korrekt vilde det nu forøvrigt næppe være, om man, som det plejer at ske, altid vilde søge Vederlaget for Delegationen udelukkende i Forholdet til den udenfor selve Delegationsløftet staaende Delegat og stedse betragte det som den derved berettigede Delegatar aldeles uvedkommende. Det maa for det første erindres, at selve Delegationen som saadan for den indtrædende Skyldner kan være en Fordel, der til en vis Grad kan betragtes som Vederlag for de af Delegationen flydende Pligter, og hvis Erhvervelse, hvor der er Tale om Indtrædelse i en allerede bestaaende Skyld, afhænger af den tidligere Kreditors Indvilgelse. I Almindelighed maa vel Delegationen i Forhold til Delegataren blot betragtes som en Byrde, men der lader sig tænke praktiske Tilfælde, hvor den med næsten lige saa stor Ret lader sig betegne som en Fordel. Dette gjælder f. Ex., hvor en Mand for at redde en Skyldner fra en Konkurs, i hvis Afværgelse han paa en eller anden Maade er interesseret, overtager en Del af hans Gjæld. Fremdeles gjælder noget lignende i det praktisk hyppige Tilfælde, hvor en Sammensmeltning af to Interessentskaber finder Sted, ved hvilken da et af de tidligere Selskabers Gjæld overtages af det nye. Ogsaa her kan Skyldovertagelsen til en vis Grad betragtes som en Fordel, af hvis Tilstaaelse fra de tidligere Kreditorer hele en saadan Transaktions praktiske Udførlighed

er betinget. Ogsaa i andre Tilfælde er Delegationen, selv om den maaske ikke i sig selv lader sig betegne som andet end en Byrde, en Betingelse for Opnaaelse af Fordele for Delegatus fra Delegatarens Side, som det staar denne frit for at nægte. Dette gjælder f. Ex., hvor Udlejeren har Ret til at modsætte sig Fremleje, og da betinger sit Samtykke dertil af, at den nye Lejetager overtager de af Lejeforholdet udspringende Pligter. Ja, det lader sig endogsaa tænke, at omvendt Delegatus betinger sin Skyldovertagelse af, at Delegataren paatager sig en vis Garanti med Hensyn til det mulig af Delegationen flydende Tab, f. Ex. af, at denne ligefrem indgaar en Kautionsforpligtelse for det Beløb, som Delegatus ikke maatte erholde dækket hos Deleganten. Ogsaa en saadan Delegation vilde kunne være af Fordel for Kreditor, idet den vilde sætte ham istand til at komme hurtigere og sikrere til sine Penge, end hvis han skulde vente, indtil den oprindelige Debitor blev istand til at betale.

I saadanne Tilfælde kan der altsaa til en vis Grad siges at ske Brud paa Principet om Vederlagsforudsættningens Lige-gyldighed overfor Delegataren. Men de have dog alle en noget særlig Karakter. I Lejetilfældet er det vistnok, forsaavidt angaar de Pligter, der forfalde efter Lejemaalets Overtagelse, overhovedet det rigtige slet ikke at tale om nogen Delegation, men derimod at betragte Sagen saaledes, at det tidligere Lejeforhold helt er ophævet, og i Stedet derfor traadt et nyt med den indtrædende Lejer, hvis Indhold blot til en vis Grad bestemmes ved det tidligere.¹⁾ I de andre Tilfælde er enten, som ved det sidst berørte Kautionsforhold, det Vederlag, der er Tale om fra Delegatarens Side, af en rent eventuel Karakter, saa at det ved selve Delegationspligtens Gjennemførelse viser sig uden aktuel Betydning, eller det er saa ubestemt og i selve Delegationen implicite indeholdt, at det ikke kan faa nogen selvstændig Betydning til paa dette Punkt at forandre Delegationsaktens Væsen. Tilbage bliver ihvertfald altid den Forskjel mellem dette og andre Løfter, at en saadan Forudsætning om Vederlag fra den, der ifølge det skal have Retten, ikke her kan betragtes som en saadan normal Bestanddel af Transaktionens Indhold, at denne uden en saadan maa anses for anomal, men tvertimod er noget ifølge Transaktionens Væsen tilfældigt og endog ekstraordinært, som det

¹⁾ jfr. Pollock l. c. S. 192, »Miller's case«, 3 Ch. Div. 391—393.

derfor maa paahvile den, der vil paaberaabe sig det, altsaa Delegatus selv, at gjøre gjældende¹⁾.

Ogsaa i den engelske Ret synes man for det ved en Delegation (Novation) afgivne Løfte at frafalde eller dog væsentlig at slappe den almindelige Fordring om en Consideration²⁾.

De foregaaende Udviklinger have stadig begrænset sig strængt til den Causa i egentlig Forstand, der ligger til Grund for selve Delegationsløftet, altsaa til den Forudsætning med Hensyn til Vederlaget, som Delegatus ved sit Løfte er gaaet ud fra. Men hermed er naturligvis ikke sagt, at dette Spørgsmaal i det praktiske Liv altid lader sig løse ganske for sig

¹⁾ Noget ganske lignende er forøvrigt Tilfældet med en efter Skyldnerens Anmodning paataget Kaution, men Forholdet er her næppe nogen- sinde blevet overset. Her vilde ikke let nogen falde paa at forlange positiv Oplysning om et Vederlag fra Kreditors Side som Betingelse for at gjøre Kautionsløftet gjældende. Kun i engelsk Ret sker der en vis Begrænsning heri, der vistnok staar i Sammenhæng med Considerationsbegrebets ejendommelige Snæverhed. Medens nemlig for en Kaution, der paatages, forinden Krediten er tilstaaet Skyldneren, selve Kreditydelsen anses for tilstrækkelig Consideration, kræves der for Gyldigheden af en senere paatagen »guaranty«, at Kreditoren til Gjengjæld underkaster sig visse Ofre, f. Ex. undlader at iværksætte en paatænkt Retsforfølgning »the specified time or a reasonable time«, Pollock: Contracts S. 179, Schuster i Busch' Archiv Bd. 46. S. 171, jfr. S. 129–130, Hartmann i Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 77. S. 226–227.

²⁾ jfr. Pollock: A Digest of the law of Partnership. 5th ed. 1890. S. 57–58. Naar det her med Hensyn til det praktiske Tilfælde ved Interessentskaber siges: »As between the incoming partner and the creditor, the consideration for the undertaking of the liability is the change of the creditors existing rights«, ligger heri sikkert i Virkeligheden en Fravigelse fra den almindelige Considerationsfordring. For det første synes man nemlig her at nøjes med en rent eventuel Forringelse af Retsstilling, medens man ellers kræver Oplysning om et bestemt »detriment« for den berettigede eller »benefit« for den forpligtede. Men dernæst er det ihvertfald i høj Grad tvivlsomt, om Tanken herom kan siges at have fremkaldt, været »inducement« for Løftet. Vederlaget maa for den nye Interessent siges at være de Fordele, som han venter sig af den med de tidligere Interessenter indgaaede Transaktion. Det er Forventningen om disse, der faar ham til til Gjengjæld at paatage sig visse Byrder, deriblandt ogsaa Forpligtelsen overfor den tidligere Kreditor. Nogen selvstændig Consideration i Forholdet mellem denne og den ny indtrædende Skyldner fordres altsaa ikke oplyst, jfr. ogsaa »Wilson v. Lloyd« (1873) 16. Eq. S. 60–76, hvor der heller ikke synes at være spurgt om nogen Consideration i Forhold til Kreditor for den ny Debtors Overtagelse af Pligten.

selv med fuldstændig Abstraktion fra alle Delegationens øvrige Momenter. Det maa tvertimod siges at staa i nøje Sammenhæng med og paa forskjelligste Maade saavel at influere paa som influeres af hele Delegationens Indhold.

Det er saaledes allerede paa flere Steder i det foregaaende antydet, at Delegationens Virkning kan bestemmes og begrænses derved, at Delegati Vederlagsforudsætning i Forhold til Deleganten gjøres til Bestanddel af dens Indhold overfor Delegataren. Men Forbindelsen viser sig ogsaa paa anden Maade. Den Omstændighed, at Delegatus modtager Vederlaget for sin Skyldpaatagelse af Deleganten, altsaa forsaavidt stiller sig i hans økonomiske Tjeneste, aabner Mulighed for, at han i sin Egenskab af dennes Repræsentant ogsaa efter Omstændighederne vil kunne anses at have faaet delegeret en vis Beføjelse, ja, maaske endog Pligt til at gjøre Indsigelser hentede fra Forholdet mellem Deleganten, som han repræsenterer, og Delegataren, gjældende, saa at derigjennem Causaforholdet mellem Delegans og Delegatar kan faa Betydning. Endogsaa en selvstændig Ret for ham i saa Henseende maa efter Omstændighederne anses for begrundet. Medens der nemlig vel i Almindelighed kun vil være Tale om at udøve denne Beføjelse i Delegantens Interesse, kan der dog ogsaa tænkes Tilfælde, hvor en selvstændig Interesse hos Delegatus kan kræve dens Udøvelse. I de fleste Tilfælde vil han ganske vist være tilstrækkelig sikret ved det Vederlag for Delegationen, som tilkommer ham fra Deleganten. Men hvor der undtagelsesvis slet ikke er Tale om noget saadant, eller dog hans i den Retning gaaende Forudsætninger ere bristede, og han maaske ifølge Delegationens Indhold maa anses udelukket fra at gjøre dette Moment gjældende overfor Delegataren, vilde det kunne være af betydelig Interesse for ham, om det da stod ham aabent at værgе sig mod Delegatarens Krav, derved at han gjorde Indsigelser hentede fra dennes og Delegantens indbyrdes Forhold gjældende imod det. En Undersøgelse af Causaforholdets Betydning ved Delegationen kan derfor ikke anses for udtømmende, med mindre den ikke indskrænker sig til den herfor til Grund liggende Causa mellem Delegatus og Delegans, men ogsaa indlader sig paa Spørgsmaalet om, hvorvidt Momenter hentede fra Causaforholdet mellem Deleganten og Delegataren enten alene eller i Forbindelse med Momenter hidrørende fra det første kunne faa retlig Betydning.

Forholdet kan nu i saa Henseende stille sig forskjelligt.

I. Delegationsløftet kan (det saakaldte »titulerede« Delegationsløfte) udtrykkelig være stillet i Afhængighedsforhold til Retsforholdene mellem henholdsvis Delegatus og Delegans, og denne og Delegataren, eller til et enkelt af dem. I Klasse hermed maa stilles de Tilfælde, hvor denne Afhængighed vel ikke har fundet udtrykkelig Omtale i selve Delegationsakten, men hvor den af de denne forberedende Forhandlinger fremgaar paa en for Delegataren lige saa kjendelig Maade, som om det havde været Tilfældet.

Kaldes Delegatus A, Deleganten B og Delegataren C og holdes det praktisk hyppigste Tilfælde for Øje, hvor de Forhold, hvortil Delegationen refererer sig, er en bestaaende Skyld mellem Delegatus og Deleganten eller mellem denne og Delegataren, kan Forholdet antage en af følgende tre Skikkelser:

a. A lover at betale paa B's Skyld til C, hvad han selv skylder B.

b. Han lover ganske i Almindelighed at betale til C, hvad han selv skylder B.

c. Han lover for B at betale, hvad denne skylder C.

I alle disse Tilfælde anses Forholdet i Almindelighed for ganske klart. I Tilfældet a) antages Delegationspligten ved de to Pligtforhold, hvortil den er knyttet, at have fundet sin dobbelte Grænse, saaledes at Delegationsløftet kun opretholdes i det Omfang, hvori de formentlige Skyldforhold saa vel mellem B og C som mellem A og B virkelig befindes gyldige. I b) foreligger der en aktiv Succession for C i Delegantens Ret mod Delegatus, i c) en passiv Succession af Delegatus i Delegantens Pligt mod Delegataren, og i intet af Tilfældene kan derfor Delegatarens Ret eller Delegati Pligt paa noget Punkt blive af større Omfang end hjemlet ved det Retsforhold, hvori der succederes.

Om end nu denne Opfattelse i de fleste Tilfælde træffer det rette, fremtræder dog dens Resultater med en mere absolut Karakter, end de Forskjelligheder, der i Virkeligheden gjøre sig gjældende mellem de heromhandlede Forhold, tilstede. Den formentlige logiske Nødvendighed for her at statuere en absolut Afhængighed mellem Delegationsløftet og det til Grund liggende Retsforhold bør ikke forvirre os. Det er herefter vel sandt, at forsaavidt der overhovedet endnu efter Delegationen bestaar en Ret til at gjøre Indsigelser mod de oprindelige mellem Delegatus og Deleganten eller mellem denne og Delegataren bestaaende Forhold gjældende, ramme disse ifølge selve Delegationsaktens

Indhold ogsaa det nye Løfte. Men Spørgsmaalet er netop, i hvilket Omfang en saadan Indsigelsesret endnu maa anses bevaret. I saa Henseende maa nu gjøres opmærksom paa, at netop Delegationen selv kan have hidført en vis Begrænsning i saa Henseende, idet der efter Omstændighederne maa tillægges den Virkning som en mere eller mindre vidtrækkende Anerkjendelse af en Skyld ifølge det til Grund liggende Retsforhold, saa at ogsaa Delegatus derved i større eller mindre Omfang maa anses udelukket fra at gjøre Indsigelser mod dette gjældende overfor Delegataren. Til nærmere Bestemmelse af, hvornaar dette kan antages at være Tilfældet, ville vi først betragte det Forhold, hvor Delegationen alene eller tillige henviser til en bestaaende Skyld mellem Deleganten og Delegatus.

Lyder nu Delegationen her saa ubestemt som ovenfor under a) og b) anført, saaledes at Delegatus kun lover at betale, »hvad han skylder Deleganten«, indeholdes heri klart nok ikke det mindste Moment, hvortil en for Delegatus bindende Anerkjendelse af hans tidligere Skyld kunde knyttes. Hvad han skylder og dermed ogsaa, om han overhovedet skylder Deleganten noget, lades netop helt in suspenso, og Delegationsløftet kan derfor heller ikke faa nogen Virkning, uden at dette først bringes paa det rene¹⁾.

Mulighed for Tvivl kan først opstaa, hvor Delegationsløftet bestemt nævner den Sum, hvortil den tidligere Skyld beløber sig, f. Ex. lyder paa at betale »de 100 Kr., som jeg skylder«. Heri kan der ligge en ihvertfald overfor Delegataren bindende Anerkjendelse af at skylde dette Beløb, saaledes at denne ikke behøver at finde sig i, at Indsigelser fra det tidligere Forhold fremsættes imod ham. Hvorvidt dette i det enkelte Tilfælde virkelig kan antages, beror dog i høj Grad paa Omstændighederne.

I saa Henseende er det naturligt først at se hen til selve Delegationens Ordlyd. Lyder Delegationen f. Ex. paa at betale »de 100 Kr., som jeg maatte befindes at skylde Deleganten«, kan der selvfølgelig ikke være Tale om heri at se nogensomhelst Anerkjendelse af bestaaende Skyld.

Hvis han derimod omvendt selv siger »de 100 Kr., som jeg erkjender at skylde«, maa utvivlsomt i Almindelighed Delegataren kunne holde ham fast ved hans egen Anerkjendelse.

¹⁾ Delegationsløftet er, som Gide udtrykker det, ugyldigt, fordi det er »sans objet«, l. c. S. 255.

Hvilken Virkning der skal tillægges en saadan Anerkjendelse fra Skyldnerens Side i Forhold til Kreditoren¹⁾, kan maaske være noget tvivlsomt. Men givet er det, at det Hovedhensyn, der i saa Henseende skulde kunne føre til Begrænsninger, nemlig Hensynet til at afværge materielt uretfærdige Resultater, ingenlunde kommer frem i samme Grad her, hvor det jo altid vilde staa Delegatus aabent at søge Godtgjørelse for det Tab, han maatte have lidt ved sit under urigtige Forudsætninger afgivne Delegationsløfte, hos Deleganten, hvis Skyldner han havde troet at være. Og paa den anden Side staar her Hensynet til Delegataren, der i Almindelighed vil mangle Adgang til at komme til Kundskab om den nærmere Karakter af Forholdet mellem Deleganten og Delegatus, hvorfor han i saa Henseende maa have Lov til at holde sig til Delegati egen Erklæring i saa Henseende og forlange den tillagt den fulde ubetingede Virkning, som den efter dens Ordlyd har, med mindre han ved ganske særlige Momenter er blevet gjort opmærksom paa, at den kun kunde forstaas med en vis Begrænsning.

Noget mere tvivlsomt stiller Forholdet sig, hvor Delegationsløftet mere almindelig lyder paa at betale »de 100 Kr., som han skylder Deleganten«. Betragter man disse Ord strængt logisk, synes med Nødvendighed af dem at følge, at han kun skal betale de 100 Kr. til Delegataren, forsaavidt han virkelig viser sig at skyldte Deleganten dem. Men ogsaa her bliver Spørgsmaalet, om der ikke herved er sket en ihvertfald overfor Delegataren bindende Anerkjendelse af denne Skyld, saa at han har afskaaret sig fra at rejse Insigelser imod den.

I og for sig er man nu næppe beføjet til deri at se mere end en Formening om at være Deleganten dette Beløb skyldig²⁾. Allerede i denne Egenskab vil Udtalelsen være af en vis Betydning for Delegataren, idet han maa have Ret til foreløbig at henholde sig til Delegati egen Tilkjendegivelse i saa Henseende, saa at det maa være dennes egen Sag at godtgjøre, at hans Formening havde været urigtig. Derimod at gaa det Skridt videre at nægte en saadan Paavisning al retlig Betydning, idet man trods denne holder ham bunden ved hans »Anerkjendelse« af Skylden, vil man sikkert i Almindelighed savne Hjemmel til. Imod en saadan Opfattelse taler særlig

¹⁾ se herom nedenfor i § 33 D. Note 1.

²⁾ jfr. ovenfor S. 113.

det Faktum, at han jo ikke har afgivet noget »rent« Delegationsløfte, men netop stillet det i Afhængighedsforhold til den formentlige Skyld, hvilket i de fleste Tilfælde vilde komme til at savne al fornuftig Betydning, hvis man tiltrods derfor holdt ham bunden ligesaa ubetinget, som om ingen saadan Tilføjelse var sket.

Kunne imidlertid de anførte Ord ikke i sig selv siges at frembyde tilstrækkelige Momenter for at statuere en bindende Anerkjendelse af Fordringen, er dermed selvfølgelig ikke udelukket, at en mere eller mindre vidtrækkende Virkning i saa Henseende kan fremgaa af de nærmere Omstændigheder, under hvilke en saadan Delegation er foregaaet.

Ere under de ledsagende Forhandlinger Parterne gaaede ud fra den delegerede Skyld som rent potentiel og af fremtidige, endnu ubestemmelige Momenter afhængig, kan der selvfølgelig ikke være Tale om i Delegationen at se nogen bindende Anerkjendelse med Hensyn til en saadan Skyld. Til en vis Grad anderledes stiller Forholdet sig derimod med Hensyn til en Skyld, hvis endelige Tilblivelse ikke af Parterne er tænkt afhængig af noget fremtidigt Moment, og som derfor, om overhovedet, allerede i Delegationens Øjeblik maatte antages for gyldig at være kommet til Existens. Her er det naturligt i Delegationen at lægge en ihvertfald i Forhold til Delegataren bindende Renunciation paa Indsigelser, om hvilke det i Delegationens Øjeblik maatte staa Delegatus klart, at han med Virkning kunde fremsætte dem. Selv om man maatte nære Betænkelighed ved at gaa saa vidt til Fordel for den oprindelige Kreditor, er det dog klart, at mere vægtige Grunde tale for at statuere dette Resultat til Gunst for den ved Delegation indtrædende, der sædvanlig vil savne ethvert Middel til at værges sig mod Indsigelser hentede fra det oprindelige Skyldforhold, hvis nærmere Karakter han i Reglen ikke vil have nogen Adgang til at kjende. Ved denne Mulighed for Fortabelse af Indsigelser, som Debtors Medvirkning ved den nye Kreditors Indtræden aabner, viser der sig ogsaa i Nutiden en praktisk Forskjel mellem den her behandlede »aktive Delegation« og den egentlige Cession, ved hvilken ingen saadan Medvirkning finder Sted, og hvor man derfor heller ikke paa Skyldnerens antagelige Vilje kan bygge nogen Præjudits af hans tidligere Retsstilling ¹⁾.

¹⁾ jfr. Bähr l. c. S. 196—197 (145—146), der dog sikkert gaar for vidt, naar han i saadanne Tilfælde ganske generelt vil statuere en bin-

Det kan vel endogsaa ikke anses udelukket, i de Omstændigheder, hvorunder en saadan Delegation har fundet Sted, at finde Hjemmelen for at statuere en ganske almindelig forbindende Anerkjendelse af den delegerede Skyld overfor Delegatøren, saa at i Forhold til ham enhversomhelst Indsigelse mod denne maa anses afskaaren. Hovedindvendingen herimod var jo, at Delegationens Henvisning til en bestaaende Skyld da synes at blive overflødig. Men hvor denne Indvending afkræftes derved, at det godtgjøres, at den paagjældende Passus har været bestemt og netop udelukkende bestemt til at have sin Betydning til nærmere Regulering af Mellemværendet mellem Delegatus og Deleganten, er hermed indirekte konstateret, at den overfor Delegatøren skal være uden Indflydelse. Delegationsløftet bliver da i Forhold til ham at betragte som »rent«, og de Regler, der strax nedenfor skulle fremstilles angaaende et saadant, maa da komme til Anvendelse. For at en saadan Opfattelse overhovedet skal være mulig, maa Forudsætningen være, at Ordningen af Forholdet mellem Delegatus og Deleganten og mellem Delegatus og Delegatøren er foregaaet under et, enten ved fælles mundtlige Forhandlinger mellem dem eller, som ved det almindelige Anvisningsforhold, ved et fælles skriftligt Dokument. Kun da kan der være Tale om at indskrænke en Viljestilkjendegivelse, der tilsyneladende er rettet paa éngang til Deleganten og Delegatøren, til kun at angaa den første af dem, om end der naturligvis selv under disse Forhold maa komme ganske særlige Momenter til for at foretage en saadan indskrænkende Fortolkning med Hensyn til en almindelig lydende Viljestilkjendegivelse. Er Delegationen derimod sket ved et selvstændigt Dokuments Udstedelse til Delegatøren alene, vilde, hvis man ikke vilde tillægge Henvisningen til den tidligere Skyld nogen Virkning i Forhold til ham, denne overhovedet komme til at staa aldeles overflødig, hvilket dog altid maa siges i højeste Grad at have Formodningen imod sig. —

Endnu er ikke særlig omtalt, hvilken Virkning det udøver paa Delegationsakten, at denne ifølge selve sit Indhold alene eller tillige er knyttet til et bestaaende Retsforhold mellem Delegatøren og Deleganten, altsaa f. Ex. i de ovenfor under a) og c) berørte Tilfælde, hvor Delegationsløftet lyder paa at betale, hvad Deleganten skylder til Delegatøren.

dende Anerkjendelse, jfr. ovenfor S. 113. I lignende Retning som Bähr ogsaa Jul. Lassen Haandbog I. S. 581—582.

Her stiller Forholdet sig i det hele mindre kompliceret, end hvor Spørgsmaalet drejede sig om, hvor vidt Delegationsløftet kunde anses stillet i Afhængighed af et Skyldforhold mellem Delegatus og Delegans. I Forholdet til Delegataren spiller Delegatus kun en Rolle som en Repræsentant, hvem det er blevet anvist for den oprindelige Skyldner at betale hans Gjæld. Der er ikke tillagt ham nogen Kompetence til at gribe forstyrrende ind i det bestaaende Forhold mellem de oprindelige Parter, han har kun modtaget et Mandat til Afvikling af det i den Skikkelse, som det virkelig har mellem Deleganten og Delegataren. Kun vil der maaske ogsaa her ved Delegationen kunne være hidført en vis Modifikation i det oprindelige Forhold mellem Parterne.

I Forbindelse med Anvisningen af den ny Skyldner kan der nemlig have fundet en vis Anerkjendelse af Gjælden Sted fra Delegantens Side, og en saadan kan da naturligvis Delegatus ikke anfægte. Hvorvidt dette kan antages at være sket, vil dog altid være noget i Forhold til Delegationens Væsen tilfældigt og maa ganske afgjøres efter de almindelige Regler om bindende Anerkjendelse fra en Debtors Side af hans Gjæld overfor Kreditor, hvilke nedenfor i § 33 samlet skulle fremstilles, og hvortil derfor her i det hele kan nøjes med at henvises. Kun skal bemærkes, at, for at der overhovedet skal kunne blive Tale om noget saadant, maa det delegerede Skyldforhold ikke befinde sig i det rent foreløbige, af fremtidige Momenter betingede Stadium, men have antaget en vis definitiv Karakter, og Delegationen da foretages til dets Afvikling paa lignende Maade som egentlig Betaling. Selv bortset fra dens Virkning som en saadan retlig forbindende Anerkjendelse, vil forøvrigt Delegationen kunne være af en vis faktisk Indflydelse til at afskære Indsigelser mod Forholdet, idet den Omstændighed, at en ny Skyldner indsættes, vil kunne medføre, at visse Indsigelser, som den oprindelige Debitor i og for sig ikke kunde anses retlig afskaaret fra at gjøre gjældende, maaske af den delegerede Skyldner undlades at fremsættes, fordi han savner Kundskab om dem eller dog ikke har tilstrækkelige Midler til at godtgjøre deres Rigtighed overfor Kreditoren.

II. Vi gaa nu over til Betragtningen af det saakaldte »rene« Delegationsløfte, hvorved forstaas et saadant, der hverken ifølge sit udtrykkelige Indhold eller ifølge de for Delegataren kjendelige Omstændigheder, hvorunder det er afgivet, af denne

maatte fortolkes som stillet i Afhængighedsforhold til noget af de Retsforhold, hvorefter det udspringer, altsaa kun simpelt hen lyder paa, at Delegatus forpligter sig til at erlægge noget vist til Delegataren.

Med Hensyn til et saadant er der nu ingen Tvivl om, at det i sig selv maa danne et tilstrækkeligt Søgmaalsgrundlag for Delegatarens Krav. Denne maa kunne nøjes med at gjøre gjældende, at den Sagsøgte ifølge en andens Anvisning har afgivet et Løfte af et vist Indhold til ham; nogen Causa for dette udover det i selve Delegationen implicite liggende kan ikke af ham fordres oplyst.

Det maa altsaa ihvertfald være Delegati egen Sag, naar han vil gjøre Indsigelser hentede fra de til Grund for Delegationen liggende Retsforhold gjældende, at oplyse den nærmere Karakter af disse. Selv naar han har gjort dette og paavist, at den afgjørende Forudsætning for begge eller det ene af dem er bristet, er det imidlertid ingenlunde sikkert, at saadanne Momenter, der direkte ikke angaa Delegationsakten selv, dog skulle have nogen Virkning til at anfægte dens Gyldighed, men i hvilket Omfang dette kan antages at være Tilfældet, er et Spørgsmaal, der kræver særlig Undersøgelse.

A. I visse Tilfælde vil Spørgsmaalet allerede have fundet sin endelige Besvarelse gennem den Form, hvori Delegationen er foregaaet, eller maaske ogsaa Karakteren af det Forhold, hvortil den har Hensyn. Undertiden knytter nemlig den almindelige Retsopfattelse allerede hertil, uden nærmere Undersøgelse af de konkrete Omstændigheder, hvorunder det er sket, en Regel om Delegationsløftets selvstændig virkende Karakter med Udelukkelse af enhver Indsigelse fra det til Grund derfor liggende Forhold.

Dette gjælder sikkert om den almindelige skriftlige Anvisning lydende paa Penge eller lignende fungible Ting. I Udstedelsen, Modtagelsen og Accepten af en saadan uden nogen begrænsende Klausul ser den konventionelle Opfattelse med Rette et Udtryk for den Vilje at skabe et nyt, selvstændigt Mellemværende, hvis Virkning ikke skal kunne forstyrres ved noget Moment hentet fra de oprindelige mellem Assignatus og Assignant eller denne og Assignataren bestaaende Forhold, der maatte have fremkaldt det. Den betydningsfulde Rolle, som saadanne Anvisninger spille for Nutiden søkonomiske Liv, vilde ellers let helt forskærtes¹⁾. Med det tyske Udkast i dets første

¹⁾ jfr. Entw. eines bürg. Gb. I. Lesung § 607, II. Les. § 620, Mot. II. S. 559 ff.

Læsning¹⁾ at gaa det Skridt videre at tillægge den skriftlige Anvisning ganske uden Hensyn til dens Gjenstand denne ubetingede Virkning kan den konventionelle Opfattelse næppe siges at give tilstrækkelig Støtte for, eller Samfundets økonomiske Trang i Almindelighed siges at kræve. Der kan vel maaske ogsaa her ved Anvisningens skriftlige og rene Form vækkes en vis Formodning for, at der har været tiltænkt den uafhængig Karakter, saa at det vel endogsaa i Tvivilstilfælde kan gjøre Udslaget, men nogen almindelig forbindende Regel i denne Retning tør sikkert ikke opstilles. Fordringen om Skriftlighed gaar det endnu mindre an at fravige. Ogsaa den mundtlige Anvisning kan der vel efter Omstændighederne antages at være tillagt selvstændig, ifølge de oprindelige Forhold ganske uanfægtelig, Natur, men dette beror netop i høj Grad paa en nærmere Undersøgelse af det konkrete Tilfældes ejendommelige Momenter; nogen almindelig Regel eller blot Formodning om en saadan Ordning tør man ikke paa Forhaand bringe til Anvendelse²⁾.

Kun for Handelsforholdenes Vedkommende kunde der blive Spørgsmaal om at frafalde disse Begrænsninger med Hensyn til den abstrakt virkende Anvisnings Form og Gjenstand, saaledes som det i Almindelighed antages virkelig at være sket ved den tyske Handelslov³⁾. Hvor saadan særlig Hjemmel mangler, tør man imidlertid næppe statuere nogen bindende Handelsopfattelse i denne Retning. Det formelle System, som Handelsretten opstiller om Anvisninger, er uddannet med de sædvanlige Penge- og Vareanvisninger for Øje og lader sig derfor ikke uden videre overføre paa et hvilket som helst Tilfælde, hvor en Person paa en eller anden Maade giver en anden Anvisning paa en hvilken som helst Ting. Hvor vidt i Retning af formel Abstraktion man i saadanne Tilfælde skal gaa, maa i høj Grad afhænge af de nærmere Omstændigheder. Forholdets handelsretlige Karakter vil kun være af en vis medbestemmende Betydning ved Afgjørelsen, forsaavidt som nemlig den Tendens i Retning af det noget stive, formelle, der i det hele udmærker Handelsretten, vil gjøre det mere naturligt ogsaa paa dette Punkt at statuere noget lignende.

¹⁾ § 605, jfr. derimod II. Lesung § 619.

²⁾ jfr. Mot. til Entw. II. Bd. S. 560.

³⁾ jfr. tysk H. G. B. Art. 300, Staub: Kommentar. 2. Aufl. 1894. S. 638, Thöl: Handelsrecht. 6. Aufl. S. 1075, Endemann: Handelsrecht. S. 568, Cohn i Endemann's Handbuch des Handelsrechts III. S. 1102.

B. Tilbage staar Undersøgelsen af de Tilfælde, hvor hverken Delegationsløftet ifølge selve sit Indhold er stillet i Afhængighed af de oprindelige Forhold, eller hvor omvendt allerede ifølge dets Karakter af skriftlig Pengeanvisning el. lign. en absolut Uafhængighed i denne Retning paa Forhaand tør statueres. Her maa da atter foretages den ofte gjorte Sondring, efter som nemlig de Indsigelser, der fremsættes, have Hensyn enten til Dækningsforholdet eller til Valutaforholdet eller til begge.

a. Det forudsættes altsaa først, at der fra Retsforholdet mellem Deleganten og Delegatus kan rejses Indsigelser, der ville medføre dets Ugyldighed, medens omvendt Forholdet mellem Deleganten og Delegataren er ganske mangelfrit. I dette Tilfælde maa man sikkert ogsaa i Nutiden med Romerretten antage, at denne Omstændighed ikke uden særlig Hjemmel for det modsatte kan berøre Delegationsløftets Gyldighed. Der gaas jo her ud fra, at dets retlige Sammenhæng med netop dette Retsforhold ikke er gjort kjendelig for Delegataren. Under denne Forudsætning vil Delegati Indsigelse overfor Delegataren fremtræde som en fuldstændig Overraskelse, som han ikke kunde vente og derfor heller ikke forberede sig paa, ja, som han i Almindelighed, selv om han nok saa meget havde tænkt sig Muligheden af dens Fremsættelse, dog paa Grund af sit fuldkomne Ukjendskab til den nærmere Beskaffenhed af det indbyrdes Mellemværende mellem Deleganten og Delegatus vilde savne Midlerne til at væрге sig imod. Skal Delegationsinstituttet derfor ikke fuldstændig berøves sin praktiske Betydning i Nutidens Retsliv, maa saadanne Momenter overlades til indbyrdes Ordning mellem de Parter, hvem de direkte angaa, og den ganske uden for dette Forhold staaende Delegatar have Ret til at fastholde Delegatus ved hans uden Indskrænkning afgivne Løfte. Ved dettes Karakter af Delegation fremgaar det jo netop, at Løftgeveren ikke forfølger noget selvstændigt økonomisk Maal i Forhold til Modtageren, men alene spiller Rollen som Mellemand til Afvikling af et Retsmellemværende mellem ham og den anvisende Tredjemand, hvilket forudsættes ikke at lide af nogen Mangel.

Selv om det Forhold mellem Delegant og Delegat, i Henhold til hvilket Delegationen er sket, var forbudt ved Lov eller stridende mod Ærbarhed, vilde dette næppe have nogen Virkning paa Delegationen, forsaavidt der ikke til at sikre Forbudets Effektivitet er givet nogen særlig Bestemmelse i saa Henseende. Hvilke Ulovligheder der nemlig end maatte have

fundet Sted mellem Delegans og Delegatus indbyrdes, maa Delegataren have Ret til at afvise dem som sig uvedkommende. For ham er. Delegationsløftet nemlig kun Midlet til Opnaaelse af den lovlige Ret, der tilkommer ham overfor Deleganten.

Er det herefter ikke blot paa Delegatarens Mangel paa Adgang til at kjende og bedømme den nærmere Natur af Delegati Forhold til Deleganten, at Vægten ved Fastsættelsen af denne Ordning er lagt, men ikke mindre paa hans egen positive Ret overfor Deleganten, paa hvis uhindrede Fyldestgjørelse ved Delegatus som Middel han har billigt Krav, kan endnu spørges, om da ikke Resultatet noget maa afhænge af den nærmere Karakter af denne Ret og af, hvilket Maal af Beskyttelse den herefter maa siges at fortjene.

Der kunde saaledes blive Spørgsmaal, om man ikke ogsaa i Nutiden maatte billige den romerretlige Afgjørelse, der i et Tilfælde, hvor en formentlig Skyldner lover noget til den, som hans formentlige Kreditor vil yde en Gave, indrømmer Løftegiveren *exceptio indebiti* overfor Donataren. Men dette staar i Sammenhæng med den klassiske Romerrets almindelige Utilbøjelighed til at yde Beskyttelse for den ufuldbyrdede *donatio* og kan derfor højst kun antages i Retsforfatninger, hvor endnu noget tilsvarende maa siges at være Tilfældet. I Lovgivninger derimod, hvor der principielt tillægges Gaveløftet samme Kraft og Virkning som andre Løfter, maa ogsaa Delegantens Donatar erkjendes at have Krav paa fuld Beskyttelse for sin Ret, saa at han navnlig lige saa vel som andre Delegatarer kan modsætte sig, at Delegatus afkræfter sit Løfte ifølge Momenter, som han ikke kunde vide nogen Besked om.

I et enkelt Tilfælde kan der dog maaske rejses Tvivl. Det er nemlig, hvor Forholdet kan siges at stille sig noget lignende som ved den romerretlige Ordning før Justinian ¹⁾, hvor Gaveløfter i Almindelighed ikke vare anerkjendte som bindende, idet der heller ikke her forud eksisterer nogen obligatorisk Ret, til hvis Opfyldelse Delegationen kunde siges at tjene, men en Person, uden i Forvejen at have afgivet noget Løfte i saa Henseende, foretager en Gavetransaktion ved at anvise Donataren Betaling hos En, som han fejlagtig antager for sin Skyldner. Her kunde man maaske søge at bringe den ofte opstillede Sætning: en Giver kan aldrig antages at ville overføre

¹⁾ jfr. nærmere Danz: *Geschichte des röm. Rechts.* 2. Aufl. II. 1873. S. 72 ff.

større Ret, end han selv har, — saaledes til Anvendelse, at man deraf ogsaa deducerede, at naar det viste sig, at han i Virkeligheden ikke havde nogen Ret til at forlange noget betalt af Delegatus paa sine Vegne, idet denne slet ikke virkelig var hans Debitor, skulde Delegataren i dette Tilfælde heller ikke kunne rejse noget Krav imod ham. Det er dog noget tvivlsomt, om denne Betragtning kan føre saa vidt. Det er vel sandt, at ifølge den muligvis hans Garantikrav mod Deleganten noget kan indskrænkes, saa at han maaske f. Ex. kunde være begrænset i sin Regres, hvis Delegatus af den Grund nægtede at acceptere den paa ham gjorte Anvisning. Men noget ganske andet vilde det være, om ogsaa Delegatus, selv efter at han allerede har accepteret, skulde have en særlig Adgang til fra sit Mellemværende med Deleganten at rejse Indsigelser overfor Delegataren, blot fordi denne kunde oplyses at være Delegantens Donatar. Ogsaa en saadan synes dog med Rette at maatte kunne gaa ud fra, at Delegatus selv, forinden han afgiver sit ubetinget lydende Løfte, har gjort sig klar over, om dette ifølge hans Forhold til Deleganten har Udsigt til at svare Regning. Har han i saa Henseende forregnet sig, synes han ihvertfald selv nærmere til at bære Skaden end Delegataren, som det er givet har savnet Midlerne til at værgе sig derimod.

b. I det omvendte Tilfælde, hvor vel Delegati Forhold til Deleganten er mangelfrit, men Forholdet mellem Delegant og Delegatar lader sig anfægte ifølge Indsigelser hentede fra dets Causa, maa hyppig tilsvarende Resultater gjælde. Det lader sig vel her ikke sige, at Delegataren ogsaa i dette Tilfælde uden videre skulde kunne betragte den paagjældende Omstændighed som sig uvedkommende. Den rammer jo tvertimod selve det økonomiske Maal, som han forfølger ved Delegationen. Derimod kan det i mange Tilfælde med fuld Ret paastaas, at det er et Moment, der er Delegatus uvedkommende, saa at denne ikke skal kunne anfægte sit Delegationsløfte af den Grund. Han mangler nemlig i Reglen berettiget Interesse heri, idet han jo ihvertfald gennem sit Retsforhold til Deleganten, der forudsættes at være fuldgyldigt, vil finde tilstrækkelig Fyldestgjørelse og derfor trygt kan overlade mulige Mangler ved det Retsforhold mellem Delegant og Delegatar, som Delegationen er bestemt til at tjene, til Ordning mellem disse Parter selv. Og herfor taler positivt, at han jo staa

som en fremmed overfor dette Forhold, og at det er i høj Grad misligt at lade en saadan ukaldet blande sig ind deri.

Af denne Begrundelse følger imidlertid tillige Begrænsningen. Hvor enten Delegatus undtagelsesvis kan siges at have en selvstændig Interesse i saa Henseende, eller hvor man maaske slet ikke forlanger nogen saadan privat Interesse, men af offentligretlige Hensyn blander sig ind i Parternes indbyrdes Mellemværende, kan der blive Spørgsmaal om at gjøre Afvigelse fra Reglen.

Det sidste gjælder om ulovlige Krav, som Loven ikke blot erklærer for ugyldige, men ubetinget forbyder Parterne at opfylde. Naar en saadan Karakter af den Fordring, der gjøres gjældende, oplyses, ligegyldigt om dette sker ved en Tredjemand, der maaske ikke havde nogen Interesse deri, skulle Domstolene ex officio vægre sig ved at række Haand til dens Gjennemførelse. Det er altsaa kun en ligefrem Anvendelse af denne Sætning, naar et Delegationsløfte, der godtgjøres at være afgivet til Fyldestgjørelse af en saadan Fordring, uden videre nægtes Gjennemførelse. Tvivl kunde højst rejses i de Tilfælde, hvor Loven, skjønt den principielt erklærer Fyldestgjørelse af Fordringen for ulovlig, dog undlader at omstøde en endelig stedfunden Betaling, idet der maaske kunde blive Spørgsmaal om at stille Delegationen i Klasse med en saadan. Dette vilde dog næppe kunne erkjendes for berettiget. Naar Loven bøjer sig for den skete Betaling som fait accompli, skyldes dette væsentlig det almindelige Hensyn til at beskytte den bestaaende Tilstand og ikke bringe Forstyrrelse i denne ved atter og atter at rippe op i til Afslutning bragte Forhold.¹⁾ Er dette Betragtningen, vil det ses, at den vel kan siges at passe, hvor Delegationen virkelig har medført en lignende endelig Afvikling af Forholdet ved Betaling af det anviste Beløb. Men saalænge der fra Delegati Side kun foreligger et endnu uopfyldt Løfte, er Forholdet i Virkeligheden ikke naaet udover det foreløbige Stadium, hvor Lovens Hovedregel uindskrænket finder Anvendelse.

Det er klart, at Betragtningen slet ikke passer paa de kun ugyldige Fordringer, som Loven ikke forbyder Parterne at opfylde, men blot ikke ved Retsmidler tvinger dem til at efterkomme. Her staar det altsaa Deleganten frit at bestemme, hvad han i saa Henseende vil gjøre, ogsaa Delegataren har

¹⁾ se ovenfor S. 206—207 Noten.

et billigt Krav paa, at dette Spørgsmaal alene overlades til den oprindelige Debtors Skjøn, og der maa derfor ihvertfald godtgjøres en ganske særlig Interesse hos Delegatus, for at han skulde have Lov til at blande sig ind i dette Forhold. Det bliver altsaa kun en Underafdeling af det almindeligere Spørgsmaal, hvorvidt der forekommer Tilfælde, hvor Delegatus maa erkjendes at have en saa stærk berettiget Interesse i en saadan Ordning, at der maa ske en vis Begrænsning i Principet om, at det indbyrdes Forhold mellem Delegant og Delegatar betragtes som ham ganske uvedkommende.

I Almindelighed kan der nu som sagt her, hvor Forholdet mellem Delegatus og Delegant forudsættes ikke at lide af nogen Mangel, ikke være Tale herom. Maa saaledes, som i det praktisk hyppigste Tilfælde, Delegationen i denne Relation anses for at være sket solvendi causa eller dog under Forudsætning af Kompensationsadgang overfor Delegantens Krav, er det klart, at det kan være Delegatus ganske ligegyldigt, om Delegataren i Virkeligheden overfor Deleganten har noget Krav paa det anviste Beløb, naar blot Delegationen paa hans egen Retsstilling i Forhold til Deleganten har den tilsigtede Virkning. Noget ganske lignende gjælder, hvor Delegationsløftet i Forhold til Deleganten er afgivet credendi causa. Erhverver Delegatus blot sit Gjældskrav mod denne, er det uden Betydning for ham, om disse Penge have fundet en for Deleganten heldig økonomisk Anvendelse eller ikke.

Noget anderledes stiller derimod Forholdet sig, hvor f. Ex. Delegationen overfor Deleganten har skullet have Karakteren af en Gave eller er ydet som Medgift eller lign. Har en Mand f. Ex. i den Anledning til Fyldestgjørelse af en Gjæld, hvori Donataren eller Svigersønnen formenes at staa til en Tredjemand, afgivet et Delegationsløfte til denne, og det senere viser sig, at denne Gjæld i Virkeligheden slet ikke eksisterede, kan det ikke nægtes, at hans økonomiske Øjemed med hele Dispositionen væsentlig vilde forfejles, hvis han tiltrods herfor dog ubetinget kunde tvinges til at opfylde sit Løfte til Delegataren. Vel maa Deleganten i dette Tilfælde altid erhverve en *condictio indebiti* overfor Delegataren, men denne vil i mange Tilfælde vise sig temmelig illusorisk og ingenlunde af en praktisk Værdi lig den, om end kun indirekte, dog sikre Erhvervelse af en økonomisk Fordel for ham, som Delegatus ved sit Løfte havde tilsigtet.

I saadanne Tilfælde vil altsaa Delegatus have en berettiget

Interesse i at vægre sig ved Opfyldelsen af sit Delegationsløfte, og omvendt Delegatøren mangle et rimeligt Krav paa at forlange Frømtvingelsen deraf, og det synes da naturligt at lade Delegationen tabe sin Virkning. Men Forudsætningen herfor maa rigtignok være, at det foreligger klart konstateret, at Delegatøren i Forhold til Deleganten mangler enhver Ret ifølge Delegationsløftet, og paa Grund af de Bevisvanskeligheder, der ville møde Delegatus i saa Henseende, vil Reglen tabe meget af sin praktiske Betydning. Først maa det altsaa godtgøres, at Delegationen er sket til udelukkende Fyldestgørelse af et bestemt Retsforhold mellem Delegant og Delegatar. Dernæst, at Kravet ifølge dette virkelig er helt ugyldigt. Det kan i saa Henseende ikke være nok, at det muligvis kan mødes med Indsigelser, der kunde medføre dets Ugyldighed. Det maa gøres antageligt, at de virkelig af Deleganten med Succes kunde være blevne fremsatte.¹⁾ Hvor ikke Delegatøren selv anerkjender dette, maa Delegatus søge at skaffe Bevis, f. Ex. ved at henvise til en Dom desangaaende mellem Deleganten og Delegatøren, eller til andre Dokumenter, der stille Forholdet klart, saaledes en Kvittering, hvorved Skylden erkjendes for fuldt afviklet. Staa ikke saadanne til hans Raadighed, maa han have Adgang til at lade Deleganten afhøre som Vidne eller maaske endogsaa adcitere ham som Part i Sagen for paa den Maade at faa Forholdet nærmere oplyst.

Hidtil er kun talt om Delegati Ret til at anfægte sit Løfte. Der vil imidlertid ogsaa kunne blive Spørgsmaal om en Pligt for ham i saa Henseende, nemlig overfor Deleganten, i hvis økonomiske Tjeneste han ved sin Delegation til en vis Grad kan siges at have stillet sig, og som jo vel kan være interesseret i, at en Transaktion, hvis Passivside han overfor Delegatus selv maa dække, ikke foregaar, forsaavidt han ikke til Gjengjæld opnaar det Aktiv, han havde ventet sig fra Delegatøren. Da Delegatus imidlertid forudsættes at have efterkommet Delegantens Ordre ved, som sket, at afgive et rent Delegationsløfte, maa der kræves en særlig udenfor selve Delegationsordren liggende Hjemmel for at kunne gaa ud fra,

¹⁾ Det erindres herved, at visse Indsigelser ifølge det ovenfor i Slutn. af I. berørte maa anses retlig opgivne ved den Anerkjendelse af Skylden fra Delegantens Side, der efter Omstændighederne vil kunne være forbunden med Delegationen.

at han tiltrods herfor dog ønskede visse Indsigelser gjort gjældende derimod. Noget saadant vil navnlig kunne fremgaa af et Delegationen ledsagende Advisbrev, hvorved Delegatus underrettes om den nærmere Natur af det Mellemværende, som Delegationen skal tjene til Fyldestgjørelse af. I hvilket Omfang der imidlertid heri kan anses indeholdt et Mandat for ham til at gjøre visse fra Mellemværendet hentede Indsigelser gjældende mod Delegationsløftet, maa ganske afhænge af en Fortolkning af det konkrete Tilfælde. For at Delegataren skal behøve at finde sig i deres Fremsættelse, kan en blot Mulighed for at udlede den af et Mellemværende som det foreliggende ikke være tilstrækkelig, men det maa desuden gjøres antageligt, at Delegataren virkelig selv for det omhandlede Punkts Vedkommende vilde have benyttet sig af denne faktiske Mulighed.

c. Tilbage staar at behandle det Tilfælde, hvor Causa'en i begge Retninger er bristet. Her kunde Delegationsløftets Ugyldighed synes givet. Grunden til, at det blev opretholdt som gyldigt, selv om Forholdet i den ene Retning var bristet, var jo netop hovedsagelig, at det maatte anses tilstrækkelig baaret ved det andet Retsforhold, men naar dets økonomiske Maal som her i begge Retninger negeres, synes hele dets Tilværelsesgrund at forsvinde og det altsaa ogsaa selv at maatte falde sammen.¹⁾

Denne Slutning vilde imidlertid føre for vidt. Det maa nemlig erindres, at det lige anførte Synspunkt kun var den ene Betragtning, der førte til Delegationsløftets Opretholdelse, selv hvor Causa'en i en af Retningerne var bristet, og som ganske vist ikke kan finde Anvendelse i det Tilfælde, hvor begge Retsforhold lide af en saadan Mangel. Men ved Siden af gjorde der sig dog ogsaa en anden Betragtning gjældende, som i og for sig lige saa vel passer paa dette Tilfælde. Det var den Vanskelighed, for ikke at sige praktiske Umulighed, der forelaa for Delegatarens, henholdsvis Delegati Bedømmelse af et Retsmellemværende, hvori de ikke selv havde været Part. Ifølge dette Synspunkt maa Delegataren kunne protestere mod at blive kaldt til Dommer over den nærmere Karakter af Delegati og Delegantens Retsforhold og omvendt kunne modsætte sig, at Delegatus opkaster sig til Dommer om hans og Delegantens indbyrdes Mellemværende. Heri kan

¹⁾ I denne Retning Gide l. c. S. 429—430.

i og for sig ikke siges at ske nogen Forandring derved, at begge Forhold paa en Gang gjøres til Gjenstand for Disput.

Det vilde dog sikkert være at gaa for vidt i modsat Retning og føre til Resultater altfor stridende mod den materielle Retfærdighed, hvis man af den Grund helt vilde udelukke Delegationsløftets Omstødelse, selv hvor begge dets Causæ klart kunde godtgjøres at være bristede. Betragtningen synes næppe heller at føre videre end til at kræve Opstillingen af Garantier i Analogi med de i Slutningen af forrige Litr. omtalte. Ligesom det her ikke kunde tilstedes Delegatus af det indbyrdes Forhold mellem Delegant og Delegatar paa egen Haand at konstruere Indsigelser, som Delegataren selv maaske aldrig vilde have gjort gjældende, men han tvertimod i saa Henseende maatte stille sig i Afhængighed af denne, lige saa lidt kan der omvendt være Tale om, at han skulde kunne benytte sig af Delegatarens almindelige Mangel paa Kjendskab til den nærmere Beskaffenhed af hans Mellemværende med Deleganten til derfra at rejse Indsigelser, med hvilke han ingen Udsigt til Succes vilde have haft overfor den oprindelige Kreditor, der kjender og kan konstatere de nærmere Omstændigheder. For at sætte en Stopper for saadanne Misligheder maa hans Indsigelsesret indskrænkes saaledes, at den kun strækker sig til Momenter, hvis Virkning i saa Henseende enten allerede forinden er blevet bindende anerkjendt af Deleganten, eller hvis Rigtighed fremgaar af dennes eget Vidnesbyrd under Sagen.

Med en saadan nærmere Bestemmelse og Korrektiv maa Romerrettens Regel om, at de to formentlige Skyldforholds Bristen og i visse Tilfælde Ugyldigheden paa begge Sider af Retsforhold af en anden Art medfører Delegationsløftets Ugyldighed, ogsaa opretholdes i Nutiden.

Naar herefter den forudsatte Causa for Delegationsforholdet i begge Retninger er bristet, kan det ikke gjøre nogen Forandring, at Delegationen maaske har bevirket Opstaaelsen af et andet Retsforhold, der involverer et vist Vederlag for den paagjældende Part, naar dette dog er af en anden Karakter end det klart forudsatte. Saaledes vil det i det hyppig forekommende Tilfælde, at Delegationsløftet afgives af Delegatus i den kjendelig afgjørende Forudsætning om at staa i en Skyld til Deleganten, næppe kunne gjøre nogen Forskjel i hans Anfægtelsesadgang, at han, som det i Almindelighed vil være Tilfældet, ifølge selve Delegantens Anmodning og det deri lig-

gende Betalingsmandat erhverver et Krav overfor denne paa Dækning for de ham herved forvoldte Udgifter. Det er jo nemlig dog klart, at et saadant blot obligatorisk Dækningskrav er af langt ringere Værdi end den Sikkerhed, han havde ventet sig gennem umiddelbar Frigjørelse for sin Skyld eller dog derigjennem, at Adgang til Kompensation stod ham aaben.

Her maa imidlertid gjøres opmærksom paa, at et saadant Tilfælde undertiden ved Forholdets faktiske Karakter vil være udelukket. Hyppigst vel i Handelsforhold, men dog heller ikke helt sjældent udenfor disses Kreds vil nemlig Delegationen overhovedet ikke knytte sig til noget enkelt konkret Retsforhold mellem Delegant og Delegat, men kun danne et enkelt Led i et almindeligt Mellemsregningsforhold, hvori de staa til hinanden. Med Hensyn til et saadant finder Opgjørelse sædvanlig kun Sted i Perioder, saa at det ofte paa den Tid, Delegationen finder Sted, vil staa ganske in suspensio, hvem af Parterne der i Øjeblikket er den andens Skyldner, hvorfor det heller ikke med Hensyn til Delegationen lader sig afgjøre, om den er sket solvendi causa, til Formindskelse af Delegati Skyld til Deleganten, eller omvendt credendi causa, saaledes at hans Tilgodehavende hos Deleganten derved forøges. I saa Fald kan der selvfølgelig ikke være Tale om, at Delegatus under Paaberaabelse af, at Delegationen havde den første Karakter, skulde kunne anfægte denne, naar det viste sig, at han i Virkeligheden dengang ikke skyldte Delegataren noget. Causa'en er netop for saa vidt ganske ubestemt, og Løftet bliver derfor ogsaa vanskeligere anfægteligt ifølge fra Causaforholdet hidrørende Mangler end ved mere konkret kausale Forpligtelseserklæringer.

Til Slutning skal kun nogle Bemærkninger fremsættes angaaende det i Paragrafens Begyndelse berørte Spørgsmaal, hvor vidt og i hvilken Forstand man kan betegne Delegationen som en »abstrakt« Kontrakt.

Mener man hermed, at det blotte Løfte, uden nogensomhelst Oplysning om Skyldgrunden, her skulde have Virkning, er det klart, at Delegationsløftet lige saa lidt som de andre hidtil omhandlede Forpligtelseserklæringer fortjener dette Navn. Tænker man sig Delegati Løfte gjort gjældende imod ham, saaledes at Sagsøgeren indskrænker hele sit Klagegrundlag til det

ene Moment: »han har lovet det«, vilde han ogsaa her mødes med Spørgsmaalet: Hvorfor? For hvilket Vederlag? og først ved Oplysning om dette Punkt kunne gjøre Klagefundamentet fuldstændigt.

Maa dette Spørgsmaal saaledes ogsaa her forlanges besvaret, er der dog ved de nærmere Fordringer, som man stiller til dette Svar, en betydelig Forskjel fra, hvad der gjælder ved andre Løfter. Klageren kan nemlig her nøjes med at oplyse Løftets Karakter af Delegation. Heri ligger der vel implicite en vis Besvarelse af Causaspørgsmaalet skjult, og det er forsaavidt fuldt korrekt at betegne Delegationsløftet som et ikke abstrakt, men virkelig individualiseret Løfte¹⁾. Men det er dog klart, at denne Individualisering her er af langt mindre præcis Karakter end ved almindelige Løfter. I »Delegation« ligger jo med Hensyn til Vederlagsforudsætningen i og for sig kun, at denne refererer sig til en udenfor selve Delegationsløftet staaende Tredjemand, men nogensomhelst Oplysning iøvrigt om dens nærmere Indhold og Art er ikke dermed givet. Denne Slappelse af de almindelige Fordringer, som man ellers stiller til Sagsøgeren i denne Henseende, staa imidlertid, som allerede paa et tidligere Sted berørt²⁾, i nøje Forbindelse med den først fremhævede Ejendommelighed ved dette Forholds Causa. Det er netop, fordi denne ikke sigter paa den, der gjør Løftet gjældende, at den heller ikke i Forholdet mellem ham og Løftegiveren bliver af den almindelige indgribende retlige Betydning, og det derfor ogsaa vilde være uden praktisk Mening at fastholde det sædvanlige ubetingede Krav om nøje Oplysning af et Moment, der i disse Tilfælde i Reglen vil være betydningsløst.

Fortjener Delegationsløftet saaledes efter det udviklede snarere kun at kaldes noget »mindre konkret« end andre Løfter end at betegnes som ligefrem »abstrakt«, giver den berørte Ejendommelighed dog igjen Anledning til en anden, der gjør det fuldt kvalificeret til dette sidste Navn. Derigjennem, at Løftekravet og Vederlagsforudsætningen referere sig til forskjellige Personer, bliver det, som tidligere omhandlet, muligt ogsaa i den retlige Behandling at bevirke en Udsondring af de to Momenter fra hinanden i en Grad, som ikke lader sig gjøre ved de almindelige Løfter, hvor Ret og Causa have Hensyn til den samme Person. Selv ved de »abstrakt«este af disse vil

¹⁾ Leonhard i »Zeitschrift für Handelsrecht« Bd. 26 S. 40, jfr. ogsaa Bähr l. c. S. 28. ²⁾ ovenfor S. 326—327.

Abstraktionen, som i det følgende nærmere skal søges paavist, være af en vis kun foreløbig og relativ Karakter. En definitiv og absolut Dualitet mellem de to Momenter lader sig vistnok overhovedet kun praktisk bringe istand under en tilsvarende Dualitet med Hensyn til de Personer, som de angaa¹⁾.

§ 32

Andre »abstrakte« Kontrakter. — Deres Stilling i Literaturen.

Man kan her ikke gaa ud fra et almindelig kjendt Begreb, som Undersøgelsen kunde grupperes om, men det er kun gennem Literaturen og de Udviklinger, som denne har knyttet til Begrebet abstrakte Kontrakter, at dette har faaet sin Borgerret i Videnskaben. For derfor overhovedet at faa et Grundlag for vor Undersøgelse vil det være fornødent at forudskikke en Oversigt over Spørgsmaalets Stilling i Literaturen. Herved vil dog en stærk Begrænsning være nødvendig. Siden Bähr 1855 med sit banebrydende Skrift²⁾ rejste Diskussionen, er der næppe mange andre Spørgsmaal, der kunne glæde sig ved en saa almindelig Opmærksomhed fra de juridiske Forfatteres Side. Der kan derfor som Udgangspunkt for Undersøgelsen kun være Tale om at fremhæve nogle enkelte mere typiske Standpunkter, der i Literaturen ere blevne repræsenterede, medens nærmere Nuanceringer og mindre væsentlige Afvigelser, forsaavidt de overhovedet under de herhenhørende literære Udtalelsers opsvulmende Rigdom kunne finde Omtale, ialtfald kun kunne faa denne mere lejlighedsvis under den følgende Fremstilling.

I. Bähr knytter sin Udvikling om Nutidens abstrakte Kontrakt til den romerretlige stipulatio. Ved denne antog han nemlig ifølge sin tidlige fremstillede Opfattelse³⁾, at der var givet Muligheden for at bringe Løftet ud af sin »natürlichen Bestand«, hvori det kun kan have Betydning i Forbindelse

¹⁾ jfr. v. Salpius l. c. S. 483, Danz i hans Skrift S. 117 Note 3.

²⁾ »Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund«. — Af dette er der i 1867 udkommet et »nyt bearbejdet« Oplag, og i 1894 et tredje Oplag, der dog, bortset fra et lille nyt tilføjet Afsnit »Erfolg der Lehre«, kun indeholder et i det væsentlige uforandret, i billigere Udstyr fremtrædende Optryk af den foregaaende Udgave. Ved Citeringen her i Skriftet er den 2. Udgave lagt til Grund, medens Sidetallet fra den sidste Udgave sædvanlig tilføjes i Parenthes. ³⁾ jfr. ovenfor S. 154 ff.

med sin Causa, og tillægge det Virkning som en selvstændig Obligation løsrevet fra sin Retsgrund. Denne Virkning behøvede vel ikke at være knyttet til Stipulationen. Var saaledes Stipulationsforpligtelsen stillet i Forhold til en causa futura, en Omstændighed, der først skulde indtræde i Fremtiden, kunde der ikke være Tale om at tillægge den en af Causa'ens Realisation uafhængig Virkning, men retlig Betydning fik den netop først, naar Causa'ens Indtrædelse af Kreditor godtgjordes at have fundet Sted.

Den Omstændighed, at causa var »praeterita«, havde Hensyn til et Moment, der antoges liggende før Stipulationens Indgaaelse, var i og for sig ikke nok til at bevirke en Forandring heri. Hvis f. Ex. en Mand lover en Medgift, som han derved udtrykkelig betegner som bestemt for et allerede indgaaet Ægteskab, kan vel den herigjennem udtalte Formening blive af en vis bevisende Betydning imod ham, men den kan ikke siges at forbinde ham. Naar han derfor godtgjør, at den forudsatte Causa dog i Virkeligheden ikke eksisterede, er dette tilstrækkeligt til at frigjøre ham, og han behøver ikke desforuden at oplyse, at han har befundet sig i Vildfarelse, end-sige en saadan af undskyldelig Karakter, for at blive fri for den paatagne Forpligtelse.

Ganske lignende Grundsætninger maatte komme til Anvendelse i de Tilfælde, hvor Aftalen lød paa samtidig Udvexling af gjensidige Ydelser. Ogsaa her kan vel den i Erlæggelsen af den egne Ydelse liggende Anerkjendelse af den forudsatte Causa's Realisation ved den samtidige Modtagelse af den anden Ydelse udgjøre et Bevis mod den paagjældende, der gjælder indtil Modbevis, men Godtgjørelse af Vildfarelse eller anden Undskyldning behøves ikke.

Anderledes stiller Forholdet sig derimod, hvor ved Stipulationsløftet Modydelsen, til hvilken det har Hensyn, bliver anerkjendt som liggende i bestemt Fortid. Herved er en Forpligtelse selvstændig begrundet, Stipulationen knytter sig altsaa til en bestaaende Skyld og antager i Forhold til denne Karakteren af at være sket solvendi causa.

Stipulationen kommer saaledes i disse Tilfælde til at udfylde en lignende Funktion som en egentlig datio solvendi causa. Skal den kunne anfægtes, maa det ligesom ved en stedfunden Betaling ske ved *condictio indebiti*, og den herfor i Romerretten opstillede Fordring om en *error probabilis* maa da ogsaa for Stipulationens Vedkommende fastholdes.

Ved et solutionis causa afgivet Stipulationsløfte ikke mindre end ved en i dette Øjemed stædfunden Realydelse maa der nemlig siges at have fundet en Anerkjendelse af en bestaaende Skyld Sted. Og denne Anerkjendelse er af en helt anden Karakter end den, der tidligere er omtalt at finde Sted ved en f. Ex. i Formening om et allerede indgaaet Ægteskab eller en samtidig erlagt Modpræstation foretagen Stipulation. »Den viser sig ikke mere som et blot Bevismoment, der er egnet til at hidføre Dommerens Overbevisning om Sandheden eller Usandheden af visse Kjendsgærninger, men som et Viljesmoment, der griber Skyldneren med bindende Kraft. Den, der har betalt paa en bestaaende Skyld (og altsaa ogsaa, jfr. S. 106, den, der har foretaget Stipulation solvendi causa), bliver anset saaledes, som om han havde villet lade Skylden gjælde for sig¹⁾. Bähr betegner denne bindende Anerkjendelse som en »ægte«, og i Modsætning dertil den, der kun virker ved sin naturlige Beviskraft, som en blot »uægte« Anerkjendelse. Som Bevismoment beviser Anerkjendelsen altsaa kun Skyldens Bestaaen i Forhold til den Overbevisning, som den fremkalder om de Skylden begrundende Kjendsgærninger; som Viljesmoment repræsenterer (»vertritt«) den denne, kan den siges at danne et »processuelt Surrogat« for Skyldens Bestaaen selv. »Anerkjendelsen af Skylden som subjektiv causa erstatter den objektive«²⁾. Kreditor havde altsaa herved som Grundlag for sin Fordringsret vundet en ny Retshandel, for hvis Opretholdelse alene den subjektive Henviisning til en forhaanden værende Skyld var tilstrækkelig, saa længe som denne ikke paa Grund af dolus eller undskyldelig Vildfarelse stod til at anfægtes³⁾.

Med Hensyn til Dokumenter kunde der, saalænge de, som i den ældre Romerret, kun havde Betydning som Bevismiddel, heller ikke være Tale om at tillægge dem nogen selvstændig Virkning i denne Henseende. Ifølge Bähr's tidligere omtalte Opfattelse blev de imidlertid ikke staaende paa dette Stadium, men naaede frem til mere selvstændig Betydning. Han antager en Udviklingsgang, ifølge hvilken først den verbale Stipulation praktisk fortrænges af Stipulationsdokumentet, der henviser til en Stipulation, som maaske slet ikke har fundet Sted, og endelig ogsaa dette, derved at det Moment, der skulde antyde Forbindelsen med en Stipulation, mere og mere træder

¹⁾ l. c. S. 79 (58). ²⁾ l. c. S. 82 (61). ³⁾ l. c. S. 111 (83).

tilbage, indtil det tilsidst helt forsvinder, afløses af det »simple Skyldbevis«, der saaledes kan siges at danne en »nyere Litteral-kontrakt«. Herved er Skylddokumentet i Virkeligheden ganske traadt i den tidligere Stipulations Sted, og de for denne om Causa'en og Forpligtelsens Anfægtelse ifølge Mangler ved den udviklede Regler overfører da Båhr umiddelbart paa dens Afløser. I Henhold hertil opstilles da om Skylddokumentet i saa Henseende følgende Regler:

Først maa det bringes paa det rene, hvilken Causa der i Virkeligheden laa til Grund derfor. Forsaavidt ikke dette fremgaar af selve Dokumentet, maa det være Skyldnerens egen Sag, naar han vil anfægte det, at godtgjøre det nærmere i saa Henseende.¹⁾

Med Hensyn til Dokumentforpligtelsens Anfægtelse paa Grund af Ikke-Realisation af denne Causa maa der da i Henhold til de udviklede Regler sondres:

Var der i Dokumentet refereret til en bestaaende Skyld som Causa, havde den anfægtende selv at føre Beviset for Ikke-Skylden efter Grundsætningerne, der gjælde for *condictio indebiti*.

Var der derimod refereret til en Kjendsgæring af anden Art, laa der heri i og for sig ingen Grund til at holde Stipulanten befriet for at bevise den objektive Existens af Causa'en. Dette maatte gjælde, hvad enten der var henvist til Causa'en som en endnu fremtidig, eller Dokumentet refererede til Causa'en som en allerede bestaaende. Kun formaaede her Dokumentets Indehaver mer eller mindre at tilvejebringe det ham paahvilende Bevis ved den i Dokumentet selv indeholdte (uægte) Anerkjendelse af Causa'en.

Et Tilfælde af denne Art frembød ogsaa et Dokument, der henviste til en Realpræstation, altsaa f. Ex. en Udbetaling af et Laan, simpelthen som sket. Da erfaringsmæssig Dokumenter blive udstedte paa denne Maade, skjønt de ere beregnede paa en samtidig Udvexling af Penge og Forpligtelsesakt, kunde der i et saadant Dokument ikke ses en Anerkjendelse af en bestaaende Forpligtelse; dette kan man kun, naar den Realpræstation, til hvilken der refereres, henføres til en bestemt Fortid. Det kan derfor heller ikke være nødvendigt til Anfægtelse af saadanne Dokumenters For-

¹⁾ Den mod dette Resultat tilsyneladende stridende l. 25 § 4 D. 22. 3 gjøres da herved til Gjenstand for en saadan indskrænkende Fortolkning, at den taber største Delen af sin praktiske Betydning.

pligtelseskraft at godtgjøre en urigtig Forudsætning om en bestaaende Skyld, men Skyldneren maa kunne nøjes med at bestride den i Pengenes Udbetaling liggende Causa ved Fremsættelse af *exceptio non numeratae pecuniae*. Ifølge Bähr's, i Strid med den almindelige Mening gaaende Opfattelse er Kreditorer dog ikke udelukket fra til Bevis for Pengenes virkelige Udbetaling at kunne beraabe sig paa den Bevidnelse om Modtagelsen, der indeholdes i Dokumentet selv¹⁾.

Der er dvælet saa længe ved den romerretlige Del af Bähr's Skrift, fordi denne i Virkeligheden danner ikke blot Udgangspunktet, men det reelle Grundlag for Nutidens Ret, hvilken han paa dette Punkt kun betragter som et Stykke moderniseret Romerret. Stipulationen som særlig Kontraktform er i den ganske vist bortfaldet, men deraf tør ikke sluttes, at de til den knyttede særlige Virkninger nu skulde være udelukkede, og navnlig den ved Stipulationsformen bestaaende Adgang til at foretage en Abstraktion fra Løftets Causa skulde være faldet bort. Som det ogsaa kan udtrykkes: Stipulationens »positiv-formelle« Natur er forsvundet, idet Løftets Virkning nu ikke mere er knyttet til særlige Former, men hermed er intet sagt om dens »negativ-formelle« Natur: dens Evne til at tillægge det ensidige Løfte en vis Virkning uafhængig af det til Grund liggende materielle Forhold.²⁾ I saa Henseende maa tvertimod Udgangspunktet være, at »den fra Former frigjorte Vilje kan der ikke tilkomme ringere Kraft end den til Former bundne«³⁾. Den maa derfor ogsaa have en lignende Evne til at løsrive Løftet fra dets Causa, naar blot den i denne Retning gaaende Vilje foreligger tilstrækkelig klart udtrykt.

Som praktiske Tilfælde heraf nævnes: Den saakaldte »A-fregning« (særlig for Handelsretten Saldoopgjørelsen og Contocorrentforholdet), den simple paa Fastsættelsen af en Skylds Bestaaen (eller Ikke-Bestaaen)⁴⁾ rettede Anerkjendelseserklæring (i Handelsforhold Godskrivelse af et vist Beløb), samt endelig og navnlig Skyldbeviset (og Kvitteringen)⁴⁾, med dets særlige handelsretlige Form, Vexlen. At nu denne sidste er en Formalkontrakt, er klart og heller ikke nogensinde blevet miskjendt. »Men ogsaa alle de øvrige nævnte ere sande Kontrakter, hvilke man for saa vidt kan

¹⁾ S. 160—161 (120). ²⁾ jfr. S. 29—30 (21—22). ³⁾ S. 169 (124).

⁴⁾ Da Undersøgelsen her er indskrænket til *causa obligationis* ville disse liberatoriske Transaktioner ikke finde nærmere Omtale.

betegne som formelle Kontrakter, som de ikke bære det deres materielle Substans udgjørende Retsstof i sig selv, men derimod i dem et ensidigt Skydløfte, løsevet fra sin materielle Retsgrund, er opløftet til processuel Selvstændighed¹⁾.

Det fælles Element i alle disse Kontrakter, hvorved de faa denne formelle Karakter, er den Anerkjendelse, som er indeholdt i dem. Men ikke enhver Anerkjendelse har en saadan Virkning. For at den skal kunne virke paa denne Maade (nemlig som »ægte« Anerkj.), »maa den fremfor alt træde i Forbindelse med Viljen til at forpligte sig, og det med en saadan Vilje, som fra den oprindelige Existens eller Ikke-Existens af Forpligtelsen henter, ikke Betingelsen for sin Gyldighed, men kun sin Forudsætning (causa). Anerkjendelsen af Skylden maa lade sig oversætte til et Betalingsløfte, i den Betydning: »jeg lover at betale, fordi — ikke hvis jeg er skyldig«²⁾.

Noget saadant finder Sted ved Afregningen og Regnskabsaflæggelsen, hvor Parterne paa Grundlag af deres indbyrdes materielle Mellemværende fastsætte et Resultat, der faar en selvstændig, fra de oprindelige Fordringsforhold abstraherende Karakter, saa at det nu kun kan anfægtes i Tilfælde af Bedrageri eller ifølge Grundsætningerne for *condictio indebiti*.

Ogsaa Udstedelsen af et Skyldbevis kan kun forklares som Udtryk for en saadan formel Forpligtelsesvilje. Man kan ikke komme uden om dette Resultat ved at hævde, at Udstederen derved kun har villet skabe et Bevismiddel imod sig. Thi »at ville et Bevismiddel for Skylden betyder at ville Skylden, og at ville Skylden vil sige at love Skylden«³⁾. Den, der har afgivet et saadant, vil derfor ogsaa — bortset fra den særlig udvidede Anfægtelse, som *exc. n. num. pec.* giver Adgang til — kun kunne anfægte det derved, at den fejlagtige Forudsætning om Skyld bliver godtgjort ifølge Grundsætningerne om *condictio indebiti*. To Exceptioner gjøre dog herfra en efter Bähr's Formening mere tilsyneladende end virkelig Undtagelse, nemlig dels *exceptio compensationis*, der altid kan fremsættes, dels den saakaldte *exc. non adimpleti contractus*. Vel kan der af Skylddokumentet selv fremgaa et Afkald paa den foregaaende Opfyldelse af Kontrakten eller en Anerkjendelse af sket Opfyldelse. Men et Dokument, der blot indeholder en Anerkjendelse af Skyldens, kan ikke befri

¹⁾ S. 171 (126). ²⁾ S. 179 (132). ³⁾ S. 258 (193).

Klageren fra Beviset for den paa hans Side skete Kontraktsopfyldelse.¹⁾

Denne Betydning maa ogsaa tilkomme et Skylddokument, der ikke indeholder nogen Angivelse af Causa'en, men kun en Erklæring om at være blevet en anden saa og saa meget skyldig, altsaa det saakaldte »cautio indiscreta«, i Klasse med hvilket i Virkeligheden maa stilles et Laanedokument, hvor den Udbetaling, hvortil det refererer sig, ikke er virkelig, men kun fingeret og altsaa skjuler den sande Causa. Ogsaa et saadant »rent« Skylddokument er af Betydning, »vel ikke som Bevismiddel om en bestemt materiel Forpligtelse, men som abstrakt Forpligtelsesakt, der binder saa længe, som ikke indsigelsesvis Manglen af Causa'en godtgjøres«²⁾. Her synes Bähr ikke engang at ville gjøre Undtagelse for exc. non adimpleti contractus, idet han udtrykker sig saa almindelig: »Erklæringen »at være skyldig« lader sig efter den nuværende Opfattelse af dette Begreb ikke betragte som Udtryk for et Betalingsløfte, hvis Grundlag først skal indtræde, den bærer tvertimod Bevidnelsen af den realiserede Causa i sig«. Det indiscrete Skylddokument er derfor i Virkeligheden mere end et blot Betalingsløfte, idet det nemlig henviser til en forudgaaende eller i det mindste samtidig fyldestgjort Causa, hvori denne nu end maatte have bestaaet«³⁾. Paa hvilken Causa der herved maatte være tænkt, maa først godtgjøres af den, der anfægter Skylddokumentet, og dernæst maa han bevise den urigtige Forudsætning om dens Existens, hvorfra han er gaaet ud, eller idetmindste, nemlig forsaavidt exc. non num. pec. er tilladelig, føre Modbevis mod Causa'ens objektive Foreliggen.

Medens Bähr oprindeligt ansaa det for rigtigt og nødvendigt at betinge det abstrakte Løftes Gyldighed af skriftlig Form⁴⁾, frafaldt han senere denne Fordring, idet han mente, at ogsaa den mundtlige Anerkjendelse maatte have samme Virkning.⁵⁾ —

Efter at der er viet den abstrakte Kontrakts Fader en saa vidtløftig Omtale, ville de andre Forff.'s Anskuelser kunne fremstilles i forholdsvis Korthed. Disse kunne nemlig alle siges væsentlig at reducere sig enten til fuldstændig Negation

¹⁾ S. 267 (200). ²⁾ S. 280 (211). ³⁾ S. 281 (211).

⁴⁾ Saaledes endnu i Krit. Vierteljahrschrift. Bd. 30. 1888. S. 406.

⁵⁾ Saaledes i Arch. f. bürg. Recht. II. 1889. S. 106 og sidst i den 1894 udkomne 3die Udg. af hans »Anerkennung als Verpflichtungsgrund« S. 255.

eller oftere til en mere eller mindre omfattende Modifikation af den Bähr'ske Opfattelse.

II. I skarp Opposition til Bähr stiller sig i nyeste Tid Kindel i sit ofte citerede Skrift. Han opstiller følgende Theses: ¹⁾

1. Skyldløftet behøver stedse Retsgrunden. — Heri ligger dog næppe nogen Afgivelse fra Bähr. Ogsaa denne hævder jo nemlig, at et Løfte uden Causa vilde være en psykologisk Urimelighed. Om at Løftet maa have en Retsgrund, ere de altsaa begge enige, det er kun ved Spørgsmaalet om, hvori Retsgrunden egentlig bestaar, og hvilken Betydning den nærmere skal have ved den retlige Ordning, at Uenigheden kommer frem. At imidlertid en saadan ogsaa virkelig eksisterer, vil fremgaa af de følgende Sætninger.

2. Formalløftet (Stipulation, Vexel) drejer Bevisbyrden om, men der finder ikke engang ved det nogen Abstraktion fra Retsgrunden Sted.

3. Det skriftlige Løfte drejer kun for saa vidt Bevisbyrden om, som det selv beviser Causa'en. Rigtigere er det forøvrigt fra Kindel's Standpunkt at sige, at det overhovedet ikke vender Bevisbyrden om, men at Klageren kan benytte sig af det til Fyldestgjørelse af den ham paahvilende Bevispligt.

4. Det mundtlige Skyldløfte virker kun ved Bevis for Retsgrunden.

Den rigtige Kjærne i den Bähr'ske Theori er efter Kindel's Formening kun hans energiske Bekæmpelse af den en Tid indgroede Fordom, at et Løfte om egen Skyld, hvilket enten slet ikke eller kun urigtig eller ufuldstændig angiver Retsgrunden, overhovedet slet ingen Betydning skulde have. Det kan ikke blot benyttes som Klagegrund, om end kun i Forbindelse med Oplysning om og Bevis for dets virkelige Causa, men er ogsaa istand til selv at anvendes til at hidskaffe dette Bevis. Selv ifølge et saadant Skyldløfte vil Dommeren nemlig, under Hensyn til alle Sagens Omstændigheder, kunne naa til den Overbevisning, at den af Klageren paastaaede fuldstændige eller sande Causa foreligger, og altsaa dømme Indklagede i Overensstemmelse dermed. ²⁾

Til i saadanne Tilfælde at antage nogen Løsrivelse af Løftet fra dets Retsgrund foreligger der derimod efter Kindel

¹⁾ se navnlig S. 72 ff. ²⁾ jfr. saaledes ogsaa allerede Schlesinger: *Formalcontracte* S. 136 ff.

ikke mindste Hjemmel. Den »abstrakte Vilje« hos Parterne, som Bähr i saa Henseende paaberaaber sig, eksisterer i Virkeligheden ikke, og betydelige praktiske og theoretiske Betænklichkeiten gjør sig gjældende mod Opstillingen af en saadan abstrakt Kontrakt.

I lignende Retning er allerede adskillige Aar tidligere Schlossmann gaaet.¹⁾ Ogsaa han vil kun tillægge Anerkjendelsen Betydning som Bevis, om end han ved ubetinget at anse selv den mest generelle Skylderklæring for et tilstrækkeligt Grundlag for en Kreditors Krav i det praktiske Resultat nærmer sig betydelig mere til Bähr. Endvidere gjør han opmærksom paa, at der bag ved Anerkjendelsen kan skjule sig et Afkald, Forlig, eller en Gave, men det maa dog altid paahvile den, der vil hævde denne videre Virkning af Anerkjendelsen som »obligirender Willensact«, at vise, at dette virkelig har været tilsigtet. Den samme Behandling som Anerkjendelsen maa da ogsaa det absolute Betalingsløfte »jeg forpligter mig til at betale 100« underkastes, kun at Formodningen netop her ifølge selve dettes Ordlyd maa være for dets Karakter af Viljesakt, og det derfor maa paahvile den erklærende selv ved Bevis for, at han har svævet i Vildfarelse, at anfægte sin Erklærings Virkning som saadan.

III. En vis Mellemstilling mellem disse to Yderpunkter, om end nærmest i den senere af Kindel forfægtede Retning, indtager Bruns.²⁾

Medens Bähr frakjender Forholdet »constitutum debiti« al Betydning for moderne Ret, idet der efter hans Mening overalt, hvor et nyt Betalingsløfte bliver afgivet til Sikring af et Retsforhold, i Virkeligheden foreligger en Anerkjendelseskontrakt, og Betalingsløftet da bliver uden selvstændig Betydning ved Siden af denne, hævder Bruns, at det netop er ved Hjælp af dette romerretlige Institut, rigtig forstaaet, i Forbindelse med et naturligt Bevissystem, at man maa tilfredsstille den Samfundstrang, som Bähr urigtig har villet

¹⁾ nemlig i sin 1868 udkomne Inauguraldissertation om »Causa obligatorischer Verträge« S. 65 ff.

²⁾ i sin Afhandling om »constitutum debiti« i Zeitschrift für Rechtsgeschichte. I. S. 28—130. Den publiceredes 1861, altsaa i Tiden mellem de to første Udgaver af Bähr's Skrift, og denne har saaledes i 2den Udgave kunnet tage Hensyn til den, men stiller sig i et og alt afvisende overfor de der forfægtede Synspunkter.

imødekomme med sin abstrakte Kontrakt, der i Virkeligheden kun er »en af en Praktiker udtænkt theoretisk Spekulation«.

Den Kongruens mellem de to Begreber »Anerkjendelse« og »Constitut«, som Bähr vil hævde, eksisterer i Virkeligheden ikke, de ere netop to helt forskellige Ting. »Anerkjendelse er kun en Tilstaaelse om, at en gammel Ret allerede er der, »Constitut« er kun en Begrundelse af en ny Ret ved Siden af den gamle. Anerkjendelse er kun Bevismiddel, ikke Obligationsgrund; Constitut er kun Obligationsgrund, ikke Bevismiddel. Constitutet er Løftet om at betale, hvad man (eller en anden) er skyldig; at man er skyldig, er derved væsentlig Forudsætning; men om man er skyldig, er et derfra adskilt Spørgsmaal og en ren Bevissag¹⁾.

De to Begreber behøve derfor heller ikke i Livet altid at forekomme sammen, men det ene findes der ofte uden det andet. Et Constitut uden Anerkjendelse foreligger saaledes i alle de Tilfælde, hvor Constituenten lader Tilværelsen af Skylden in suspenso og kun eventuelt for det Fald og under den Forudsætning, at han virkelig er skyldig, afgiver Betalingsløftet, f. Ex. udtrykkelig tilføjer »hvis Skylden er rigtig«, eller begrænser sit Løfte til »hvad jeg er skyldig«, »saa meget jeg er skyldig«, »den Rest, der maatte blive tilbage« el. lign. — Omvendt er ogsaa en Anerkjendelse uden Constitut mulig. En saadan foreligger ikke blot i det særlige af Bruns anførte Tilfælde, at man f. Ex. af en Ven har laant Penge uden hvert Dokument, fordi han fuldstændig har Tillid til En, og denne da senere af Forsigtighed med Muligheden af et Dødsfald for Øje beder om Udfærdigelsen af et Skyldbevis, hvor der ikke foreligger mindste Grund til heri at se et nyt Løfte. Men ogsaa ganske i Almindelighed kan man i Udstedelsen af et Bevis angaaende en bestaaende Skyld, i Mangel af særlig Hjemmel for det modsatte, ikke se mere end blot Begrundelse af et Bevismiddel uden nyt Løfte, allerede af den simple Aarsag, at man uden særlig Grund ikke tør gaa ud over en Erklærings bogstavelige Indhold.

I den moderne Ret er der da ingen Hjemmel til at antage constitutum debiti, »Betalingsløftet«, for forsvundet. Det udfylder ogsaa her en praktisk Funktion, ja vil endog, rigtig opfattet, gjøre Bähr's »Anerkjendelseskontrakt« ganske overflødig.

¹⁾ S. 93.

Den praktiske Trang, der nemlig har fremkaldt denne, har navnlig været at skaffe et Skyldbevis uden Angivelse af Causa'en retlig Betydning. Men denne Trang, der i og for sig af Bruns erkjendes at fortjene Fyldestgjørelse, lader sig efter hans Mening afhjælpe uden Opstilling af et saadant nyt Retsinstitut.

Det kan nemlig ikke anses som en nødvendig Fordring til et constitutum debiti, at det indeholder en speciel Angivelse af Hovedskyldens Causa. En ganske generel Anerkjendelse af en saadans Foreligger, som den f. Ex. sker ved et Løfte lydende paa »de 100, som jeg endnu skylder«, eller »de 100, der er kommet ud som Rest ved en Afregning«, maa kunne være tilstrækkelig. Den maa være tilstrækkelig som Klagegrundlag og ogsaa være fyldestgørende Bevis for Hovedskyldens virkelige Existens, hvor der maatte opstaa Disput om denne.

I Almindelighed maa ganske vist en udenretlig Tilstaaelse for at faa Betydning referere sig til enkelte Kjendsgæringer, ikke som her til hele Retsforhold. Men ligesom en Skyldner ved en Indenretstilstaaelse foretager en Disposition over selve det procederede Retsforhold nemlig ved Erklæringen om, at han vil lade Klagerens Krav gjælde ganske eller for en Del, ikke bestride det, intet Bevis forlange desangaaende, maa noget lignende kunne ske ved en udenretlig Tilstaaelse. Dette er Tilfældet, hvor »den ikke bestaar i blot tilfældige lejlighedsvisse Ytringer, men i en formelig Erklæring til Kreditoren, altsaa navnlig Udfærdigelsen af et Skyldbevis«. Ogsaa her kan man sige, at »Skyldneren erklærer at lade Kreditorens Krav gjælde imod sig, ikke at ville bestride det og ikke at forlange noget videre Bevis af ham derfor«¹⁾. En saadan Anerkjendelse er altsaa mere end en rent »ensidig Handling«, den har i Virkeligheden et Kontraktselement i sig, kun er Gjenstanden for denne Kontrakt ikke, som Bähr mener, Betalingen af Skylden, men Beviset for Skylden, det er saa at sige en »Beviskontrakt«. I Henhold til denne anses Skylden for bevist mod Skyldneren, indtil han selv fører Modbevis. Et saadant maa imidlertid ogsaa være tilstrækkeligt, og der kan navnlig ikke blive Spørgsmaal om, saaledes som Bähr forlanger, yderligere at kræve en undskyldelig Vildfarelse oplyst.

Ved en Skyldanerkjendelse med nøjagtig Angivelse af dens

¹⁾ l. c. S. 126.

Causa vil man herefter ikke kunne antage nogen anden eller videre Hensigt end netop Forskaffelsen af et Bevismiddel for denne Causa. Ved en Skyldvedkjendelse derimod, der enten slet ingen Betegnelse af Causa'en indeholder eller kun en ganske almindelig, kan der jo ikke være Tale om at tillægge den Beviskraft med Hensyn til den specielle Karakter af den oprindelige Causa, og for dog at faa en saadan almindelig Vedkjendelse tillagt Betydning, maa man fortolke den saaledes, at »Skyldneren dermed renoncerer paa det videre fulde Bevis for Hovedskylden og derimod allerede vil lade denne Bevidnelse gjælde som fyldestgørende Bevis imod sig, følgelig lover at betale blot mod Produktion af dette Bevis«¹⁾. Ved dette Resultat erkjender Bruns at nærme sig til den Bähr'ske Opfattelse, men hævder dog at afvige fra denne, ikke blot ved sin Begrundelse, men ogsaa ved det langt snævrere Anvendelsesomraade og den svagere Virkning, han tillægger denne til en vis Grad abstrakte Kontrakt. Om forøvrigt den generelle Anerkjendelse er mundtlig eller skriftlig, anser han for ligegyldigt, naar blot ogsaa den mundtlige virkelig godtgjøres at foreligge.

IV. Atter et Særstandpunkt, men dog i Resultatet mere nærmende sig Bruns, skjønt i Begrundelsen nærmest sluttende sig til Bähr, indtager Unger²⁾.

Han finder i den retskraftige Dom Tilknytning for den Bähr'ske Anerkjendelseskontrakt. Ved denne sker der netop ved Parternes egen Virksomhed en lignende definitiv Fastsættelse af Retsforholdet, som ellers bevirkes ved en Dom desangaaende. Dog er der den afgjørende Forskjel mellem de to Fastsættelsesmaader, at medens Dommen kun gaar ud paa at afgjøre, hvad der allerede er Ret mellem Parterne, altsaa er kun »declarativ«, maa den kontraktsmæssige Anerkjendelse siges at være »constitutiv«, den indeholder en »Privatdisposition« over det betræffende Retsforhold. »Anerkjendelsen er den retlig virksomme Erklæring af den Vilje at lade et bestemt Retsforhold gjælde«.

En Anvendelse heraf foreligger, hvor nogen kontraktsmæssig anerkjender en Skyld. Den, der gjør dette, »vil lade Skylden gjælde imod sig: han vil skyldte denne Skyld«³⁾. I en

¹⁾ S. 130. ²⁾ i sin Afhandling »Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag« i Jahrb. f. Dogmatik VIII. S. 179 - 220. ³⁾ S. 186.

saadan kontraktmæssig Skyldanerkjendelse er, udtrykkelig eller stiltiende, stedse et Skyldløfte indeholdt.

Forskjelligt fra et saadant accessorisk »Skyldløfte«, hvorved en Person bindende anerkjender sin Skyld, er imidlertid »Betalingsløftet« (constitutum debiti), hvorved han kun lover at betale, nemlig under den Forudsætning, som ikke derved finder sin Afgjørelse, at den constituerede Skyld virkelig eksisterer. For det Spørgsmaal, om Løftet har den ene eller den anden Karakter, er hverken den juridiske Form eller det valgte Udtryk afgjørende, men udelukkende Gjenstanden for Løftet, det, »hvorpaa Parternes Vilje er rettet«¹⁾.

Causa'en for det accessoriske Skyldløfte er Anerkjendelsen selv, »Skyldanerkjendelseskontrakten bærer altsaa, saasomt den optræder som saadan, ligesom Novationskontrakten og Forliget sin Causa i sig: den er en saakaldt materiel individualiseret, individuelt karakteriseret Kontrakt«²⁾.

Der udspringer af den en egen Klage paa Opfyldelse. Nogen Angivelse af Motiverne for Anerkjendelsen behøves ikke, det maa være Skyldnerens Sag at gjøre disse gjældende for at anfægte sin Anerkjendelse. Der behøves fremdeles heller ikke en nærmere Individualisering af den anerkjendte Skyld, da man netop ikke klager ifølge denne, men ifølge det selvstændige Skyldløfte.

Anerkjendelseskontrakten kan, afset fra Anfægtelse paa Grund af Tvang eller Bedrageri, kun anfægtes paa Grund af undskyldelig Vildfarelse. Dette gjælder særlig ogsaa for Skyldanerkjendelsen, *condictio indebiti promissi* maa udøves efter ganske de samme Grundsætninger som *condictio indebiti soluti*.

Forholdet ved Anerkjendelseskontrakten lader sig i flere Retninger illustrere ved Paralleller fra Forliget, med hvilket den overhovedet frembyder væsentlige Ligheder. »Ligesom man med Rette har kaldt Forliget »en Dom i Skikkelse af en Kontrakt mod Vederlag«, saaledes kan man kalde Anerkjendelseskontrakten en Dom i Skikkelse af en Kontrakt uden Vederlag«³⁾. De gaa begge op i den almindeligere Kategori »Transaktion« i videre Forstand og adskille sig kun ved Vederlagsmomentet fra hinanden.

¹⁾ S. 189. ²⁾ S. 190 jfr. i lignende Retning v. Salpius l. c. S. 502, Koch i Verhandlungen des 8. deutschen Juristentags S. 298.

³⁾ S. 196.

Medens saaledes Unger med Hensyn til Anerkjendelseskontraktens Væsen og Virkning i det hele kan siges at slutte sig til Bähr, kommer derimod med Hensyn til Bestemmelsen af dens nærmere Anvendelsesomraade en betydelig Meningsforskjel frem.

Det er nemlig efter Ungers Mening lige saa urigtigt, som Bähr gjør, at ofre Constitutet for Anerkjendelseskontrakten og i hvert Betalingsløfte at se et Skyldløfte, som omvendt, med Bruns, ganske at ignorere promissio debiti og i hvert Skyldløfte kun at se et Betalingsløfte. »Det maa tvertimod »Fald for Fald« undersøges, hvad Parterne vilde: Spørgsmaalet om Skyldløfte eller Betalingsløfte, om forpligtende (»constitutiv« eller Bähr's »ægte«) eller kun bevisskabende (»declarativ« eller »uægte«) Anerkjendelse, er et Interpretationsspørgsmaal, en quæstio voluntatis«¹⁾. Alt kommer altsaa an paa, »om der i Anerkjendelsen af en Skyld kun ligger en Erklæring om, at den bestaar, eller ogsaa den Vilje, at den skal bestaa, om Parterne kun vilde konstatere Skylden, eller om de vilde constituere (begrunde) den, om de med Hensyn til den omspurgte Skylds Bestaaen vilde træffe en bindende Aftale eller ikke«²⁾.

Dette finder navnlig ogsaa Anvendelse paa Skyldbeviser. Ogsaa her maa man stille Spørgsmaalet saaledes: Ligger der i Udfærdigelsen af et Skyldbevis et »Selbstzeugniss« eller en »Selbstverurtheilung«? Er det et »Bevisdokument« eller et »Dispositionsdokument«?

I saa Henseende antager nu Unger med Bruns, at »Skyldneren ved Udfærdigelsen og Overleveringen af et Skyldgrunden indeholdende Skyldbevis (det saakaldte »cautio, quae discrete loquitur«) i Reglen kun vil konstatere, at og af hvilken Grund han skylder: at altsaa Skyldbeviset i Reglen kun indeholder et Betalings-, ikke et Skyldløfte og kun er bestemt til at skabe Bevis, ikke Ret«³⁾. Det maa altsaa i Almindelighed uden videre staa Skyldneren aabent ved simpelt Modbevis at svække dets Virkning.

Skyldbeviset vil imidlertid dog efter Omstændighederne kunne have den videre forpligtende Virkning. Dette er navnlig klart, hvor det selv indeholder en Passus, hvorved Skyldneren udtrykkelig anerkjender Gjælden »som retlig bestaaende«, men det samme vil ogsaa kunne fremgaa af de nærmere Omstæn-

¹⁾ S. 200. ²⁾ S. 201. ³⁾ S. 204—205.

digheder, under hvilke Skyldbevisets Udstedelse har fundet Sted, f. Ex. hvor Skyldneren efter længere Forhandlinger paa bindende Maade (»animo obligandi«) anerkjender et omtvistet Laan og nu udsteder Dokument for Laanet. Bevisbyrden for de Omstændigheder, hvoraf denne videre Virkning af Skyldbeviset skal kunne sluttet, maa dog altid paahvile Kreditoren.

Paa lignende Maade som ved dette Skylddokument stiller Forholdet sig ogsaa ved den saakaldte »Afregning«. Det er ogsaa her et rent Fortolkningsspørgsmaal, om Resultatet af denne skal anses for konstitutivt eller blot deklarativt. Herved vil det f. Ex. kunne være af Betydning, om Skyldneren foretager Afregningen rent ensidig, i hvilket Tilfælde han i Reglen vil kunne afkræfte sin Erklæring ved simpelt Modbevis, eller i Fællesskab med Kreditoren, hvor Afregningens Resultat vil være bindende for ham, saa at han kun kan anfægte det ved at oplyse en undskyldelig Vildfarelse. »Det kommer stadig kun an paa, om Parterne tænkte paa en provisorisk Udfindelse eller paa en definitiv Fastsættelse af Tilgodehavendet«¹⁾; i Tvivlstilfælde mener Unger dog, at det sidste er at antage.

Med Hensyn til det generelle Skyldbevis (»cautio quae indiscrete loquitur«) slutter Unger sig derimod fuldstændig til Bähr, saa at han altid lægger en bindende Anerkjendelseskontrakt ind i dette. Det er nemlig givet, at Samhandelens Tarv kræver Antagelsen af et saadant Dokument som selvstændigt Klagegrundlag. Bruns' »Beviskontrakt« kan formentlig i saa Henseende ikke hjælpe os. Den er i Virkeligheden »ikke saa meget et Løfte om (med Forbehold af Modbevis) at lade den tilstaaede Skyld gjælde som bevist imod sig, men snarere et Løfte om, med Forbehold af Modudviklinger, at lade Kravet gjælde som processuelt begrundet (funderet): den vilde ikke saa meget være en Beviskontrakt, som man har kaldt den, men snarere i første Linie et kontraktsmæssigt Afkald paa den nødvendige Substantiering af Klagen«²⁾. Men et saadant Afkald maa være ugyldigt som stridende mod bindende processuelle Grundsætninger.

Derimod forsvinde alle disse Vanskeligheder, naar man med Bähr i den generelle Skyldbekjendelse ser en forpligtende Anerkjendelse. Kreditor klager da selvstændig ifølge denne, og der bliver altsaa ikke længere Tale om at forlange nogen Substantiering med Hensyn til den gamle Skyld, som han

¹⁾ S. 218. ²⁾ S. 212.

overhovedet slet ikke paaberaaber sig. Denne Opfattelse frembyder efter Unger heller ikke mindste Betænkelighed. »I den generelle Skyldbekjendelse ligger ihvertfald en Anerkjendelse: som declarativ vilde den være ganske virkningsløs: dér tør man vel interpretere den som constitutiv, saa at Udstederen hermed vilde gjøre sig til Skyldner for den betegnede Ydelse«¹⁾. »Vi have herefter at gjøre, ikke med en processuel formel Beviskontrakt, men med en civilretlig materiel Domskontrakt: Skyldneren lover at lade Skylden gjælde, ikke som bevist, men som retlig bestaaende og dømmer sig selv til dens Opfyldelse«²⁾.

V. Endnu er at fremhæve, at Jhering i sit Referat ved den 8. tyske Juristdag³⁾ ubetinget har sluttet sig til Bähr, hvis Skrift han kalder »et af de fortjenstfuldeste og betydeligste Værker i vor hele nyere juridiske Literatur«. Han anbefalede her den uindskrænkede Gyldighed af Anerkjendelseskontrakten, som han hellere vilde have benævnt det »abstrakte Løfte«, ja var endogsaa tilbøjelig til ikke at knytte denne Virkning til Betingelsen om Løftets skriftlige Afgivelse, men at tillægge det mundtlige Løfte samme Virkning, naar blot »Parternes Hensigt ved dette at abstrahere fra Skyldgrunden klart foreligger«.

Med Hensyn til den øvrige Literatur maa nøjes med en Henvisning til de i hosstaaende Note anførte vigtigere Skrifter og Afhandlinger⁴⁾.

¹⁾ S. 214. ²⁾ S. 215. ³⁾ Verhandlungen des achten deutschen Juristentags. II. S. 94—111.

⁴⁾ Schlesinger: Zur Lehre von den Formalcontracten S. 129—165, v. Salpius: Novation und Delegation S. 500—507, Buhl: Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag. Habilitationsschrift. 1875, v. Liebe: »Der abstrakte obligatorische Vertrag im modernen Rechte« i Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 28 S. 547—618, Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. Bd. I. S. 336—346, »Gutachten« til den 8. og 9. tyske Juristdag ved Koch, Götze, Dugge, Eck og Zimmermann i Verhandlungen des Juristentags VIII. 1. S. 283 ff., 309 ff., IX. 2. S. 426 ff., 445 ff., 455 ff., samt endelig for Handelsrettens Vedkommende Endemann i hans Handelsrecht 4. Aufl. S. 434—437 og Regelsberger i Endemann's Handbuch II. S. 482—495.

I. Den virkelige Anerkjendelseskontrakt.

En Fejl, der ved denne Undersøgelse ofte er begaaet, og som selv Bähr's Skrift ikke kan siges helt frit for, er netop den, der saa at sige har faaet en formel Besegling ved den lige refererede Udtalelse af Jhering, nemlig at behandle Anerkjendelseskontrakten og det abstrakte Løfte i Almindelighed ganske iflæng. Adskillige Uklarheder og Misforstaaelser i Læren er deraf blevet Følgen. Først skal derfor her den virkelige Anerkjendelseskontrakt gjøres til Gjenstand for Behandling, og søges at naa til en Bestemmelse af dennes Væsen, Forudsætninger og Virkninger og navnlig af Causaforholdet ved den, hvilket vil være afgjørende for Spørgsmaalet om dens Henførelse under Kategorien »abstrakt Kontrakt«, og dernæst skal det undersøges, hvorvidt der uden for denne Anerkjendelseskontrakts Grænser lader sig paavise formueretlige Fænomener, der med Føje kunne betragtes som abstrakte Løfter.

A. Anerkjendelseskontraktens Begreb. — Formuerettighederne ere i sig selv kun Midler til Gjennemførelsen eller Sikringen af visse økonomiske Formaal. Deres Evne til at opfylde denne Funktion afhænger fornemmelig af Klarheden af de Forudsætninger, hvortil de ere knyttede, og den deraf flydende ringe Sandsynlighed for, at den, mod hvem de gjøres gjældende, skulde indlade sig paa at bestride dem, eller ialtfald skulde kunne opnaa noget ved en saadan Bestridelse.

I ganske særlig Grad gjælder dette om de obligatoriske Rettigheder. Deres Virkning maa for største Delen siges at være blot potentiel, latent, de sigte væsentlig kun paa Fremtiden, og deres Værdi afhænger da netop af, med hvilken Sikkerhed og Lethed de til dette Tidspunkt kunne udøve deres Virkning. I saa Henseende vil da igjen den Stilling, Skyldneren indtager overfor dem, være af den mest afgjørende Betydning. Griber han hvert Indsigelsesmoment, der kunde opstaa af Forholdet, udnytter han hver mulig Tvivl paa det yderste til sin Fordel, vil derved Kreditors Gjennemførelse af Kravet kunne gjøres overordentlig vanskelig. Omvendt vil en imødekommende Holdning fra Debtors Side, saa at han erkjender Momenter, der maaske i og for sig kunde vække Tvivl, i tilsvarende Grad kunne lette Kreditors Stilling under Processen.

Men ikke blot under selve Processen om Kravet, men

ogsaa forud for denne vil Kreditor kunne være interesseret i at erholde en saadan Anerkjendelse af sit Krav. Den vil undertiden endogsaa ifølge bindende Lovforskrift være nødvendig for overhovedet at bevare Retskravet, saaledes navnlig naar en Anerkjendelse fra Skyldnerens Side kræves for at afbryde en løbende Præskription eller Prækclusion. Men selv bortset herfra vil Fordringshaveren kunne have den allerstørste Interesse i af Skyldneren at erholde en saadan Anerkjendelse af Fordringen eller af enkelte Momenter ved den, der særlig kunde vække Tvivl, idet den Sikkerhed, hvormed han tør regne med Fordringen i sin fremtidige Økonomi, i høj Grad vil afhænge heraf.

I Anledning af saadanne opkommende Tvivl vil Kreditor da kunne henvende sig til Skyldneren for af ham at opnaa en Anerkjendelse af Fordringen. I selve Ordet Anerkjendelse maa i og for sig siges at ligge, at den Person, der foretager den, selv gaar ud fra, at det, som den har Hensyn til, er rigtigt, saa at ihvertfald de mulige Tvivl, der maatte kunne rejses om Forholdet, ikke have været tilstrækkelige til at forandre hans Opfattelse. Men det bruges i denne Forbindelse ofte i noget videre og mere uegentlig Forstand, saa at det medindbefatter Tilfælde, hvor den, der foretager Akten, ikke kan siges at være bestemt dertil ved nogen Tro paa Forholdets Rigtighed, men tvertimod derved overlagt giver Afkald paa en ham klart hjemlet Indsigelsesret, der med Virkning kunde fremsættes mod Forholdet.¹⁾ Disse Tilfælde ville imidlertid kun lidet berøres af de forskjellige Tvivlsspørgsmaal, som denne Materie har fremkaldt, og derfor ogsaa blot lejlighedsvis blive gjort til Gjenstand for nogle Bemærkninger i det følgende, medens Hovedundersøgelsen vil dreje sig om den egentlige Anerkjendelse.

Med Hensyn til den Betydning, som den Opfattelse, hvorfra den anerkjendende her gaar ud, faar for den nærmere Virkning af hans Erklæring, stiller Forholdet sig igjen forskjelligt.

Det kan være, at han ved sin Anerkjendelseserklæring netop kun vil give den Overbevisning, som han nærer, Udtryk, men slet ikke tilsigter nogen Retsvirkning udover den, som Udtalelsen af denne Overbevisning fra dens Side, som derved kan blive forpligtet, i sig selv er egnet til at hidføre.

¹⁾ jfr. den franske Rets Modsætning mellem »actes récongnitifs« og »actes de confirmation ou ratification« i Code civil art. 1337 og 1338.

I saa Fald foreligger der en blot faktisk eller med Bähr »uægte« Anerkjendelse. Den skaber efter Omstændighederne et Bevis mod Skyldneren, der gjælder indtil Modbevis, men paa den anden Side staar det ogsaa stadig denne frit for ved at skaffe et saadant at svække Virkningen af sin tidligere Erklæring.

Omend saaledes ogsaa den uægte Anerkjendelse maa siges at medføre visse Fordele for Kreditoren, er det dog paa den anden Side klart, at han ingeniunde ved en saadan kan siges at være helt hjulpen. Han kan stadig risikere, at det senere lykkes Skyldneren at modbevise sin egen Erklæring, for hvilket Tilfælde den da for Kreditor bliver uden al Værdi. En større Sikkerhed opnaar han først, naar ogsaa Risicoen ved, at de paagjældende Omstændigheder bagefter maatte vise sig at forholde sig paa noget anden Maade end ved Anerkjendelseserklæringen forudsat, overtages af den anerkjendende Debitor. Forsaavidt dette maa antages at være Tilfældet, indeholder hans Erklæring i Virkeligheden ikke et blot Udtryk for den Overbevisning, at noget er rigtigt, men tillige den Vilje, at det skal gjælde for rigtigt, saa at han vil være forpligtet paa samme Maade, som om det virkelig var rigtigt. Der foreligger da en retlig eller »ægte« Anerkjendelse.

Forsaavidt nu det anerkjendte Forhold bagefter viser sig virkelig at hænge saaledes sammen som ved Anerkjendelsen forudsat, kommer der ingen praktisk Forskjel frem mellem de to Arter af Anerkjendelse. Men hvor det modsatte er Tilfældet, viser Forskjellen sig af vidtrækkende Konsekvenser. Man plejer at sige, at disse dog praktisk set reducere sig til, at ved den faktiske Anerkjendelse er simpelt Modbevis tilstrækkeligt til at svække Virkningen, medens der for at omstøde en retlig Anerkjendelse desforuden kræves Bevis for en undskyldelig Vildfarelse. Men herved fordunkles den sande Sammenhæng. Der ligger i Virkeligheden et dybt forskjelligt Synspunkt til Grund for de to Forhold. Den faktiske Anerkjendelse er blot Bevis, faar altsaa kun Betydning ifølge de almindelige Bevisregler og kan altid svækkes ved Modbevis. Derimod er den retlige Anerkjendelse en Viljeserklæring, der blot ligesom alle andre til en vis Grad er afhængig af Forudsætninger, og Spørgsmaalet bliver da, i hvilket Omfang der kan tillægges disse Betydning. At en undskyldelig Vildfarelse i saa Hensende maa kræves, er ikke givet, selv om en saadan Fordring i de fleste Tilfælde maatte findes at træffe det rette.

Endnu mindre kan man uden videre gaa ud fra, at dette Moment er tilstrækkeligt til at anfægte Viljeserklæringen. Det maa tvertimod her som overalt, hvor der bliver Spørgsmaal om at tillægge urigtige Forudsætninger hos den, der afgiver en Forpligtelseserklæring, Betydning, komme an paa, hvilken bestemmende Indflydelse disse maatte antages at have været af for ham selv, hvorvidt dette kan antages at have været kjendeligt for den anden Part, og navnlig hvorvidt det ifølge en nøje Afvejelse af alle de konkrete Omstændigheder, hvorunder Erklæringen er afgivet, maa anses billigt, at Modparten skal finde sig i, at saadanne Forudsætninger gjøres gjældende mod ham. Den nærmere Gjennemførelse af dette Synspunkt vil ske nedenfor under D., hvor Anerkjendelseskontraktens Virkninger i Almindelighed behandles.

B. Anerkjendelseskontraktens Causa. — Her mødes to Opfattelser, der synes at staa i skarp Modstrid med hinanden. Fra den ene Side hævdes, at Anerkjendelseskontrakten er en abstrakt Kontrakt, er løsrevet fra sin Causa, om hvilken der derfor, ialtfald som Del af Sagsøgerens Grundlag for hans Krav, slet ikke bliver Tale. Paa den anden Side fastholdes tvertimod Anerkjendelseskontraktens Karakter af en »materielt individualiseret« Kontrakt, der lige saa vel som alle andre har sin bestemte konkrete Causa, nemlig her bestaaende i Anerkjendelsen selv.

Denne Modsætning vil imidlertid, som oftere i Videnskaben, ved nærmere Undersøgelse vise sig at bero paa, at de to Parter ved de Begreber, hvorfra de ved Opstillingen af deres Theori gaa ud, tænke paa helt forskellige Ting.

Naar saaledes Tilhængerne af den første Opfattelse hævde, at Anerkjendelseskontrakten er løsrevet fra sin Causa, betegne de med dette sidste Ord det Retsforhold, hvortil Anerkjendelsen accessorisk knytter sig, og ville altsaa dermed kun sige, at den nye Kontrakt faar en vis Virkning uafhængig af det oprindelige Forhold. At dette nu virkelig er Tilfældet, vil efter det allerede anførte, og efter hvad nærmere skal udvikles nedenfor under D., ikke kunne nægtes, men det har heller ikke den anden Theori et Øjeblik tænkt at bestride. Den hævder kun, at der i Stedet for det oprindelige Retsforhold og den til Grund for dette liggende Causa er traadt en ny Causa. Selve den i Anerkjendelsen liggende Henvisning til et bestaaende Forhold giver nemlig den nye Kontrakt sin individuelle Karakter og forlener den med sin ejendommelige Causa. Hvorvidt

kan da Anerkjendelsen som saadan siges at konstituere den nye Kontrakts Causa?

Her er nu strax noget, der ikke kan undgaa at vække vor Opmærksomhed. Anerkjendelsen er jo en Akt, der medfører en vis Indskrænkning i Skyldnerens Indsigelsesret, altsaa maa siges at bevirke en vis Retsopgivelse fra hans Side, hvilken fornuftig Tanke kan der da forbindes med at lade selve denne Retsopgivelse konstituere Skyldnerens Causa i den almindelige Betydning af Vederlagsmotiv? Dette burde jo efter almindelige psykologiske Regler være en vis Fordel, han ventede sig af Transaktionen, men at selve Tabet skulde være Motivet for Tabet, synes en komplet Urimelighed.

Man behøver da heller ikke at gaa langt for at finde Tilfælde, hvor Theorien viser sig ligefrem urigtig. Naar f. Ex. Skyldneren for at afværge en Retsforfølgning eller at opnaa en Henstand med Betalingen giver Kreditor en Anerkjendelse af hans Krav, eller han for at opnaa et Afslag foretager en bindende Anerkjendelse med Hensyn til Resten, kort sagt, i alle Tilfælde, hvor Transaktionen kan siges at antage Karakteren af et Forlig mellem Parterne, viser det sig ved første Øjekast, at Causa'en bestaar i et fra selve Anerkjendelsen helt forskjelligt Moment. Der foreligger i Virkeligheden en gjensidig Kontrakt, hvor Causa'en for hver af Parternes Pligt er det lovede Vederlag fra Medkontrahenten.

Paa den anden Side lader der sig paavise Tilfælde, hvor vel et saadant bestemt Vederlagsmotiv ikke kan godtgjøres, men hvor man dog ikke vil være i Tvivl med Hensyn til Causa'en, idet man uden Betænkning vil tillægge Dispositionen donatorisk Karakter. Dette gjælder saaledes i visse af de uegentlige Anerkjendelsestilfælde, hvor nemlig en Skyldner, uden at betinge sig noget Vederlag derfor, og uden at det sker for at fyldestgøre en bindende Opinion i saa Henseende, giver Afkald paa en klart hjemlet Indsigelse, der tilkommer ham overfor Fordringen. Her vil man sikkert ikke, lige saa lidt som ved andre i lignende Formaal foretagne Transaktioner, betragte den »Anerkjendelse« af Fordringen, som herved paa en vis Maade kan siges at finde Sted, som Causa'en, men derimod søge denne i det donatoriske Formaal, som den tjener.

Tilbage bliver den Kreds af egentlige Anerkjendelsestilfælde, hvor en Skyldner, for at afskære en virkelig eller mulig Tvivl med Hensyn til Fordringen, foretager en bindende Anerkjendelse

af den, uden at modtage noget bestemt Vederlag derfor. Hvorledes forholder det sig her med Causa'en?

Det vil i Virkeligheden ved nærmere Undersøgelse vise sig at forholde sig med denne paa noget analog Maade som med den saakaldte donatoriske Causa. Ligesom denne ved kritisk Prøvelse viste sig kun at være et retligt Dække for en Række faktiske Motiver af den mest forskjelligartede Karakter, der blot ikke vare tilstrækkelig objektivt præciserede til, at Retsordenen kunde regne med dem¹⁾, vil noget ganske tilsvarende vise sig at være Tilfældet ved Anerkjendelsen. Naar en Skyldner foretager en saadan med Hensyn til en Fordring, der paa en eller anden Maade kunde vække Tvivl, kan han dertil have været bestemt ved meget forskellige Grunde: han kan have gjort det i det Haab, at Kreditoren da, skjønt han ikke har givet noget bestemt Løfte i saa Henseende, vilde afholde sig fra en Retsforfølgning, som han maaske ellers vilde have anstillet, eller tilstaa ham en vis Henstand eller andre Lempelse med Hensyn til Fordringen; eller hans Finfølelse kan have afholdt ham fra at nægte Kreditoren en Anerkjendelse med Hensyn til den Ret, som han var overbevist om i og for sig tilkom denne, eller han kan have gjort det for ikke at forstyrre det gode Forretningsforhold imellem dem, eller i det Haab i Fremtiden at ville finde lignende Imødekommenhed fra Kreditors Side, og mangfoldige andre Motiver kunne tænkes at have været bestemmende for ham. Men alle disse kunne, ligesom Gavemotiverne, siges at være uegnede til at vejes paa den juridiske Vægtskaal, idet de ere for vage, ubestemte og ubestemmelige til, at Retsordenen tør indlade sig paa en Regulering med Hensyn til dem. Den maa derfor blive staaende ved det negative, at der ikke foreligger noget, der fra retligt Synspunkt kan betragtes som Vederlag for Anerkjendelsen. Med samme Ret, med hvilken man da ved Gavedispositioner plejer at udtrykke det tilsvarende negative Forhold positivt ved at betegne selve den donatoriske Hensigt som Causa'en, vil man da ogsaa her kunne betegne Anerkjendelseshensigten selv som Dispositionens Causa, hvormed altsaa kun skal udtrykkes, at de Motiver, som denne Hensigt faktisk tjener til Fyldestgørelse af, fra retligt Synspunkt ere udelukkede fra at komme i Betragtning.

Omend der herefter i visse Retninger maa siges at frem-

1) jfr. foran, særlig S. 42 ff.

byde sig en nærliggende Analogi mellem Gave- og Anerkjendelsesforholdet, vil enhver dog have paa Følelsen, at der samtidig gjør sig en betydelig Forskjel gjældende mellem det Tilfælde, hvor nogen uden Vederlag overdrager en Ret, der klart tilkommer ham, og det, hvor han blot anerkjender en Pligt, som han selv er overbevist om virkelig paahviler ham, og det gjælder da om at give denne Følelse et noget bestemtere Udtryk.

Undertiden lægges i saa Henseende Vægten paa den forskjellige Hensigt, der formentlig skal ligge til Grund for de to Forhold, idet denne ved Gaveforholdet er donatorisk, ved Anerkjendelsen derimod ikke. Men den rigtige Tanke eller maaske kun Følelse, der muligvis ligger bagved denne Bemærkning, maa ihvertfald siges at være meget uklart udtrykt. Den saakaldte »donatoriske Hensigt« viser sig jo ved kritisk Prøvelse kun at være Udtryk for det rent negative, at Hensigten ikke er rettet paa noget, der retlig kan betragtes som Vederlag, og dette Moment har jo netop de to Transaktioner tilfælles.

Det er i Virkeligheden ikke i Hensigten, at Forskjellen maa søges, men derimod i Karakteren af det Gode, som Transaktionen angaar. Ved Gaven overfører Disponenten en klar Ret, der tilkommer eller ihvertfald formenes at tilkomme ham; ved Anerkjendelsen derimod opgiver han kun en eventuel Indsigelsesret, om hvilken det er i høj Grad tvivlsomt, om han overhovedet vilde have gjort den gjældende, endsige med Succes vilde kunne have fremsat den. Det er saa at sige kun et rent potentielt Gode, hvilket han selv endogsaa ved sin Erklæring forudsætter, vilde være blevet uden aktuel Betydning, som han giver Afkald paa¹⁾.

I Sammenhæng hermed staar da en Forskjel i den retlige Ordning med Hensyn til Causaforholdet. Medens man, hvor Talen er om en aktuel Ret, i Henhold til psykologiske Erfaringsregler tør gaa ud fra, at en saadan i det langt overvejende Antal Tilfælde ikke opgives, uden at Disponenten til Gjengjæld erholder noget, der kan betragtes som Vederlag, og man derfor i Henhold til denne faktiske Formodning ikke vil tillægge et saadant Løfte Virkning, med mindre enten den

¹⁾ jfr. i Romerretten l. 1 D. 2. 15 (Ulpianus): »Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitata liberalitate remittit«.

nærmere Karakter af Vederlagsforudsætningen oplyses, eller dens undtagelsesvisse Negation konstateres, passer denne Betragtning aldeles ikke paa Anerkjendelsesforholdet. Her er jo netop kun Talen om et potentielt Gode, og at et saadant opgives uden noget bestemt aktuelt Vederlag, kan ikke betegnes som noget psykologisk usædvanligt. Det maa snarere netop betragtes som det regelmæssige, at Fordele af en saa ubestemt Karakter bortgives uden at betinges af bestemte Goder som Vederlag.

Maa herefter Anerkjendelseskontraktens retlige Vederlagsfrihed statueres som det normale, vil dette uundgaelig medføre Konsekvenser for den processuelle Ordning af Causaforholdet ved denne i Modsætning til andre Kontrakter. Ifølge almindelige Regler har nemlig Sagsøgeren til Støtte for sit Krav at anføre og godtgjøre de normale Forudsætninger for dette. Hertil hører vel efter det anførte ved andre Kontrakter Skyldnerens Vederlagsforudsætning, men en saadan kan netop ikke henregnes til de normale Elementer ved Anerkjendelseskontrakten. Sagsøgeren maa derfor her kunne nøjes med at anføre selve Anerkjendelsehensigten som Causa, og det maa være Sagsøgtens egen Sag, naar han vil gjøre gjældende, at hans i Almindelighed retlig betydningsløse Motiver undtagelsesvis have faaet tillagt Virkning som retlige Forudsætninger, at oplyse dette. Saaledes viser den retlige Konstruktion af Anerkjendelsen selv som Causa sig af betydelige praktiske Konsekvenser.

C. Anerkjendelseskontraktens Forudsætninger. — Disse ville for en stor Del fremgaa af det tidligere udviklede om Anerkjendelseskontraktens ejendommelige Karakter. Denne viste sig jo (ved den egentlige Anerkjendelse) fornemmelig deri, at den i Anledning af en opstaaet eller mulig Tvivl om Kravet i Almindelighed eller om et enkelt af dets retstiftende Momenter tilsigtede at løse denne Tvivl til Kreditors Fordel, derved at Skyldneren kontraktsmæssig erkjendte det for bestaaende.

Den maa herefter knytte sig til Momenter, der ifølge deres Natur kunde anses for egnede til i sig selv eller i Forbindelse med andre at begrunde et Krav. Anerkjendelseskontraktens Øjemed er jo netop at styrke disse Momenters Virkekraft ved at afskære Tvivl, som de kunde gjøres til Gjenstand for, og den vil derfor uden Tilknytning til saadanne aldeles mangle Tilværelsesgrundlag. Man kan ikke »anerkjende« ganske in

abstracto, det er kun enkelte konkrete Momenter eller et Komplex af saadanne eller en derpaa bygget Slutning, hvis Rigtighed man bindende kan erkjende. Kan Kontrakten ikke bringes i Forbindelse med saadanne, er den saakaldte »Anerkjendelse« i Virkeligheden en Kontrakt, der ikke opfylder Anerkjendelseskontraktens ejendommelige Funktion. Den sigter ikke til at sikre formentlig allerede foreliggende Kjendsgærningsers Virkning ved at afskære mulig Tvivl med Hensyn til dem, men gaar derimod ud paa at begrunde et Krav aldeles uafhængig af, om det allerede i den saakaldte Anerkjendelses Øjeblik kunde antages hjemlet ved eksisterende Momenter. Der foreligger altsaa i Virkeligheden ikke en Anerkjendelse, men en Nybegrundelse af et Krav¹⁾, og de for en saadan gjældende Regler, navnlig ogsaa med Hensyn til Causa'en, maa derfor ganske almindelig finde Anvendelse. En saadan Forpligtelseserklæring vil derfor ikke kunne faa nogen Virkning, med mindre enten Causa'en paa almindelig Maade oplyses, eller der undtagelsesvis ifølge de Regler, der nærmere skulle udvikles nedenfor i den følgende §, er Hjemmel til at tillægge Løftet Virkning med Abstraktion fra dets Causa.

Fremdeles maa Parterne selv og navnlig Skyldneren, der foretager den bindende Anerkjendelse, praktisk være gaaede ud fra de foreliggende Momenters retsbegrundende Evne. Det maa altsaa ikke have staaet Debitor klart, at de vare uden enhver Betydning i saa Henseende, men han maa ved sin Anerkjendelse enten være gaaet ud fra deres retstiftende Virkning som sikker eller som noget, han højst antog kunde gjøres til Gjenstand for en vis Tvivl, men om hvis Effektivitet til at svække Fordringen han dog ikke har næret nogen bestemt Overbevisning. Kun da kan nemlig den Fordel, han opgiver ved sin Anerkjendelse, siges at være af en saadan problematisk, potentiel Karakter, at man tør gaa ud fra, at de Fordele, han venter sig til Gjengjæld, have en lignende usikker Natur, saa at de ikke lade sig retlig konstatere. Anerkjender han derimod (altsaa Anerkjendelse i uegentlig Forstand) en Pligt, hvor der efter de foreliggende Omstændigheder ikke kunde tænkes nogen Mulighed for, at han selv kunde anse den for virkelig begrundet, eller opgiver han en Indsigelse, som det maatte være ham ganske klart, at han med Virkning kunde

¹⁾ jfr. Reichsgerichts Entsch. in Civilsachen 9. Maj 1893 XXXI. Nr. 78 S. 348.

gjøre gjældende, kan denne Betragtning ikke længere siges at passe. Her maa tvertimod det almindelige Synspunkt finde Anvendelse, at man som Regel ikke opgiver bestemte Rettigheder uden at erholde bestemte Goder til Gjengjæld, og der vil derfor ikke kunne tillægges hans Forpligtelseserklæring Virkning, med mindre Kreditor enten tillige oplyser den nærmere Karakter af disse, eller at den undtagelsesvis ikke har været knyttet til nogen saadan Forudsætning, men har haft donatorisk Natur.

Den Tvivl med Hensyn til Forholdet, der saaledes kan siges at danne den egentlige Anerkjendelseskontrakts Forudsætning, behøver dog ikke at referere sig til Forholdets faktiske Side; ogsaa en Usikkerhed med Hensyn til Forholdets retlige Karakter og Virkekraft maa kunne have samme Betydning. Den Indvending, der ofte gjøres gjældende herimod, nemlig at Anerkjendelsen ligesom andre Bevismidler kun kan bevise Faktum, men ikke Jus, er baade i sig selv næppe saa ubetinget rigtig, som det i Almindelighed antages¹⁾, og passer ihvertfald ikke i denne Anvendelse. Anerkjendelseskontrakten er jo overhovedet ikke Bevismiddel, men Dispositions-erklæring, Skyldneren erklærer ikke i Anledning af den opstaaede Tvivl, at det paagjældende Moment er rigtigt, men at han vil holde det for rigtigt, altsaa undlade at gjøre Indvendinger hentede fra Forholdets Tvivlsomhed gjældende mod Kravet. Og hvorfor dette ikke lige saa vel skulde kunne finde Sted med Hensyn til en ved retlige Grunde fremkaldt Tvivl, er ikke let at indse.

I Forbindelse med denne urigtige Opfattelse af Anerkjendelseskontraktens Væsen staar det ogsaa, naar man undertiden har næret Betænkelighed ved at tilstede en almindelig Anerkjendelse, ganske generelt lydende paa Kreditors Krav ifølge et vist Forhold uden at knytte sig til bestemte Momenter, hvorpaa det skulde begrundes. Det er nemlig ogsaa her den retlige Vurdering af Forholdet, der herved finder Sted, og som synes at burde overlades Dommeren, og ikke Parterne selv, hvilken danner Hovedbetænkeligheden. Men denne svinder, naar man kommer bort fra den skæve Opfattelse af Anerkjendelseskontrakten som blot bevisende i Forhold til det oprindelige Krav og bliver klar over dens til en vis Grad rets-konstituerende Karakter. Den udgjør da ikke længer et Bevis-

¹⁾ jfr. Wach i Arch. f. die civ. Praxis Bd. 64 S. 236 f.

moment, men en ny retstiftende Kjendsgæring, der i et vist Omfang er traadt i Stedet for og har modificeret de oprindelige, og Parternes Pligt til at underkaste de processuelt betydende Kjendsgæringer Dommerens Prøvelse maa siges at være sket fuld Fyldest ved deres Paaberaabelse af Anerkjendelseskontrakten i Forbindelse med en Angivelse af det Retsforhold, hvortil den knytter sig, ved hvilken den faar sit tilstrækkelige konkrete Indhold.

Spørgsmaalet bliver nu, hvorledes Anerkjendelseskontraktens Sammenhæng med Kjendsgæringer, hvorved et Krav allerede formentes begrundet, nærmere skal konstateres. I saa Henseende maa man nu først og fremmest se hen til selve Kontraktens Indhold. Lyder denne saaledes paa, at den erklærende bindende anerkjender et Moment for at forholde sig paa en vis Maade, eller mere i Almindelighed paa, at han erkjender ifølge en vis nærmere konkret specialiseret Kontrakt at være det og det Beløb skyldig, maa man sikkert, hvis Anerkjendelseskontrakten ikke overhovedet helt skal forfejle den betydningsfulde Funktion, som den udfylder i det praktiske Forretningssliv, foreløbig tage Skyldnerens egen Erkjendelse som tilstrækkelig, saa at den foreliggende Kontrakts virkelige Forbindelse med saadanne forud eksisterende Kjendsgæringer antages, lige indtil Angivelsens Urigtighed positivt godtgjøres. Dette er saaledes Tilfældet, hvor nogen erkjender ifølge et paa en bestemt Dag afsluttet Kjøb om et Parti Varer af en nærmere angiven Art at være en vis Sum skyldig. Lyder Anerkjendelsen kun paa »ifølge et den og den Datum afsluttet Kjøb«, eller endnu mere ubestemt »ifølge et Kjøb« at skyldes, kan der næppe tillægges en saadan selvstændig Virkning som egentlig Anerkjendelseskontrakt ¹⁾. Det er vel sandt, at der ogsaa her ved Skyldnerens egen Erkjendelse maa siges at være vakt en stærk Formodning for den virkelige Existens af en eller anden Kontrakt af den angivne Art, men hvilken er ikke dermed sagt, og saalænge der ikke foreligger nogen Oplysning herom, mangler man ethvert Grundlag for Bestemmelsen af den nærmere Virkning, der ved Anerkjendelseskontrakten tilsigtedes udøvet paa det oprindelige Mellemværende. Det maa herefter være Kreditors egen Sag at godtgjøre det nærmere i saa Henseende, men til Fastslaaelsen af, at det da netop er

¹⁾ Om den derimod kan faa Virkning som virkelig »abstrakt« Kontrakt, naar dennes Forudsætninger ere fyldestgjorte, skal behandles i næste §.

til dette konkrete Forhold, at Anerkjendelsen har Hensyn, vil den i selve denne indeholdte almindelige Henvisning være af betydelig Vægt.

Indeholder Erklæringen overhovedet slet ikke nogen saadan Henvisning, men lyder den alene paa at »erkjende at være et vist Beløb skyldig«, kan der selvfølgelig endnu mindre være Tale om at tillægge den Anerkjendelsesvirkning med Hensyn til et bestemt Forhold, forinden den virkelige Foreliggen og Karakter af et saadant oplyses. Paa den anden Side maa den, naar den saaledes suppleres af Kreditor, have en Anerkjendelseskontrakts almindelige Virkninger. Dermed skal dog heller ikke her være sagt, at den, selv uden et saadant Supplement, altid vil være ganske uden Betydning. Det er blot som egentlig Anerkjendelse i Forhold til et bestemt Retsmellemværende, at den ikke kan være af nogen Virkning. Men ogsaa den vil maaske fra et andet Synspunkt kunne faa Betydning, nemlig som selvstændigt abstrakt Skyldløfte, naar de Betingelser for at tillægge et saadant Gyldighed, der nærmere skulle udvikles i den følgende Paragraf, ere fyldestgjorte.

I væsentlig Overensstemmelse med den her fremsatte Opfattelse af den egentlige Anerkjendelse befinder sig ogsaa den franske Ret, idet det i Code civil art. 1337 siges: »Les actes récongnitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée« ¹⁾. Ved det Spørgsmaal, hvilke Fordringer der nærmere maa stilles til denne »Fremstilling af den oprindelige Adkomst«, hvor ikke selve Anerkjendelsesakten indeholder en speciel Angivelse deraf, maa Synspunktet ved den virkelige Anerkjendelse være det, at det dog stadig er det oprindelige Forhold, hvorpaa Kravet principalt støttes, kun at Anerkjendelseskontrakten dertil har føjet en accessorisk Retsbeskyttelse, idet ved den de retsbegrundende Momenter i større eller mindre Omfang ere stillede udenfor Debat. Der maa derfor ogsaa i Almindelighed paahvile Kreditoren ganske samme Pligt til at deducere og substantiere sin Paastand, som om ingen Anerkjendelseskontrakt var indgaaet, denne øver i sig slet ikke nogen Virkning i denne Retning, men er kun af Betydning som Middel til at afværge Indsigelser, som ellers med Virkning kunde være fremsatte mod Forholdet. —

¹⁾ jfr. som Exempler paa egentlig Anerkjendelse fra den tyske Retspraxis Seuffert's Archiv III. S. 105, XX. S. 227.

I og for sig kan der selvfølgelig ikke være noget i Vejen for, at Anerkjendelsen foretages med Hensyn til flere Krav under et, naar blot da hvert enkelt af dem enten i selve Anerkjendelsesakten foreligger tilstrækkelig specialiseret, eller denne i saa Henseende af den, der vil støtte Rettigheder derpaa, forsynes med det fornødne Supplement. Det sidste vil saaledes være nødvendigt, hvor Skyldnerens Erklæring kun lyder paa »ifølge forskellige Poster« at skyldte et vist Beløb.

Derimod maa vistnok noget andet statueres, hvor Anerkjendelseserklæringen henviser til en stedfunden »Afregning«. Man kunde vel indvende, at en saadan Regningsvirksomhed, hvori denne i Virkeligheden kun bestaar, idet Tilgodehavenderne og Skyldposterne paa begge Sider sammenlægges og subtraheres, og Saldoen udtrages, selvfølgelig ikke kan begrunde noget Krav, men dette i Virkeligheden stadig støttes paa de oprindelige Transaktioner, der derfor ogsaa maa forlanges nærmere specialiserede. Men herved maa erindres, at overhovedet Kredsen af de selvstændig retstiftende Kjendsgærninger ikke lader sig udfinde ved logiske Deduktioner, men udelukkende beror paa, hvilke Kjendsgærninger det praktiske Retsliv kræver anerkjendt som saadanne. Maa dette være Synspunktet, kan det næppe bestrides, at Afregningen møder med gode Prætentioner i saa Henseende. Særlig i Handelsforhold, men ogsaa i mange andre af Livets Forhold, gjør der sig en stærk Trang gjældende til at faa lange, maaske i høj Grad problematiske og komplicerede Mellemværender bragte til en Ende, derved at de afløses af et, ved Sammenregning af de enkelte Poster udfundet, og ved gjensidig Overenskomst definitivt fastsat Resultat. Dette Maal vil ikke kunne opnaas, med mindre der da tillægges hint en vis selvstændig Virkning, saa at den i Henhold dertil berettigede maa kunne nøjes med at paaberaabe sig Afregningsresultatet som Klagegrundlag, og Momenter hentede fra de oprindelige Forhold ihvertfald kun indsigelsesvis kunne faa tillagt Betydning. Naar da Anerkjendelseserklæringen selv indeholder en Henvisning til en saadan stedfunden Afregning, maa ogsaa her Parternes eget Udsagn holdes for rigtigt, indtil det modsatte positivt godtgjøres.

Den bindende Virkning af en gennem Afregning sket Fastsettelse af Skyld kan siges at være anerkjendt i alle moderne Retsforfatninger. Ikke blot i den tyske Theori¹⁾ og Praxis²⁾

¹⁾ jfr. herom den foregaaende Paragraf.

²⁾ jfr. Donime i Seuffert's Archiv III. S. 105, VII. S. 246, S. 302, XII.

hersker der saa godt som Enighed derom, men ogsaa i fransk Ret anses art. 1337's Fordringer for fyldestgjorte ved Henvi-
ning til en stedfunden Afregning¹⁾, og i engelsk Ret tillægges
der ligeledes »an account stated« en vis selvstændig Virkning
som Klagefundament.²⁾

Noget lignende maa gjælde om en Forretningsførers Regn-
skabsaflæggelse og dertil knyttede bindende Opgjørelse i Forhold,
hvor en saadan er almindelig og fra praktisk Synspunkt nød-
vendig. Ogsaa her maa dominus kunne holde sig til Forret-
ningsføreren under Paaberaabelse af en saadan fra hans Side
sket Anerkjendelse af hans Pligt som tilstrækkeligt foreløbigt
Grundlag for sit Krav, saa at det maa være Forretningsføreren
egen Sag, naar han vil rejse Indsigelse fra de til Grund lig-
gende Poster, at drage disse frem. —

Endnu skal fremhæves, at det ikke kan opstilles som
nogen nødvendig Fordring, at Anerkjendelseskontrakten selv
udtrykkelig betegner sig som saadan, naar blot den erklærendes
Hensigt at foretage en bindende Anerkjendelse af et vist For-
hold paa anden Maade klart fremgaar af Omstændighederne.
Nogle Bemærkninger om, hvornaar dette kan antages nærmere
at være Tilfældet, vil der nedenfor under D., hvor Anerkjendel-
seskontraktens Virkning behandles, blive Lejlighed til at frem-
sætte.

Nogen Form for Anerkjendelseserklæringen iøvrigt kan der
i Retsforfatninger, hvor Principet om Kontraktens Formfrihed
gjælder, ikke være Tale om at kræve. Den maa navnlig kunne
afgives mundtlig lige saa vel som skriftlig, selv om det Sik-
ringshensyn, som den tjener, hyppigst vil føre til at iklæde
den skriftlig Form.

D. Anerkjendelseskontraktens Virkninger. — For
at faa et sammenhængende Billede af de herhen hørende For-
hold vil det være nødvendigt at gaa lidt udenfor det i det fore-
gaaende opstillede snævrere Anerkjendelsesbegrebs Grænser,
idet det ikke vil kunne undgaas samtidig at strejfe de Tilfælde,
hvor der foreligger en kun faktisk bevisende Anerkjendelse,
eller hvor omvendt nogen bindende anerkjender Rettigheder,

S. 17, XIII. S. 247, XX. S. 115, Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen
II. S. 337.

1) jfr. Zachariä's Handbuch des französischen Civilrechts. 8. Aufl.
ved Crome 1894. S. 402 Note 8.

2) se herom nærmere Schuster i Busch' Archiv Bd. 46 S. 151—159.

om hvilke det maatte være ham selv klart, at de ikke kunde gjøres gjældende imod ham, altsaa den ovenfor som »uegentlig« betegnede Anerkjendelse.

Bestemmelsen af Anerkjendelsens som af alle lignende retlige Viljesakters Virkning maa da ske under nøje Prøvelse af selve Aktens Indhold og de Omstændigheder, hvorunder den er foregaaet, og under Hensyn til, hvad der derefter maa antages at have været Parternes Mening og Formaal.

a. Med Hensyn til den Anerkjendelse, der foretages til Afbrydelse af Lovens Regler om Præskription eller Prækclusion, vil der herefter i sig selv næppe kunne tillægges denne nogen Betydning udenfor dette nøje bestemte og begrænsede Øjemeds Omraade. Den tilsigter jo nemlig kun at afværge det Retstab for Kreditor, som vilde blive Følgen af Præskriptions- eller Prækclusionsfristens Udløb uden Afbrydelse, men iøvrigt ikke at tillægge ham nogen retlig Fordel. Nogen Grund til, at Skyldneren skulde have villet noget saadant, kan i Almindelighed ikke tænkes, og heller ikke Kreditor kan siges at have noget billigt Krav paa mere, end at status quo uforstyrret opretholdes. Skal der derfor her tillægges Anerkjendelsen nogen Virkning udover dette, enten som bevisende eller forbindende, til Præjudits for Skyldneren, maa Hjemmelen hertil særlig godtgjøres, i hvilken Henseende de nedenfor fremstillede Synspunkter i det hele maa finde Anvendelse. Et særlig praktisk Tilfælde vil være det, hvor der tilkommer Skyldneren en klar Indsigelse, med Hensyn til hvilken der ikke kunde tænkes nogen anden fornuftig Grund til ikke at fremsætte den i det Øjeblik, da Anerkjendelsen forlangtes af ham, end at han definitivt vilde give Afkald paa den.

b. Hvor Anerkjendelsen ikke saaledes har Sigte paa en bestemt ufravigelig Retsregel, men forfølger alene til fri Ordning mellem Parterne overladte Formaal, stiller Forholdet sig langt mere kompliceret.

Da vi her nærmest have Anerkjendelsen som Kontrakt for Øje, skulle kun de Tilfælde behandles, hvor der er nogen Mulighed for at tillægge Anerkjendelsen en saadan forbindende Virkning. Dette er udelukket, hvor den sker, uden at Skyldneren overhovedet dermed kan antages at have forbundet nogen alvorlig Tanke om den retlige Betydning deraf, f. Ex. ved Ytringer til en Tredjemand ¹⁾ eller ved rent lejlighedsvis Ud-

¹⁾ Derimod er der naturligvis i sig selv intet til Hinder for, at en forbindende Anerkjendelse efter Omstændighederne kan foretages over-

talelser i et Brev til Kreditor selv. Saadanne kan der vel efter Omstændighederne blive Tale om at tillægge en vis bevisende Betydning, men nogen Mulighed for paa noget Punkt at tillægge dem bindende Virkning, foreligger ikke. Paa den anden Side er den Omstændighed, at Skyldneren maa antages at have foretaget Anerkjendelsen med klar Bevidsthed om den retlige Betydning til hans Skade, som den maatte kunne faa for ham, ikke i sig selv tilstrækkelig til at statuere Existensen af en virkelig Anerkjendelseskontrakt. Det kan være, at hans Vilje ikke har strakt sig videre end til ved sin egen Tilstaaelse at skabe et Bevismiddel imod sig, saa at han dog stedse maa være fri, for saa vidt det lykkes at skaffe Modbevis derimod. Kun, hvor han maa antages i et vist Omfang at have bundet sig selv for denne Eventualitet, foreligger der en ægte Anerkjendelse, og det bliver altsaa et særligt Spørgsmaal, hvorvidt en saadan i det enkelte Tilfælde virkelig maa statures, og hvilken Virkning der da nærmere skal tillægges den.

Det vil i saa Hensende være nødvendigt at sondre mellem forskellige Tilfælde.

a. Anerkjendelsen har Hensyn, ikke til et Skyldforhold i Almindelighed, men til et enkelt bestemt Moment.

aa. Er dette nu en bestemt præciseret Kjendsgæring, der ikke aabner Plads for noget Skjøn, og som Skyldneren maa antages at have fuld Kundskab om, vil man i Almindelighed ikke være beføjet til i hans Anerkjendelse at se mere end en Konstatering af denne Kundskab, som derfor kun gjælder indtil Modbevis. Dette er f. Ex. Tilfældet, hvor Debitor overfor Kreditor anerkjender sin Underskrift under et Dokument. Blicher han senere istand til at oplyse, at Underskriften

for en anden Person end den, hvem den skal komme til Gode. Dette maa imidlertid ganske afhænge af de almindelige Regler om Rets-handeler in favorem tertii. — Endvidere vil en Akt, der nærmest er rettet mod en Tredjemand, samtidig kunne have tilsigtet at hidføre visse Virkninger som Anerkjendelse overfor Kreditoren. Noget saadant vil saaledes hyppig være Tilfældet ved Delegation. I sig selv behøver denne slet ikke at berøre det oprindelige Forhold mellem Delegatus og Delegans. Men en vis anerkjendende Virkning paa dette vil kunne følge af de nærmere Omstændigheder, hvorunder Delegationen er foregaaet, f. Ex. hvor den foretages som Betaling paa et Skyldforhold mellem Delegat og Delegant, om hvilket der tidligere har været Tvist.

i Virkeligheden var falsk, saa at han var blevet skuffet f. Ex. ved Skriftens store Lighed med hans egen, maa Anerkjendelsen i Reglen tabe sin Virkning imod ham. Kun ifølge ganske særlige Momenter, f. Ex. Oplysning om et Vederlag, der kunde gjøre Paatagelse af en saadan Byrde fra hans Side sandsynlig, kan der blive Tale om at lægge Risicoen over paa ham ogsaa for den Eventualitet, som han selv ikke har skænket den fjærmeste Tanke, at Sagen ikke skulde forholde sig som af ham antaget og erkjendt.

αβ. Har omvendt Anerkjendelsen haft Hensyn til en Kjendsgærning, som det maatte være ham selv klart ikke forholdt sig som af ham erkjendt, vil den i sig selv være udelukket fra at kunne faa Betydning som Bevis, og for at den da ikke skal blive helt virkningsløs, maa der tillægges den Karakteren af en dispositiv Akt, hvorved den anerkjendende bindende giver Afkald paa at rejse nogen Indsigelse fra den paagjældende Kjendsgærnings virkelige Ikke-Existens. Dette finder saaledes Anvendelse i det med det lige berørte sammenhængende Forhold, hvor f. Ex. saavel Kreditor som den, hvis Navn staar under Dokumentet, ere ganske klare over, at der foreligger et Falskneri, men hvor den sidste dog for at redde den, der har begaaet Forbrydelsen, fra Tiltale »anerkjender» sin Underskrift. Den fornuftige Forstaaelse af en saadan Erklæring kan kun være, at han tiltrods for, at det ikke er hans Underskrift, overfor Kreditor samtykker i at lade sig behandle, som om det virkelig havde været Tilfældet. Der vil derfor selvfølgelig ikke kunne være Tale om at føre Modbevis mod en saadan Anerkjendelse, men denne vil ligesom andre dispositive Viljesakter kun kunne anfægtes ifølge Reglerne om urigtige eller bristende Forudsætninger, f. Ex. hvis det viste sig, at Falskneren ikke som forudsat var en nær Paarørende af den anerkjendende, men en ham vild fremmed Person.

Et andet Tilfælde er det i det praktiske Liv hyppig forekommende Forhold, at nogen erkjender at have modtaget et Laan, som han forpligter sig til at tilbagebetale, skjønt han maaske i Virkeligheden slet ingen Penge har modtaget, men den Sum, der er Tale om, er lovet som Gave eller som Betaling af en Skyld ifølge et Kjøb paa Kredit eller i andet Øjemed. I sig selv fremtræder en saadan Anerkjendelse kun som en Bevidnelse af et faktisk Forhold, nemlig Pengenes Modtagelse, og maa derfor som saadan kunne svækkes ved Modbevis. Er dette sket, maa det imidlertid ihvertfald staa

Kreditor aabent at godtgjøre, at i Virkeligheden et andet Forhold laa til Grund for den, hvorefter den maa virke som en generel Anerkjendelse med Hensyn til dette i Henhold til de Regler, der herom nærmere skulle udvikles strax nedenfor under β . Ja, man maa endogsaa i visse Tilfælde gaa endnu videre. Opfylder en saadan Anerkjendelse de Betingelser, som iøvrigt maa opstilles for en egentlig abstrakt Kontrakt, altsaa i Almindelighed navnlig skriftlig Form, maa der endogsaa tillægges den Virkning som saadan, idet Henvisningen til et stedfundet Laan¹⁾ ifølge den almindelige Retsopfattelse maa betragtes som en tom demonstratio uden Betydning, hvoraf Følgen vil blive, at et saadant Dokument i sig selv er tilstrækkeligt Klagegrundlag, saa at det ihvertfald maa være Indstævntes egen Sag, naar han vil gjøre Indsigelser fra det oprindelige Forhold gjældende, at godtgjøre den virkelige nærmere Beskaffenhed af dette, og at de derefter afgjørende Forudsætninger ere bristede.

$\alpha\gamma$. Har Anerkjendelsen Hensyn til en Kjendsgærning, om hvilken ikke engang den anerkjendende selv maa antages at have bestemt Kundskab, vil der jo ikke fornuftigvis kunne tillægges den Betydning som faktisk Bevis, og man tvinges da ogsaa her til at tilkjende den en vis Virkning som forbindende Viljeserklæring. Et Exempel herpaa foreligger, hvor Arvinger for at undgaa odieuse Disputer om deres Arveladers Forhold beslutte sig til uden videre at anerkjende hans Underskrift under et Dokument, uagtet de maaske selv nære Tvivl i saa Henseende. Deres Anerkjendelse vil da ligesom andre forbindende Viljesakter kun kunne anfægtes ifølge Synspunktet om urigtige Forudsætninger. Herefter er det for det første klart, at de maa være fri, naar Momenter, som af begge Parter blev ansete for sikre, og som maa antages at have været af afgjørende Betydning for Anerkjendelsesaktens Foretagelse, senere vise sig at have forholdt sig paa anden Maade.²⁾ Men selv om den Vildfarelse, hvorfra den anerkjendende Part er gaaet ud, kun maa antages at have været næret af ham selv, maa den i Almindelighed have samme Virkning, naar den refererer sig til en bestemt Kjendsgærning af lignende afgjørende Betydning. Netop nemlig, fordi Anerkjendelsen i Reglen sker

¹⁾ Det samme lader sig imidlertid ifølge Begrundelsen ingenlunde i Almindelighed sige om en Henviſning til et hvilketſomhelſt andet konkret Retsforhold. ²⁾ jfr. Windscheid: Pand. H. § 414.

uden Vederlag af bestemte retlige Fordele, mangler Hjemmelen til at lægge Risicoen for en saadan Vildfarelse over paa den anerkjendende. Men hvor der da undtagelsesvis er tilsagt saadanne, f. Ex. Opgivelse af en begyndt Retsforfølgning, vil der i dette Moment kunne frembyde sig et Holdepunkt for i et vist Omfang at statuere en anden Ordning.

αδ. Ere de Momenter, hvortil Anerkjendelsen har Hensyn, ikke bestemt præciserede Kjendsgærninger, men saadanne, der i et vist Omfang aabne Plads for et Skjøn, maa ogsaa Anerkjendelsen opfattes som en dispositiv Erklæring, hvorved den anerkjendende tager en bindende Beslutning om den Stilling, han vil indtage overfor det paagjældende Moment. Dette er særlig klart, hvor den Tvivl, der aabner Plads for et Skjøn, angaar den retlige Side ved Forholdet, idet her Anerkjendelsens bevisende Betydning væsentlig er udelukket, men maa sikkert ogsaa gjælde, hvor Skjønnen refererer sig til et Moments faktiske Beskaffenhed, f. Ex. hvor Kjøberen erkjender Kontraktsmæssigheden af de modtagne Varer. Ogsaa her maa Anerkjendelsen i sig selv være forbindende. At Skjønnen har været objektivt urigtigt, nytter det ikke den anerkjendende at oplyse. Det maa ihvertfald paahvile ham at godtgjøre bestemte Kjendsgærninger, der have været af afgjørende Betydning for hans Anerkjendelse og som have vist sig at forholde sig paa anden Maade end af ham antaget. Om der da kan tillægges denne Omstændighed Vægt, maa ganske afgjøres efter de under *αα-αγ* anførte Synspunkter.

β. Gaa vi herefter over til Behandlingen af det Tilfælde, hvor der foreligger en Anerkjendelse af et Skyldforhold i Almindelighed, ville Synspunkterne for Besvarelsen allerede være indeholdte i det foregaaende. At anerkjende et Retsforhold vil jo i Virkeligheden sige at erkjende Rigtigheden af alle de faktiske og retlige Momenter, hvorpaa det beror. Den generelle Anerkjendelse lader sig saaledes opløse i en Række af specielle Anerkjendelsesakter, og det samlede Resultat vil da fremgaa af en Bedømmelse af disse hver for sig.

Herved maa gjøres opmærksom paa, at det i saa godt som alle praktiske Tilfælde vil være visse aktuelle eller eventuelle Tvivlspunkter, der fremkalde Anerkjendelsen, og hvis Afgjørelse da netop er dennes Øjemed. Med Hensyn til den store Masse af de Kravet betingende Momenter vil der derimod slet ikke for Parterne have gjort sig nogensomhelst Tvivl

gjældende, saa at de ved Anerkjendelsen ikke kunne antages at have haft dem for Øje. Med Hensyn til saadanne kan der derfor ikke tillægges Anerkjendelsen nogen selvstændig Betydning hverken som bevisende eller forpligtende, men den er kun et faktisk Moment, hvis bevisende Virkning i høj Grad maa afhænge af de nærmere Omstændigheder, hvorunder den er fremkommet.

Hvad derimod de Momenter angaar, som Anerkjendelsen netop maa antages at have haft Hensyn til, maa i et og alt de i det foregaaende udviklede Synspunkter finde Anvendelse. Derefter maa det afgjøres, om Anerkjendelsen i denne Retning skal virke kun som bevisende eller som forbindende, og i hvilket Omfang der da skal tillægges den denne Virkning. At Anerkjendelsen er affattet almindelig i Stedet for at være rettet paa enkelte bestemte Momenter, vil ikke faa nogen Betydning for dens Virkning paa de Momenter, som den overhovedet maa antages at have Hensyn til, men kun ved Bestemmelsen af Kredsen af disse Kjendsgæringer. I Henhold til dens generelle Affattelse maa nemlig ogsaa Formodningen være for dens generelt virkende Karakter. Det vil derfor ikke kunne paahvile Kredtoren med Hensyn til hvert Moment, paa hvilket han vil have Anerkjendelsen tillagt Virkning, at føre Bevis for Anerkjendelseserklæringens Sigte derpaa, men det maa tvertimod være den anerkjendendes egen Sag, naar han vil paastaa, at Anerkjendelsen ikke har Hensyn til en enkelt Kjendsgærning, at gjøre denne Undtagelse fra hans Erklærings generelle Virkning sandsynlig. Og dette vil ofte falde ham saare vanskeligt, med mindre de paagjældende Momenter klart refererede sig til et Tidspunkt, der laa senere end Erklæringen, saa at en Forhaands Anerkjendelse af dem paa denne Tid ikke let var fornuftig tænkelig ¹⁾.

¹⁾ Det forekommer vel ikke sjældent i Livet, at en Part foretager, hvad man med en vis Ret kunde betegne som en »forudgaaende Anerkjendelse« af et Forhold, saaledes navnlig hvor han strax ved Handelens Indgaaelse har forpligtet sig til at undlade at gjøre visse Kvantitets- eller Kvalitetsmangler mod et Parti Varer gjældende. I Virkeligheden foreligger imidlertid i disse Tilfælde ikke saa meget en Erkjendelse af, at Forholdet virkelig er saaledes i Orden, at det udelukker Indsigelser, som snarere en Aftale, hvorved Risicoen for visse Mangler i saa Henseende lægges paa den ene Part, idet han i et vist, ved Aftalens Ordlyd og den konventionelle Opfattelse nærmere bestemt, Omfang afskærer sig fra at gjøre selv maaske virkelig

Disse Betragtninger maa for det første finde Anvendelse paa den simple mundtlige Anerkjendelseserklæring. Om at tillægge denne i sig selv nogen Virkning udover den af en egentlig Anerkjendelse i Forhold til et bestemt Krav, hvilket igjen vil sige det samme som de Momenter, hvorved dette begrundes, kan der overhovedet ikke være Tale.

At Anerkjendelsen foreligger skriftlig i Form af et Skyldbevis, kan i og for sig i denne Retning ikke gjøre nogen Forskjel. Der kan maaske med Hensyn til et saadant blive Spørgsmaal om, aldeles bortset fra Reglerne om den egentlige Anerkjendelse, i visse Retninger at tillægge det »abstrakt«
Karakter, jfr. herom nærmere i den følgende Paragraf, men overalt hvor der spørges om dets Virkning som Anerkjendelse, kan denne kun bestemmes efter de angivne Synspunkter.

Ogsaa om en i Tilknytning til en stedfunden Afregning foretagen Anerkjendelse maa i Hovedsagen det samme gjælde. Dog stiller Forholdet sig her i visse Retninger noget ejendommeligt. For det første maa det erindres, at der ved en Afregning kan finde adskillige andre Transaktioner Sted end en egentlig Anerkjendelse. Der kan saaledes ved den ske en gjensidig Kompensation af de indbyrdes Fordringer, forsaavidt de dække hinanden, eller en gjensidig Eftergivelse eller Nedsættelse af de af hver af Parterne paastaaede Tilgodehavender. For disse Forhold maa de almindelige Regler om urigtige eller bristende Forudsætninger ved gjensidige Retshandeler i det hele finde Anvendelse.

Men ogsaa forsaavidt der bliver Tale om en egentlig Anerkjendelse, fremkommer der Ejendommeligheder, hidrørende fra den tidligere omtalte Omstændighed, at der maa tillægges Afregningen som saadan selvstændig Betydning som Klagegrundlag. Derved kommer Forholdet nemlig for saa vidt til at minde noget om det ved den nedenfor omhandlede abstrakte Kontrakt, som Sagsøgeren, naar blot en virkelig stedfunden Afregning er gjort sandsynlig, maa være fritaget for at gaa nærmere ind paa de Retsforhold, der have ligget til Grund for denne.¹⁾ Sagsøgte har altsaa ikke her, som ellers ved en Anerkjendelse, i Sagsøgerens egne Oplysninger et Grundlag

klart begrundede Indsigelser gjældende, altsaa Tilfælde af uegentlig Anerkjendelse, og Forholdet kan derfor kun tjene til at vise, hvor vanskelig Grænsen mellem disse og de egentlige Anerkjendelsestilfælde ofte i det praktiske Liv er at drage.

¹⁾ Forholdet har altsaa her det tilfælles med Anerkjendelseskontrakten,

for sin Indsigelsesret, men det maa paahvile ham selv først at godtgjøre den nærmere Karakter af det Retsforhold, som han vil anfægte. Er dette imidlertid lykkedes ham, maa iøvrigt med Hensyn til den Virkning, som den ved Afregningen skete Anerkjendelse maa antages at have udøvet paa de til dette Retsforhold hørende Momenter, de almindelige Regler komme til Anvendelse.

Forudsætningen herfor maa imidlertid være, at der virkelig kan siges at være sket en bindende Anerkjendelse af Afregningsresultatet. En saadan kan f. Ex. i Almindelighed næppe antages at ligge i den blotte Tilsendelse af en Kontokurrent fra den ene Handlende til den anden. Da denne jo i sine egne Handelsbøgers Opgivelser vil have tilstrækkelig Lejlighed til at kontrollere den tilsendte Kontokurrents Rigtighed, er der ingen Grund, hvorfor han skulde have Ret til blindt at fæste Lid til dens Angivelser. Der kan derfor, selv om Kontokurrenten endogsaa maatte være forsynet med Afsenderens Underskrift, i denne i Almindelighed næppe lægges mere end en Bevidnelse af, at den befinder sig i Overensstemmelse med Udstederens Handelsbøger, men ikke nogen som helst forbindende Anerkjendelse med Hensyn til de Afregningsresultatet begrundende objektive Momenter, hvorom Modtagerens Bøger lige saa vel kunne give ham Oplysning. Kun med Hensyn til rene Skjønsspørgsmaal, paa hvilke denne Betragtning jo netop ikke passer, kan der blive Tale om at knytte en noget videregaaende præjudicerende Virkning til en Kontokurrents Udstedelse og Afsendelse. Den fulde Virkning af en almindelig forbindende Anerkjendelse indtræder først, naar den, i hvis Disfaveur Kontokurrenten udviser en Saldo, ved en formelig Accept anerkjender Rigtigheden af den derved begrundede Pligt¹⁾.

at en vis Henvisning til en Gruppe af bestemte Retsforhold er fornøden til Retsvirkningens Begrundelse. Paa den anden Side er det Grundlag, der derved skabes for Anerkjendelsen, her saa spinkelt, at Forholdet stærkt nærmer sig til den i Stedet for en virkelig Betaling trædende Fastsættelse af et abstrakt Skyldresultat, jfr. herom i næste §.

¹⁾ jfr. herved Amdrup: Haandbog i den danske Lovgivning om Bru- gen af stemplet Papir S. 473—474, Jul. Lassen: Haandbog I. S. 453.

II. »Anerkjendelse« som abstrakt Kontrakt.

A. Grænserne for den egentlige Anerkjendelse ville fremgaa af det udviklede. Den slutter sig accessorisk til et bestaaende Retsforhold, som den udstyrer med et Tillæg af Retsbeskyttelse, derved at den afskærer mulige Tvivl.

Det er kun indenfor dette begrænsede Omraade, at man tør gaa ud fra Formodningen om Dispositionens retlige Vederlagsfrihed og derfor tør tillægge den Virkning uden særlig Oplysning om Causa'en. Gaar den derimod ud over disse Grænser, saa at den begrunder Pligter uden Tilknytning til Kjendsgærninger, der bære Muligheden for en saadan Retsvirkning i sig, maa den almindelige Formodning gjælde, at ingen paatager sig bestemte Pligter uden mod Erhvervelse af bestemte Rettigheder som Vederlag, hvorfor hans Dispositionserklæring heller ikke faar nogen Retsvirkning, medmindre enten Vederlagsforudsættningens nærmere Karakter oplyses, eller Erklæringens undtagelsesvise Uafhængighed af en saadan godtgjøres.

Lad os f. Ex. antage, at nogen har afgivet en Erklæring, hvorved han »anerkjender at være 100 Kr. skyldig«, uden nogen Henvisning til et bestemt Retsforhold, hvoraf denne Skyld skulde være opstaaet, og uden at forøvrigt Tilknytningen til et saadant foreligger godtgjort. Om at tillægge en saadan Erklæring anerkjendende Virkning i Forhold til et bestemt Mellemværende og de dette konstituerende Momenter kan der selvfølgelig ikke være Tale. Det er nemlig ikke blot tvivisomt, hvilke disse skulde være, men ogsaa, om der overhovedet i det Øjeblik, den saakaldte Anerkjendelse fandt Sted, have foreligget saadanne. Ved en Slags Anticipation i Tankegangen sker det nemlig ikke sjældent, at man udtrykker sig i Form af en Anerkjendelse med Hensyn til Retsvirkninger, som slet ikke vare eller antoges at være begrundede forinden, men netop først gennem selve »Anerkjendelsen« tilsigtedes bragte til Existens, f. Ex. at en Person afgiver en Erklæring om at være noget skyldig, nemlig fra nu af, eller udsteder et Dokument, hvorved han anerkjender at være pligtig at betale noget vist, uagtet den Forpligtelse, som der refereres til, netop først skulde begrundes ved det implicite i disse Akter liggende Løfte.

Hvis der derfor overhovedet skal tillægges en saadan Akt Retsvirkning, kan det ikke være som en Anerkjendelse i Forhold til bestemte allerede foreliggende Momenter, men maa

det være som selvstændigt Forpligtelsesgrundlag.¹⁾ Men da maa ogsaa strax de almindelige Regler om forpligtende Viljesakter finde Anvendelse, hvorefter der kun tillægges saadanne Virkning i Forbindelse med Oplysning om deres Causa. For saa vidt frembyde altsaa disse Akter slet ingen særlige Ejendommeligheder. Men vi berøre her et Territorium, hvor den af mange opstillede »abstrakte« Kontrakt maa siges at have sin Vugge. Det er netop ved saadanne generelle Skyldanerkjendelser, at man først har ment at opdage det Fænomen, man plejer at betegne som »Abstraktion fra Causa'en«, hvorved her som foreløbigt Udgangspunkt i Korthed kan siges at udtrykkes, at Afhængighedsforholdet mellem Forpligtelsesakt og Causa fremtræder mindre stærkt end ved almindelige Løfter. Opgaven bliver da at undersøge, dels i hvilken Forstand man overhovedet kan tale om en saadan Abstraktion fra Causa'en, dels hvilke de nærmere Forudsætninger for og Virkninger af denne maa antages at være.

B. At ingen forpligtende Viljesakt kan tænkes at være uden Causa, er allerede paa flere Steder i det foregaaende gjort indlysende.

Det maa altsaa være noget andet, der er ment, naar en Forpligtelseserklæring siges at virke uden Causa. Det ligger nær at opfatte det i den Betydning, som tidligere er omtalt ved den romerske Stipulation²⁾, at den kan faa Virkning uden Oplysning om Causa'en. Hvilke Grunde kunde der da tænkes til i visse Tilfælde at gjøre Undtagelse fra den Regel, at Løftet kun i Forbindelse med Oplysning om dets Causa kan faa Betydning?

Det vil her være nødvendigt at minde om den praktiske Betydning, som denne Regel havde ved almindelige Løfter. Det var her ikke saa meget det Faktum i sig selv, at overhovedet en Vederlagsforudsætning i Reglen vil ligge til Grund for Løftet, som snarere den Kjendsgæring, at Løftets Fuldbgyrdelse i det overvejende Antal Tilfælde er tænkt stillet i Afhængighedsforhold til Vederlagsforudsætningens Realisation, der førte til af Kreditor at forlange Godtgjørelse af Causa'en, for at han ikke ved en modsat Ordning skulde blive sat istand

¹⁾ Akten er, som det udtrykkes i Sirey's Codes annotés I. S. 606 art. 1337 nt. 12, i saadanne Tilfælde »moins recognitif que constitutif de l'obligation«.

²⁾ ovenfor S. 141 ff.

til at gennemføre en ubetinget Ret, der i de fleste Tilfælde ikke et Øjeblik vilde have været tiltænkt ham. Men der er ogsaa allerede tidligere gjort opmærksom paa, at dette Afhængighedsforhold dog ingenlunde behøvede at være absolut, men at tvertimod Resultatet efter de Oplysninger, der forelaa om Causa'en, i det enkelte Tilfælde kunde blive, at Løftet fik Virkning aldeles uafhængig af nogen Forudsætning om Vederlag. Dette kunde indtræde ikke blot, hvor en donatorisk Causa oplystes at ligge til Grund for Løftet, men ogsaa i Tilfælde, hvor det i og for sig maatte erkjendes at have været bestemt ved Vederlagsforudsætninger. Dette Moment blev nemlig uden Indflydelse paa Løftets Virkekraft, hvor enten disse Forudsætninger kunde godtgjøres allerede tidligere at være fyldestgjorte, eller Skyldneren til deres Fyldestgørelse undtagelsesvis maatte antages at have henholdt sig til de ham i saa Henseende tilkommende Retsmidler, uden at have villet gjøre sit Løftes Opfyldelse afhængig deraf.

Ved almindelige Løfter er dette nu som sagt kun Undtagelser, og derfor tør man ikke af Hensyn til dem fravige den paa det normale Forhold byggede Ordning, hvorefter Causa'en forlanges oplyst af Løftemodtageren. Men undertiden vil Forpligtelseserklæringen ved selve sin Natur eller ifølge de nærmere Omstændigheder, hvorunder den kan oplyses at være foregaaet, kunne gjøre antageligt eller idetmindste vække en Formodning om, at netop et af disse Undtagelsesforhold foreligger. I saadanne Tilfælde bortfalder Hovedgrunden til at forlange Causa'en oplyst; den Afhængighed mellem Løftet og et bestemt Vederlag, som denne Oplysning skulde tjene til nærmere Konstatering af, maa jo her formodes ikke at gjælde.

Noget saadant kan netop antages at være Tilfældet ved den under A. behandlede generelle Skyldanerkjendelseserklæring, forsaavidt den i sig selv fremtræder som et afsluttet Hele ¹⁾. Ved den bevidste Elimination af Causaforholdet fra et Forpligtelsesgrundlag, der ellers synes fuldstændigt og ikke paa noget Punkt trængende til Supplering, vækkes der en stærk Formodning om, at det for den, der derved forpligter sig, overhovedet ikke har spillet nogen Rolle, idet der enten slet ingen Vederlagsforudsætning har ligget til Grund derfor, eller denne dog allerede var fyldestgjort eller ad anden Vej

¹⁾ Om hvad hermed forstaas, og hvornaar dette nærmere kan antages at være Tilfældet, jfr. strax nedenfor under C.

ventedes fyldestgjort. Hvis dette mod Forventning dog ikke skulde være Tilfældet, men han i Virkeligheden ogsaa her havde tænkt sin Forpligtelse afhængig af fremtidige Vederlagsforudsætninger, maa han, da han ved sin egen Handling har fremkaldt den faktiske Formodning imod sig, selv fremføre de Momenter, der skulde være istand til at svække denne, altsaa navnlig selv godtgjøre Karakteren af den til Grund liggende Causa, fra hvis manglende eller utilstrækkelige Fyldestgjørelse han vil rejse Indvendinger mod sit Løfte.

Indeholder Forpligtelseserklæringen en ganske ubestemt Henvisning til en Causa, f. Ex. en Erkjendelse af Skyld »ifølge et Kjøb«. »for leverede Varer« eller lign., vil efter Omstændighederne noget ganske lignende finde Anvendelse, kun at her Kreditors Fritagelse for at nævne en Causa bliver til en Frihed for at foretage en nærmere Specialisering af denne. Og selv hvor Forpligtelsesakten selv indeholder en speciel Angivelse i saa Henseende, ville i Realiteten lignende Resultater kunne indtræde. Her kan der vel heller ikke blive Spørgsmaal om særlig at fritage Kreditoren for at nævne Causa'en, da en saadan Nævnelser jo allerede har fundet Sted i selve den Akt, han paaberaaber sig. Men forsaavidt man ved den Maade, hvorpaa denne Nævnelser er sket, ikke heri tør se et Udtryk for den almindelige Afhængighed mellem Forpligtelseserklæringen og dens Causa, men tvertimod ifølge de foreliggende Omstændigheder mener at kunne statuere en Formodning i modsat Retning, ville praktisk set ganske lignende Følger indtræde som i de lige beskrevne Tilfælde. Ogsaa her opstaar der nemlig i Strid med den almindelige Ordning en Præsumption mod Forpligtelsesaktens Afhængighed af dens Causa, saa at den, der dog vil fastholde Afhængighedsforholdet, maa godtgjøre ganske særlige Momenter for sin Paastand.

Selv hvor imidlertid Forpligtelsesakten ikke ifølge sit eget Indhold kan siges at vække Formodning for dens selvstændig virkende Karakter, vil man ifølge de Omstændigheder, hvorunder den er foregaaet, kunne naa til samme Resultat. Ogsaa disse ville nemlig kunne gjøre det antageligt, at Løftets almindelige Afhængighed af ikke-realiserede Vederlagsforudsætninger i det foreliggende Tilfælde er bragt til Bortfald.

Hvornaar nu en Løsrivelse fra Causaforholdet i den her beskrevne Forstand virkelig kan antages at have fundet Sted, og hvilken Virkning denne nærmere maa antages at medføre, vil det nu være Opgaven at undersøge.

C. I. Der blev ovenfor som et klart Tilfælde af Abstraktion ifølge selve Forpligtelsesaktens Indhold nævnt:

a. Den generelle Skyldanerkjendelseserklæring, »forsaavidt den i sig selv kunde siges at danne et afsluttet Hele«. At denne sidste Fordring maa opstilles, er klart, idet det netop er paa den fuldstændige Karakter, hvormed den fremtræder, at Formodningen om, at der heller ikke har været tiltænkt den noget Supplement med Hensyn til Causaforholdet, væsentlig maa støttes¹⁾. Men vanskeligere bliver det at afgjøre, hvornaar denne Fordring i det enkelte Tilfælde kan anses fyldestgjort.

Lad os f. Ex. antage, at en Sagsøger er istand til at fremføre to Vidner, der kunne beedige at have hørt Sagsøgte erkjende en Pligt af et eller andet Indhold, medens de forøvrigt ikke formaa at give nogen Oplysning om Forholdet. Kunde Sagsøgeren deri antages at have tilstrækkeligt Grundlag for sit Krav? Aabenbart ikke. Ganske bortset fra den Tvivl, der kunde rejses, om en saadan Erklæring overhovedet var afgivet i alvorlig forpligtende Hensigt, er der ihvertfald en stærk Formodning for, at den i sig selv er ufuldstændig, i Virkeligheden kun udgjør et enkelt Brudstykke af et indbyrdes Mellemværende, der gjør Pligten afhængig af forskellige Ydelser fra den anden Side. Den kan derfor kun faa Virkning, naar den suppleres med Oplysning om, at dette dog in concreto ikke har været Tilfældet, eller at Vederlagsforudsætningen allerede fuldt er gaaet i Orden.

Den eneste Maade, hvorpaa en saadan Isolering og Selvstændiggjørelse af Forpligtelseserklæringen blot ifølge en Betragtning af denne selv praktisk kan tænkes, er den, at den afgives i skriftlig Form. Her danner Skriftstykket en ialtfald i det ydre selvstændig Kjendsgæring, der skarpt udhæver sig fra, hvad der iøvrigt maatte være forefaldet mellem Parterne, og der er altsaa en Mulighed for ogsaa i retlig Henseende at tillægge det en vis selvstændig Betydning. Paa den anden Side er det dog ogsaa muligt, at en saadan Forpligtelseserklæring ligesom en mundtlig var tænkt afhængig af Vederlagsforudsætninger, og Spørgsmaalet bliver altsaa, hvornaar vi her tør tillægge en saadan skriftlig Erklæring Virkning med Abstraktion fra disse Forudsætninger.

Det maa her erindres, at den Ordning, vi i saa Henseende

¹⁾ jfr. herved er norsk Dom i Ugeblad for Lovkyndighed IV. S. 180.

statuere, ikke kan bero paa nogen bestemt Vished, saaledes at vi kun, naar det var ganske sikkert, at han vilde forpligte sig uden fremtidigt Vederlag, turde antage en abstrakt Pligt. Det er overhovedet kun Præsumptioner, vi her have at regne med. Kan blot den almindelige Formodning om den lovede Præstations Afhængighed af Vederlagsydelse ved Forpligtelseserklæringens særlige Form og Karakter anses svækket, bortfalder dermed ogsaa Hovedgrunden til at fastholde den almindelige Fordring om Oplysning af en særlig Causa som Betingelse for at gjøre Løftet gjældende. Hvilken Selvstændighed der nu maa præsumeres at være tillagt Forpligtelseserklæringen i denne Retning, maa afhænge af, i hvilken Grad overhovedet en selvstændig økonomisk Rolle maa antages at være tiltænkt den.

En saadan kan den ikke antages at skulle have, hvor den for Kreditorer begrundede Ret udtrykkelig er erklæret intransportabel. Den derved udtrykte Frygt hos Skyldneren for ved Fordringens Overførelse paa en anden Haand at se sin Stilling præjudiceret maa netop sædvanlig bl. a. ogsaa antages at have Hensyn til den derved skete Forringelse i hans Udsigt til at se sine Forudsætninger realiserede, af hvilke da navnlig Vederlagsforudsætningen maa formodes at have ligget ham paa Sinde. Nogen Formodning for, at han i saadanne Tilfælde netop skulde have abstraheret fra denne Forudsætning, tør altsaa ikke opstilles.

Ifølge en noget beslægtet Synsmaade maa vistnok det samme antages, hvor den anerkjendte Ret ifølge selve sin Natur ikke er transportabel. Ogsaa her vil det ligge nær at antage, at den skyldanerkjendende, netop fordi han kun forventer at ville faa at gjøre med denne bestemte Person, der maa antages at kjende hele Mellemværendet lige saa nøje som han selv, kan være blevet bevæget til at give en ensidig Pligtanerkjendelse fra sig uden dertil at knytte nogen Omtale af, hvad der skulde tilkomme ham til Gjengjæld, idet Forholdet maaske kun med Hensyn til hans egen Pligt har aabnet Tvivl, medens den Side, der bestemmer hans Ret, som formentlig faststaaende slet ikke har været bragt paa Bane mellem Parterne, men antoges at ville gaa i Orden af sig selv. Nogen sikker Forhaands Formodning for, at han her skulde have op hævet den almindelige Afhængighed mellem Forpligtelse og Ret, tør saaledes ikke statueres, og nogen Samfundstrang, der

skulde kræve en saadan Forpligtelsesakts abstrakt virkende Karakter, lader sig sikkert heller ikke paavise.

Men Kravets Transportabilitet kan i saa Henseende heller ikke være nok. Hvor Gjenstanden for det ikke er noget, der egner sig til at omsættes blot i Henhold til Skyldbevisets Angivelser, men som fornuftige Folk vil underkaste en individuel Prøvelse, forinden de indlader sig i Handeler derom, vil Formodningen for, at Udstederen skulde have tillagt sin Erklæring abstrakt Karakter, heller ikke være tilstrækkelig sikker. For det første vil med Hensyn til saadanne Rettigheder overhovedet ofte Sandsynligheden for, at de skulde gjøres til Gjenstand for Omsætning, være ganske overordentlig ringe, saa at denne Mulighed maaske slet ikke et Øjeblik er faldet Disponenten ind. Men selv om dette skulde have været Tilfældet, kan han have slaaet sig til Ro med den Tanke, at Fordringens Overførelse ihvertfald ikke praktisk lader sig iværksætte uden en foregaaende Henvendelse til ham, nemlig for nøjagtig at konstatere de individuelle Egenskaber hos Gjenstanden, ved hvilken Lejlighed han altsaa vil komme til at træde i Forbindelse med den vordende Kreditor og da samtidig ogsaa vil kunne oplyse denne om, af hvilke Vederlagsforudsætninger Forholdet i Virkeligheden var afhængigt. Saadanne Omstændigheder kan han have regnet paa, og man tør derfor heller ikke her paa hans Undladelse af at omtale Causaforholdet bygge nogen Præsumption om, at han overhovedet ikke vilde have sin Pligt stillet i Afhængighed af hertil hørende Momenter. Og noget fra Omsætningslivet hentet Hensyn, der skulde kræve en anden Ordning, lader sig omtrent lige saa lidt ved disse vanskelig omsættelige som ved de før berørte helt intransportable Fordringsrettigheder paavise.

Tilbage blive de generelle, altsaa ikke nogen Causa indeholdende, skriftlige Skyldanerkjendelser, der ikke ifølge særlig Klausul eller Beskaffenheden af deres Gjenstand ere gjort intransportable, men angaa omsættelige Krav paa fungible Ydelser. Med Hensyn til saadanne kan der næppe rejses Tvivl om deres abstrakte Karakter. Den, der giver et saadant Skylddokument fra sig, er sig bevidst, at han derved skaber et Formueobjekt, der fra nu af til en vis Grad fører sin egen selvstændige økonomiske Tilværelse, som en Art Penge gaar fra Haand til Haand, saa at Sandsynligheden i de fleste Tilfælde endogsaa maa siges i højeste Grad at være imod, at det bliver den samme, til hvem det oprindeligt er

udstedt, der ogsaa i sin Tid vil gjøre det gjældende mod ham. Paa den oprindelige Modtagers Kjendskab til og Respekt for det virkelige Causaforhold kan han derfor ikke formodes at have lagt synderlig Vægt. Formodningen maa tvertimod paa det stærkeste siges at være for, at han selv ikke har tillagt dette nogen Betydning som betingende hans Pligt. Dette bliver særlig klart, hvor der, som overalt ved Vexler, og i visse Retsforfatninger ogsaa ved Gjældsbreve i al Almindelighed, endogsaa finder en retlig Fortabelse af fra Causaforholdet hentede Indsigelser overfor godtroende Erhververe Sted, idet her den retlige Mulighed for at gjøre dem gjældende begrænser sig til den sjældne Eventualitet, at Gjældsrevet hele sin Omløbstid er forblevet hos den første Erhverver. Men selv om dette ikke er Tilfældet, vil dog alene den faktisk større Vanskelighed, som Skyldneren for den altid nærliggende Eventualitet, at nye Personer træde ind i Forholdet, vil have ved at faa sine Causa'indsigelser tillagte Effektivitet, i sig selv være nok til at svække Formodningen om, at han selv overfor den oprindelige Kreditor skulde have forbeholdt sig saadanne. Og, som oftere berørt, vil allerede det, at man ikke længere tør opstille nogen Præsumption i saa Henseende, være tilstrækkeligt til at sætte den almindelige Fordring om Oplysningen af en Causa ud af Kraft.

Maa dette saaledes allerede siges at stemme bedst med den anerkjendendes egen formodede Vilje, kan det videre fremhæves, at vægtige praktiske Hensyn kræve denne Ordning. Med Hensyn til saadanne i Omsætningen ofte næsten som Penge fungerende Formuepapirer er det først og fremmest paakrævet, at Gjennemførelsen af det paa dem støttede Krav kan ske hurtigt og let, men denne vilde i højeste Grad vanskeliggøres, hvis Fordringshaveren altid skulde være nødt til at gaa ind paa hele det maaske vidtløftige og komplicerede Mellemværende, der maatte have ligget til Grund for Udstedelsen. Med Hensyn til Vexler har da heller ingen nogensinde næret Betænkelse ved at tillægge dem en saadan abstrakt Karakter. Men der vil kunne tænkes mange Tilfælde, hvor Parterne kunne være betænkelige ved at forsyne Kravet med de til Vexelforholdet knyttede særlige processuelle Retsmidler, og hvor der dog ikke kan anføres nogen rimelig Grund for yderligere at hæmme Kravets Gjennemførelse ved at tvinge Kreditor til Oplysninger og Udviklinger angaaende Causaforholdet, hvilke dog ifølge de her omhandlede Forholds Ejendommelighed

i det overvejende Antal Tilfælde ville vise sig uden praktisk Betydning for Skyldneren.

Særlig for Handelsforhold maa fremhæves, at Kravet om, at den, der gjør en generel Skylderklæring gjældende, altid skulde godtgjøre en bestemt Causa som Grund derfor, ikke blot ved den store Mangfoldighed, hvormed i mange Handelsforretninger saadanne Transaktioner foretages, vilde kunne falde ganske overordentlig vanskeligt, men det vilde endog-saa i flere Tilfælde være at forlange det ligefrem umulige.

Der tænkes herved paa det allerede ovenfor¹⁾ berørte Forhold, at en Skylderklæring afgives, uden at maaske Afgiveren selv er helt klar over, hvilken Causa der egentlig ligger til Grund for den. Mellem Handlende, der staa i stadigt Forretningsforhold til hinanden, udfærdiges der nemlig ofte Skyld-dokumenter, uden at det i Udfærdigelsens Øjeblik er muligt at sige, om de f. Ex. er udstedte credendi eller solvendi causa, idet dette Spørgsmaal foreløbig lades rent in suspenso og først skal finde sin Afgjørelse ved den endelige Afregning mellem Parterne. Hvis man da i saadanne Tilfælde, hvor Causaforholdet i Virkeligheden staa rent ubestemt, af Kreditor vilde forlange Godtgjørelse af en bestemt Causa, vilde man bringe ham i et slemt Dilemma.

Paa den anden Side vil der ikke kunne tillægges de Betæneligheder, der undertiden ere gjorte gjældende mod denne Ordning, nogen synderlig Vægt²⁾.

Man har saaledes anført Hensynet til Skyldneren, af hvem der formentlig forlangtes noget umuligt, naar han for at anfægte sit Skyldbevis skulde godtgjøre det negative, at der ingen Causa laa til Grund derfor. Men dette beror paa en Misforstaaelse. Han skal ikke oplyse, at der ingen Causa laa bagved, hvad ganske vist vilde være en Umulighed, saasom overhovedet enhver Forpligtelseserklæring altid har en Causa, men derimod, hvilken denne Causa nærmere var, for at det derefter kan afgjøres, om der har fundet en Bristen af de for Erklæringen afgjørende Forudsætninger Sted. Denne Bevisførelse vil vel undertiden kunne være ham mindre let, men den er ihvertfald ikke forbunden med større Vanskeligheder end en tilsvarende Fordring stillet til Kreditor vilde medføre for ham. Og da føre de almindelige Regler om Bevisbyrden til at lægge denne paa den af Parterne, som paastaar det, der

¹⁾ se S. 345. ²⁾ jfr. Bähr l. c. S. 281 (211) ff.

maa siges at have den faktiske Formodning mod sig, altsaa in concreto Skyldneren, der vil drage Causaforholdet frem for at godtgjøre en Afhængighed mellem Forpligtelsen og dette, som selve Erklæringen ved sin Form og Natur maa siges at tale imod.

Ogsaa fra en anden Side har man ment, at Skyldnerens Stilling blev for mislig under den her forfægtede Ordning. Følgen af, at man tillagde den generelle Skyldanerkjendelse Virkning uden Oplysning om dens Causa, vilde nemlig kunne blive, at Skyldneren først dømtes ifølge denne, og dernæst, naar det materielle Forhold, der i Virkeligheden havde ligget til Grund derfor, selvstændig gjordes gjældende imod ham, igjen blev kjendt pligtig til at efterkomme denne Forpligtelse, altsaa i Virkeligheden to Gange blev dømt for det samme. — Hertil maa nu for det første bemærkes, at Resultatet af en modsat Ordning da ligesaavel vilde kunne blive, at det ikke lykkedes Kreditor overhovedet at faa én Dom for sit Krav, idet han ikke var istand til at gjøre Anerkjendelseserklæringens Sammenhæng med netop dette bestemte Mellemværende klar, og selv dette maaske blev bestridt af Skyldneren. Fremdeles vilde de befrygtede Misligheder dog ingenlunde kunne fremkomme i alle Tilfælde, hvor der foreligger en generel Skyldanerkjendelse, idet der overhovedet bortset fra denne slet ikke behøver at foreligge Kjendsgærninger egnede til at begrunde et Krav eller ihvertfald tilstrækkelig klare i saa Henseende. Endelig kan man vel ogsaa i visse Tilfælde, med Bähr¹⁾, hjælpe Skyldneren paa den Maade, at man, hvor de to paa forskjelligt formelt Grundlag hævdede Forpligtelser efter deres Indhold synes ganske identiske, og heller ikke den antagelige Tid for deres Tilblivelse udelukker Muligheden for en saadan Opfattelse, opstiller en Formodning om deres reelle Identitet²⁾.

Naar man endelig har næret Frygt for, at den generelle Skyldanerkjendelse skulde blive misbrugt til at skjule ulovlige Transaktioner, er det ofte herimod indvendt, at noget saadant lige saa vel kan gjøres ved at simulere en Causa, som ved helt at undlade at omtale den.

Det lader sig saaledes næppe nægte, at de praktiske Fordele betydelig opveje de Misligheder, der maatte kunne flyde

¹⁾ I. c. S. 284—285 (213 214). ²⁾ jfr. for dansk Rets Vedkommende Schlegel: Saml. af Højesteretsdomme II. S. 214.

af Tilstedelsen af den generelle Skyldanerkjendelse som selvstændigt Klagegrundlag.

I engelsk Ret opstilles da ogsaa ved Vexler og »promissory notes« en Formodning for, at der er ydet Consideration¹⁾. Ligeledes antager den franske Retspleje, at et Skyldbevis, der ikke udtrykker nogen Causa, dog maa præsumeres at have en saadan, og at derfor nærmere Oplysning om denne ikke er en Betingelse for at gjøre Skylddokumentet gjældende^{2) 3)}.

Endnu skal kun gjøres nogle Bemærkninger om den Ordform, hvori en Skyldanerkjendelse skal være affattet for at have denne abstrakte Virkning. Det almindeligste vil være, at den netop lyder paa en Anerkjendelse af en vis Skyld, hvortil da efter Omstændighederne vil kunne slutte sig et udtrykkeligt Løfte om dens Betaling. Men af det ovenfor under A. udviklede, hvorefter en saadan Akt ikke behøver at konstituere nogen egentlig Anerkjendelse med Tilbageblik paa et formentlig bestaaende Forhold, men ligesaavel kan være bestemt til at virke fremad som for Fremtiden begrundende en Pligt, som Disponenten selv var klar over forinden manglede retligt Fundament, vil det fremgaa, at der heller ikke vil kunne lægges nogen Vægt paa, om Akten netop betegner sig med dette Navn. En hvilkensomhelst Form, hvorved overhovedet en alvorlig Vilje til at lade en obligatorisk Pligt gjøres gjældende imod sig lægger sig for Dagen, maa være tilstrækkelig. Ogsaa det blotte »jeg lover at betale« eller det i handelsretlige Forhold hyppige »God for det og det Beløb« maa siges at indeholde klare Udtryk for en Forpligtelsesvilje, og Aktens øvrige Form og Indhold maa da ogsaa i saadanne Tilfælde vække Formodning om den paatagne Forpligtelses abstrakte Karakter.

b. Vi komme nu til de Tilfælde, hvor Skyldanerkjendelsen selv indeholder en Henvisning til en eller anden Causa. Her opstaar der nu Tvivl, om en saadan Erklæring kun er ment som en egentlig, bevisende eller forbindende, Anerkjendelse i Relation til et bestemt Retsforhold, hvis Karakter da af den,

¹⁾ jfr. the »Bills of Exchange Act« 1882 §§ 30 og 89, Jenks: Doctrine of Consideration S. 51.

²⁾ jfr. saaledes Domme i Sirey N. C. 5. 2. 190, 1. 2. 30, 6. 2. 221.

³⁾ jfr. fra den tyske Praxis Seuffert's Archiv II. S. 326, X. S. 107, XII. S. 260, XXI. S. 30, XXXV. S. 15 med Note, hvor Vægten netop lægges paa, at »das Schuldversprechen in einer Urkunde ertheilt ist, welche als ein in sich selbst abgeschlossener Willensact sich darstellt«.

der vil paaberaabe sig Anerkjendelsen, først nærmere maa godtgjøres, eller om der ogsaa er tiltænkt denne Virkning som en abstrakt Kontrakt, saa at dens Nævnelser af en Causa ikke medfører nogen Pligt for Sagsøgeren til ved Substantieringen af sin Paastand at indlade sig nærmere paa Causaforholdet, idet der ved Skyldanerkjendelsen netop maa antages at være abstraheret derfra.

For at antage noget saadant maa selvfølgelig for det første de Betingelser, som i det foregaaende ere opstillede for at tillægge den generelle Skyldanerkjendelse en saadan Virkning, være fyldestgjorte. Anerkjendelsen maa altsaa foreligge i skriftlig Form, det derpaa støttede Krav maa være transportabelt og angaa fungible Ydelser. Men selv om dette er Tilfældet, bliver Spørgsmaalet, om der ikke ved dens Henvisning til en Causa er gjort Brud paa dens i sig selv afsluttede Karakter, idet den derved maa antages at være stillet i Afhængighed af Forudsætninger, der først maa oplyses at være gaaede i Orden.

a. Henvisningen til Causa'en kan nu være sket paa en saadan Maade, at Pligtens Afhængighed af Causa'ens Realisation derigjennem klart er kommet til Udtryk. Lyder f. Ex. Skyldanerkjendelsen saaledes: »Jeg erkjender mig herved pligtig til mod Leveringen af et Parti Varer at betale et vist Beløb til en nærmere bestemt Tid«, kan der ikke være Tvivl om, at der herved kun er konstitueret et egentligt »Betalingsløfte« uden mindste anerkjendende eller abstrakt Virkning.

β. Denne betingede Virkning maa præsumeres overalt, hvor der refereres til Causa'en som en Kjendsgæring, der først skal indtræde i Fremtiden.

γ. Hvor der omvendt bestemt refereres til Causa'en som noget allerede i Fortiden indtraadt, f. Ex. hvor Kjøberen anerkjender ifølge flere tidligere indgaaede og fra Sælgerens Side fuldbyrdede Handeler at være blevet skyldig, maa Skyldanerkjendelsens i sig selv ubetingede, abstrakte Karakter antages. Der maa nemlig her siges at være vakt en saa stærk Formodning for, at Causa'en virkelig er endelig klaret, at der ikke paa Grund af den fjærne Mulighed for det modsatte vil være Grund til som almindelig Regel at paabyrde Kreditor en nærmere Indgaaelse paa Causaforholdet.

Det kunde maaske synes overflødigt her at statuere en abstrakt Kontrakt, idet det samme Resultat allerede kunde synes at flyde af de ovenfor fremstillede Regler om den egent-

lige Anerkjendelse. Disse førte jo nemlig ogsaa til, at hvor der forelaa en Anerkjendelse med Hensyn til Causaforholdet fra Skyldnerens Side, behøvede Kreditor ikke at indlade sig nærmere paa dette, men kunde nøjes med at henholde sig til Anerkjendelsen, ihvertfald saalænge indtil dennes Rigtighed af den anerkjendende selv indsigelsesvis anfægtedes. Men for det første vilde dette kun kunne gjælde, hvor Anerkjendelsen selv indeholdt en speciel Angivelse af hele Causaforholdet, medens den derimod, hvor den var holdt noget mere ubestemt, for at faa Virkning som egentlig Anerkjendelse forinden af Kreditoren maatte suppleres med nøjere Oplysninger i saa Henseende, hvad ofte vilde være forbundet med betydelig Ulempe for ham. Og navnlig maa erindres, at en Erklæring for at faa egentlig anerkjendende Betydning ellers klart maatte oplyses at have været forbundet med Hensigten til at frembringe en saadan Virkning. Her vil derimod det rent negative, at i et Skylddokument, der iøvrigt efter sit Indhold egner sig til at tillægges abstrakt Karakter, Causa'en omtales som bestemt fortidig, uden at der gjøres nogen Reservation for den Eventualitet, at dette dog maatte vise sig ikke at forholde sig rigtigt, være tilstrækkeligt til at fremkalde den abstrakte Virkning.

δ. Lader den Maade, hvorpaa Causa'en omtales, det i sig selv tvivlsomt, om den af den skyldanerkjendende opfattedes som fortidig eller fremtidig, f. Ex. han erkjender ifølge et mer eller mindre nøje karakteriseret Kjøb eller Leje at være pligtig at betale et vist Beløb, vil Afgjørelsen af, om der maa tillægges et saadant Dokument abstrakt Karakter, bero paa forskellige Momenter.

δa. Det kan være, at der til Skyldanerkjendelsen slutter sig et Løfte, der betegner sig som en Vexelforpligtelse. Da man maa gaa ud fra, at Parterne forbinde en alvorlig Mening med deres Erklæringer, og paa den anden Side en Vexelforpligtelse kun kan eksistere som i sig selv ubetinget, maa man antage, at Skylderklæringen netop har tilsigtet at give Pligten denne Karakter. Noget lignende maa vistnok ifølge den Natur, som den konventionelle Opfattelse tillægger et Gjælds brev, statures med Hensyn til den i sig selv tvivlsomme Skyldanerkjendelse, som indeholdes i et Dokument, der udtrykkelig betegner sig som et saadant eller med et Navn, som den almindelige Opfattelse tillægger lignende Betydning.

δβ. Men selv om saadanne bestemte Holdepunkter for Skyldanerkjendelsens abstrakte Karakter ikke lade sig paavise,

maa Synspunktet dog være det, at naar en Person giver en Erklæring fra sig, hvorved han paa klar Maade konstaterer en Pligt for sig, der ihvertfald for saa vidt fremtræder med en selvstændig Karakter, som den kan gøres til Gjenstand for Overførelse til andre Personer uden yderligere Medvirkning fra hans Side, og da ikke samtidig lige saa klart fixerer de Rettigheder, der til Gjengjæld skulle tilkomme ham, maa Formodningen være for, at der ikke har været tiltænkt Dokumentet samme Kraft med Hensyn til denne Side ved Forholdet som med Hensyn til den ham forpligtende Side, saa at altsaa denne sidste har skullet have en vis Virkeevne, uafhængig af den første, hvad jo netop vil sige, at der maa antages at være tillagt Skyldanerkjendelsen en vis abstrakt Karakter.

Denne Betragtning finder Anvendelse, hvor Causa'en, om end berørt, dog kun er omtalt paa ganske ubestemt Vis, f. Ex. »ifølge Kjøb« eller »i Leje«, eller »for et Parti Varer«. Her maa denne Omtale antages enten at være en rent tom demonstratio eller dog kun at skulle være af Betydning som ydende den skyldanerkjendende en vis Orientering, men der kan ikke formodes at være tiltænkt den nogen Virkning som begrænsende hans Pligt.¹⁾ Dette bliver særlig klart, naar man betænker den vanskelige Stilling, som den anden Part i modsat Fald vilde komme til at indtage. Han vilde for at sætte sin Ret igjennem være nødsaget til at gøre nøjagtig Rede for hele det Mellemværende, som Skyldanerkjendelsen var udsprunget af, navnlig de Causaforudsætninger, som den anerkjendende derved maatte antages at være gaaet ud fra. Selv om man nu i saa Henseende vilde tillægge den andens Erklæring en vis Betydning som egentlig Anerkjendelse, hvad man forøvrigt ingenlunde altid vilde være berettiget til, maa det erindres, at en saadan jo først er istand til at virke, efter at den nærmere Karakter af det Forhold, som den har Hensyn til, er oplyst, saa at altsaa Kreditor heller ikke under denne Forudsætning vilde blive fri for sin besværlige Pligt til at tilvejebringe saadanne Oplysninger.

Hvor derimod Vederlagsforudsætningen har fundet en lige saa speciel Omtale som den Pligt, der anerkjendes, maa Formodningen være for, at Hensigten dermed netop har været at

¹⁾ Det kan her siges nærmest kun at dreje sig »um die Bezeichnung nicht um die Begründung der Schuld«, Seuffert's Archiv XXV. S. 130.

forhindre, at denne gennemføres imod ham, uden at samtidig Causa'en fyldestgøres. Om paa Forhaand at tillægge Erklæringens forpligtende Side abstrakt Virkning mod ham vil der derfor her ikke kunne være Tale. Der vil højst kunne blive Spørgsmaal om heri at se en vis egentlig Anerkjendelse med Hensyn til de til Causaforholdet hørende Momenter, og dette da kun under de nærmere Forudsætninger og med den begrænsede Virkning, som er udviklet ovenfor i forrige §. Er dette ikke muligt, vil hans Skylderklæring kun have Betydning som bevisende eller forbindende Anerkjendelse med Hensyn til selve hans Pligts Karakter og Omfang, medens den lader Spørgsmaalet om Forudsætningerne for dens Gjennemførelse ganske uberørt.

II. Den Formodning for, at Causaforholdet er bragt i Orden, og saaledes Løftets Virkning ikke længere hæmmes ved derfra hentede Momenter ¹⁾, hvilken Forpligtelsesaktens eget Indhold efter det anførte vil kunne skabe, vil ogsaa kunne skaffes til Veje ifølge en Prøvelse af samtlige de Omstændigheder, hvorunder den er foregaaet. Disse ville nemlig kunne lade det fremgaa som Parternes Mening, netop i Stedet for det oprindelige af Causamomenter betingede Mellemværende at fastsætte et ensidig retsbegrundende Resultat, som Kreditoren skal kunne nøjes med at paaberaabe sig som et, ihvertfald foreløbig, fuldt tilstrækkeligt Grundlag for sit Krav.

Dette er navnlig Tilfældet, hvor den obligatoriske Akt fremtræder som en Afvikling af bestaaende Skyldforhold, hvad enten nu en større Kreds af disse likvideres paa én Gang ved Hjælp af en Afregning, eller et enkelt bringes i endelig fixeret Skikkelse ved en i Stedet for en virkelig Betaling trædende Fastsættelse af en ensidig obligatorisk Pligt.

Om Afregningens selvstændig obligationsbegrundende Karakter er allerede ovenfor talt ²⁾, og det vil deraf være fremgaaet, hvorledes de sædvanlige Fordringer om en Causa her svinde ind til et saadant Minimum, at man i Virkeligheden med omtrent lige saa god Ret kan betegne den derpaa støttede Obligation som en rent abstrakt.

Men ogsaa udenfor de af dette Forhold omfattede Tilfælde vil der kunne føles Trang til at transformere et fra først af

¹⁾ »Løftets Purifikation« kalder Schlossmann, l. c. S. 44, dette Forhold.

²⁾ se navnlig S. 375—376, 383—384.

som gjensidigt begrundet Retsforhold til en ensidig Pligt fra dens Side, der paa det Tidspunkt staar som Skyldneren. Forholdet vil være modent hertil, saa snart alle de Momenter, hvoraf Pligten paa den ene Side var gjort afhængig, ere gaaede i Opfyldelse, saa at den forpligtede ikke længere har noget at fordre af den anden Part. Det theoretisk almindelige vil da være, at Skyldneren da virkelig erlægger Betalingen, som han nu ikke længere har nogen Grund til at vægre sig ved. Til den faktiske Fordel, som denne medfører for Kreditor, knytter sig da ogsaa den retlige, at han for Fremtiden slipper for at godtgjøre nærmere Hjemmel til det erlagte, idet det tvertimod maa være Debtors egen Sag, naar han vil anfægte den skete Betaling, at bevise de Mangler ved det oprindelige Forhold, som han i saa Henseende maatte paaberaabe sig.

I det praktiske Liv vil det imidlertid hyppig ske, at Skyldneren ser sig ude af Stand til at betale et Krav, hvis Rigtighed han i og for sig fuldt erkjender. At Fordringshaveren da derved maa gaa glip af den faktiske Fordel, som netop kun den virkelige Erlæggelse kunde bringe ham, er indlysende. Men heraf følger ingenlunde, at han heller ikke skulde kunne opnaa de retlige Begunstigelser, som ellers Betalingen medfører, gaaende ud paa, at han fra nu af staar som den, der i sig selv har ført fuldt Bevis for sin Ret, saa at hele Byrden ved dennes Anfægtelse nu lægges over paa Skyldneren selv. Hvor der, som meget hyppig i saadanne Tilfælde, udstedes en Vexel eller et simpelt Gjældsbrief for Skylden, vil den almindelige Retsopfattelse ikke betænke sig paa at statuere et saadant Resultat. Men selv hvor f. Ex. en Debitor i Anledning af et Paakrav om Betaling af en som forfalden indrømmet Gjæld mundtlig har erkjendt sig skyldig til at betale et vist Beløb, vil der næppe være nogen Betænkelighed ved at tilstede Kreditoren at paaberaabe sig en under saadanne Omstændigheder foregaaet Skyldanerkjendelse som et i sig selv tilstrækkeligt Grundlag for sit Krav.¹⁾ At han ikke kan opnaa Betalingens fulde Fordele, synes ikke at indeholde nogen Grund til at nægte ham disse i de Retninger, hvor ingen Hindringer staa i Vejen, og særlig ubetænkeligt bliver det at tillægge Kreditoren en saadan gunstig Retsstilling paa Skyldnerens Bekostning, naar man erindrer, hvorledes denne hyppig til Gjengjæld vil have

¹⁾ jfr. saaledes ogsaa Evaldsen: Autograferede Forelæsninger over Obligationsrettens alm. Del. 2. Oplag S. 99.

opnaaet Fordele, navnlig bestaaende deri, at Kreditoren derved bestemmes til at opgive en Retsforfølgning, som han ellers havde paataenkt.¹⁾

At der er føjet et udtrykkeligt Betalingsløfte til Skyldnerens anerkjendelsen, vil vel kunne være af en vis Betydning til at statuere den abstrakte Virkning, men kan dog ikke anses for ubetinget nødvendigt eller afgjørende.²⁾

D. Den abstrakte Kontrakts Virkning vil allerede tildels fremgaa af det tidligere udviklede.

a. Af selve dens Væsen følger jo, at den faar Virkning som tilstrækkeligt Klagegrundlag i sig selv, uden at Sagsøgeren behøver at indlade sig nærmere paa det til Grund liggende Causaforhold. Nævnes Causa'en altsaa slet ikke i Skylderklæringen, behøver Sagsøgeren ikke som ved andre forpligtende Viljesakter at forsyne den med noget Supplement i saa Henseende, og gjøres den til Gjenstand for en mere eller mindre bestemt Omtale, vil heller ikke herved hans processuelle Stilling i sig selv være forandret, men han maa foreløbig kunne behandle den som en betydningsløs demonstratio, som han ihvertfald kun replikvis overfor Sagsøgtens Indsigelser vil kunne blive nødt til at indlade sig nærmere paa.

Det maa altsaa være den abstrakt forpligtedes egen Sag, naar han vil rejse Indsigelser fra Causaforholdet, selv at oplyse den nærmere Karakter af dette. Indeholder Skylderklæringen ikke selv noget Holdepunkt i saa Henseende, maa den fulde Bevispligt paahvile ham for, at den netop staar i Forbindelse med dette bestemte Forhold, og hvad der er det nærmere Indhold og Karakter deraf. Lykkes det ham altsaa ikke at konstatere Sammenhængen med en bestemt Causa, ville hans fra denne hentede Indsigelser naturligvis ikke kunne faa nogen Betydning. Dette vil, efter hvad paa et tidligere Sted er berørt³⁾, i visse Tilfælde endogsaa være en absolut Umulighed, nemlig ved det i Handelslivet hyppige Forhold, hvor Causaspørgsmaalet for saa vidt er ladet ganske ubestemt, som det overlades til fremtidige Momenter at afgjøre, om Paatagelsen af Forpligtelsen skal anses for at være sket som Kredit eller som Betaling. Her vil Skyldneren selvfølgelig ikke ensidig

¹⁾ jfr. herved Domme i Seuffert's Archiv XV. S. 34, XXV. S. 130.

²⁾ jfr. Domme i Seuffert's Archiv XVI. S. 218, XIX. S. 24, XXV. S. 130.

³⁾ ovenfor S. 393.

kunne træffe et Valg i den ene Retning og f. Ex. anfægte sin Forpligtelseserklæring under Paaberaabelse af, at det Skyldforhold, som han selv havde ment den skulde virke som Betsaling paa, havde vist sig ikke at existere.

Indeholder den abstrakt virkende Skylderklæring selv en Angivelse af Causa'en, maa den anfægtende Skyldner som Støtte for sine Indsigelser kunne paaberaabe sig denne. Det synes ikke at være for haardt, hvis Skylderklæringens Modtager af en eller anden Grund har foranlediget eller dog fundet sig i, at en urigtig Causa blev indført i Dokumentet, da at lade ham selv bære Risicoen ved en saadan Simulation. Kun maa vistnok den Causa, der udtrykkes ved den i Skylddokumenter hyppig forekommende Bemærkning »for et modtaget Laan« el. lign. i saa Henseende gjøre en Undtagelse. Da den praktiske Erfaring lærer, at en saadan Betegnelse meget ofte bruges ganske generelt uden at have Hensyn til noget egentligt, ved en kontant Pengesums Udbetaling effektueret Laan, kan den ikke i sig selv afgive noget fuldt Bevis for, at et saadant virkelig har været tilsigtet, og særlig vil den derpaa af Sagsøgte støttede Indsigelse, at ingen saadan Udbetaling har fundet Sted, netop rejse en Formodning for, at en anden Transaktion i Virkeligheden af Dokumentets Udsteder har været ment. Han vil derfor være nødsaget til at fremskaffe særlige Momenter for at godtgjøre, at virkelig et Pengelaan i teknisk Forstand har ligget bagved. Ved denne Bevisførelse ville da vel efter Omstændighederne Dokumentets egne Angivelser kunne være ham til nogen Støtte, men ingenlunde som ved andre specielle Causa'angivelser kunne konstituere et i sig selv tilstrækkeligt Bevis.

b. Naar saaledes den abstrakt fremtrædende Skylderklærings Sammenhæng med et bestemt Retsforhold er godtgjort, bliver det næste Spørgsmaal, i hvilket Omfang der vil kunne tillægges de derfra hentede Causa'indsigelser Betydning.

a. Dette vil kunne være foreløbig udelukket ved den særlige processuelle Ordning, som Skylderklæringen ifølge sin specielle Natur medfører. Foreligger den saaledes i Form af en Vexel, ere i Reglen de fra det materielle Mellemværende hentede Indsigelser afskaarne fra at komme frem under Vexelprocessen, saa at de maa forbeholdes en særlig senere Proces.

Visse praktiske Hensyn kunde føre til at statuere en saadan Ordning i noget videre Omfang, nemlig til overalt, hvor selve den anerkjendte Pligt var klar, men derimod de Forud-

sætninger, hvoraf den maatte være afhængig, som tvivlsomme og omdisputerlige krævede nærmere Undersøgelse, at give foreløbig Dom for den første og overlade de sidste til selvstændig processuel Afgjørelse. Men hvor Lovgivningerne ikke selv i et vist Omfang maatte give positiv Hjemmel i saa Henseende ¹⁾, tør et saadant Resultat dog næppe opstilles.

Tvivel kunde højst rejses, om der ikke ihvertfald for saa vidt maatte tillægges den ved den abstrakte Kontrakt anerkjendte Pligt selvstændig Karakter, som Indsigelser kun skulde kunne gjøres gjældende imod den ved Hjælp af Kontrasøgsmaal. Men ogsaa herved vilde man overdrive Betydningen af Kontraktens abstrakte Natur. Denne ytrer sig jo nærmest kun formelt-processuelt deri, at man, da den faktiske Præsumption er imod, at der skulde være tillagt Causaforholdet Betydning som begrænsende og betingende Pligten, ikke indrangerer dette mellem de normalt til Klagebegrundelsen nødvendige Momenter, som det paahviler Sagsøgeren at skaffe Oplysning om. Men med Afkræftelsen af denne Præsumption bortfalder ogsaa Grundlaget for denne abstrakte Virkning. Causamomentet bringes da igjen i sin naturlige Forbindelse med Pligtmomentet; nogen Hjemmel til i Abstraktionen ganske i Almindelighed at se en reel Løsrivelse af disse to Momenter fra hinanden, saa at de nu skulde have antaget Karakteren af selvstændige Retsforhold, der altsaa ogsaa altid for at gjøres gjældende skulde kræve selvstændigt Søgsmaal eller idetmindste Kontrasøgsmaal, foreligger ikke.

β. Lader der sig ikke paavise processuelle Vanskeligheder mod Rejsningen af Causa'indsigelserne, bliver det næste Spørgsmaal, hvilken reel Betydning der maa tillægges dem.

βa. Hvis Causa'en oplyses at være ulovlig, saa at offentligretlige Hensyn kræve Transaktionens Omstødelse, kan der selvfølgelig ikke tillægges den Omstændighed, at Parterne have villet abstrahere fra den, nogen Indflydelse. Der kunde højst blive Spørgsmaal, om ikke i de Tilfælde, hvor tiltrods for Transaktionens Ulovlighed Tilbagesøgning af en stedfunden Betaling nægttes, det samme maatte antages, hvor Pligten ved en abstrakt Kontrakt havde fundet en definitiv Anerkjendelse. Men selv dette kan ikke indrømmes. Hovedhensynet, der bestemmer Lovgiveren til at bøje sig for en virkelig Betaling, er at undgaa at gribe forstyrrende ind i en paa Grundlag af

¹⁾ saaledes som for dansk Ret tildels i Frdn. 25 Jan. 1828.

Transaktionen skabt faktisk Tilstand, men en saadan kan ikke siges at være fremkommet blot ved den formelt abstrakte Anerkjendelse af den ulovlige Pligt.¹⁾

ββ. Med Hensyn til Indsigelser, ved hvilke ikke saaledes udenfor Parternes egen Vilje liggende Hensyn komme frem, maa Synspunktet være, at Kontraktens ejendommelige abstrakte Karakter netop væsentlig kun viser sig deri, at der ved den skabes en Mulighed for at gjøre Retten gjældende uden alt Hensyn til Causaforholdet. Men svækkes denne Virkning derved, at Sagsøgte selv oplyser Kontraktens Sammenhæng med et saadant og da gjør derfra hentede Momenter gjældende indsigelsesvis, svinder dermed Grundlaget for den specifikke abstrakte Virkning bort, og der vil nu kun kunne tillægges den Betydning i Relation til det saaledes fremdragne Forhold som en almindelig Anerkjendelse. Kun under de Forudsætninger og i det Omfang, hvori der tilkjendes en saadan Indflydelse paa det oprindelige Mellemværende, vil der derfor ogsaa kunne tillægges den saakaldte abstrakte Kontrakt realt virkende Karakter i denne Retning.

Have de fremdragne Causa'indsigelser Hensyn til Momenter, der først ere tænkte at skulle indtræde i Fremtiden, vil heretter Abstraktionen i de fleste Tilfælde blive uden Betydning for det materielle Mellemværende. Man kan kun anerkjende Existensen af Ting, som der er nogen Mulighed for, at man kan anse for bestaaende; med Hensyn til fremtidige Omstændigheder er en Erkjendelse af deres allerede foreliggende Existens utænkkelig. En anden Sag er, at der gjennem den abstrakte Kontrakt kan have været tilsigtet en reel Forandring af Mellemværendet, hvilket dog da særlig maa godtgjøres. Dette vilde saaledes kunne fremgaa deraf, at der samtidig med Pligtens Anerkjendelse havde fundet en ny særlig Fastsættelse af dens Forfaldstid Sted, hvoraf Følgen maaske vilde blive, at den oprindelige nøje Afhængighed mellem Ydelserne paa begge Sider, bl. a. visende sig i deres Opfyldelse paa samme Tid, for saa vidt var løsnet, som den anerkjendende nu kunde tvinges til Erlæggelse af sin Præstation til den ny fastsatte Tid, selv om Modpræstationens Erlæggelse ifølge den oprindelige Kontrakts paa dette Punkt stadig uforandrede Bestemmelse først skulde finde Sted til et senere Tidspunkt.

¹⁾ jfr. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen V. S. 124 og ovenfor S. 149 om et tilsvarende Forhold ved Stipulationen.

Endvidere medfører vistnok det særlige Øjemed ved den som Betaling fungerende Fastsættelse af et abstrakt Skyldresultat, at dette ligesaa lidt som den virkelige Betaling kan anfægtes, blot fordi der maatte opstaa nogen Tvivl eller Usikkerhed angaaende det til Grund liggende materielle Forhold, men først, naar det er givet, at de efter dette afgjørende Forudsætninger for Betalingsløftet ere svigtede¹⁾.

Med Hensyn derimod til allerede foreliggende Momenter, som han maatte antages at kjende, maa hans Afgivelse af en abstrakt Skylderklæring, uden at gjøre nogen Reservation for noget af disse Forhold, i Almindelighed forstaaes som en almindelig Anerkjendelse med Hensyn til alle disse Momenter. Det er jo givet, at hans Adgang til at gjøre derfra hentede Indsigelser gjældende ved Skyldforholdets Omdannelse til en abstrakt Forpligtelsesakt er blevet betydelig vanskeliggjort, og da han vilde kunne have afværget dette ved blot at optage et lille Forbehold i sin Erklæring, maa hans Undladelse af at gjøre dette tages som Udtryk for, at han overhovedet ikke selv har tillagt mulige Indsigelsesmomenter nogen Vægt, saa længe der ikke oplyses ganske særlige Omstændigheder, der kunne gjøre en anden Forklaring af Sagen antagelig. Angaaende den nærmere Virkning i saa Henseende af den abstrakte Skylderklæring, hvor Hovedreglen finder Anvendelse, kan ganske henvises til Udviklingerne ovenfor under I. D. om den egentlige Anerkjendelse i dens bevisende og forbindende Funktion.

Maa han derimod antages at have været uvidende om det paagjældende allerede eksisterende Forhold, vil den i den abstrakte Skylderklæring liggende Anerkjendelse blive uden Virkning for dette, medmindre man ifølge Forholdets særegne Omstændigheder har Hjemmel til at lægge Risicoen for en saadan Vildfarelse paa den skyldanerkjendende selv.

¹⁾ jfr. en engelsk Dom i Sagen »Spiller v. Westlake« (1831) 2. Barnewell & Adolphus' Reports S. 155, hvor en Indsigelse mod en »promissory note« blev forkastet, da Kontrakten endnu »remained open«, og det udtales, at den kun vilde have været hjemlet, hvis Omstændighederne havde været saadanne, at Skyldneren efter at have betalt Pengene vilde have været berettiget til at faa dem tilbage, jfr. ogsaa Sagen »Moggridge v. Jones« (1811) 14. East' Reports S. 486 og Leake: Contracts S. 568, hvor der til Skylddokumentets Anfægtelse kræves »a total failure of the consideration«.

Kritisk Tilbageblik paa de herskende Theorier.

Endnu staar tilbage i Korthed at antyde nogle Hovedpunkter, hvori den her fremstillede Opfattelse adskiller sig fra tidligere i Literaturen forekommende Theorier.

Først og fremmest maa da atter betones den Sondring, som her er søgt gennemført mellem den egentlige Anerkjendelseskontrakt og den virkelige abstrakte Kontrakt. Om end det maa erkjendes, at der er et Omraade, hvor de grænse nær op til hinanden, synes denne Adskillelse dog uomgængelig nødvendig for at undgaa de Uklarheder og Inkonsekvenser, som Theorierne, der ere gaaede ud fra de to Kontraktskategorier som identiske, have maattet gjøre sig skyldige i. Følgen deraf er blevet, at Ting, som egentlig kun passede paa den ene, ubevidst er blevet overført paa den anden, uden at man blev klar over den Væsensforskjel, der i Virkeligheden skjulte sig bagved det fælles Navn.

Naar saaledes Anerkjendelseskontrakten er blevet betegnet som en abstrakt Kontrakt, beror dette netop hovedsagelig paa, at man derved har haft Blikket fæstet udelukkende paa de Tilfælde, hvor den saakaldte Anerkjendelse dækker over en Kontrakt af den sidstnævnte Art. Dette gjælder nemlig for det første, hvor der er tilsigtet en Nybegrundelse af Pligt, aldeles uafhængig af, om der forinden har existeret selv Muligheden for at antage en saadan, og hvor der da ifølge Forpligtelseserklæringens Form og Indhold maa tillægges den Virkning uden, som sædvanlig, at forlange Oplysning om Causa'en. Fremdeles, hvor Forpligtelsesakten vel har Hensyn til et formentlig allerede bestaaende Forhold, men hvor den netop har været forbundet med Hensigten til at fastsætte et Resultat, der skal kunne gjøres gjældende til en vis Grad selvstændig, uden at knyttes til noget bestemt Retsforhold. Men i de virkelige Anerkjendelsestilfælde er Forholdet et helt andet. Anerkjendelsen faar netop kun sin Virkning i Forbindelse med det Retsforhold eller de enkelte retstiftende Momenter, paa hvilke den skal virke, og uden Supplement i saa Henseende bliver den derfor ganske uden Indhold. Og om nogen Abstraktion fra en virkelig foreliggende Causa er der her heller ikke Tale. Forholdet er kun her noget lignende som ved Gaven, at Transaktionen overhovedet ikke har noget, der retlig kunde behandles som Vederlagsmotiv. Ikke i Causa'ens Abstraktion,

men i dens retlige Negation ved disse Forhold ligger altsaa Forklaringen.

I omvendt Retning virker Identificeringen af Anerkjendelseskontrakten med den abstrakte Kontrakt saaledes, at man da bliver tilbøjelig til at fastholde de Forudsætninger, der maa opstilles for den første af dem, ogsaa for den sidste. Man finder saaledes sædvanlig et bestemt foregaaende Retsforhold, til hvilket den refererer sig, opstillet som et nødvendigt Requisite til den abstrakte Kontrakt, uagtet dette netop kun passer paa den egentlige Anerkjendelseskontrakt, medens Abstraktionen i og for sig lige saa vel kan tænkes at være sket fra en fremtidig Causa. Denne ubevidste Duplicitet i dette Begreb, hvorfra han gaar ud, har endogsaa hos Bähr fundet Udtryk i en tilsyneladende ligefrem Modsigelse, naar han fra den bindende Anerkjendelses Virkning S. 267 gjør en udtrykkelig Undtagelse for *exceptio non adimpleti contractus*, men derimod S. 281 undlader at opstille denne Begrænsning for Virkningen af det generelle Skyddokument. Det lader sig vistnok netop kun forklare paa den Maade, at han i det første Tilfælde har tænkt paa en Akt med anerkjendende Virkning paa et bestemt Retsforhold, hvilken Indflydelse den naturligvis kun kan udøve paa sikkert allerede da foreliggende Momenter, men ikke paa den maaske først senere indtrædende Kontraktsopfyldelse fra den andens Side, medens han paa det senere Sted har haft den egentlige abstrakte Kontrakt for Øje, der er istand til at udøve en abstraherende Virkning ogsaa paa muligvis fremtidige Momenter.

Ogsaa, naar Bruns for at forklare den særlige Virkning af den generelle Skylderklæring tyr til sin med tvivlsom processuel Berettigelse opstillede »Beviskontrakt«, er dette sikkert, fordi han ikke formaar at løsrive sig fra Forestillingen om den abstrakte Kontrakt som alene bevirkeende en Anerkjendelse overfor et bestemt Retsforhold og derfor kun i dens Indflydelse paa Bevisspørgsmaalet angaaende dette Forhold mener at kunne finde Forklaringen.

Den Strid, der i Theorien hersker om, hvorvidt der til den heromhandlede Kontrakt kræves særlig skriftlig Form, eller ikke, skyldes vistnok ogsaa nærmest den Omstændighed, at man herved har tænkt paa forskellige Ting. Saa vist som det er, at der ingen fornuftig Grund lader sig anføre for en saadan Fordring ved den egentlige Anerkjendelseskontrakt, lige saa sikkert er det, at den Formodning om Pligtens Uafhængig-

hed af dens Causa, hvorpaa Opstillingen af den abstrakte Kontrakt beror, ikke lader sig statuere blot paa Grundlag af Forpligtelseserklæringen selv, uden nærmere Undersøgelse af de Omstændigheder, der have fremkaldt den, undtagen hvor den ved sin hele Form og Karakter fremtræder med en vis Selvstændighed.

Det er dette, som Bähr vistnok har haft for Øje, naar han i sine tidligere Skrifter er gaaet ud fra det som noget næsten utænkeligt, at en Anerkjendelseskontrakt skulde kunne forekomme uden som skriftlig¹⁾. Og naar han tilsidst paa dette Punkt modificerede sin Opfattelse, saa at han nu antog, at Kontrakten i og for sig lige saa vel maatte kunne indgaaes mundtlig, viste det tilføjede Exempel tydelig, at han dog herved kun har haft en Anerkjendelse i egentligst Forstand for Øje²⁾.

Klarhed han kun opnaas, naar man i Stedet for de to Begreber, som de anførte Forfattere stadig operere med, den ægte, konstitutive Anerkjendelse eller abstrakte Kontrakt paa den ene Side og den uægte eller deklarative Anerkjendelse paa den anden, opstiller en Tredeling: 1) den abstrakte Kontrakt, 2) den forpligtende Anerkjendelse, 3) den bevisende Anerkjendelse, hver med sine ejendommelige Forudsætninger og Virkninger.

»Abstraktionen« ved den førstnævnte Kontrakt bestaar nærmest kun i det rent formelt-processuelle, at der tillægges Forpligtelseserklæringen Betydning som Klagegrundlag i sig selv, uden at Sagsøgeren behøver at supplere den med Oplys-

¹⁾ jfr, saaledes endnu i Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 30. 1888 S. 406: »weil nur in dieser Form sich klar erkennbar macht, dass man ein selbständiges, von seiner causa unabhängiges Zahlungsverprechen hat ertheilen wollen«.

²⁾ Arch. f. bürg. Recht. II. 1889. S. 106. — En lignende Tanke er ogsaa lejlighedsvis kommet til Udtryk i det til den 3die Udgave tilføjede nye Stykke »Erfolg der Lehre« S. 255. Angaaende Spørgsmaalet, om den forpligtende Anerkjendelse skal knyttes til skriftlig Form, bemærkes nemlig her: »Es ist richtig, dass ein abstractes Zahlungsverprechen, das auch seiner Form nach als solches auftritt, nur schriftlich vorkommen kann«. Derimod, »um aus einem mündlichen Versprechen als einem abstracten Klage zu erheben, muss man es als ein solches qualifiziren, d. h. man muss darlegen, das es zwecks Anerkennung einer bestehenden Schuld ertheilt sei«. Dette Synspunkt er imidlertid ikke i Skriftets øvrige Del, der er et saa godt som ordret Aftryk af den tidligere Udgave, tilstrækkelig klart kommet til Gjennemførelse til at forhindre, at Sammenblanding jo dog paa flere Punkter finder Sted.

ninger om Causa'en. Da dette sidste Krav har sin Grund i, at der i Almindelighed maa siges at være en Formodning for, at Erklæringen er stillet i Afhængighed af Causaforudsætninger, maa Betingelsen for Abstraktionen være, at denne Formodning ved det foreliggende Tilfældes Ejendommelighed afkræftes, hvilket kun kan antages, hvor enten selve Skylderklæringen i det hele fremtræder med en saadan selvstændig Karakter, at ogsaa i denne Retning dens Afhængighed af noget udenfor den liggende maa siges at være usandsynlig, eller de den ledsagende Omstændigheder give Hjemmel for at antage en saadan Abstrahering. Med Hensyn til de Fordringer, der nærmere maa udledes af dette Synspunkt, henvises til det ovenfor i § 34 C. udviklede.

Abstraktionens ejendommelige Funktion ytrer sig imidlertid ogsaa kun i denne Evne til at tillægge Forpligtelseserklæringen en foreløbig Virkning uden det almindelige Supplement angaaende dens Causa. Men naar da dette Supplement leveres af den forpligtede selv, og saaledes den sædvanlige Sammenhæng mellem Forpligtelsesakt og Causa reableres, er dermed Abstraktionens særlige Rolle udspillet. Der kan nu kun blive Spørgsmaal, om den ikke endnu er istand til at udøve en vis Virkning som Anerkjendelse overfor det bestemte Retsforhold, der er oplyst at ligge til Grund. I saa Henseende medfører imidlertid Forpligtelseserklæringens abstrakte Karakter ikke særlige Afvigelser, men det bliver i det hele de almindelige Regler om Anerkjendelse, der maa finde Anvendelse.

Med Hensyn til Anerkjendelsens nærmere Virkning rettes Spørgsmaalet ofte urigtig paa, om Anerkjendelsen generelt i Relation til det til Grund liggende Retsforhold maa anses som ægte eller uægte. Dette lader sig netop ikke besvare ganske under et. Forholdet er nemlig det, at den samme Anerkjendelse i én Retning virker som forbindende, i en anden kun som bevisende. I Henhold til det ovenfor under § 33 D. udviklede maa Virkningen ganske afhænge af Karakteren af det Moment, paa hvilket der er Spørgsmaal om at bestemme Anerkjendelsens Indflydelse.

Naar man da som Betingelse for at anfægte en ægte eller rettere en paa dette Punkt som ægte virkende Anerkjendelse kræver og paa den anden Side ogsaa altid vil nøjes med en undskyldelig Vildfarelse, er denne Fordring ogsaa altfor absolut og kategorisk holdt. Det rette Synspunkt for Besvarelsen er

det, at han har givet en i sig bindende Erklæring fra sig, som altsaa kun vil kunne anfægtes ifølge de almindelige Regler om urigtige og bristende Forudsætninger. Referere disse sig til et først paa et senere fremtidigt Tidspunkt indtrædende Moment, vil der i Anerkjendelsens Øjeblik lige saa lidt kunne være Tale om en urigtig som en rigtig Formening angaaende det paagjældende Punkt, og Fordringen om en Vildfarelse er dermed i sig selv udelukket. Drejer det sig derimod om allerede da foreliggende Momenter, maa vel det negative, at han ikke har haft sikker Kundskab om, hvorledes Sagen forholdt sig, sædvanlig siges at være en Betingelse for hans Anfægtelsesadgang, idet hans Erklærings Afgivelse med Kjendskab til Forholdets virkelige Sammenhæng oftest maa forstaas som en Renunciation paa de deraf udspringende Indsigelser. Men at det altid skulde paahvile ham selv at føre positivt Bevis for sit Ukjendskab, kan ikke deraf sluttes. Hvem Bevisbyrden i saa Henseende skal paalægges, maa ligesom ellers bero paa, hvad den faktiske Formodning ifølge samtlige Sagens Omstændigheder maa siges at være for. — Endnu mindre fremgaar heraf noget med Hensyn til Vildfarelsens Undskyldelighed. Det er lige saa lidt givet, at en saadan Karakter af Vildfarelsen altid skulde være nødvendig, som omvendt, at det stedse skulde være tilstrækkeligt, at der ikke kunde lægges ham noget til Last, for at han skulde kunne fri sig for Følgerne af sin Anerkjendelse. Det lader sig ved denne som ved andre Kontrakter kun ifølge en nøje Undersøgelse af hele Transaktionens Indhold og Karakter, navnlig de Pligter, der til Gjengjæld paatages fra den anden Side, afgjøre, om og under hvilke nærmere Forudsætninger og Begrænsninger Risicoen ved en saadan Vildfarelse skal lægges paa den ene af Parterne.

I det udviklede vil allerede tildels ligge en Gjendrivelse af den ganske almindelige Ligestilling mellem en Betaling af og en ægte Anerkjendelse med Hensyn til et Krav, hvilken forfægtes af Bähr, Unger og flere andre Forfattere. Der er netop den afgjørende Forskjel mellem Betalingen og en blot ved Ord eller Skrift sket Anerkjendelse, at medens den første ifølge Livets almindelige Gang først finder Sted, efter at samtlige Kravet begrundende Momenter antages at være gaaede i Orden, og Fordringens Definitivitet altsaa anses givet, vil en Anerkjendelse udmærket vel kunne blive afgivet, skjønt maaske flere af de retlig afgjørende Momenter endnu ligge ganske in suspensio og skulle forbeholdes senere Prøvelse. Af denne For-

skjellighed i de Forudsætninger, hvorfra de to Akter gaa ud, flyde derfor væsentlige Konsekvenser for deres Virkeevnes Omfang og Karakter. Kun, hvor den forbindende Anerkjendelsesakt netop særlig kan godtgjøres at have udøvet en lignende Funktion som Betalingen, idet den maaske paa det Tidspunkt, da virkelig Betaling egentlig kunde forlanges, har fundet Sted som en Art *datio in solutum*, frembyder der sig paa dette Punkt en vis Analogi. — Men ogsaa her kommer der da paa et andet Punkt en iøjnefaldende Forskjel frem. Ved den virkelige Betaling er der sket en aktuel Forandring i de økonomiske Forhold, der er ved den skabt en ny faktisk Tilstand, som man maa have Retsordenens Assistance for at angribe, og denne vil da naturlig kunne betinge sin Hjælp af visse Forudsætninger, der gjør Kravet derpaa særlig billigt, f. Ex. af, at Vildfarelsens Undskyldelighed oplyses. Ved den blot verbale eller skriftlige Anerkjendelse foreligger derimod ikke noget, der lader sig stille i Klasse hermed. Her er Situationen stadig den, at Kreditor staar med et Krav overfor Skyldneren, som han ønsker at gennemføre. Han har kun til denne Gjennemførelse ved den abstrakte eller egentlig anerkjendende Kontrakt erhvervet en vis Lettelse, men hvilken Virkning der nærmere skal tillægges Kontrakten i saa Henseende, er et rent Fortolkningsspørgsmaal, der ikke er præjudiceret ved afgjørende økonomiske Skridt¹⁾. —

Den Strid, der navnlig har hersket mellem Forfatterne angaaende det mest praktiske Tilfælde af Abstraktion eller Anerkjendelse, Udstedelse af et skriftligt Skyldbevis, vil i det ovenstaaende have fundet sin Forklaring og deraf flydende Bidrag til dens Afgjørelse. Det er hverken rigtigt, som Bähr og for den generelle Skylderklærings Vedkommende ogsaa Unger, altid heri at se en Abstraktion fra Causa'en eller ægte Anerkjendelse, eller omvendt med Kindel og, ihvertfald theoretisk, ogsaa Bruns og Schlossmann at nægte dette og kun tillægge Dokumentet Betydning med Hensyn til Beviset. Der lader sig nemlig overhovedet ikke opstille nogen almindelig Regel i saa Henseende, men om der skal tillægges Skyldbeviset den ene eller den anden Karakter, afhænger af de nærmere Omstændigheder.

Det virker abstrakt og dermed i Almindelighed ogsaa til en vis Grad ægte anerkjendende, hvor det tilfredsstillende

¹⁾ jfr. om den romerske Stipulation ovenfor S. 155 ff.

herfor nødvendige Fordringer. Kindel anerkjender da ogsaa (ved sin Sætning 2), at Formalløftet, altsaa i Nutiden Vexlen, vender Bevisbyrden angaaende Causa'en om. Naar han da tilføjer, at der dog selv her ikke finder nogen Abstraktion fra Retsgrunden Sted, ligger heri en *contradictio in adjecto*, forsaavidt hermed skulde være ment, at Sagsøgeren da ogsaa her skulde være nødt til at oplyse Causa'en. Meningen maa derfor være, at selv et saadant Dokument er uden reel, d. v. s. ægte anerkjendende Virkning paa det til Grund liggende Causaforhold. Men ogsaa dette maa efter det tidligere udviklede i de fleste Tilfælde betegnes som urigtigt. — Paa den anden Side er der ingen Hjemmel til med Kindel at indskrænke denne Præsumption for Causa'en til Vexler. Ogsaa ved visse andre Skylddokumenter give deres Form og Indhold Føje til at opstille en lignende Formodning, altsaa forsaavidt at tillægge dem abstrakt Karakter.

Ved Skyldbeviser, hvor dette ikke er Tilfældet, maa der imidlertid gives ham Ret i, at de kun kunne faa Virkning i Forbindelse med Oplysning om den Causa, der ligger til Grund for dem.

Det næste Spørgsmaal, som ogsaa ved disse sidste faar Betydning, bliver da, hvilken Indflydelse Udstedelsen af Skyldbeviset udøver paa det til Grund liggende Forhold. Hvis man nu vil søge at besvare dette generelt ved ganske i Almindelighed at erklære Skyldbeviset for at konstituere enten en forpligtende eller kun en bevisende Anerkjendelse, kan Svaret ikke andet end falde unøjagtigt ud. Kun ved at blive klar over, at dets Virkning netop til en vis Grad er forskjellig i Forhold til de forskjellige retsbegrundende Momenter, og ved derfor at træffe Afgjørelsen for hvert enkelt af disse ad Gangen i Henhold til, hvad dets faktiske Natur tilsiger, vil man kunne naa til et rigtigt Resultat. Den hos Bähr (S. 258) forekommende, ofte angrebne Udtalelse »at ville et Bevismiddel for Skylden vil sige at ville Skylden« kan derfor kun erkjendes for rigtig, forsaavidt det virkelig kan antages, at det udfærdigede »Bevismiddel« bindende har villet afgjøre alle mulige Tvivl ved Forholdet. Men hvor det enten ifølge sit udtrykkelige Indhold eller de nærmere Omstændigheder, hvorunder det er fremkommet, maa antages at referere sig til kun enkelte af de retskonstituerende Momenter, kan det vel siges at udtrykke en Skyldvilje til Trods for en mulig af disse op-

staaende Tvivl, men nogen almindelig absolut Forpligtelsesvilje lader sig ikke udlede af et saadant Bevismiddel.

Naar der oftere i det foregaaende er bygget paa en »Vilje« til at stifte en abstrakt Forpligtelse, er dette i Strid med flere Forff., der hævde, at en saadan overhovedet er en psykologisk Umulighed ¹⁾. Heri er der nu det rigtige, at en virkelig abstrakt Vilje \varnothing : en Vilje uden nogensomhelst Tanke om den derved bestemmende Vederlagsforudsætning ikke lader sig tænke. Det drejer sig i Virkeligheden ikke om en abstrakt, men om en abstraherende Vilje ²⁾, som gaar ud paa at løse det almindelige Afhængighedsforhold mellem Løftet og dets Causa. At noget saadant ikke blot er theoretisk tænkeligt, men ogsaa hyppig praktisk forekommende, vil fremgaa af det udviklede. Kun kan Retsordenen lige saa lidt her som ellers bygge paa det rent indre, men den maa henholde sig til visse ydre Kriterier, der tillade en nogenlunde sikker Slutning til det psykologiske Forhold.

¹⁾ jfr. saaledes navnlig Schlossmann: Causa S. 87: »Der Wille kann unmöglich von seinem eigenen Inhalte — und der eine Theil desselben ist die causa — abstrahiren«.

²⁾ Bähr i Arch. f. bürg. Recht II. S. 105—106. — Schlossmann, l. c. S. 86—88, vil omvendt ikke tale om nogen abstraherende Partsvilje, da en saadan overhovedet efter hans Mening er utænkelig, men kun om abstrakte Obligationer, der umiddelbart af Loven knyttes til visse bestemte Former. Herved overses imidlertid, dels at den faktiske Sammenhæng, der bestaar mellem Løftet og dets Causa, som tidligere udviklet, ikke udelukker, at Parterne kunne fatte den Vilje at adskille dem i den retlige Ordning, dels at en saadan Vilje da ikke blot kan fremgaa af de Former, som Løftet er ikklædt, jfr. om Skriftformens Betydning i denne Henseende Motiv. til Entw. eines bürg. Gesetzbuches II. S. 689 ff., men ogsaa af de øvrige nærmere Omstændigheder, under hvilke Transaktionen oplyses at være foregaaet.

Slutning.

§ 36.

Causatheoriens Forhold til nordisk Ret.

Det vil her næppe være nødvendigt at tilføje meget. Allerede af Udviklingerne foran vil det vistnok være fremgaaet, hvor meget af dem der skyldtes særlige Forhold i de Landes Retsordener, hvortil der paa det paagældende Sted nærmest havdes Hensyn, og hvor stor en Del der havde en almindeligere Basis, saa at det efter sin Natur maatte finde Anvendelse paa enhver Formuetilstand paa beslægtet Civilisationstrin, forsaavidt blot ikke positiv Lovbestemmelse stod derimod.

Til denne sidste Del hører nu utvivlsomt det, der tør betegnes som Kjærnepunktet i denne Undersøgelse: Den Begrænsning af Løftets Indhold og Virkning, som flyder af, at det betragtes, ikke som isoleret retsbegrundende Kjendsgærning, men kun som enkelt Led af et almindeligere Mellemværende, hvoraf Causa'en udgjør det andet ligeberettigede Led. Denne Opfattelse af Forholdet er ikke dikteret ved nogensomhelst positiv Lovbestemmelse, men kun ved en naturlig real Betragtning af Sagen¹⁾. I det praktiske Liv forekommer nemlig Løftet, som allerede oftere fremhævet, overhovedet aldrig for sig selv, men kun i organisk Forbindelse med sin Causa. Naar det da gjøres til Gjenstand for retlig Ordning, maa denne naturlige Sammenhæng præsumeres at være bevaret, saa at heller ikke den retlige Virkning begrundes paa Løftet alene, men kun paa dette i Forening med dets Causa, eller, som det ogsaa kan udtrykkes, paa hele det Mellemværende, hvoraf Løfte og Causa udgjør de to modstaaende Sider. Adskillelsen af

¹⁾ jfr. herved Udviklingerne ovenfor S. 305 ff.

disse fra hinanden har altid noget til en vis Grad kunstigt ved sig, og der maa derfor anføres særlig Hjemmel for den. En saadan vil imidlertid ogsaa efter Omstændighederne kunne anses bragt til Veje, hvad enten nu den retlig uafhængige Karakter af Løftet fremgaar af de nærmere Oplysninger, der fremskaffes om den konkret foreliggende Causa, eller den, selv uden nærmere Undersøgelse heraf, maa antages allerede ifølge selve Løftets Form og Indhold eller de Omstændigheder, hvorunder det er afgivet. Men er der ikke Hjemmel for noget saadant, maa den naturlige Sammenhæng mellem Løfte og Causa ogsaa i den retlige Ordning opretholdes.

Den praktiske Betydning heraf viser sig fornemmelig i den Beskyttelse, der derved ydes Skyldneren mod, at reelt ubegrundede Krav gjøres gjældende mod ham. Hvis Kreditoren ganske i Almindelighed kunde nøjes med at holde sig til det rent ensidige Løfte, overladende det til Skyldneren selv at gjøre alle de dettes Virkning hæmmende eller begrænsende Momenter gjældende, vilde den uundgaaelige Følge blive, at han i saare mange Tilfælde kom til kort med sine Indsigelser, idet det ikke lykkedes ham at skaffe disse det fornødne Grundlag. Naar det derimod, i Overensstemmelse med den her forfægtede Opfattelse, som Regel paalægges den, der vil støtte sig paa et Løfte, at skaffe Oplysning om det Mellemværende, hvoraf det er udsprunget, og navnlig om den Causa, der bærer det, vil derved ihvertfald Fyldestgjørelsen af den altid retlig afgjørende Vederlagsforudsætning være sikret, og der ogsaa for Bedømmelsen og Gjennemførelsen af den forpligtede Parts øvrige Forudsætninger være skabt et reelt Grundlag, som Løftet i sig selv som udelukkende Forpligtelsesgrundlag ikke vilde være istand til at yde.

Vende vi os herefter særlig til den nordiske Ret, ville vi lige saa lidt her som i andre Retsordener uden gennemført Kodifikation kunne vente at finde en direkte Afgjørelse af et saa almindeligt Spørgsmaal som det her omhandlede, men højst enkelte Antydninger eller Forudsætninger i den ene eller den anden Retning.

Det Sted, der indeholder den udførligste Regel om de retstiftende Viljeserklæringer, D. L. og N. L. 5—1—2¹⁾, taler

¹⁾ I den svenske Lovbog af 1734 findes der overhovedet ikke nogen Anerkjendelse af Kontraktprincipet i Almindelighed, men kun i enkelte konkrete Anvendelser.

slet ikke om ensidige Løfter, men udelukkende om »Contracter«, og alle de Exempler, der i dette Lovsted anføres, have alene Hensyn til Retsforhold, til hvis Begrundelse der foruden selve Løftet nødvendig kræves en nøje konkret specialiseret Causa ¹⁾. Kun ved at oplyse et saadant, men ingenlunde ved ganske i Almindelighed at paaberaabe sig et »Løfte« fra Modpartens Side vil altsaa efter denne Artikel en Kreditor kunne naa til Gjennemførelse af sit Krav.

Den umiddelbart foregaaende Art. 5—1—1 kunde maaske ved første Øjekast synes at yde Støtte for den abstrakte Løftheori, men der maa vistnok dog ved nærmere Betragtning frakjendes den afgjørende Betydning. For det første hører den overhovedet til de almindelige Udtalelser, som man, navnlig hvor man møder dem i ældre Lovgivningsarbejder, maa tage med den allerstørste Forsigtighed. Tiltrods for deres generelle Iklædning tilsigte de ofte i Virkeligheden kun at fremhæve et enkelt Synspunkt, overladende det til Fortolkeren selv at udfinde de nærmere Tilføjelser og Begrænsninger, hvorved Udtalelsen maa forstaaes ²⁾. Og ganske særlig, hvor en saadan forekommer som Indledning til et Kapitel, er Meningen med den i Reglen kun foreløbig i Lapidarstil at give et omtrentligt Udtryk for den Tanke, der her tydeligst er traadt frem for Lovgiverens Bevidsthed, altsaa i dette Tilfælde den private Viljes retstiftende Kraft, medens Tankens nærmere Præcisering og Indhold maa søges i Kapitlets øvrige Bestemmelser.

Men dernæst maa erindres, at Art. ifølge sin Ordlyd ingenlunde kan siges at handle om alle Løfter ganske i Almindelighed, men kun om dem, der ere afgivne »med Mund, Haand og Segl«. Den synes altsaa nærmest at have de formbundne Løfter for Øje, og ved disse yder efter det tidligere udviklede netop selve Formen et Holdepunkt for at statuere den Løsrivelse af Løftet fra dets Causa, som man i Almindelighed savner Hjemmel til.

Vilde man imidlertid forstaa Art. saaledes, at den ogsaa handlede om de Løfter, der kun vare foregaaede »med Mund«, altsaa de rent formløse, mundtlige, vilde den vistnok selv ikke

¹⁾ Kun Ordet »Forpligter« kunde maaske vække Tvivl, men der kan dog ifølge Sammenhængen herved sikkert kun være tænkt paa Forpligtelser, der udspringe af en egentlig Kontrakt, gennem hvilken Causaforholdet da vil have fundet sin nærmere Besvarelse.

²⁾ jfr. Bentzon i U. f. R. 1893 S. 112.

under denne Forudsætning kunne siges at yde nogen sikker Hjemmel for Læren om det abstrakte Løfte. Den siger jo i sig selv kun, at enhver er pligtig at efterkomme, hvad han har »lovet«, men overfor det Spørgsmaal, hvorledes man nærmere maa bestemme Indholdet af det Løfte, som der herved tilkjendes Retsvirkning, forholder den sig i Virkeligheden ganske neutral. Om man i saa Henseende skal nøjes med at holde sig til Løftet selv som isoleret Kjendsgærning, saa længe ikke Løftgiveren selv anfører ganske særlige Momenter, der kunne svække dets Virkning, eller omvendt kun Løftet med den Begrænsning, som det lider ved alene at tages i den naturlige Sammenhæng med dets Causa, indtil denne særlig godtgjøres i det enkelte Tilfælde at være løsnet — herom yder Art. selv intet Bidrag, hvilke tvertimod maa søges i almindelige økonomisk-retlige Betragtninger. Og hvad disse, støttede ved den nærmere Bestemmelse, som Reglen har faaet i den efterfølgende Art., ogsaa for nordisk Ret føre til, vil, tør det haabes, den foranstaaende Udvikling tilstrækkelig have godtgjort.

En retshistorisk Betragtning vil støtte dette Resultat. Vi gjenfinde nemlig i nordisk Ret det samme Fænomen som i alle andre Retsforfatninger, at man paa mere primitive Stadier kun tillægger Løftet Retsvirkning, naar det enten foreligger i en vis Form, eller i Forbindelse med Oplysning om dets Causa, hvilken endogsaa fra først af bindende forlanges at skulle have Skikkelsen af en allerede stedfunden Realpræstation¹⁾. En vis Lempelse heri finder vel efterhaanden Sted, saaledes at man opgiver Formforskriften og tilsteder Causa'en at fremtræde paa en hvilkenksomhelst Maade, der kan være Udtryk for Parternes Vederlagsforudsætning. Men for Antagelsen af et saadant Spring i Udviklingen, som det vilde være pludselig ganske i Almindelighed at tillægge det formløse Løfte Virkning uden nogetsomhelst Spørgsmaal om Skyldgrunden, foreligger der heller ikke for nordisk Rets Vedkommende den mindste Hjemmel. —

Lige saa lidt som i Lovgivningen vil man i Domstolenes Praxis kunne vente at finde direkte og klare Bidrag til det theoretiske Spørgsmaals Besvarelse. For Dommeren vil altid det praktiske Resultat være det vigtigste, medens de theore-

¹⁾ se herom nærmere Stemann's Retshistorie S. 513 ff., jfr. ogsaa Matzen: Panterettens Historie S. 300.

tiske Betragtninger, der maatte have ført ham dertil, maaske ikke engang have været klart fremme i hans Bevidsthed, end-sige omhyggelig bragte til Udtryk i Domspræmisserne. At retlede Dommerens Instinkt ved at drage det, der halvt ubevidst skjuler sig i Følelsens Dyb, frem i den bevidste Erkjen-delses fulde Dagslys, er netop en af den videnskabelige Juris-prudens' Hovedopgaver. Ved Løsningen heraf maa den da ogsaa tage selve Domsafgjørelserne til Udgangspunkt og ud fra disse prøve, om de for dem anførte Grunde kunne antages at have været de virkelige og de eneste, eller om i Virkeligheden andre Hensyn have spillet med ind.

Holdes dette Synspunkt fast, vil det næppe kunne nægtes, at vort praktiske Retsliv frembyder Fænomener, der yde den her forfægtede Opfattelse en, om end maaske undertiden kun indirekte, dog sikker Støtte.

Allerede den negative Omstændighed, at der, saa vidt vides, næppe lader sig paavise noget Præjudikat, der har givet Dom blot i Henhold til, at den ene Part skulde have »lovet« den anden noget, uden at forøvrigt nogetsomhelst var oplyst enten om Causa'en selv¹⁾ eller om en Løsrivelse af Løftet fra denne, der i det enkelte Tilfælde skulde have fundet Sted, kan ikke andet end tiltrække vor Opmærksomhed. Vilde man indvende, at der dog paa den anden Side heller ikke findes nogen Dom, der udtrykkelig frakjender et saadant isoleret Løfte Virkning, er dels dette ikke helt rigtigt, dels vilde det ihvertfald ikke være af synderlig Vægt. Det er jo nemlig givet, at det i høj Grad vilde ligge i Kreditors Interesse, om han som Søgsmålsgrundlag kunde indskrænke sig til en saa simpel Kjendsgærning, som en Persons Løfte maa siges at være. Naar Kreditorerne ikke desto mindre have undladt at benytte sig heraf og altid til deres Kravs Begrundelse anset det fornødent ogsaa noget at gaa ind paa Causa-Siden ved det Mellemværende, hvoraf Løftet er udsprunget, lader dette sig næppe forklare paa anden Maade, end at Følelsen af Nødvendigheden heraf er trængt saa dybt ind i den almindelige Retsbevidsthed, at det ikke engang falder Folk ind at forsøge Afbigelse derfra. Spørgsmaalet kommer reneest frem i de Tilfælde, hvor Indstævnte udebliver,

¹⁾ jfr. herved Domme i J. U. IV. S. 287, Ny Række. 1848 S. 281, hvor de Overenskomster, som der blev tillagt selvstændig Virkning, begge indeholdt nøjagtig Oplysning om Vederlagsspørgsmaalet, der i det første Tilfælde er besvaret benægtende.

idet der her ikke er nogen Mulighed for Sagsøgeren for at levere noget Supplement til sit oprindelige Søgmaalsgrundlag, men Dommen udelukkende maa afsiges i Henhold til dette. Her ere nu vore Domstole vel gaaede meget vidt i Retning af Imødekommen mod Sagsøgeren paa den udeblevne Indstævntes Bekostning, saaledes at f. Ex. endogsaa blot en Paastand om et vist Beløb »for leverede Varer« el. lign. i adskillige Afgjørelser er anset for tilstrækkelig ¹⁾, men nogen Dom, der skulde have nøjedes med den blotte Paaberaabelse af, at Sagsøgte havde »lovet« det paastaaede, uden nogensomhelst nærmere Oplysning om de denne Kjendsgæring ledsagende Momenter, lader sig vistnok ikke opdrive.

Som berørt, mangler der imidlertid heller ikke helt Antydninger i Dommene, der mere positivt kunne støtte vor Opfattelse. I flere af de Tilfælde, hvor tilsyneladende Løfter erklæres ugyldige paa Grund af manglende »bestemt og bindende Løfte« el. lign., vil den egentlige ihvertfald medvirkende Grund ved nærmere Undersøgelse vise sig at være, at der ikke foreligger tilstrækkelige Oplysninger angaaende det bestemmende Causaforhold.²⁾ Der maa altsaa i Virkeligheden ikke saameget siges at mangle et alvorlig bindende Løfte som snarere et fuldstændigt og tilstrækkelig fixeret Forpligtelsesgrundlag, idet det paaberaabte Løfte savner det Supplement med Hensyn til Causa'en, hvorved først de nødvendige Momenter til Bedømmelsen af dets nærmere Virkning skaffes til Veje. I ikke faa Domsafgjørelser findes da ogsaa netop Løftets Mangel i denne Retning udtrykkelig fremhævet.³⁾

Tør man herefter vistnok erklære »Causalprincipet« for det af Domstolene praktisk hyldede, maa det paa den anden Side mærkes, at der dog i Praxis anerkjendes Undtagelser herfra, hvilke ogsaa tør siges i Hovedsagen at befinde sig i Overensstemmelse med den her fremsatte Theori.

Der anerkjendes saaledes for det første en Mulighed for at fravige de almindelige Fordringer om Oplysning angaaende den nærmere Karakter af Causa'en, hvor denne godtgjøres at referere

¹⁾ jfr. J. U. 1854 S. 492, 1859 S. 630, U. f. R. 1885 S. 311, 1887 S. 269.

²⁾ jfr. Dommen i J. U. 1848 S. 414 i Modsætning til Dommen sammesteds 1859 S. 316.

³⁾ se saaledes Domme i J. U. VI. S. 551, 1853 S. 158, Schl. Højesteretsdomme II. S. 681, 731, Sø- og Handelsretstidende 1864 S. 225, 1868 S. 65, jfr. ogsaa beslægtede Synspunkter i U. f. R. 1881 S. 552.

sig til en udenfor selve Forpligtelsesakten staaende Tredjemand, saaledes navnlig ved Delegationsløftet¹⁾, hvilket dog paa den anden Side ingenlunde altid behøver at have denne abstrakt virkende Karakter²⁾.

Men ogsaa en Abstraktion fra en mellem de kontraherende Parter selv bestaaende Causa vil efter Omstændighederne kunne statueres.

Der møder os her først den egentlige Anerkjendelse³⁾, der kun formaar at øve sin Virkning i Forbindelse med det Retsforhold, hvorpaa den er rettet, og for hvilken der ikke kræves Paavisning af nogen særlig Causa. Fremdeles som Overgang mellem disse Tilfælde og den abstrakte Kontrakt det mellem Parterne bindende fastsatte Resultat af en Afregning, der kan benyttes som et i sig fuldstændigt Klagegrundlag. En i Praxis særlig hyppig Fremtrædelsesform heraf er det ved Anerkjendelse af en Kontokourant mellem Handlende opstaaende Forhold, hvilket erkjendes at udgjøre et selvstændigt Forpligtelsesfundament, endog som »Haandskriftskrav«⁴⁾, som der dog i visse Tilfælde aabnes Adgang til at anfægte⁵⁾. Endelig den egentlige abstrakte Kontrakt, til hvis Istandkomst der kræves enten visse Betingelser med Hensyn til Forpligtelseserklæringens Form og Art, saaledes at de eneste praktiske Exempler herpaa blive Vexler og Gjældsbreve⁶⁾, med Hensyn til hvis Virkning det forøvrigt er ganske ligegyldigt, om de selv angive Causa'en (f. Ex. ved »Valuta-Klausul«) eller ikke — i begge Tilfælde paahviler nemlig Bevisbyrden for Indsigelser, hentede fra Mangler ved Causa'en, Debitor⁷⁾ — eller

¹⁾ jfr. saaledes forudsætningsvis i Domme i J. U. 1861 p. 615 og U. f. R. 1887 p. 278.

²⁾ jfr. særlig klart i denne Retning den lige citerede Dom i J. U. 1861 S. 615.

³⁾ Saaledes f. Ex. den i Dom i J. U. 1848. S. 13 (21 ff.) omdisputerede Anerkjendelse, jfr. endvidere med Hensyn til præskriberet Vexelgjæld en Dom i U. f. R. 1876 p. 780.

⁴⁾ se særlig Domme i U. f. R. 1889 S. 527, Højesteretstidende 1874 S. 557, cfr. J. U. 1860 S. 519, Sø- og Handelsretstidende 1868 S. 65.

⁵⁾ jfr. J. U. 1860 S. 920 ff. (924).

⁶⁾ se Dom i J. U. 1850 S. 857, cfr. derimod det i U. f. R. 1878 S. 253 omhandlede Dokument, som der ikke blev tillagt en saadan selvstændig Virkning.

⁷⁾ se saaledes paa den ene Side Domme i Schl. Højesteretsdomme III. S. 77. jfr. om Kvitteringer Højesteretstid. 1881—82 S. 25, og paa den anden Side Schl. II. S. 345, J. U. VII. S. 850.

at Forpligtelsesakten ifølge de nærmere Omstændigheder, hvorunder den er foregaaet, fremtræder som en in solutum foretaget definitiv Fastsættelse af en ensidig Skyld.¹⁾ —

Heller ikke i Literaturen kan Causa-Spørgsmaalet siges at have fundet nogen synderlig indgaaende Behandling, idet de Forfattere, der overhovedet berøre det, i Reglen indskrænke sig til et Par korte lejlighedsvisse Bemærkninger.

Mere indgaaende behandles det dog af Goos i hans Retslære II. S. 220—222. Her rejses det Spørgsmaal, om Kreditor for at gjøre sin Ret gjældende er nødsaget til at oplyse baade Løftet og dets konkrete Causa, eller om han kan nøjes med at paaberaabe sig et rent (formelt, ensidigt) Løfte om at yde, saa at det maa være overladt den lovende selv at godtgjøre de Indsigelser, som han maatte hente fra Løftets Causa. Spørgsmaalet, der udtrykkelig betones nærmest at være et »Bevisbyrdefordelings-Spørgsmaal«, besvares da i sidstnævnte Retning. For den modsatte Ordning kunde ganske vist anføres, dels Hensynet til at ramme en mulig ulovlig Causa, dels det at lette Skyldnerens Adgang til at gjøre svigtende Forudsætninger gjældende mod Løftet. Men overfor det første hævdes det, at saadanne Undtagelsestilfælde, hvor Causa'en maatte være ulovlig, ikke kunne være bestemmende for den almindelige Regel. Og hvad Hensynet til Skyldneren angaar, er for det første Spørgsmaalet, om han ikke selv maa kunne give Afkald paa den yderligere Beskyttelse, som den modsatte Regel vilde yde ham, og ihvertfald kræver Hensynet til Samhandelen og Letheden i Omsætnings- og Kreditforholdene nødvendig, at den Regel, der paalægger Debitor selv Bevisbyrden, fastholdes som den normale, saa at den, der vil have en større Betryggelse, særlig maa reservere sig den.

Til ganske samme Resultat synes gennem en paa dette Punkt dog næppe helt klar Udvikling i nyeste Tid Ernst Møller²⁾ at komme, idet han tiltrods for det reale Synspunkt, han iøvrigt anlægger paa den forpligtende Erklæring, fastholder, at »det ikke paahviler Rettighedskræveren at paavise Existensen af en materiel Skyldgrund. Det er foreløbig nok

¹⁾ jfr. J. U. 1848 S. 237, hvor dog de nærmere Omstændigheder, hvorunder Anerkjendelsen er foregaaet, ikke tilstrækkelig tydelig fremgaa af Domsreferatet, U. f. R. 1887 S. 278 (gjennem Overlevering af en Anvisning), J. U. 1850 S. 86 (Indgaaelse af et Forlig i Forligskommissionen). ²⁾ Forudsætninger S. 50 ff., navnlig S. 55.

at henvise til det foreliggende Løfte. Hvis dette skal afkræftes, maa det være Løftegiverens Sag at paavise, at en Retsgrund savnes«.

I lignende Retning gaar endvidere Jul. Lassen.¹⁾ Det læres ogsaa af ham, dog uden nærmere Begrundelse, at det »abstrakte Løfte« ρ : et Løfte, der ikke angiver nogen Skyldgrund, er gyldigt, og at den, der har afgivet et saadant, »ikke kan forlange, at Løftemodtageren skal føre Bevis for, at der foreligger en Skyldgrund, eller slippe for Løftet, fordi det er oplyst, at der ikke foreligger noget materielt Mellemværende, som kunde motivere dets Afgivelse«. Heri ligger implicite, at det saa meget desto mindre kan paahvile Kreditor at fremskaffe Oplysninger om Causa'ens nærmere Art. S. 93 forekommer vel en Udtalelse, der maaske i sig selv frembyder en Mulighed for at forstaaes i Overensstemmelse med den her forfægtede Causatheori. Det siges nemlig paa dette Sted, at Løftet ikke skaber Ret, naar »den af Løftet omfattede Ydelse er angiven saa ubestemt, at der ikke foreligger tilstrækkeligt til Bestemmelse af, hvad det er, som Løftemodtageren i Henhold til Løftet kan fordre, eller paa hvilke Vilkaar²⁾ det tilkommer ham,« og muligvis kunde da netop Vederlagscausa'en henregnes til de »Vilkaar«, om hvilke Løftemodtageren stedse skulde være nødsaget til at give nærmere Oplysning. En saadan Forstaaelse synes imidlertid bestemt at udelukkes ved Udtalelsen S. 98, at »en paaviselig materiel Skyldgrund ikke er Betingelse for Løftets Gyldighed, og Beskaffenheden af den forhaandenværende Skyldgrund ordentligvis er uden Betydning«.

Paa samme Maade har tidligere endnu bestemtere Deuntzer udtalt sig, hvor han i sit Skrift om Fuldmagt lejlighedsvis kommer ind paa Causa-Spørgsmaalet. Det siges nemlig her S. 150, at »man kan ikke i det enkelte Tilfælde gjøre Løftets bindende Virkning afhængig af, at Grunden, hvorfor der er lovet, er udtalt i Forbindelse med Løftet, eller overhovedet lader sig oplyse«. —

Efter det Indtryk, som disse Udviklinger umiddelbart fremkalde, kunne de næppe nægtes at være i den bestemteste Strid med den her fremsatte Opfattelse. Medens denne gaar ud paa alene at tage Hensyn til Løftet i Forbindelse med dets Causa, synes de andre at bygge hele Resultatet paa Løftet for sig selv, tilsyneladende ganske slaaende en Streg over det

¹⁾ Haandbog I. S. 97—98.

²⁾ Udhævelsen er foretaget her.

Faktum, at Løftet i det virkelige Samhandelsliv kun i et meget forsvindende Antal Tilfælde forekommer i den Isoleringstilstand, hvori det her fremstilles, men i det langt overvejende er organisk knyttet til et Kontraktsforhold og derfor ogsaa alene som enkelt Led i dette mere omfattende Hele kan faa tillagt Gyl-dighed. For at det skal kunne virke selvstændig, maa det først gjøres antageligt, at denne normale Sammenhæng undtagelsesvis er ophævet, saa at Løftet for sig betragtet kan siges at konstituere et fuldstændigt Kontraktsforhold. Det er altsaa netop kun, forsaavidt Løftet efter den særlige Maade, hvorpaa det fremtræder, maa antages at være gjort uafhængigt af dets Causa, at det formaar at virke uden nærmere Oplysning om denne.

Der lader sig da ogsaa hos de nævnte Forfattere paavise enkelte Holdepunkter for at undergive den af dem opstillede almindelige Sætning en vis Begrænsning. Saaledes forekommer der hos Goos S. 222 en Udtalelse, der synes at antyde, at hele den foregaaende Udvikling kun har Hensyn til »saadanne Tilfælde, hvor Forholdene ikke af sig selv medføre, at causa omtales i Retshandelerne, som ved Ombytningsretshandeler«, og »navnlig« passer »ved Gjældsbreve og deslige.« Og Jul. Lassen begrænser udtrykkelig sine Udtalelser til det Løfte, der »ikke angiver nogen Skyldgrund (det abstrakte Løfte)«.

Om end nu den derigjennem antydede Begrænsning maa indrømmes at gaa i den rigtige Retning, kan den dog næppe siges at have fundet et ganske adækvat Udtryk. Der lægges hos Lassen Vægt paa, om Løftet selv angiver nogen Skyldgrund. Men hertil er for det første at bemærke, at Løftet efter den Maade, hvorpaa det omhandles i denne Forf.'s systematiske Fremstilling, som en blot Skylderklæring, vistnok slet ikke kan siges at aabne Plads for denne Causa-Angivelse. Denne maa tvertimod altid betragtes som noget i Forhold til selve Løftet som Systemudtryk fremmed, om hvilket der altsaa kun kan blive Spørgsmaal ved Siden af Løftet, ikke som Bestanddel af dettes eget Indhold. — Men selv bortset fra denne systematiske Betænkelse, lader der sig rejse andre Indvendinger mod denne Opfattelsesmaade. Den synes helt at slaa en Streg over det mest brændende Punkt i hele Causalæren, Causa'ens betydningsfulde processuelle Funktion. Det praktiske Spørgsmaal er ikke, om en forpligtende Dispositionsakt, med Hensyn til hvilken det foreligger sikkert konstateret, hvorvidt den ifølge sit Indhold knytter sin Virkning til

en bestemt Causa eller ikke, for at gjøres gjældende kræver Oplysning angaaende denne — i saadanne Tilfælde giver Spørgsmaalets Besvarelse sig af sig selv — men derimod, om en Skylderklæring, om hvilken slet ikke noget saadant i den ene eller anden Retning er gjort antageligt, er istand til at danne et tilstrækkeligt Søgsmålsgrundlag, uden at behøve nogetsomhelst Supplement angaaende Causa'en. Det er dette, der efter det udviklede bestemt maa bestrides, og hvis Benægtelse formentlig ikke kan siges tilstrækkelig klart at fremgaa af Lassen's Udviklinger paa det anførte Sted. Der tales her stadig kun om »Løftet« som Grundlag for Retsvirkninger, men at dette Løfte, som der saaledes opereres med, i Virkeligheden kun er et Abstrakt, der alene ved Kunst lader sig isolere fra hele det Retsforhold, der har fremkaldt det, og navnlig fra den ogsaa deri begrundede Vederlagsforudsætning, betones næppe stærkt nok ¹⁾.

Heller ikke, naar der hos Goos antydes Muligheden af Tilfælde, hvor Forholdene af sig selv medføre Causa'ens Omtale i Retshandelerne, kan vistnok derved den her forfægtede Tanke siges at være kommet fuldt til sin Ret. Forsaavidt der med »Retshandel« maatte menes selve Løftet, rammes hans Udvikling af de samme Indvendinger som de lige mod Lassen's fremsatte. Og selv om, hvad maaske nok ifølge Sammenhængen er det naturligste, Retshandelen her er brugt som almindelig Betegnelse for hele Dispositionsakten, synes dermed dog ikke helt at være truffet selve Sagens Kjærne. Der maa navnlig gjøres opmærksom paa, at Causa'ens Optagelse som Bestanddel i Dispositionsakten ikke blot i visse Tilfælde, men i det langt overvejende Antal af disse vil medføres af Omstændighederne, hvorfor ogsaa den retlige Normalordning maa fastsættes under Hensyn til dette faktiske Forhold. Dette tilsiger — og denne praktiske Konklusion undlader ogsaa Goos at drage — at man ikke skal have Lov til at gjøre et Løfte, om hvilket det i den overvældende Majoritet af Tilfælde er givet, at det kun er et løsrevet Stykke af et omfattende Retsforhold, hvoraf Causa'en danner

¹⁾ En svag Antydning i denne Retning ligger dog maaske nu i Udtalelsen i hans Anm. i Tidsskr. f. Retsvid. 1895 S. 293, om at »Løftegiveren efter dansk Ret kan gjøre sit Løftes Gyldighed uafhængig af nogen objektiv causa« (Udhævelserne findes dog ikke dér), idet denne Uafhængighed herefter altsaa ikke synes paa Forhaand at præsumeres, men særlig at maatte godtgøres.

det andet sideberettigede organiske Led, gjældende for sig alene, med mindre det særlig gjøres antageligt, at der virkelig i det enkelte Tilfælde er tillagt det en saadan selvstændig Karakter. Sætningen om Causa'ens Unødvendighed svinder derfor ved nærmere Betragtning ind til, at der ikke kan opstilles nogen absolut Fordring om Oplysning af en Skyldgrund som Betingelse for at tillægge et Løfte Virkning, idet den nemlig maa frafalde, hvor Løftet netop ifølge sin Fremtrædelsesform eller de nærmere Omstændigheder, hvorunder det oplyses at være foregaaet, maa antages at have faaet tillagt en vis Virkning uafhængig af den til Grund liggende Causa. Men det praktisk vigtigste er netop omvendt at betone, at overalt, hvor der mangler den særlige Hjemmel for at statuere en saadan Undtagelse, maa den naturlige Sammenhæng mellem Løftet og dets Causa anses bevaret, saa at de kun i Forening kunne gjøres retlig gjældende.

Vistnok den eneste nordiske Forf., hos hvem der findes nogen klarere Antydning i den her forfægtede Retning, er Evaldsen, idet han i sine autograferede Forelæsninger ¹⁾ for at tillægge Løftet Virkning uafhængig af dets Causa kræver, at der skal foreligge »en selvstændig Skylderklæring, som altsaa er afgiven i den Hensigt, at Kreditor skal kunne begrundede sin Fordring paa denne, hvad navnlig vil være at antage, naar Skylderklæringen er afgiven under visse Former, der sigte til at lette Kreditor Beviset for samme«, og derigjennem synes at forudsætte, hvad dog ikke udtrykkelig udtales ²⁾, at der ved paa anden Maade fremtrædende Løfter kun kan være Tale om at tillægge dem Virkning i Forbindelse med deres Causa, hvilken Sagsøgeren derfor heller ikke i sin Deduktion uden videre kan se bort fra. —

For de »selvstændige« eller »abstrakte« Skylderklæringers Vedkommende, som Hovedtilfælde af hvilke stadig nævnes Gjældsbreve, slutte de nordiske Forff. i de korte Udviklinger, som de skjænke denne Materie, sig i det væsentlige til den Bähr'ske Opfattelse ³⁾, idet de ogsaa ligesom denne undlade at

¹⁾ 2det Oplag S. 98—99.

²⁾ jfr. endog Ytringer, der synes at tyde i modsat Retning, S. 100 øverst.

³⁾ jfr. saaledes Jul. Lassen: Haandbog I. S. 97—98, Spec. Del S. 387—388, Evaldsen l. c. S. 98—100, 382—384, Gram: Spec. Del S. 312—315, jfr. ogsaa her en ældre Afhandling af Ørsted om »exceptio non numeratæ pecuniæ« i Juridisk Arkiv Nr. 24 S. 171—186; endelig for Delegations Vedkommende Jul. Lassen: Haandbog I. S. 581, 584 og

gjennemføre nogen Sondring mellem blot Anerkjendelse af Skyld og virkelig abstrakte Skylderklæringer. Der vil derfor, da vor Lovgivning vistnok i saa Henseende forholder sig ganske neutral, kunne nøjes med en Henviſning til den tidligere givne Fremstilling og Kritik af Bähr's Lære. —

Medens Causaforholdet for de obligatoriske Retshandelers Vedkommende gennemgaaende kun har fundet en kort Omtale i Literaturen, er dette Forhold ved Overdragelsesretshandelen i nyeste Tid gjort til Gjenstand for en levende Strid. Uagtet der ikke kan være Tale om at gaa nærmere ind paa dette Spørgsmaal, der falder udenfor nærværende Undersøgelses Ramme, skulle dog her til Slutning nogle enkelte Bemærkninger derom fremsættes, hvilke formentlig ville være egnede til at kaste Strejflys ogsaa over Forholdet ved den obligatoriske Retshandel.

Det er ved Spørgsmaalet om, hvad der kræves til Ejendomsrettens Overgang ved Løsøreoverdragelse, at Konflikten er kommet frem. Medens fra den ene Side »Parternes Vilje« eller selve »Overdragelseserklæringen« opstilles som det afgjørende ¹⁾, hævdes det fra den anden Side, at Vægten ikke kan lægges herpaa, men alene paa hele det Mellemværendes Beskaffenhed, der ligger bagved Transaktionen ²⁾.

Denne Tvist lader sig vistnok overhovedet kun rejse, forsaavidt man anlægger det i det foregaaende bekæmpede formelle Synspunkt paa Overdragelsesviljen. Betragter man denne fra dens bebyrdende Side isoleret paa samme Maade som Løftet som ensidig Forpligtelseserklæring, uden at stille noget Spørgsmaal om denne Opofrelsesviljes Hvorfor? kan det forstaas, at man kan naa til en Sondring mellem selve Overdragelsesviljen og det materielle Mellemværende, der har fremkaldt den. Men anlægger man et praktisk-realt Synspunkt paa Viljen, saa at man under Betragtningen af den medindbefatter de Formaal, som den tjener, vil Modsætningen svinde betydelig ind. Ogsaa her træder da Vederlagsforudsætningen frem som en saadan, med

om Anerkjendelsen Nellenmann: Den ord. civile Procesmaade. 4. Udg. S. 405 ff.

¹⁾ saaledes Torp: Dansk Tingsret S. 324 ff., og i lignende Retning, men dog noget mere betonende det økonomiske Mellemværendes Betydning Hagerup: Om Tradition, i Norsk Retstidende 1884 S. 784 ff.

²⁾ C. Ussing i Tidsskrift for Retsvidenskab III. S. 181—206, VI. S. 338—350, men herimod atter Torp *ibid.* VII. S. 1—31.

hvilken Overdragelsesviljen vil være paa det nøjeste sammenknyttet. Normalordningen maa derfor under Hensyn til dette faktiske Forhold ogsaa her blive den, at der kun tillægges Dispositionsviljen Virkning i Forbindelse med Oplysning om dens Causa, saa at altsaa Erhververen som Grundlag for sin Ret maa paaberaabe sig hele det Mellemværende, hvoraf de begge udspringe. Dette er da ikke blot af Betydning som »Fortolkningsmiddel«¹⁾ angaaende Parternes Vilje, men det sande Udtryk for denne selv. Forholdet er nemlig ingenlunde i Almindelighed det simple, at Overdrageren enten vil eller ikke vil lade Ejendomsretten gaa over. Man kan i de fleste Tilfælde snarere sige, at han baade vil og ikke vil, idet han nemlig vil under visse Forudsætninger, men ikke under andre, og til Udfindelsen og den nærmere Bestemmelse af disse, og navnlig til Fixering af den sædvanlig afgjørende Vederlagsforudsætning er det netop, at Oplysninger om Mellemværendet skulle yde Materialet.

Det kan heraf fremgaa, at undtagelsesvis slet intet Vederlag var tilsigtet. Med Godtgjørelsen af denne donatoriske Hensigt og dens nærmere Indhold er da Erhververens Deduktionspligt sket Fyldest.

Selv om Præstationen maatte antages at være sket mod Vederlag, vil maaske den normale Sammenhæng mellem dettes Erlæggelse og Overdragelsens Fuldbgyrdelse kunne anses ophevet. Som noget særligt for Overdragelsesretshandelen kan nævnes, at en saadan »Abstraktions«hensigt ofte vil fremgaa deraf, at den tidligere Ejer har overladt den faktiske Ejendomsraadighed til Erhververen.

Hvor imidlertid noget saadant ikke er Tilfældet, vil kun en nærmere Betragtning af Causaforholdet og de Forudsætninger og Modaliteter, som dette medfører for Overdragelseserklæringens Virkning, kunne give Resultatet. Ligesom man allerede ved Stiftelsen af den obligatoriske Ret spørger efter Vederlagsforudsætningen, maa ogsaa til denne Rets videre Udvikling til en tinglig kræves, at de ifølge hele Mellemværendet netop for denne Retsvirknings Indtræden afgjørende Forudsætninger ere fyldestgjorte. Det er vel for meget sagt, naar det i de Tilfælde, hvor Overlevering ikke er sket, paa staas, at der er en Sædvaneopfattelse, der bindende kræver Kjøbesummens Betaling som Betingelse for Ejendomsrettens

¹⁾ saaledes Torp: Tingsret S. 328.

Overgang¹⁾. Men dette viser ikke, at dog ikke selve det økonomiske Mellemværende mellem Parterne skulde være afgjørende. Ligesom man gaar efter dette, hvor Spørgsmaalet er, om en obligatorisk Ret kan forlanges fuldbyrdet af Kreditor²⁾, maa det samme gjælde ved det nær dertil stødende, om Ejendoms- overgangen allerede uden videre Fuldbyrdelsesakt skal anses sket. I begge Tilfælde er det kun selve det ved Parternes gjensidige Aftaler begrundede økonomiske Mellemværende, suppleret ved mulig forhaandenværende naturalia negotii og iøvrigt bedømt i Henhold til praktiske Erfaringsregler, der kan yde os Resultatet.

Det er ikke muligt paa dette Sted at gennemføre det antydede Synspunkt videre. Men det anførte vil vistnok være tilstrækkeligt til at vise, hvorledes den nøje Sammenhæng mellem Dispositionsakt og Causa ikke er noget specielt for de obligatoriske Løfter, men tvertimod gjentager sig ved enhver retlig forpligtende Viljesakt³⁾, og hvorledes man derfor kun ved at tage Hensyn til denne Sammenhæng kan opnaa at bringe den retlige Ordning i Overensstemmelse med det praktiske Livs Fornødenheder. En Retshandelslære uden tilstrækkelig Betoning af Causamomentet indfører en Formalisme i Formueretten, der ikke kan undgaa at drage betænkelige Konsekvenser med sig, og den »Vilje«, som den mener at bygge paa, er i Virkeligheden kun Viljens Skygge. Det er ikke paa Viljen som abstrakt psykologisk Begreb, men kun som Tjener for reale økonomiske Formaal, at Nutidens Jurisprudens maa bygge for paa dette Punkt at søge at naa til en Løsning af de til den stillede praktiske Opgaver.

¹⁾ saaledes Ussing i hans først citerede Afhandling.

²⁾ jfr. ovenfor S. 315 ff.

³⁾ Det Fællesskab, der maa gjøre sig gjældende ved deres Behandling, betones ogsaa af Evaldsen, l. c. S. 100.

Indholdsfortegnelse.

- § 1. Indledningsbemærkninger. Almindelige Bemærkninger om Retsvidenskab, den overdrevne og den berettigede Realisme S. 1—4. Causa-Spørgsmaalet ikke et filosofisk, men et praktisk-juridisk S. 4—6. Om Romerretten i Almindelighed og særlig for dette Spørgsmaal S. 6—7. Den sammenlignende Retsvidenskabs Betydning for denne Undersøgelse S. 7—8. . . 1—8.

Side

I. Romersk og tildels tysk Ret.

- § 2. Forskjellige Betydninger af Ordet causa. I. Causa betegnende det retlig betydningsløse Motiv. Modsætningen mellem »condicio« og »causa«, mellem »ob causam« og »ob rem« S. 11—14. II. Causa betegnende det retlig afgjørende Motiv. Overgangen mellem de to Betydninger S. 14—17. III. Causa betegnende dels den subjektive Forudsætning, dels den objektive Kjendsgærning, hvortil den knytter sig S. 17. IV. Causa som ren Retsgrund eller retstiftende Kjendsgærning S. 17—30. Sondring mellem de obligationstiftende Kjendsgærninger efter deres faktiske Beskaffenhed, særlig mellem contractus consensuales og reales. De praktiske Hensyn, der maa antages at have været bestemmende for den romerretlige Ordning S. 18—23. Det formløse pactum S. 23—25. Pactum de non petendo S. 25—28. Retsgrundenes Gruppering efter Formaalet S. 28—30 . . 11—30
- § 3. Retligt og faktisk Formaal. Causa i egentlig Forstand. Bestemmelse af det retlige Formaal ved emptio-venditio S. 30—33. Dets praktiske Funktion S. 33. Skyldes Retsfølgerne en derpaa rettet Partsvilje eller en umiddelbar Bestemmelse af Retsordenen S. 33—35. Betydningen af den retlige Regulering S. 35—36. »Causa non secuta« forekommer

	Side.
kun ved Real-, derimod ikke ved Konsensualkon-	
trakterne. Forklaring heraf S. 36—38. Causa'en i	
egentlig Forstand lig Vederlagsforudsætningen eller	
dennes Negation S. 38—39, i videre Forstand enhver	
i det enkelte Tilfælde retlig afgjørende Forudsætning	
S. 39.	30—39
§ 4. Paavisning af Causa'en ved de forskellige	
Retsforhold. Særlig om Gaver. Causa'en ved	
de forskellige Konsensual- og Realkontrakter, specielt	
ved depositum og mandatum S. 40—42. Det retlige	
og det faktiske Formaal ved donatio S. 42—44.	
Relativiteten i Donationsbegrebet S. 44. »Donatio	
sub modo« i Modsætning til »negotium mixtum cum	
donatione« og rene Vederlagstransaktioner S. 44—48	40—48
§ 5. De til Causa'en knyttede Retsregler. Con-	
ditionstilfældene medtages ikke. Synspunkterne for	
deres Ordning væsentlig forskellige fra dem ved de	
egentlige Kontraktstilfælde S. 49—51. Ved disse	
tiltrænges der en nærmere Bestemmelse af Veder-	
lagsforudsætningen S. 51—53. Retsordenen yder ogsaa	
dertil sigtende »naturalia negotii« S. 53. Disse nær-	
mest Udtryk for den gennemsnitlige Partsvilje S. 53	
—54. Særlig for den romerske Ret S. 55—56. Disse	
Retsreglers Betydning og Betingelsen for deres Fra-	
vigelse S. 56—57.	48—57
§ 6. Andre faktiske Forudsætningers Betydning.	
Naturalia negotii omfatte kun en begrænset Kreds	
af Parternes Forudsætninger, staaende i umiddelbar	
Forbindelse med Vederlagsspørgsmaalet S. 57—58.	
Andre Forudsætninger kunne hverken absolut ude-	
lukkes eller ganske almindelig accepteres S. 58—62.	
Lignende Spørgsmaal ved Fravigelsen af naturalia	
negotii S. 62. Afgjørelsen maa bygges paa den i	
Kontrakten til Udtryk komne Partsvilje S. 62.—63.	
Nærmere Bestemmelse af denne S. 63—64. Psyko-	
logiske og praktiske Erfaringsregler vejledende, men	
ikke umiddelbart forbindende S. 64—65. Momenter,	
der ifølge disse faa Betydning S. 65—70.	57—70
§ 7. Windscheid og hans Modstandere. Wind-	
scheid's (Jul. Lassen's) Lære S. 70—72. Den her-	
imod af Lenel og Ernst Møller rejste Opposition S.	
72—75. Noget berettiget i denne S. 76—78, 80—	
81, men for vidtgaaende S. 79—80. W.'s »første«	
og Lenel's »økonomiske« Formaal S. 81—83. Ernst	
Møllers Skrift om Forudsætninger S. 83 ff. Objektivis-	
men overdriper Betydningen af de »objektive« Hen-	
syn S. 85—87. En maadeholden Subjektivismes For-	
trin S. 88—89. Retfærdighed contra Sikkerhed S. 89	
—90.	70—90

- | | Side. |
|--|---------|
| § 8. Causa'ens Negation. I. Forskjellige Betydninger af »sine causa« eller »nulla causa« S. 90—92. II. »Falsa causa« S. 92 ff. Særlig som Grundlag for <i>condictio indebiti</i> S. 93. De bestemmende Synspunkter for den romerretlige Ordning med Hensyn til denne S. 93—96. Bähr's Opfattelse af Betalingen som bevirkende en »ægte« Anerkjendelse har ingen almindelig Hjemmel i Kilderne S. 96—99 . | 90—99 |
| § 9. Turpis vel iniusta causa. Almindelige Bemærkninger S. 100—101. A. Retshandelen sat i Forbindelse med et fremtidigt usædeligt Formaal. a. Dette ikke kommet til Udtryk i selve Retshandelen S. 102—103. b. Dette kommet direkte eller indirekte til Udtryk i denne S. 103—105. B. Retshandelen bestemt ved Tanken om et allerede foreliggende usædeligt Forhold. Ugyldig, forsaavidd den er Vederlag for bestemte usædelige Handlinger S. 105—108. C. Særlig om turpis causa ved en Gave S. 108—109. | 100—109 |
| § 10. Causa'en i Forholdet til en Tredjemand. Delegation. Delegationens Begreb S. 109—111. Ejendommeligheder ved dens Causaforhold S. 111—112. A. Delegationsløftet ifølge selve sit Indhold stillet i Afhængighed af de til Grund liggende Retsforhold S. 112—114. Hvornaar noget saadant efter de romerske Kildeafgjørelser kan antages S. 114—116. B. Afhængighedsforholdet ikke kommet til Udtryk i Delegationsakten selv. a. Forholdet bristet saavel mellem delegatus og delegans som mellem denne og Delegataren S. 116. b. Alene Retsforholdet mellem delegatus og delegans lidende af Mangler S. 116—119. c. Alene Forholdet mellem Deleganten og Delegataren mangelfuldt S. 119—120. | 109—120 |
| § 11. (Fortsættelse). Forskjellige Theorier vedrørende Delegationens Causa. Opfattelsen af Delegationsløftet som »abstrakt« S. 121. Kindel's »Dobbeltcausa-theori« S. 121—122. Denne selv ved Delegation, foretaget til Afvikling af bestaaende Skyld, for absolut S. 122—124. I endnu højere Grad, hvor Delegationen har et andet økonomisk Formaal S. 124—127. Kan ikke udledes af Delegationens Natur S. 127. De mange relative Hensyn, der her maa være bestemmende S. 127—130. Danz' »Successionstheori« S. 130—132. . | 120—132 |
| § 12. Causa'en ved stipulatio. Almindelige Bemærkninger S. 132—134. Spørgsmaalet om Stipulationens »abstrakte« Natur maa opløses i en Række Underspørgsmaal S. 134. I. Causa'en ikke absolut afskaaret fra at faa Betydning. a. Den kan | |

- være indeholdt i selve Stipulationen S. 134—137.
 b. Vil ogsaa ellers kunne indvirke paa denne S. 137—139. II. Er en causa nødvendig? a. Kan Stipulationen tænkes uden causa S. 139—140. b. Som Hovedregel ingen Indskrænkninger m. H. til causa'ens Art S. 140—141. c. Stipulationen behøver ikke selv at angive nogen causa S. 141. d. En causa behøver heller ikke paa anden Maade at oplyses S. 141—143. L. 25 § 4 D. 22. 3 kan der ikke tillægges nogen Betydning herimod S. 143—146. 132—146
- § 13. Videre Undersøgelse af Stipulationens »abstrakte« Natur. Den Bähr'ske Anerkjendelse. III. a. Bevisbyrden for causa'ens objektive Realisation S. 147—152. Sammenligning mellem Betalingens og Stipulationens Virkning som faktisk Anerkjendelse S. 148—152. b. Virkningen af causa'ens Ikke-Realisation S. 152—154. c. Bähr's Lære om Stipulationen som »ægte« Anerkjendelse S. 154—155. Indvendingerne mod denne S. 155—161. »Causaforholdets Forskydning« S. 161—162. 147- 162
- § 14. Særlig om »cautio«. Kun Bevis, ikke selvstændig Klagegrund S. 162—163. Potensering af den bevisende Kraft S. 163—164. Den praktiske Forskjel mellem de to Opfattelser af cautio ikke stor S. 164—165. Forskjellige Kildeudtalelser kun Udtryk herfor, ikke for en principiel Fravigelse af det oprindelige Synspunkt S. 165—167. Exceptio non numeratae pecuniae S. 167—170. . 162—170

II. Fransk Ret.

- § 15. La cause de l'obligation i Code civil. Art. 1108, 1131—1133 S. 173—174. Den herskende »cause«-Theori. Modsætningen mellem cause »finale«, »efficiente« og »impulsive« S. 174—176. Bestemmelse af Causa'en ved de forskellige Retsforhold S. 176—178 173—178
- § 16. (Fortsættelse). Kritisk Undersøgelse af det franske Causabegreb. Romerrettens Betydning for dette S. 178—179. Den formentlige Modsætning mellem »cause finale« og »cause efficiente« eller den romerske »causa civilis« S. 179—185. Modsætningen mellem »cause finale« og »cause impulsive« eller Motivet S. 185—189. Causa'en som kontraktstiftende og som obligationsopretholdende Moment S. 187—189. Causa- og Konsens teori S. 189—190. 178—190
- § 17. Causaforholdet ved Gaver. Causa'en bestaar

	Side.
her i selve den donatoriske Hensigt S. 190—191. At kræve Godtgjørelse af en »uinteresseret Følelse« el. lign. uberettiget S. 191—194. Nærmere Be- stemmelse af Grænsen mellem Gaver og Veder- lagstransaktioner S. 195—200.	190—200
§ 18. (Fortsættelse). Opfyldelse af bestaaende For- pligtelser. Fyldestgjørelse af retskraftige For- pligtelser S. 200—202, af Forpligtelser staaende paa Grænsen mellem retskraftige og uretskraftige S. 202—203, af helt uretskraftige S. 203—211. Den offentlige Menings Betydning S. 203. Pligten maa være bestemt præciseret S. 204—206. Den maa ikke være lovforbudt S. 206. Opfattelsen af en blot Ugyldighedsforskrift enten som et Korrek- tiv overfor den offentlige Mening (f. Ex. ved Spillegæld), eller saaledes at Lovgiveren vil lade sig supplere af denne S. 207—211. — »Causa« ogsaa ved Gaven i Betydning af enhver retlig af- gjørende Forudsætning S. 211—213.	200—213
§ 19. Sans cause — fausse cause. Den herskende Lære i fransk Theori.	213—215
§ 20. (Fortsættelse). Kritik af den herskende Theori. Den sammenblander Causa'en som subjektiv For- udsætning og som objektiv Kjendsgærning S. 215 —216. I. Om Nødvendigheden af en Causa i subjektiv Forstand S. 216—218. Bevisbyrden for denne S. 218—219. Den italienske Lovbogs art. 1121 S. 219—221. II. Virkningen af Causa'ens objektive Udeblivelse. »Sans cause«, »fausse cause« S. 221—222. I hvilket Øjeblik skal Causa'en foreligge S. 222—223. Negation af Causa'en som betegnende enhver retlig Forudsætning S. 223— 224. Om Muligheden af »fausse cause« ved Gaver S. 224—226.	215—226
§ 21. Windscheid's Causabegreb i Code civil. W.'s Lære S. 226. Indvendingerne mod denne: Dupliciteten i Causabegrebet, den »nødvendige« og »tilfældige« Causa S. 227. a. Causa'en som rets- begrundende Moment efter art. 1108. 4 ^o kan ikke være W.'s Begreb S. 227—229. Dettets forment- lige Hjemmel i den romerske Ret S. 229—230. b. Den »tilfældige« Causa. W.'s romerske For- udsætningsbegreb for den franske Ret unyttigt og farligt S. 230—231. Muligheden af »sans cause« ogsaa ved gjensidige Obligationsforhold S. 231— 233.	226—233
§ 22. Gaver med usædeligt Motiv, tildels ogsaa efter engelsk Ret. Om den alminde- lige Mulighed for at tillægge Motivet ved Gaven	

Betydning S. 233—235. I fransk Praxis Gaver til formentlige Hore- og Blodskamsbørn helt, til alm. uægte Børn delvist ugyldige S. 235—236. Den franske Theori S. 236—237. Saadanne Dispositioner kunne ikke ganske i Almindelighed siges at have en usædelig Causa, Ugyldigheden skyldes udelukkende positive Grunde for Code civil's Vedkommende S. 237—239. De nærmere Betingelser for Ugyldigheden S. 239—243. Reglerne kunne ikke uden videre overføres paa Gaver til Konkubiner S. 243—244. Dette sker heller ikke i fransk eller engelsk Ret S. 244—246. Vanskelighederne ved at konstatere Motivforholdet S. 246—247. Dispositionerne kunne kun erklæres ugyldige, naar de enten ere gjorte afhængige af fremtidigt ulovligt Samliv eller fremtræde som et forud ventet Vederlag for bestemte usædelige Handlinger S. 247—249. Disse Resultater stemme i Hovedsagen med fransk og engelsk Ret S. 249—253. 233—254

III. Engelsk Ret.

- § 23. »Consideration« i engelsk Ret. Hovedpunkterne i den engelske Considerations-Lære 257—262
- § 24. »Consideration« og »causa«. — Considerationsdoktrinen Historie. Cons. ikke en blot Form S. 263—264. Den primitive engelske Kontraktsret. »Covenants« S. 264—265. »The action of debt«. Fordringen om »quid pro quo« S. 265—268. »Assumpsit«, dets oprindelige »trespass«-agtige Karakter S. 268. Dets videre Udvikling, tilsidst fortrængende »debt« S. 268—270. Fremkomsten og Udviklingen af Consideration'en S. 270—271. Dennes Betydning som »inducement« til Løftet S. 271—272. 263—272
- § 25. Forholdet efter moderne Ret. Cons.'s Karakter af »inducement« for Løftet S. 272—274. »Adequacy« ikke fornøden S. 274. Maa dog kræves en Mulighed for, at cons. i Løftegiverens Bevidsthed kan have fungeret som Ækvivalent S. 274—277. Engelske Retsafgjørrelser S. 277—281. 272—281
- § 26. (Fortsættelse.) Ophævelse af Kontrakter. Hvorvidt en Overførelse af Cons.'reglen paa Ophævelsen af Kontrakter er berettiget S. 281—284. Engelsk Ret bringer i det væsentlige lignende Regler til Anvendelse S. 284. »Peppercorns«-doktrinen S. 284—286. Betaling af et mindre Beløb ikke tilstrækkelig S. 286—287. En kun »excutory« cons. heller ikke nok S. 287—288. . 281—288
- § 27. Afsluttende Oversigt over Forholdet

- mellem consideration og causa. »En »causa donandi« ikke tilstrækkelig som cons. S. 288. Heller ikke Opfyldelse af bestaaende Forpligtelser S. 288—289. Cons. maa udgaa fra Kreditor til Debitor S. 289. Men der kan begrundes Ret for Kreditor til en Ydelse, der kommer en Tredjemand til Gode S. 289—290. Cons. en Slags Vederlag S. 290. Nærmere Bestemmelse af Sætningen om et »detriment«s Tiltrækkelighed og Nødvendighed S. 291—294. Løftet skal være inducement til cons., »past« cons. utilstrækkelig S. 294—295. Lignende ved »causa« S. 295.—296. 288—296
- § 28. »Failure of consideration«. »Failure of« i Modsætning til »want of« cons. S. 296—297. Dens retlige Betydning S. 297—298. Forholdet ganske lignende som ved Svigten af Causa'en S. 298. De i den engelske Ret ledende Hovedsynspunkter S. 298—304. 296—304

Resultater for moderne Ret.

- § 29. Fordringen om en subjektiv Causa, ogsaa for tysk Ret. At Sagsøgeren som Hovedregel skal oplyse Løftets Causa, ikke en vilkaarlig Fordring, men en nødvendig Konsekvens af den faktiske og økonomiske Sammenhæng mellem Løftet og dets Causa S. 305—310. Ogsaa for tysk Ret medfører Stipulationsformens Bortfald Reglen om Løfternes kausale Natur S. 310—311. Det samme fremgaar af den gammeltyske Ret S. 311. — Sagsøgerens Substantieringspligt m. H. t. Causa'en S. 311—212. 305—312
- § 30. Betydningen af Causa'ens objektive Realisation. Resultatet ikke givet med Fordringen om en subjektiv Causa, men et særligt Spørgsmaal S. 312—314. Dets Besvarelse ved Nutidens Realkontrakter S. 314. Ved Konsenskontrakterne: Spørgsmaalets Sammenhæng med Vederlagsspørgsmaalet i det hele S. 315—316. Nogle Momenter til dets Besvarelse S. 316—318. 312—318

IV. „Abstrakte“ Kontrakter.

- § 31. Indledning. Delegation. Almindelige Bemærkninger om de »abstrakte« Kontrakter S. 321. Delegationens Begreb S. 321—322. Ejendommeligheder ved Causaforholdet S. 322—323. En vis Uafhængighed af Causa'en S. 323—327. Denne dog ikke absolut S. 327—328. I. Dele-

gationsløftet særlig stillet i Afhængighed af de til Grund liggende Retsforhold S. 329—334. Delegationens Virkning som en overfor Delegataren bindende Anerkjendelse af Delegati Skyld til Deleganten S. 329—333, eller som Anerkjendelse af Delegantens Skyld til Delegataren S. 334. II. Det »rene« Delegationssløfte i sig selv tilstrækkeligt Søgsmålsgrundlag S. 335. A. Ifølge sin Form af skriftlig Anvisning paa fungible Ting gjort absolut uafhængigt S. 335—336. B. Delegationen foregaaet paa anden Maade. a. Muligheden for at rejse Indsigelser fra Delegati Forhold til Deleganten S. 337—339, b. fra dennes Forhold til Delegataren S. 339—343, c. Delegationens Anfægtelse, hvor begge Forhold lide af Mangler S. 343—345. — I hvilken Forstand kan Delegationssløftet betegnes som »abstrakt«? S. 345—347 . . 321—347

- § 32. Andre »abstrakte« Kontrakter. — Deres Stilling i Literaturen. I. Bähr's Theori (i hans Skrift »Anerkennung als Verpflichtungsgrund«) S. 347—354. II. Kindel's og Schlossmann's Opposition S. 354—355. III. Bruns' Theori (»Beviskontrakten«) S. 355—358. IV. Unger's Lære (»en Dom i Skikkelse af en Kontrakt«) S. 358—362. V. En Udtalelse af Jhering S. 362 347—362
- § 33. I. Den virkelige Anerkjendelseskontrakt. Nødvendigheden af at sondre denne skarpt fra de virkelige »abstrakte« Kontrakter S. 363. A. Anerkjendelseskontraktens Begreb. Egentlig og uegentlig Anerkj. S. 364. Faktisk eller »uægte« og retlig eller »ægte« Anerkj. S. 364—366. B. Anerkjendelseskontraktens Causa. Forskjellige Opfatelser S. 366—367. Ved den egentlige Anerkj. maa sædvanlig Anerkjendelseshensigten selv retlig betragtes som Causa S. 367—368. Forskjel fra Gaven S. 369. Praktiske Konsekvenser heraf S. 369—370. C. Anerkjendelseskontraktens Forudsætninger. Maa knytte sig til formentlig retsbegrundende Momenter S. 370—372. Kan angaa det retlige saavel som det faktiske, Forholdet i Almindelighed saavel som enkelte Momenter S. 372—373. Konstateringen af dens Sammenhæng med allerede foreliggende Kjendsgærninger S. 373—374. Særlig om »Afregning« S. 375—376. Der kræves ingen særlige Former S. 376. D. Anerkjendelseskontraktens Virkninger. a. Ved en Anerkj. sket til Afbrydelse af en Præskription eller Præklausion S. 377. b. Ved andre Forhold. Der maa være en Mulighed for at tillægge Erklæ-

- ringen bindende Virkning S. 377—378. a. Anerkj. havende Hensyn til enkelte Momenter af forskjellig Art S. 378—381. B. Anerkj. af et Skyldforhold i Almindelighed S. 381—383. Særlig om Virkningerne af en Afregning S. 383—384 363—384
- § 34. II. »Anerkjendelse« som abstrakt Kontrakt. A. Virkelig abstrakte Kontrakter i Modsætning til Anerkjendelse af bestaaende Skyldforhold S. 385—386. B. Abstraktionen viser sig i deres Evne til at virke uden Oplysning om Causa'en S. 386. Om de almindelige Betingelser for at antage en saadan Abstraktion S. 386—388. C. I. Abstraktion ifølge selve Forpligtelsesaktens Indhold. a. Ved generelle Skylderklæringer. Betingelserne: Skriftlig Form S. 389, Transportabilitet S. 390—391, maa angaa fungible Ydelser S. 391—392. Praktiske Hensyn tale for Abstraktionen S. 392, Betænelighederne kunne ikke veje op herimod S. 393—395. Anerkjendt i engelsk og fransk Ret S. 396. b. Ved Skylderklæringer, der selv henvise til en Causa. De nærmere Betingelser for her at antage en Abstraktion fra denne S. 395—399. II. Abstraktion, hvor Forpligtelsesakten ifølge de ledsagende Omstændigheder fremtræder som en Afvikling af bestaaende Skyldforhold S. 399—401. D. Den abstrakte Kontrakts Virkning. a. I sig selv tilstrækkeligt Klagegrundlag, Skyldnerens Sag at oplyse Causaforholdet S. 401—402. b. Dens Virkning paa det til Grund liggende Mellemværende. *α.* Særlige processuelle Hensyn S. 402—403. *β_a.* Causa'en ulovlig S. 403—404. *β_β.* Iøvrigt væsentlig kun Virkning ifølge Reglerne om Anerkjendelse S. 404—405 385—405
- § 35. Kritisk Tilbageblik paa de herskende Theorier. Den her opstillede Sondring mellem Anerkjendelseskontrakten og den virkelige abstrakte Kontrakt S. 406. Mislige Følger af deres Sammenblanding S. 406—408. Den abstrakte Kontrakts Natur S. 408—409. Anerkjendelsens forbindende og kun bevisende Virkning S. 409—410. Sammenligning mellem Betaling og ægte Anerkjendelse af et Krav S. 410—411. Særlig om Skylddokumentet S. 411—413. Det drejer sig her snarere om en »abstraherende« end om en »abstrakt« Vilje S. 413 406—413

Slutning.

- § 36. Causatheoriens Forhold til nordisk Ret. Kreditors Ret grundet ikke paa Løftet i sig selv, men paa hele det Mellemværende, hvoraf Løfte og Causa udgjør de to modstaaende Sider S. 414—415. Den praktiske Betydning viser sig navnlig i en Beskyttelse for Skyldneren S. 415. Den nordiske Lovgivning S. 415—417. Dansk Retspraxis S. 417—421. Den i Theorien herskende Lære S. 421—422. Causatheori ctr. Løftetheori. Causa's processuelle Funktion S. 422—426. Vilje og Causa ved Løsøreoverdragelser S. 426—428. Sammenhæng mellem Causaspørgsmaalet ved obligatoriske og andre Retshandeler S. 428 414—428
-