Thøger Nielsen

Studier over ældre dansk Formueretspraksis

Et Bidrag til dansk Privatrets Historie i Tiden efter Chr. d. V's Danske Lov

G. E. C. GADS FORLAG - KØBENHAVN
1951

Denne Afhandling er af det rets- og statsvidenskabelige Fakultet ved Københavns Universitet antaget til offentlig at forsvares for den juridiske Doktorgrad

København den 21. Juni 1951.

A. Hald
h. a. dec.

Th. Thrues Bogtrykkeri - Aarhus

FORORD

Nærværende Afhandling er først og fremmest Resultatet af Studier foretaget paa Danmarks Rigsarkiv. Jeg takker dette for Tilvejebringelsen af udmærkede Arbejdsvilkaar og praktisk Vejledning. Under Udarbejdelsen har Aarhus Universitet ydet mig Støtte bl. a. ved Meddelelse af Tjenestefrihed, hvorfor jeg bringer Universitetet min bedste Tak. Dernæst takker jeg for den Støtte og Opmuntring, jeg under Arbejdets Udførelse har modtaget fra Professor Dr. jur. Stig Iuul, og for den økonomiske Bistand, jeg har modtaget fra Bankdirektør Niels Jensens Jubilæumslegat og Fonden for dansk-norsk Samarbejde til Dækning af Udgifter i Forbindelse med Arbejdet.

En væsentlig Del af de behandlede Emner og det fremdragne Materiale er af ligesaa stor Betydning for norsk Privatrets Historie som for den danske, og blandt andet af denne Grund har jeg med særlig Glæde modtaget Tilbud fra det Finneske Legat om Ydelse af økonomisk Støtte til særskilt Udgivelse af et repræsentativt Udvalg af den dansk-norske Højesterets Praksis paa Formuerettens Omraade i Form af Gengivelse af Voteringerne. Udgivelsen af dette Udvalg er saa vidt fremskreden, at det antagelig vil udkomme i umiddelbar Tilslutning til denne Afhandling.

Aarhus, November 1951.

INDLEDNING

Den retshistoriske Forskning synes ikke i lige høj Grad og lige intenst at have beskæftiget sig med alle de mange Felter, som falder inden for dens Domæne. Det er iøjnefaldende, at den offentlige Ret gennemgaaende er blevet langt grundigere og mere konsekvent gennemarbejdet end Privatretshistorien. En nærliggende Aarsag hertil er det formodentlig, at den almindelige historiske Forskning har virket ansporende paa Undersøgelsen af den offentlige Rets Historie. Paa dette Omraade har der saaledes været langt flere autentiske Kilder at øse af end paa Privatrettens Omraade. Bidragene til Privatrettens Historie har derfor hyppigt Karakter af Detailundersøgelser. For dansk Retshistories Vedkommende foreligger der en Række fremragende Arbejder af denne Art, men endnu mangler der meget i, at de forskellige Studier og Undersøgelser kan sammenfattes i en Mosaik, der giver et Helhedsbillede af Privatrettens Udviklingshistorie.

Det er iøvrigt bemærkelsesværdigt, at de Perioder, der navnlig har interesseret Retshistorikerne, ofte er dem, der har relativt mindst Forbindelse med gældende Ret. Retshistorien har naturligvis det til fælles med den almindelige Historieforskning, at dens principielle videnskabelige Værdi maa siges at være uafhængig af Emnernes Aktualitet. Desuden gælder det endog særligt for Retshistorien, at selv Undersøgelsen af længst forsvundne Tiders retlige Problemer kan virke inciterende for den juridiske Erkendelsesvirksomhed i Dag, hvad der efter Omstændighederne i særlig Grad kan begrunde retshistoriske Undersøgelser.

For dansk Rets Vedkommende er det imidlertid interessant, at man ikke skal gaa ret langt tilbage, førend nøjagtig Viden om Privatrettens Historie er meget vanskelig at indhente. For saa vidt angaar Tiden tilbage til omkring Aar 1800 gælder dette ikke. For denne Periodes Vedkommende foreligger der fuldt ud tilstrækkelig trykt og systematiseret Materiale, først og fremmest Domsmateriale, til Bedømmelse af Udviklingen.

Vil man derimod gaa længere tilbage, maa man som Regel nøjes med at drage sine Slutninger fra Danske Lov, det vil sige springe ca. 100 Aar over. I nyere Retslitteratur ser man meget hyppigt et saadant bevidst eller ubevidst Spring tilbage i Tiden i de mange Tilfælde, hvor Forfatteren af en eller anden Grund ønsker at ridse den historiske Bag-

grund op for det Emne, der behandles med Henblik paa en Klarlæggelse af gældende Ret. I Vinding Kruses Værk om Ejendomsretten og enkelte andre Steder er der dog gjort Forsøg paa ved en Undersøgelse af Domspraksis at naa til en sikrere Erkendelse af den ældre Retstilstand og til en sikrere Fortolkning af Danske Lovs Bestemmelser. Det er ogsaa nødvendigt at søge tilbage til de konkrete Retsafgørelser, naar man ønsker en virkelig Viden om Datidens Behandling af de forskellige juridiske Problemer. Det 18. Aarhundrede er, til trods for vort næsten fuldstændige Kendskab til dets ydre Historie, en »mørk« Periode i privatretshistorisk Henseende, blandt andet fordi de litterære Oplysninger, som haves om Datidens Retstilstand, kun udgør et yderst tvivlsomt Kildemateriale.

Hvad særligt angaar den danske Formuerets Historie efter Danske Lov, vil det slet ikke være muligt at beskrive denne ved en Gennemgang af Udviklingen indenfor Lovgivningen, og naar man, som nævnt, ej heller tør stole paa de litterære Efterretninger, som iøvrigt væsentligst hidrører fra det 18. Aarhundredes sidste Halvdel, er der i Virkeligheden kun eet Sted at søge sin Viden, nemlig hos Datidens Retspraksis, og allerede en kort Undersøgelse af denne bekræfter Formodningen om, at det er her, en meget væsentlig Del af Formuerettens Udvikling har fundet Sted. Hyppigt har Retspraksis i denne Periode naaet sine Resultater paa egen Haand. Den Vekselvirkning mellem Teori og Praksis, som er saa karakteristisk for Perioden fra og med Ørsted, er af langt ringere Betydning i Tiden forud for Ørsteds grundlæggende juridiske Forfatterskab.

Nærværende Afhandling er skrevet med dobbelt Formaal for Øje, dels at kaste mere Lys over Retsudviklingen paa Formuerettens Omraade i det 18. Aarhundrede, dels at søge at illustrere, hvilken Andel udefra kommende Impulser og Tankegange har haft i Udviklingen paa den danske Retsvidenskabs første betydningsfulde Stadium. Naturligvis maa Undersøgelsen faa en ret fragmentarisk Karakter, fordi det har været nødvendigt at begrænse Emnernes Antal. Til Gengæld er det forsøgt at vælge Emnerne indenfor centrale Omraader af Formueretten, og for saa vidt angaar Paavirkningsproblemet, har det ikke blot været Maalet indenfor de valgte Emner at søge at fastslaa mulige Paavirkningsfaktorers negative og positive Betydning for Retsudviklingen i de konkrete Tilfælde, men ogsaa mere i Almindelighed ved de givne Eksempler at illustrere selve Paavirkningens Karakter.

Udover de rent historiske deskriptive Formaal har det været Maalet at tilrettelægge Fremstillingen saaledes, at den alt efter Omstændighederne ogsaa kan tjene som et Bidrag til Forstaaelsen af den umiddelbare Baggrund for gældende Formueret. Det 18. Aarhundrede ligger trods alt vor Tid saa nær, at Forbindelsen mellem gammelt og nyt ikke

helt sjældent kan knyttes, og dette betyder, at man ogsaa i enkelte Tilfælde har Mulighed for at konstatere fremmedretlige Paavirkningers Betydning for den endnu gældende Retstilstand.

Medens de hidtidige Undersøgelser af ældre Retspraksis hovedsagelig har beskæftiget sig med Tiden umiddelbart efter Danske Lov og kun har frembragt et lidet omfattende Kildemateriale, hviler nærværende Afhandling paa et noget bredere Grundlag ikke mindst for saa vidt angaar det 18. Aarhundredes sidste Halvdel, hvis Retspraksis hidtil med faa Undtagelser har været omtrent helt ukendt i hvert Fald paa Formuerettens Omraade. Den hidtidige Forskning har væsentligt beskæftiget sig med det Materiale og de Oplysninger vedrørende Retspraksis, som blev frembragt i Forbindelse med de omfattende Forsøg paa at revidere Danske Lov i det 18. Aarhundrede. Der tænkes navnlig her paa Bjørnsons og Frausings Oversigter over Højesteretspraksis. Det Materiale, nærværende Afhandling hviler paa, skyldes en direkte Gennemgang af Doms- og Voteringsprotokoller. Navnlig Højesterets Voteringsprotokoller er blevet systematisk gennemgaaet for en stor Del af det 18. Aarhundredes Vedkommende. I enkelte Tilfælde er der ogsaa foretaget Undersøgelser vedrørende lavere Instansers Afgørelser, men Materialet er paa dette Omraade saa kolossalt omfattende, at der ikke her har kunnet være Tale om en systematisk Undersøgelse. Da der ikke til Datidens Retsprotokoller er knyttet Registre af nogen Betydning og slet ikke nogen Form for Sagregister, har det været nødvendigt at gennemgaa et overordentlig omfattende Domsmateriale for derigennem at naa til en Udskillelse af de Afgørelser, som maa skønnes at være af principiel Betydning for Emnet.

Voteringsprotokollerne giver i Reglen et ret klart Indtryk saavel af selve Sagsforholdet som af de virkelige Domspræmisser. Det er her, man har Mulighed for at undersøge Brydningen mellem de forskellige Anskuelser og for at bedømme de Forudsætninger, som Datidens Dommere havde ved Udøvelsen af den dømmende Virksomhed. Skal man dømme efter Protokollerne, har Vota i Perioden indtil Midten af det 18. Aarhundrede været meget kortfattede. Dog maa man erindre, at det ikke helt sjældent forekommer tvivlsomt, om Retsskriveren klart har opfattet Indholdet af Votum. Efterhaanden bliver Protokolleringen mere og mere omhyggelig, og de enkelte Vota bliver langt mere indgaaende i deres Behandling af Jus og Factum. For visse Perioders Vedkommende er der to Sæt Protokoller, hvilket af og til giver en god Mulighed for at kontrollere, hvorvidt Gengivelsen af den enkelte Dommers Votum er korrekt.

Som ovenfor nævnt er Fremstillingen i sit Emnevalg ret begrænset, men de Emner, der er blevet taget op til Behandling, har det efter Omstændighederne været formaalstjenligt at fremstille lidt bredere, end det af rent retshistoriske Grunde kunde synes nødvendigt. Dette er i

flere Tilfælde en Følge af det ovennævnte Formaal, at illustrere Paavirkningsfænomenet. I denne Forbindelse synes det saaledes ofte at kunne have Interesse ikke blot at nøjes med at beskrive Udviklingen indenfor Datidens Retspraksis paa de givne Omraader, men ogsaa nærmere at undersøge Beskaffenheden af de Paavirkningsfaktorer, der kan tænkes at have været Baggrund for Udviklingen.

Den Paavirkningsfaktor, der først og fremmest har været Genstand for Undersøgelse, er Romerretten. I Aagesens efterladte Foredrag om Romerretsstudiets Formaal, som findes i Indledningen til hans Forelæsninger over den romerske Privatret (1882), forudsaa han, at Romerretten vilde forsvinde som *gældende* Ret, men, tilføjede han: »Her haves for Øje den store Betydning, som Romerrettens Studier altid har haft og fremdeles vil bevare for Formueretsvidenskaben i det hele. Det tør vistnok siges, at denne Videnskab overalt, mere eller mindre bevidst, i sidste Instans henter sine Læresætninger fra den civilistiske Literatur. Forholdet er i Virkeligheden dette, at de fleste af de Erobringer paa Videnskabens Omraade, hvorved der kastes Lys over omfattende privatretlige Institutioner, skyldes Undersøgelser, der anstilles med Romerretten som Grundlag. Dag for Dag opklares flere traditionelle Vildfarelser, der i sidste Led skrive sig fra, at man har misforstaaet de romerske Retskilder og lagt et urigtigt Indhold ind i dem. Naar saa Udgangspunktet er blevet forstaaet paa rette Maade, spredes Lyset efterhaanden ud over Videnskaben i de forskjellige Lande, og selv de Forgreninger af den, der træde frem som Handelsret, nyde Gavn deraf.«

Aagesen vil næppe faa Ret i, at Romerretten stedse vil bevare sin Indflydelse paa Formueretsvidenskaben. Nutidens juridiske Metode vil være til Hinder herfor, men den Indflydelse, Romerretten *har* øvet gennem Aarhundreder, middelbart og umiddelbart, er saa omfattende og af en saa principiel Karakter, at en fuldstændig Kortlægning af Paavirkningsfænomenet maa anses for udelukket. Det er ikke muligt her saa lidt som i anden Forskning af humanistisk og i videre Forstand kulturhistorisk Karakter at foretage »en kvantitativ Analyse«. Hvorledes skal man gøre Rede for den Betydning, Romerretten har haft for Generation efter Generation af Jurister, hvis Judicium og Stringens er blevet opøvet og skærpet under Studiet af Romerretten. Nærværende Afhandling tilsigter som nævnt blot for et begrænset Omraade og paa Basis af Materiale hidrørende fra en ret begrænset Tidsperiode at medvirke til at anskueliggøre Beskaffenheden af den Relation, der maa antages at være imellem den nyere Tids Retsudvikling i Danmark og den romerske Jurisprudens.

I et følgende Afsnit vil der blive gaaet nærmere ind paa selve Paavirkningsproblemets Natur. Her skal foreløbig blot nævnes, at det i og for sig er ganske naturligt at dele den danske Privatrets Udvikling i

Tiden efter Danske Lov op i *to Hovedperioder med Ørsted som Skellet mellem gammelt og nyt.* Her sigtes i første Række til Forholdet overfor fremmed Ret. Reception sker vistnok lettest, hvor den juridiske Tænknings Metode er uudviklet og uselvstændig. Den Omstændighed, at Danske Lov i vidt Omfang havde kodificeret Privatretten, bidrog selvfølgelig overordentlig meget til at fremme Forstaaelsen af, at dansk Ret ogsaa teoretisk maatte behandles som en selvstændig Disciplin, og det 18. Aarhundredes førende Jurister, Høier, Stampe og Kofod Ancher, fremhævede Nødvendigheden heraf og bidrog til Opgavens Løsning, men alligevel lykkedes det romerretlige og naturretlige Læresætninger at vinde stærk Indflydelse paa Indholdet af det, der betegnes som dansk Ret. Da den selvstændige teoretiske Behandling af dansk Ret skulde paabegyndes, maatte Retssystemet ikke mindst paa Formuerettens Omraade forekomme Teoretikeren yderst fragmentarisk, og dette Indtryk tjente de fremmede Retssystemer som Bekræftelse paa, lige som de frembød tilsyneladende velegnet Materiale til Udfyldning af Hullerne.

Anders Sandøe Ørsted revolutionerede fuldstændigt den juridiske Metode. Naar han f. Eks. interesserede sig for Romerretten, var det paa samme Maade, som han interesserede sig for en hvilkensomhelst fremmed Retsorden, d. v. s. som Sammenligningsgrundlag og Inspirationskilde. Men dette var sekundært i Forhold til det primære, udfra en realistisk, selvstændig Bedømmelse af reale Hensyn i Forbindelse med en stadig Hensyntagen til Retspraksis at løse de enkelte juridiske Problemer. Ørsted lærte ved sin Produktion saavel Teoretikerne som Praktikerne at tænke selvstændigt og langt mere udogmatisk end før. Som Følge heraf maatte eventuelle Paavirkningsfænomener nærmest faa uhaandgribelig Karakter. Ørsteds Produktion viser klart, at han ikke paa Forhaand var indstillet mod at benytte Romerrettens Resultater. Han fremhævede tværtimod hyppigt den Betydning, Studiet af Romerretten havde haft for hans egne Studier, men hans Metode medførte, at hans Resultater aldrig blev til ved en ren Deduktion eller ved en ukritisk Overførelse af fremmed Ret. Den nære Forbindelse mellem Retspraksis og Teori, som fra og med Ørsted kom til at træde i Forgrunden, fik for den følgende Tid blandt andet den Betydning, at det 19. Aarhundredes tysk-romanistiske Teori ikke fik nogen afgørende Indflydelse herhjemme, bortset fra at den kom til at præge den systematiske Fremstillingsmetode. Ørsted havde forlenet dansk Retsvidenskab med en saadan Styrke og Selvstændighed, at den var i Stand til at modstaa den Fristelse, det er at laane de *færdige* Resultater udefra.

Adskillige Forfattere har beskæftiget sig med at undersøge Ørsteds Betydning og Indsats nærmere. Der er imidlertid et Synspunkt, som man ikke har villet eller kunnet anlægge, nemlig dette, at der er en nær Forbindelse mellem de Resultater, Ørsted naaede til, og de Resul-

tater, som Retspraksis allerede før hans Tid var naaet til[1]). Det havde været naturligt ikke blot at paavise Ørsteds store Indflydelse paa Baggrund af Nørregaards og Hurtigkarls Fremstillinger, men paa Baggrund af gældende Ret, som denne var beskaffen, da Ørsted skrev sine Værker. I disse Studier er der lagt en Del Vægt paa at trække Udviklingslinierne op *til* Ørsted, paa samme Maade, som de saa ofte er blevet paavist udgaaende *fra* Ørsted. For saa vidt angaar Retsudviklingen efter Ørsteds Tid, er denne som Hovedregel saa velkendt, at det allerede af denne Grund er naturligt at lægge Hovedvægten paa en Undersøgelse af Udviklingen i det 18. Aarhundrede.

[1]) At Forbindelsen ingenlunde altid er af den Beskaffenhed, at Ørsted og Retspraksis repræsenterer samme Standpunkt, er givet. Ikke helt sjældent indeholder Ørsteds Produktion et Brud med ældre gældende Ret. Selv i disse Tilfælde gavner det dog Forstaaelsen af Retsudviklingen at undersøge nærmere, *hvad* der brydes med. Det samme Synspunkt, som nedenfor anlægges paa Forholdet mellem national og fremmed Ret (Paavirkningsproblemet), hvorefter ogsaa Ønsket om *ikke* at akceptere en given Retsopfattelse alt efter Omstændighederne *kan* dække over et interessant Paavirkningsforhold mellem det Standpunkt, der akcepteres, og det, der forkastes, maa formodentlig anlægges paa Forholdet mellem en retsvidenskabelig Produktion og den Overlevering, der danner dens Udgangspunkt. Hyppigt er Forbindelsen af kompliceret Natur — og ikke sjældent er Bindeleddet mellem gammelt og nyt en Misforstaaelse eller en Mistydning af den ældre Retstilstand. Et interessant Eksempel herpaa mener jeg at have paavist i *Klausulen »klingende Mynt«* jfr. Festskrift til Henry Ussing, København 1951, S. 430 f. f.

Overfor den Opfattelse, der gerne vil opfatte Ørsteds Produktion som Udtryk for et mere generelt Brud med det 18. Aarhundredes Retstilstand, maa det omvendt fremhæves, at Undersøgelsen af ældre Retspraksis paa ingen Maade støtter denne Opfattelse! Hvad Udviklingen af gældende Ret angaar, er det netop ikke de store Spring og de klare Modsætninger, der er mest fremtrædende — i hvert Fald ikke indenfor Privatrettens Omraade.

FØRSTE AFSNIT

KAPITEL 1

Romerret og Naturret som Paavirkningsfaktorer.

I. Medens den romerretlige Reception i Løbet af det 15. og 16. Aarhundrede vandt frem i store Dele af Europa, synes denne bemærkelsesværdige Udvikling, der vist nok er ret enestaaende i hele Verdenshistorien, ikke at have paavirket Retsudviklingen i Norden paa mærkbar Maade, naar man ser bort fra mere sporadiske og middelbare Paavirkninger indenfor enkelte afgrænsede Retsspørgsmaal.

I det tysk-romerske Kejserrige blev Romerretten reciperet i dens glosserede og kommenterede Skikkelse, i hvilken Form den allerede var blevet opblandet med fremmed Ret paa flere Punkter. Receptionen skete »in complexu«, oprindelig ud fra den Forestilling, at corpus juris gjaldt ifølge den middelalderlige kejserlige Lovgivning, senere ud fra den rigtigere Erkendelse, at Romerretten var »usu receptum«, og at den i Virkeligheden havde efterladt væsentlige Bestanddele af den germanske Ret uberørt. Von Savigny udtalte om Receptionsfænomenet: »das römische Recht, dem der Stempel der Nationalität so deutlich aufgedrückt ist, das kostbarste Produkt des römischen Volkgeistes zwingt das germanische, von dem es sowohl in weittragenden Grundprincipien als in tausend Einzelheiten verschieden ist, ihm Platz zu machen. Das todte Recht überwindet das lebendige, ohne Waffengewalt, anfänglich auch ohne Eingreifen des Gesetzgebers«[1]).

Den skolastisk og dialektisk prægede Middelalderjurisprudens med dens indgaaende Behandling af de justinianske Retskilder havde desuden medført, at Romerretten blev anset for *ratio scripta— non ratione imperii, sed imperio rationis* — i de fleste andre kontinentale Retsomraader.

Udviklingen tager sig højst forskelligt ud de forskellige Steder. I Spanien ser man, hvorledes Romerretten først trænges tilbage, ja ligefrem ophæves ved Rekkeswinds Lovgivning i det 7. Aarhundrede[2]), men senere blev den i vidt Omfang reciperet i »la ley de siete partidas« (1265)

---

[1]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. Side 6.

[2]) Fremmed Lovgivning maatte nok studeres, men ikke benyttes ved Afgørelsen af Retssager, jfr. Lex Wisigoth., II, 1, 10: »Nolumus sive Romanis legibus seu alienis institutionibus amodo amplius convexari«. Man vilde ikke fra nu af plages yderligere af romersk Ret!

og »Ordenamiento de Alcala« (1348). I Frankrig havde Romerretten gammel Rod i »les pays du droit écrit« i Modsætning til »les pays des coutumes« jfr. Philip den Smukkes Ordonnans af 1312, hvor dette udtrykkes saaledes, at der i visse Egne af Riget existerede en »consuetudo juxta juris scripti exemplar moribus introducta«. (Ordonnances des rois de France, Paris 1723, I, S. 501—4.)

Pavernes Forbud mod Romerretsstudiet ved franske Universiteter forhindrede dog ikke, at Romerretten via Universitetsundervisningen senere trængte ind som en »droit commun« bortset fra ganske enkelte lokale Retsomraader. Anderledes gik det i England, hvor Romerretten blev introduceret af Vacarius (1149) og behandlet af fremstaaende Jurister som Glanvilla og Bracton. Her naaede Romerretten ikke at øve nogen væsentlig Indflydelse, i hvert Fald ikke sammenlignet med Forholdene paa Kontinentet. Som Følge af den ikke-romerske Juristuddannelse ved »Inns of courts« var, som Windscheid[3]) sagde: »dem römischen Rechte seine Quelle abgegraben«.

I Tyskland havde imidlertid næsten alle Faktorer spillet sammen for at begunstige Receptionen, statspolitiske Hensyn (»Kejserretten«), den judicielle Organisation og det universitetsuddannede juridiske Personel, Reichkammergerichts Statutter 1495 og 1521, de nationale Retskilders Utilstrækkelighed m. v. Ingen af disse Faktorer forelaa herhjemme, hvorfor vor Retsudviklings principielle Uberørthed af Receptionen for saa vidt ikke kan undre. Den relativt tidlige Gennemførelse herhjemme af en samlet Kodifikation befæstede ikke mindst Privatretten i dens nationale Baner. I et vist Omfang kan Schweiz's Retsudvikling forøvrigt tjene til Belysning af vor egen. Til trods for dette Lands Beliggenhed lykkedes det ikke Romerretten at trænge ind. Meget tidligt havde Schweiz gjort sin politiske Uafhængighed gældende (Edsforbundet 1315), og Schweizerne kendte ikke til romerretligt uddannede Jurister i Domstolene eller i fyrstelige Raadgivningsorganer. Baseler Landesordnung 1757 henviser udtrykkeligt Dommeren til i Tvivlstilfælde at afgøre Sagerne efter sin bedste Forstand, Viden og Samvittighed — et Standpunkt, der klinger igen i moderne schweizisk Ret, og som jo netop involverer en Afvisning af Romerretten som subsidiært gældende droit commun. Noget andet er, at den schweiziske Standhaftighed overfor Romerretten aftager i det 18. og 19. Aarhundrede, i hvilke Perioder romanistiske Synspunkter i væsentlig Omfang bliver indført gennem Videnskab og Lovgivning. Den moderne Retsudviklings udlignende Tendenser har blandt andet i Schweiz medført, at de nye Lovkodifikationer i ikke ringe Grad hviler paa det Grundlag, der er skabt af den paa Basis af Romerretten udviklede fælleseuropæiske Retskultur.

Ligesom i Schweiz er den Periode, der herhjemme spiller den afgø-

[3]) »Das römische Recht in Deutschland« 1858, Side 444.

rende Rolle i Forbindelse med Spørgsmaalet om romanistisk Influens, det 18. og til dels det 19. Aarhundrede. Men allerede dette Forhold bevirker selvfølgelig, at Paavirkningsproblemet har en ganske anden Karakter her end de fleste andre Steder i Europa. Der er en Væsensforskel og ikke blot en kvantitativ Forskel mellem Udviklingen i Tyskland, hvor Romerretten i vidt Omfang blev reciperet *in complexu* uden nærmere Prøvelse af de enkelte Retsreglers Værdi og praktiske Anvendelighed i det reciperende Samfund, og Udviklingen i de Lande, der som Schweiz og Norden først stiftede nærmere Bekendtskab med Romerretten i en senere Tidsalder og ud fra noget mere konkrete Overvejelser.

I det første Tilfælde fristes man til at give Gierke Medhold, naar han[4]) udtaler: »Nicht das Volk nahm das fremde auf und verlernte sein nationales Denken. Ein römisch geschulter Berufsstand viel mehr, dessen Vorstellungsweise dem Volke ebenso fremd blieb wie ihm selber die fortlebende Vorstellungsweise des Volkes, importierte die fremden Begriffe, eroberte langsam Gericht, Gesetzgebung und Verwaltung, und zwang nach errungener Herrschaft das Leben, sich diesem buchgelerten Begriffssystem zu fügen«, — medens man i det andet Tilfælde snarere kunde være tilbøjelig til at gøre Indrømmelse til det af Ihering forfægtede Synspunkt, hvorefter Receptionen hænger sammen med den romerske Rets universelle og kosmopolitiske Karakter, som har gjort sig gældende her, ligesom enhver anden Kulturpaavirkning overfor et hvilketsomhelst Land, der ikke afspærrer sig bag en kinesisk Mur. Hermed er det ikke Tanken at hævde, at den nyere Tids Overtagelse af romerretlige Sætninger altid skulde skyldes disses indholdsmæssige Overlegenhed i Forhold til nationale Retskilder eller blot Forestillingen om en saadan Overlegenhed. Dels har de ofte blot tjent til at udfylde en Lakune i den nationale Retsorden, dels ser man langt op i Tiden Eksempler paa Tilfælde, hvor rationelle Overvejelser herunder i særlig Grad en Afvejelse af den fremmede Regels Fortrin og Ulemper i Forhold til den nationale ikke har motiveret Receptionen. Jo mere udviklet Retsvidenskaben og Lovgivningsarbejdet er, des sjældnere indtræffer naturligvis den »spontane Reception«, jfr. ndf. Kap. 2, III.

II. Med Receptionen i Tyskland var det romerske Retssystem naaet lige til Danmarks Grænser, og allerede hermed syntes det givet, at denne retlige Erobring ogsaa maatte true eller dog paavirke vor nationale Retsudvikling. En ikke ringe Del af Datidens fremragende Personligheder, der havde Indflydelse paa Retsvæsenets mangeartede Omraader, havde utvivlsomt navnlig ved Studier ved udenlandske Universiteter og ved litterære Paavirkninger stiftet et mere eller mindre indgaaende Bekendtskab med det romanistiske Retssystem, som det efterhaanden var blevet udviklet i stærkt systematiseret Form ikke mindst i Tyskland.

---

[4]) 2. Bind af »Das deutsche Genossenschaftsrecht«, Side 21.

Ved Københavns Universitet blev der ogsaa læst over Romerretten, som det fremgaar blandt andet af Chr. Morsings Læseplan af 1537, ordinatio lectionum[5]), men det maa stadig erindres, at det juridiske Studium først paa et langt senere Tidspunkt, nemlig i Slutningen af det 18. Aarh., blev afgørende for Besættelsen af Dommerembeder og juridisk betonede Administrationsposter. Indtil da beroede det paa Tilfældigheder, hvis Retsvæsenets Personel i enkelte Tilfælde overhovedet havde Universitetsuddannelse, som i Datiden, saafremt der var Tale om juridiske Studier, altid forudsatte Kendskab til kanonisk eller romersk Ret, som Regel begge Dele. Selv om det faktiske Kendskab til og Trangen til den romanistiske Videnskab saaledes i det 16. og 17. Aarhundrede herhjemme var meget begrænset, kunde det dog ikke undgaas, at den betydningsfulde Retsudvikling i Midteuropa kom til at sætte sine Spor. Det har derfor Interesse at kaste et Blik paa Udviklingen af den romanistiske Retsvidenskab i Tyskland for derigennem delvis at anskueliggøre lidt af Baggrunden for den senere Udvikling af vor Jurisprudens, selv om denne i de senere følgende Afsnit kun forsøges belyst indenfor enkelte afgrænsede Udsnit af Retslivet. Dog kan der naturligvis i denne Forbindelse kun være Tale om en sammenfattende Betragtning.

To forskellige Faktorer aftegner sig i det 17. Aarhundrede som afgørende for Retsvidenskabens Udviklingsgrundlag i Tiden indtil det 19. Aarhundrede. Medens det 16. Aarhundredes Romanister først og fremmest havde været optaget og præget af rent metodiske Problemer, der til dels var affødt af Modsætningen mellem den overleverede skolastiske Metode paa den ene Side og den af Syntesen prægede »mos docendi gallicus« paa den anden, blev selve Romerrettens Gyldighedsomraade og Grundlag sat under Debat i Tyskland i det 17. Aarhundrede. I samme Periode dukkede en anden Faktor frem, nemlig de første Spirer til den nye Naturret, som dog først for Alvor kom til at præge Billedet i Slutningen af det 17. Aarhundrede. Denne sidste Gren af Udviklingen udskydes til Omtale nedenfor.

To fremstaaende Personligheder, hvis Virke faldt hen imod Midten af det 17. Aarhundrede, danner Udgangspunktet for den følgende Tids realistisk prægede tysk-romanistiske Videnskab, nemlig Carpzow (1595—1666) og Conring (1618—1675). Den sidstnævnte Forfatter rystede hele Grundlaget for Corpus Juris Herredømme, da han i sit Værk *De Origine Juris Germanici* (1643) fastslog, at Romerretten aldrig var blevet indført i Tyskland paa konstitutionel Maade, at den før det 15. Aarhundrede overhovedet ikke havde præget Retslivet i Tyskland, og at man blandt andet af disse Grunde paa ingen Maade var tvunget til kritikløst at lægge Romerretten til Grund, end mindre apriori give den Forrang

---

[5]) Jfr. Poul Johs. Jørgensen, »Retsundervisningen og Retsvidenskaben ved Københavns Universitet 1537—1736«. Side 12—13.

for de nationale Retskilder. Conring satte med dette Værk et videnskabeligt Stempel paa Tendenser, der allerede havde rørt sig i Begyndelsen af Aarhundredet, og navnlig betød hans Indsats det retshistoriske Bevis for Berettigelsen af den Linie, som Carpzow i sine mangfoldige juridiske Værker angav, nemlig en realistisk Gengivelse af gældende Ret *(das gemeine deutsche Recht)* med ligeligt Hensyn til reciperet og national Ret alt efter Emnets Karakter og retskildemæssige Baggrund, hvortil kom en vis Hensyntagen til den empiriske Metode, som dannede en kraftig Modsætning til den hidtidige benyttede Metode indenfor den romanistiske Retsvidenskab. Fremover kom disse Begivenheder naturligvis til at faa vidtrækkende Følger, og det er af denne Grund, disse Emner er medtaget her, idet det synes nærliggende at antage, at netop den tysk-romanistiske Retsvidenskab er en af de Faktorer, der ved Siden af Naturretten kom til at paavirke den danske Retsvidenskab paa dens Begyndelsesstadium.

Navnlig efter Fremkomsten af Conrings Hovedværk prægedes Diskussionen i Tyskland af Spørgsmaalet om, hvorledes det skulde lykkes at finde en modus vivendi i Forholdet til Romerretten. Det maa i denne Forbindelse erindres, at dette Hovedspørgsmaal havde en særegen politisk Baggrund, nemlig hele den statsforfatningsretlige og politiske Strid, der netop i Løbet af Trediveaarskrigen var opstaaet omkring det tysk-romerske Kejserdømme. For saa vidt Romerretten angik naaede man til et Resultat, som nærmest maa betegnes som et Kompromis. Dette kommer til Orde i den følgende Tids Værker paa Retsvidenskabens Omraade. Her skal blot nævnes G. A. Struve (1619—92), Lauterbach (1618—78), Schilter (1632—1705) og Stryk (1640—1710). Det fremgaar af disse Forfatteres Produktion, at der efterhaanden fremkom ret stor Enighed om, at man i Praksis som Regel ikke behøvede at føre særligt Bevis for de romerske Retssætningers Gyldighed, saalænge yngre modgaaende Retssætninger ikke blev paavist, samt at den uglosserede Del af Corpus Juris ikke var reciperet[6]).

Den retsvidenskabelige Konsekvens af disse Principper var bl. a. den, at Romanisterne nu stræbte efter at fremstille *»jus hodierni romani — germanici imperii«* eller, som det ogsaa blev kaldt *»usus modernus pandectarum«*. Jurisprudensen var dermed, som Stryk skal have udtalt, blevet en »habitus practicus«, og Studiets Genstand blev »praxis juris romani in foro germanico«.

Det er let forstaaeligt, at man, efter først at være kommet ind i dette Spor, maatte ofre en stadig større Interesse paa Studiet af de german-

[6]) Hos Lauterbach hedder det: »in nostro imperio, qui lege nititur justiniania, licet observantiam ejus non probet, tamen *causum* tamdiu habet *fundatam,* donec adversarius jus posterius monstrat contrarium«. Det var vist nok Stryk, der formulerede Sætningen: »Quod textus non, agnoscat glossa, eos non agnoscit forum«. Jfr. Stinzing-Landsberg, »Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft«, 2. Abt., 1884, Side 16—22.

ske Retskilder, selv om det varede noget, inden dette Studium naaede helt at hævde sig paa Linie med det romanistiske.

Allerede i det 16. Aarhundrede var der i det sachsiske Retsomraade, hvor den nationale Ret var relativt kraftigt udviklet, opstaaet en saakaldt »Differentialitteratur« formodentlig med Forbillede i »differentiae juris civilis et canonici« — nu talte man blot om f. Eks. »differentiae juris civilis et saxonici«. I det 17. Aarhundede medførte Conrings Indsats en stærkt udvidet Anvendelse af denne Metode i Forbindelse med selvstændige Forsøg paa en samlet Fremstilling af den gældende germanske Ret i forskellige Dele af det tyske Rige. Som Eksempel paa den øgede Hensyntagen til germansk Ret kan nævnes Schilters Pandektret (1675—83).

Det maa vistnok antages, at netop den tyske Pandektlitteratur fra det 17. Aarhundrede har dannet en væsentlig Del af den aandelige Baggrund for de juridiske Studier herhjemme i det 17. og 18. Aarhundrede. Der er saaledes klare Vidnesbyrd om, at f. Eks. Struves og Stryks Elev Heineccius's Værker i vidt Omfang er blevet læst og benyttet herhjemme[7]). Imidlertid maa det sikkert antages, at den Strømkæntring, den romanistiske Videnskab havde været udsat for i Tyskland, ogsaa herhjemme har skærpet Forstaaelsen af Romerrettens højst begrænsede Gyldighed. Selve den Kendsgerning, at Romerrettens Gyldighedsomraade allerede var sat under Debat uden for Landets Grænser, maatte til trods for den uomtvistelige Betydning, Datiden tillagde Romerretten, have til Følge, at denne Retsorden i Bevidstheden kom til at staa som et Eksempel blandt andre paa fremmed Ret. Ved først at komme i nær Forbindelse med Romerretten paa et relativt sent Tidspunkt, undgik man rent psykologisk at acceptere Romerretten som en *ratio scripta* med universel Gyldighed. Selv om enkelte universitetsskolede Jurister herhjemme maatte have haft Forestillinger om Romerretten som en saadan almindeligt gældende Universalret, er denne Opfattelse i hvert Fald aldrig trængt igennem i dansk Retspraksis, og Kendskabet til de nye Synspunkter, som var blevet ført frem i Diskussionen i Tyskland, kan kun have bestyrket Interessen for Undersøgelsen af den nationale danske Ret. Ogsaa herhjemme faar vi en Differentialitteratur — en jurisprudentia romano-danica. Den Metode, den hviler paa, var naturligvis ret farlig for den selvstændige Behandling af de danske Retskilder, men det maa ikke underkendes, at den principielt forudsatte, at den romerske Ret ikke havde Gyldighed som national Retskilde.

I positiv Henseende betød Studiet af de tyske Romanister, at den rene Romerret kom mere i Baggrunden, og at adskillige fra Kilderne afvigende tysk-romanistiske Sætninger vandt Indpas i den teoretiske

---

[7]) Jfr. Franz Dahl, »Hovedpunkter af den danske Retsvidenskabs Historie«, 1937, Side 22.

Fremstilling af Retsstoffet herhjemme. For Ejendomsrettens Vedkommende kan der ikke være Tvivl om, at den Udformning, som Struve havde givet Systemsondringen *jus in re* contra *jus ad rem* blev direkte normgivende for Opfattelsen her i Landet. Endvidere var en Række vanskelige Punkter i den romerske Obligationsret blevet overvundet af de tyske Romanister. Man behøver saaledes ikke at undre sig over, at der ikke i det 18. Aarhundredes romanistisk prægede danske Litteratur findes Indvendinger mod Repræsentation, Trediemandsløfter, Retsbeskyttelse af Aftaler, som faldt uden for det klassiske romerske Kontraktsystem og mange andre Forhold, hvor Romerretten særligt afviger fra moderne Ret, thi paa disse og flere andre Punkter havde Datidens Romanister allerede i vidt Omfang omdannet og »forbedret« Romerretten. Den ældste danske Retslitteraturs Systematik minder paa saa mange Punkter om de tyske Romanisters, at der næppe kan være Tvivl om, at den romerretlige Influens i Danmark i det 18. Aarhundrede i meget høj Grad staar i Forbindelse med den tyske Pandektlitteratur, med mindre man, som det ogsaa ofte er Tilfældet, maa pege paa en helt anden Paavirkningsfaktor, nemlig Naturretten. Hvad enten det ene eller andet er Tilfældet, hvilket maa afhænge af konkrete Undersøgelser, kan det sammenfattende fremhæves, at dansk Rets Sammenstød med Romerretten havde en helt anden Karakter end den tilsvarende Situation i de fleste andre europæiske Lande. Den romanistisk prægede Periode i dansk Privatrets Udvikling faldt senere end de fleste andre Steder, og de afgørende Paavirkningsfaktorer var først og fremmest middelbare, i visse Tilfælde udviskede Gengivelser af Romerretten, som var fremkommet i en Epoke, hvor som nævnt selve det principielle Grundlag for Corpus Juris Herredømme var stærkt omdiskuteret i Udlandet.

III. Ved Siden af Udviklingen af den tysk-romanistiske Videnskab kommer som ovenfor omtalt en anden Faktor til at spille en væsentlig Rolle for den europæiske Retsvidenskab, nemlig *Naturretten.*

Studiet af det 17. og 18. Aarhundredes Naturret har først og fremmest fundet Dyrkere inden for Retsfilosofien og den almindelige Retslære[8]). Paa mange forskellige Maader er det i disse og andre Værker blevet belyst, hvorledes Naturrettens Grundideer har Rødder langt tilbage i Middelalder og Oldtid[9]). De fleste er imidlertid enige om, at

---

[8]) Blandt nyere Afhandlinger kan særligt henvises til: Erik Wolf »Grotius, Pufendorf, Thomasius« (Heidelberg Abhandlungen, Thüringen 1927). Louis le Fur »La theorie de droit naturelle« (Academie de droit internationale, Receuil de cours 1927 III) og Poul Hazard »La crise de la conscience européenne« (med fyldig Bibliografi, Paris 1935) samt Kåre Foss »Ludvig Holbergs naturret paa idehistorisk bakgrunn« (Oslo 1934). Hans Thieme er i sit Foredrag »Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte«, Basel 1947, inde paa den ensidige Interesse for Naturretsskolens retsfilosofiske Betydning.

[9]) Jfr. endvidere Axel Hägerström i »Minnesskrift ägnad 1734 års lag«, 1934, II, Side 571—630.

Hugo Grotius, hvis Hovedværk fremkom 1625, indvarsler en hel ny Periode i Naturrettens Historie, først og fremmest kendetegnet ved en principiel Udskillelse af Retten fra Religionen og Moralen og ved en dertil svarende Gennemførelse af et apriorisk i sig selv hvilende uafhængigt Retssystem, der ikke var tænkt som et Sæt »de lege ferenda«-Regler, men netop som den egentlige positive Ret[10]), som alt efter Omstændighederne ansaas for mere eller mindre fuldkomment genspejlet i de Retsregler, som faktisk blev benyttet i Samfundet. Naturretslærernes Maal maatte følgelig herefter være det, at bringe det faktisk benyttede Retssystem i Overensstemmelse med den fuldkomne Naturret.

Grotius' Værk »De jure belli ac paci, libri tres« kom ikke straks til at dominere den teoretiske Retsvidenskab i Europa, der som nævnt navnlig i Tyskland med Conring var gaaet ind i en relativt realistisk betonet Periode. Oplysningstidens anden Hovedstrømning paa Retsvidenskabens Omraade satte imidlertid først rigtig ind i Slutningen af det 17. Aarhundrede, først og fremmest med Samuel Pufendorfs naturretlige Hovedværker, der fremkom i Aarene omkring 1670. Den naturretlige Skole fortsattes i det 18. Aarhundrede med Thomasius og Wolf blandt dens mest fremragende Personligheder.

Den nye Naturrets Lære maatte i Overensstemmelse med hele sit Væsen stræbe efter Opstillingen af et universelt Retssystem, og dette er en af Grundene til, at den naturretlige Tankegang og det naturretlige System i det 17. og 18. Aarhundrede bemægtigede sig Sindene i de fleste europæiske Lande og til Tider helt erobrede Herredømmet over Retsopfattelsen.

Vender man Blikket mod Retsvidenskabens Udvikling herhjemme fra omkring Aar 1700 til Ørsteds Periode, ser man netop Naturretten som en af de mest afgørende Faktorer bag den teoretiske Udformning af det nationale Retssystem. For nærværende Studier har de mange Problemer i Forbindelse med Naturrettens Ideindhold kun sekundær Betydning. Til Gengæld har selve Indholdet af de i Naturretssystemerne opstillede Retssætninger overordentlig Interesse for Forstaaelsen af den danske Retsvidenskabs første Periode, og ikke mindre for Forstaaelsen af Udviklingen af Retspraksis i det tilsvarende Tidsrum. Det er ejendommeligt, at den meget omfangsrige Litteratur, som findes om Naturretsskolen i det 17. og 18. Aarhundrede, saa at sige ikke beskæftiger sig med denne Side af Sagen. I og for sig er det for en retshistorisk Betragtning underordnet, om en Retsteori er velunderbygget eller ej, — det, der har Interesse, er de Resultater, den har frembragt, og de Paavirkninger, den har afstedkommet overfor selve Retsudviklingen. Naar man erkender, hvilken overordentlig Magt Naturretten udøvede over

[10]) Jfr. Ross »Virkelighed og Gyldighed i Retslæren«, Side 275 f., hvor dette Moment med Rette pointeres skarpt.

næsten alle Sind i Datiden, og naar det tages i Betragtning, hvorledes den ofte danner Grundlaget for Datidens litterære Systemer, og at dens Ræsonnementer Gang paa Gang afspejler sig i Højesterets Voteringer, forekommer det at være paakrævet, at Naturretslærens konkrete juridiske Problembehandling og Enkeltløsninger i flere Tilfælde undersøges. Den danske Retsvidenskab var paa sine første Stadier langt fra et hjemmespundet Produkt. De to fra Udlandet kommende Hovedstrømninger Naturretten og den samtidige tysk-romanistiske Retsvidenskab havde givet de vigtigste Impulser til dens Fremkomst og gennemsyret dens Indhold, selv om dens vigtigste Fundament stadig var den gældende danske Lovgivning.

Medens Romerretten saavel i original Skikkelse, som i dens senere »gemeinrechtliche« Udformninger aldrig herhjemme har foreligget som andet end fremmed Ret og aldrig i den hjemlige Litteratur, saavidt vides, er blevet karakteriseret som en *droit commun* med generel subsidiær Gyldighed, havde Naturretten Mulighed for, her som andre Steder, i Kraft af Paastanden om dens aprioriske Rigtighed, at gøre Krav paa generel Gyldighed. I det Omfang det blandt andet i Kraft af denne Opfattelse lykkedes Naturretsdogmerne at farve gældende Ret, foreligger imidlertid Muligheden for indirekte Reception af fremmede Retssætninger, idet Naturretslærens Induktionsmateriale netop i særlig Grad var den positive Ret og da først og fremmest Romerretten. Det er paa Forhaand klart, at den Paavirkningsfaktor, som var bedst egnet til at øve Indflydelse, netop maatte være et Retssystem, der ikke uden videre var at anse som fremmed Ret, thi netop et System af den Art kunde spille Formidlerens Rolle.

For Grotius og hans Elever var Rettens Kilde den menneskelige Natur. Menneskenaturen og følgelig Naturretten ansaas uforanderlig, — *ut ne a deo quidem mutari queat.* Naturrettens Grundsætninger skulde ved Anvendelse af nogen Opmærksomhed være lige saa aabenbare og overbevisende som den ydre sanselige Verden, — *ad modum eorum, quae sensibus externis percipimus.* Det *direkte* Bevis — *apriori* — for de naturretlige Retssætninger var subtilt og vanskeligt, medens det saakaldte Bevis *aposteriori* var lettere og mere almindeligt forstaaeligt *(popularior).* Det direkte Bevis førtes ved at paavise, at en Regel nødvendigvis stemte med Menneskets fornuftige og sociale Natur. Det indirekte Bevis *aposteriori* kunde derimod føres ved at paavise, at Naturretsreglerne stemte med det, der gjaldt almindeligt hos alle civiliserede Folkeslag — *id, quod apud omnes gentes, aut moratiores omnes tale esse creditur*[11]).

Naar Studiet drejer sig om en Undersøgelse af Naturretslærens praktiske Konsekvenser, er det af den allerstørste Betydning at hæfte sig

[11]) De jure belli ac pacis, Lib. I, Cap. 1, § XII.

ved det ovenfor gengivne metodiske Program, og da især Naturrettens Bevis *aposteriori*. Anerkendelsen af dette kom til at betyde, at Naturrettens praktiske Indhold i meget vidt Omfang blev et Konglomerat af eksisterende positive Retsregler, og da i første Række, som nævnt, Regler hentet fra Romerretten.

Paa Privatrettens Omraade kom dette Forhold til at spille den største Rolle, thi her var det aprioriske Bevis saa sandelig ofte vanskeligt at føre; hvor i Menneskets Natur skulde man finde Svar paa, hvorledes Samkautionister skal hæfte, hvorledes Ususfructusrettigheder skal afgrænses, Forældelsesfristens Længde og mange andre Problemer?

I de fleste af Privatrettens vanskelige og indviklede Problemer havde Naturretslærerne Materialet lige ved Haanden, nemlig det romerske Retssystem, der som nævnt, var blevet anerkendt som *ratio scripta* i en meget stor Del af Europa. Meget ofte ser man imidlertid det Synspunkt forsvaret, at Naturretten blev banebrydende for antiromanistiske Strømninger. Fredrik Stang siger saaledes: »Betydning for privatretten fikk den derved, at den bragte meget germansk retsstof frem«. (»Innledning til Formueretten«, 3. Udg., 1935, S. 103.) Denne Bedømmelse er rigtig i den Forstand, at Naturretten i flere vigtige Retsspørgsmaal gik paa tværs af romerske Retssætninger, uden at dette dog altid havde nogen særlig Sammenhæng med Benyttelse af egentlig germanske Retsregler. Det er naturligvis et Forhold, som navnlig har haft Betydning i de Lande, hvor den romerske Reception var fuldbyrdet, — her maatte Naturretten komme til at betyde et Skridt henimod Frigørelse for Romerrettens Overherredømme. Det var derfor intet Under, at Naturretstilhængere i Tyskland meget ofte kom til at staa med Front mod de traditionsbundne Romanister. I saa Henseende er Pufendorfs Elev Thomasius et udmærket Eksempel. I hans Værker fra det sidste Tiaar af det 17. Aarhundrede forenes Forsvaret for og Udarbejdelsen af Naturretssystemet med Kampen mod Romerrettens principielle Herredømme i Tyskland. Paa de Omraader, hvor det direkte Angreb paa Romerretten var vanskeligt, benyttede Thomasius sig af den Argumentation, at Romerretten blot gjaldt, fordi den stemte overens med Naturretten — altsaa for saa vidt kun var en Eksponent for denne. Paa denne Maade kunde Romerretten helt reduceres som Retskilde.

Naar Sagen drejer sig om Naturrettens Betydning paa det nordiske Retsomraade, er hele Billedet ændret. Her vil det nemlig være urigtigt, hvis man først og fremmest betoner Naturrettens ofte ret isolerede Forsøg paa at frigøre sig fra Romerretten. Tværtimod er det i denne Forbindelse saaledes, at Naturretten kom til at staa som Formidler af det romanistiske Privatretssystem og som den Faktor, der gav et Retsomraade, som ellers i alt væsentligt var uberørt af Romerretten, Mulighed for at overtage dette fremmede Retssystems Principper og Konstruktioner. I Tyskland var det Naturrettens Afvigelser fra Romerret-

ten, der maatte paakalde den største Interesse, — for Danmarks Vedkommende har disse Afvigelser oftest kun sekundær Betydning i Forhold til den langt væsentligere Kendsgerning, at Naturrettens hele Udformning af Privatretten i meget vidt Omfang og pricipielt er bygget paa et romerretligt Fundament.

At denne sidste Paastand er rigtig, viser sig klart, hvis man gennemgaar selve det naturretlige Privatretssystem i dets mange forskellige Variationer. Hvad enten man læser Grotius, Pufendorf eller Wolf eller af dansk-norske Forfattere Holberg, Paus, Obelitz eller Nørregaard, finder man hele det privatretlige Stof fremstillet ved Hjælp af romerske termini tecnici og, hvad der er det væsentligste, med Udgangspunkt i romersk prægede Problemstillinger. Romerretten blev herigennem af afgørende Betydning for saavel Problembehandlingens Grundlag som dens Omfang[12]).

Det er dog vigtigt at fremhæve, at Naturretssystemerne som Hovedregel udmærkede sig ved en konsekventere og mere fast sammentømret Systematik, end man finder den i Romerretten, og der er næppe Grund til at tvivle om, at Naturretten netop paa dette Punkt har faaet væsentlig Betydning for senere europæisk Privatret.

Ligesom Grotius byggede Pufendorf i sit Hovedværk »De jure naturae et gentium« (Lund 1672) paa det romerretlige System, omend han i konkrete Retsproblemer hyppigere end Grotius opstillede Særløsninger uafhængigt af Romerretten. Som vigtige Omraader, hvor Naturretten brød med Romerretten, kan nævnes Reglerne om Ejendomsoverdragelse, Risikoovergang samt den konsekvente Gennemførelse af Aftalers forpligtende Virkning i Almindelighed.

Naturrettens Behandling af Privatretsproblemerne vil iøvrigt blive behandlet under den senere Gennemgang af de enkelte Spørgsmaal.

Til Illustration af Naturrettens Forhold til Romerretten kan det dog mere i Almindelighed være af Interesse at citere en Udtalelse af Pufendorf, som man vist nok ikke tidligere har haft særlig Opmærksomhed henvendt paa. Den findes i et Privatbrev fra Pufendorf til Thomasius, dateret den 1. Oktober 1688. Disse to fremragende Personligheder havde som bekendt en meget nær Kontakt med hinanden, og deres ret omfattende Brevveksling vidner iøvrigt om et gensidigt meget smukt personligt Venskab. Som bekendt var det Pufendorf, der stod Thomasius bi, da han som Følge af nogle stærkt polemisk prægede Skrifter kom i Konflikt med det danske Hof. Det er i denne Forbindelse betegnende, at

[12]) Dette er skarpest blevet udtalt af Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, dritte Abteilung, erster Halbband (Pag. 3), naar han siger om Grotius' System: »Selbstverständlich vollzieht sich die Anlehnung an das römische Recht am bequemsten auf dem Gebiete des Privatrechtes. Eben darum ist Grotius hier im Stande, alle Vorgänger weit hinter sich zu lassen. Kommen diese über allgemeine Sätze nicht hinaus, so bietet er uns ein naturrechtliches Privatrecht, welches in die feinsten Einzelheiten durchgeführt ... ist«.

Thomasius ikke undgik at faa sine Skrifter brændt paa Torvet i København af Bøddelen, selv om dette vel ikke saa meget beroede paa retsteoretiske Standpunkter, som paa den dermed nært sammenhørende Strid om Religionsdogmerne og disses Forhold til den offentlige Rets Grundprincipper. I det ovennævnte Brev, som findes i E. Gigas's Udgave af: »Briefe Samuel Pufendorfs an Christian Thomasius«[13]):

»Was MhH (mein hochverehrter Herr) wieder meine gedanken de separando juri naturali a politico in libris juris Romani objiciret, dass hernach nicht rechtschaffen viel übrig bleiben würde, quod in formam artis redigi possit, ist eben was ich intendire, nehmlich den juris legistis zu weisen, dass sie nicht ursach haben die disciplinam juris naturalis anzufeinden, *weil die pandecten, wenn man davon separirte, was eigentlich ad jus naturale gehört, gar eine schlechte sache, seyn würden.* Allein, man kann so alle seine gedanken nicht wohl in einem brief ausdrücken«.

Denne Udtalelse røber uhyre meget med Hensyn til Naturrettens Metode, — jfr. hvad der ovenfor er sagt om Beviset *aposteriori.* Det turde nemlig være ret indlysende, at den Udskillelsesproces, som tilsigtedes, paa ingen Maade vilde være i Stand til at hindre, at det romerske Kildestof kom til at gennemsyre det nye System[14]).

Man har iøvrigt paavist, hvorledes naturretlige Synspunkter allerede før Grotius og den nye Naturrets Gennembrud førte til en teoretisk Reception af det romerske Retssystem. Dette havde nemlig nær Tilknytning til Reformationen. Denne førte naturligvis til en Afstandtagen fra kanonisk Ret, der, som det er sagt af Poul Johs. Jørgensen, herhjemme forsvandt »mærkeligt lydløst«, men ejendommeligt nok ikke til en tilsvarende Afvisning af den verdslige romerske Ret. Dette fremgaar først og fremmest af Melanchtons Retsfilosofi, der vel var Udtryk for en religiøst begrundet Naturret, men som i praktiske Spørgsmaal tilsyneladende helt og fuldt støttede sig til Romerretten, der ansaas for det mest ideale positive Udtryk for de naturretlige Retsprincipper.

Da Melanchtons Synspunkter, som paavist af Poul Johs. Jørgensen[15]), ligger bag Københavns Universitets Fundats af 1539, har denne tidlige Sammenkobling af Naturret og Romerret særlig stor Interesse for Danmark. Fundatsen begrunder direkte Studiet af Romerretten med den Paastand, at dette Retssystem har sin Oprindelse i Naturens Lov.

IV. Hovedtræk af Udviklingen i Danmark i det 18. Aarhundrede. For-

---

[13]) München og Leipzig 1897, Side 32.

[14]) Tankegangen minder stærkt om den, der ligger bag en Udtalelse i den store franske Naturretslærer Jean Domat's (1625—96) Hovedværk »Lex loix civiles dans leur ordre naturel« (1689—94), hvorefter Studiet af Digesterne sker »pour dégager du milieu des lois la pure lumière de la justice naturelle«. Domat's Værker hører til de mest fremragende og betydningsfulde Eksempler paa Sammensmeltning af Pandektret og Naturret, jfr. Thieme, l. c., Side 26.

[15]) Jfr. det ndf. citerede Værk Side 18—19.

holdet mellem Retsvidenskab og Retspraksis. De ovenfor skildrede romanistiske og naturretlige Strømninger i Datidens europæiske og ikke mindst tyske Retsvidenskab synes at være den direkte Baggrund for de første Tilløb til en selvstændig dansk Retsvidenskab.

Ved Universitetet havde Romerretten allerede fra 1539 indtaget en dominerende Stilling, og først fra den allersidste Del af det 17. Aarhundrede maatte Romerretten dele Pladsen med Naturretten. Med Hensyn til Detaillerne i denne Udvikling maa henvises dels til Poul Johs. Jørgensens Afhandling »Retsundervisningen og Retsvidenskaben ved Københavns Universitet 1537—1736«, dels til Franz Dahl: »Hovedpunkter af den danske Retsvidenskabs Historie«[16]).

Her skal kun peges paa forskellige Punkter af mere principiel Betydning. Det er allerede berørt ovenfor, at Undervisningen i Romerret ved Universitetet sandsynligvis det meste af Perioden fra omkring Midten af det 17. Aarhundrede er foregaaet i ret nær Tilknytning til de tyske Juristers litterære Produktion. Det var netop den Periode, hvor den saakaldte *usus hodiernus (modernus) juris romani* begyndte at sætte ind. Dette Forhold kan som allerede berørt have en vis Betydning ved Eftersporingen af romanistiske Impulser i dansk Ret. Hvad selve den danske Ret angaar, var der i lange Tider kun Tale om en Fremstilling af denne efter samme Principper, som man finder anlagt i de tyske Romanisters Jurisprudentia romano-germanica. Medens det som nævnt ret tidligt lykkedes Naturretten at trænge ind som selvstændig Disciplin, blev dette først meget sent Tilfældet med dansk Ret.

Hvis man spørger om, hvilken Betydning Universitetsundervisningens Beskaffenhed har haft i Perioden fra omkring Danske Lov til 1736, maa det paa den ene Side erindres, at Universitetsuddannelse hverken var en nødvendig eller rent faktisk almindelig forekommede Forudsætning for juridisk Embedsgerning, — paa den anden Side har det en vis Interesse, at Størstedelen af de juridiske Professorer havde Sæde i Højesteret (Scavenius, Reesen, Bornemann, Reitzer, Bagger), hvilket kan have præget denne Domstols Afgørelser. Der er imidlertid næppe Tvivl om, at Universitetsundervisningen og dens mere eller mindre fremtrædende romanistiske Tendenser ikke i denne Periode fik nogen afgørende Betydning for den almindelige Retsudvikling.

Større Interesse knytter sig til Naturretten, — ikke blot dens Anerkendelse som selvstændig Universitetsdisciplin, men langt snarere i Kraft af det allerede berørte Forhold, at det nye Naturretsystem efter sit Væsen i højere Grad end det romerske Retssystem havde Mulighed for at paavirke en bredere Del af Befolkningen. Naturretten forudsatte ikke vanskelige Studier af fremmede Retskilder, men gav ofte netop paa Modersmaalet en letfattelig Fremstilling af Retsprincipperne. Her-

[16]) Begge i »Festskrift i Anledning af 200-Aarsdagen for Indførelsen af juridisk Eksamen«. København 1936.

hjemme blev det navnlig Holberg, der introducerede den nye Naturret paa en saadan Maade, at dens Tanker fængede i meget vide Kredse, ogsaa udenfor Universitetet.

Holbergs *Introduction til Naturens og Folkerettens Kundskab, I—II,* udkom første Gang 1716. Med Hensyn til de nærmere Omstændigheder ved den første Udgivelse kan navnlig henvises til Kåre Foss: »Ludvig Holbergs Naturret«[17]). Dette Værk vandt hurtigt Popularitet, saaledes at Bogen Gang paa Gang udkom i nye Oplag[18]). Som Holberg selv angiver, er Bogen bygget over »*Grotii, Pufendorfs og Thomasii Skrifter*«. Navnlig synes Barbeyracs Pufendorfkommentar at have haft Betydning for Udformningen. Værket er præget af Holbergs klare og simple Udtryksmaade og udmærker sig ved i de egentlige juridiske Spørgsmaal ret hyppigt at henvise til den danske Lovgivning, først og fremmest Danske Lov. Maaske bevirkede netop denne Omstændighed, at Bogen fik en Del Betydning for den ikke-universitetsuddannede Dommerstand[19]), ligesom det vides, at den gennem mange Aar fungerede som en Slags propædeutisk Lærebog for juridiske Studenter[20]).

Indtil Høiers Collegium over Processen og Hesselbergs Juridiske Collegium udkom (henholdsvis 1742 og 1755), var Holbergs Naturret den eneste praktiske Vejledning i Lov og Ret, som forelaa trykt paa Dansk, bortset fra forskellige Lovregistre og juridiske Ordbøger samt Eksempler paa den ovenfor omtalte Differentialitteratur (Weghorst, Clitau).

Den nye Universitetsfundats og den lidt yngre Forordning om juridisk Embedseksamen kom til at faa afgørende Konsekvenser i flere Henseender. For det første blev den juridiske Universitetsuddannelse i vidt Omfang Forudsætningen for at beklæde Dommer- og Prokuratorembeder. Baggrunden for dette Skridt, der blev af vidtrækkende Betydning for den senere Udvikling, har utvivlsomt været de stadigt stigende Vanskeligheder, som var forbundet med Anvendelsen af Personel, som var uden juridisk Uddannelse. Men ved Siden af dette almenkendte Forhold var der for det andet sket det, at Tyngdepunktet i det juridiske Studium var blevet flyttet fra Romerretten til Naturretten og dansk Ret.

Denne Del af Udviklingen hænger formodentlig sammen med en afgørende Ændring i det almindelige Syn paa Retsvidenskabens Maal og Midler, som meget muligt var blevet fremkaldt af Thomasius' antiromanistiske Naturretslære, men har sikkert ogsaa en vis Sammenhæng med Frigørelsen for det oprindelige enevældige Princip, der gik ud paa, at al Lovfortolkning maatte anses for et strengt kongeligt Regale.

Romerrettens »Detronisering« fremgaar baade af Universitetsfun-

[17]) S. 474 f., 488. Jfr. om Holberg som Jurist, Solem, T. f. R. 1946. 381 og 525 ff.
[18]) 1728—34, 41, 51 og 1763, — Leipzig 1748 og Sverige 1789.
[19]) Jfr. Hammerich »Den danske Dommerstand under Enevælden«, Side 50—51.
[20]) Jfr. Hammerich. Nordisk administrativt Tidsskrift, 1935, Side 7.

datsen af 1732 og Eksamensforordningens Gennemgang af Eksamenskravene. De nye Tanker vedrørende det retsvidenskabelige Studium finder dog klarest Udtryk i det bekendte Skrift »*Ideae Icti* (juris consulti) *danica*« af Thomasius' danske Elev Andreas Høier, der som bekendt spillede en væsentlig Rolle i Forbindelse med Reformernes Gennemførelse.

Paa det litterære Omraade blev det imidlertid Folk uden for Universitetslærernes Kreds (Hedegaard og Hesselberg), som blev Udgiverne af de første Forsøg paa en Gennemgang af dansk Ret i Midten af det 18. Aarhundrede. Disse Forfattere skrev ganske vist stadig efter en »dansk-romersk Orden«, men med en ret selvstændig Holdning overfor Romerretten. Der er næppe Grund til at tvivle om, at disse Forfatteres Værker ret nært afspejler de ved Universitetet anvendte Metoder. Først omkring 1770 begynder imidlertid Universitetslærernes egen litterære Produktion at spille nogen Rolle, naar der bortses fra enkelte Disputatser og Smaaafhandlinger.

Naar Hammerich[21]) i de forskellige Værker fra det 18. Aarhundrede sporer en stigende udenlandsk Paavirkning, er dette sikkert ikke helt berettiget. Forholdet er snarere det, at der kun haves et meget fragmentarisk litterært Sammenligningsmateriale fra den første Del af det 18. Aarhundrede. Efterhaanden som den litterære Produktion kom i Gang i den sidste Halvdel af Aarhundredet, kunde det ved første Øjekast se ud som en stigende Hensyntagen til fremmed Ret, allerede fordi Forestillinger og Tendenser af denne Art ikke for den ældre Periodes Vedkommende havde givet sig særligt omfattende litterære Udslag. Indtil Tiden omkring 1770 maa det antages, at Universitetets eventuelle Paavirkning af Retsopfattelsen enten har fundet Sted alene gennem Forelæsningerne eller har givet sig til Kende gennem Universitetslærernes personlige Indflydelse paa selve Retsudøvelsen i det Omfang, de havde med denne at gøre som Dommere og Embedsmænd.

Det er allerede blevet sagt indledningsvis, at et egentlig Kendskab til det 17. og 18. Aarhundredes Retsudvikling, i hvert Fald for saa vidt angaar Privatretten, kun kan opnaas gennem et Studium af Retspraksis. Denne er desværre meget vanskelig tilgængelig, som det allerede er blevet paapeget af Hammerich[22]). Kun en systematisk Gennemgang af de mange forskellige Retters Arkivmateriale kan give et sandt Billede af Retsudviklingen. Det Arbejde, en saadan Gennemgang forudsætter, vil næsten være uoverkommeligt i hvert Fald for Underinstansernes Vedkommende, og saa længe de højeste Instansers Praksis er saa uudforsket, som den er, synes det at være mest nærliggende at gaa i Gang med netop denne Side af Sagen.

Til mere almen Forstaaelse og Vurdering af det 17. og 18. Aarhun-

---

[21]) Jfr. l. c. N. 19. Side 72

[22]) »Den danske Dommerstand under Enevælden«, Side 57 f.

dredes Retspraksis kunde det sikkert være af Interesse at undersøge Dommerstandens uddannelsesmæssige Forudsætninger.

For Tiden indtil 1736 er der næppe Tvivl om, at Hammerich har Ret, naar han[23]) fastslaar, at der indtil dette Tidspunkt ikke fandtes noget Sted, hvor Dommerstanden kunde hente teoretiske Kundskaber og Undervisning i dansk Ret. Med Hensyn til Eksamensreformens Betydning paaviser Hammerich endvidere[24]), at Universitetsundervisningen i Virkeligheden først bærer egentlig Frugt i den sidste Trediedel af Aarhundredet, hvor de faglærte Jurister trænger ind i Domstolene, altsaa i samme Periode, hvor de fra Universitetet stammende litterære Publikationer med Fremstillinger af dansk Ret faar Betydning.

For Højesterets Vedkommende er det nødvendigt at sondre mellem Perioderne før og efter 1771. Indtil 1771 var det et stadigt skiftende Antal Højesteretsassessorer, der normalt blev rekrutteret fra Centraladministrationen, meget hyppigt via Hofretten. I Tiden omkring 1685 dominerede i Højesteret endnu først og fremmest de Folk, der havde Sæde i Retten som Følge af deres nære Tilknytning til Hoffet. Efterhaanden udvidedes Enevældens Embedsstand, saaledes at ogsaa Folk, der ikke havde direkte Kontakt med Hofkredsene kom ind i Retten. Særlige juridiske Forkundskaber blev ikke — ej heller efter 1736 — betragtet som en Betingelse for at blive Højesteretsassessor. Faktisk blev det vel nok fortrinsvis Datidens højst kvalificerede Folk, der kom til at votere i Retten, men naar man søger at se nærmere paa de enkelte Assessorers Forudsætninger, faar man Indtryk af en ret uensartet Personkreds.

Ved blot at benytte foreliggende trykt personalhistorisk Materiale, fortrinsvis Biografisk Leksikon, kan man søge at danne sig en vis Forestilling om Assessorernes personlige Uddannelse og Forudsætninger for deres Embedsgerning, men en saadan Undersøgelse indebærer selvfølgelig overordentlig mange Fejlkilder, fordi man savner fuldstændige biografiske Oplysninger. Resultatet af den her foretagne Undersøgelse maa altsaa tages med alt Forbehold. Undersøgelsen har kun omfattet de Højesteretsassessorer, som efter Voteringsprotokollerne at dømme spillede en nogenlunde væsentlig Rolle i Voteringerne. Det maa erindres, at overordentlig mange Assessorer kun voterede ganske faa Gange og allerede derfor har været afskaaret fra at øve væsentlig Indflydelse paa Retspraksis.

I Perioden 1685—1725 er der saaledes undersøgt 60 Assessorer. Af disse synes kun 5 at have studeret Retsvidenskab, medens ialt 25 og sandsynligvis flere har drevet Universitetsstudier i det hele taget. København Universitet synes ikke i denne Periode at have spillet Hoved-

[23]) Side 47 l. c.
[24]) Side 81 ff. l. c.

rollen. De foretrukne Universiteter var navnlig Leyden og Orleans og lidt senere Halle og Frankfurt.

I Perioden 1725—71 er 58 Assessorer undersøgt. Af disse synes 16 at have drevet egentlige juridiske Studier, medens det for 30 Personers Vedkommende fremgaar af det benyttede Materiale, at de har drevet Universitetsstudier i det hele taget. Af de førstnævnte 16 er de 7 juridiske Kandidater fra København, nemlig Kofod Ancher, med Tiltrædelsestidspunkt i Højesteret 1753, Hoppe 1756, Cordsen 1760, Schouboe 1762, Sevel 1765, Koren 1765, Anchersen 1770.

Med Højesterets nye Instruks af 7. December 1771 indtraadte der en betydningsfuld Forandring i Højesterets Forhold[25]). Retten kom nu til at bestaa af et bestemt Antal fastlønnede Dommere, der alle — bortset fra ganske enkelte Undtagelser i Overgangsperioden — var juridiske Kandidater.

Gennemgangen af Højesterets Protokoller viser iøvrigt for Perioden 1685—1800 store Svingninger saavel med Hensyn til de paadømte Sagers almindelige Beskaffenhed, som med Hensyn til Forudsætningerne for deres Paadømmelse.

Med Hensyn til disse Forhold kan der ikke her gives nærmere statistisk Underbyggelse, men hvad angaar Sagernes almindelige Beskaffenhed (Sagsgenstanden) viser en samlet Gennemgang af Protokollerne en bemærkelsesværdig Udvikling. I Tiden fra Danske Lov og til henimod Midten af det 18. Aarhundrede dominerer for Formuerettens Vedkommende de rene Gældssager. Kun relativt sjældent forekommer der mere komplicerede obligatoriske Retsforhold, Handelssager og lignende. For Ejendomsrettens Vedkommende er det navnlig Besiddelsestvistigheder og Afgiftssager samt for Perioden omkring Midten af Aarhundredet norske Odelsretssager, der præger Billedet. I Aarhundredets sidste Halvdel synes Domsmaterialet at blive mere og mere differentieret, og en Række juridiske Problemer, som hverken Dommere eller Parter tilsyneladende tidligere havde haft Øje for, bliver nu bragt til Paakendelse.

Sideløbende med denne Udvikling foregaar en overordentlig karakteristisk Ændring af Voteringerne i indholdsmæssig Henseende. Fra at være knappe og terminologisk upræcise og »ujuridiske« bliver de i stadig højere Grad præget af Forsøgene paa en egentlig teoretisk juridisk Analyse af Sagsforholdet, hvilket navnlig i den sidste Halvdel af Aarhundredet giver sig til Kende ved en forøget Brug af specifikke juridiske Terminologier, der som alt overvejende Hovedregel er hentet fra Naturretten og Romerretten.

Det synes indlysende, at hele denne Udvikling maa have staaet i For-

---

[25]) Jfr. nærmere Vedel: »Højesterets Historie under Enevælden« 1888, Side 301 ff.

bindelse med Retsvidenskabens Vækst herhjemme[26]), men ved Siden af denne Faktor synes Højesteretspraksis ogsaa at afspejle en vigtig socialøkonomisk Udvikling i det daværende Samfund.

Med Hensyn til Forholdet mellem Retspraksis og den nye Retsvidenskab var Situationen imidlertid ingenlunde den, at Dommerne uden særlig Prøvelse lagde Systemlitteraturens Resultater til Grund. Paa mange vigtige Punkter var der, som det i det følgende vil blive vist, stærke Afvigelser i Bedømmelsen af praktiske, juridiske Problemer, hvortil kom, at Praksis naturligvis kom til at staa overfor overordentlig mange Problemer, som Litteraturen øjensynlig endnu ikke havde faaet Øje for.

Gennemgangen af Retspraksis giver iøvrigt Indtryk af, at de juridiske Forfattere før Ørsted som Regel ikke havde noget særlig godt Kendskab til Domstolenes Standpunkter. Meget ofte synes der at have været en flagrant Modstrid mellem Højesteret og Retslitteraturen. Det vilde derfor være ganske vildledende, hvis man støtter sin Dom om Retsudviklingen alene paa Litteraturen. Som et tilfældigt, men slaaende Eksempel paa den ringe Kontakt mellem Praksis og Teori kan nævnes Behandlingen af Spørgsmaalet om uprivilegerede Personers Forstrandsret. Det var i det 18. Aarhundrede et tvivlsomt Spørgsmaal, om Adelens Privilegier af 24. Juni 1661 Artikel 18 skulde forstaas saaledes, at Adelen havde faaet Forstrandsrettigheden som et »jus reale« eller blot som et »jus personale« (sive mixtum). I første Fald vilde en senere uprivilegeret Ejer af en Sædegaard kunne gøre Forstrandsretten gældende, i sidste Fald maatte den derimod hjemfalde til Kongen — som et af regalia minora[27]). I en Erklæring af 6. Maj 1764[28]) argumenterede Stampe for det første Standpunkt, men i 1775 gik Højesteret imod Stampe[29]).

---

[26]) Det samlede Indtryk af Udviklingen indenfor Højesteretspraksis kunde tyde paa, at selve Fremkomsten af en teoretisk Behandling af Retssystemet direkte har paavirket Antallet og Beskaffenheden af de Sager, der blev forelagt Domstolene. Dette er naturligvis en ren Hypotese. Paastanden om, at Retsvidenskaben afspejler sig i Praksis, vil næppe blive modsagt, men den forstaas da ogsaa almindeligvis saaledes, at Teoriens Problembehandling farver Praktikernes Standpunkter (ligesom Praksis navnlig i Nutiden præger Teorien). Derimod kunde det forekomme mere dristigt at hævde, at en ny teoretisk Problembehandling skulde kunne være direkte »retssagsfremkaldende« saaledes, at praktiske Interessekonflikter, som ellers ikke vilde være blevet fremmet af Parterne til Domstolsbehandling, nu som Følge af Kendskabet til en ny teoretisk Problemstilling og Problemløsning bliver indbragt for de ordinære Retter. Personlig tror jeg dog, at dette Forhold er en Faktor, som stadig maa tages i Betragtning, og som navnlig kan spille en Rolle i en Periode, hvor en teoretisk Behandling første Gang anvendes paa et Retssystem, der hidtil har udviklet sig paa Basis af et kasuistisk Lægmandsskøn. Fremkomsten og Eksistensen af en juridisk uddannet Sagførerstand er naturligvis af væsentlig Betydning for Aktualiseringen af den juridiske Teori. — Ikke blot Retsudøvelsen, men ogsaa Kravet om Retsnydelse fremkommer som Resultatet af en menneskelig-psykologisk Formidlingsproces.

[27]) Et lignende Problem var forøvrigt opstaaet i Forbindelse med Spørgsmaalet om Tiendefrihed, men paa dette Punkt var der større Mulighed for at afgøre Sagen paa Grundlag af Danske Lov end i det her nævnte Tilfælde.

[28]) Stampe: Erklæringer IV, Side 280.

[29]) Sagen findes H. P. 1775, Side 82.

Retten fastslog, at Forstrandsretten maatte betragtes som et privilegium personale (mixtum). Nørregaard tager ikke udtrykkelig Standpunkt til Spørgsmaalet, men Hurtigkarl fastslaar udtrykkelig Stampes Standpunkt som det, »der følges in praxi«[30]).

Nu kom Hurtigkarls Bog ganske vist først saa sent som 1813, men man kunde dog have ventet, at den principielle Dom i den store og vidtløftige Sag fra 1775, der var blevet anlagt af en hel Gruppe af Sædegaardsejere, havde vakt nogen Opmærksomhed. Højesterets Afgørelse omgærdedes imidlertid med den største Hemmelighedsfuldhed. En egentlig Offentliggørelse af Praksis fandt derfor slet ikke Sted før omkring Aar 1800. I Aarhundredets sidste Halvdel fremkom navnlig fra forskellige praktiserende Jurister Skrifter med Referat af Domme, ofte med lidt af det samme Præg som Pitavals »causes celébres«, saaledes for Eksempel C. D. Hedegaards »Juridisk praktiske Anmærkninger« (1764—1780) og Wivets »Forsøg til Fortælning om mærkværdige danske og norske Sager udførte i Høyesteret« (1774—76)[31]).

I Aaret 1775 blev der givet Tilladelse til Meddelelse af Højesteretspraksis i de offentlige Aviser, men da der ikke blev Tale om nogen systematisk Udgivelse med virkeligt Sagsreferat, synes dette Skridt at være forblevet uden Betydning for Retsvidenskaben[32]). En periodisk Udgivelse af Praksis fandt vist nok første Gang Sted i Aaret 1797 i »Morgenstiernes Maanedstidende« og »Themis«. Denne Virksomhed blev fortsat og udvidet i det 19. Aarhundrede først og fremmest paa Grund af Anders Sandøe Ørsteds betydningsfulde Initiativ[33]).

Med Hensyn til Højesteretsdommene maa det erindres, at Højesteret ikke forsynede disse med selvstændige Præmisser. Saadanne turde man derfor kun slutte sig til i de Tilfælde, hvor Underinstansens Dom blev stadfæstet in terminis. I Voteringsprotokollerne er det derimod nu muligt at skønne over, hvilket Grundlag Dommene blev afsagt paa. Det er forøvrigt interessant at se, hvor stor Vægt Højesteret selv ogsaa i det 18. Aarhundrede har lagt paa Tilstedeværelsen af eventuelle Præjudikater. Gang paa Gang fremhæves det i Vota, at Højesteret »maa blive sig selv lig«[34]). Man kunde have tænkt sig, at man havde lagt mindre Vægt paa dette Synspunkt, netop fordi Praksis ikke blev offentliggjort. Domsmaterialets Uoverskuelighed bevirkede i hvert Fald, at

---

30) »Da denne Rettighed hverken opregnes blandt de blandede Privilegier i 5-3-20 N. L. 34 eller paa andre Steder i Loven nævnes som saadan«, hvorfor Privilegierne maa fortolkes saaledes, »at Rettigheden anses at tilkomme de Sædegaarde, som paa den Tid var i Adelens Besiddelse uden Hensyn til hvem, de nu ejes af.« »Den danske og norske private Rets første Grunde«, 1. Del, Side 338.

31) Med Hensyn til disse og andre Skrifter af lignende Art kan henvises til Troels G. Jørgensen »Strejflys over Enevældens Retsliv«, Side 41—72.

32) Jfr. Vedel »Højesterets Historie«, Side 345—47.

33) Juridisk Maanedstidende 1802—03, Juridisk Arkiv 1803—20, Arkiv for Retsvidenskab 1824—31 og Juridisk Tidsskrift 1820—30.

34) Jfr. herved Ørsted Haandbog I, Side 118 ff., og Troels G. Jørgensen »Anders Sandøe Ørsted som Dommer«, Side 32.

Præjudikaterne kun kom frem, hvis en af Dommerne tilfældigvis kunde huske dem, og det er karakteristisk, at navnlig de yngre Dommere, som voterede først i de enkelte Sager, meget hyppigt røbede Ukendskab til hidtidig Praksis i Højesteret. Af og til opstod der Diskussion i Højesteret om det betimelige i at lægge Vægt paa Præjudikater. I en Dom fra 1686[35]) er Retten ligefrem inde paa at reprimandere en Højesteretsprokurator, fordi han har tilladt sig at henvise til en Sag, som efter Rettens Formening ikke var af lige Beskaffenhed med den foreliggende.

Ned igennem det 18. Aarhundrede ser man stadig hyppigere, at der lægges Vægt paa Præjudikater[36]). Af og til ses dog ogsaa den Opfattelse udtalt, at Præjudikater slet ikke maa anføres. Interessant er i saa Henseende Diskussionen i en Dom fra 1790[37]), hvor Moltke fremfører det nævnte Synspunkt, hvortil Graah bemærker: »Jeg er i denne Sag ikke af samme Mening som forhen, da den tilforn har været for i Højesteret. Vel har Præjudicata ingen Lovskraft, men skulde Pluraliteten antage, at det maa være sikrest for vore Medborgere, at Højesteret altid fulgte det samme Princip, saa bør vel og Dommen i denne Sag være den samme«. Højesterets Flertal syntes imidlertid i den paagældende Sag at være mest stemt for at dømme i Overensstemmelse med Præjudikatet, og den paaankede Hof- og Stadsretsdom, der var gaaet ind for en Ændring af Praksis, blev omstødt[38]).

At Datiden lagde en Del Vægt paa Højesterets Praksis, naar det gjaldt om at fastlægge Retningslinierne for eventuelle Nydannelser paa Lovgivningens Omraade, fremgaar tydeligt af de forskellige Lovkommissionsarbejder, som blev iværksat med Henblik paa Danske Lovs Revision i den første Halvdel af det 18. Aarhundrede. Fra Universitetets Side var Interessen som nævnt ikke lige saa stor. Det er bemærkelsesværdigt, at netop Ørsted i langt højere Grad end Forgængerne havde Kendskab til selv den ældre Praksis. Formodentlig har han selv studeret de ældre Protokoller og forhørt sig hos ældre Kolleger om tidligere Retspraksis. Da der ikke findes nogen Form for Register over Dommene, maa det som Regel have været den eneste Fremgangsmaade.

Udviklingen i Retspraksis fik ikke helt sjældent Indflydelse paa den enevældige Lovgivning. Ret hyppigt ser man Dommerne henstille til Justitiarius at gøre Forestilling overfor hans Majestæt, naar der forelaa særligt tvivlsomme Sager, og mange af de vigtigere Forordninger maa saaledes antages at være foranlediget af en Højesteretsdom i en tvivlsom Sag, navnlig i Tilfælde, hvor Dommen havde fastslaaet et i gældende Ret hjemlet, men de lege ferenda utilfredsstillende Resultat,

---

[35]) H. P. 1686 B. 258 (A. 275).

[36]) Jfr. f. Eks. H. P. 1785 A. 254 og H. P. 1786 A. 338 jfr. ndf. S. 182 f.

[37]) Jfr. H. P. 1790 A. 329.

[38]) Jfr. ndf. S. 211 f. Det fremgaar ikke klart af Voteringen, om Hensynet til Præjudikatet eller rent materielretlige Grunde var afgørende for Resultatet.

hvorefter Forordningen fastslog det Standpunkt, der stemte bedst med reale Grunde. Saaledes er den bekendte Forordning af 9. Februar 1798 om Afskrivning paa Gældsbreve netop Resultatet af Kancelliets Overvejelser i Anledning af en umiddelbart forinden afsagt Højesteretsdom[39]).

Den ovenfor givne Oversigt over Udviklingen i Udlandet og herhjemme taler formentlig stærkt for netop at søge nærmere Kendskab til Datidens Retspraksis og dennes teoretiske Forudsætninger, saavel med Henblik paa at opnaa en sikrere Viden om Udviklingen indenfor gældende Ret i Almindelighed, som med Hensyn til en nærmere Afgrænsning af fremmede Paavirkningsfaktorers Betydning.

KAPITEL 2

Hvad vil det sige, at national Ret maa anses paavirket af fremmed Ret?

Det retlige Paavirkningsproblem betegner her og i det følgende det Problem, der drejer sig om, hvorvidt en given Retsregel helt eller delvis er blevet gennemført under Hensyntagen til fremmed Ret. Ved Beskrivelsen af et Lands Retsudvikling er det naturligvis nødvendigt at tage Hensyn til mangfoldige andre Paavirkningsfaktorer end netop fremmed Ret, men naar Talen er om den Periode, som nærværende Afhandling beskæftiger sig med, har det formentlig en særlig Interesse at undersøge det særlige Paavirkningsproblem, saavel ud fra en abstrakt som en konkret Synsvinkel.

I nærværende Afsnit skal der gøres et Forsøg paa at analysere Problemet som en Indledning til de følgende konkrete Undersøgelser. Gang paa Gang støder man paa det Udtryk, at denne eller hin Retsregel er fremkommet som Følge af fremmedretlig Indflydelse. Hyppigst forekommer Konstateringer af denne Art naturligvis i de egentlige retshistoriske Undersøgelser, hvor Afgørelsen af Paavirkningsproblemer ofte spiller en afgørende Rolle for Undersøgelsernes Helhedsresultat. For de ældste Perioders vedkommende er *Retssammenligning* hyppigt den eneste Metode, som er brugbar, naar det gælder om at danne et Billede af Retsudviklingens enkelte Faser — men ingen Metode er vel paa den anden Side saa farlig at benytte som netop denne. Hvor Kildematerialet er fragmentarisk og Totalkendskabet til den almene sociologiske Udvikling er ringe, er Fejlrisikoen meget stor, selv hvor man mener at have opstillet et Sæt af strengt logiske Slutninger. Gang paa Gang forveksles Lighed med et direkte Aarsagsforhold.

---

[39]) Som andre Eksempler kan henvises til Pl. 8. Juni 1787 ndf. S. 184, og Frd. 28. December 1792, ndf. S. 211.

Historikerne og Arkæologerne er ude for samme Vanskeligheder. Set fra eet Synspunkt er det retlige Paavirkningsproblem, saaledes som det ovenfor er afgrænset, blot en særlig Side af den almindelige Kulturhistories Grundproblemer. At se Sagen blot ud fra dette Synspunkt giver imidlertid ikke tilstrækkelig Vejledning til at vælge den rette Metode ved Efterforskningen og Vurderingen af konkrete Paavirkningsfænomener. Saa meget synes dog klart, at den videnskabelige Metode og dens Muligheder afhænger en Del af vor almindelige Viden om den Tidsperiode, der gøres til Genstand for Undersøgelse. Det særlige for nærværende Afhandling er i denne Forbindelse dette, at den beskæftiger sig med en Periode, som af Historikerne næsten henregnes til »Nutiden«, altsaa en Periode, hvis Kulturhistorie og almindelige Historie er kendt i næsten alle Detailler. Hvad særligt angaar Retsudviklingen, kender vi ret nøje de Personer, der har haft Hovedindflydelse paa denne, og vi har et grundigt Kendskab til Landets sociale Opbygning i det 18. Aarhundrede og tilgrænsende Perioder. De følgende Bemærkninger om Paavirkningsproblemet er baseret paa Undersøgelsen af Retspraksis i netop denne Periode, og selv hvor de maatte blive alment formulerede, maa dette Forhold stadigt tages i Betragtning som en Begrænsning under Hensyn til det Erfaringsgrundlag, hvorpaa Udtalelserne hviler.

Netop i Betragtning af, at den almindelige Viden inden for dette Afsnit af Udviklingen synes saa fuldstændig, er det iøvrigt bemærkelsesværdigt, at det selv her er forbundet med mange Vanskeligheder at foretage en tilbundsgaaende Analyse af Retsudviklingen og dens Aarsager selv inden for et mindre Felt. Dette hænger formodentlig til dels sammen med, at Undersøgelsen af Baggrunden for Retsudviklingen først og fremmest maa rette sig mod en Undersøgelse af Udviklingen inden for *»gældende« Ret*. Dermed bliver det retlige Paavirkningsproblem en integrerende Del af selve det principielle Retskildeproblem. Sagt paa en anden Maade betyder det, at man først maa gøre sig klart, hvad der bør indlægges i Begrebet »gældende« Ret, før der gøres Forsøg paa at iagttage dennes Udviklingshistorie. Ellers maatte man nøjes med rent deskriptivt at gengive Udviklingen inden for det, man kunde kalde de retlige Udtryksformer: Lovgivning, Doms- og Retspraksis, Retsvidenskab m. v.

1. Retstilstanden er formentlig overalt at betragte som »paavirket« af fremmed Ret, hvor Kendskab til denne har influeret paa de Overvejelser, som en Person, der udøver Ret, har foretaget med Henblik paa Retsudøvelsen, eller hvor dog Kendskabet til fremmed Ret har influeret paa de Overvejelser, der har resulteret i Opstillingen af en Retsnorm, som lægges til Grund af Retsudøveren. Principielt slutter jeg mig til Henry Ussings Standpunkt, at de Regler kan anses for gældende,

som man maa forvente vil blive lagt til Grund for Domstoles og retsudøvende Organers Afgørelser paa et givet Tidspunkt.

Det retlige Paavirkningsproblems særlige Natur medfører følgelig, at man skal trænge ind i selve »Motivationsprocessen« og analysere denne. Al Kulturpaavirkning formidles til syvende og sidst gennem enkelte Menneskers Sind. Den Dommer eller Lovgiver, der har benyttet Forbilleder i fremmed Ret som Motiv for sin Afgørelse, har næppe altid selv været klar over, hvilken Vægt dette Motiv har haft sammen med mange konkrete Motiver. Eftersporingen af retlig Paavirkning maa imidlertid som altovervejende Hovedregel foregaa ved Hjælp af ret grove, ydre Kriterier, og Resultatet af Undersøgelserne kan ud fra et strengt Synspunkt aldrig blive andet og mere end en Hypotese hvilende paa en Retssammenligning og en Paavisning af *mulige* Aarsagsforbindelser.

Overfor de her fremsatte Synspunkter vil man maaske indvende, at Problemet om hvorvidt en Regel er indført efter Forbillede i fremmed Ret forholdsvis let lader sig besvare, naar man kender Domsbegrundelsen og den retsteoretiske Baggrund paa det paagældende Tidspunkt. Dette synes imidlertid at være en overfladisk Betragtning. For ældre Retspraksis' Vedkommende er det ganske rigtigt af overordentlig Betydning at kende Præmisserne, saaledes som disse har fundet Udtryk i Dommen eller Voteringen, men det er at overvurdere dette Materiales Betydning, hvis man altid regner med, at den virkelige Domsbegrundelse er kommet til Orde. Her tænkes ikke blot paa den konkrete Begrundelse for Afgørelsen i det enkelte Tilfælde, men ogsaa paa de mere generelle Regler, der har virket motiverende. I mange Tilfælde, hvor der hersker Tvivl om f. Eks. en romersk Retsregels Betydning for en Afgørelse, kan det efter Omstændighederne give nogen yderligere Vejledning at undersøge den indicerede Paavirkningsfaktors nærmere Beskaffenhed og Begrundelse. Af og til vil man da kunne konstatere, at den Støtte, som Dommeren angiver at finde eller for en overfladisk Betragtning synes at have fundet i fremmede Retssynspunkter, i Virkeligheden blot er en ydre Forklædning af Motiver, som intet har med fremmed Ret at gøre. Den nærmere Undersøgelse kan ogsaa resultere i, at fremmed Ret vel har spillet en vis Rolle, men blot paa en langt mere middelbar og kompliceret Maade end først antaget.

II. Fremmedretlig Influens er lettest at spore, hvor der findes et bestemt klart Udgangspunkt for Udviklingen i den nationale Ret, og omvendt vanskeligere, hvor et saadant Udgangspunkt ikke er paaviseligt eller slet ikke har eksisteret. I sidste Fald er Aarsagsforholdet bag Fremkomsten af nye Retsdannelser overhovedet yderst vanskeligt at analysere. Praktikerne og Teoretikerne, der fortrinsvis beskæftiger sig med moderne Ret, er ret ofte tilbøjelige til i for høj Grad at forudsætte, at gældende Ret i Dag uden videre kan genfindes i ældre Lag af Rets-

udviklingen, saaledes forstaaet, at de retlige Problemer, som i Dag forlængst er blevet løst af Lovgivning, Praksis eller Teori, ogsaa har haft en Løsning paa samme Retsproblemer, som dem vort Retssystem omfatter, men at den muligvis og sandsynligvis har været anderledes beskaffen end den nu gældende Retsregel. Et saadant Synspunkt svarer til, at man uden videre gaar ud fra, at nutidig fremmed Ret overalt rummer en Løsning paa samme Retsproblemer, som dem vort Retssystem omfatter.

Enhver maa dog naturligvis gøre den Modifikation, at den sociale Udvikling og Ændringerne i Samfundsstrukturen nødvendiggør Nydannelser indenfor Retssystemet, svarende til Bortfald af Retsregler, derved, at de ikke bruges i Samfundet, fordi de Interessekonflikter, der nødvendiggjorde dem, ikke længere eksisterer eller dog ikke eksisterer i samme Form.

Det afgørende er imidlertid, at ikke engang Modifikationer af denne Art er tilstrækkelige til fuldt ud at forklare Retssystemets Ændringer gennem Tiderne. Ikke saa sjældent kommer man ud for, at det ældre Retssystem slet ikke synes at have haft Svar paa de Spørgsmaal, som den nuværende Retstilstand gør det naturligt at stille, selv under den Forudsætning, at Datidens Samfund udmærket godt kunde tænkes at have affødt Interessekollisioner, der maatte antages at nødvendiggøre en Besvarelse. I saadanne Tilfælde bestaar den første Vanskelighed i at afgøre, hvorvidt der foreligger en blot tilsyneladende »Mangel« i det ældre Retssystem, en »Mangel«, der altsaa blot skyldes Ukendskab til ældre Ret — eller om »Mangelen« er virkelig, hvilket ogsaa kan tænkes.

Den Omstændighed, at mange Retsregler kan forekomme »tilvante«, forleder alt for ofte til at anse den Problemstilling, der ligger bag Retsreglen, for selvfølgelig. Men dette er langt fra altid berettiget. Retsudviklingen er ikke blot sammensat af en konstant Størrelse og en variabel Funktion af den økonomiske og sociale Samfundsudvikling. Man kunde meget vel have tænkt sig, at der her i Landet i det 17. Aarhundrede havde dannet sig en bestemt retlig Forestilling om Ejendomsrettens Overgang ved Overdragelse af Løsøre, men en uhildet Undersøgelse synes nærmest at tyde paa, at en saadan Forestilling slet ikke har eksisteret, i hvert Fald ikke i Form af en fast generel Regel. Dermed bliver Fremkomsten af den senere Traditiolære snarere et Eksempel paa Udfyldning af en Lakune i Retssystemet end paa Fortrængning af nationalretlige Synspunkter[40]). Ejheller synes man i Retslivet paa Danske Lovs Tid at have haft nogen fæstnede Regler om Konsekvensen af Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring. Dette er naturligvis ikke til Hinder for, at man eventuelt senere paa dette Retsomraade kan paavise fremmedretlige Synspunkters Indtrængen, men

[40]) Jfr. nærmere ndf. S. 70 ff. og 92.

det vil blot give et galt Indtryk af Retsudviklingens Forløb, hvis man f. Eks. ved Konstatering af senere Tilfælde af Hensyntagen til en Viljesteori, sætter dette i Modsætning til en »oprindelig« Løfteteori[41]). Selv paa Omraader, hvor der foreligger Mulighed for Sammenligning med et ældre Lag af den nationale Retsudvikling, der præsumptivt er upaavirket af fremmed Ret, kan Konstateringen af fremmed Rets Betydning for den senere Udvikling ogsaa være vanskelig.

Som et Eksempel kan nævnes Erstatningsrettens Udvikling herhjemme. Der er næppe Grund til at tvivle om, at Landskabslovenes objektive Ansvarsprincipper blev modificeret som Følge af Indflydelse fra kanonisk Ret, hvis Skyldprincip — jfr. Anders Sunesens Parafrase Kap. 45 og 67 — har nært Sammenhæng med romersk Ret. Den fuldstændige Gennemførelse af Skyldprincippet og Omdannelsen af Bodssystemet til et subjektivt Erstatnings- og Straffesystem er imidlertid en Udvikling, som det sikkert vilde være misvisende udelukkende at forklare som et Receptionsfænomen. Det er ret indlysende, at det er næsten umuligt nøjagtigt at dokumentere, hvilke Faktorer der har været bestemmende for den nævnte Udvikling inden for Erstatningsretten. Det synes dog at være nærliggende at pege paa en enkel Omstændighed, som kunde give en Del af Forklaringen paa den stedfundne Udvikling. Med Retsmaskineriets stigende Effektivitet vilde et objektivt Foraarsagelsesansvar paa mange Maader medføre realt uheldige Konsekvenser. Praksis fra Tiden umiddelbart efter Danske Lov viser endvidere, at man fuldt ud var klar over Erstatningens generalpræventive Betydning og Begrundelse. Saa snart man er inde paa dette Synspunkt, maa Dommeren nødvendigvis flytte Hovedinteressen fra den indtrufne Skade til den foraarsagende Handling og dennes eventuelle Uønskværdighed. Helt bortset herfra vilde Gennemførelsen af ubetinget Ansvar ofte kunne være saa byrdefuld, at Erstatningspaalægget kun kunde føles forsvarligt, hvis Retten fandt noget at bebrejde ved Skadevolderens Virksomhed.

Den voksende Evne til at formulere den reale Begrundelse bag Afgørelserne kan have givet latente Motiver af den ovenfor nævnte Beskaffenhed Mulighed for at komme til Udtryk[41a]).

III. Et Samfunds Retstilstand kan blive præget af fremmede Retssynspunkter gennem indbyrdes vidt forskellige Paavirkningsprocesser. Ved Konstateringen af fremmedretlig Paavirkning i et givet Tilfælde vil det give en dybere og fyldigere Forstaaelse af Paavirkningens Betydning, hvis man søger at gøre sig den almene Baggrund for Paavirkningsprocessen klart.

Ser man paa Problemet ud fra en udviklingshistorisk Synsvinkel, er der vel næppe Grund til at tvivle om, at en Receptionsproces' princi-

[41]) Jfr. nærmere ndf. S. 224 f. og 254 ff.

[41a]) Om Culpareglen jfr. ndf. Kap. 9.

pielle Forløb, Resultat og Karakter i det hele taget i høj Grad afhænger af Strukturen i det Samfund, i hvis Retsudøvelse den fremmedretlige Impuls kommer til at give sig Udslag. Samfundets retlige, økonomiske og sociale Opbygning, dets almindelige Kulturtilstand afgør paa en fint nuanceret og varierende Maade Vilkaarene for Receptionen.

I denne Iagttagelse ligger der i og for sig intet nyt eller mærkeligt — det er blot vigtigt at holde den fast, saavel ud fra det Synspunkt, at Konstateringen af en hvilkensomhelst fremmedretlig Paavirkning i en given Retstilstand for en streng Betragtning aldrig kan paralelliseres fuldtud med en under andre historiske og samfundsmæssige Forudsætninger fremkommet Paavirkning, som ud fra det dertil svarende Synspunkt, at en almindelig »Teori« om Betingelserne for og Beskaffenheden af fremmedretlig Influens aldrig kan føre til en Formel, fra hvilken man tør drage Slutninger, derimod snarere til en Analyse, der maaske kan forebygge forhastede og overfladiske Slutninger i de Emner, der er Genstand for konkrete Undersøgelser.

Ved Betragtningen af de forskelligartede Vilkaar for Paavirkning fra fremmed Ret behøver man blot at sammenholde den moderne Nationalstat, den nordiske Middelalderstat og det romerske Imperium i Tanken. Det specifikke Modsætningsforhold i det romerske Samfund mellem den nationale quiritariske Ret og den af særegne politiske, befolkningsmæssige og rent juridiske Faktorer frembragte jus gentium er f. Eks. alene et Moment, der skiller Paavirkningsproblemet indenfor den romerske Ret fra Paavirkningsfænomener i andre Samfund.

Søger man imidlertid — med alle de nævnte Forbehold in mente — at abstrahere fra de individuelle Særegenheder ved en Receptionsproces, som staar i Forbindelse med Forholdene i det reciperende Samfund, og koncentreres Opmærksomheden alene om *den Maade, paa hvilken en fremmedretlig Paavirkning typisk formidles,* synes der at fremtræde et væsentligt Modsætningsforhold mellem to Paavirkningstyper:

1) Den teoretisk, retsvidenskabeligt formidlede Reception. Denne forudsætter Eksistensen af en national Retsvidenskab, der principielt erkender, at fremmed Ret er uforbindende paa det nationalretlige Retsomraade. I disse Tilfælde vil fremmed Ret oftest trænge ind ved at give Anledning til en ny teoretisk Problemstilling, og dens Indflydelse vil derfor faa en mere eller mindre middelbar ofte uhaandgribelig Karakter, alt eftersom hvor bevidst og selvstændigt den fremmedretlige Inspirationskilde benyttes i den nationale Retsvidenskab.

Materiel Paavirkning af Retstilstanden finder ikke blot Sted ved Reception af visse fremmede Retsregler, der afløser ældre (afvigende) nationale Retsregler og Retstilstande paa samme Retsomraade. I lige saa høj Grad, ja maaske i højere Grad synes Paavirkning at ske paa den Maade, at fremmed, og da særligt typisk romersk Ret, giver Anledning til en for det paavirkede Retsomraade ny retlig Problemstilling. Paa-

virkningsprocessen kan i saadanne Tilfælde forløbe uden væsentlige materielretlige Ændringer, altsaa indskrænke sig til terminologiske eller dog ren formelt systematiske Konsekvenser. Men navnlig hvor fremmed Rets Problembehandling vedrører et Omraade, hvor der er eller dog forekommer at være Lakuner i det nationale Retssystem, kan den nye udefra hentede Problemstilling, der ofte ved romanistisk Influens forudsætter en Generalisering af den retlige Behandling af en Række Enkeltproblemer, faa Konsekvenser for gældende Ret. Konsekvensen kan enten være, at den nationale Ret ikke blot benytter sig af den fremmede Problemstilling, Terminologi og Systematik, men ogsaa reciperer fremmed Rets Problemløsning, eller, hvad der i disse Tilfælde vel nok er det hyppigste, at den fremmedretlige Impuls virker som Incitament for en ny, for saa vidt selvstændig Retsudvikling.

2) Overfor de under 1) nævnte Tilfælde staar alle de indbyrdes vidt forskellige Tilfælde, hvor fremmede Retssynspunkters Indtrængen ikke primært har fundet Sted i Kraft af en selvstændig teoretisk-juridisk Overvejelse[42]). Alle disse Tilfælde samles her under Udtrykket »spontan«

---

[42]) Ogsaa i fremmed Ret kan man spore forskelligartede Paavirkningsfænomener. Dette er saaledes Tilfældet for Romerrettens Vedkommende i Forhold til græsk Ret og andre provinsiale Retssystemer. Navnlig maa det formodes, at Udviklingen af den romerske Peregrinret paa flere Punkter skyldtes »spontan« Reception af fremmed Ret, — hvilket igen kan have paavirket Udviklingen af jus gentium. Ofte nævnes selve den romerske Formularproces som det mulige Resultat af en saadan Udvikling. Indenfor Privatretten kan man dog for klassisk Rets Vedkommende kun paavise faa Tilfælde af saadan Reception. De fleste hidrører fra hellenistiske og provinsiale Handelssædvaner og Banksædvaner, hvis egentlige Oprindelse i sig selv er tvivlsom. Dette gælder for Eksempel den romerske Udformning af Vanhjemmelsansvaret som et Evictionsansvar, den rhodiske Havariret, Servitutstiftelse »pactionibus et stipulationibus« og maaske ogsaa omend mere tvivlsomt Bortforpagterens Sikkerhedsret i »invecta et illata«.

Overfor saadanne praktisk betonede Receptionstilfælde staar netop i romersk Ret et helt andet Paavirkningsproblem, nemlig det, der drejer sig om at afgøre Betydningen af hellenistisk Filosofi og Retorik for Retsudviklingen. Indenfor Romerretsforskningen er det endnu ikke afklaret, hvilket Omfang og hvilke Konsekvenser denne Paavirkning har haft, og det ligger heller ikke helt klart, om fremmed Filosofi og navnlig Retsfilosofi allerede har haft væsentlig Betydning som Paavirkningsfaktor overfor den klassiske romerske Retsvidenskab. Ganske uanset disse mange Tvivlsspørgsmaal er Paavirkningsfænomenet aabenbart, og der synes her paa visse Punkter at foreligge en Parallel til den Paavirkningstype, man i dansk Ret støder paa i Tiden efter Danske Lov, for saa vidt angaar Paavirkningen gennem udenlandsk Retsvidenskab. Det var forøvrigt yderst karakteristisk for den græske Retorik, at den først og fremmest beskæftigede sig med en Analyse af principielle Modsætningsforhold, — jfr. f. Eks. species contra materia, voluntas contra verba, — uden i og for sig eensidigt at forfægte eet Standpunkt fremfor et andet. Den fremmede Problemstillingsmetode blev imidlertid af meget væsentlig Betydning for den romerske Retslære. Det saakaldte Viljesdogme har maaske længst tilbage sin Rod i hellenistiske Impulser og maaske paa samme Maade Vildfarelseslæren og flere andre grundlæggende »romanistiske« Konstruktioner, og ned igennem Tiderne har Analyser af de retlige Grundproblemer saaledes øvet sin Indflydelse udover Landegrænserne.

Forholdene i det 17. og 18. Aarhundrede her i Landet minder i og for sig paa visse afgørende Punkter om Receptionssituationen i Romerrettens Blomstringsperiode. Samfundstrukturen var der lige som her fast opbygget paa et langsomt udviklet nationalretligt Retsgrundlag. Republikkens Retssystem var

Reception, ud fra det Synspunkt, at fremmed Ret ikke her trænger ind paa Basis af en eksklusiv retlig Overvejelse, men forsaavidt spontant fremkommer som Led i en organisk Samfundsudvikling *eller* som Følge af Kendskab til fremmed Ret uden Erkendelse af dens Begrænsning til fremmed Retsomraade. Nogle Eksempler vil kunne illustrere Tankegangen nærmere.

a. Fremmede Retsreglers og Retssædvaners Indtrængen i Samfundslivet og Anerkendelse i Samfundet kan f. Eks. være Resultat af

aa. Optagelsen af et fremmed Statsborgerreglement i Befolkningen. Den romerske Peregrinret eller mange af Folkevandringstidens Retsdannelser viser dette[42a]).

bb. Merkantil, kulturel eller politisk Kontakt med fremmedretligt dominerede Livsforhold. Ikke mindst paa Sørettens og Handelsrettens Omraade har den retlige Reception været et Akcessorium i Forhold til Samkvemmet og Vekselvirkningen mellem Ind- og Udland.

cc. Eksistensen af fremmedretligt dominerede Magtgrupper i Samfundet. Det mest fremtrædende Eksempel herpaa er utvivlsomt Romerkirkens kanoniske Kirkestater.

dd. Politisk betonede og begrundede Krav om Indførelse af fremmedretlige Institutioner. Dette er navnlig et Forhold, der spiller en Rolle i Nutiden. Indenfor den kollektive Arbejderrets Omraade kan man finde flere Eksempler paa en saadan Formidling af fremmed Ret, først og fremmest ved selve Spørgsmaalet om Anerkendelsen af den kollektive Overenskomsts Retsbeskyttelse. Som et Kuriosum fra nyeste Tid kan anføres Lov Nr. 278 af 1948 om Tipning, hvis Fremkomst formentlig delvist var foraarsaget af fremmede Forbilleder.

---

den faste Ramme for hele Retsudviklingen lige indtil den sidste Kejsertid. Herhjemme var Danske Lov skabt med de gamle Landskabslove som Hovedfundament, og Retsvidenskaben maatte her søge sin Næring i den universelt prægede europæiske Retsvidenskab. Den nævnte Parallel er naturligvis ingenlunde dækkende for saa vidt angaar de fremmede Paavirkningsfaktorers Betydning og Paavirkningens konkrete Beskaffenhed.

[42a]) Paavirkningsproblemets Særegenheder og specielt det uhyre komplicerede Forhold mellem romersk Ret og germansk Ret i de germanske Samfund i de første Aarhundreder efter Romerrigets Opløsning er paa indgaaende Maade belyst i A. von Halban's store Værk: »Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten« I—III (Breslau 1899—1907), jfr. navnlig den principielle Vurdering af hele Paavirkningsforholdet, III, S. 353—421. Medens saa mange Retshistorikere behandler Paavirkningsproblemer paa en haandfast Maade, der synes at vidne om manglende Indsigt i eller Sans for den menneskelige Kulturudviklings Sammensathed, udmærker denne Forfatter sig ved en levende Sans for de komplicerede Processer, der opstaar, naar to Retskulturer mødes. Man maa give ham Ret i, at »eine mathematisch genaue Antwort unmöglich erscheint. Kennt selbst die Naturwissenschaft Phänomene, deren Vieldeutigkeit jeder Analyse widersteht, weil sie auf vielfache und verschlungene Wurzeln zurückgehen, so gilt dies in noch höherem Grade für die Rechtsgeschichte und für die vergleichende Rechtswissenschaft. Die Wurzeln der Rechtserscheinungen sind weit mehr verschlungen als die der naturwissenschaftlichen Phänomene«. (III, S. 355.)

b. Et — navnlig i ældre Tid — højst betydningsfuldt Eksempel paa Formidling af fremmed Ret er Anvendelsen af fremmedretligt skolet Personel i Retsudøvelsen. Det er sikkert vigtigt at holde dette Forhold principielt ude fra den under 1) omtalte teoretisk-juridiske Reception, selvom begge Fænomener kan optræde i nær Tilknytning til hinanden. Karakteristisk for de her nævnte Tilfælde er nemlig netop den Omstændighed, at fremmed Ret indføres og anvendes ud fra den Indstilling, at den har Gyldighed uden videre paa det nationale Retsomraade. Den romerske Reception i Europa skyldtes, som allerede tidligere berørt, i høj Grad Forestillingen om Romerretten som en almengyldig Universalret. Hvor en saadan Forestilling parredes med Anvendelsen af romerretligt skolet Personel fremkom romersk Influens som en spontan Følge af denne særegne Samfundstilstand.

Vender man Blikket mod de særegne Vilkaar, Retsudviklingen her i Landet var betinget af i Tiden efter Danske Lov, hvor navnlig de første Forsøg paa Dannelsen af en selvstændig Retsvidenskab præger Billedet, vil man se, hvorledes denne Tidsperiode udgør en Overgangstid ogsaa i paavirkningsmæssig Henseende. Retstilstanden her i Landet var indtil det 18. Aarhundrede enten ganske upaavirket af fremmed Ret eller dog kun præget af sporadiske Tilfælde af spontane ikke-teoretiske prægede Receptionsdannelser.

I sine første Faser var den hjemlige Retsvidenskab saa uselvstændigt baseret paa en Efterligning af de i romanistisk præget Teori opbyggede Systemer, at Retsvidenskaben selv i flere Henseender var Udtryk for en spontan, teoretisk uselvstændig Reception, og først efterhaanden fik den Karakter af en selvstændig national Retsvidenskab i den ovenfor under 1) omtalte Forstand. Muligheden for en virkelig omfattende kritikløs Overførelse af fremmede Retsbegreber i Retsudøvelsen og Domspraksis fremkom imidlertid først, da de faglærte Jurister blev enehersk ende eller dominerende i Domstole og Administration, men dette skete herhjemme først saa sent, at den Paavirkning, der fandt Sted af gældende Ret, i det væsentlige fik Karakter af en middelbar Influens, hvor fremmede Retssynspunkter farvede Problemstillingen, men ikke kritikløst blev lagt til Grund. Der er derfor kun faa rene Eksempler paa en paa Grundlag af fremmedretlig juridisk Skoling fremkommet Behandling af fremmede Retsregler som danske. Derimod er der især fra den sidste Del af det 18. Aarhundrede overordentlig mange Eksempler paa Behandling af danske Retsregler, som om de var Led i et fremmed Retssystem, men dog stadig forbundet med Bevidstheden om, hvad der var dansk, og hvad der var fremmed Ret. Endelig ligger flere Tilfælde paa Overgangen fra en spontan Reception til en bevidst, teoretisk formidlet Anvendelse af fremmed Ret.

IV. I Tilslutning til, hvad der ovenfor er anført om det retlige Paavirkningsproblems almindelige Karakter, kan der være Grund til at

forsøge at udskille forskellige »Paavirkningstyper« fra hinanden som en særlig Indledning til de følgende Specialundersøgelser indenfor dansk Formueret i den første Periode efter Danske Lov. Netop fordi det meste af den Paavirkning, der i denne Periode er Tale om, er en af en principielt nationalretligt orienteret Retsvidenskab formidlet Paavirkning, fremtræder hvert enkelt Eksempel paa Forbindelse mellem dansk og fremmed Retsudvikling med et individuelt Særpræg, naar Opmærksomheden særligt rettes mod Spørgsmaalet, *hvilken Betydning* fremmed Retsopfattelse i dette Tidsrum har haft for dansk Ret.

De fleste af de nedenfor nævnte konkrete Tilfælde kan i hvert Fald i visse Henseender placeres indenfor følgende Kategorier:

1) Reception af fremmede Retsregler resulterede i en Fortrængning af konkrete Retsregler, der hidtil var anerkendt i dansk Ret. Der tænkes altsaa navnlig her paa, hvad der kunde kaldes en Drejning af Retsopfattelsen indenfor allerede erkendte Retsspørgsmaal.

2) Hel eller delvis falsk Identifikation af national Ret med fremmed Ret, eller Indtrængen af ny retlig Problemstilling, der danner Basis for en Udvidelse eller en Differentiering af det hidtidige Retssystem[42b]).

Ad 1) Der er ikke i dansk Ret Eksempler paa Reception af større Dele af et fremmed Retssystem en bloc[43]), saaledes som det kendes fra Udlandet. Derimod er der flere Eksempler paa direkte Udskiftning af 2) Hel eller delvis falsk Identifikation af national Ret med fremmed Ret, Primært er saadanne Tilfælde kendetegnet af, at Retsopfattelsen ikke udvides til at omfatte nye Retsproblemer, men at hidtidige Standpunkter overfor konkrete Retsspørgsmaal blot opgives til Fordel for den afvigende i fremmed Ret kendte Regel.

Drejningen af Retsopfattelsen kan navnlig indtræde paa ulovbestemte

[42b]) En saadan Udvidelse og Differentiering af Retssystemet som Følge af Berøring med fremmed Ret er et i den europæiske Retshistorie hyppigt forekommende Fænomen. Halban taler om »die äussere Angliederung fremder Rechtsbestandteile an das eigene Recht, ohne Ausschaltung der eigenen, daher ohne wesentliche Alterirung der Rechtsgrundlagen, so zwar, dass die neuen Elemente entweder Annexe des alten Systeems bilden, oder den entsprechenden Elementen des eigenen Rechtes angeschlossen werden. In dieser Weise erfährt das bisherige Recht eine, für einzelne Rechtsgebiete wichtige, Bereicherung durch den Hinzutritt neuer Bestandtheile, ohne die betreffenden eigenen auszuschalten.« (l. c. III, S. 383.)

[43]) Herved tænkes altsaa paa det, man kunde karakterisere som Anerkendelse af Partier af et fremmed Retssystem som national Retskilde. Halban, l. c. 383 og 399, fremhæver med Rette den meget store Forskel, der er paa Overtagelse af enkelte Elementer af fremmed Ret (eller fremmed Retskulturs Betydning som Incitament for den nationale Retsudvikling) paa den ene Side, og »die Übernahme eines ganzen Rechtssystem, d. h. der fremden Rechtselemente, unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Begriffskategorien des Rechtes, dem diese Elemente angehören« paa den anden Side. Hvis der kun er Tale om Fortrængning af Elementer af det nationale Retssystem ved Overtagelsen af Elementer af fremmed Ret, faar den indtrængende Regel ikke nødvendigvis samme Stilling i det reciperende Samfund, som det har haft i Oprindelseslandet. »Es wird zwar die bisherige Gestalt des Rechtes, aus dem etliche der eigenen Rechtselemente verdrängt wurden, verändert; aber die Veränderung vollzieht sich nicht durchwegs im Sinne der eingedrungenen fremden Elemente, welche auf dem neuen Boden eine oft sehr wesentliche Alterirung erfahren.«

Omraader, hvor Modstandskraften i den hidtidige Retsopfattelse er ringe.

Som Eksempler fra dansk Ret kan nævnes Anerkendelsen af Kautionistens beneficium ordinis, Indførelsen af Generalhypoteket, Fremkomsten af Krav om særlig Hæveaftale som Forudsætning for Hæveret ved Misligholdelse og, som et mere tvivlsomt Eksempel, Kravet om Denuntiation til Cessus ved Overførelse af Fordringer.

Den danske Kautionsrets Udvikling skal ikke omtales her, men det maa vistnok antages, at Forloveren ikke havde *beneficium ordinis* i ældre dansk Ret, men at han tværtimod indtil Slutningen af det 17. Aarh. hæftede som Selvskyldner. Hvis dette er rigtigt[44]), vil det samtidig sige, at dansk Ret forud for Indførelsen af Beneficiet i og for sig rummede en Standpunkttagen til det, man kunde kalde Spørgsmaalet om Kautionistens Retsstilling under Retsforfølgning fra Kreditors Side. Receptionen medførte derfor blot en ændret Holdning overfor et i den hidtidige Retsopfattelse allerede erkendt Problem.

Paa lignende Maade synes *Generalhypotekets* Indtrængen, der fandt Sted i Løbet af den sidste Trediedel af det 18. Aarhundrede[45]), samtidig at være en Fortrængning af en i tidligere Retspraksis klart formuleret Regel om, at Prioritet som Panthaver forudsætter Pantsætning af bestemt afgrænsede Formuegoder. Der var her Tale om en Reception, som egentlig stod uden direkte Forbindelse med det romerske Panteretssystems Grundprincipper. Gennem lange Tider var vort Realkreditsystem blevet opbygget i nær Tilknytning til Tinglysningsvæsenet, og allerede dette Grundlag medførte en Del principielle Forskelle i Forhold til den romerske Panteret. Retspraksis greb paa dette Omraade et Fragment af en fremmed Retsorden, fordi den ældre danske Lovgivning ikke frembød fuldt tilstrækkelig Støtte overfor den fremmedretlige Impuls. Retspraksis paa dette Omraade blev som bekendt legaliseret i 1841, men ved Konkursloven forsvandt Generalhypoteket atter fra dansk Ret.

I Slutningen af det 18. Aarhundrede gennemførte Højesteret endvidere i ret vidt Omfang Kravet om, at Hæveretten i visse Situationer var betinget af en *særlig Hæveaftale,* — *»lex commissoria«*[46]). Ogsaa dette Tilfælde er interessant til Belysning af Receptionsfænomenet. Kravet om særligt aftalt Hæveadgang stod i uløselig Forbindelse med det oprindelige romerske Aktionssystem. Efter dette havde Sælgeren kun Valget imellem en actio til Opfyldelse eller slet ingen actio. Den Mulighed at reagere med Ophævelse, naar en Kontrakt var blevet misligholdt, stod i hvert Fald paa Køb- og Salgsrettens Omraade Romerne fjernt. Herhjemme eksisterede der ikke nogen Aktionsformularer som

[44]) Jfr. nærmere herom ndf. Kap. 10, I.
[45]) Jfr. nærmere ndf. S. 202.
[46]) Jfr. ndf. S. 87 og S. 268 ff.

Hindring for Hæveretten ved bristende Vederlagsforudsætninger, og Retspraksis omkring Midten af det 18. Aarhundrede tyder da ogsaa nærmest paa Anerkendelse af en ret almindelig Hæveregel. Desuagtet sejrede ogsaa paa dette Omraade et Fragment af det romerske Retssystem en Overgang i dansk Ret. Her overtog man en enkelt positiv fremmed Retssætning uden iøvrigt at indlade sig paa de principielle Forudsætninger, hvormed den var uløseligt forbundet.

Endvidere kan maaske som Eksempel nævnes den ældre Retspraksis med Hensyn til Spørgsmaalet om *Cessi Adgang til at frigøre sig overfor Cedenten trods Transport af Fordringen.* Havde Forholdet nu været det, at Retspraksis lige siden Danske Lov havde staaet paa det Standpunkt ved Fortolkningen af DL 5-14-56, at Cessionaren maatte bære Risikoen, naar han ikke gav Cessus Underretning om Overdragelsen, vilde det næppe være berettiget at forklare denne Regel som et Eksempel paa Reception. Som det nedenfor skal blive nærmere paavist, gik Udviklingen imidlertid saaledes, at Retspraksis, der oprindelig lagde Risikoen paa Cessus, senere svingede over til at kræve Denuntiation som Betingelse for Afvisning af Betalingsindsigelsen og Legitimering af Cessionaren. Dette Forhold stiller Sagen i en særegen Belysning, hvis det paa dette Retsomraade specielt drejer sig om at afgøre Spørgsmaalet om fremmed Rets Betydning.

I et Tilfælde som det sidstnævnte er der i Virkeligheden to Problemer at tage Standpunkt til, dels om selve den oprindelige Tvivl om den nærmere Anvendelse af DL 5-14-56 i en Overførelsessituation stod i Forbindelse med Kendskabet til fremmed Ret, dels om den senere Drejning indenfor Retspraksis i Slutningen af det 18. Aarh. skal opfattes som et Receptionsfænomen paa samme Maade som i de førstnævnte Eksempler.

Ad 2. Kun yderst sjældent fremviser den nyere Retsudvikling Eksempler paa Reception af fremmed Ret, hvor denne efter sit Indhold er ganske uden Berøringspunkter med selvstændige Tendenser i den nationale Retsudvikling. Som Regel er der derfor kun Tale om, hvad man kunde kalde »blandet Reception«.

Den romerretlige Ekspansion i Tyskland er, som allerede omtalt, i denne Henseende et ret enestaaende Fænomen. Heller ikke denne var ganske vist af ensartet Beskaffenhed indenfor de enkelte mindre Retsomraader, men selve det Forhold, at store Dele af den romerske Ret blev reciperet in complexu, var i en lang Række Tilfælde ensbetydende med væsentlige og radikale Brud med den hidtidige Retsudvikling. I jo højere Grad fremmedretlig Influens formidles gennem en national Retsvidenskab, for hvilken de nationale Retskilder principielt er eneafgørende indenfor de Livsomraader, de omfatter, desto vanskeligere finder en saadan Reception Sted. Hvor Paavirkning skyldes Retspraksis alene, eller rettere Dommernes fremmedretlige Kundskaber, gælder

ganske det samme, under den Forudsætning, at Dommerne har samme principielle Syn paa Retskildespørgsmaalet som lige nævnt.

Her i Landet, hvor der næppe nogensinde har hersket nogen egentlig Tvivl om, at Romerretten principielt var at betragte som fremmed Ret, der følgelig ikke havde nogen som helst bindende Virkning i Danmark[47]), kan det ikke undre, at de hyppigste Paavirkningstilfælde i Tiden efter Danske Lov netop var Tilfælde, hvor fremmedretlige Synspunkter kunde snige sig ind i Bevidstheden, fordi der var Tilknytningspunkter i den nationale Lovgivning eller Retspraksis. I saadanne Tilfælde foregik der ret ofte en Slags *Identifikation* af dansk og fremmed Ret. Det er afgørende, at saadanne Identifikationer ofte var uberettigede, og i hvert Fald let kunde faa Konsekvenser uden for de specielle Retstilfælde, hvor Identifikationen efter Omstændighederne kunde anses berettiget in concreto[47a]). Sommetider minder Forholdet om en »autentisk Fortolkning« ved Hjælp af fremmed Ret.

Spørgsmaalet om *Tilladeligheden af Fremleje* kunde være tvivlsom efter Danske Lov, da 5-8-12 alene taler om Fremlaan, og Reglen i Danske Lov 3-13-1 om Fæsteforhold maatte opfattes som en speciel Regel. I Naturretten var man, sikkert under Indtryk af romersk Ret, stemt for principielt at ville tillade Fremleje, og i Slutningen af det 18. Aarhundrede synes Praksis at have godkendt denne naturretligromerske Sætning. Navnlig kan paa dette Omraade fremhæves Sagen HP 1792 A. 971, der handler om Leje af en Mølle. Lejeren havde overladt Brugen af Møllen til en anden, og Udlejeren paastod derfor Lejemaalet for misligholdt. Desuden anførte Udlejeren, at Møllen ikke var blevet kontraktsmæssigt vedligeholdt. Landstingsdommen, som gav Ejeren Medhold paa det sidste Grundlag, blev stadfæstet, men det fremgaar af Voteringerne, at Flertallet, som afviste Analogien af 3-13-1, var af den Opfattelse, at Fremleje udenfor Fæsteforhold maatte være tilladt. Naar Falsen udtalte »I Følge denne Sætning (at Fæstebrevet maatte anses som en Lejekontrakt) bliver det efter 5-8 klart, at en Lejer maa kunne overdrage det lejede til en anden, og Ejeren har blot Ret til at fordre Lejen og . . . det lejede uskadt tilbage . . .« er det højst sandsynligt, at dette Syn paa Danske Lov skyldtes fremmede Retsynspunkter. En Højesteretsdom af 27. Juni 1800[48]) viser, at Højesteret dog ikke opretholdt Standpunktet, der iøvrigt havde vundet Tilslutning hos Nørregaard og Hurtigkarl. Denne Dom drejede sig om et Forpagtningsforhold. Fremlejeret blev nægtet med 5 Stemmer mod 4. Førstvoterende Brorson udtalte: »vel har man indvendt, at sublocatio ej i Almindelighed, men

---

[47]) Forholdet for Naturrettens Vedkommende har, som tidligere nævnt, stillet sig noget anderledes.

[47a]) Af denne Grund behandles det, der her er kaldt Identifikationstilfælde, sammen med de Tilfælde, hvor fremmedretligt farvet Problemstilling uden klart paaviselige Tilknytningspunkter er trængt ind og har præget den iøvrigt nationalretligt baserede Retsopfattelse.

[48]) Astraea 3. Bind, Side 414, HP 1800. 482.

kuns under specielle Omstændigheder maa være indskrænket. Disse Omstændigheder kan alene af Ejeren bestemmes ... Birkedommerens Dom bør ved Magt at stande«. Dommen blev stærkt diskuteret efter dens Afsigelse (jfr. Astraea l. c.). Ørsted fastslog paa en for ham karakteristisk Maade (Haandbog V, S. 471), at Spørgsmaalet om Fremleje »ligger uden for den rene Retslæres Grænser, og det er aldeles empiriske Betragtninger, som maa lede ved dets Afgørelse«. Herved blev dansk Ret staaende, og Dogmet om Fremlejens Tilladelighed vandt saaledes ikke udover en kort Overgang Indpas i dansk Ret, saaledes som det gjorde det i flere europæiske Landes Kodifikationer, og op til Nutiden er Praksis snarest gaaet i Retning af at fastholde, at Fremleje som deklaratorisk Regel ikke er tilladt. Ogsaa Lejeloven af 1937 følger denne Linie.

Ofte gælder det, som i det ovenfor nævnte Eksempel, at den Rolle, Romerretten har spillet, enten er uvæsentlig eller tvivlsom, men i andre Tilfælde har der været Tale om dyberegaaende Ændringer i Praksis.

I Ly af Danske Lov 5-3-33 fastslog Højesteret saaledes *Kravet om tinglig Overdragelsesretshandel,* jfr. den vigtige Dom fra 1772, HP 1772. 274, saaledes at den blotte Købekontrakt vedrørende Salg af fast Ejendom, selv naar den var tinglyst, ikke gav Erhververen samme Beskyttelse som et Skøde. Af mindre vidtgaaende Betydning var Identificeringen af 5-8-14 med Kravet om *diligentia quam in suis rebus.* Dette Standpunkt fastholdtes ogsaa kun kort Tid.

Blandet Reception kan af og til foreligge paa den Maade, at Standpunktet i Retspraksis vel identificeres med fremmed Ret, men at dette sker, uden at man drager de fulde Konsekvenser af Identifikationen. Saaledes er der Grund til at antage, at Domspraksis blandt andet i Standsningsretssager medførte, at *Kravet om Traditio som Forudsætning for Overdragelse af Ejendomsret* blev anset for almindeligt gældende i det 18. Aarhundrede. Man medtog dog ikke Muligheden for, at Traditio kunde foreligge i Form af constitutum possessorium, før Ørsted gik ind for dette. Nu er det rigtigt, at constitutum possessorium paa ingen Maade var almindeligt anerkendt i den klassiske romerske Privatret, men den ovenfor nævnte Inkonsekvens skal ganske sikkert ikke forklares paa den Maade, at Receptionen hvilede paa den »rene« klassiske Romerret. I Datiden behandledes Romerretten kun i meget ringe Grad ud fra en historisk Synsvinkel. Forholdet er sikkert ganske simpelt det, at Traditiostandpunktet blot var Udtryk for en delvis og falsk Identifikation med Romerretten, og at den retlige Betydning af Besiddelsesafgang eller Overlevering slet ikke havde sin Oprindelse i romersk Ret.

Naar ældre Retspraksis i ret vidt Omfang tillod Efterpanthaveren at rykke op, saafremt den foranstaaende Panteret af en eller anden Grund faldt væk, kan det diskuteres, om dette Standpunkt var beslægtet med

det romerske Princip *pignoris causa indivisa est,* men som det nedenfor skal blive nærmere omtalt, benyttede man sig ikke af de væsentlige Modifikationer, som de romerske Kilder gav Mulighed for at gøre; navnlig syntes man ikke at ville anerkende nogen Form for »hypotecarisk Succession«.

De i Lovgivning og Retspraksis udviklede Regler om *Fuldmagt og Repræsentation* blev til en vis Grad identificeret med det romerske Mandat, til trods for de vigtige principielle Forskelle, der paa dette Omraade er og var mellem dansk og romersk Ret. I Modsætning til det oprindelige romerske Princip har dansk Ret vist nok aldrig opfattet Fordringsretten som et strengt personligt Forhold, der kun kunde bestaa direkte mellem de Personer, der havde stiftet det. Maaske spiller det her ind, at ogsaa senere romanistisk Teori havde forladt dette Standpunkt. I hvert Fald synes »umiddelbar« Repræsentation hurtigt at være blevet anerkendt i dansk Ret. Desuagtet har muligvis de romerske Mandatsregler øvet Indflydelse paa de enkelte Punkter. Saaledes trængte vist nok allerede i det 18. Aarhundrede den Regel ind i Retspraksis, at Mandatet ubetinget bortfalder ved Mandantens Død. Naar man ikke blot opfatter Mandatsforholdet som en Hvervgivelseskontrakt, men ogsaa i Mandatet efter Omstændighederne indlægger en Bemyndigelse til at binde Hvervgiveren og eventuelt ogsaa anerkender en særlig Adgang for Mandataren til at forpligte Hvervgiveren endog udover en foreliggende Bemyndigelse, bliver Spørgsmaalet om Betingelserne for Mandatets Bortfald af særlig Betydning specielt i Forholdet til Trediemand. Netop af disse Grunde er Princippet om Mandatets Bortfald ved Mandantens Død blevet forladt jfr. Firmalovens § 30 og Aftalelovens § 21.

To Retssager fra Slutningen af det 18. Aarhundrede illustrerer dette vanskelige juridiske Problem ogsaa i paavirkningsmæssig Henseende. Den første Sag[49]) handler egentlig om et Kautionsforhold i et løbende Kreditmellemværende. Kautionistens Enke fremkom blandt andet med den Indsigelse, at Hovedmandens Gæld var opstaaet efter hendes Mands Død.

To Dommere anførte følgende subtile Ræsonnement: Kautionsforpligtelsen kan ikke binde Kautionisten til mere, end hvad Hovedmanden selv forpligtede sig til. Da Hovedmanden ikke kan gøre Gæld efter sin Død, maa dette ogsaa gælde Kautionisten. Majoriteten dømte imidlertid Kautionisten og stadfæstede de afsagte Domme, fordi Kautionsbeviset var uden Indskrænkninger, — »altsaa angaar den ikke obligationes personalissimas, saadanne nemlig som mandatum etc., men obligationes pecuniarias«. Dette Ræsonnement antyder netop en principiel Anerkendelse af Princippet om Mandatets Bortfald ved Død, og i en følgende Sag[50]) kom det til direkte Paakendelse. I dette Tilfælde var

[49]) HP 1786. 293.
[50]) HP 1794B. 692.

der Tale om en Fuldmagt, som en formuende Dame havde givet sin Søn, gaaende ud paa at denne kunde »fremme Laan til Boets Fordel«. Mandataren optog da et Laan paa 50.000 Gylden, men senere viste det sig, at Moderen var død, allerede forinden Laanet blev optaget. Højesteret omstødte de ergangne Domme og frifandt Boet for at hæfte overfor Laangiveren, dels fordi Laanet var optaget hele 3 Aar efter Moderens Død og fordi Proklama i hendes Bo var udløbet, dels fordi det maatte antages, at Sønnen var vidende om Moderens Død, da han optog Laanet. Spørgsmaalet om Hensyntagen til Laangiverens gode Tro berøres ikke i Vota. Falsen fremhævede, at »enhver Fuldmagt maa anses annihileret ved Mandantens Død«. En enkelt Dommer (Jacobi) dissentierede, idet han bemærkede, at »det gaar ikke altid an i det daglige Liv at antage, at Fuldmagtens Virkning ophæves ved Mandantens Død«. Han vilde derfor stadfæste Landstingsdommen. Højesterets Standpunkt gik stik imod, hvad der paa dette Punkt blev doceret i Teorien. Baade Nørregaard og Hurtigkarl hævdede, at Fuldmagten ikke faldt bort ved Mandantens Død. Ørsted derimod gik imod den tidligere Teori og kom derved paa Linie med Praksis[51]). Det er uvist, om Praksis i det 19. Aarhundrede gennemførte det romerske Princip ogsaa i Tilfælde, hvor Trediemand ikke kendte Dødsfaldet. Hvis dette ikke har været Tilfældet, har Overgangen til det nugældende Princip ikke været særlig vanskelig eller betydningsfuld, maaske bortset fra de Tilfælde, hvor Trediemand trods Kendskab til Dødsfaldet har Grund til at regne med, at Dødsfaldet ikke bringer Forudsætningerne for Bemyndigelsen til at briste. Dette forekommer navnlig i Forretningsforhold, og det er maaske derfor ikke saa mærkeligt, at det var Firmaloven, som først udtrykkeligt brød med det ældre Princip.

Fornylig er det særligt komplicerede Spørgsmaal om *caveat emptor-Reglens retshistoriske Baggrund* blevet gjort til Genstand for Undersøgelse[52]). Stig Iuul paaviser, hvorledes denne for al Køb og Salg saa vigtige Regel ingenlunde som almindeligt antaget er reciperet fra romersk Ret, men at den tværtimod har Rødder langt tilbage i germansk og angelsaksisk Ret, og i sit Udspring er væsensforskellig fra de romerske (justinianske) Mangelsregler, der har øvet overordentlig Indflydelse paa kontinental Ret. Foruden særlige Forskelle, som f. Eks. m. Hensyn til Manglers Betydning indenfor Torvehandelen, fremhæver Stig Iuul mere principielt: »Efter gammel tysk ret maatte køberen se sig vel for, fordi der principielt ikke var mulighed for at hæve et køb paa grund af mangler ved salgsgenstanden. Efter romersk ret maatte han se sig for, fordi han ikke kunde paaberaabe sig mangler, der betragtedes som aabenbare. Efter begge retssystemer medførte det altsaa — omend i forskelligt omfang — en betydelig risiko for køberen

[51]) Haandb. VI S. 59, jfr. Gram, Formueret II, 2 S. 535 og Lassen, alm. Del, 1892 S. 122.

[52]) Jfr. Stig Iuul »Caveat emptor-Reglens Oprindelse«, Festskrift til Henry Ussing, 1951 S. 220 f.

enten helt at undlade at undersøge tingen eller at foretage en overfladisk undersøgelse«.

Omend der her røres ved selve Kernen i Problemet om Forholdet mellem romersk og ikke-romersk Retsopfattelse paa dette Omraade, forfølger Stig Iuul tilsyneladende ikke dette Udgangspunkt ved Bedømmelsen af Mangelsreglernes indbyrdes Slægtskabsforhold og deres Udvikling i dansk Ret. Denne Udvikling er, som paapeget af Stig Iuul, yderst vanskelig at efterspore, og Placeringen af denne Del af Retssystemet i dens rette paavirkningsmæssige Sammenhæng er af mange Grunde usikker. (Jfr. l. c. S. 233.)

Hvis man betragter de to klarest udviklede Eksempler paa de divergerende Retsopfattelser med Hensyn til dette Spørgsmaal, nemlig justiniansk Ret og engelsk Ret, og i første Omgang lader gammel germansk Ret og kontinental Blandingsret ude af Betragtning, faar Problemet saavel udviklingshistorisk som i Almindelighed skarpere Konturer. Den dybeste Forskel paa de i de nævnte Retssystemer repræsenterede Retsopfattelser vedrører vistnok ikke primært og principielt Spørgsmaalet om, hvilke Krav der skal stilles til en Købers Paapasselighed, saaledes som Spørgsmaalet almindeligvis behandles, men derimod Spørgsmaalet om, hvad der ud fra en retlig Bedømmelse kan siges at være Genstanden for et Salg, eller sagt paa en anden Maade, om Retsordenen (eventuelt subsidiært) opererer med, hvad man kunde kalde et almindeligt objektivt Mangelsbegreb, hvortil svarer Forestillingen om Kvalitetskrav, der paalægges Sælgeren uafhængigt af Købsbetingelserne[53]). En saadan Forestilling svarer til det, der i engelsk Ret kaldes »implied warranty or condition«[54]).

Udviklingen i romersk Ret synes mest rammende karakteriseret af Monier[55]), naar han siger: »En droit classique, la vente a, en principe, pour objet, la chose telle qu'elle est, tandis que dans le droit de Justinien, on peut dire qu'elle a pour objet, la chose *»telle qu'elle devrait être«*, et si les apparences ne sont pas conformes à la réalité, l'acheteur est garanti par le contrat lui-même: le vendeur est, de plein droit responsable des vices de la chose«. Stiller man heroverfor engelsk Rets Udgangspunkt: »Subject to the provisions of this Act and of any statute in that behalf, *there is no implied warranty or condition as to the quality or fitness for any particular purpose af goods supplied under*

[53]) Hermed kan sammenholdes Dig. 21.1.33 og 19.1.6.4. I det sidste Kildested refererer Pomponius med Tilslutning en Udtalelse af Labeo i Forbindelse med Omtale af Betydningen af Mangler ved Køb og Salg af Fade i et Tilfælde, hvor der intet er sagt om, at Fadet skal være helt og der ikke foreligger Svig: »Labeo contra putat, et illud observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debat; et est verum«. Medmindre det modsatte er aftalt, skal man altsaa efter romersk Anskuelse i alle Tilfælde levere god og brugbar Vare, jfr. hertil Monier »Manuel« II, S. 201.

[54]) Jfr. The Sale of Goods Act. S. 12—14.

[55]) Jfr. Raymond Monier »Manuel élémentaire de droit romain«, 2. Bind, S. 192.

a contract of sale ...« (SGA S. 14), træder den ovennævnte principielle Forskel umiskendeligt frem[56]).

Vender man nu Blikket mod dansk Ret, forekommer det mig indlysende, at denne paa dette Punkt — som paa saa mange andre — principielt er nærmest beslægtet med den romanistiske Tankegang. Købelovens § 42 indleder med at forudsætte som noget objektivt konstaterligt, at en Ting kan lide af Mangler, og det er da ogsaa en fast Anskuelse, at man i dansk Ret ved Siden af det konkrete Mangelsbegreb opererer med et abstrakt Mangelsbegreb, at Salgsgenstanden skal have den Brugbarhed og Værdi, der er den almindelige ved Genstande af den paagældende Art. Hertil kommer saa Reglen i § 47 om Betydningen af en Mangels Synlighed, en Regel, der sikkert, som ogsaa anført af Ussing, jfr. »Køb« 2. Udg. S. 128, gaar tilbage til romersk Ret, men som blot ingen principiel Sammenhæng har med caveat emptor-Reglen forstaaet som den Term, der dækker over det principielle Standpunkt i engelsk Ret. Noget helt andet er, at engelsk Ret gennem Reglerne om »fitness for a particular purpose« og »merchantableness« som »implied conditions« er naaet til en Retstilstand, som reelt ligger meget nær det praktiske Resultat af dansk Rets Regler. Ældre engelsk Praksis viser derimod klart Afstanden mellem de kontinentale caveat emptor-Regler, (der indbyrdes udviser store Forskelle, jfr. Stig Iuul I c 233) og den engelske caveat emptor-Regel, jfr. Barr v. Gibson (1838) om et Skibssalg, der blev indgaaet, efter at Skibet, Parterne uafvidende, var strandet og meget, men ikke totalt ødelagt. »In the bargain and sale of an existing chattel, by which the property passes, the law does not, in the absence of fraud, imply any warranty of the good quality or condition of the chattel so sold ... the simple bargain and sale therefore of the ship does not imply any contract that it is then seaworthy or in a serviceable condition ... Here the subject of the transfer had the form and structure of a ship, although on shore, with the possibility, though not the probability of being got off. *She was still a ship«*, hedder det i den Afgørelse, der afviste Køberens Indsigelse. I denne Udtalelse demonstreres det originale engelske caveat emptor-Synspunkt i sin fulde Strenghed, og det maa siges at ligge langt fra baade nugældende og ældre dansk Ret[57]).

Ørsteds Lære om »Hjemmelspligten i videre Forstand«, som er nær-

---

[56]) De to Grundanskuelser kan tilnærmes hinanden saa stærkt, at Købers og Sælgers Retsstilling bliver næsten identisk uanset hvilket af de principielle Udgangspunkter, der vælges. Det romerske Udgangspunkt kan kombineres med vidtgaaende Krav til Købers Opmærksomhed og Undersøgelsespligt, og det engelske Udgangspunkt kan kombineres med meget betydelige Udvidelser af Omraadet for »implied warranties« eventuelt saaledes, at der tillægges Køberens Forudsætninger om Tingens Beskaffenhed Relevans ud fra et objektivt Forudsætningssynspunkt, jfr. nærmere i det følgende.

[57]) Det kunde være nærliggende at sammenligne Barr v. Gibson med Sagen U.1917.18, men i sidstnævnte Tilfælde var Køberen af Skibet klar over, at det var i beskadiget Stand, omend mere, end Parterne ved Købet havde vidst.

mere refereret af Stig Iuul det anførte Sted, jfr. ogsaa Ørsted Haandbog V S. 129 og AfR I S. 495 f., er i hele sit principielle Tankeindhold i flere Henseender romersk farvet. Den vil ingenlunde tillade at betragte et Skibsvrag som et Skib[58]). De nedenfor refererede Domsvoteringer fra det 18. Aarh. viser ret tydeligt en Brydning mellem et strengt Standpunkt (lidt mindende om engelsk Ret), der af Stig Iuul sikkert med Rette betegnes som Konsekvens af den i Datiden herskende og formelt paa DL 5-1-2 baserede Teori om Fortolkningen af Kontrakter »stricti juris« og et for Køberen mildere Standpunkt. I en Retssag om to brækkede Skibsankre[59]) repræsenteres det første Standpunkt af en Majoritet, det sidste af Minoriteten. Ankrene var solgt med Garanti indenfor Aar og Dag for Smedearbejdet, men gik paa Grund af Jernets Beskaffenhed i Stykker efter denne Frist. Hos Majoriteten hedder det: »Citanten kan ej forbindes videre end hans Forpligt lyder«, hos Minoriteten »en Arbejdere bør levere forsvarligt Arbejd«. Det sidste Standpunkt blev det sejrende i dansk Ret, selvom det ikke herved overses, at den konkrete Kontraktfortolkning har haft og har dominerende Betydning.

Med Forestillingen om en almindelig Pligt til at præstere mangelfri Ydelse følger Nødvendigheden af i større eller mindre Grad at tage Hensyn til en Mangels Synlighed, medmindre Sikkerheden i Samhandelen betænkeligt skal svækkes. Dette akcepteredes i justiniansk Ret og i de af denne paavirkede Retsordener, og romersk Ret har næppe paa dette Punkt været uden Betydning for Opfattelsen herhjemme. Voteringerne i Højesteret viser, at manglende Paapasselighed ved Eftersyn af Salgsgenstanden ofte blev tillagt afgørende Betydning[60]) Det maa antages, at dansk Ret allerede i det 18. Aarhundrede anerkendte Størstedelen af de i romersk Ret opstillede Begrænsninger i Adgangen til at fremkomme med Mangelsindsigelser, i hvert Fald med Hensyn til de Tilfælde, hvor der forelaa Kendskab til Mangelen, eller denne var aabenbar. Naturretsforfatterne havde iøvrigt ogsaa reciperet romersk Ret paa dette Punkt[61])

At der imidlertid herskede megen Tvivl i Praksis ses af en vigtig

---

[58]) Det er fristende at sammenligne Lord Blackburns Udtalelse i Sagen Kennedy v. Panama Co. (1867): »Where a horse is bought under the belief that it is sound, if the purchaser was induced to buy by a fraudulent representation as to horses soundness, the contract may be rescinded. If it was induced by an honest misrepresentation as to its soundness, though it may be clear that both vendor and purchaser thought they were dealing about a sound horse, and were in error, yet the purchaser must pay whole price unless there was a warranty«; med Ørsteds Udtalelse AfR I S. 496: »I lige Maade er Den, der, til Exempel, sælger en anden en Hest, der har skjulte Feil, unægteligen forbunden til i det mindste at tilbagegive den Kjøbesum, han har modtaget for en Ting, der ikke var i den Tilstand, Contracten forudsatte«.

[59]) Da 5 Dommeres Vota ikke er klart angivet i Protokollen, 1760 A. 75, er det muligt, at det, der er refereret som Majoritetsstandpunkt, har været Minoritetsstandpunkt og omvendt. [60]) Ndf. S. 275. [61]) Jfr. Grotius, II, XII, § 9, og Pufendorf, V, III, § 5.

Sag fra 1780[62]). I November 1779 indgik Parterne Aftale om Levering af 23 Tønder saltet Kød, som Sælgeren allerede havde nedsaltet uden andre Salgsbetingelser, end at Tønderne skulde henstaa i Sælgerens Pakhus indtil Januar 1780, paa hvilket Tidspunkt de skulde indskibes og (af Køberen) sendes til Vestindien. Betaling skulde først ske ved Modtagelsen. Ved Aftalens Indgaaelse havde Køberen ladet aabne et Par af Tønderne, hvilket, saavidt man kan se af Sagen, ikke havde givet ham Anledning til Bemærkninger. Sælgeren præsterede for Hof- og Stadsretten Vidnesbyrd om, at han havde anvendt godt og ufordærvet Kød, og at Nedsaltningen var sket paa fuldt forsvarlig Maade. I 1780 nægtede Køberen imidlertid at modtage Varen, og ved Synsforretning i Marts blev det konstateret, at alt Kødet var fordærvet. Ved Hof- og Stadsretsdommen blev Køberen dømt til at betale Købesummen, og i Præmisserne hedder det: »Paa Contracitantens egen Risiko er det altsaa, at disse Tønder med Kød haver lagt saa længe i Hovedcitantens Pakhus. *Det er og hans egen Efterladenhed at tilskrive, at han ikke lod flere Tønder opslaa og Kødet efterse, førend han sluttede Kiøbet*«.

For Højesteret førte Køberen nu Vidner paa, at det udover den skriftlige Kontrakt skulde være aftalt, at Varerne skulde være af en saadan Kvalitet, at de kunde afsendes til Vestindien, hvilket jo ogsaa kunde synes at være naturligt at indlægge i Kontrakten, hvori Varernes Destination vistnok var anført. I hvert Fald havde Formaalet med Købet staaet Sælgeren klart ved Aftalens Indgaaelse. Ved en Syns- og Skønsforretning, der blev optaget til Brug for Højesteretssagen, udtaltes det *at Skaden maatte skyldes Forholdene ved Nedsaltningen, og at Kødet maaske havde taget Skade af Varme allerede før denne.* Sælgerens Kødleverandør hævdede dog at have leveret prima Varer.

En Minoritet paa 4 Dommere, der ikke vilde benægte, at Køberen maatte anses for at have Risikoen for Varen fra Aftalens Tidspunkt (bortset fra Anchersen, der ogsaa ytrede Tvivl paa dette Punkt), støttede sig paa Skønserklæringen og ansaa Handelen for indgaaet »paa Tro og Love«. »... Altsaa kan det ikke anses at være nogen Uforsigtighed af ham (d.v.s. Køberen), at han ikke har efterset enhver Tønde ...«, hedder det hos Minoriteten. Hertil føjer Anchersen den Bemærkning: »Da Transaktionen skete, maa man tro begges Tanker var, at naar de vilde have gode Penge, maatte de og levere gode Varer ...«

Majoriteten paa 8 Stemmer gik ikke ind paa Skønserklæringen, men fremhævede: »... det er den skriftlige Kontrakt, som man kan i denne Sag holde sig til. Købet var derved sluttet og Contracten fuldkommen. Brock (Køberen) ... vil bevise pacta adjecta, som ej staar i den skriftlige Contrackt; at Brock ej har ladet de andre Tønder efterse, er hans

[62]) Jfr. HP 1781A. 67, jfr. B. 44, og Hof- og Stadsrettens Domsprotokol 1779—80 S. 724.

egen Skyld. Det maatte udtrykkeligt være tilsat, at det skulde være godt, naar Varerne blev afleveret; dette er ikke sket, hvorfor denne obligatio ej kan paaligge Indstævnte. Købmandens Tro og Love ser han ikke kan strækkes saa vidt. Jura vigilantibus sunt scripta. Fordærvelsen har staaet paa Citantens Regning som Køber og Ejer ...« (Rested). I et andet Referat af Resteds Votum hedder det: »... man kan ikke statuere, at der har været Svig paa Indstævntes Side, men derimod den største Forsømmelse paa Citantens Side, som faar lide Skade, fordi han ej har set sig for ...« Køberen blev følgelig dømt til at betale Købesummen med Fradrag af det, Varen havde indbragt ved Dækningssalg[63]).

I denne interessante Afgørelse ses Brydningen mellem de to Grundsynspunkter i Mangelslæren, paa den ene Side Minoriteten med et mere abstrakt deklaratorisk Mangelsbegreb vel nok forbundet med en Hensyntagen til kendelige Mangler som Begrænsning[64]), og paa den anden Side Majoriteten, der ikke afviser Eksistensen af oprindelige Mangler ved Salgsgenstanden, men som ud fra et Synspunkt, der minder om Princippet i den engelske caveat emptor-Regel, lægger hele Risikoen paa Køberen i et Tilfælde som dette, hvor der ikke var Tale om nogen Form for Svig. Sælgeren havde ikke bevisligt lovet noget udtrykkeligt om Varens Bonitet, følgelig kunde der ikke indlægges nogen Form for »implied conditions«, og Køberen var saaledes bundet til den Vare, han havde haft Lejlighed til at se, var Købets Genstand, uden Hensyn til dens nærmere Egenskaber.

Skulde Tilfældet bedømmes efter gældende dansk Ret, og man herved forudsatte, at Skønserklæringens Oplysninger om Mangelens latente Eksistens ved Aftalens Indgaaelse blev lagt til Grund[65]) og endvidere, at Køberen ikke ved sin stikprøvevise Undersøgelse ved Anvendelse af almindelig Opmærksomhed kunde have opdaget Manglen[66]), maa det formentlig antages, at Køberen vilde faa Medhold. Købelovens § 47 paalægger nemlig ikke Køberen Risiko for den i egentlig Forstand skjulte Mangel[67]), og paa den anden Side vilde man i Dag sikkert anse det for en relevant Forudsætning hos Køberen, at Varen vilde være an-

[63]) I Voteringsprotokollen (litra A) staar, at Dom blev afsagt efter Minoritetens (Fridsch's) Konklusion, men det fremgaar af Stævningsbogen 1781 fol. 126, at dette naturligvis var en ren Fejlskrift fra Sekretærens Side.

[64]) Men her havde Køberen stikprøvevis undersøgt Varen uden at opdage den skjulte Mangel, der iflg. Skønserklæringen maatte anses for at have foreligget.

[65]) Dette synes som nævnt at have været Tilfældet i Højesteret baade for Majoritet og Minoritets Vedkommende.

[66]) Ogsaa dette synes at have været Tilfældet i 1781-Sagen efter et Skøn over de bevarede Oplysninger — trods Udtalelserne i Vota om Køberens Uforsigtighed, men herom kan der selvfølgelig rejses Tvivl.

[67]) Heller ikke det oprindelige Udkast til § 47, der var noget skarpere formuleret end den nuværende Bestemmelse, jfr. Stig Iuul l. c. S. 232.

vendelig til det, der var oplyst om Formaalet med Købet, og foretage en Udfyldning af Kontrakten under Hensyn hertil[68]).

Skal man nu dømme om den nærmere Karakter af Udviklingen af Mangelsreglerne i dansk Ret, og navnlig disses Forhold til fremmede Retsopfattelser paa samme Omraade, synes Udviklingen i store Træk at ligge saaledes, at der i Løbet af den sidste Halvdel af det 18. Aarh. opstod en Brydning mellem et præsumptivt ældre »stricti juris« Synspunkt, hvorefter Kravene til Køberens Forsigtighed var en simpel Følge af det Forhold, at en Vare maatte anses solgt, som den faktisk var, og at Mangler overhovedet kun kunde foreligge i Kraft af udtrykkeligt udtalte Kontraktsbetingelser, og et yngre romerretligt farvet Synspunkt, hvorefter Sælgeren havde en vis Forpligtelse til at præstere mangelfri forsvarlig Vare. Denne Brydning i Retsopfattelsen bliver overvundet gennem Ørsteds Lære om Hensyntagen til stiltiende forudsatte Egenskaber ved Varen. Ved at lægge Hovedvægten paa konkret Kontraktfortolkning og -udfyldning og ved — i hvert Fald fra omkring 1890, jfr. Stig Iuul l. c. S. 232 — at gennemføre en skærpet Hensyntagen til Køberens Paapasselighed og Undersøgelsespligt, er dansk Ret kommet til at staa paa et selvstændigt Mellemstandpunkt. At opfatte Købelovens § 47 som en caveat emptor-Regel af samme principielle Indhold som den engelske er dog ud fra en streng Betragtning et Eksempel paa det, der ovenfor er kaldt en falsk Identifikation af national og fremmed Ret — omend væsentligst i dette Tilfælde af terminologisk formel Karakter (jfr. ndf. V).

Det, der ovenfor med et Billede er blevet kaldt autentisk Fortolkning af national Ret med fremmed Ret (Identifikation), glider lige over i den Type af Paavirkningstilfælde, der er karakteristisk ved, at den nationale Retsopfattelse skifter Indhold ved Indførelse af en ny retlig Problemstilling af fremmed Oprindelse.

Læren om Tilvækst er formentlig egnet til at illustrere den Side af Paavirkningsproblemet. Den systematiske Behandling af Problemet om Ejendomsrettens Erhvervelse blev herhjemme paa et meget tidligt Tidspunkt foretaget efter romanistisk Forbillede. Danske Lov kender ikke til nogen fast Systematik, men man indrubricerede hurtigt de forskellige Lovsteder i to eller tre Hovedgrupper med en Hovedsondring imellem primitive eller oprindelige Erhvervsmaader paa den ene Side overfor derivativt afledet Erhverv paa den anden Side. Langt senere blev de saakaldte ekstinktive Erhvervelser, der ikke kendtes i romanistisk Systematik, føjet ind i en særlig Gruppe. Den systematiske Udskillelse af *occupatio, accessio, specificatio og fructus aquisitio* eller dertil svarende danske Betegnelser er umiskendelig romersk. System-

[68]) Maatte Faktum bedømmes saaledes, at Fordærvelsen ikke kunde henføres til Forhold, der forelaa ved Aftalens Indgaaelse eller senere ansvarspaadragende Adfærd fra Sælgerens Side, vilde Risikoreglerne, jfr. Kbl. § 44, jfr. § 17, Stk. 2, føre til samme Resultat som i 1781.

udtryk og Systemsondringer har dansk Ret imidlertid overtaget i stort Omfang fra Romerretten eller senere romanistisk Teori, uden at dette har haft særlig Betydning for gældende Ret[69]). Hvad de saakaldte primitive Erhvervelser angaar, er det dog imidlertid et Spørgsmaal, om den romanistiske Opstilling ikke har været medvirkende til i et vist Omfang at indføre nye Regler i dansk Ret i Perioden efter Danske Lov.

Romersk Rets Regler om Tilvækst og Frembringelse frembyder navnlig i rent principiel Henseende en særlig Interesse, naar det drejer sig om at besvare dette Spørgsmaal. Det er for det første bemærkelsesværdigt, at Romerne overhovedet har dannet en generel Ejendomserhvervelsesteori, for de Tilfælde, hvor Formuegoder undergaar Ændringer ved Sammenføjning med eller Omdannelse til andre Goder. Der synes ikke at være Spor i ældre dansk Ret af, at en almindelig Forestilling endsige en fast Retsregel om selve dette Problem overhovedet har eksisteret, hvadenten den skulde have haft det ene eller det andet Indhold. Det eneste, man vist nok kan paaberaabe sig til Støtte for, at gammel dansk Ret har haft Regler om selve det herhenhørende Ejendomsretsproblem, er Landskabslovenes Regler om Paabygning, som jo delvis genfindes i Danske Lov[70]). Særligt Retten til at tage lige for lige af ubebygget Jord, hvis Rebet kommer til at ligge under en anden Mands Bygning[71]), synes imidlertid klart at vise, at Paabygningsproblemet i gammel dansk Ret havde en helt anden Baggrund end det romerske Paabygningsproblem. Rebningen var ikke en Skelkonstatering, men snarere en Jordfordelingsmetode[72]). Selv hvor Paabygning sker uden for rebdragen Jord, for Eksempel paa Forten, er der ikke Antydning i Lovene af, at Retsordenen skulde have taget Standpunkt *for eller imod et Ejendomserhvervelsesproblem*, hvilket her maa være det principielt afgørende. Den materielt uberettigede Paabygning behandles udelukkende med Henblik paa dette Fænomens processuelle og pønale Konsekvenser. Det er derfor efter min Mening helt forfejlet overhovedet at drage en Sammenligning mellem gammel dansk Rets Paabygningsregler og romersk Rets Accessioinstitut.

En fristende Sammenligningsmulighed frembyder imidlertid Reglerne om Saaning og Plantning paa fremmed Grund med egen Udsæd (satio et plantatio). I germansk Ret finder man her Grundsætningen »wer säht, der mäht«[73]). Denne skal dog i Reglen forstaas saaledes, at kun den, der i god Tro saar, ogsaa høster, og kun, hvis der ikke fra Ejerens

---

[69]) Jfr. ndf. S. 62 f.

[70]) Jfr. Poul Meyer »Danske Bylag«, Side 322 f. Der tænkes her navnlig paa Reglerne i Skaanske Lov, Kap. 67, jfr. Parafrasen, Kap. 26—27, Eriks Sjællandske Lov II, Kap. 53, 57, 59, Jydske Lov I, Kap. 51 og 55, Danske Lov 5-10-16, 49. og 55. samt 6-15-17.

[71]) Jfr. J. L. I. 55. og Danske Lov 5-10-16.

[72]) Jfr. Poul Johs. Jørgensen, Retshistorie, Side 177 og J. L. I. 50. Jfr. endvidere O. K. Magnussen, Naboretlige Studier, S. 196 ff. og 239 f., samt Illum, Dansk Tingsret II, S. 10—15.

[73]) Jfr. Sachsenspiegel II 58 § 2 og J. L. II. 71.

Side er anlagt Sag inden et vist Tidspunkt — efter gammel dansk Ret Midsommer[74]).

Det romerske Accessiosynspunkt førte til, at Korn og Planter med Frugter kom til at tilhøre Grundejeren, saasnart disse Genstande havde spiret eller slaaet Rod, jfr. Gaius II, 74. Hvis en godtroende Besidder havde foretaget Udsaaningen, kunde han efter Omstændighederne i visse Tilfælde kræve Omkostninger og Udlæg erstattet.

Jydske Lov kender ikke til noget generelt Accessioproblem og træffer ingen generel Ejendomsretsafgørelse i Konflikten mellem Grundejeren og den, der saar eller planter. Hvis Grundejeren reagerer tilstrækkelig tidligt, kan han høste. Men kommer Reaktionen (Vindikationen) for sent, saa høster den, der saar. I Principdiskussionen kunde man nu maaske tænke sig at sige: Dansk Ret stiller ligesom romersk Ret Problemet saaledes, at det blot drejer sig om at afgøre, *hvornaar* Accessio indtræder, — dansk Ret angiver blot et senere Tidspunkt end romersk Ret. Denne Argumentation synes bagvendt. Tilvækstprincippet hviler paa det Synspunkt, at Ejendomsgenstanden fysisk bliver mere omfattende, men at Ejerforholdet desuagtet forbliver konstant. Naar der spørges om, hvornaar Tilvækst foreligger, kan der ganske vist opstaa Tvivl om det nøjagtige Kriterium for, hvornaar »Udvidelse« er sket, — men der kan aldrig blive Tale om at lade dette Spørgsmaal afhænge af Tidspunktet for Ejerens eventuelle Reaktion. Gør man dette, forlades samtidig rent principielt ethvert Tilvækstsynspunkt[74a]).

Det gælder altsaa ved Saaningsreglerne, ligesom ved Paabygningsreglerne, at gammel dansk Ret inden for dette Omraade i sit Principgrundlag er forskellig fra de romerske Retsregler, rent bortset fra hvilken Mulighed der maatte være for at sammenligne de to Retssystemers Problemløsninger.

Den ovenfor berørte principielle Forskel har vigtige Konsekvenser. Ud fra det egentlige Tilvækstsynspunkt maa man saa at sige nødvendigvis, eller dog som en meget nærliggende Tanke, komme til en Forestilling om *Hovedting og Biting*, saaledes som Romerne netop gjorde det. Naar Tilvæksttanken netop principielt er knyttet alene til en Bedømmelse og Vurdering af ydre fysiske Ændringer vedrørende selve Tingene, er det naturligt, at den blotte Trang til en Generalisering af

---

[74]) I Stig Iuuls Udgave af Danske Lov er 6-15-9 og 6-15-10 og 12. med Rette blevet betragtet som gældende Ret i Nutiden sammen med 6-15-11, der jo er den Bestemmelse, der altid bliver citeret i Litteraturen, hvilket svarer til, at man citerer 3-19-2 og glemmer de lige saa vigtige Regler i 3-19-1 og 3-19-3. Vil man ikke betragte de sammenhængende Regelkomplekser som gældende, vil det være det naturligste at se *helt* bort fra dem under Nutidens Forhold, jfr. min Anmeldelse, Juristen 1949, S. 230—32.

[74a]) Hvis Retssag efter gammel dansk Ret blev anlagt før Midsommer, og den, der havde saaet, ikke kunde gennemføre Bevis for Ejendomsret eller Brugsret til den tilsaaede Lod, fik Grundejeren ganske vist Ejendomsret til Kornet, men kun en overfladisk og uhistorisk Synsmaade kan føre til heri nødvendigvis at indlægge en Tankegang svarende til den romerske: »alio terrae alimento, aliam factam« (D. 41. 1. 26).

de i Retslivet brugbare Kriterier fører til et saadant Resultat. Forestillingen om Hovedting og Biting fører dernæst meget let til en skematisk Afgørelse af, hvilke Ting der altid maa være Hovedting, respektive Biting. Den mest typiske Illustration hertil er den bekendte romerske Sætning »superficies solo cedit«[75]).

Det romerretlige Udgangspunkt faar dernæst let den meget nærliggende Konsekvens, at man forledes til at foretage Ejendomsretsafgørelse uden at tage noget Hensyn til de modstaaende Parters subjektive Forhold, thi det, Retsordenen anerkender som Hovedting, maa naturligvis vedblive at være dette, selv om Hovedtingens Ejer tilfældigvis maatte være i ond Tro med Hensyn til Bitingens rette Tilhør. Noget andet er, at Bitingsejerens onde Tro selvfølgelig kan afgive en ekstra Begrundelse for Tabet af Ejendomsretten[76]).

En videre Konsekvens af Hovedting—Bitings-Sondringen er formentlig Udskillelsen af *specificatio* til særskilt Behandling, af den simple Grund, at Ejendomsretsafgørelsen her ikke kan foretages alene ved Bedømmelse af fysiske Tings indbyrdes Relation og Natur.

Alle de ovennævnte Forhold staar i den nærmeste Forbindelse med det oprindelige Udgangspunkt: Selve Forestillingen om Ejendomsretserhvervelse i Kraft af selve Ejendomsgenstandens Ændring, og netop Retsregler af denne principielle Natur[76a]) fandtes slet ikke i dansk Ret.

Den romerske Teori paa dette Omraade blev i Princippet adopteret af Naturretten[77]) og kom blandt andet af denne Grund til at dominere hele Behandlingen af disse Emner i ældre dansk Retsteori. Ofte var der Tvivl om de konkrete Resultater, og hyppigt forekom der Reaktioner mod romerske Enkeltsætninger, navnlig »superficies solo cedit«[78]), men dette betød ikke synderligt overfor den Kendsgerning, at selve den romerske Problemstilling med et blev betragtet som en Selvfølgelighed.

At dømme efter Praksis i det 18. Aarhundrede kom disse Spørgsmaal kun sjældent til Afgørelse, men ret hyppigt ser man i Voteringerne fra den sidste Halvdel af Aarhundredet den stereotype Udtalelse »Bygningerne følger Jorden«. Den historiske Baggrund for Udtalelser af

---

[75]) Hvorvidt denne Sætning, som jo blandt andet direkte præger B.G.B. § 946, ogsaa set fra et romerretligt Synspunkt er et Receptionsfænomen, har været Genstand for Overvejelser. Man har fundet en ptolemæisk Forordning, som bestemte, at den, der byggede paa fremmed Grund, mistede sin Ejendom. Blandt andet Fritz Schultz afviser dog, at der skulde eksistere nogen Forbindelse, »Prinzipien des römischen Rechts« 1934 Side 87. Til Belysning af Hovedtings-Bitings-Sondringen kan endvidere henvises til den velkendte romerretlige Strid mellem Gaius og Paulus om Behandlingen af »tabula picta«, jfr. Gaius II., 78, Inst. 2, 1, 34 og Paulus D. 4. 123, 3 — og Gaius's Bemærkning »cujus diversitatis vix idonea ratio redditur«, der synes at røbe, at den berømte romerske Jurist selv havde Fornemmelsen af, at Sondringen var vanskelig.

[76]) Jfr. Inst. 2.1.30 »sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amitit, quia voluntate ejus alienata intellegitur.«

[76a]) D.v.s. Regler om »das Problem der Sachindividualität«.

[77]) Jfr. f. Eks. Pufendorf IV, VII, Paragraf 5 ff.

[78]) Jfr. allerede Holberg »Introduction til Naturens og Folkerettens Kundskab«, 1716, Side 164.

denne Art er øjensynlig nok. De eksisterende Forbud mod Paabygning paa anden Mands Jord var ganske umærkbart smeltet sammen med en Accessioteori. At denne i Tidens Løb var blevet varieret paa forskellig Vis er en anden Sag. Saaledes havde flere Naturretsforfattere stillet sig paa det Standpunkt, at Accessio medfører Sameje, hvor det sammenføjede ikke kan adskilles[79]). Ørsted fremhævede senere om hele Emnet, at »Billighed bør vist nok og i denne Materie have en betydelig Indflydelse«, og han fremhævede, at »Accessionslæren hører til de Materier, hvori den (Romerretten) mindre fortjener at følges, end i mange andre, hvori den af vore lovlærde forsmaaes«[80]).

Selve Udviklingen i Retspraksis paa dette Omraade i det 18. og 19. Aarhundrede frembyder i og for sig heller ikke Tegn paa egentlig Følgagtighed overfor de romerske Dogmer. Moderne Teori (Vinding Kruse) har særligt brudt Staven over den romerske Sondring, accessio contra specificatio, men har dog ment, at det er nødvendigt at give en Løsning paa de Problemer, der gemmer sig bag de nævnte Betegnelser, og Løsningen er som bekendt blevet den at opgive faste Principper til Fordel for en Adgang til efter et Skøn over samtlige Momenter at afgøre, hvem af Parterne der skal have Ejendomsretten over den sammenføjede eller frembragte Genstand. Det er i Virkeligheden en Tankegang, som Ørsted allerede var inde paa. Et af de vigtigste Momenter i denne Afvejelse af modstaaende Hensyn er, hvorvidt Frembringeren har været i begrundet god Tro med Hensyn til at benytte anden Mands Ejendom, og naar dette Hensyn lægges til Grund[81]), har man strengt taget ogsaa delvis brudt med selve det romerske Udgangspunkt: Den aprioriske Afgørelse af selve Ejendomsretsproblemet paa Grund af de sammenføjede Genstandes Beskaffenhed.

Hele Udviklingen paa dette Omraade illustrerer formentlig ganske godt en karakteristisk Side af det romanistiske Paavirkningsfænomen. Forud for Danske Lov og i det hele taget i Tiden, indtil Retssystemet blev underkastet en teoretisk Bearbejdelse, synes man slet ikke at have haft Øje for, at der paa disse Punkter skulde foreligge et Retsproblem af mere generel Natur. I Løbet af det 18. Aarhundrede bliver dette Synspunkt introduceret ude fra, hvilket i første Række har til Følge, at foreliggende positive Lovregler søges indarbejdet i det romerske Skema, og for det andet, at man i større eller mindre Grad forsøger at harmonisere Lovfortolkningen med de ude fra kendte Principper. I et følgende Stadium, der her, som saa ofte, indledes med Ørsteds Undersøgelser, sker der for det første en principiel Afvisning af en egentlig Reception af de positive romerske Retsregler samt derudover en kritisk Behandling af selve den romerske Problemstilling.

[79]) Jfr. f. Eks. Nørregaard, Naturret, § 353 og hans Privatret II § 541. Dette Standpunkt havde forøvrigt ogsaa en vis Støtte i de romerske Kilder.
[80]) Haandbog IV, Side 278.
[81]) Jfr. fra moderne Praksis U. f. R. 1935 S. 686 og 1942 S. 32.

Der bliver dog gerne saa meget tilbage af denne i de systematiske Fremstillinger, at den farver den teoretiske Diskussion selv i Nutiden, — og dette gælder tilsyneladende ogsaa i det her omhandlede Tilfælde.

Det ses meget let, at det i et Tilfælde som det her omtalte er overordentlig svært at besvare Spørgsmaalet om, hvorvidt dansk Ret er blevet paavirket af Romerretten. Udviklingen har paa godt og ondt givet sig Udslag i den retsvidenskabelige Teori, og den er i sit Udspring romersk. Naar man f. Eks. citerer D. L. 5-10-16[82]) for at begrunde Byggerens Ejendomsret til et Jordstykke ved en Grænseoverskridelse, er dette Ræsonnement sikkert ud fra en streng Bedømmelse Udtryk for en Sammenblanding af to vidt forskellige Tankegange, hvoraf den ene er kommet udefra. At Konklusionen intet har med Romerretten at gøre er en helt anden Sag.

Det er formentlig ogsaa berettiget at sige, at en Dom, der i Nutiden anser Ejendomsretsforholdet mellem to Personer for ændret, fordi visse Ejendomsgoder er blevet bragt i fysisk Forbindelse med hinanden, i Virkeligheden gennem mange Led har sin aandelige Hjemmel og Oprindelse i den romerske Lære[83]).

Ogsaa fra andre Omraader af Retslivet kan man finde Eksempler paa »Problemstillingspaavirkning«. Saaledes kan man nævne den saakaldte *Berigelsesgrundsætning,* thi ogsaa dette Retsinstitut staar i Forbindelse med fremmedretlige Impulser. Der er dog her Tale om en ret sen Udvikling. Jeg kender ikke nogen Dom fra det 18. Aarhundrede, der gør Brug af den nævnte Retsgrundsætning eller af Regler, der staar i Forbindelse med denne. Den synes først at dukke frem, efter at den i det 19. Aarhundrede var blevet introduceret af den juridiske Teori.

Romerretsvidenskaben er noget delt i Opfattelsen af Kildernes Udtalelser om Berigelseskrav. De to kendte Kildesteder D. 23,3,6,2 og D. 50,17,206[84]), hvorefter det som almindelig Regel skulde gælde, som en Følge af Ret og Billighed, at ingen maa kunne berige sig paa en

---

[82]) Jfr. Torp, Tingsret, 1892 S. 209.

[83]) Der kan i hvert Fald nævnes et Omraade, hvor denne har haft afgørende Betydning, nemlig ved Afgrænsningen af Panterettens Genstand ved Underpant i fast Ejendom, jfr. blandt andet Knud Illum »Ejendomsforbehold« Side 152 f. og Vinding Kruse Ejendomsret III, Side 1609, og navnlig for Spørgsmaalet om Anerkendelse af Ejendomsforbehold i fast Ejendoms Bestanddele og Tilbehør. Indtil Tinglysningsloven var Tilvækstlærens Grundprincipper afgørende for Retspraksis. Den almindelige Adgang til *jus tollendi sine læsione prioris status,* der forøvrigt sikkert er en senromersk Opfindelse, medførte paa dette Omraade praktisk uheldige Konsekvenser. En hel Bygning kan saaledes næsten altid borttages uden Skade for Grunden, og selve Betydningen af Kravet om Genoprettelse af status quo kunde være tvivlsom. Tinglysningslovens § 38 blev derfor indført for at modvirke uheldige Sider af Tilvækstlæren, men ogsaa denne Lovbestemmelse har stadig Rødder tilbage til denne Lære. Fortolkningen af Ordene »indlagt i Ejendommen«, jfr. Illum »Fast Ejendom, Bestanddele og Tilbehør« Side 132 ff., og det Forhold, at Bestemmelsen ifølge Praksis, jfr. U.fR. 1945 S. 864, ogsaa medfører, at almindelige Kreditorer kan paaberaabe sig Ejendomsforbeholdets Bortfald, harmonerer i og for sig mere med Tilvækstlæren, end specielt med de særlige Realkredithensyn, som maa antages at have affødt Lovbestemmelsen.

[84]) Jfr. særligt om disse Bestemmelser Cuq. »Manuel«, S. 534 N. 3.

andens Bekostning, danner i hvert Fald næppe den egentlige Baggrund for de oprindelige romerske Condictionskrav. Udtalelserne bærer Retsfilosofiens Stempel og er sikkert blot Udtryk for dennes Deduktionsforsøg[85]).

Det specifikke Berigelsessynspunkt fik imidlertid dominerende Betydning i europæisk Retsteori, da Naturretten tog det op. Allerede Pufendorf gaar ud fra det som alment gældende, og navnlig Wolf var medvirkende til Teoriens Opbygning[86]).

Berigelsesgrundsætningen kom først ind i dansk Retslitteratur i første Halvdel af det forrige Aarhundrede. Gram er vist nok en af de første, der omtaler den[87]), og hans Fremstilling støtter sig stærkt til den romerske Condictiolære. Imidlertid maatte Berigelsesgrundsætningen i dansk Ret anvendes paa andre Omraader end dem, der var typisk for romersk Ret. Condictio indebiti var allerede ved Ørsteds grundlæggende Behandling blevet løsrevet fra det almindelige Berigelsesprincip, og hvad angaar det Tilfælde, at der fremsættes Krav om Godtgørelse, fordi en delvis opfyldt Aftale bliver ugyldig eller uvirksom, maa det erindres, at Adgangen til at kræve selve den erlagte Ydelse tilbage i Reglen yder tilstrækkelig Retsbeskyttelse. Hovedtilfældene blev derimod Forbedring af andres Formuegoder, herunder Indfrielse af andres Gæld. Lassen tog som bekendt Berigelsesgrundsætningen og Berigelsesmaalestokken op til principiel Behandling og fandt dem ikke hjemlet i dansk Ret[88]). Herskende Teori synes at tage det Standpunkt, at der er vigtige Enkeltomraader, hvor Berigelseskravet maa anses for hjemlet, og at Domstolene maa have Frihed til at gennemføre dette paa andre Omraader, jfr. nærmere Henry Ussings betydningsfulde Gennemgang »Erstatningsret« §§ 27—29. Iøvrigt udformes Berigelsesreglerne paa væsentlige Punkter anderledes end efter de romanistiske Retsforfatninger, navnlig for saa vidt angaar Spørgsmaalet om Betydningen af, at Berigelsen falder bort[89]).

Det er jo under alle Omstændigheder en Kendsgerning, at enkelte

---

[85]) Jfr. Stig Iuul »Grundrids af den romerske Formueret«, S. 110, og Monier »Manuel« II 1936, S. 257.

[86]) Jfr. Jan Hellner »Om obehörig Vinst« Ups. 1950, S. 9 ff., og A. Vinding Kruse »Restitutioner« S. 14 og for saa vidt angaar Romerrettens Standpunkt S. 3-13. Som det fremgaar af ovenstaaende, kan jeg ikke være enig med denne Forfatter, for saa vidt han, S. 7, synes at antage, at Kildernes generelle Udtalelser om Berigelsesprincippet har været Baggrund for Condictionssystemets Opvækst, jfr. nærmere om den vidtløftige Strid om Berigelseskravet i klassisk romersk Ret, Jan Hellner l. c. med yderligere Henvisninger og Monier »Manuel«, II, S. 257.

[87]) Speciel Del S. 803 f.

[88]) Jfr. Jul. Lassen »Handlinger paa fremmed Formueretsomraade« 1880.

[89]) Den Regel, at Berigelsens Bortfald eller Bestaaen skal være afgørende for den tablidendes Krav, gjaldt vist nok ikke efter romersk Ret som almindelig Regel. Paa Justinians Tid kunde man imidlertid alene indtale den ved Litiscontestationen foreliggende Berigelse, men dette var vist nok ikke en Regel, som gjaldt alle Condictionstilfælde, jfr. Weiss: Institutionen des römischen Privatrechts 1948 S. 407.

nyere Lovbestemmelser positivt fastslaar Berigelsesmaalestokken for deres eget Omraade, — jfr. Myndighedslovens § 44 og Veksellovens § 74, og kaster man et Blik tilbage over denne Udvikling, synes det ret iøjnefaldende, at Romerretten og romanistisk Teori har virket som det inciterende Moment for Udviklingen. Naar denne i dette Tilfælde er sket paa saa sent et Tidspunkt, er det sikkert et Tegn paa, at romersk Ret paa dette Omraade har frembragt værdifulde Resultater, som selv moderne kritisk Retsvidenskab kan være interesseret i at tage op. Dette indiceres yderligere af det Forhold, at de fleste kontinentale Retsforfatninger har fastholdt Princippet om Tilbageførelse af ugrundet Berigelse i større eller mindre Omfang. Som fremhævet af Ussing er det blevet gennemført i fransk Retspraksis til Trods for, at det ikke hjemles i Code Civil. Paa den anden Side er Udviklingen blevet præget af, at romersk Tankegang paa dette Punkt har holdt sit Indtog saa sent. Problemerne er derved blevet underkastet en forholdsvis fri og selvstændig Behandling, der i hvert Fald herhjemme ikke har været præget af nogen Tendens til slavisk Efterfølgelse af Enkelthederne i den romerske Problembehandling. Udviklingen i fremtidig Retspraksis vil vise, om Berigelsesgrundsætningen skal blive andet og mere end en praktisk systematisk Fællesformel for visse spredte Fænomener, eller om den virkelig kan blive til en fastere mere selvstændig Grundregel i dansk Ret.

De nævnte Eksempler paa teoretisk, middelbar Paavirkning, som i første Række har Forbindelse med den retlige Problemstilling, kan forøges med flere andre. Saaledes frembyder Ørsteds Produktion ikke helt faa Eksempler. Ofte tager han netop sit Udgangspunkt i romersk Ret og henter fra denne Inspirationen til Undersøgelse af Problemer, som ikke hidtil var blevet skænket Opmærksomhed i dansk Retsvidenskab. Det er velkendt, at Resultaterne af disse Undersøgelser hyppigt blev af meget væsentlig Betydning for den senere Retspraksis. Karakteristisk er f. Eks. Ørsteds Behandling af Reglerne om Tilbagesøgning af det, som er blevet erlagt i urigtig Formening om Skyld. Ørsteds Behandling af dette Spørgsmaal staar paa mange Punkter i nær Forbindelse med en Overvejelse vedrørende de romerske condictio indebiti-Reglers Hensigtsmæssighed. Selv naar der bortses fra et enkelt Spørgsmaal, hvor romersk Ret vist nok har haft en selvstændig positiv Indflydelse paa Retspraksis, nemlig i de Tilfælde, hvor Erlæggelsen skyldes en error juris, kan man med en vis Ret sige, at der paa dette Omraade foreligger et Paavirkningsfænomen, for saa vidt som selve dette Retsspørgsmaal netop er kommet i Søgelyset paa Grund af det romerretlige Forbillede. At den romerske Problembehandling maaske kun er at betragte som en tilfældig Anledning, og at Problemløsningerne maaske intet har med de romerske Regler at gøre, er som allerede bemærket en helt anden Sag.

Overalt, hvor der er Tale om Paavirkninger af den her omtalte Beskaffenhed, maa man i det hele taget være yderst forsigtig ved Vurderingen af Paavirkningsfaktorens Betydning. Naar Ørsted saaledes introducerede Negotiorum Gestio-Princippet i dansk Ret[90]), var det formodentlig først og fremmest af den Grund, at han fandt, at spredte Lovregler og Forholdets Natur talte for at anerkende Krav ifølge uanmodet Forretningsførelse. Man har dog stadig været tilbøjelig til at opstille ret strenge Betingelser med Hensyn til Forretningsførelse, og navnlig i højere Grad end romersk Ret lagt Vægt paa, at den foretagne Handling har været nødvendig for at afværge Tab. Ogsaa paa dette Omraade foreligger der et Eksempel paa, at nyere Retsvidenskab vel nok adopterer en romersk Tankegang, men at den iøvrigt arbejder selvstændigt ud fra en Afvejelse af reale Grunde og en Bedømmelse af de enkelte Regler, som Lovgivningen indeholder af Betydning for Emnet.

Gaar man fra disse relativt praktisk betonede Emner over til den almindelige Retslæres mere abstrakte Omraader, er det forbundet med yderligere Vanskeligheder at konstatere, om Ændringer i det principielle Grundsyn skyldes fremmedretlige Principper, og selv om dette antages, møder man nye Vanskeligheder, hvis der spørges om, hvorvidt saadanne eventuelle Ændringer har affødt praktiske Konsekvenser. Man behøver blot at tænke paa Spørgsmaalet om, hvilken Betydning der skal tillægges det saakaldte romanistiske Viljesdogme eller lignende Fænomener.

V. Udenfor Begrebet Paavirkning af fremmed Ret i snævrere Forstand maa holdes ren formel Paavirkning, som negativt kan karakteriseres derved, at Optagelsen af fremmedretligt prægede Synspunkter slet ikke paaviseligt ændrer Udviklingen af gældende Ret i snæver Forstand, og positivt derved, at den først og fremmest præger den juridiske Terminologi, Systematik og Fremstillingsmetode.

En realistisk Retsvidenskab vil og maa altid være paa Vagt overfor den Betydning, der tillægges de juridiske Terminologier. Retsudøvelse og Retsskabelse foregaar med det talte og skrevne Ord som Værktøj, og Justeringen af dette er derfor en vigtig Opgave for den juridiske Teori. I nært Sammenhæng med terminologiske Spørgsmaal staar Problemet om Opbygningen af en adækvat retsvidenskabelig Systematik. Paa dette Omraade har det romerske Retssystem og den senere romanistiske Retslære sammen med Naturretssystemerne øvet en ganske overordentlig stor Indflydelse. Generationer af skarpsindige Jurister havde medvirket til at opbygge det romanistiske System. Det blev som allerede tidligere omtalt af afgørende Betydning for Opbygningen af Naturretssystemernes Privatret, omend det i disse Fremstillinger undergik mange Ændringer. Det romerske System i Forbindelse med det

[90]) N.J.A. 9. Bind, S. 181 ff.

naturretlige var den mest nærliggende Inspirationskilde for den danske Retsvidenskabs Pionerer i Oplysningstiden.

Det foreliggende positive Retssystem, hvis Hovedgrundlag var Danske Lov, gav kun ringe Hjælp til en samlet teoretisk Fremstilling af Retssystemet, og det kan derfor ikke undre, at denne i formel Henseende kom til at tage sig lidt fremmedartet ud. Netop paa dette Punkt foreligger imidlertid en af de vanskeligste Sider af det retlige Paavirkningsproblem. Hvor ligger Grænsen mellem rent formelle Paavirkninger og de Tilfælde, hvor den ydre Form ogsaa har sat sit Præg paa det indre paa en saadan Maade, at det har haft væsentlige Konsekvenser for Udøvelsen af gældende Ret.

Ved nærmere Eftersyn viser det sig, at Størstedelen af det romerske og romanistiske Islæt netop kun bestaar af rent terminologiske Laan og Benyttelse af romersk præget Systematik, altsaa kun har været et rent Overfladefænomen. Der er ofret megen Møje paa f. Eks. at bekæmpe Systemsondringen mellem tinglige og obligatoriske Rettigheder. Dette er nok ogsaa velbegrundet, fordi den er uklar og delvis overflødig, ligesom den kan føre til urigtige og urealistiske Deduktioner. Man overdriver imidlertid sikkert dens Betydning, hvis man antager, at det 18. Aarhundredes Jurister var afskaaret fra at træffe en selvstændig, af romersk og romanistisk Tankegang uafhængig Afgørelse, fordi de opererede med Begreberne *jus in re* og *jus ad rem* i en Række Spørgsmaal. Naar Problemet om Ejendomsrettens Overgang blev betragtet som et Spørgsmaal om, hvornaar Erhververen faar jus in re, var det vel nok, ligesom iøvrigt adskillige moderne Begreber, Udtryk for en »irrationel Gyldighedsforestilling«, men den var dog næppe til Hinder for, at Dommeren, stillet overfor den konkrete praktiske Konflikt, kunde træffe sin Afgørelse med Hensyntagen til reale Grunde og sikkert med lige saa fornuftige Præmisser som Gennemsnitsjuristen i Dag. Paa den anden Side maa det indrømmes, at netop den nævnte Sondring fik ret stor Indflydelse paa Behandlingen af Læren om Ejendomsrettens Overdragelse. Den har endvidere muligvis spillet en Rolle for Retspraksis vedrørende Hævd og Forældelse samt Præklusion. Naar Begreberne forekommer i ældre Domspræmisser, kan det imidlertid meget vel skyldes den blotte Trang til at overvinde Formuleringsvanskeligheder ved Hjælp af en kendt formel Konstruktion.

Naar man i Ejendomsretten i det 18. Aarhundrede gennemførte Sondringen mellem *fuldkommen og ufuldkommen Ejendomsret* og med Hensyn til denne sidste sondrede mellem *Over- og Underejendomsret* med Forbillede i den i romersk Ret ukendte, men i romanistisk Teori dannede Sondring mellem *dominium directum* og *dominium utile,* havde det næppe nogen Betydning udover den rent systematiske. Naturligvis kan det nu synes noget mærkeligt at sætte Lensbesiddelsen i Klasse med en Selvejerbondegaard paa Grund af Hovedgaardsejerens

»Herlighedsrettigheder«. Der er dog næppe Grund til at tillægge systematiske Ejendommeligheder af den Art større Betydning[91]).

Naar man sondrede imellem *res in commercio* og *res extra commercium*[92]), var det paa samme Maade en blot Formssag, som vel først og fremmest skyldtes Mangel paa en selvstændig Systematik. Naar man brugte Udtrykkene *possessio* og *detentio* (borgerlig og naturlig Besiddelse), betød det ikke, at man havde reciperet den romerske Besiddelsesret. Det samme gælder Udtrykkene *bonae fidei* og *stricti juris* — Kontrakter. Benyttelsen af disse Udtryk havde ikke noget med de særegne romerske Kontraktsregler at gøre. Gang paa Gang fremhæves det i Voteringerne, at Kontrakter bør være »*strictissimae interpretationis*«, men dette Udtryk anvendtes overfor alle Slags Kontraktsforhold uden Hensyn til, om disse efter romersk Ret var at betragte og bedømme ud fra bona fides-Klausulen[92a]).

Der kunde nævnes mange flere Eksempler paa terminologiske Laan, forøvrigt ogsaa fra det 19. Aarhundredes Retsvidenskab, men skal man fremhæve Hovedindtrykket, maa det siges, at allerede de tidligste Fremstilinger udviser en Tendens til at forsøge at nøjes med de fremmede Terminologier og afgøre de retlige Problemer selvstændigt, navnlig ved Hjælp af en Eksegese over det foreliggende Lovstof. Ørsteds Produktion er det bedste Bevis for, at Systemudtryk m. m. ikke skal tages for højtideligt. Han opererede som bekendt med Sondringen mellem tinglige og obligatoriske Rettigheder, uden at dette kan siges at have forringet Værdien af de Undersøgelser, hvor Begreberne benyttes.

Da nærværende Studier lægger Hovedvægten paa en Undersøgelse af Udviklingen indenfor gældende Ret, er der lagt forholdsvis ringe Vægt paa en Hensyntagen til de forskellige Standpunkters formelt teoretiske Forklædning. Maalet har i første Række været en Undersøgelse af Retspraksis, medens Fremstillingen af en teoretisk Dogmehistorie forekommer at være af sekundær Interesse.

VI. Gennem ovenstaaende Eksemplifikationer er det blevet forsøgt at belyse Paavirkningsfænomenets almindelige Beskaffenhed og indholdsmæssige Betydning. Dets materielretlige Omfang inden for den Rets-

---

[91]) Selve Sondringen *dominium directum — utile* er paa ingen Maade ren romersk. Den naaede sin fulde Udvikling i den europæiske Lensret. Efter Glossen var dominium utile det Retsforhold, som gav Anledning til *vindicatio utilis*, som f. Eks. Præskribentens Vindikationsret eller den fraskilte Hustrus Vindikation af Dotalgods. Konstruktionen blev udstrakt til at omfatte emphyteuta og superficiarius, der jo ogsaa efter Kilderne kunde opnaa Ejerklagerne som utiles. Denne sidste Udvidelse blev afgørende for den senere Udvikling. Spaltningen af selve Ejendomsretsbegrebet i Over- og Underejendom er ligeledes uromersk. Kun ved Konstruktionen af Ejendomsretten til fast Ejendom i de romerske Provinser synes der at foreligge et Forhold, som minder derom, — jfr. Gaius II, 7 »in provinciali solo dominium populi romani est vel caesaris«.

[92]) F. Eks. Nørregaard, Privatret III, 65 ff.

[92a]) Jfr. Ørsted, Haandbog V, S. 71 f., og Stig Iuul i Festskrift til Henry Ussing, 1951, S. 229, samt ndf. S. 256.

udvikling, der her er Tale om, nemlig Formueretten i Tiden efter Danske Lov, er der ikke gjort Forsøg paa at opgøre. Ej heller Spørgsmaalet om, i hvilken Grad Paavirkningen af romersk Ret har haft en rent tidsbegrænset Betydning. Den følgende Gennemgang kan muligvis tjene til at belyse disse Spørgsmaal yderligere. De fleste Tilfælde af fremmedretlig Paavirkning kan, i hvert Fald naar Talen drejer sig om Romerretten, føres tilbage til Udviklingen i Retspraksis i sidste Halvdel af det 18. Aarhundrede og Begyndelsen af det 19. Aarh., men der foreligger iøvrigt saa væsentlige Forskelle inden for de enkelte Tilfælde, at en Generalisering næppe vil være tilladelig. Mange romanistiske Impulser i ældre Retspraksis fik kun kortvarig Betydning, i den Forstand, at Retstilstanden senere atter er blevet underkastet Ændringer. Det er imidlertid ikke altid givet, at den kortvarige Levetid ogsaa er ensbetydende med, at der bør tillægges den stedfundne Paavirkning ringe Betydning. I visse Tilfælde kan der netop være Tale om, at den ældre Retstilstand har været et betydningsfuldt Fundament for den nuværende, medens der i andre Tilfælde kun har været Tale om Fluktuationer uden grundlæggende eller principiel Betydning.

ANDET AFSNIT

KAPITEL 3

Ejendomsret og Ejendomsoverdragelse.

I.

Den tidligste Diskussion herhjemme om selve Ejendomsretsbegrebet er sikkert sket i Tilknytning til overleverede romanistisk prægede Begreber og Terminologier, og den første Udformning af det maatte derfor blive en Efterligning af det romerske *dominium,* der blev rubriceret som den fornemste af Rettighederne »in re«. Man opfattede dominium som et absolut Begreb, hvis Indhold kunde fastlægges een Gang for alle. Teoretisk set kan dette siges at have været en uhensigtsmæssig Begrebsopfattelse, fordi den let tilslørede Ejendomsrettens samfundsfunktionelle Karakter, og fordi den maaske spærrede for Forstaaelsen af Nødvendigheden af at begrænse den subjektive Ret ud fra almene eller mere konkrete Hensyn.

Betydningen af den ældre Begrebsopfattelse skal imidlertid ikke overdrives. Fritz Schultz[1]) paapeger efter min Mening med fuld Ret, at det romerske Ejendomsretsbegreb paa ingen Maade nødvendiggjorde en skrankeløs individuel Ejendomsret. Dominium i klassisk romersk Forstand var næppe principielt forskelligt fra det, som moderne Ret med forskelligt Ordvalg betegner som Ejendomsret. Det romerske Samfund og det romerske Formueretssystem var ganske vist udpræget individualistisk og tilskyndede ikke Videnskaben til at se paa Sagen med Samfundets Øjne, men selve denne Omstændighed er næppe tilstrækkeligt Grundlag for at opstille et germansk Ejendomsretsbegreb som en ligefrem Modsætning til det romerske. Ældre Retspraksis har muligvis været noget forsigtig med at anerkende ulovhjemlede Indskrænkninger i Ejendomsretten. Dette har f. Eks. været mærkbart i naboretlige Forhold og maaske ogsaa ved Kollissioner mellem Grundejerens og Almenhedens Interesser. Det maa imidlertid ikke glemmes, at den ældre Samfundsordning ikke i samme Grad som nu nødvendiggjorde vidtgaaende Indskrænkninger i den uhemmede Udøvelse af de subjektive Rettigheder.

I Højesteretsvoteringer fra Begyndelsen og Midten af det 18. Aarhundrede ser man imidlertid ofte det Synspunkt fremsat, at man ikke

---

[1]) Principien des römischen Rechts, 1934, S. 102 f.

maa benytte sin Ejendom »andre til præjudice«, og ikke helt sjældent blev der lagt Vægt paa Chikanemomentet, uden at der dog blev udformet mere almindelige Begrænsninger i Ejerens Raadighed. I en Sag fra 1753 hævdede en Husejer, at hans Hus tog Skade paa Grund af Vanddryp fra Naboens Hus, der var blevet bygget langt højere end hans, men paa Naboens egen Grund. Nogle Dommere nøjes med at fastslaa, at man kan bygge lige saa højt, man vil, men Majoriteten paalagde Naboen at sætte Skraabrædder op og henviste iøvrigt til, at han paa forskellig Vis havde udvist Chikane. I dette Tilfælde kunde Ulempen i Naboforholdet afhjælpes, men i en senere Sag var dette ikke Tilfældet, jfr. Sagen HP 1760, 374, der drejede sig om en Udbygning ud i en Kanal, som var nødvendig for Sagsøgerens Adgang til hans Ejendom. Det synes at fremgaa af Voteringerne, at Udbygningen oprindelig havde været lagt paa Udstikkere, saaledes at den ikke var til Hinder for Passagen. Tre Dommere vilde give Sagsøgeren Medhold, netop fordi »ingen maa betjene sig af sin Ejendom til andens præjudice«, men Flertallet dristede sig ikke til et saa vidtgaaende Indgreb i Sagsøgtes Ejendomsret, fordi han ikke havde bygget længere, end hans Grund strakte sig. En Dom fra samme Aar, HP 1760, 274, handlede om Adgang til Tømmerflødning gennem nogle Damme. Sagsøgeren forsøgte at bevise, at han havde Hævd paa Tømmerdriften i Sagsøgtes Damme, og Højesteret var ogsaa inde paa den Tanke, men Flertallet vilde ikke anerkende Hævden, fordi det maatte antages, at Tømmerdriften altid var sket med Tilladelse fra Ejeren. Det Forhold, at Ejeren intet vilde tabe ved at tillade Sagsøgeren at fortsætte med Tømmerdriften, var i sig selv ikke tilstrækkeligt, »endskønt det kan anses for en Caprice at nægte Citanten Gennemdrift, kan dog hans Ejendomsret ej betages ham« (Stampe).

Den principielle Opfattelse af Ejendomsretten blev som bekendt herhjemme senere paa afgørende Maade paavirket gennem Ørsteds Paavisning af de mangfoldige Indskrænkninger, Retten er undergivet, og de Muligheder, Samfundet maa have for at gribe regulerende ind. Ørsteds Lære bragte Teoriens Begreber i nærmere Forbindelse med det virkelige Liv og blev af banebrydende Betydning for den senere Opfattelse.

Ejendomsretten opfattedes som nævnt i det 18. Aarhundrede som det vigtigste Eksempel paa *jus in re*, der sattes i Modsætning til *jus ad rem*. Denne Grundsondrings Slægtskab med Romerretten er aabenbar, blot er det meget tvivlsomt, af hvilken nærmere Beskaffenhed Forbindelsen er[2]). Een Opfattelse gaar ud paa, at der her er Tale om en Systemsondring, som først er blevet opbygget saa sent som i Middelalderen paa Grundlag af det romerske Aktionssystem med dets Sondring mellem

[2]) Jfr. hertil Ross »Virkelighed og Gyldighed i Retslæren«, S. 244, f.f., og Vinding Kruse, Ejendomsretten I, 2. Udg., S. 206 f., og 3. Udg., S. 187 f.

actiones in rem og *actiones in personam*. Fra anden Side hævdes det, at denne Sondring virkelig har Rødder langt tilbage i primitive romerske Forestillinger og saaledes er dybere historisk begrundet end i Glossens Behandling af de særegne actionsprocessuelle Former. Gennem mange Aarhundreder har man forsøgt at tilpasse den til det praktiske Retsliv, og ned gennem Tiderne er den blevet doceret med forskellige Variationer[3]). Dens Betydning har først og fremmest været den, at den har præget den teoretiske Problemstilling inden for praktisk vigtige Afsnit af Formueretten.

Danske Lov bruger intetsteds Udtryk, der minder om denne Sondring. Det 18. Aarhundredes Teori gaar derimod ud fra den som en Selvfølgelighed, ikke i dens ældre, mere romersk prægede Form, med en Modsætning mellem jus in re og jus in persona, men i dens yngre ogsaa af Naturretsforfatterne anvendte Form, hvor jus in re blev sat i Modsætning til jus ad rem. Der herskede imidlertid megen Uklarhed med Hensyn til hvilke Rettigheder, der skulde henføres til de to Systemafdelinger.

Der var Enighed om, at de vigtigste Eksempler paa jus in re var Ejendomsret, Panteret og Servitutret[4]), medens der var nogen Uenighed angaaende Arrestretten og Rettigheder i Anledning af Retsforfølgning, jfr. D. L. 5-3-18, ligesom den saakaldte »jus possessionis« var Genstand for megen Tvivl.

Det var dernæst tvivlsomt, hvorvidt Brugsrettigheder over fast Ejendom skulde anses for tingligt beskyttede. D. L. 5-8-13 medførte, at man modstod Forsøg paa at mindske Lejerens Retsbeskyttelse, som det var Tilfældet efter det romerske Forbillede. Kort Tid efter Danske Lov ser man ganske vist en Tendens til at fortolke Bestemmelsen saa snævert som muligt, saaledes at man nærmest har Indtryk af, at den er blevet opfattet som en Undtagelse særligt vedrørende Leje af Huse, en Undtagelse fra en almindelig Hovedregel af modsat Indhold. Her kan henvises til en Højesteretsdom af 1692, der handler om Leje af nøgle Bundgarnspladser. I Strid med Lejerens Ret solgte Udlejeren dem. Fire Dommere voterede til Fordel for Lejeren under Paaberaabelse af D. L. 5-8-13, men de øvrige Dommere mente, at Ejeren maatte gøre sig Ejendommen saa nyttig, han vilde, og en siger udtrykkeligt, at Eje gaar for Leje, men at Loven gør en Undtagelse ved Leje af Huse[5]).

---

[3]) Det er allerede omtalt, at G. A. Struve har haft en meget væsentlig Indflydelse paa Udformningen af Læren i det 17. Aarh., men tillige maa hans samtidige Ulrich Huber nævnes. Han deltog i Aarene omkring 1670 i en vidtløftig Polemik netop om dette Emne, jfr. nærmere Stintzing-Landsberg l. c. 2. Abt. S. 14, hvor det iøvrigt med Rette paapeges, at Sondringen forsaavidt betød et Fremskridt, idet Opfattelsen af Fordringsretten som en jus ad rem førte til at anse den for principielt overførlig, hvilket havde vigtige Konsekvenser paa Obligationsrettens Omraade.

[4]) Dette havde ikke altid været Tilfældet i Pandektlitteraturen, jfr. Stintzing-Landsberg l. c. Note 1.

[5]) Jfr. HP 1692 fol. 299, hvor en af Flertallet bemærker: »Dette kan ej ansees

Tidligt synes det dog, som om 5-8-13 er blevet anvendt som det almindelige Princip ved alle egentlige Brugsrettigheder over fast Ejendom. Man gik endog saa vidt i Beskyttelsen af Brugsrettighederne, at kontraktsmæssig Uopsigelighed ogsaa maatte respekteres af de Personer, der fik Rettigheder over Ejendommen. Forordningen af 4. December 1795 om Lejekontrakter, som blev indgaaet paa usædvanlig lang Tid, er utvivlsomt foranlediget direkte af Højesteretsdomme, der havde gennemført Princippet »Leje gaar for Eje« konsekvent. Dette udtales ligefrem i Forordningens Motiver, hvor det dog ogsaa nævnes, at Rettens Domme desangaaende befindes at have været forskellige. Det blev derfor fastsat, at Lejekontrakter i et vist Omfang skulde tinglyses for at nyde Beskyttelse[6]).

Det afgørende Kriterium for, om der forelaa jus in re, var for de fleste Forfatteres Vedkommende Rettens statiske Beskyttelse, det vil sige Vindikationsmuligheden. Hesselbjerg udtrykker det saaledes, at ved jus in re »hæfter Rettigheder paa Tingen selv, og følgelig kan man søge den hos enhver«. Flere Forfattere peger dog ogsaa paa Rettens Indhold og Genstand, idet der lægges Vægt paa, om Retten haves over

som Købstadejendom, men som Landgods, og skulde være meget præjudicerligt, om Præsten ej maatte gøre sig sit nyttig«. Afgørelsen maa iøvrigt sammenholdes med en Række Domme, der blev afsagt i samme Tidsperiode vedrørende Kollision imellem Livstidsfæstebreve angaaende Tienderettigheder og kongelige Skøder, der blev udstedt vedrørende de samme Tienderettigheder. Ved en kongelig Resolution af 8. September 1682 var en saadan Sag blevet afgjort paa den Maade, at Skødehaveren fik Fortrinsret »imod Fæstets Erlæggelse«. Højesteret havde i dette Tilfælde ikke vovet selv at afgøre Sagen, da der var Kollision mellem flere kongelige Breve. Da en lignende Sag senere fremkom jfr. HP 1692 litra A, fol. 186, gav Højesteret Skødehaveren Medhold i hans Paastand om at nøjes med at give Indehaveren af Fæstebrevet Fæstet igen. Under Voteringen i denne Sag hedder det netop: »vel siger Loven, at Leje gaar for Eje, saavidt Huse er angaaende, men ser ikke, det kan hentydes hertil« (P. Lemvig). I Aaret 1702 fremkom en noget lignende Sag, men i dette Tilfælde opstod Konflikten mellem Fæsteren og Skødehaveren først, da Indehaveren af det kongelige Skøde, der faktisk havde respekteret Fæsterens Rettigheder, videreoverdrog Ejendommen og Tienderettigheden ved privat Skøde. I dette Tilfælde fik Fæsteren Medhold. For det første maatte Skødehaverens Ret forudsætte Fæstets Tilbagegivelse (jfr. ovenfor), men for det andet maatte Fæsteren i dette Tilfælde have fuldstændig Fortrinsret, fordi den første Skødehaver saalænge havde været passiv. (Højesterets Dom 1. April 1702). Det er meget sandsynligt, at det har været denne særlige Praksis, der var den egentlige Baggrund for den indskrænkede Fortolkning af D. L. 5-8-13 og følgelig ikke nogen særlig fremmedretlig Paavirkning.

[6]) En Dom fra 1796, H.P. 1796. 255, omhandlede imidlertid et Lejemaal, som laa forud for Forordningen. I Lejemaalet var det fastsat, at Lejeren skulde være berettiget til at blive boende, saa længe han maatte finde for godt. Lejemaalet var blevet indgaaet kort før Udlejerens Konkurs. Under stor Uenighed stadfæstede Højesteret Hof- og Stadrettens Dom, som gav Lejeren Medhold. Højesteret ansaa Forordningen af 4. December 1795 for uanvendelig, da den »snarere maa anses som en ny Lov end som en autentisk Lovfortolkning«, hvorfor den ikke kunde faa tilbagevirkende Kraft. Hvor Lejeaftalen var indgaaet udelukkende for at skabe Kreditorbeskyttelse, var man dog vistnok allerede inden Forordningen naaet til at tilsidesætte Lejeaftalen. Iøvrigt blev Forordningen fortolket strengt. Blandt andet fremgaar det af en Hof- og Stadsretsdom af 1804 jfr. J. A., Bind V, S. 53, at den ikke kunde anvendes til Fordel for Indehaveren af en blot Købekontrakt, vistnok heller ikke selvom den var tinglyst, jfr. Noten til Dommen af Ørsted og nedenf. S. 99 f.

en individuelt bestemt Ting. Iøvrigt var Sondringen trods dens Uklarhed i den Grad gaaet Teoretikerne i Blodet, at de snarere konstaterer den end diskuterer den. Dette kan i og for sig ogsaa siges til en vis Grad at gælde Ørsted, der vel kritiserede den hidtidige Brug af Sondringen, men dog alligevel akcepterede den. I Modsætning til Forgængerne deducerede Ørsted imidlertid ikke uden videre fra Begreberne, men konfronterede sine Resultater med Erfaringerne fra Praksis og Lovgivning.

II.

Læren om Ejendomsrettens Overdragelse har sin største praktiske Betydning ved Køb og Salg, og det er derfor ikke mærkeligt, at det er dette Livsomraade, der har sat sit Præg paa Teoriens Udvikling. Det var paa dette Omraade, Konflikterne hyppigst opstod, og det var derfor disse Tilfælde, der oftest gav Anledning til Retssager.

De Spørgsmaal, der skal belyses i det følgende, hører langt fra alle ind under det, der nu forstaas ved Ejendomsrettens Overdragelse, men det er karakteristisk for dem alle, at det drejer sig om Problemer, der opstaar i en Overdragelsessituation, og i en historisk Fremstilling synes det navnlig berettiget at behandle dem samlet, fordi de oprindelig alle blev behandlet under eet[7]).

Som det først og fremmest er blevet fremhævet af Ross, er Begrebet Ejendomsretten et godt Eksempel paa en irrationel Gyldighedsforestilling. Retten opfattes saa at sige som et selvstændigt Væsen, og naar Goderne vandrer fra en Person til en anden, forestiller man sig, at der maa være et bestemt Skæringspunkt, der viser, hvornaar dette Væsen befinder sig hos den ene eller den anden: Enten maa Retten være hos A. eller ogsaa hos B. Der er i og for sig ingen Grund til at tro, at denne Problemstilling i sig selv er romanistisk, den er ganske simpelt uvidenskabelig. Det er imidlertid rigtigt, at den tidligste bevidste Formulering af det foreliggende Problem sikkert herhjemme er gaaet ud paa at afgøre, hvad der kræves til at erhverve jus in re. Sondringen mellem tinglige og obligatoriske Rettigheder gik fra romanistiske Fremstillinger over i den naturretlige Forestillingsverden. Naturretsforfatterne saa paa Ejendomsretten som en facultas moralis, der ved den fuldkomne Kontrakt — ikke det blotte Løfte — kunde overføres til en anden Person. Jus in re blev da ensbetydende med denne facultas moralis.

---

[7]) Hele Udviklingen af europæisk, særligt tysk Rets Regler om Ejendomsoverdragelse og dette Emnes dogmehistoriske Udvikling er gjort til Genstand for Behandling af Hans Brandt: »Eigentumserwerb und Austauschgeschäft« Leipzig 1940. Forfatterens Hovedtesis gaar ud paa, at selve den principielle Problemstilling, der ligger i Spørgsmaalet, »hvorledes erhverves Ejendomsret?« først opnaar Betydning som Følge af Oplysningstidens systematisk-filosofiske Behandling af Retssystemet, og han gennemgaar dernæst i Enkeltheder den abstrakte tinglige Overdragelsesretshandels Forhistorie. Den nutidige danske Opfattelse af hele Problemstillingen paa dette Omraade er paa afgørende Maade blevet præget af Vinding Kruses indgaaende Behandling af Emnet, begyndende med Afhandlingen, TfR 1924. 315 f.f. Tillige maa nævnes Alf Ross, Ejendomsret og Ejendomsovergang, 1935.

Hos de ældre Naturretsforskere, Grotius Lib. II, Kap. VI og VIII, og Pufendorf Lib. IV, Kap. IX, er Terminologien endnu ikke trængt ind, men hos Wolf og f. Eks. herhjemme hos Nørregaard, Natur- og Folkeret 1776, Paragraf 333 og 334, jfr. Udgaven 1784, § 304, synes den derimod uden videre at være blevet overtaget. Det afgørende er da ogsaa, at selve Forestillingen om Retten som en selvstændig Realitet og som en Enhed for saa vidt i lige høj Grad blev støttet af de romanistiske og naturretlige Forestillinger. Naar derfor Problemstillingen var saaledes beskaffen, at det gjaldt om at afgøre, om en Person havde erhvervet dominium, jus in re, facultas moralis eller ej, — med Udelukkelse af enhver tredie Mulighed, maatte Svaret unægtelig paa Forhaand være dømt til at blive misvisende.

Naar Teorien havde fundet et Kriterium som afgørende for Erhvervelsen f. Eks. Traditio, kunde det være ret nærliggende for Praksis at adoptere dette almindelige Synspunkt, fordi det i de Sager, hvor Problemet kom frem, maaske tillige var en praktisk Løsning og en Løsning, som paa det givne Omraade stemte med tidligere Afgørelser, der var blevet truffet uden Forbindelse med nogen teoretiske Konstruktioner. Men naar Standpunktet een Gang var taget, fangede Bordet, og det tagne Standpunkt kom til at bestemme ogsaa Tilfælde af anden Karakter end dem, med Hensyn til hvilke Teorien var blevet introduceret. Dette er netop, saavidt man kan se af Højesterets Praksis, Skemaet for Udviklingen i det 18. og langt ind i det 19. Aarhundrede, hvorimod det nu sandes, at Problemet om Ejendomsrettens Overgang blot er et Navn for en Række Overførselsproblemer af indbyrdes vidt forskellig Natur. Det var det irrationelle Udgangspunkt, som blev saa afgørende for Udviklingens Gang. Heri ligger netop, at det ikke nødvendigvis var saaledes, at Resultaterne i Praksis først og fremmest blev et Afpræg af Teorien, men det blev Teoriens Metode, der influerede paa Praksis.

Naar dansk Højesteretspraksis fra omkring Midten af det 18. Aarhundrede tilsyneladende bevidst gennemførte et Traditiostandpunkt, kan det næppe forklares med, at dette blev doceret ved Universitetet, dels er dette nemlig ikke ubetinget rigtigt — der var jo stadig stor Tilslutning til den naturretlige Lære om den »fuldkomne« Kontrakts Virkninger —, dels er der nok saa god Grund til at pege paa Beskaffenheden af de praktiske Retstilfælde, som gav Anledning til at tage Standpunktet. De Overdragelsesproblemer, som Domstolene hyppigst fik forelagt, var, som det senere skal vises, egnede til at begunstige Antagelsen af Traditiostandpunktet, ligesom disse Problemers nærmere Karakter paavirkede Udformningen af dette Standpunkt.

Det vigtigste af de Problemer, der fra omkring Midten af det 18. Aarhundrede blev henregnet under Spørgsmaalet om Erhvervelse af jus in re, var Standsningsretsproblemet, men hertil henførtes tillige Pro-

blemet om Kriteriet for Risikoens Overgang og endelig ogsaa Spørgsmaalet om Prioriteten over for Overdragerens Kreditorer og Omsætningserhververe. For alle disse Problemer kom Kravet om Traditio som Forudsætning for Ejendomsrets Overførelse til at spille en væsentlig Rolle. Gennemgangen af Praksis vil imidlertid vise, at Traditiokriteriet, saaledes som det fremtræder i Voteringerne, kun havde lidet at gøre med det romerske Krav om Overførelse af possessio[8]).

Der var tilsyneladende hverken Tale om at kræve fysisk Overgivelse i streng Forstand eller at benytte sig af Muligheden for Anerkendelse af constitutum possessorium, men det, der i Virkeligheden skete, var, at man i forskellige Situationer statuerede, at den blotte Aftale ikke var tilstrækkeligt Grundlag for Overførelse af jus in re. Først og fremmest dukkede dette Standpunkt frem i Standsningsretssagerne, men det blev ogsaa af afgørende Betydning i Tilfælde af dobbelt Overdragelse. Ud fra Sætningen »res perit suo domino« kom man endvidere ind paa at kræve mere end Aftalen for at overføre Risikoen fra Sælger til Køber. Traditiostandpunktet kom i denne Forbindelse til at virke som Modvægt over for Princippet »res perit emptori«.

Da det Standpunkt, som Retspraksis havde taget med Hensyn til Overførelse af jus in re, endelig i en Sag af en særlig Beskaffenhed, hvor der var Tale om en Købers Retsstilling over for Sælgerens Kreditorer, blev udsat for en haard Belastning, kom Retten til det Resultat, at det hidtil fastlagte Kriterium i Virkeligheden ikke var hjemlet i Loven, hvorfor det maatte kunne fraviges »i særlige Tilfælde«. Netop det sidstnævnte Kollisionstilfælde — Køberens Stilling over for Sælgerens Kreditorer — forekom iøvrigt meget sjældent i Praksis. Aarsagen hertil er formodentlig den, at Konflikter mellem disse Personkredse er ganske upraktiske, naar der bortses fra Tilfælde, hvor Køberen har ydet Forudbetaling. I saadanne Tilfælde opstaar der ofte Spørgsmaal om, hvorvidt der er gjort Forsøg paa at besvige Kreditorerne (Møbellaan), men hvor der ikke er Tegn paa, at der foreligger Dispositioner i denne Retning, er det sikkert ikke nødvendigt at kræve særlige Betingelser opfyldt for at anerkende Køberens Prioritetsstilling. Det er maaske dette Forhold, der udgør det spinkle Grundlag for den Sætning, at moderne dansk Ret anerkender Ejendomsrettens Overgang ved den blotte Aftale, — en Opfattelse, som man kunde fristes til at kalde lige saa vildledende som det 18. Aarhundredes Traditioteori.

Saa vidt det kan udledes af det Materiale, der har staaet til Raadighed for denne Afhandling, har der sikkert ikke i dansk Praksis omkring Danske Lov og den første Tid derefter eksisteret noget klart Standpunkt med Hensyn til Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overgang. Dette er ogsaa meget let forklarligt. For det første giver Danske Lov ingen klar Regel, og for det andet har den teoretiske Problemstilling ikke gjort

[8]) Jfr. ovenf. S. 64.

sig saa stærkt gældende hos Dommerne, at der har været tilstrækkelig Aarsag til at komme med meget andet end rent kasuistiske Betragtninger i hvert enkelt Tilfælde. Lige saa fejlagtigt det vilde være at sige i al Almindelighed, at Praksis i Dag hylder en Regel om Ejendomsrettens Overgang ved Aftale alene, lige saa misvisende vilde det sikkert være at antage noget saadant om den tidligste Praksis omkring Danske Lov. Hertil kommer det bemærkelsesværdige Fænomen, som allerede tidligere er nævnt, at Højesteretspraksis i den første Periode efter Danske Lov er overordentlig fattig paa Afgørelser af formueretlige Kollisionstilfælde, og allerede af den Grund er det nærliggende at tro, at der slet ikke har dannet sig nogen bestemt Regel i denne Periode[9]).

Fra omkring Midten af Aarhundredet kommer der hyppigere og mere principielle Afgørelser samtidig med, at den teoretiske Jura øjensynlig begynder at gøre sig gældende. Præjudikaterne fra omkring 1750 til Aarhundredskiftet er her som paa saa mange andre Punkter en overordentlig vigtig Baggrund for Forstaaelsen af Ørsteds Lære og Retsudviklingen i det 19. Aarhundrede. Ørsteds Indsats paa dette Omraade betød i hvert Fald i teoretisk Henseende en fornyet Hensyntagen til romanistiske Synspunkter, og i metodisk Henseende kom hans Behandling af de herhenhørende Emner ikke til at betyde noget afgørende Brud med Fortiden.

Som nævnt gav Danske Lov ikke nogen almindelig Løsning paa Problemet om Ejendomsrettens Overgang ved Aftale, og det vilde være meget dristigt at udlede en almindelig Sætning af de enkelte Bestemmelser, der i Danske Lov tager Sigte paa Løsning af Kollisionstilfælde og derved mene at have fundet Lovgiverens almindelige Synspunkt. Her er det ganske vist ikke blevet forsøgt selvstændigt at granske den mulige teoretiske Baggrund for Danske Lovs Bestemmelser paa dette Omraade[10]). Det er formodentlig tilstrækkeligt i denne Forbindelse at tage sit Udgangspunkt deri, at der ikke nogensinde er ført noget Bevis for Eksistensen eller Beskaffenheden af en saadan almindelig Teori.

Paa et enkelt Omraade kunde det se ud, som om Danske Lov har taget Standpunkt til Spørgsmaalet, nemlig for saa vidt angaar Dobbeltsalg. Danske Lov 5-3-31 giver i en saadan Situation den første Køber Prioritet, men det fremgaar ikke klart af Bestemmelsen, om dette ogsaa skal gælde, hvor Køber Nr. 2 har faaet Besiddelsen af det købte even-

[9]) Jfr. ovenf. S. 29-30.

[10]) I Brandts ovenfor citerede Værk refereres den Strid, der har været i tysk retshistorisk Forskning om Traditiokravets Betydning i germansk Ret, S. 43 ff. Forfatteren paapeger med Rette, at den naturretlig-romanistiske Problemstilling slet ikke kan anvendes paa den ældre ikke-romanistisk paavirkede Ret. Ogsaa i Tyskland har Diskussionen, navnlig siden Fremstillingen i Gierkes »Deutsches Privatrecht« II (1905) S. 544 f.f., drejet sig om Forstaaelsen af de gamle Retskilders Regler om Dobbeltsalg, der søges fortolket i den ene og den anden Retning.

tuelt i god Tro[11]). Bestemmelsen stammer ikke fra ældre dansk Ret, men er taget fra Chr. d. IV.s Norske Lov af 1604 og gaar i Virkeligheden helt tilbage til de gamle norske Landslove, efter hvilke der vist nok ikke var Tvivl om, at Prioritetsreglen skulde gælde, selv om den anden Køber havde opnaaet Besiddelsen. Sammenligner man Bestemmelsen med Danske Lov 5-3-11, hvis Kilde er Jydske Lov I, 41, ses det, at man i den sidstnævnte Bestemmelse, der handler om den, som sælger »uhiemmelt«, har indskudt Ordene »eller som hand til een anden solt eller pantsat haver«. Om der kan drages Slutninger herfra, er dog meget usikkert.

Det vigtigste Indicium for, at Prioritetsreglen skal opfattes som en generel Regel, er efter min Mening det Forhold, at der intet Forbehold tages for det Tilfælde, at det sidste Salg er kommet nærmere sin Fuldbyrdelse end det første. Der spiller her et almindeligt Fortolkningsproblem ind, som har Betydning for Forstaaelsen af flere af Danske Lovs Bestemmelser, nemlig hvorvidt man tør indskyde underforstaaede Begrænsninger i de gamle ellers klart formulerede Lovtekster. Jeg er af den Opfattelse, at der maa udvises overordentlig stor Forsigtighed hermed, i hvert Fald hvis Maalet gaar ud paa at fastlægge Datidens Retstilstand korrekt. Spørgsmaalet minder principielt om det Problem, der opstaar ved Fortolkningen af 5-8-12. Her drejer Diskussionen sig om, hvorvidt man kan indlægge et Forbehold for det Tilfælde, at Erhververen er i god Tro. Den naturligste Fortolkning af 5-3-31 er sikkert den, at den første Aftale faar Prioritet i alle Tilfælde, selv om Repræsentanter for den modsatte Anskuelse har Ret i, at Bestemmelsen ikke strengt logisk nødvendiggør dette Resultat.

Ørsted gennemgik hele Spørgsmaalet (Haandbog IV, S. 392) og udtalte, at Bevisbyrden maa »paaligge den, som paastaar, at vore Love er gaaede ud fra en modsat Forudsætning«, det vil sige gaaet ud fra, at »den blotte Kontrakt efter Sagens Natur er nok til at fuldende Eiendoms Erhvervelse«. Dette Synspunkt synes at være noget tvivlsomt i hvert Fald for Dobbeltsalgs Vedkommende. Ørsteds Hovedargument er dette, at Danske Lov 5-3-31 ogsaa omfatter Overdragelse af fast Ejendom, og at Bestemmelsen vilde komme i Modstrid med 5-3-28—30, hvis den første Køber ubetinget skulde have Prioritet. Imidlertid er der intet til Hinder for at antage, at 5-3-31 kun refererer til Konflikter mellem utinglyste Erhververe, og Bestemmelsen kan herefter lige saa vel forstaas som givende første Køber Prioritet med denne Modifikation, som fortolkes i Overensstemmelse med Ørsteds Synspunkter.

[11]) I Modsætning til Danske Lov hvilede den svenske 1734-Aars Lag paa en noget naturretligt præget Retsopfattelse, og for denne Lovgivnings Vedkommende er der næppe Tvivl om, at Sætningen om Ejendomsrettens Overgang ved den fuldkomne Kontrakt ligger bag Reglerne om Løsøreoverdragelse, herunder specielt Dobbeltsalgsreglen i Handelsbalken I § 5, jfr. iøvrigt Udviklingen hos Lundstedt i Minnesskrift ägnad 1734-Års Lag, S. 668 f.f., og Hillgård »Bidrag til läron om säljerens stoppningsrätt« 1923, S. 88 ff.

Udfaldet af denne Fortolkningsdiskussion kan imidlertid ikke blive afgørende for andre Sagsforhold end dem, Bestemmelsen omhandler. Hvis det er rigtigt, at Danske Lov ikke har tillagt Traditio Betydning, kan dette kun have Gyldighed paa Dobbeltsalgsomraadet, medens der iøvrigt ikke er noget Tegn paa, at Loven er gaaet ud fra en generel Opfattelse af Problemet om Ejendomsrettens Overgang som saadant.

Danske Lov 5-3-18, jfr. 1-24-26, gav Kreditorerne vidtgaaende Værn i Konflikter med Omsætningserhververe, der støttede deres Ret paa Aftaler med Debitor, men ramte ikke Dispositioner, der var truffet, forinden Kreditors Retsforfølgning fandt Sted. Det er typiske Uraadighedsbestemmelser, ligesom Nutidens Arrestinstitut. Det særlige ved 5-3-18 er blot de overordentlig vidtgaaende Følger, der var knyttet til Retsforfølgning fra Kreditorernes Side, selv i Tilfælde, hvor der ikke var blevet lagt fysisk Beslag paa Godset eller dog dekreteret Arrest i bestemte Ting. Uanset Bestemmelsernes vide Omraade, afgiver de ikke Svar paa Spørgsmaalet om, hvorledes en Konflikt mellem en Køber og Sælgerens Kreditorer skal afgøres, naar Sælgeren har været raadig over sit Gods, da han disponerede.

Danske Lovs Bestemmelser om Overdragelse af fast Ejendom blev af meget stor Betydning for den senere Teori og Praksis[12]). Kravene om Tinglysning og D. L. 5-3-32 ledte Tanken kraftigt hen paa, om der ikke ved Løsøreoverdragelse muligvis skulde kræves mere end Aftalen, og langt snarere end man uden videre skal godkende Tanken om en Reception af den romanistiske Traditiolære, maa man sikkert opfatte Udviklingen som præget af de nævnte Bestemmelser. Disse blev i al Fald det mest betydningsfulde Bolværk over for det naturretlige Princip, der gik ud paa, at Køberen bliver Ejer i Kraft af den fuldkomne Aftale. Medens Stampe, saa vidt man kan se af hans Voteringer, principielt stod paa Traditiostandpunktet, antog saavel Hesselberg som Dons, Hedegaard, Kongslev samt Kofod Ancher det naturretlige Udgangspunkt. For Datidens Teori synes hele Spørgsmaalet kun at have bestaaet i at vælge rigtigt mellem de to Muligheder. Naar Nørregaard[13]) antog Traditiolæren, synes det i første Række at have været Bestemmelserne om Overdragelse af fast Ejendom, der har virket inspirerende paa Argumentationen[14]).

To Hovedsynspunkter laa bag disse Forfatteres Standpunkt: For det første ansaas Kravet om Skødning til Tinge for at være ensbetydende med et Krav om »solenn, symbolisk Overleverelse« dikteret af Hensynet til »den almindelige Sikkerhed«. Om denne Sammenstilling af Skødning plus Tinglysning med Traditio har fremmedretlige Forbilleder, kan omtvistes, men det afgørende er, at Begrundelsen for Sam-

---

[12]) Nørregaard, Privatret II, S. 244, Ørsted, Haandbog IV, S. 394 f.
[13]) Privatret II, § 360 f.f.
[14]) Jfr. ogsaa Hurtigkarl, Privatret II, 1. Bind, S. 240, og 2. Bind, S. 89 f.f.

menligningen blev Kundgørelsessynspunktet, som Danske Lov saa klart angav i sine Tinglysningsbestemmelser.

Da det dernæst maatte antages, at »Lovgiveren« ikke vilde tage mindre Hensyn til Sikkerheden ved Omsætning af Løsøre end ved Omsætning af fast Ejendom, laa det lige for at kræve virkelig Overlevering af Løsøre. Naar endvidere D. L. 5-7-7 krævede dette ved Pantsætning, var Beviset ført, da man jo ikke kunde tænke sig, at der skulde kræves »mere« til at erhverve Panteret end til at erhverve fuld Ejendom. Ræsonnementet førte derfor til det Resultat, at det blot maatte bero paa et Tilfælde, at Loven ikke direkte havde udtalt Traditio-Kravet. Eventuelle Forudsætninger om, at »Naturens Lov« skulde gælde ved Løsøreomsætning, kunde følgelig ikke anføres her. Hele denne Argumentation, som Ørsted senere saa kraftigt imødegik, saa vist nok først Dagens Lys, efter at Højesteret havde sluttet sig til Traditio-Synspunktet. Paa den anden Side maa det indrømmes, at Argumentationen under Højesteretsvoteringerne overordentlig meget ligner den, man finder i Privatretssystemerne.

Den Omstændighed, at det muligvis var Højesteret selv, der tog Standpunkt først, bør imidlertid bemærkes i Forbindelse med den ofte fremsatte Opfattelse, at de romanistisk prægede Regler, som blev gennemført, uden videre maa anses for at hidrøre fra Dommernes Eftergivenhed over for Universitetets Læresætninger. Nørregaards og Hurtigkarls Argumentation er ogsaa interessant derved, at den viser, at man principielt kunde overvinde den Fristelse, det var at lade »Naturens Ret« faa Prioritet fremfor den almindelige Lovfortolkning som Retskilde.

I »Ejendomsretten«[15]) har Vinding Kruse givet en Skildring af den ældre Retsudvikling paa dette Omraade. Denne er væsentligst bygget paa en Gennemgang af Retslitteraturen og giver derfor af denne Grund et noget fortegnet Billede af Udviklingen inden for gældende Ret. Det hedder i denne Fremstilling: »Som nævnt kræves der ikke efter Danske og Norske Lov, ligesaa lidt som efter den svenske Lovbog 1734, nogen Overleverelse af Tingen til Køberen til Overførelse af Ejendomsret«. Som det vil fremgaa af, hvad der er sagt ovenfor, og af den følgende Gennemgang, er jeg enig i, at Danske Lovs Regler ikke i Almindelighed hviler paa et Traditiosynspunkt, men netop ogsaa kun i denne rent negative Udtalelse. Naar det videre hedder: »Ved Overdragelse af Løsøre var Aftalen alene sikkert tilstrækkelig til Ejendomsrettens Overgang«, er jeg derimod af den Opfattelse, at der ikke findes tilstrækkeligt Grundlag for en saadan Konstatering. Kun for saa vidt angaar Dobbeltsalgstilfældene er der en Mulighed for, at man, som nævnt ovenfor, tør gaa ud fra, at Loven har tillagt Aftalen med første Køber afgørende Betydning uden Hensyn til Besiddelsesafgang til den sidste Køber.

[15]) 2. Udg., S. 835 f.f., 3. Udg., S. 805 f.f.

Retspraksis synes mig imidlertid at vise, at Reglerne om Dobbeltsalg slet ikke har spillet en afgørende Rolle for Hovedtendensen i Retsudviklingen, — i al Fald ikke i det 18. Aarhundrede.

De mange Udtalelser i Teorien baseret paa Naturrettens Lære om Virkningen af den fuldkomne Kontrakt vandt heller ikke paa noget Tidspunkt Sejr i Praksis[15a]), — dertil var den for upraktisk i de fleste af de Tilfælde, der blev forelagt Retten. Naar det videre hos Vinding Kruse siges, at »Kravet om Overleverelse, Traditio, trængte saaledes igennem hos os paa Overgangen mellem det 18. og 19. Aarhundrede med Nørregaard og Hurtigkarl«, er dette sikkert heller ikke ubetinget rigtigt, i hvert Fald for saa vidt Tidsangivelsen angaar. Derimod er det rigtigt, at Læren om constitutum possessorium først fik Indpas i Praksis med Ørsted som Fortaler. Den af Vinding Kruse anførte Overhofretsdom af 1815 (N.J.A. 15. Bind, S. 29) viser imidlertid efter min Mening ikke noget afgørende herom. Der var ikke i denne Dom antydet noget som helst om, at Køberen var blevet indsat i Besiddelsen. Dommen konstaterer blot, at det var in confesso, at Salgsgenstanden, et Egetræ, der laa fældet i Sælgerens Skov, ikke var blevet taget i Besiddelse af Køberen, da Modparten købte hele Ejendommen med Skoven og det deri værende Brænde. Resultatet og Dommens udtrykkelige Udtalelse om, at Besiddelsesovergang maa anses nødvendig til Ejendomserhvervelse over rørlige Ting efter vore Love, var blot Udtryk for en almindelig Opfattelse, der hvilede paa gammel Højesteretspraksis fra det forrige Aarhundrede.

Af andre Domme fremgaar det imidlertid, at Praksis tilsyneladende først ret sent, i den første Del af det 19. Aarhundrede godkendte Læren om constitutum possessorium, hvilket vil blive nærmere behandlet nedenfor.

At Retsudviklingen som Helhed betragtet var præget af den manglende Analyse af Begrebet Ejendomsrettens Overgang, fremhæves derimod med Rette af Vinding Kruse.

III.

Et af de Kollisionsproblemer, der hyppigst kom for Domstolene, var det, der nu kaldes Problemet om Standsningsrettens Ophør — jfr. Købelovens § 39 og Konkurslovens § 4. Ogsaa i Nutiden er dette et af de mest praktiske Overdragelsesproblemer. Kollisionen mellem Sælgerens Krav paa Salgsgenstanden eller dennes Betaling paa den ene Side og Køberens eller Køberens Bos Krav paa Tingen »uden« Betaling paa den anden Side giver Anledning til Spørgsmaalet om, hvor længe Sælgerens Vederlagsforudsætning skal tillægges relevant Betydning. Spørgsmaalet kommer frem baade over for Køberen og dennes Kredi-

[15a]) Herved tænkes paa Højesteretspraksis. Det ser ud til, at bl. a. Hof- og Stadsretten i enk. Afgørelser har givet Naturretsdoktrinen Tilslutning, jfr. ndf. S. 102.

torer, og det er derfor med Rette blevet fremhævet[16]), at Problemet har et noget videre Perspektiv end det snævrere Problem om det rette Skæringspunkt for Kontrahentbeskyttelsen. I Tiden fra Danske Lov lige indtil Slutningen af forrige Aarhundrede er Standsningsretsproblemet med faa Modifikationer blevet behandlet som et Fragment af Problemet om det rette Kriterium for Ejendomsrettens Overgang. Denne Problemstilling fik Indflydelse baade paa selve Behandlingen af Standsningsretsproblemet som paa Behandlingen af andre Overførelsesproblemer som Følge af Tendensen til at underkaste hele Spørgsmaalet den ovenfor omtalte »Enhedsbehandling«.

Vederlagsforudsætningens naturlige Styrke vil formodentlig begunstige en Løsning til Fordel for Sælgeren, i hvert Fald saa længe han ikke definitivt har sluppet Godet af Hænde, og muligvis endnu paa et langt senere Tidspunkt. Dansk Højesteretspraksis har fra et meget tidligt Tidspunkt[17]) antaget, at Aftalen som saadan ikke afskærer Sælgeren fra at udøve Standsningsret, derimod først forskellige Fuldbyrdelseshandlinger fra hans Side. Det er i det hele taget overvejende sandsynligt, at man aldrig i dette Kollisionstilfælde har nøjedes med den indgaaede Aftale som Kriterium for »Ejendomsrettens Overgang«.

Fornemmelsen af Vederlagsforudsætningens Vægt har paa dette Omraade hindret en Anvendelse af Aftaleteorien. Den Omstændighed, at Standsningsretsspørgsmaalet omformes til at være et Spørgsmaal om Tidspunktet for Ejendomsrettens Overgang — altsaa et Problem, om hvornaar den usynlige, men »gyldige« Ret af en eller anden Grund skifter Subjekt — indebærer naturligvis ikke som en Nødvendighed, at man derfor mister Forstaaelsen af Kollisionsproblemets reale Vanskeligheder, men den særlige Problemstilling medfører i dette Tilfælde, at Traditiolæren bliver den mest tiltrækkende Løsning, i al Fald hvis den udformes saaledes, at der til Ejendomsrettens Overgang kræves mere end den blotte Aftale, og dette »mere« afgrænses efter det praktiske Livs Behov. Naar man betænker, hvor sent dansk Ret er naaet til en klar Isolering af Standsningsrets-Problemet, er der en nærliggende Grund til at tro, at den ældre Konstruktion og Problemstilling har været den Faktor, der mest har forvirret Retsopfattelsen.

Sammenblandingen af Spørgsmaalet om Sælgerens Beskyttelse over for Køberens Kreditorer med uvedkommende Problemer er imidlertid af gammel Dato. Allerede i romersk Ret var Standsningsretsspørgsmaalet blevet en integrerende Del af Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overgang.

I den klassiske Rets *emptio-venditio* Regler var det anerkendt, at Køberen maatte tilbyde Betaling for at udøve actio empti. Præsterede

---

[16]) Jfr. Henry Ussing »Køb«, S. 100—101.

[17]) Den ældste kendte Dom eller rettere den ældste Dom, som det er lykkedes at finde i Forbindelse med nærværende Studier, er fra 1747, men denne Afgørelse synes at vise tilbage til ældre Praksis.

Køberen ikke Købesummen, kunde Sælgeren udøve Sikkerhedsret over Salgsgenstanden[18]). Princippet om Ydelsens og Modydelsens indbyrdes Afhængighed førtes derimod ikke videre i romersk Ret. Saaledes var almindelig Hæveret ikke anerkendt. Adgangen til at udøve *condictio ob causam datorum* forelaa ikke inden for emptio-venditio-Omraadet. Sælgerens Ret til at tilbagetage Salgsgenstanden fra Køberen maatte derfor komme til at afhænge af, hvorvidt Køberen var blevet Ejer eller ej. I saa Henseende var Traditio det afgørende Kriterium, — men i hvilket Omfang skulde og kunde denne anses for betinget af Købesummens Betaling? For Justiniansk Rets Vedkommende er der som bekendt ikke nogen som helst Tvivl om, at Ejendomsret kun erhvervedes paa Betingelse af, at Køberen betalte Sælgeren Købesummen — eller »*alio modo ei satisfecerit*« (Inst. II.1.41) — hvilket sidste altid er blevet forstaaet saaledes, at Kreditydelse fra Sælgerens Side bevirkede, at han kunde benytte sin actio in personam *ex venditione* og ikke paaberaabe sig Ejendomsret til Salgsgenstanden, »si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, statim rem emptoris fieri«, jfr. Dig 18.1.19[19]).

Over for den romerske Konstruktion, hvorefter Ydelsen af Vederlaget principielt var afgørende for Ejendomsrettens Overgang, hvis der ikke fra Sælgerens Side var blevet ydet paa Kredit, altsaa givet Afkald paa Betaling eller Sikkerhedsstillelse — stod den naturretlige Opfattelse. Dennes Udgangspunkt var Princippet om Ejendomsrettens Overgang i Kraft af den blotte Aftale. Spørgsmaalet om Betydningen af Vederlagets Erlæggelse maatte derfor blive identisk med Spørgsmaalet om, hvorvidt selve Aftalen maatte anses som betinget heraf. Antagelsen af, at selve Aftalen var betinget, havde den Konsekvens, at den vanskeliggjorde en Konstatering af Betingelsens senere Bortfald. Hvis Ydelsen allerede i Medfør af selve Aftalen maatte anses betinget af Modydelsen, var der ikke særlig Grund til at antage, at Sælgeren efter Aftalens Ind-

---

[18]) Jfr. Ulpians Udtalelse D. 19.1.13 § 8 — den senere saakaldte exceptio non adimpleti contractus, hvormed kan sammenholdes et Fragment fra Julian, D. 19.1.25, omhandlende Køberens exceptio mercis non traditae.

[19]) Det, der derimod har voldt den allerstørste Tvivl, og som har givet Anledning til en omfattende Litteratur, er Spørgsmaalet om, hvorledes man skal forstaa de efterklassiske Kilders Oplysning om, at disse Regler allerede skulde have været gældende i Henhold til de tolv Tavlers Love, og om man overhovedet tør stole paa denne Oplysning. Hvis det er rigtigt, at Traditio allerede paa de tolv Tavlers Tid overførte den quiritariske Ejendomsret (m. H. t. res nec mancipi), maa det sikkert antages, at der er det rigtige i Paastanden, at Købesummens Erlæggelse har været en Nødvendighed paa samme Maade som ved Mancipationen, der oprindelig var en Kontantretshandel. Men hvorledes Retsstillingen er blevet paavirket af Konsensualkøbets Fremkomst, og i hvilket Omfang, der er blevet lagt Vægt paa Købesummens Betaling ved Meddelelse af actio publiciana in rem, er langt vanskeligere at besvare, hvortil endelig kommer det tvivlsomme Spørgsmaal om græsk Rets Indflydelse paa den endelige Udformning af romersk Ret paa dette Omraade, da den havde overvundet Dualismen indenfor Ejendomsretslæren som Følge af Skellet mellem jus civile og jus gentium. Jfr. herom nærmere M. Pringsheim: Der Kauf mit fremden Geld, Leipzig 1916, og Monier, Manuel II, S. 183 f.f., med omfattende Litteraturhenvisninger.

gaaelse skulde opgive denne Betingelse, blot fordi Traditio eller Fuldbyrdelseshandlinger fandt Sted. Det var tværtimod i denne Situation, Betingelsen frembød særlig Interesse for Sælgeren.

De naturretlige Fremstillinger gaar kun sjældent ind paa disse særlige Problemer, men nøjes med i Almindelighed at konstatere, at gensidige kontraktsmæssige Forpligtelser er betingede af gensidig Opfyldelse, og opfyldes Betingelsen ikke, bortfalder alt det, der var baseret paa Betingelsen, og Modpartens kontraktmæssige Bundethed falder væk[20]).

I europæisk Handelsret havde der i Løbet af Middelalderen udviklet sig Retssædvaner, hvorefter Kreditsælgeren havde Tilbagetagelsesret i Tilfælde af Køberens Insolvens, selv efter en Overgivelse af Salgsgenstanden, dog normalt kun hvis Overgivelsen var sket inden for visse Frister. Denne »*droit de suite*« blev udformet paa mange forskellige Maader i de enkelte Retsomraader[21]). Principielt er det bemærkelsesværdigt, at Romerrettens Sammenknytning af Begrebet Ejendomsrettens Overgang med Spørgsmaalet om det, man nu kalder Problemet om Vederlagsforudsætningens Relevans, er forsvundet med Anerkendelsen af en egentlig droit de suite, der fører til Tilbagetagelsesret, selv om Ejendomsretten uomtvisteligt maatte anses for overgaaet til Køberen. I ældre europæisk Retslitteratur ser man dog Forsøg paa en Harmonisering paa den Maade, at Tilbagetagelsesretten begrundes med, at den normalt ejendomsretsoverførende Traditio maa anses foranlediget af Køberens Svig, og at den derfor bliver uvirksom. I en Række Tilfælde slog denne Forklaring dog naturligvis ikke til.

I de Retsforfatninger, der som den danske ikke kendte til nogen Form for droit de suite, var det i og for sig naturligt, at Standsningsretssager maatte føre Domstolene ind paa en Afgørelse af det almindelige Kriterium for Ejendomsrettens Overgang. Imidlertid drejede de fleste Sager, som blev forelagt Domstolene, sig om Konflikter, der var op-

---

[20]) Jfr. nedenf. S. 269. Læren findes allerede hos Grotius (III. XIX. 14) og er nærmere udformet hos Pufendorf (V. XI. 9.). Hos Nørregaard, Privatret III, S. 49—50, jfr. 42—43, findes den ligeledes, men med den for det her omhandlede Emne interessante Modifikation, *at Misligholdelse fra den ene Parts Side ikke giver den anden Part Hæveret, hvis han har erlagt sin Ydelse fuldstændigt.* Denne Variation af den naturretlige Betingelseslære, er naturligvis lige saa lidt som den umodificerede Lære møntet paa Konflikten med Køberens Kreditorer, men omfatter dog logisk ogsaa dette Spørgsmaal og fører altsaa netop til Afskæring af Tilbagetagelsesret efter Overlevering af Salgsgenstanden, modsat den sædvanlige naturretlige Lære, som herhjemme findes gengivet hos Hurtigkarl, Privatret II, 2. S. 54, jfr. ogsaa Schlegels Naturret (1805) S. 259. Maaske skal Pufendorfs Lære om, at de gensidige Ydelser skal anses betinget af hinanden, »sibi invicem insunt per modum conditionis«, ogsaa forstaas saaledes, at der kun tænkes paa Tilfælde, hvor ingen af Parterne har opfyldt. Pufendorf omtaler det Tilfælde, hvor den, der har erlagt, bliver stillet over for Misligholdelse fra Modpartens Side, men udtaler blot herom, at den erlæggende da kan bruge alle Retsmidler til at tvinge Modparten til Opfyldelse, »mihi jus erit ipsum, quovis modo licito ad contractum implendu adigendi«.

[21]) Jfr. Hillgård »Bidrag till läran om säljarens stoppningsrät« 1923, S. 8 f.f., og endvidere Brandt l. c. 190—96.

staaet i Forbindelse med Distancehandel. Paa dette Omraade opstod en Række særlige Problemer ud over de principielle Ejendomsretsproblemer, navnlig Spørgsmaalet om, hvorvidt Afsendelseshandlinger eller eventuelt Afgivelse af Varedokumenter kunde sidestilles med fysisk Overgivelse, og ofte har man det Indtryk, at disse særlige handelsretlige Problemer overskygger selve Debatten om det principielle Kriterium for Ejendomsrettens Overgang.

For at forstaa Retspraksis' Udvikling i det 18. Aarhundrede og for at forstaa de Diskussioner, som opstod under Voteringerne i Anledning af Standsningsretssager, er det herefter nødvendigt at holde en hel Række af krydsende Synspunkter ud fra hinanden:

1. Diskussionen om det generelle Kriterium for Ejendomsrettens Overgang. Her var to Alternativer, enten den naturretlige Aftaleteori eller Traditiolæren, som havde et vist Slægtskab med romersk Ret, eller som dog kunde delvis identificeres med romersk Ret.

2. Forudsætningssynspunktet, hvis Grundlag var den naturretlige Betingelseslære, hvorefter Forpligtelserne i gensidige Retsforhold var betinget af Modpartens Opfyldelse. Gennemførelsen af dette Synspunkt konsekvent maatte føre til en ubegrænset Standsnings- eller Tilbagetagelsesret. Over for Forudsætningssynspunktet kan tre modgaaende Synspunkter have spillet ind:

a. Det romerretlige Synspunkt, hvorefter Kreditydelse sidestilles med Betaling eller Sikkerhedsstillelse.

b. Det romerretlige Synspunkt, hvorefter Hæveret i Anledning af Køberens Ikke-Erlæggelse er betinget af »lex commissoria«-Aftale. At dette sidste Synspunkt direkte har spillet en Rolle, fremgaar af flere Domme[22]).

c. Den hos visse Naturretlærere opstillede almindelige Begrænsning af Betingelseslæren til kun at gælde de Tilfælde, hvor Ydelsen ikke var erlagt, jfr. ovenfor Note 20.

3. Diskussionen om, hvorvidt Afsendelseshandlinger, saasom Indskibning etc., Tilsendelse af Faktura eller Meddelelse om Afsendelse, kunde anses for Traditio.

4. Det særlige Spørgsmaal om Overgivelse af Konnossement overførte Ejendomsretten, altsaa erstatter Overgivelse af selve Varen, saaledes at Konnossementsindehaveren efter den ældre Sprogbrug blev betragtet som borgerlig Besidder.

Hvad særligt angaar det sidstnævnte Spørgsmaal, maa det vel antages, at Brugen af Konnossement gaar ret langt tilbage[23]), men det er ikke sandsynligt, at Konnossementets »tinglig-retlige Egenskaber«[24]) kan forfølges lige saa langt, og Udviklingen i ældre dansk Retspraksis tyder

[22]) Jfr. nærmere ndf. S. 268 ff.
[23]) Jfr. Hillgård l. c. S. 29. N. 2.
[24]) Heckscher »Kreditsalget« 1885, S. 146.

ikke paa, at Udformningen af Standsningsretten staar i direkte Forbindelse med Gennemførelsen af Princippet om Konnossementets Evne til at overføre Retten over selve Varen.

I Forordningen af 19. December 1794 vedrørende de saakaldte *Respondentia-Breve* blev det bestemt, at den, der havde forstrakt Penge til det indladte Gods, blev berettiget til forlods Betaling i dette Gods, hvis der blev udstedt Respondentiabrev med Specifikation paa de indladte Varer og tillige Konnossement paa Varerne. Blandt andet under Henvisning til denne Forordning blev det ved en Hof- og Stadsretsdom af 21. December 1818[25]) statueret, at Overleverelse af Konnossement, hvorved Modtageren sættes i Stand til, ved Tvangsmidler, at gøre sin Fordring paa Varerne gældende mod Skipperen, ifølge Sagens Natur og Lovgivningens Analogi maa betragtes som en »symbolisk Overleverelse« af Varerne selv. Kort Tid forinden havde Ørsted i sin Anmeldelse af Hurtigkarls Privatret[26]) anket over, at Hurtigkarl slet ikke havde omtalt Konnossementets Egenskab, at give Disposition over Varerne. Ørsted polemiserede i denne Forbindelse mod en nylig udkommen tysk Afhandling, der havde frakendt Konnossementet denne Egeskab, idet han over for Forfatteren anførte, at denne havde fejlet i ikke at tage tilbørligt Hensyn til det Øjemed, der i den handlende Verden forbindes med Konnossementet. I en Note til den førnævnte Dom, der omhandlede et rent Standsningsretstilfælde, fremhævede Ørsted imidlertid, at Grundsætningen om Konnossementets Virkning til at give Disposition over Varerne vel kunde taale Modifikation med Hensyn til det Tilfælde, hvor Modtageren, uden at have overdraget det til Trediemand, fallerer, inden Varerne er komne i hans Besiddelse, og inden de er betalt. »Den Hensigt, som man i den handlende og søfarende Verden forbinder med Konnossementer, lider egentlig intet ved, at Afsenderen i slige Tilfælde faar sine ubetalte Varer tilbageleverede; og det er næppe billigt eller gavnligt for Kreditten, at han skal finde sig i, at Boet tager Varerne til sig og lader ham, efter Boets Beskaffenhed, tabe hele sin Fordring eller dog en stor Del deraf. Hensigtsmæssige Bestemmelser i saa Henseende indeholdes i Code de Commerce Liv. 3 Tit. 3. Men, da der hos os ingen Lov gives om denne Genstand, saa er det almindeligt antaget, at Konnossementet, og i Tilfælde af Konsignatarii Fallit, giver Ret for hans Bo til at komme i Besiddelse af Varerne uden at betale dem.« To Domme fra henholdsvis 1804 og 1805[27]) synes ogsaa at være bygget paa det almindelige Princip om Konnossementets Evne til at overføre Raadigheden. Gennemgangen af Højesteretspraksis fra det 18. Aarhundrede viser imidlertid, at Højesteret allerede længe havde hyldet samme Opfattelse. Den nedenfor omtalte Sag fra 1776 (HP 1776. 634)

---

[25]) N. J. A. 29. Bd., S. 152.
[26]) N. J. A. 25. Bd., S. 173, jfr. Haandbog V, S. 562.
[27]) A. F. R. I. Bd., S. 280 og S. 320.

kan maaske allerede tages som Udtryk derfor. Derimod maa den sammesteds omtalte Sag fra 1768 (HP 1768 A. 312) vistnok forstaas saaledes, at Ejendomsret ansaas for overgaaet til Køberen, uanset at Køber ikke sad inde med Konnossementet.

I 1779 kom der en Sag af særlig Beskaffenhed til Paadømmelse, jfr. HP 1779 A. 244. Her var Tale om en Skibsladning Varer, som var strandet og blevet bjærget. Bjærgningsvirksomheden optraadte paa Afsenderens Vegne og nægtede at udlevere Godset, fordi Konnossementsmodtageren, et Firma i Petersborg, alene skulde være at anse som Kommissionær. Endvidere repræsenterede Bjærgningsvirksomheden den oprindelige Sælger af Varerne, som efter en Dom i Frankrig vilde udøve Standsningsret med Hensyn til Varerne over for Afsenderen og dennes Medkontrahent. Førstvoterende Fridsch udtalte, at det Petersborgske Hus kun var Kommissionær, og at »Konnossementet ej giver nogen Ejendomsret«. 5 af 9 Dommere gav derimod Konnossementsindehaveren Medhold og stadfæstede Landstingsdommen. Flertallet fremhævede, at dette maatte blive Resultatet, da Konnossementet var i »de Petersborger Købmænds Hænder«.

I Virkeligheden var der megen Tvivl om Konnossementets Retsvirkninger, hvilket navnlig fremgaar af Sagen HP 1786 A. 483, der handlede om Oversendelse af nogle Varer fra de vestindiske Øer til København. Efter at Varerne var blevet indladt, og Konnossement var blevet udfærdiget, og et Eksemplar af dette var blevet sendt til København til Destinataren, erfarede Afsenderen, at Destinataren var gaaet Fallit, og forinden Skibet afsejlede, fik det Eksemplar af Konnossementet, der var i Skipperens Besiddelse, Paategning om, at Varerne stod til Skipperens Disposition, saaledes at han kunde forhandle dem som Kommissionær for Afsenderen. Varerne var vistnok oprindelig blevet afsendt til Udligning af et tidligere Mellemværende mellem Afsender og Destinatar, der iøvrigt var Søn og Fader. Da Varerne ankom til København, gjorde Destinatarens Bo, der havde det uændrede Eksemplar af Konnossementet i Hænde, Arrest i Varerne.

I Højesteret vilde en Minoritet give Afsenderen Medhold og frafalde Arrestforretningen, da »Afsenderen har contramanderet Varerne, imens de endnu var i hans Possession. Det er en Hændelse, at de er komne til Byen, og kan samme ikke virke jus in re . . .«, men Majoriteten gav Boet Medhold, og Dommen kom til at lyde paa, at Boet maatte anses som ejendomsberettiget til Varerne. Majoritetens Standpunkt dækkede imidlertid over to helt forskellige Opfattelser af, hvorledes dette skulde begrundes. Førstvoterende vilde stadfæste Arresten, fordi Ejendomsretten til Varerne (jus in re) maatte anses overgaaet i Kraft af Konnossementsoverdragelsen, medens de øvrige Dommere, der vilde give Boet Medhold, udtrykkeligt fremhævede, at der i det foreliggende Tilfælde kun var Tale om »Disput imellem Contrahen-

terne« og derfor intet Spørgsmaal om jus in re eller jus ad rem, men alene om »jus ex capite contractus«, saaledes forstaaet, at Sælgeren ikke havde Ret til ensidigt at gaa fra Løftet om Overdragelse af Varerne og formentlig derfor ikke havde Ret til at tilbagekalde Konnossementet. »Havde Kock (Skipperen) solgt Tingen til Trediemand, var det en anden Sag«, hedder det dernæst i Votum. Ræsonnementet var altsaa det, at hvis Varerne var blevet solgt til Trediemand, vilde Spørgsmaalet om »jus in re« opstaa under en eventuel Konflikt mellem Boet og Trediemand, der havde handlet med Skipperen. Højesteret vilde ikke under de foreliggende Omstændigheder anerkende, at Modtagerens Fallit kunde paaberaabes som bristende Forudsætning for Opfyldelsesretshandelen og tog ikke direkte Stilling til Konnossementets Betydning.

Imidlertid viser det sig, at Højesteretsdommen fik principiel Betydning fremover paa en anden Maade, end man skulde tro efter det sidstnævnte Ræsonnement. Den blev nemlig i senere Praksis taget som Udtryk for en Godkendelse af det, der havde været Førstvoterendes Synspunkt: at Konnossementet netop overfører jus in re — i alle Relationer. Dette fremgaar klarest af Sagen HP 1789 A. 66, der omtales nærmere nedenfor, idet den drejer sig om Køberens Beskyttelse over for Sælgerens Kreditorer. Køberen fik i det paagældende Tilfælde Prioritet bl. a. under Henvisning til, at »Konnossementets Ihændehaver er fuldkommen mægtig af de oversendte Varer, saavel efter Handelscoutume som efter Højesteretsdom af 7. December 1786.«

Med denne Praksis var den almindelige Regel om Konnossementets ejendomsretsoverførende Virkning blevet fastslaaet, og den blev som Følge af den samtidigt indtrængende Identifikation af Ejendomsretsspørgsmaalet og Standsningsretsproblemet afgørende for dette sidste Spørgsmaal lige indtil Søloven af 1. April 1892, § 166. Ørsted havde ved sine de lege ferenda-Betragtninger ganske vist foregrebet det, som først langt senere skulde blive gældende Ret, men paa dette Omraade sejrede hans Mening ikke straks. Fallitloven af 1858, § 10 (jfr. J. U. 1861, Side 846), og den ændrede Ordlyd i dens Afløser, Konkurslovens § 4, fik vist nok ikke i sig selv nogen afgørende Betydning. Sælgerens Stilling over for Køberens Bo vedblev at være afhængig af, hvorvidt Køberen maatte anses for at have erhvervet Ejendomsret til Varerne, og Praksis vedrørende Konnossementets Retsvirkninger havde spillet en væsentlig Rolle for denne Retstilstand, hvorfor denne Praksis maa erindres i Forbindelse med den følgende Gennemgang.

En Række Højesteretsdomme fra Perioden 1747—1800 angiver iøvrigt Udviklingslinierne i Retspraksis paa Standsningsretsproblemets Omraade.

Den første Dom, HP 1747 A. 64, drejer sig om Appel af en Oberhofretsdom angaaende en Skibsladning Varer, som sælges fra England til

en norsk Køber paa Kredit. Efter Afskibningen af Varerne, men inden disses Ankomst, dør Køberen, og Boet viser sig at være insolvent. I den følgende Retssag giver saavel Oberhofretten som Højesteret Dødsbokreditorerne Medhold over for Sælgeren, der kræver Varerne udleveret. Køberen havde ikke faaet Konnossement, og Dommen er ogsaa af denne Grund særlig betydningsfuld. 4 Dommere vilde frafalde Oberhofrettens Dom først og fremmest ud fra det Synspunkt, at Sælgerens Forpligtelse maatte bortfalde, naar Køberen ikke paa sin Side kunde opfylde Kontrakten. Navnlig Ordvalget i Luxdorphs Votum (Køberen »kunde formedelst Dødsfald ej fuldbyrde Contracten paa sin Side, altsaa cesserer ogsaa Obligationen paa hendes Side«) minder meget stærkt om tilsvarende naturretlige Vendinger, og det er højst sandsynligt, at det netop er det naturretlige Syn paa gensidige Kontraktforpligtelsers Afhængighed, der her har præget Voteringen. Minoritetens Standpunkt kan dog ogsaa ses ud fra det Synspunkt, at der ikke i det foreliggende Tilfælde var foregaaet egentlig Traditio: »Varerne kom ham aldrig til Hænde i hans levende Live«.

Flertallet gav imidlertid Køberens Bo Medhold: »*Den Rettighed, en Købmand faar til Varer, eksisterer eo ipso momento, som Varerne efter foregaaende Breve og Aftale for hans Regning indskibes*«, eller: »Efter al Definition in jure om Kontrakter, bliver man Ejermand til Varer, saa snart de efter hans forudgaaende Ordre og paa hans Regning indskibes«. Her var Tale om en Regel af overordentlig praktisk Betydning for Standsningsretsproblemet. I Virkeligheden lader det til, at Retspraksis næsten helt tilbage til Danske Lov og sandsynligvis lige indtil Søloven af 1892 har staaet paa nøjagtig samme Hovedstandpunkt. Dette Standpunkt kan udtrykkes saaledes, at Sælgeren mister Retten til Salgsgenstanden, naar Afsendelse har fundet Sted, i al Fald hvor Transporten foregaar paa Køberens Regning og Risiko, hvormed senere ligestilledes Tilsendelse af Dokument paa Varen til Køberen, først og fremmest Konnossement (om Praksis i det 19. Aarhundrede henvises til Vinding Kruse »Ejendomsretten«, 2. Udg., S. 1213 ff.). Ved Søloven og Købeloven ændredes Retstilstanden derhen, at Sælgeren først mister Retten, naar virkelig Overgivelse finder Sted, og Overgivelse af Konnossement er ikke i sig selv til Hinder for at udøve Standsningsret.

Dommen hører sandsynligvis endnu til en Periode, hvor den principielle Modsætning mellem det romanistiske Traditiodogme og det naturretlige Aftaleprincip vedr. Ejendomsrettens Overførelse endnu ikke udelukkende prægede Diskussionen om disse Emner, og hvor i hvert Fald Traditiokravet endnu ikke var blevet knæsat som almindeligt afgørende for Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overgang; derfor dukkede heller ikke Spørgsmaalet om Afgrænsningen af den symbolske Traditio frem i Voteringerne. Det Princip, som Flertallet baserer sit Standpunkt paa, minder en Del om Standpunktet i engelsk Ret før

Fremkomsten af Reglerne om stoppage in transitu, der blev udviklet i Løbet af det 18. Aarhundrede, nemlig Reglen om Sælgerens Tilbageholdelsesret, »Lien«, der gik tabt, straks han afgav Besiddelsen (jfr. Sale of Goods Act, section 41, jfr. 43 a og 28, og Hillgård l. c. 24—25). Sammenligningen halter dog, hvis det er rigtigt, at ældre engelsk Ret principielt ansaa Ejendomsretten som overgaaet ved Aftalen (ved Leveranceaftaler i Forbindelse med Individualisering), med mindre man skulde tage 1747-Dommen som Udtryk for samme Standpunkt, hvad jeg næppe mener, man kan konstatere, og ikke anser for sandsynligt. Endvidere føres Tanken hen paa romersk Køb- og Salgsret med Traditio betinget af Købesummens Betaling netop bortset fra Kreditsalgstilfælde. I den romanistiske Gemeinrecht var man ret tidligt naaet til en Udvidelse af Traditiobegrebet med Henblik paa dets Anvendelse i Distancehandelen[28]).

Det rigtigste er sandsynligvis at forklare saavel 1747-Dommen som ældre engelsk Praksis som ligefremme Udslag af almindeligt anerkendte Handelssædvaner, der aabenbart saavel her som i England oprindelig gik imod enhver Sælgerbegunstigelse i Form af droit de suite eller blot Standsningsret efter Afsendelse (stoppage in transitu). Hvis dette i det væsentlige er en rigtig Bedømmelse af Dommen, bliver det lettere at udrede Traadene i den senere Udvikling. En af Dommerne i 1747-Sagen kritiserer Advokaterne, fordi de er Skyld i »discrepante Meninger i saa klar en Sag«. Han omtaler »Lowsons Eloquence«. Lowson var Sagfører for Sælgeren, og det er muligt, at han har søgt at forvirre Retten ved at anlægge to teoretiske Hovedsynspunkter, dels at Sælgerens Ret vedvarer, indtil Køberen har opfyldt, dels at Ejendomsretsovergang kræver Traditio i streng Forstand. Det er muligvis ogsaa fra den sidste Problemstilling, de forskellige Udtalelser om, hvem der er »Ejermand« til Varerne, hidrører.

En følgende Sag, HP 1768 A. 312, kan vist nok tages som Udtryk for, at 1747-Sagen indtil dette Tidspunkt virkede som bindende Præjudikat. Sagen drejede sig om Varer afsendt med Skib fra England til Norge. Saavidt man kan se af de bevarede Oplysninger, der er noget uklare, var Konnossement blevet tilsendt Kreditsælgerens Repræsentant i Norge, der gjorde Krav paa Prioritet fremfor Køberens Kreditorer, der gjorde Udlæg i Varerne ved Ankomsten og bortsolgte dem. I Bytingsdommen, der blev stadfæstet af den norske Oberhofret, hedder det, at Varerne bør anses for Køberens Ejendom, »hvadenten derpaa er givet Kredit, eller de samme har betalt«. Denne Vending minder unægtelig

[28]) Jfr. G. C. Treitschke: »Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Warenhandel, nach römischen Recht ... dargestellt« Leipzig 1838, S. 132—137, og Dernburg »Römisches Recht« I, S. 362—363, Berlin 1911.

I Preussische Allgemeine Landrecht (1794) fandtes ligeledes den tillempede Traditioregel, jfr. Th. II, §§ 128 og 129, men paa dette Retsomraade fandtes tillige egentlige Droit de suite-Regler, jfr. Hillgård l. c. S. 51—52.

om romersk Rets Sammenstilling af Betaling og Kreditydelse. Voteringen er meget kortfattet, og Bemærkningen: »Naar Varerne er udstyrede fra Bardo, er de ej Christensens. Schaarup (Køberen) er Ejer af Varerne«, viser umiddelbart tilbage til det, der blev statueret i 1747, og denne Udtalelse sluttede alle Dommere sig til uden nærmere Kommentarer. De to nævnte Domme maa hele Tiden holdes for Øje som Baggrund for den teoretisk prægede Diskussion, som opstod i senere Sager.

Dommen HP 1776. 634 drejede sig om en Kornhandel. Kornet skulde leveres af Sælgeren fra Korsør pr. Skib, som Køberen fragtede. Ved Kornets Modtagelse skulde Køberen akceptere Veksler. Kornet blev indladet, men ikke afsejlet paa Grund af daarligt Vejrlig. Køberen, der havde faaet Konnossement, pantsatte dette, og Striden kom derfor egentlig til at staa imellem Panthaveren og Sælgeren eller rettere dennes Kreditorer. Det ses af Vota, at Højesteret tog Standpunkt i Sagen alene ud fra en Bedømmelse af selve Retsforholdet mellem Sælger og Køber. Det var ret indlysende, at Resultatet maatte komme til at gaa ud paa at afskære Standsningsret, blandt andet fordi Skipperen ligefrem var at betragte som Køberens Fuldmægtig. For Resultatets Skyld har Dommen derfor heller ikke særlig Interesse, men det er interessant at se, at der opstod Diskussion i Højesteret. En Dommer (Juel) vilde stadfæste Førsteinstansens Afgørelse og give Sælgeren Medhold, fordi Kontrakten ikke var blevet opfyldt af Køberen. Denne skulde honorere Tratter, hvilket ikke skete. Over for dette Synspunkt, som jo allerede dukkede frem i 1747, indvender Debes: »Barnholts Brev indeholder ingen lex commissoria, men er stilet efter det sædvanlige Købmandsbrug. Skulde samme indeholde lex commissoria, maatte der have staaet omtrent saaledes: Dersom Betalningen ej præsteres, skal Købet være ophævet, — men saadant findes der ej«. I Stedet for at falde tilbage paa den romerske Kreditsalgsregel, som vilde have været det naturligste, anføres her i Højesteret det andet romerske Synspunkt, som kom til at spille en ret væsentlig Rolle, at Hæveret kun haves, naar den er særligt aftalt[29]).

Dette Ræsonnement kunde have faaet uheldige Konsekvenser, idet det aabnede Muligheden for, at Sælgerne fremtidig forskaffede sig Standsningsret ved blot at indføre lex commissoria-Klausul i Salgskontrakterne. Højesteretsvoteringer blev dog ikke offentliggjort, og Retten blev derfor, saavidt man kan se, fri for at tage Konsekvenserne af Standpunktet. Noget andet er, at Højesteret i disse og andre Sager viste megen Sans for Hensynet til at begrænse ugrundede Kreditorprivilegier. I den ovenfor S. 83 omtalte Sag HP 1779 A. 244 siges det saaledes om et falleret Firma, at »deres Breve kan altsaa til en Kredi-

[29]) Jfr. nedenfor S. 269 ff.

tors Faveur fremfor den anden ikke komme i Betragtning«, som et karakteristisk Udtryk for denne Tendens.

I Virkeligheden kan man sige, at Højesteret netop ved at behandle Spørgsmaalet om Standsningsrettens Ophør alene som et Spørgsmaal om Overførelsen af »jus in re« afskar Muligheden for Konkursprivilegier til Fordel for Sælgergruppen. Afvisningen af Sondringen mellem »jus in re« og »jus ad rem« i den ovenfor omtalte Sag, HP 1786 A. 483, beroede blot paa det særegne Mellemværende mellem Overdrager og Erhverver i denne Sag.

En senere Dom, HP 1787 A. 76, illustrerer, hvorledes den almindelige Diskussion om Ejendomsrettens Overgang influerer paa Voteringerne. Sagen drejede sig om Salg af et Parti Kaffebønner, som var blevet liggende i Sælgerens Pakhus paa de Vilkaar, at Køberen skulde betale Pakhusleje og Assurancepræmie for Bønnerne. Hof- og Stadsretten gav i dette Tilfælde Køberen eller rettere dennes Fallitbo Medhold[30]).

Som det fremgaar af Hof- og Stadsrettens udførlige Præmisser, søgte Retten at holde Ejendomsretsspørgsmaalet uden for Spørgsmaalet om Køberens Tilbageholdsret eller Standsningsret. Retten lagde afgørende

---

[30]) Af Hof- og Stadsrettens Domspræmisser skal følgende fremhæves, *Hof- og Stadsrettens Domsprotokol 1785—86, S. 275:* »I nærværende Sag er en Dobbeltquestion: 1. Paa hvad Maade, der imellem Contracitanten og Fallenten Fridscher er afsluttet Køb om det Parti Kaffebønner ... 2. Om Contracitanterne, da Varerne er forblevne i deres Pakhus ... ialfald for den resterende Købesum kan anse disse som haandfaaet Pant eller giver Ret til at holde dem tilbage? Det første Spørgsmaal decideres ved det af Contracitanterne ... fremlagte Bevis ... — kan ikke uddrages anden Resultat, end at Contracitanterne har solgt Kaffebønnerne til fri Raadighed og Ejendom, saaledes at han efter Befindende kunde disponere over dem og straks fordre dem udleverede, men Contracitanterne, derimod krediteret ham Beløbet — ellers maatte Contracten have betinget det suspensive Vilkaar, at Varerne først imod Betaling skulde udleveres. At Varerne ikke er blevet overleverede, releverer intet i nærværende Sag, om det end ellers burde være Tvivl underkastet, hvorvidt Overleverelsen efter Analogien af den allegerede Lovens 5-3-32 udfordres til rørlige Tings Ejendom, da her ikke er nogen fornærmet Trediemand, der disputeres Ejendomsretten, men Exceptionen sker af Sælgeren imod Køberen, relativ til hvilke Køb og Salg unægtelig fuldbyrdes ved det blotte Samtykke ... (dette) bestyrkes ved ... at Fridscher har ladet dem assurere ... har betalt Pakhusleje ... Den anden question, om Contracitanterne har haft jus hypotecae et retentionis til de omtvistede Kaffebønner, hvilken Paastand nemlig inhererer paa følgende Sætninger: 1. At i Almindelighed maa Varer, som en Mand har købt, men ikke indløst, og som er blevne i Sælgerens Værge, anses at tjene ham til Sikkerhed for Betalingen ... 2. At Fridcher stiltiende har agnosceret Contracitanternes Ret ... 3. At Fridscher ikke ifølge Beviset har opfyldt sine Terminer ... Den første Sætning ... er aldeles ikke applicable i nærværende Sag, da de omtvistede Varer ... er solgt paa Kredit. At paastaa, at Varerne skulde i dette Tilfælde tjene Sælgeren til Sikkerhed, indtil de indløstes, er aabenbare i modsigende, thi hvortil nyttede da Kreditten? ... (han kan ikke) paastaa Sikkerhed i samme, med mindre han udtrykkeligt har stipuleret sig saadant af Køberen. De anførte Lovsteder kan ikke anvendes til Fordel for Contracitanterne, thi 5-5-1 og 3 forudsætter Besiddelsesret, Hensigten af 5-3-32 er at forebygge Proformaskøder og i saa Henseende at beskytte Trediemands Ret, og 5-7-7 taler om haandfaaet Pant. Ej heller giver Loven noget andet Sted den Faveur af stiltiende Pant, som Contracitanterne paastaar, og at saadant skulde være Skik og Brug imellem Købmænd, kan ikke skønnes, ... at være oplyst ... i al Fald ikke kunne antages som gældende, naar Trediemands Ret derved fornærmedes ...«

Vægt paa, at Sælgeren havde tilsagt Køberen Kredit, og begrænsede i Virkeligheden, til trods for at Forudsætningerne for Kredittilsagnet klart maatte være bristede, Sælgerens Rettigheder ganske overordentlig. Da Sagen kom til Højesteret, blev Proceduren aabenbart lagt noget om i Forhold til Behandlingen ved Hof- og Stadsretten, sandsynligvis fordi der af andre Præjudikater var Grund til at formode, at Højesteret havde lagt sig fast paa Traditiokriteriet som afgørende for Ejendomsrettens Overgang i Almindelighed og maaske ogsaa efter nogles Formening for Standsningsretssproblemet i Særdeleshed.

Man kunde nu have ventet, at Ejendomsretsdiskussionen i det foreliggende Tilfælde, hvor Køberen paa bestemte Vilkaar havde Godset oplagret hos Sælgeren, havde ført til constitutum possessorium-Synspunktet eller i hvert Fald Diskussion herom, men dette Synspunkt var overhovedet ikke paa daværende Tidspunkt fremme i Forbindelse med Behandlingen af Traditiokravet, hvilket i sig selv er af væsentlig Interesse.

To Højesteretsdommere vilde stadfæste Hof- og Stadsretsdommen, dels fordi Traditio ikke kunde anses for nødvendig til Overførelse af Ejendomsret, og dels fordi der ikke var aftalt »clausula commissoria«, og Købekontrakten var perficeret. Flertallet kunde imidlertid ikke godkende disse Synspunkter, men var af den Opfattelse, at Traditio maatte anses nødvendig ved Løsøreoverdragelse, hvorfor Køberens Bo ikke kunde have Ret i Tingen, og at Købekontrakten i hvert Fald maatte anses for en »conditionel contract«, saaledes at Sælgerens Udleveringspligt maatte være afhængig af Betaling. Det er ikke let at se, hvilket af de to sidstnævnte Synspunkter der har spillet den afgørende Rolle. Rested bruger Vendingen: »Endskønt endog Praksis taler for, at Traditio ej er nødvendig til rørlige Tings Salg. . .« Hvis dermed skulde være hentydet til Retspraksis, hvilket ikke er sikkert, er Udtalelsen formentlig urigtig. Vel var der stadig Tvivl om det principielle Spørgsmaal i Højesteret, men en samlet Vurdering af Dommene paa dette og andre Omraader viser imidlertid, at det var Traditiokravet, der var gaaet af med Sejren[31]).

Hof- og Stadsretten havde derimod staaet paa det modsatte Standpunkt. Dette er allerede antydet i de ovenfor citerede Præmisser, men bliver ogsaa bekræftet af Præmisserne i en Hof- og Stadsretsdom fra 1773, som ikke blev appelleret til Højesteret[32]). Denne Sags Resultat

[31]) Jfr. f. Eks. den ndf. S. 102 f. omtalte Sag HP 1774. 247.

[32]) Hof- og Stadsrettens Domsprotokol 1773 S. 430 og Voteringsprotokollen S. 113. Af denne Dom kan følgende fremhæves: »Den af ... Emler (Sælgeren) til ... de Bähr (Køberen) udstedte Skrivelse af 13. Juli 1771 samt dermed følgende Faktura og Konnossement viser, at Emler allerede ved Bortsendelsen af deri ommeldte Varer har overdraget samme til de Bähr, for hvis Regning og Risiko de og ifølge bemeldte Skrivelse bliver ham sendt. Ligesom og Emler har trukket Veksler paa de Bähr paa de Penge, denne i Anledning af de krediterede Varer blev ham skyldig. Da nu Loven til rørlig Godses Overdragelse ingen Steds fordrer, at Tingen skal leveres Køberen i Hænde ... saa var

stemte ganske vist med ældre Højesteretspraksis, og det kan derfor diskuteres, hvilken Vægt der skal lægges paa Dommens Præmisser. Det er dog formentlig rigtigt, at der paa dette Omraade herskede Uenighed mellem Hof- og Stadsretten og Højesteret. At der herskede stor Tvivl inden for Hof- og Stadsretten, ligesom forøvrigt inden for Højesteret, fremgaar af en Afgørelse fra 1771[33])

Tvivlen om Behandlingen af Standsningsretssagerne, som var opstaaet paa Grund af de mange krydsende teoretiske Betragtninger, synes at være blevet bragt til en Afslutning henimod det 19. Aarhundrede. Det bedste Udtryk herfor er en Afgørelse fra 1800, HP 1800. 287, hvor alle Højesteretsdommerne uden Kommentar sluttede sig til Førstvoterende Peder Møller, der nægtede en Sælger Standsningsret paa Grund af Køberens Fallit, der var indtruffet efter, at Varerne, Faktura og Konnossement samt trasserede Veksler var blevet afsendt. »Fra dette Øjeblik gaar Varerne over i Moses og Siems (Køberens) Ejendomsmasse« ... »at nu Rugen overdrages ved Skipper, der giver Bevis for Modtagelsen og lover at aflevere samme til Moses og Siems, forandrer ikke Sagens Natur, thi Overleveringen til Skipperen er ligesaa fuldt en Traditio, som om den var sket til Moses og Siems selv«. Modpartens »Forsøg paa at fremstille Kontrakten som en Contract do ut des« bliver afvist, — der er kun Tale om »en simpel emptio-venditio«. Hermed blev det Forudsætningssynspunkt, som med Støtte i Naturretten stadigt var dukket op under Voteringerne, stemplet som irrelevant i Forhold til Reglerne om Ejendomsrettens Overgang og det i denne Forbindelse udformede Traditiokrav. Det er interessant, at Førstvoterende i 1797 i Tidsskriftet Astræa havde offentliggjort en Afhandling[34]), hvori han konkluderede, at han ikke kunde »andet end antage følgende som en Grundsætning i vor danske Lovkyndighed: At Ret i Tingen i Almindelighed (haandfaaet Pant undtagen) og Ejendom i Særdeleshed kan erhverves ved Samtykke alene, uden nogen Overleverelse«. I denne Afhandling anførtes ikke det mindste om Højesteretspraksis paa Standsningsretsomraadet eller andre Omraader. Udgiveren af Tidsskriftet Astræa, Professor Schlegel, meddelte i en Note, at han vilde fremkomme med Indvendinger imod Standpunktet i et følgende Hefte. Disse Indvendinger synes aldrig at være fremkommet, og det blev vist nok først Ørsted, der kom til at tage Emnet grundigere op.

Som det ses af Retspraksis, var selve de gældende Regler om Stands-

---

de Bähr allerede ved Varernes og Brevets Afsendelse Ejer af Varerne, og følgelig kan Emler ingen Ret have til siden, uagtet de Bährs Fallit, at betage ham samme eengang overdragne Ejendom, men Emler maatte tage Skade for Hjemgæld, om de Bähr som hans Debitor efter den Tid blev sat ud af Stand til at betale ham de ham krediterede Varer ...«

[33]) Hof- og Stadsrettens Domsprotokol 1771 S. 127, den til Højesteretsdom H.P. 1772. 204, ndf. S. 93, svarende Hof- og Stadsretsdom.

[34]) Astræa 1. Bd. S. 199 ff.

ningsretten i og for sig slet ikke blevet ændret paa afgørende Maade, men Domstolene havde blot indhyldet Afgørelserne i forskellige til dels romanistiske Konstruktioner. Traditio-Kriteriet havde opnaaet Anerkendelse, og den romerske emptio-venditio-Lære havde fungeret som Vaaben imod Sælgernes Forsøg paa at udøve Sikkerhedsret over Varerne. Skal man i et Tilfælde som det foreliggende tillægge de fremmedretlige Paavirkninger nogen Betydning overhovedet? Svaret er overordentlig vanskeligt at give, men i Betragtning af, at Standsningsretsproblemet af Datiden blot blev opfattet som et Fragment af et videreækkende Problem om Ejendomsrettens Overgang i Almindelighed, har det naturligvis Interesse at konstatere, at man paa dette Omraade naaede til at godkende Traditiolæren, og at dette bl. a. medførte, at en af Ejendomsretsspørgsmaalet uafhængig Standsningsret (stoppage in transitu, droit de suite) blev afvist af dansk Ret, hvilket havde Virkning lige til omkring Aar 1900. Noget andet er, at Forbindelsen mellem den romerske Traditio og de Traditio-Synspunkter, der kom til Orde i Voteringerne, kun er af meget overfladisk Karakter.

IV

Naar man forlader Spørgsmaalet om Sælgerens Stilling under Konflikten med den insolvente Køber og gaar over til at se paa den modsatte Situation, Køberens Stilling under en Konflikt med Sælgerens Kreditorer, dukker der helt nye Hensyn op[35]). Situationen kan enten være den, at Køberen har ydet Forudbetaling og derfor vil lide et særligt Tab, hvis hans Prioritetsstilling ikke bliver anerkendt. I dette Tilfælde kan man enten gaa den Vej at søge at udskille de Tilfælde, hvor Forudbetalingen har været et rimeligt Led i normal Omsætning, eller over en Bank afvise Køberens Prioritetskrav overalt, hvor han ikke har opnaaet Besiddelsen af det solgte, eller i hvert Fald overalt, hvor Sælgeren ikke paa en eller anden Maade har afgivet Besiddelsen. Det sidste Alternativ er aabenbart at foretrække, hvis man ønsker en i retsteknisk Henseende klar Regel, og det er et Spørgsmaal, om modgaaende Billighedshensyn kan være saa vægtige, at de opvejer Fordelene ved en saadan klar Regel[36]).

Har Køberen ikke betalt Købesummen, vil der kun yderst sjældent, som allerede berørt, blive Tale om en Konflikt, saalænge man anerkender Køberens Ret til at holde Købesummen tilbage eller hæve. Naturligvis kan det tænkes, at en Køber har en særegen Interesse i den individuelle Genstand, han har købt, men for saa vidt denne Interesse

---

[35]) Jfr. m. H. t. denne Kollisionssituations praktiske Betydning Vinding Kruse U. f. R. 1935 B. S. 136, hvor Hensynet til Dagliglivets mange »normale« Handler fremhæves i Forbindelse med Fastsættelsen af det rette Kriterium for Ejendomsrettens Overgang til Køberen i Forhold til Sælgerens Kreditorer.

[36]) Jfr. Ross »Ejendomsret og Ejendomsovergang«, København 1935. Her forsvares paa overbevisende Maade en »funktionalistisk Traditionsteori«, jfr. S. 359 ff.

ikke er af økonomisk Natur, vil den sjældent være uforligelig med de Interesser, der repræsenteres af Overdragerens Kreditorer. Skulde der imidlertid i disse Tilfælde opstaa Konflikt, foreligger der sikkert her et Omraade, hvor det vil være urimeligt at stille andre Betingelser for Køberens Prioritetsstilling, end en klar Dokumentation for, at der er indgaaet en endelig Aftale om netop den Genstand, hvorom Sagen drejer sig.

Under alle Omstændigheder synes det indlysende, at der ikke kan opstilles noget generelt Kriterium, der skulde være lige hensigtsmæssigt i alle de Situationer, som kan komme til at foreligge under Konflikten mellem Køberen og Sælgerens Kreditorer. Samtidig med at Højesteretspraksis paa andre Omraader antog Traditiolæren, blev den imidlertid ogsaa anvendt paa dette Omraade, hvad der jo i og for sig ikke kan give Anledning til Forundring. Datidens Retsvidenskab indlod sig ikke paa en Sondring mellem de forskellige Kollisionstyper. Det vil dog sikkert være urigtigt at sætte det her behandlede Tilfælde i Forgrunden som et af de Omraader, der først blev Genstand for Behandling i Praksis, eller blev afgørende for Udviklingstendenserne inden for denne. Hvad den ældre retsvidenskabelige Teori angaar, synes den slet ikke at have haft særligt Blik for den her omtalte Kollisionstype, — vel taler Hurtigkarl og Nørregaard om Hensynet til Sikkerheden og Trygheden i Samfundet, — men disse Betragtninger synes i første Række at tage Sigte paa Personer, der afledte deres Ret fra en Omsætning, — altsaa Tilfælde af Dobbeltoverdragelse[37]). De almindelige Kreditorinteresser blev derimod ikke særligt fremhævet i den ældre Retsvidenskab og de senere Tiders »Møbellaan« synes ikke at have floreret paa nogen Maade. Dobbeltdispositionsproblemet havde Teorien derimod Øje for allerede, fordi Danske Lov behandlede dette.

Der er som tidligere nævnt næppe Grund til at tro, at Praksis *forinden* Traditiosynspunktets Sejr fulgte noget bestemt Princip vedrørende Afgørelsen af Problemet om Ejendomsrettens Overgang i Almindelighed. Det turde ret klart fremgaa af de allerede citerede Retsafgørelser, at *Traditioteoriens Gennembrud ikke var et Opgør med en hidtil gældende Aftaleteori, eller i det hele taget med en ældre Retstilstand af ulige Beskaffenhed, — men kun var Udtryk for Højesterets Standpunkt i et af Samtiden fremsat Alternativ.* For den første Del af det 18. Aarhundredes Vedkommende har man formodentlig været saa heldigt stillet, at der slet ikke har været Tale om generelle Regler. Saalænge der ikke kan fremvises konkrete Retstilfælde, er det under alle Omstændigheder bedst at afholde sig fra en endelig Dom.

For saa vidt Traditio-Læren trængte igennem paa det her omhandlede Omraade, var der Tale om en anden Udformning af den, end den,

---

[37]) Hurtigkarl: Privatretten II, 2., S. 241.

der findes i de romerske Retskilder. Tanken om at afsvække Traditio-Kriteriet ved Anerkendelsen af Muligheden for constitutum possessorium laa endnu ikke for. Derimod havde Standsningsretspraksis medført, at forskellige Afsendelseshandlinger, navnlig i Distancehandelen, blev ligestillet med egentlig Besiddelsesovergang til Erhververen.

Højesteretsdommen, HP 1789 A. 66, er et godt Udtryk herfor. Her var Tale om Salg af nogle Kaffebønner fra Vestindien. Varerne var aabenbart blevet indladet og Konnossement afsendt inden Sælgerens Fallit. Denne indtraf dog inden Afsejlingen. Førstvoterende, Graah, konstaterede de foretagne Afsendelseshandlinger og udtalte bl. a.: »Her er en Traditio, endskønt Kretz (Køberen) da ikke havde dem, men Holte (Sælgeren) havde transfereret dominium *og givet en saadan Traditio, som kan have stedt imellem Folk, som er hinanden saa langt fraværende«*. Under Henvisning hertil og under Henvisning til, at Konnossement ved tidligere Højesteretsdom, jfr. ovenf. S. 84, var anset for at være »irrevocabile« vilde fire Dommere give Køberen Medhold. Flertallet vilde derimod stadfæste Hof- og Stadsretsdommen og give Sælgeren Medhold, eller rettere Sælgerens Bo, men dette skyldtes ikke, at Flertallet var uenig med Mindretallet om Ejendomsretsspørgsmaalet. Det fremgaar nemlig af Voteringen, at Flertallet antog, at Varerne slet ikke var blevet afsendt for Køberens egen Regning, men for Sælgerens Regning til Forhandling gennem Destinataren. Det synes ogsaa at fremgaa af Voteringerne, at Modtageren ikke havde betalt den fulde Købesum for Varerne.

Hvad Spørgsmaalet om constitutum possessorium angaar kan henvises til Sagen HP 1772. 204. Den drejede sig om Gennemførelse af Toldvæsenets Afgifts- og Konfiskationskrav vedrørende et Parti Vin, som var blevet solgt paa Auktion til en Vintapper. Overfor Toldvæsenet blev Partiet anmeldt som hørende til Køberens Oplag. Da han imidlertid ikke betalte, lod Auktionsinkassatoren Vinene transportere til sit eget Hus og foranledigede, at der blev afholdt ny Auktion for Køberens Regning. Her fremkom dog intet Bud, og Vinene blev liggende i Inkassators Kælder, indtil Køberen kort efter gik Fallit. Allerede forinden havde Køberen dog faaet Nøglerne til den Kælder, hvor Varerne laa. Efter Køberens Fallit blev Vinene endelig solgt, men Kammeradvokaten krævede nu deres Værdi betalt af Inkassator, fordi Fallenten i Forhold til Toldvæsenet maatte anses som Ejer. Dette Krav blev afvist, og Højesteret stadfæstede Hof- og Stadsrettens Dom med den Begrundelse, at Fallenten aldrig havde faaet Vinene i Hænde, og at Dominium kun erhvervedes ved Traditio. Inkassator kunde derfor kun hæfte for selve Toldafgiften.

Denne Dom er naturligvis paa Grund af det særegne Sagsforhold ikke afgørende for, hvordan Retten har opfattet Traditiokriteriet, men førstvoterende Treschow, der var den eneste, som vilde omstøde Hof- og

Stadsrettens Dom, fordi Fallenten efter hans Mening maatte anses som Ejer, anførte som Hovedbegrundelse, at Fallenten var anerkendt som Ejer, og tilføjer, at han havde faaet Nøglerne til Kælderen. Dette skulde formodentlig forudsætte, at Auktionsinkassator kun indtog en Depositars Rolle. Heroverfor stod imidlertid Majoritetens Krav om egentlig Overlevering. Det, der gør det vanskeligt at drage Slutninger fra Sagen, er den Omstændighed, at Toldvæsenets Krav maatte forekomme urimeligt, fordi det skyldtes falske Forudsætninger, at Varerne var blevet anmeldt som tilhørende Auktionskøberen. Dette Synspunkt kom ikke frem under Voteringen, der kun beskæftigede sig med selve Ejendomsretsproblemet[38]).

Hele Traditiolæren saavel som det særlige Spørgsmaal om Anerkendelse af constitutum possessorium kom imidlertid i en skarp Belysning i en interessant Afgørelse fra 1795, HP 1795. 713. Sagen handler om Geheimeraad Holmskiolds Salg af hans Mineralsamling til Kongen. Ved et særligt Overdragelsesdokument overdrog Holmskiold Mineralsamlingen, der senere blev vurderet til 25.000 Rd., og erklærede herfor at have modtaget »fornøjeligt Vederlag«. Samlingen skulde blive i Holmskiolds Besiddelse og først efter hans Død udleveres til Kongen. Da Holmskiold døde, viste det sig imidlertid, at Boet var insolvent, og Kreditorerne protesterede derfor imod Udleveringen af Samlingen. Højesteret maatte da tage Standpunkt i det celebre Tvistemaal. Tre Dommere fastslog, at Kongen maatte tabe Sagen, fordi Traditio ikke havde fundet Sted, seks Dommere vovede imidlertid ikke at tage Konsekvensen af den ved flere Præjudikater fastslaaede Traditiolære. Mest betegnende er maaske i saa Henseende Fridsch's Votum: »Denne Sag er et Bevis paa, hvilken Forlegenhed en Teori, som ikke er fuldkommen etableret i Loven, kan sætte en Dommer i. Højesteret har i to nyligt paadømte Sager antaget, at Tradition fordres til Ejendoms Overdragelse. I denne Sag synes det, at Kongen har gjort alt for at betrygge sig. Han har i Cessionsdokumentet tilkøbt sig Mineralsamlingen og kun sat Holmskiold til Forvarer deraf ...«. Den sidstnævnte Omstændighed kunde man have ventet skulde føre lige til constitutum possessorium-Løsningen, men det interessante ved Dommen er netop, at dette ikke blev Tilfældet. I Slutningen af Fridsch's Votum hedder det, at »Kongen saaledes har gjort alt for at betrygge sig«, og at »Loven ej udtrykkelig fordrer Tradition«, — og denne sidste Sætning blev det Halmstraa, som Majoriteten klyngede sig til. Traditio var ikke »tydeligt befalet i Lo-

---

[38]) Man kunde derfor tænke sig, at Retten, der aabenbart udelukkende betragtede Sagen som afhængig af Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overgang, ikke blot var kommet ind paa det Synspunkt, at Traditio havde fundet Sted som Følge af en Indsættelse i Besiddelsen, men ogsaa som Følge af en faktisk Ændring af Raadighedsforholdet. Ingen af Delene blev dog Tilfældet. M. h. t. Afvisningen af constitutum possessorium henvises tillige til Sagen HP 1787 A, S. 76, ovenf. S. 89, og HP 1699 A. 111, Jacobi og Popp-Madsen, Till., S. 16.

ven«, og der var jo, som Treschow bemærkede, Tale om et »specielt Tilfælde«. Det er muligt, at han hermed hentydede til, at Hans Majestæt indtog Stillingen som indstævnt, men nok saa bemærkelsesværdigt er det, at der her forelaa et af de i Praksis saa sjældne Tilfælde, hvor Salgsgenstandens Forbliven hos Sælgeren var motiveret af særlige, legitime og Kreditorerne uvedkommende Grunde. Formodentlig vilde Kongen gerne erhverve Samlingen, men kunde kun faa den efter Samlerens Død, hvilket jo er meget let forstaaeligt, naar man tager de sjælelige Hensyn i Betragtning, som i Reglen knytter en Samler til hans Samling. Det er under alle Omstændigheder betydningsfuldt for Forstaaelsen af Retsudviklingen at lægge Mærke til, at ikke een af de seks Dommere begrunder Resultatet med, at Besiddelsen kunde siges at være overgaaet til Kongen, til trods for at Holmskiold var blevet indsat ved skriftlig Dokument som Forvarer af Samlingen. Ved Siden af den Omstændighed, at Loven ikke udtrykkelig paabød Traditio, tog flere Dommere deres Tilflugt til Retsstillingen »ex jure universali«, hvorefter Ejendom kunde transfereres solo consensu. Der er dog næppe Tvivl om, at dette naturretlige Dogme i det foreliggende Tilfælde kun fungerede som Nødhjælp.

Sammenligner man den lige omtalte Retsafgørelse med en noget senere Højesteretsdom, HP 1838 B under 26. Marts (jfr. Schlegels Samling II, S. 301), kommer hele Modsætningen mellem det 18. Aarhundredes Traditiolære og Ørsteds constitutum possessoriumlære klart frem. Den sidstnævnte Dom omhandler en Møbellaanssituation saa typisk, som man overhovedet kan ønske sig den, med næsten alle de Kendetegn, som i moderne Teori opregnes som karakteristiske for denne Situation. Køberen, der havde et større Beløb til gode hos Sælgeren, »købte« hos denne mod Afskrivning paa Gælden et stort Parti Tømmer. Sælgeren var Tømmerhandler, og Tømmeret blev liggende paa en af hans Pladser, som Køberen ved skriftlig Lejekontrakt lejede af ham. Medens Forholdet iøvrigt blev hemmeligholdt og ikke engang bogført, blev Lejekontrakten tinglyst. Det blev dernæst aftalt, at Sælgeren skulde hjælpe Køberen med at sælge Tømmeret. Sælgeren gik imidlertid Fallit, og der fremkom nu Protest imod Køberens Fortrinsstilling, dels fra de almindelige Kreditorer, dels fra en Panthaver med Pant i hele Tømmerpladsen. Protesten blev, saa vidt det kan ses, dobbelt begrundet, dels med at der forelaa »dolus malus« og Proformaretshandel, og dels dermed, at Køberen ikke havde faaet Tømmeret overleveret og derfor allerede af denne Grund endnu ikke havde erhvervet Ejendomsret. Førstvoterende turde ikke gaa med til, at der forelaa Svig eller Proformaretshandel, navnlig fordi Lejekontrakten jo vitterlig var blevet tinglyst, og dette var sket ret længe før Fallitten, — men vel at mærke i Forbindelse med »Salget«. Med Hensyn til Spørgsmaalet om Køberens Ejendomsret og Besiddelsesovergangen udtaler han: »... jeg maa her-

ved bemærke, at det af de indstævnte er anført, at de efter at have købt Tømmeret overlod Albech at forhandle det for deres Regning. *Heri indeholdes nu al den Overleverelse, der efter Forholdets Natur var nødvendig.* Thi naar man ikke vil fordre, at Varerne skulde være overleverede Køberen og derefter straks tilbageleverede Albech for af ham at forhandles, kunde ingen anden Overleverelse finde Sted, og Køberen har ved at overdrage Sælgeren at forhandle Varerne eo ipso udøvet en Besiddelsesret«. De øvrige Dommere sluttede sig i Virkeligheden til denne Opfattelse, selv om en Minoritet vilde paalægge Køberen Ed, at der ikke var Svig derunder. Man var enig om, at Besiddelsen maatte betragtes som overgaaet til Køberen, og her forelaa jo ogsaa et Skoleeksempel paa constitutum possessorium[39]). Det er vist ikke for meget sagt, at denne romanistiske Opfindelse, for saa vidt retlige Aarsager angaar, har været en af Hovedaarsagerne til Møbellaansepidemien i forrige Aarhundrede.

Der kan vel næppe herske Tvivl om, at Højesteret i Dag i det før omtalte Tilfælde havde nægtet Køberen Ejendomsret til Tømmeret, selv om det maatte antages, at der ikke forelaa nogen egentlig Proformahandel. Men sammenligner man Holms Votum i 1838-Sagen med Fridsch's Votum i Sagen om Kongens Mineralsamling, har man, rent bortset fra Sagernes konkrete Bedømmelse, i en Nøddeskal Udtryk for den principielle Vending, som var sket i de mellemliggende Aar. Her er et af de faa Punkter, hvor Ørsteds Indflydelse maa siges at have haft uheldige Konsekvenser. Hvis man ønsker en generel Løsning paa det foreliggende Problem, er det efter vore nuværende Erfaringer at dømme sikkert ret velbegrundet at kræve noget ud over den blotte Aftale for at sikre Kreditorerne, — men Kravet maa formuleres saaledes, at dets Opfyldelse medfører en Raadighedsberøvelse for Sælgeren.

Ørsted indførte ved Løsøre i Virkeligheden det samme Standpunkt, som allerede længe forinden Ørsteds Tid havde ført til Sondringen mellem Købekontrakt og Skøde ved Overdragelsen af fast Ejendom, — nemlig det, der senere er blevet kaldt Kravet om en »tinglig Overdragelsesretshandel«[40]).

---

[39]) Skiftedecisionen havde støttet sin Afgørelse paa to Synspunkter (jfr. Schlegel: Højesteretsd. II, S. 306, og Vind. Kr. Ejdr., 2. Udg. 1237) — dels et Responsum, hvorefter Køberen efter Handelscoutume skulde blive Ejer uden Besiddelsesovergang, dels constitutum possessorium-Synspunktet. Det første Synspunkt synes ikke at have spillet særlig Rolle i Højesteret.

[40]) Der kan i denne Forbindelse henvises til Ørsteds Udtalelse (Haandbog IV, S. 391): »Naar det saaledes antages, at ikke den blotte Kontrakt, efter Sagens Natur er nok til at fuldende Ejendoms Erhvervelse, men at dertil maa komme noget, hvorved Overdrageren indsætter sin Medkontrahent i den Ejendomsret, som forhen tilkom ham ...« og S. 389: »Og desuden maa enhver Handling som tydeligen tilkendegiver den forrige Ejers Villie at indsætte en anden i den Ejendomsraadighed, der forhen tilkom ham, være tilstrækkelig«. Ørsted talte ogsaa om de Handlinger, der ud over selve Kontrakten »fuldendte Tingens Afstaaelse og bragte Tingen ind under Medkontrahentens Raadighed«.

Ørsted siger selv[41]): »Hvad vi oven Side 389—391 have foredraget, er ganske det samme, som den romerske Ret har lært«, og det kan ogsaa uden Overdrivelse siges, at der er mere Romerret i Ørsteds bekendte Afhandling »Om Afhændigelse« end i hele det 18. Aarhundredes Traditiolære. Praksis tog, som ovenfor nævnt, Ørsted paa Ordet, og Resultatet blev, hvad de fleste sikkert vil indrømme, ikke ubetinget heldigt.

Det var rigtigt, at det kunde være gavnligt at kræve mere end Aftalen, men dette »mere« kom til at bestaa i Ejerens Vilje til at indsætte Medkontrahenten i Ejendomsraadigheden[42]). Possessioovergangen »solo animo« blev hurtigt en Selvfølge, fordi Sælgeren saa let kunde skifte Stilling fra possessor til detentor. Det »romerske« Traditiokrav blev fordrevet af den romanistiske Possessiolære.

Hvad angaar Overdragelsen af fast Ejendom, løste Danske Lovs Tinglysningsregler de fleste Problemer. Der blev paa intet Tidspunkt gjort Forsøg paa at tilsidesætte Tinglysningskravet eller mindske dets Betydning, naar Spørgsmaalet drejede sig om Skødehaverens Prioritetsstilling. I nogle Betragtninger de lege ferenda var Ørsted senere inde paa, at Tinglysning egentlig ikke skulde være nødvendig for at give Skødemodtageren Prioritet fremfor Sælgerens simple Kreditorer, men han erkendte, at Plakaten af 8. Juni 1787 modsætningsvis gjorde det ganske klart, at gældende Ret ikke tillod at slappe Tinglysningskravet[43]).

I det 18. Aarhundredes sidste Halvdel var der paa ingen Maade Tendens til at afsvække Tinglysningens Betydning. Højst kunde der være Tale om, at man udover Tinglysningen krævede særlige Betingelser opfyldt for at anerkende Ejendomsretserhvervelsen. Her kan først henvises til Kravet om Besiddelsesovergang i Henhold til DL 5-3-32[44]). Denne Bestemmelse findes imidlertid meget sjældent paaberaabt i den gamle Retspraksis, hvilket maaske i hvert Fald for den sidste Del af det 18. Aarhundrede hænger sammen med, at Domstolene fulgte den Opfattelse, at Bestemmelsen kun var tænkt som Værn mod Proformaretshandler, men at man iøvrigt godt f. Eks. kunde anerkende Skødeklausuler, hvorefter Ejendommen først skulde tiltrædes paa et senere Tidspunkt, et Standpunkt som Ørsted særligt opponerede imod[45]).

Medens Danske Lov 5-3-32 saaledes aldrig kom til at spille nogen særlig væsentlig Rolle for Udviklingen af Reglerne om Overdragelse af

---

[41]) Haandbog IV, S. 396.
[42]) Jfr. Vinding Kruse: Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1010.
[43]) Jfr. herved nedenfor S. 187.
[44]) Med Hensyn til den vidtløftige Diskussion om denne Bestemmelse i forrige Aarh. kan navnlig henvises til Ørsted, Haandbog I, S. 327—28, og IV, S. 384—86, samt Matzen, Forelæsninger over den danske Tingsret, 1891, S. 258 ff., jfr. Taranger, Den norske Besiddelsesret indtil Chr. d. V.s Norske Lov, 1897, S. 62—67, og Torp, Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende, 1884, S. 131 ff.
[45]) Her kan bl. a. henvises til Voteringerne HP 1773. 444 og 1783. 811, hvorved det dog primært kun blev fastslaaet, at Sælgeren naturligvis ikke overfor Skødemodtageren kunde benytte DL 5-3-32 til at anfægte den stedfundne Skødning.

fast Ejendom, fik derimod Kravet om Skøde, navnlig som det er formuleret i 5-3-33, afgørende Betydning, først og fremmest derved, at Retspraksis saa skarpt kom til at sondre mellem Købekontrakten og Skødet. Allerede Clitau var inde paa Synspunktet i sin Fremstilling af »Overensstemmelse og Forskiæl mellem romerske og danske Ræt« (1736, S. 197), hvor det bl. a. hedder: »Og skal derfor de Ord: Fordi den var ey hans til fulde, før end hand fik Skiøde paa den, forstaaes saaledes, at før end hand faaer Skiøde paa den, haver hand ikkun jus ad rem, og kand anstille actionem personalem, som det, der skyldes ham efter Contract . . .«

Det er sikkert rigtigt, som Ernst Møller har paavist[46]), at Danske Lov ikke kendte til nogen Væsensforskel mellem Købekontrakter og Skøder, men at Købekontrakten normalt blot var det forberedende Skridt og normalt forelaa, hvor Købesummen endnu ikke var betalt. Der er imidlertid Grund til at understrege, at Terminologien sikkert ogsaa dengang i hvert Fald har givet Udtryk for denne faktiske Forskel. Ernst Møllers Undersøgelser afkræfter ikke Formodningen om, at man allerede paa Danske Lovs Tid normalt overdrog fast Ejendom i to Tempi, Kontrakten og Skødet, ligesom det normalt sker den Dag i Dag selv efter Indførelsen af Tinglysningslovens § 6.

Denne praktiske Tvedeling af Overdragelsen er formodentlig den virkelige Baggrund for den senere Teori, og Danske Lovs Ord: »*fordi den var ey hans til fulde, førend hand fik Skiøde*« tjente i allerhøjeste Grad til at bestyrke Dualismen.

Naar Vinding Kruse[47]) henviser til Dommen HP 1684, 224, og i denne Forbindelse bemærker, at der intet Sted i Dommen anføres Betragtninger over Begreber svarende til de senere af den romanistiske Teori opfundne tinglige og obligatoriske Rettigheder og Aftaler, er det rigtigt, at Dommen kan udlægges paa den Maade. Men den omhandler, saaledes som det ogsaa anføres af Vinding Kruse, Spørgsmaalet om Risikoens Overgang, og Udtrykket, »at her foreligger en fuldkommen Kontrakt«, som forekommer under Voteringen, kan udmærket godt tænkes at staa i Forbindelse med den romerske Risikoregel[48]). Hvis dette er rigtigt, er Dommen uden særlig Interesse i den her omhandlede Forbindelse.

Selv om den nævnte Afgørelse ikke giver nogen særlig Vejledning til Bedømmelse af den ældre Retstilstand, er det imidlertid sikkert rigtigt, at man oprindelig tillagde en tinglyst Købekontrakt samme Virkning som et tinglyst Skøde. Dette bestyrkes af flere isolerede Udtalelser under Højesteretsvoteringerne. I en Sag (HP 1756. 320) hedder det: »Skønt ej Købekontrakt eller Vidne paa mundtlig Aftale om Købet, saa er der dog saa mange Data, at han er Ejer af Gaarden«.

---

[46]) »Forudsætninger«, 1894, S. 104 ff., jfr. Vinding Kruse: Ejendomsretten, S. 1010 ff.
[47]) l. c. S. 1009—10.
[48]) Jfr. nedenf. S. 109 ff.

Udtalelser af denne Art giver en uvilkaarligt det Indtryk, at man ikke i Datiden gjorde nogen principiel Forskel paa Købekontrakten og Skødet.

En Afgørelse, der findes HP 1757. 42, synes at bestyrke dette Indtryk. Sagen drejede sig om et Sammenstød mellem en utinglyst Købekontrakt og et yngre tinglyst Pantebrev. Dommerne fremhæver her, at Køberen burde have ladet Kontrakten tinglyse, og Suhm tilføjer: »Dersom Tvistighed havde været om Præference mellem Contracten og Obligationen, som ikke var tinglyst, kunde noget været for Køberen at sige. Men da Loven expresse giver tinglyst Panteobligation Præference for Skøde ...«.

Forskydningen er her formodentlig, ligesom paa saa mange Omraader, indtraadt omkring Midten af Aarhundredet. Da Praksis kom ind paa at anerkende en Væsensforskel paa Købekontrakt og Skøde, blev denne Forskel identificeret med Sondringen mellem jus ad rem og jus in re. I et Universitetsresponsum fra 1764[49]) hedder det: »Men da en Accord eller Købecontract ikke medfører videre end det, som Juristerne kalde jus ad rem, det er: Ret til at fordre af den, man haver contraheret med, at han skal opfylde Contracten, saa følger heraf, at Tingen vedbliver imidlertid at være Sælgerens Ejendom, indtil den paa lovlig Maade bliver Køberen overdraget. Urørligt Gods ... bliver først hans Ejendom fra den Tid at regne, da han fik Skiøde derpaa. Dette ses tydeligt af 5. Bogs 3. Capitel, 33 Artikel i Danske Lov og 44. Artikel i Norske Lov«.

Den grundlæggende Retsafgørelse kom imidlertid i 1772, jfr. HP 1772. 274. Anledningen til Sagen var følgende: I 1768 blev der oprettet Købekontrakt om Salg af et Hus for 1100 Rd. Det blev fastsat, at 300 Rd. skulde betales straks og Resten Aaret efter. Kontrakten blev tinglyst og de 300 Rd. betalt. Sælgerens Kreditorer gjorde imidlertid Udlæg i Huset, der blev bortsolgt ved Auktion, og Striden stod nu om Fordelingen af Auktionsoverskuddet, saaledes som det fremkom, efter at Panthaverne var blevet dækket. Sagen blev indbragt for Hof- og Stadsretten[50]). Af Hof- og Stadsrettens Dom hedder det: »Endskønt Kock vel ... har ladet læse og protocollere den imellem ham og Grønnegaard ... oprettede Købecontract ..., saa kan han dog ikke derved have erhvervet sig nogen Panterettighed i bemeldte ... Krølls Hus, saasom forbemeldte Contract, der alene er indrettet som en simpel Købecontract ... ingen Panteret giver ham ... siden Tinglysningen ikke kan forandre Contractens Natur ... Omkostningerne ophæves.« Kun een Dommer i Hof- og Stadsretten, nemlig Horn, var af den

---

[49]) Svar paa nogle Spørgsmaal til det juridiske Fakultet, ved Stampe og Sevel, S. 338.

[50]) Jfr. Hof- og Stadsrettens Domsprotokol 1771—72, S. 325, Voteringsprotokollen, S. 421.

Opfattelse, at Køberen ved den tinglyste Købekontrakt havde erhvervet sig »jus in re« i Huset.

Da Sagen kom for Højesteret, formulerede Førstvoterende, Debes, straks Problemet i Sagen saaledes: »Questionen bliver, om Købecontracten virker jus in re og kan give Kock Præference fremfor en Executionsforretning«. Resultatet blev, at Højesteret stadfæstede Hof- og Stadsrettens Dom og gav Udlægshaveren Medhold over for Indehaveren af den tinglyste Købekontrakt. Ligesom ved Hof- og Stadsretten blev det afgørende Moment selve »Kontraktens Natur«, — »at Contracten er tinglyst, vil intet sige, da Tinglysningen ikke forandrer Contractens Natur«, siger en af Dommerne, og Flertallets Ræsonnement hvilede formelt paa en Fortolkning af D.L. 5-3-33. Ordene »det var ej hans tilfulde« blev ligesom i det ovenfor citerede Universitetsresponsum identificeret med ikke at have jus in re. Købekontrakten kan ikke give jus in re, for den er kun »en Forening at ville sælge og købe, men ej et virkeligt Køb«.

Tre Dommere gik imod Flertallet og fulgte Anchersens Opfattelse, der her, som iøvrigt i flere andre Sager var Udtryk for en fremragende Indsigt i det juridiske Problem parret med megen sund Fornuft[51]). I den foreliggende Sag skar han igennem Flertallets abstrakte Ræsonnementer og fastslog, at »den Difference af Skøde og Købebreve er kun en ludus in terminis. Den efterfølgende 29. artikel nævner Skøder og Købebreve og tillægger dem den samme Valeur, da den siger, Købebreve *eller* Skøder, ergo pari passu ambulant. Det ene er litterae emptionis, det andet litterae traditionis. Begges Effekt er den samme«.

Det maa indrømmes, at Anchersens Votum set med moderne Øjne synes at være det vægtigste, men Flertallet bøjede sig her for den juridiske Teoris Standpunkt og for den »Ordmagi«, der laa i den importerede Sondring, jus in re contra jus ad rem. Som det saa tydeligt fremgaar af Vota, var denne blevet sammensmeltet med den allerede herskende Tvedeling af Overdragelsesakten samt Bestemmelsen i Danske Lov 5-3-33.

Retten i Medfør af en tinglyst Købekontrakt kom herefter til at staa som en ejendommelig Mellemting mellem en »tinglig« og en »obligatorisk« Ret. Ørsteds Indlæg i Diskussionen[52]) sluttede sig til For-

---

[51]) Johan Joachim Anchersen (Højesteretsadvokat 1747, Højesteretsassessor 1770—85) var fremfor nogen anden Repræsentant for den sunde Fornuft i Datidens Højesteret. Som Jurist var han af et Format, som ikke gør det urimeligt at nævne ham i Klasse med f. Eks. Stampe. Hans Voteringer kan som Regel staa selv for en moderne Kritik, og hans levende Realitetssans staar ofte i en skarp Modsætning til det Indtryk, man faar af de fleste af hans Samtidige. Nogen afgørende Indflydelse fik han ikke paa Udviklingen som Helhed betragtet. Meget ofte var han, som i denne Sag, i Mindretal, men havde han haft noget mere af Stampes eller Ørsteds dominerende Personlighed, er det meget muligt, at Udviklingen i Retspraksis var gaaet ad andre Baner end dem, der nu kan læses af Protokollerne.

[52]) AfR II., S. 379 ff.

ordningen af 9. Juni 1812, som paabød alle Købekontrakters Tinglæsning for at »lægge nogen Hemning i Vejen for den herskende Spekulationshandel med faste Ejendomme«. Ørsted fastslog, at Tinglysningen maatte have den Virkning, at senere Omsætningserhververe maatte vige for den tinglyste Kontrakt, og dette blev da ogsaa respekteret af Praksis. Først ved Tinglysningslovens § 6 blev denne mærkelige Retstilstand bragt til endeligt Ophør.

Om den principielle Bedømmelse af Købekontrakten i Forhold til Skødet udtalte Ørsted: »At en Kiøbecontract ei, i Medhold af vore Love, er nok til at stifte Eiendom over urørlige Ting, men at et tinglyst Skiøde maa komme til, før end Kiøberen kan ansees som Eier af Tingen, er en Sandhed, som man ligefrem kan læse sig til i 5-3-28, 29 og 33 og N.L. 39, 40 og 44, ligesom den og uden mindste Tvivl eller Tvist antages i hele den juridiske Verden«. Til yderligere Begrundelse henviste Ørsted til Stempelforordningerne af 27. November 1775 og 25. Maj 1804.

Vinding Kruse beskriver Udviklingen saaledes (Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1010): »Gennem det 17. og første Halvdel af det 18. Aarhundrede kendes Sondringen mellem Købekontrakten som den »obligatoriske« og Skødet som den »tinglige« Aftale ikke hos os. Men i Slutningen af det 18. og Begyndelsen af det 19. Aarhundrede trænger denne Sondring igennem i dansk og norsk Retsvidenskab, faar sin Udformning af Ørsted og baner sig derefter Vej i Praksis.« Fremstillingen ovenfor vil have vist, at denne Beskrivelse kun er delvis rigtig. Ørsted havde gammel Højesteretspraksis som Fundament for sit Standpunkt. 1772-Dommen er at dømme efter Voteringen en Afgørelse af principiel Karakter, som giver den mest fuldkomne Illustration baade af selve Retsudviklingen og Paavirkningsproblemets tvetydige Karakter. Jeg er iøvrigt af den Opfattelse, at den nævnte Afgørelse maa ses paa Baggrund af en ældre Retstilstand, der ikke anerkender nogen Væsensforskel paa Købekontrakten og Skødet, i hvert Fald saaledes forstaaet, at Sondringen indtil da alene havde eksisteret i Teorien. Det er imidlertid ikke muligt ligefrem at dokumentere denne Opfattelses Rigtighed.

V.

Endnu staar tilbage at omtale Behandlingen af de Tilfælde, hvor Erhververen af et Gode kommer i Konflikt med andre Omsætningserhververe: Dobbeltoverdragelsesproblemet. De forskellige Spørgsmaal i Forbindelse med Fortolkningen af D.L. 5-3-31 er allerede blevet omtalt. Den foreliggende Kollisionstype er saaledes beskaffen, at almindelige Billighedsbetragtninger ret let kan føre til Antagelse af Traditioløsningen. Naar Køber Nr. 2 i god Tro har faaet Besiddelsen af det solgte, er det, som om han har noget forud for Køber Nr. 1. Naar der kun foreligger to Aftaler, staar Parterne lige, men dette er ikke Tilfæl-

det, naar Nr. 2 er gaaet det Skridt videre at tage det overdragne i Besiddelse. For den moderne Kontraktsteori maa den eventuelle Forrang for Erhverver Nr. 2 forklares som Ekstinktion[53]). Har man ikke denne konstruktive Løsning ved Haanden, er Traditiosynspunktet meget nærliggende. Hvad enten Forklaringen er af psykologisk eller anden Natur, saa viser de faa Domme, der foreligger fra det 18. Aarhundrede, at Højesteret akcepterede Traditiolæren paa det her omhandlede Omraade. Dommene angaar ikke Dobbeltoverdragelse af almindelige Løsøregenstande, men derimod Overdragelse af Rettigheder. De kunde derfor anses for specielle Tilfælde, der ikke kan være afgørende for en Bedømmelse af Datidens Standpunkt i Almindelighed. Voteringerne viser imidlertid klart, at de paagældende Retssager blev afgjort ud fra en generel Problemstilling vedrørende Ejendomsrettens Overgang.

Da Højesteret i 1774, — sikkert for første Gang efter et langt Tidsrum, fik forelagt et Dobbeltoverdragelsestilfælde, var det paa et Tidspunkt, hvor saavel den naturretlige Aftaleteori, som Traditiolæren havde Tilhængere i Retten. Udgangspunktet for den retlige Vurdering var naturligvis Fortolkningen af D.L. 5-3-31, — men denne Fortolkning maatte begynde med at fastslaa »vores Loves Disposition om Maaden, hvorpaa et jus reale erhverves«, som Steman udtalte i en senere Dom.

I 1772 havde en Person ved Navn Bodemeyer indgaaet en Kontrakt med en Person ved Navn Koes om Salg af 15 »lottoaktier«. 7 af disse blev straks leveret, og Resten skulde leveres inden fire Uger. Imidlertid viste det sig, at Bodemeyer nogle Maaneder efter Kontraktens Indgaaelse havde transporteret de resterende 8 Aktier til en Person ved Navn Christen Hansen, paa hvis Navn Aktierne blev noteret. Bodemeyer blev dømt for Bedrageri, og derefter fulgte Proces imellem Koes og Christen Hansen om Ejendomsretten til de 8 Aktier. Baade for Hof- og Stadsretten og for Højesteret søgte Koes at dokumentere, at Christen Hansen skulde have været i ond Tro, men ingen af Instanserne fandt dette bevist. Hof- og Stadsretten[54]) dømte Christen Hansen til at udlevere Aktierne med følgende Begrundelse: »Loven udfordrer ikke som et nødvendigt rekvisitum til et Købs Gyldighed, at den købte Ting skal leveres Køberen. En af Personer, som er habiles, lovligt forfattet Købekontrakt er alene tilstrækkelig til at befæste Køberen i alle de Rettigheder, han i Henseende til det købte har stipuleret sig. Det kan altsaa ikke blive noget Argument for Indstævnte, at de omtvistede 8 Lottoaktier var i Bodemeyers Værge. Ikke heller kan indstævntes Uvidenhed om, at Citanten allerede tilforn havde købt de til ham siden solgte Lottoaktier, og det, at Købekontrakten ikke er tinglyst, befri Indstævnte fra at udlevere samme. Thi Lovens 5-3-31 præfererer først de Købere eller Lejere af Jord eller andet Gods fremfor den anden . . .«

[53]) Jfr. Ross: »Ejendomsret og Ejendomsovergang« S. 129 f.
[54]) Hof- og Stadsrettens Domsprotokol 1773. S. 295, og Voteringsprotokollen, S. 625.

I Højesteret (jfr. HP 1774. 247) tabte Koes imidlertid Sagen, fordi et stort Flertal af Dommerne antog, at Ejendomsrets Erhvervelse ved »bevægelige Ting« maatte kræve Overlevering. Danske Lov kunde ganske vist ikke antages at afgøre dette Spørgsmaal med Sikkerhed, — »men da Ejendom er Ret til at disponere over en Ting, saa er det en naturlig Følge, at Tingen selv maa overleveres, thi usus rei er forbunden med Besiddelsen, og det første kan ej existere uden det sidste«. Desuden blev Analogien fra Tinglysningsreglerne og Pantsætningsreglerne i Forbindelse med Hensynet til »fides publica« anført til Støtte for dette Resultat. Endelig har man paa Fornemmelsen, at Præjudikatet fra 1772 om Virkningen af Købekontrakter vedrørende fast Ejendom skinner igennem. Flere Dommere henviser til, at første Køber kun har en Kontrakt, der kan give ham en »actio personalis«, som Bartholin Eichel bemærker.

Naturretsdoktrinen blev ved denne Højesteretsafgørelse paa afgørende Maade underkendt. Særligt indlysende bliver dette, naar man tager i Betragtning, at Højesteret ud fra rene juridiske Ræsonnementer i dette Tilfælde omstødte Hof- og Stadsrettens Dom, der var bygget paa Naturretslæren. Da der senere rejste sig en Retstvist i Anledning af en Dobbeltoverdragelse af en Skibspart, — et ældre Salg i Konflikt med en yngre tinglyst Pantsætning, jfr. HP 1794 B. 217, var Flertallet i Højesteret ganske enige om at benytte det tidligere knæsatte Kriterium til at afvise Køberens Krav. Enkelte Dommere var i det nævnte Tilfælde betænkelige, fordi traditio simpelthen ikke var mulig m. H. t. Skibsparter[55]). Da Sagen drejede sig om, hvem der skulde have Auktionsbeløbet af en Ottendedel af Skibet, maa man indrømme, at det vilde have været vanskeligt for Køberen af Skibsparten at have faaet denne traderet i Forbindelse med Købet. Førstvoterende Steman benyttede Lejligheden til en meget lang Udredning af gængse Argumenter for og imod Traditiolæren, og det var stadig Forsøget paa at ligestille Løsøre og fast Ejendom, der blev det mest afgørende Argument.

Saavel i 1774-Sagen som i den sidstnævnte Sag omstødte Højesteret Underinstansens Afgørelse. Her som paa andre Punkter har man i det hele taget et levende Indtryk af, at det paa godt og ondt var Højesteret, der var den toneangivende Instans, naar det gjaldt om at indføre nye Retsprincipper. Det var jo ogsaa her, de faglærte Jurister først fik fuldstændigt Overtag over Lægdommernes »ulærde« common sense. Hof- og Stadsretten var dog ogsaa fra et meget tidligt Tidspunkt blevet præget af den juridiske Fagkundskab, men det er interessant at bemærke, at Hof- og Stadsretten paa mange vigtige Omraader fik sine Afgørelser underkendt af Højesteret.

[55]) Jfr. Treschows Udtalelse: »Vilde man endog antage, at Traditio skulde i Almindelighed være nødvendig, saa kan dette dog ej antages, uden hvor Traditio er mulig«.

De to nævnte Sager viser Traditiokravets Indtrængen i dansk Ret paa et Omraade, hvor der endnu den Dag i Dag hersker stor Tvivl, om det ikke bør bibeholdes[56]). Ogsaa her er Traditiokravets Afstamning tvivlsom. Det er let nok uden videre at henvise til Romerrettens Regler og betragte dem som Aarsagen til den store Iver, hvormed Dommerne argumenterede for Traditioreglen, men denne Forklaring er sikkert for overfladisk. Det er vanskeligt at bedømme, hvorvidt det var en virkelig motiverende Realitet, der laa i Analogien fra Reglerne om Overdragelse af fast Ejendom, og man maa ikke glemme, at der, saavidt man kan se, ikke forelaa nogen fast Praksis før 1774-Dommen vedrørende Fortolkningen af Danske Lov 5-3-31. Man maa endvidere ikke se bort fra Betydningen af Praksis i Standsningsretssager, selv om disse var af en særegen Karakter.

Ørsted forsvarede som nævnt senere den her gengivne Fortolkning af 5-3-31, og Reglen om Fortrin for Køber Nr. 2, der har opnaaet Besiddelse, hævdes stadig fra flere Sider. Ross har fremsat den Tanke[57]), at Domspraksis, efter at Traditioteorien iøvrigt er forladt, ikke har statueret Fortrin for Køber Nr. 2 paa andet Grundlag end dette, at Køber Nr. 1 i de enkelte Tilfælde slet ingen »Ret« har opnaaet, og han mener derfor, at Gennemførelsen af Aftaleteorien kan have til Følge, at Praksis efter Omstændighederne vil give Køber Nr. 1 Beskyttelse, fordi den ikke vil gaa med til en ekstinktiv Erhvervelse til Fordel for Nr. 2. Hvis dette er rigtigt, maa man indrømme, at Ordene og de sproglige Betegnelser stadig har en forbløffende Magt over Sindene, thi i saa Fald sker der nøjagtig det samme, som da Traditiostandpunktet trængte igennem i det 18. Aarhundrede: Man bøjer sig for et Begreb opstillet med andre Situationer for Øje end den foreliggende. Formodentlig er Juraen dog kommet saa vidt, at den gennemskuer Ordenes Bedrag og vælger det Standpunkt, der gennemsnitlig maa anses for det heldigste ud fra en realistisk retlig Bedømmelse.

VI.

Læren om Risikoens Overgang i Købs- og Salgstilfælde har paa en ejendommelig Maade haft Forbindelse med Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overførelse ved Aftale. Gang paa Gang har disse to Spørgsmaal gensidigt paavirket hinanden i den europæiske Retsudvikling. Dette findes klarest og mest prægnant udtrykt i Ordene: »res perit suo domino«. Medens nordisk Ret principielt har forladt denne Sætning, er den stadig blevet opfattet som den bærende Konstruktion bag fransk og engelsk Ret. Den har heller ikke været uden Betydning for Udviklingen af dansk Ret, og det har formentlig derfor en særlig Interesse

[56]) Jfr. Ross l. c., O. K. Magnussen U. f. R. 1925 B. 299, Vinding Kruse, Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1300—01, og U. f. R. 1935 B. 128.
[57]) »Ejendomsret og Ejendomsovergang« S. 128 f.

at forsøge at trække Hovedlinierne op for den europæiske Retsudvikling paa dette Omraade.

Efter justiniansk Ret var Udgangspunktet for Bedømmelse af Spørgsmaalet om Risikoens Overgang som bekendt Afgørelsen af, hvornaar Købet maatte anses for »fuldkomment«, — »necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio« (D.18, 6, 8, jfr. Inst. 3, 23, 3). Naar Spørgsmaalet om Købets Perficering var fastslaaet, var dermed ogsaa Risikospørgsmaalet principielt besvaret. I Konsekvens heraf maatte Besvarelsen blive forskellig, eftersom der var Tale om endeligt eller betinget Køb, eller om individuelt eller generisk bestemt Køb. Derimod maatte Besvarelsen efter romersk Ret blive uafhængig af Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overgang, herunder principielt uafhængig af Traditiokravet, — »periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit«. Det er sikkert først og fremmest denne Omstændighed, der har ført til, at den romerske Risikoregel er blevet underkastet saa mangfoldige Undersøgelser, i hvilken Forbindelse det ogsaa har haft Betydning, at den nyere Retsudvikling og reale Grunde synes at tale for, at Sælgeren normalt skal bære Risikoen for hændelige Begivenheder lige indtil Salgsgenstandens Overgivelse eller Levering. Sætningen res perit emptori maa vist nok ogsaa anses for principielt uheldig under mere fremskredne Handelsforhold, men det maa dog erindres, at den meste Distancehandel drejer sig om Genuskøb, og at Købet i saadanne Tilfælde efter romersk Ret normalt først vilde blive perficeret ved Godsets Afsendelse[58]). I den romanistiske Køberet opstillede man derfor senere Sætningen, at Transport af Gods, med mindre andet er aftalt, sker paa Køberens Risiko. Afstanden mellem Romerretten og f. Eks. det nordiske Leveringsprincip er herefter knap saa stor som almindeligt antaget. Hertil kommer, at Romerretten som bekendt gjorde mange og væsentlige Modifikationer i det almindelige Risikoprincip, blandt andet den vigtige Sondring mellem Tingens fuldstændige Undergang og dens blotte Beskadigelse, senere udtrykt i de i Glossen dannede Formler: »periculum interitus pro venditore«, — »periculum deteriorationis pro emptore«.

Trods Modifikationerne er Risikoreglen i real Henseende saa ejendommelig, at man har ment, det skulde være nødvendigt at søge en særlig historisk Forklaring paa Reglens Fremkomst. Saaledes har Girard fremsat den Teori, at Reglen maa anses for et Rudiment fra et ældre Stadium i romersk Kontraktret, paa hvilket de senere Konsensualkontrakter endnu blev stiftet ved gensidige af hinanden uafhængige Stipulationer[59]). Cuq har sikkert med Rette anført[60]), at det ikke kan dokumenteres, at der har eksisteret et saadant Overgangsstadium, men

---

[58]) Jfr. herved schweitzisk Ret O.R. § 185, Stk. 2.
[59]) Manuel élémentaire de droit romain, 7. Udg., S. 575.
[60]) Manuel des Institutions juridiques des Romains, S. 461.

at Risikoreglen sandsynligvis er opstaaet under Samhandelsforhold, der normalt regnede med samtidig Udveksling af Ydelse og Modydelse[61]).

Den moderne Interpolationsforskning har underkastet hele Spørgsmaalet om Risikoreglens Oprindelseshistorie og dens indholdsmæssige Udstrækning en indgaaende Undersøgelse. Anledningen hertil er ogsaa klar nok. Selv et overfladisk Studium af de romerske Retskilder viser, at disse selv indeholder en Række tilsyneladende Modsigelser[62]). Man har navnlig været inde paa den Tanke, at Risikoreglen slet ikke er af klassisk Oprindelse, men skyldes de byzantinske Kompilatorers Hensyntagen til græsk Rets Regler om Ejendomsrettens Overgang[63]).

Hele Diskussionen om Forholdet mellem klassisk og justiniansk Ret paa dette Omraade har imidlertid ikke saa megen Interesse for Forstaaelsen af den senere europæiske Retsudvikling, da denne for saa vidt Romerretten angaar utvivlsomt udelukkende maa ses paa Baggrund af efterklassisk Ret, hvorefter Køberen principielt maatte bære Risikoen for alle hændelige Begivenheder, bortset fra enkelte konkrete Undtagelser.

Res perit domino-Reglens Forhistorie er yderst vanskelig at efterspore. Det er karakteristisk, at man i romanistisk Teori kan finde de mest forskelligartede Forsøg paa at skabe en Forbindelse mellem Risikospørgsmaalet og Ejendomsretsspørgsmaalet[64]).

Trangen til at forene Risikoens Overgang med Ejendomsrettens Overgang har endog ført til, at enkelte Forfattere, — ogsaa for justiniansk Rets Vedkommende har forsøgt at opstille den Teori, at romersk Ret i Virkeligheden gik ud paa Overførelse af Risikoen ved Traditionen[65]).

[61]) Jfr. tillige Monier, Manuel élémentaire de droit romain, 1935, S. 181.

[62]) Jfr. bl. a. det omdiskuterede Kildested D. 18, 6, 13 og 15 og hertil Haymann, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt. 1920, S. 72 f.

[63]) For hele Diskussionen har det spillet en væsentlig Rolle, hvorledes man skal bedømme romersk Rets Regler om Sælgerens Ansvar for Salgsgenstanden. Medens der i moderne romerretlig Teori nu hersker Enighed om, at den klassiske custodia-Ansvarsstandard rakte langt videre end et subjektivt diligentia-Ansvar, er der stadig nogen Uenighed om, hvorvidt Sælgeren efter romersk Ret har haft custodia-Ansvar som almindelig Regel. Dette hævdes dog i de nyeste Undersøgelser, jfr. navnlig Monier l. c., S. 277 ff., med fyldige Litteraturhenvisninger samt V. Arangio Ruiz: Responsabilita contrattuale, Neapel 1934, S. 147 ff. Antages Teorien om Sælgerens custodia-Ansvar efter klassisk Ret, har »der Satz periculum est emptoris, sich für das klassische ... Recht auf das periculum vis majoris beschränkt« (Seckel).

[64]) Karakteristisk i saa Henseende er det Forsøg, man finder i tysk-romanistisk Teori paa at danne en Konstruktion omkring Risikoreglen, jfr. f. Eks. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandectenrechts, § 321 med Note 18 og 19, —»Die Verkaufserklärung anses for en »Entäusserungserklärung« — »infolge dieser Natur der Verkaufserklärung wird die verkaufte Sache vom Rechte, was das Verhältnis des Verkäufers zum Käufer angeht, behandelt als sei sie bereits aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergetreten«.

[65]) Allerede Cujas søgte at gennemføre denne Tanke i hans »Tractatus ad Africanum« VIII (ad D. 19, 2, 33), og i Nutiden er Tanken blevet taget op af Carlo Arno, jfr. blandt andet »La teorica del periculum rei venditae del diritto romano classico« — Giurisprudenza Italiana B. 49, IV, S. 209. Der er almindelig Enighed om, at disse Teorier er misvisende, men de er karakteristiske som Demonstration af Tendensen til at ville skabe Harmoni paa dette Retsomraade ved en Forening af Ejendomsret og Risiko.

Det er meget sandsynligt, at Dogmet res perit domino først er opstaaet uden for Køb- og Salgsomraadet, navnlig som Udtryk for det Forhold, at en Person, der har modtaget en andens Gods i Medfør af et særligt Kontraktforhold f. Eks. en Pantsætning, ikke bærer Risikoen for hændelige Begivenheder, men at denne derimod paahviler Ejeren[66]).

Imidlertid er det givet, at den egentlige Sammensmeltning af Risiko og Ejendomsret finder Sted i Naturretten. Ved at knytte Ejendomsrettens Overgang netop til den fuldkomne Kontrakt og derved redressere en af Romerrettens formentlige Fejltagelser, forelaa der den mest nærliggende Mulighed for at inkorporere den romerske Risikoregel i det naturretlige System, og derved omdanne res perit emptori til res perit domino[67]).

Allerede Grotius var inde paa Sammenkædningen ved Omtalen af Reglerne om Ejendomsrettens Overgang[68]).

Pufendorf indtog tilsyneladende et Mellemstandpunkt[69]), idet han vilde sondre imellem Tilfælde, hvor Intervallet mellem Aftale og Levering skyldes Sælgerens Forhold eller den Omstændighed, at Tingen ikke paa Aftalens Tid befandt sig paa Leveringsstedet, paa den ene Side, og de Tilfælde, hvor Intervallet skyldes Køberens Forhold. Kun i sidste Tilfælde skulde Køber bære Risikoen, »thi fra det Øjeblik, Sælgeren ifølge Kontrakten har Pligt til at levere Varen — og det ikke skyldes Sælgeren, at Levering ikke sker — gaar Ejendomsretten som en facultas moralis over til Køberen, og Tingen anses for at tilhøre ham alene Trods Pufendorfs i Virkeligheden forbløffende selvstændige og realistiske Syn paa Problemet, skulde Ejendomsretsmomentet, som det fremgaar af Citatet, smugles ind i Argumentationen.

Hos Wolf blev Dogmet imidlertid ganske almindeligt udformet[70]).

---

66) Barbeyrac har derfor muligvis Ret, naar han i sin Pufendorfkommentar henfører Sætningen til Codex 4,24,9 (pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit). Endvidere kan der foreligge den Situation, at Godset befinder sig hos Køberen, men gaar hændeligt til Grunde inden Afslutningen af Købeaftalen. I et Tilfælde som dette benyttede Ørsted under en Votering res perit domino-Sætningen (jfr. Hof- og Stadsrettens Voteringsprotokol 1805—6, S. 158), men dette var næppe en Følge af hans Synspunkter vedrørende dette Emne i Almindelighed — jfr. ndf.

67) I en Note til Pufendorfs Naturret V., V, § 3, siger Barbeyrac: »Les Jurisconsultes et leurs interprêtes auroient évité tout cet embarras, et établi des principes mieux liés, s'ils ne s'étoient entêtés d'une fausse idée de transport de propriété, qu'ils prêtendent ne pouvoir se faire, que par une prise de possession«.

68) De jure belli ac pacis, II., XII, § 15, »quod si actum sit ne statim dominium transeat, obligabitur venditor ad dandum dominium, atque interim res erit commodo et pericolo venditoris«.

69) De jure naturae et gentium V., 5, § 3. Pufendorfs Sondring — »utrum mora, quae inter contractum perfectum et traditionem intercedit, sit necessaria ad rem in loco sistendam, aut ex mora venditoris proveniat, an vero per emptorem steterit, quo minus ipse rem traditam possideat«, var naturligvis beslægtet med de romerske Regler om Debitormoras og Fordringshavermoras Indflydelse paa Risikospørgsmaalet og Princippet »Mora debitoris non debet esset creditori damnosa«, men, det særegne ved Pufendorfs Lære er, at han gaar ud over Morasynspunktet.

70) Institutions du droit de la nature et des gens, ved Luzac, Leyden 1772, § DCXIII.

»Si-tôt que par le contract de vente, quelques conventions qui y soient ajoutées, le domaine a passé a l'achetur, comme des-lors il est le maitre, et que le vendeur a cessé de l'être; tout les avantages aussi qui peuvent être retirés de la chose, et tous les risques de détérioration, de perte, de destruction, regardent l'acheteur.«

Den mest aabenbare Sammensmeltning af den romerske Risikoregel med den naturretlige Aftaleteori findes i Code Civil Art. 1138[71]). Det kunde næsten se ud, som om Pufendorf selv havde formuleret denne Bestemmelse. I fransk Teori er der da ogsaa nogenlunde Enighed om at tage den som et Udtryk for Princippet res perit domino, og efter Ordet »propriétaire« at underforstaa »et par suite«, hvilket iøvrigt finder direkte Støtte i Code Civils Motiver[72]).

Bestemmelsen om Risikoens Overgang maa sammenholdes med Art. 1582—85 vedrørende Ejendomsrettens Overgang. Her er Traditiokriteriet forladt til Fordel for Reglen om Ejendomsrettens Overgang ved den endelige Aftale. Navnlig Opbygningen af Art. 1585 er interessant, fordi man her finder den romerske Udredning af, hvornaar Købet er perfecta (D. 18, 1, 35, 5), en Udredning, som i Romerretten var opstillet med Henblik paa Risikospørgsmaalet, direkte anvendt paa Ejendomsretsspørgsmaalet. Det romerske Begreb om Aftalens Perficering var blevet Nøglebegreb saavel i Naturretten som i fransk Ret[73]).

Ogsaa i engelsk Ret, der anerkender Sætningen res perit domino, jfr. The sale of goods Act 1893 sect. 20, har dette paa ejendommelig Maade haft Sammenhæng med romersk Ret[74]).

[71]) »L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dés l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier«.

[72]) Jfr. Labbe: Un mot sure la question des risques. Nouvelle Revue Historique de droit francais et etranger XII, S. 377 f. og S. 384. Spørgsmaalet diskuteres indgaaende hos Baudry-Lacantinerie et Barde, Droit civil des obligations, I, 1906, Side 456 ff. Det nævnes bl. a. der, at man skulde have forventet, at Pothier's Indflydelse, navnlig hans berømte Traité du Contract de Vente (1772), skulde være til Hinder for Antagelsen af res perit domino-Konstruktionen. Heroverfor peger man med Rette paa Pothier's egen Omtale af Naturretslæren: »Plusieurs modernes qui ont traité du droit naturel du nombre desquels sont Pufendorf, Barbeyrac etc, out cru que les jurisconsultes romains s'étaient écartés, sur cette matière, des vrais principes du droit naturel; et ils soutiennent au contraire, que la chose vendue est au risque du vendeur, tant qu'il en demeure propriétaire; que c'est sur lui que soit tomber la perte que arrive de cette chose, quoique sans faute, pourvu que l'acheteur n'ait pas été en demeure de la recevoir ... Leurs arguments sont: 1. que c'est une maxime reconnue par les jurisconsultes romains eux-mêmes que la chose est aux risques du propriétaire, res perit domino ... 2. que l'acheteur ne s'est obligé payer le prix qu'à condition qu'on lui donnerait la chose« (Vente n. 308).

[73]) Vedrørende fransk Ret kan iøvrigt henvises til R. Demoque: Traité des obligations en general, II, 1931, S. 124 f., og Colin et Capitant: Cours de droit civil francais, II, 1948, S. 107.

[74]) Mest kendt og hyppigt citeret er her Udtalelsen i Dommen Martineau v. Kitching (1872): »As a general rule res perit domino, the old civil law maxim, is a maxim of our law, and, when you can show that the property passed, the risk of the loss is prima facie in the person in whom the property is. If, on the other hand, you go beyond that and show the risk attached to one person

Den ældste Afgørelse, der indtil nu er fundet vedrørende Risikospørgsmaalets Udvikling i dansk Ret, er den tidligere omtalte Højesteretsdom af 12. November 1684[75]). Sagen drejede sig om Salg af et Hus. Parterne havde oprettet Købekontrakt, og Køberen havde betalt 100 Rd. paa Købet og senere taget en Del af Ejendommen i Besiddelse. Sælgeren synes dog ogsaa at være blevet boende i Huset. Forinden Skødet blev udstedt, brændte Huset, og der opstod herefter Sag om Købesummens Betaling. Københavns Magistrats Dom lagde Risikoen paa Sælgeren med den Begrundelse, at Køberen endnu ikke var blevet Ejer, da Skøde ikke var udstedt. Det har formodentlig her været Ordene i D.L. 5-3-33, der har haft afgørende Betydning. Højesteret kom imidlertid til det modsatte Resultat med 6 Stemmer mod 3. Vota er meget kortfattede, men den Omstændighed, at Flertallet lagde afgørende Vægt paa, at der »foreligger en fuldkommen Contract«, taler formentlig stærkt for, at der allerede paa dette Tidsunkt har været Tale om Paavirkning fra den naturretlige (romanistiske) Forestilling om Virkningen af Aftalens »Perficering«. Dommerne maa have været fuldstændig klar over, at Ejendomsretten til fast Ejendom ikke overførtes ved den blotte Aftale, men dels er det muligt, at man har bortset fra Skøde og Tinglysningsreglerne, naar Talen var om Risikoens Overgang inter partes, dels kan det endelig tænkes, at det ikke saa meget har været den naturretlige Risikoregel, res perit domino, som har gjort sig gældende, som ligefrem den romerske res perit emptori.

Omtrent 75 Aar efter kom der en Sag for Højesteret, som næsten fuldstændigt minder om 1684-Afgørelsen. Det drejer sig om Dommen HP 1761 A. 111. Her var der ogsaa Tale om et Huskøb, men der var ikke indgaaet Købekontrakt, idet der kun forelaa en ren mundtlig Aftale om Købet. Køberen havde betalt 100 Rd. og »taget en af Søboderne i Besiddelse«, forinden Ejendommen brændte. Køberen paastod nu, at det var blevet aftalt, at Sælgeren skulde bære Risikoen, men det lykkedes ham ikke at dokumentere dette paa overbevisende Maade. Ved Raadstuedommen og Oberhofretsdommen blev Køberen dømt, og Højesteret stadfæstede de ergangne Domme. »Der er paa Huset betalt 100 Rd., da Contracten blev sluttet, altsaa staar det paa Citantens Regning«, siger førstvoterende Reiche.

---

or the other, it is a very strong argument for showing that the property was meant to be in him, but the two are not inseparable ... by the civil law it was always considered that if there was any weighing or anything of the sort which prevented the contract from being perfecta emptio, whenever that was occasioned by one of the parties being in mora, and it was his fault, he shall bear the risk just as if there was emptio perfecta. That is good sense and justice, though not necessary to the decision of the precent case«, jfr. herved Omtalen af Risikospørgsmaalet og denne Dom hos Chalmers' Sale of Goods, Side 78—81, 12. Udg. 1945. Forøvrigt var den romerske Risikoregel blevet reciperet i skotsk Ret og »thus by different routes english and scotsh law arrived at practically the same results«, l. c. S. 80 med Henvisninger.

[75]) HP 1684, S. 224, Jacobi og Popp-Madsen: Udvalg af Domme i civile Sager, Tillæg S. 4, Vinding Kruse: Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1009 og 1011.

Denne Afgørelse underbygger yderligere den Formodning, der er fremkaldt af 1684-Dommen, om at Køberen maatte bære Risikoen, saasnart der var indgaaet en endelig Købeaftale. Betalingen af de 100 Rd. viste, at Køberen havde »bundet sig til Huset, som *altsaa* er afbrændt paa hans Regning«.

Hesselbergs Standpunkt[76]), hvorefter Sælgeren maa bære Risikoen, indtil der bliver givet Skøde ud fra Sætningen res perit suo domino, var altsaa ikke godkendt af Praksis. Hvad Løsøre angik, hævdede Hesselberg iøvrigt i Overensstemmelse med Naturretten, at Risikoen skulde gaa over, saa snart Kontrakten var fuldkommen.

Dernæst kan nævnes Dommen HP 1774 S. 477. Denne handlede om Salget af den saakaldte Svanemølle uden for Østerport. Parterne havde oprettet Købekontrakt, og denne var blevet tinglyst. Efter Købekontrakten skulde Køberen tiltræde Møllen den 15. April og fra samme Dato have Risikoen. Efter dette Tidspunkt brændte Møllen, men Sælgeren paastod imidlertid Købekontrakten hævet paa Grund af Misligholdelse med Købesummens Betaling og gjorde paa dette Grundlag Krav om Udbetaling af Assurancesummen. Højesteret stadfæstede Hof- og Stadsrettens Dom, der afviste Sælgerens Krav allerede af den Grund, at denne først havde gjort det gældende efter Branden. Bartholin Eichel tilføjede: »Da Købet ved Købecontracten var perficeret, og Skødet alene vis à vis Trediemand kunde gives ham en større Ret, men ej vis à vis de contraherende selv, og da commoda og onera bør svare til hinanden ... bør og al den af Hasarden flydende Fordel tilhøre ham ...« Denne Udtalelse, som harmonerer med res perit emptori og de tidligere Domme, er det muligvis, som giver Anledning til følgende Udtalelse af Colbiørnsen: »Uagtet Schmidt, den Tid Møllen brændte, kun havde jus ad rem til samme, saa viser dog Contractens udtrykkelige Ord, at han i Henseende til al den ulykkelige Hændelse, som kunde vederfares dem, maa anses som dominus«. I disse Ord skjuler sig sandsynligvis det konsekvente res perit domino-Princip.

I den tidligere omtalte Sag vedrørende Salg af et mangelfuldt Parti Oksekød, HP 1781, A. 67, jfr. ovenf. S. 52, hvor Varerne af Hensyn til Køberens Interesser var oplagret hos Sælgeren, gik baade Hof- og Stadsretten og, saavidt man kan se, Flertallet i Højesteret ud fra, at Køberen maatte bære Risikoen for Mangler, der var opstaaet efter Oplagringen. Dette Resultat vilde ogsaa stemme saavel med romersk som naturretlig Teori. Som allerede omtalt skal Højesteretsafgørelsen dog vistnok ikke anses for baseret paa Risikosynspunktet, men paa et caveat emptorlignende Synspunkt.

Mere vejledende er Sagen HP 1783, A. 26. Her var der Tale om Salg af en Ladning Salt, som Sælgeren lod indskibe til forskellige Købmænd i Køge. Da Skibet ankom, forliste det, forinden Udlosningen var færdig,

---

[76]) Juridisk Collegium II, § 198.

og Sagen kom derfor til at dreje sig om Betalingen af det ødelagte Parti. Der opstod nu først Spørgsmaal om, hvorvidt Sagsøgte principielt hæftede over for Sælgeren for hele Partiet, eller om han blot var optraadt paa andres Vegne. Højesteret antog, at Sagsøgte over for Sælgeren havde kontraheret om hele Partiet paa egne Vegne. Derefter fremkom Risikospørgsmaalet. Førstvoterende Feddersen voterede for Stadfæstelse af Landstingsdommen, der paalagde Køberen Risikoen, og begrundede det saaledes: »Saltets Forulykkelse kan ikke gøre noget til, at jo Stadager (Køberen) bør staa Skaden. Der er sket en Slags traditio, saa Stadager den Tid maatte anses som Ejer efter Brevet af 31. Juli; desuden har han ved ikke at svare Graae (Sælgeren) agnosceret sig som Ejer og ved at betale Fragt ...«. Flertallet sluttede sig til en Stadfæstelse af Landstingsdommen, medens et Mindretal var af den Opfattelse, at Stadager kun havde forbundet sig for den Del af Partiet, som han selv endeligt skulde aftage. Ved Bedømmelsen af Feddersens Udtalelse maa det erindres, hvorledes Højesteret havde udformet Traditiokriteriet i andre Sager og navnlig sidestillet Afsendelseshandlinger og Overgivelse af Konnossement med traditio. I denne Forbindelse kan henvises til HP 1786, A. 433 (ovenf. S. 83), hvor Levetzau begrunder Ejendomsrettens Overgang som Følge af Tilsendelse af Konnossement bl. a. med den Udtalelse: »Var de (Varerne) forulykkede, kan der ingen Tvivl være, at det havde været for Fallitboets Regning«, og Dommen HP 1787, A. 76, hvor det i Graahs Votum hedder: »Fridscher (Køberen) har betalt Pakhusleje og Assurancepræmie for Bønnerne, hvilket er Bevis for, at Kaffebønnerne var Fridschers Ejendom og laa for hans Risiko.« Graah var ikke Tilhænger af Traditiokravet, men ogsaa her sammenkædes Ejendomsret og Risiko.

Selv om Materialet er spinkelt, skal Udviklingen formentlig bedømmes saaledes, at de oprindelige Tendenser til at lægge Vægt paa den perficerede Aftale ved Spørgsmaalet om Risikoens Overgang var blevet afløst af Sætningen res perit suo domino, vel at mærke med det Indhold, denne Sætning maatte faa efter Antagelsen af Traditio-Læren, uden Hensyn til, at den naturretlige Udformning af Sætningen havde haft en anden Ejendomsretsteori som Baggrund.

Denne Udvikling aftegner sig forøvrigt ogsaa i Litteraturen, hvor Dogmet om, at Ejendomsret og Risiko hører sammen, blev staaende lige indtil Ørsted. Som det allerede fremgaar af det ovenfor givne Citat fra Hesselbergs Collegium, brugte man Sætningen res perit domino som et vigtigt Led i Diskussionen om Kriteriet for Ejendomsrettens Overgang[77]).

[77]) Her kan ogsaa henvises til Kongslew »Den danske og norske private Rets første Grunde«, II. 1782, S. 283: »Ansvaret for Tilfælde. Vi beraabe os paa den forhen givne almindelige Regel: Tingen forgaar eller forværres paa Ejerens Regning ... men ved Overdragelser kan let blive Spørgsmaal om, hvo der er Ejer, om det Øjeblik, da Tingen er at anse som afhændet. Vi gøre Forskel paa rørligt og urørligt. Rørlige Tings Afhændelse sker ved det blot bevislige Sam-

Nørregaard fastholdt stadig Princippet res perit domino, men: »paa Grund af, at en Købekontrakt alene giver Ret til Tingen og ikke Ejendom, er det, at om den solgte Ting ved ulykkelig Hændelse forgaar, efter at Købekontrakten er sluttet, og inden Overleverelsen er sket, maa denne Skade blive Sælgerens, der endnu er Tingens Ejer ...«[78]).

Ørsted tog Afstand fra Princippet om Ejendomsrettens og Risikoens Samhør[79]) og opstillede en derfra afvigende Lære, der i Virkeligheden havde meget nær Tilknytning til de romerske emptio-venditio Regler. Navnlig den af Ørsted forfægtede Sondring mellem periculum interitus og periculum deteriorationis viser dette. Der er næppe nogen Tvivl om, at denne Sondring har sin Rod i de romerske Kilder, hvor den navnlig blev tillagt Betydning ved Risikofordelingen i suspensivt betingede Salg[80]).

Med Hensyn til Genstandens fuldstændige Undergang hævdede Ørsted, at Risikoen herfor i al Fald maatte paahvile Køberen, hvis den solgte Ting straks ved Aftalen var sat til dennes Disposition, thi her »synes det, at Tingen, i Forhold til Parterne indbyrdes, fuldkomment er gaaet over fra Sælgeren til Køberen, og at den første er forvandlet til en blot naturlig Besidder, der har Tingen i Varetægt paa Køberens Vegne«.

Trods den principielle Frigørelse for Dogmet res perit domino er det meget betegnende, at Ørsted støtter sig til et Slags »udvidet« constitutum possessorium-Synspunkt ved Begrundelsen af Reglen om, at Køberen bærer Risikoen. Hvor Sælgeren havde »reserveret sig Ret til at beholde Tingen«, maatte Traditionen dog blive afgørende. »I saadanne Tilfælde kan det synes, at han, som imidlertid udøver alle Ejendomsrettigheder over Tingen, for saa vidt det ikke umiddelbart vilde stride mod Købekontrakten, maa bære det Tab, som kunde flyde af Tingens Undergang«. Periculum deteriorationis vilde Ørsted i Overensstemmelse med Romerretten altid lægge paa Køberen. Han bemærkede iøvrigt om hele Emnet: »Af det foranførte ses det, at den romerske Ret ikke uden Føje har antaget, at Køberen, uagtet han først ved Tingens

---

tykke, uden videre Højtideligheder ... i urørlige Tings Afhændelse sker det overdragne Samtykke ikke før ved Skødet, og med dette begynder først Køberens Ansvar. Skødet, endog utinglyst, forbinder Parterne ...« Endvidere kan henvises til C. D. Hedegaards Kommentar til Danske og Norske Lovs 5. Bog, 1776, S. 352, jfr. S. 436 og 439—41: »Naar det ikke er Sælgerens Skyld, at han enten har gjort noget dertil eller været in mora, da er det en almindelig Regel, at Ejeren tager Skade. Res perit suo domino« (jfr. herved det ovenfor givne Pufendorf-Citat). Det anførte Sted S. 441 benytter Hedegaard netop Sætningen res perit domino i Polemikken mod Clitau vedrørende Fortolkningen af Danske Lov 5-3-33 (jfr. paa ganske samme Maade Brorsons »Forsøg til 5. Bogs Fortolkning« I, 1793, S. 337).

[78]) Privatretten III, 1787, S. 71. Hermed kan sammenholdes Hurtigkarls Privatret II, 2. Bd., 1817, S. 39 og 91.

[79]) Haandbog V, S. 192 ff.

[80]) Jfr. f. Eks. D. 18, 6, 8 og 10 »si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris«.

Tradition blev Ejer, dog allerede fra Købsslutningens Fuldendelse skulde bære periculum saavel som commodom rei«.

Der kan næppe være Tvivl om, at Ørsteds Lære fik Betydning for Standpunktet i Retspraksis. Her kan først og fremmest henvises til Sagen HP 1835, E. 88, jfr. Schlegel, Højesteretsdomme II, 137. Her var Tale om en Handel om et Parti Rugsæd, som Køberen havde besigtiget og kunde hente, naar han vilde. Forinden Leveringen fandt Sted, var noget af Kornet blevet ødelagt, bl. a. fordi det vistnok ikke var blevet »kastet« paa behørig Maade.

Ved Landsover- samt Hof- og Stadsrettens Dom og den forudgaaende Skiftedecision fik Sælgeren Medhold, og Køberen blev nægtet Adgang til at afvise Rugsæden. Denne Dom blev stadfæstet af Højesteret. Førstvoterende, Rottbøll, vilde frafalde den indankede Dom og paalægge Køberen Ed om, at han ikke havde indgaaet særlig Aftale om, at han skulde have modtaget Kornet paa et bestemt Tidspunkt, nemlig efter at Kornet var besigtiget. »At det fra Besigtigelsen skulde have ligget for Citantens Regning og Risiko, saaledes som Overretten har forment, paa Grund af at Handelen fra hint Tidspunkt maatte anses for at være endeligt afsluttet, skønner jeg nemlig ikke, at man kan statuere, naar man dog maa erkende, hvad Overretten forøvrigt har gjort, at Jacobsens (Sælgerens) Ejendomsret over Sæden ikke ophørte paa Grund af den indgangne Contract, saalænge denne endnu var uopfyldt. Saafremt Varerne aldeles var forgaaede i hint Mellemrum ved ulykkeligt Tilfælde, maatte Tabet dog have rammet Jacobsen som Ejer ...«. Dette Standpunkt, der utvetydigt var baseret paa res perit domino, blev imidlertid underkendt. Flertallet lagde afgørende Vægt paa, at Handelen var endeligt afsluttet, og at Sæden derfor maatte ligge for Køberens Regning, da denne havde kunnet hente dem (jfr. nu Købelovens § 17, Stk. 2). Det fremhæves endvidere, at Køberen ikke havde betinget sig, at Sælgeren skulde træffe særlige Foranstaltninger til Opbevaring af Kornet. Naar Hensyn tages til Voteringen, er det sikkert beføjet at anse denne Dom som Udtryk for et principielt Brud med res perit domino-Princippet.

Sammenspillet mellem Ejendomsretsspørgsmaalet og Risikoproblemet var dog ikke fuldstændigt bragt til Ophør. Baade J. E. Larsen og Gram stod nærmest paa det Standpunkt, at Risikoen paahviler Sælgeren, indtil Handelens Fuldbyrdelse (Levering). Hele Diskussionen om dette Spørgsmaal foregik imidlertid stadig i nær Tilslutning til Ejendomsretsspørgsmaalet: »Dernæst maa man med Hensyn til Begrebet om Kontraktens Fuldbyrdelse nøje undersøge, om denne ikke, for saa vidt Parternes indbyrdes Retsforhold angaar, bør siges at være til Stede, omendskønt Køberen maaske ikke endnu har erholdt Tingens Besiddelse eller fuldstændigt opnaaet Ejendomsret over samme«. »... Naar et constitutum possessorium finder Sted, maa Kontrakten ligeledes imel-

lem Parterne indbyrdes anses som fuldbyrdet, om end dette constitutum posssessorium muligt ikke skulde kunne bevirke, at Køberen ogsaa i Forhold til tredie Mand maatte anses som Ejer«[81]). Larsens Udtalelser, der staar i nær Forbindelse med Ørsteds Lære, kan ligesom denne opfattes som et Slags Harmoniseringsforsøg over for de to modstaaende Grundprincipper res perit domino og res perit emptori. Ganske vist fremhæves det, at Risikospørgsmaalet maa bedømmes selvstændigt i Forhold til Ejendomsretsspørgsmaalet, men Tilnærmelsen til res perit emptori-Princippet sker i Virkeligheden ved Hjælp af Forestillingen om Ejendomsrettens Overgang »inter partes«. Dette viste sig ogsaa deri, at Oversendelse af Konnossement normalt antoges at overføre Risikoen. Benyttelsen af constitutum possessorium — Konstruktionen maatte i Praksis føre til Anerkendelse af res perit emptori i de Tilfælde, hvor den solgte Genstand (jfr. ovennævnte Dom) straks var stillet til Køberens Disposition[82]).

Paa hele denne i teoretisk Henseende saa uklare Baggrund maa Købelovens § 17 ses, og man har vel Lov til at glæde sig over, hvor vellykket denne Bestemmelse er og i Praksis har vist sig at være, naar der tages i Betragtning, hvilke forskelligartede og hinanden krydsende, til dels romanistisk paavirkede, til dels naturretlig dogmatiske Principper, der har været Forløbere for Bestemmelsen: Den romerske Risikoregel, den naturretlige res perit domino kombineret med den naturretlige Ejendomsretsteori, samme kombineret med den strenge Traditiolære og endelig den samme kombineret med Traditio modificeret af constitutum possessorium. Den første og den sidste Faktor afspejler sig navnlig i § 17, Stk. 2, som iøvrigt maa anses for en yderst velbegrundet Retsregel ud fra reale Grunde. Det almindelige Leveringskriterium maa ses paa Baggrund, dels af Retspraksis i Handelssager, dels maaske ogsaa af den ovenfor skildrede Udformning af Traditiokriteriet inden for Distancehandelen. Selve det Forhold, at Købeloven principielt løser Risikoproblemet uden Hensyn til Ejendomsretsspørgsmaalet, er vel ikke helt uden Forbindelse med Ørsteds Protest mod res perit domino. Man har saa Lov til at skønne over, hvilken historisk Betydning det skal tillægges, at denne Protest uomtvisteligt skete i nær Forbindelse med og under Indtryk af den romerske Risikolære.

Den af Ørsted forfægtede romerske Sondring mellem Undergang og Forringelse trængte ikke ind i Købeloven, der principielt gennemfører samme Regler for begge Tilfælde. Ved fast Ejendom havde res perit domino-Princippet begunstiget den Løsning, at Skødet, eller muligvis endog dettes Tinglysning, skulde være det afgørende Skæringspunkt for Risikoens Overgang. Dette er dog ikke blevet det endelige Resultat af Udviklingen. Hvis særlig Skæringsdag ikke er aftalt, hvilket normalt

---

[81]) J. E. Larsen: Privatretlige Foredrag II, 1858, S. 142.
[82]) Jfr. ogsaa Gram: Den danske Formueret II, 2. Bd., S. 41.

altid er Tilfældet, synes Retspraksis i Nutiden at ville lægge Vægt paa Besiddelsesovergang, jfr. Ussing: Køb, S. 161.

Naar man kaster et Blik tilbage over de Træk af Udviklingen, som her er blevet draget frem med Henblik paa Spørgsmaalet om Ejendomsrettens Overgang ved Aftale i videste Forstand, vil det ses, at der her foreligger et Omraade, hvor Spørgsmaalet om Betydningen af fremmedretlig specielt romerretlig Paavirkning ikke kan besvares i faa Ord. Paa enkelte Punkter har Retsudviklingen aabenbart undergaaet væsentlige Ændringer som Følge af Paavirkning, f. Eks. den ovenfor citerede Højesteretsdom af 1772, der gennnemførte den principielle Sondring mellem Købekontrakt og Skøde, eller Afgørelsen fra 1838, der godkendte Traditio i Form af constitutum possessorium, men bortset fra saadanne spredte Tilfælde er det uhyre vanskeligt at bedømme de forskellige Dogmers Oprindelse og virkelige Betydning for gældende Ret i streng Forstand. Det er derfor muligt, at der i det foregaaende er taget Punkter op, som i Virkeligheden kun har haft sekundær Betydning; men hvis dette er Tilfældet, hænger det formodentlig i hvert Fald til Dels sammen med de store Vanskeligheder, der er forbundet med en virkelig Analyse af det principielle Forhold mellem de teoretiske juridiske Læresætninger og Udviklingen i gældende Ret og Vanskeligheden ved Analysen af det retlige Paavirkningsproblems principielle Indhold.

KAPITEL 4

Vindikation og Ekstinktion

I

Besiddelsesmomentet. Inden for Læren om Vindikation har Besiddelsen altid spillet en stor Rolle, allerede fordi Besidderen normalt er Sagvolder. Hovedlovbestemmelsen paa dette Omraade var og er stadigvæk Danske Lov 5-5-3, der almindeligvis fortolkes saaledes, at Besidderen opnaar en Bevislettelse bestaaende deri, at Vindikanten ikke kan gennemføre Vindikationen, med mindre han godtgør sin *bedre Ret,* hvorimod det ikke er nok at bevise, at Besidderen ikke har Ret til Tingen. Uagtet det ikke staar i selve Lovbestemmelsen, har man i dansk Retspraksis og Teori været tilbøjelig til ved en Analogi at tildele denne Bevislettelse til den ældre Besidder, naar det godtgøres, at den nuværende Besidder har erhvervet Tingen fra den ældre Besidder, uden at denne Erhvervelse (eller Besiddelsestagelse) giver den nuværende Besidder Ret til fortsat at besidde Tingen. Dette er ogsaa en velbegrundet Analogi, da en Beskyttelse af den aktuelle Besidder ved Bevislettelse i denne Situation direkte vilde begunstige uretmæssigt Erhverv af andres Ting.

Den romerske possessoriske Interdiktproces beskyttede i og for sig ogsaa baade den nuværende og den ældre Besidder, og de rekuperatoriske Interdikter var netop begrænsede til de Tilfælde, hvor den nuværende Besidder paa (aabenbar) uretmæssig Maade eller *precario* havde erhvervet Tingen fra den ældre Besidder[1]). For en grov Betragtning kan man sige, at den Besidder, der hos os opnaar Bevislettelse, i romersk Ret havde en selvstændig Beskyttelse gennem de possessoriske Interdikter. Den romerske Possessor var imidlertid ikke under Interdiktsprocessen udsat for petitoriske Bevisligheder, som Vindikanten netop var henvist til at gøre gældende under Petitorium. En saadan Dualisme i Retsbeskyttelsen har nordisk Ret vist nok aldrig kendt[2]).

I Slutningen af det 18. Aarhundrede kan man se af Voteringerne i Højesteret, at Prokuratorerne af og til forsøgte at procedere »Possessorium« selvstændigt, men Gang paa Gang vender Højesteret sig herimod.

I Sagen HP 1755, S. 256, der handlede om nogle Bønder, der havde oppløjet Jord, som de selv tidligere havde haft i Besiddelse i længere Tid, udtalte Kofod Ancher: »Hvorom alting er, skulde han bevise sin Ejendom: Han har ladet sætte i Rette paa dem efter D.L. 6-15-11. Den rette Intention heraf kan ikke forstaas. Interdicta possessoria have ikke Sted i Loven, og saadant kan ikke gælde uden foregaaende Bevis af Ejendom, og saa bliver det dog en Ejendomssag. Denne Sag er ikke anderledes at anse end som processus provocatorius, og da her ej er Questio om Vold og Ran, saa er Ejendomsquestionen alene tilbage, som enten bliver Hovedquestio eller præjudiciel Questio«.

Trangen til at gøre Besiddelsesbegrebet til et centralt Begreb i Formueretten indebærer formentlig en Tendens til at afgrænse Selvtægts- og Nødværgereglerne ud fra Besiddelseskriteriet. Hvad særlig Selvtægt angaar, viser den ovenfor citerede karakteristiske Udtalelse og forøvrigt en Række andre Afgørelser, at Retspraksis i det store og hele i Tiden efter Danske Lov har fastholdt, at det blotte *formelle* Indgreb i en andens Besiddelse, bortset fra Tilfælde, hvor Indgrebet har været forbundet med Vold eller Fredsbrud paa anden Maade, er straffrit, og at

---

[1]) For den klassiske Romerrets Vedkommende maa det iøvrigt bemærkes, at interdicta retinendae possessionis i lige saa høj Grad som interdicta recuperandae possessionis indeholdt rekuperatoriske Retsvirkninger som Følge af Indføjelse af Ordene »nec vi, nec clam, nec precario«. I de ældste Interdiktsformularer har dette Indskud sikkert ikke foreligget, idet f. Eks. interdictum uti possedetis har haft Formuleringen »Uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto«. I sin arkaiske Form har Interdiktets Formaal altsaa alene været at konstatere hvem af flere, der var aktuel Besidder, medens senere samtlige Interdikter indebar Muligheden for en Beskyttelse af en ældre Besidder fremfor en yngre. Hermed var strengt taget allerede i romersk Ret Besiddelseskriteriet forladt ved Afgørelsen af Retsbeskyttelsens Genstand.

[2]) Om det gammelnordiske Besiddelsesbegreb har kendt til en Spaltning af Besiddelsen f. Eks. i det, man har kaldt Brugsbesiddelse og Ejendomsbesiddelse, jfr. navnlig Taranger: »Den norske Besiddelsesret«, 1897, er naturligvis et helt andet Spørgsmaal.

Sagsøgte ikke er blevet afskaaret fra at føre Bevisligheder frem vedrørende hans materielle Berettigelse.

Den kategoriske Afvisning af »de romerske Interdicta« kunde efter Omstændighederne faa ejendommelige Følger. Sagen HP 1786, S. 667, viser, hvorledes en materielt berettiget Indsættelsesforretning kom til at paadrage Rekvirenten Ansvar, fordi den var foretaget paa et Tidspunkt, da Sagen vedrørende selve den materielle Ret til Benyttelse af en Stageplads til Tørring af Fiskegarn var uafgjort, uagtet Rekvirenten ex post fik Medhold i sin Paastand om Ret til at benytte Pladsen. Sporons Votum, som blev fulgt af Flertallet i Højesteret, indeholder følgende Udtalelse: »Hverken Lovene eller Brug har indført hos os de romerske interdicta, og derfor kan man ej heller foretage sig samme, før end Dom er gaaet; og endskønt det er haardt, naar der sker en violatio juris, at ikke kunne hindre saadant med noget remedium juris, — saa staar der dog altid tilbage for den fornærmede i Fald violatio er clandestina, at bruge Magt til at hæve det og i modsat Fald at gøre Forbud«. En enkelt Dommer (Jacobi) vendte sig mod dette formelle Standpunkt og lagde afgørende Vægt paa, at Oberhofretten havde fastslaaet, at Besidderen af Stagepladsen havde handlet ulovligt, og at Fogden paa lovlig Maade havde beskyttet en Borger mod en »turbatio juris«, uanset hvad man vilde kalde Fogedforretningen. Over for dette Synspunkt indvendte Treschow, at det vilde være for farligt at overlade sligt til Fogdens Afgørelse.

Disse og lignende Udtalelser i Praksis er udmærkede Eksempler paa en formel Paavirkning, hvor det fremmedretlige Retsinstitut kun spiller en Rolle som et rent Overfladefænomen. Det romanistiske Possessiobegreb dukkede naturligvis ofte frem i Vota i Højesteretssager fra Slutningen af det 18. Aarh., men det fik, efter et samlet Skøn over de herhenhørende Afgørelser, slet ikke nogen egentlig udslaggivende Effekt i Praksis. Sagen 1790, A. 732 kan tjene til Belysning af dette Forhold. Den drejede sig om en Del Faar, som var blevet inddrevet fra Fælleden, og som kom ind i Sagsøgtes Gaard. Vindikantens Søster havde blandt disse Faar opdaget et, som hun paastod tilhørte hendes Broder. Hun gik derfor ind i Sagsøgtes Gaard og tog Faaret, men blev standset af Sagsøgtes Kone, der »generobrede« Faaret og lukkede det inde i Vognporten. Herredsfogden gav Vindikanten Medhold, hvorimod Fynbo Landsting gav Sagsøgte Medhold. Højesteret kom efter en længere Votering om Realiteten til det Resultat at afvise Sagen, fordi der var Tale om »summa inappelabilis«. Under Voteringen kom Dommerne naturligvis ind paa Bestemmelserne i D.L. 6-17-6—8, omend de viste sig at være vanskeligt anvendelige i det foreliggende Tilfælde. Spørgsmaalet om Faarets Ejendomsmærke diskuteredes indgaaende, men kunde ikke føre til Klarhed. Faaret havde samme Mærke som Sagsøgtes Faar, men Vindikanten havde efter flere Dommeres Mening bevist, at

han netop havde købt et Faar med det omtvistede Ejendomsmærke. Saavidt man kan se, har Vindikanten ikke kunnet bringe sin Hjemmelsmand til Stede og ikke fuldt ud kunnet bevise, at det Faar, han paastod at have købt, var identisk med det Faar, Sagen handlede om. Det ses af Vota, at alle tænkelige »Tilhørsmomenter« indgaaende blev behandlet. Flertallet kom til det Resultat, at Sagsøgte maatte anses som Besidder, og at Vindikanten herefter ikke havde ført fornødent Bevis for sin Adkomst, hvorfor disse Dommere i og for sig vilde stadfæste Landstingsdommen. Et Mindretal hævdede, at Vindikanten maatte anses som Possessor, og at Sagsøgte følgelig maatte have Bevisbyrden i Sagen, af hvilken Grund Mindretallet vilde have stadfæstet Hjemtingsdommen, jfr. Feddersens Udtalelse »... man maa se paa, hvem der var i possession af Faaret, ... Indstævnte har derimod ej bevist sin possession, og den, han havde, var blot naturalis og en lovstridig Handling, som bestod i, at hun tog Faaret fra Citantens Søster. Da altsaa Hansens possession er civilis, Andersens derimod er blot naturalis, og ej saadan som Loven fordrer, saa maa Citanten anses som præsumptus dominus ...«. Det romerske possessio-Begreb har som bekendt vist sig at være noget vanskeligt at fastlægge, men saa meget staar dog vist nok fast, at det netop var principielt uafhængigt af, om der var Tale om ondtroende eller uberettiget Besiddelse, og hvis Citatet er en korrekt Gengivelse af Feddersens originale Votum, maa det siges, at Forsøget paa at indlægge Sondringen possessio—detentio i den angivne Forbindelse ikke havde noget med Romerretten at gøre. De romanistiske Terminologier laa Dommerne paa Læben, men havde som oftest ingen Forbindelse med det virkelige Ræsonnement.

Allerede D.L. 5-5-3 var naturligvis til Hinder for en rent formel Afgørelse af Vindikationssager, og Hovedindtrykket af Praksis er netop det, at der alt efter Sagernes Natur foretoges en indgaaende Undersøgelse af samtlige vejledende Momenter. I den sidstnævnte Sag var det i Virkeligheden afgørende, at Citantens materielle Adkomstbevis var meget svagt[3]).

Som det herhjemme først og fremmest er blevet paavist af Torp i hans Disputats om »Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende« (1884, jfr. navnlig § 17) havde den middelalderlige romanistiske Besiddelsesteori arbejdet sig langt bort fra Kilderne ved navnlig at indføre en ret vidtstrakt Beskyttelse af den ældre Besidder og ved i et vist Omfang at tillade ikke-possessoriske Anbringender og Bevisligheder fremsat til Fordel for denne. Herved aftog Sondringen possessorium contra petitorium i væsentlig Grad i Betydning. D.L. 5-5-3 udtaler sig ikke om Arten af de Bevisligheder, Vindikanten kan fremføre, og aabner derfor Muligheden for en mere eller mindre vidtgaaende Beskyttelse af den ældre Besidder selv i Tilfælde, hvor han ikke kan fremkomme med

[3]) Jfr. en lignende Sag, HP 1794, S. 189.

andre Oplysninger til Støtte for sit Krav end netop den ældre Besiddelse eventuelt kombineret med Paavisning af Mangler ved Grundlaget for den aktuelle Besiddelse[4]).

Allerede i Slutningen af det 18. Aarhundrede kom man ind paa denne Tanke. I denne Henseende er Sagen HP 1795, 253 meget illustrerende. Her var Tale om et Søgsmaal paa Grundlag af D.L. 5-8-3, der handler om den, der har udlaant eller udlejet uden at have taget Brev derpaa. Sagsøgeren paastod, at Sagsøgte skulde have laant to Kramboddiske af Sagsøgeren, men noget egentligt Bevis vedrørende Grundlaget for Besiddelsesovergangen forelaa tilsyneladende ikke. Bytingsdommen havde givet den aktuelle Besidder Medhold ved at tillade ham at aflægge Ed paa, at Tingene ikke var laant eller lejet. Landstingsdommen gav derimod Vindikanten Medhold, og denne Afgørelse blev stadfæstet af Højesteret: »Forgæves paaberaaber sig Citanten, den ham ellers som Besidderen af en Ting i 5-3-3 tillagte Ret, der grunder sig paa den Sætning, at Besidderen har Formodningen for sig at være Ejer af en Ting, han besidder, og at ingen kan fravende ham samme, uden den, som har bevist sin større Ret dertil. I nærværende Sag, da Indstævnte med de førte Vidner har bevist, at Citanten har de ham forhen tilhørende Ting i sin Værge, og det ej paa nogen Maade er godtgjort, paa hvilken Maade, han er blevet retmæssig Ejer af samme ...«, formente Førstvoterende, Moltke, og Flertallet, at Landstingsdommen burde ved Magt at stande. Den ældre Besiddelses Betydning blev ved denne Afgørelse fastlagt ganske klart, og denne Højesteretsdom danner formodentlig Baggrunden for den velkendte Hof- og Stadsretsdom af 18. Maj 1802 om Møllestenen[5]). Denne Doms Præmisser, som er citeret hos Torp, svarer i Virkeligheden ganske til den førnævnte Højesteretsafgørelse, men man har altid sat Dommen i direkte Forbindelse med Ørsteds Opfattelse[6]). De nævnte Domme blev leading cases[7]), og naturligvis havde det her haft Betydning, at Ørsted havde sluttet sig til Dommen fra 1802. Selve det i disse Domme nedlagte Princip indeholder utvivlsomt mere, end man selv ved en analogisk Anvendelse vil kunne læse ud af D.L. 5-5-3[8]).

Medens den ovennævnte Tendens til i romanistisk Teori at udvide

[4]) Jfr. Vinding Kruse: Ejendomsretten, 2. Udg., S. 693 ff.

[5]) Jfr. Juridisk Maanedstidende I, 1802, S. 436, A. F. R. I, 1824, S. 22 og Torp l. c. S. 238—39.

[6]) Jfr. Ørsteds Note, A. f. R., I, S. 22: »Denne i Praksis dybt indgribende Sætning er i aabenbar Strid med de Ræsonnements, vore Teoretikere sædvanligvis anfører for at godtgøre, at Besiddelsesretten ej kan være en Ret i Tingen. Men den Dom, som her meddeles, indeholder uden Tvivl afgørende Grunde for Sætningens Rigtighed. Imidlertid skal der i det følgende blive meddelt en liden Afhandling, hvori Systemernes Forestillingsmaade om Besiddelsesret nærmere prøves«, — jfr. Juridisk Arkiv Nr. 8, 1806, S. 146.

[7]) Jfr. N. J. A. IV, S. 63 og VIII, S. 156, Højesteretsdom 30. April 1813.

[8]) Jfr. med Rette Torp l. c. S. 239, samt om Spørgsmaalet om, hvorvidt den ældre Besiddelse i Almindelighed kan afgive Formodning om Ejendomsret, Vinding Kruse: Ejendomsretten, 2. Udg., S. 698 f. Jfr. ogsaa Hurwitz U. f. R. 1935, S. 151

Beskyttelsen for den ældre Besidder utvivlsomt fik sit Grundskud ved von Savignys Paavisning af den ældre Teoris Fejltagelser, forblev dansk Retspraksis temmelig upaavirket af den rene Romerrets Renaissance i Tyskland, i hvert Fald for saa vidt dette Emne angaar. Selve den Omstændighed, at Teorien udelukkende interesserede sig for Besidderens Vindikationsret og ikke, som det er saa kraftigt fremhævet af Vinding Kruse, for Spørgsmaalet om Tingenes »Tilhør« i Almindelighed, var vel Udtryk for en noget snæver Synsmaade, men har næppe medført, at Praksis har undladt at tage samtlige oplyste Momenter i Betragtning ved Bedømmelsen af Udleveringskrav. Teorien interesserede sig specielt for den rene Situation, hvor en ældre Besidder staar over for den nuværende, uden at der iøvrigt er oplyst noget om Tilhøret i Almindelighed. Denne Afgrænsning af Emnet stod vel nok for en Del i Forbindelse med den romanistisk prægede Udskillelse af Besiddelsesproblemerne, men havde ikke i sig selv større praktisk Betydning. Selv om det maaske er velbegrundet at lade Besiddelsesmomentet indtage en mere tilbagetrukket Stilling ved hele Emnets Behandling, tror jeg ikke, man har Ret til at sige, at romersk Ret har paavirket de gældende Retsregler vedrørende Grundlaget for et Udleveringskrav. For saa vidt der er blevet lagt Vægt paa Besiddelsesmomentet, har man i hvert Fald ogsaa i ældre Tid opereret med et alment Besiddelsesbegreb, og f. Eks. anerkendt, at Spørgsmaal kan rettes mod den blotte »Detentor«[9]).

II.

Ekstinktiv Omsætningserhvervelse af Løsøre. I moderne dansk Ret er det paa en Række Omraader anerkendt, at Vindikationskrav afskæres over for den godtroende Omsætningserhverver af det omstridte Gode. Langt de fleste Eksempler paa dette er Tilfælde, der falder ind under det, Ross saa træffende har kaldt »Legitimationsekstinktion«[10]). Herunder falder Aftalelovens Regler om Fuldmagt med særlig Tilværelse, Kommissionslovens §§ 54—55, Ægteskabslov II, § 14, og vel i Virkeligheden ogsaa den saakaldte Forhandlergrundsætning, som denne er blevet udformet af Praksis. Det er sikkert rigtigt, at Ekstinktion i disse Tilfælde baade ud fra Billighed og reale Grunde er baaret af det Synspunkt, som Ross har fremhævet, at Ejeren her har betroet sine Ting til en anden netop under den Forudsætning eller ligefrem med det Formaal, at Modtageren skal raade over Tingen. Allerede meget tidligt kom dansk Ret ind paa de egentlige Legitimationstilfælde, Fuldmagtstilfældene, at beskytte Trediemands gode Tro med Hensyn til Fuld-

[9]) Schlegel: Højesteretsdomme II S. 516. Der har heller ikke været Tendens til paa doktrinær Maade at gøre Bevisreglerne i Danske Lov afhængige af subjektive Momenter hos Besidderen, noget andet er, at enkelte Domme i Tvivlstilfælde har taget disse Momenter (animus) i Betragtning, jfr. Schlegel: Højesteretsdomme II, S. 341, og Vinding Kruse: Ejendomsretten, 2. Udg., S. 709—10.

[10]) Ejendomsret og Ejendomsovergang, S. 109.

mægtigens Bemyndigelse. Dette kom f. Eks. frem i den Udformning, Retspraksis gav Reglerne om Indgaaelse af Forpligtelser paa et Interessentskabs Vegne, jfr. HP 1773, S. 88, hvor der var Tale om Betydningen af, at Interessentskabskontrakten var bortfaldet inter partes, og om, hvorvidt Trediemand skulde respektere dette. Dette antog hverken Højesteret eller Hof- og Stadsretten: »Da denne deres Separation ikke er bleven bekendtgjort, saa kan ignorantia facti, at de nemlig havde separeret sig, ikke falde Raphael (Trediemand) til Last eller komme ham til Fornærmelse, saalænge det ikke er bevist, at han juridice har vidst det. Han contraherede med Becher som den, der dirigerede den fælles Handel . . .«.

Der er næppe Tvivl om, at den naturretlige Sondring mellem den *hemmelige* og den *aabenbare Fuldmagt* har spillet en væsentlig Rolle for Behandlingen af disse og andre Fuldmagtstilfælde. Selve Princippet om, at Fuldmægtigen efter Omstændighederne kan binde Fuldmagtsgiveren mod dennes Vilje, findes allerede udformet hos Grotius[11]). Dette Synspunkt blev endnu skarpere formuleret af Pufendorf (III, IX, § 2), der tog sit Udgangspunkt deri, at Fuldmægtigen ikke kan forbinde Fuldmagtsgiveren udover de af denne foreskrevne Grænser, — men han tilføjer: »quod si autem alicui dentur duplicia mandata, manifesta, seu quae exhibeat illi, quicum est contrahendum et arcana, quae internuncium duntaxat instruant, et quousq.; progredi debeat præscribant; questio exsurgere potest, an autorem suum obliget internuncius, si arcana mandata excedat, ita tamen ut intra id subsistat, quod manifesta præ se ferunt? Id quod affirmandum est«. Her fastslaas altsaa den Sætning, at en Fuldmægtig kan binde Fuldmagtsgiveren, hvis der er givet dobbelt Bemyndigelse — en aaben beregnet til Fremvisning og en hemmelig alene beregnet til Fuldmægtigens Instruktion, selv om Fuldmægtigen overskrider den hemmelige Bemyndigelse, naar han blot holder sig inden for det, der foreligger aabenbart oplyst vedrørende hans Fuldmagt — altsaa ganske samme Princip, som den nugældende Aftalelov hviler paa. Hermed havde man principielt forladt den romerske Mandatslære, efter hvilken der ikke kunde opstaa noget direkte Retsforhold mellem Mandant og Trediemand. Læren om Sondringen mellem den hemmelige og den aabenlyse Fuldmagt og selve Princippet om Fuldmægtigens Evne til direkte at forpligte Fuldmagtsgiveren blev herhjemme med Støtte i Naturrettens Lære indlagt i D.L. 3-19-2[12]). Det er ikke ganske klart, hvornaar den ældre Retspraksis bragte Princippet i Anvendelse paa Overdragelsesretshandler, men det er formentlig sand-

[11]) II, XI, § 12: »Sed et per hominem alterum obligamur, si constet de voluntate nostra qua illum elegerimus, ut instrumentum nostrum ad hoc speciatim, aut sub generali notione. Et in generali præpositione accidere potest, ut nos obliget qui præpositus est agendo contra voluntatem nostram sibi soli signifacatam.«

[12]) Jfr. Nørregaard: Privatretten III, 1787, S. 190, 91, og Hurtigkarl II, 2, 1817, S. 385—87.

synligt, at dette er sket, selv om Udvidelsen af Synspunktet til at omfatte legitimationslignende Tilfælde i videre Forstand for Størstedelens Vedkommende hører Nutiden til. Her tænkes f. Eks. paa Udviklingen i Retspraksis inden for Konsignationsomraadet, eller den saakaldte Forhandlergrundsætning, som jo har nær Sammenhæng med Konsignationspraksis.

De tre Hovedbestemmelser i Danske Lov vedrørende Vindikationsrettens Udstrækning, D.L. 6-17-5, 5-8-12 og 5-7-4, er altid — i hvert Fald i den retsvidenskabelige Teori — blevet opfattet som hjemlende Vindikationsret ogsaa over for den godtroende Omsætningserhverver. Ud fra en retshistorisk Argumentation har Vinding Kruse imidlertid som bekendt fremsat en stærkt afvigende Opfattelse[13]).

Vinding Kruses Lære, som fremfor nogen anden har sat Liv i den teoretiske Diskussion vedrørende Hovedemnet, Vindikation contra Ekstinktion, gaar i Korthed ud paa, at det maa antages, at Danske Lov skal ses paa Baggrund af et almindeligt Ekstinktionsprincip (»Haand skal Haand faa«), at det er beføjet at slutte modsætningsvis fra D.L. 6-17-5 med Hensyn til Tab af Gods paa anden Maade end ved Tyveri, og at Danske Lov 5-8-12 og 5-7-4 kun skal hjemle Vindikation, hvor Erhververen har været i ond Tro. Dette retshistoriske Udgangspunkt har Vinding Kruse benyttet som Baggrund for en inciterende Gennemgang af Emnet set med Nutidens Øjne, de lege lata og de lege ferenda. Vinding Kruses Fremstilling er blevet udsat for en Del Kritik, men det kan vel næppe nægtes, at den har haft overordentlig stor Betydning for den almindelige Opfattelse af de herhenhørende Emner, hvad enten den har kaldt paa Tilslutning eller Protest.

Ved Behandlingen af hele dette Spørgsmaal frembyder der sig nu for det første et principielt Retskildeproblem: Hvilken principiel Betydning har det for gældende Ret i Dag at fastslaa, at Danske Lovs Bestemmelser er blevet misforstaaet og urigtigt fortolkede. Er den retshistoriske Argumentation i et saadant Tilfælde ikke blot en integrerende Del af et Ræsonnement ud fra Sagens Natur[14])? Der vil efter min Mening kunne paavises Eksempler paa Tilfælde, hvor Danske Lov bliver fejlfortolket, men hvor det er givet, at den nuværende Fortolkning ubestridelig stemmer med hele Nutidens Retsopfattelse og Ræsonnementer ud fra Sagens Natur. Ingen vil i disse Tilfælde indlade sig paa et Forsøg paa at ændre gældende Ret ud fra en Pligtfølelse over for Loven som den saakaldte »øverste Retskilde«. Stilles Sagen paa Spidsen, vil man blot erklære den gamle Lovbestemmelse for bortfaldet ved desvetudo,

---

[13]) Ejendomsrettens 2. Udg., S. 1278 ff., jfr. T. f. R. 1924, S. 426 ff., U. f. R. 1925 B., S. 317 ff., og U. f. R. 1935 B., S. 132 ff.

[14]) Jfr. Vinding Kruses Omtale af O. K. Magnussens Kritik U. 1935, 133, hvor Vinding Kruse noterer, at Magnussen finder Fortolkningen af 6-17-5 naturlig, »naar man ud fra Sagens Natur er overbevist om Vindikationsrettens nævnte Begrænsning ved Salg i det aabne Marked«.

— men gælder det samme i Virkeligheden ikke ogsaa for det Tilfælde, at Fejlfortolkningen maa anses for uheldig ud fra moderne Retssynspunkter? Besvarelsen af dette Spørgsmaal ser jeg i det følgende bort fra.

I sin Anmeldelse af Ross' Afhandling »Ejendomsret og Ejendomsovergang« (København 1935) anfører Vinding Kruse over for Ross' Kritik af Fortolkningen af Danske Lov, at Ross ikke har fremført noget nyt Materiale til Bedømmelse af det retshistoriske Problem[15]). Heri har Vinding Kruse Ret, men det maa formentlig være tilladt at indlade sig paa den Tanke, at det allerede frembragte Materiale eventuelt kan gøres til Genstand for en Omvurdering, og man kan vel ikke paa Forhaand frakende en saadan Omvurdering videnskabelig Interesse. I Forbindelse med de Studier, der ligger til Grund for nærværende Afhandling, er der gjort grundige Forsøg paa at fremskaffe nyt Materiale, men det maa desværre indrømmes, at Forsøget kun i ringe Grad er blevet kronet med Held. Dette betyder naturligvis ikke, at der ikke kan findes nyt Materiale, og kommende Undersøgelser vil højst sandsynligt, hvis de fortsættes tilstrækkelig grundigt, medføre, at der fremkommer nyt Materiale af væsentlig Betydning.

Et Hovedpunkt i Vinding Kruses Lære vedrører som bekendt Spørgsmaalet om, hvorvidt D.L. 6-17-5 tillader en Modsætningsslutning[16]). Paa dette Punkt maa jeg nøjes med at henvise til O. K. Magnussens Kritik, som jeg er enig i[17]). Det er vist i Virkeligheden misvisende at opfatte DL 6-17-5 og dens Kilde JL II, 92 som Regler om Vindikationsret. Det er Regler, der forudsætter Vindikationsret som en Selvfølge, men som tager Stilling til de processuelle og pønale Konsekvenser af Gennemførelsen af en Vindikation. Torvekøbsindsigelsen var, som det hedder i Västmannalagen, blot en Maade, paa hvilken man kunde gøre sig »urtjuva«[18]).

I det følgende bliver der derfor alene Tale om Fortolkningen af D.L. 5-8-12 og 5-7-4. Den sidstnævnte Bestemmelse har forøvrigt en særegen Baggrund, og man maa være opmærksom paa, at det ikke uden videre er givet, at de to Bestemmelser kan behandles under eet i alle Henseender. Bemærkningerne i det følgende har derfor først og fremmest Relation til D.L. 5-8-12.

Hovedspørgsmaalet er nu, om denne Bestemmelse maa antages at forudsætte, at Laangiveren kan søge sin Ting tilbage hos en Erhverver, der intet kender til Laaneforholdet. Som Vinding Kruse anfører[19])

[15]) Jfr. Ross l. c. S. 117 ff.

[16]) Ejendomsretten, S. 1286 medio, jfr. S. 1288 og 1293—94, O. K. Magnussen U. 1925, S. 303—04 og Ross l. c., S. 118—19, samt U. 1935, S. 133, jfr. S. 135 med Note 11, samt endvidere Brandt: »Eigentumserwerb und Austauschgeschäft«, 1940, S. 273, og Alfred Schultze: Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung«, Festg. für Felix Dahn, 1905, I.

[17]) Jfr. Ross l. c.

[18]) Jfr. Benckert: »Om extinktiva förvärv av lös egendom i god tro«, I, S. 67, og Vinding Kruse l. c.

[19]) U. 1935, S. 135, Note 11.

er »*selve Lovordene* øverste Retskilde«. Den egentlige Betydning heraf maa vel for det første være den, at en Lovbestemmelses Ord sætter en ukrænkelig yderste Grænse for Fortolkninger. Yderligere maa det betyde, at Lovens Ord alt efter Omstændighederne afgiver en vis Formodning for, hvilket Fortolkningsresultat der paa Forhaand maa anses for det mest sandsynlige, i hvert Fald saaledes forstaaet, at en absolut modifikationsfri Lovregel kun kan underkastes Indskrænkninger, naar der paavises et særligt velbegrundet Grundlag herfor. I saa Henseende frembyder D.L. 5-8-12 ingensomhelst Tvivl[20]); Laangiverens Tilbagesøgningsret er ubetinget efter Ordene, og den maa have Bevisbyrden, som vil hævde, at Bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende.

Naar man nu for det første anfører, at Danske Lov ligesom Folkeviserne normalt undgaar at fremhæve særlige subjektive Betingelser, maa det sikkert indrømmes, at Ross har Ret i Afvisningen af dette Argument[21]). Det anførte Sted bliver der imidlertid ikke omtalt et Synspunkt, som formentlig i denne Henseende er det mest overbevisende. Man anfører to Rettertingsdomme af 1590[22]) som Kilde til Bestemmelsen, og slaar i denne Forbindelse ganske særligt paa, at disse Domme lægger afgørende Vægt paa Erhververens subjektive Forhold. Hvis det er rigtigt, at disse Domme skal opfattes som Kildegrundlag, har man vanskeligt ved at tro, at den henved 100 Aar yngre Danske Lov ikke skulde have kunnet formulere subjektive Modifikationer, hvis disse virkelig havde været i Overensstemmelse med Datidens Retsopfattelse. Det kan yderligere anføres, at Danske Lov 5-14-40 tillader insolvente Personer at opbyde sit Gods til Kreditorerne, »dog, at der ikke et bedrageligt Forsæt med underløber«. En klarere Formulering af et subjektivt Kriterium kan vel næppe forlanges. Der henvises iøvrigt til Fortolkningen af Danske Lovs Hævdsbestemmelse, 5-5-1. Denne Parallel mister sin Betydning i Betragtning af, at det i hvert Fald maa siges at være stærk Tvivl underkastet, om Bestemmelsen skal fortolkes som forudsættende et Godtroskrav[23]). Hvis det alene kom an paa de her nævnte Synspunker, maatte man i Virkeligheden være tvunget til at drage den stik modsatte Slutning af Danske Lov 5-8-12, i Forhold til den, der argumenteres for i Vinding Kruses Lære.

Det næste Spørgsmaal, der frembyder sig, er, hvorvidt en Undersøgelse af Kilderne til Danske Lovs Bestemmelser kan føre til et ændret Resultat. Det er rigtigt, at »historiske Oplysninger om et Lovbuds Tilblivelse, saavel som et Lovbuds Motiver«[24]) kan have afgørende Betydning for Lovfortolkningen. Om de nævnte Faktorer skal kaldes Retskilder, er et Definitionsspørgsmaal. Særligt med Henblik paa For-

---

[20]) Jfr. O. K. Magnussen U. 1925, S. 299.
[21]) l. c. 120.
[22]) Kolderup Rosenvinge, Samling af gamle danske Domme, 4. Bd., S. 216 og 219.
[23]) Jfr. nedenfor S. 161 ff.
[24]) Vinding Kruse U. 1935, S. 135, Note 11.

tolkning af Danske Lov er der imidlertid et Forhold, som gør sig gældende mere i Almindelighed, nemlig dette, at Omtalen af Danske Lovs Kildegrundlag ofte sker noget kritikløst, i hvert Fald hvis man ved »Kilde« forstaar Retsregler, som har været blandt de i egentlig psykologisk Forstand motiverende Faktorer hos Lovgiveren. Det har selvfølgelig den største Interesse at paavise Udviklingen indenfor ældre Retspraksis, men det maa siges med Bestemthed, at en blot indholdsmæssig Sammenligningsmulighed med Hensyn til ældre Praksis og yngre Lov ikke i sig selv er tilstrækkeligt Grundlag til at karakterisere Praksis som Bestemmelsernes Kilde, i Særdeleshed i de Tilfælde, hvor der ligger et betydeligt Tidsinterval imellem de konstaterede Retsafgørelser og den senere Lovgivning. I Virkeligheden foreligger der endnu ikke nogen retshistorisk Dokumentation in casu for Relationen mellem Rettertingsdommene af 1590 og Danske Lov 5-8-12. Dertil kommer et helt andet Forhold, at man sikkert slet ikke kan udtale sig om, hvilket Moment der i disse Domme skulde have været det motiverende. Som udtalt af O. K. Magnussen, anfører Dommene to Betragtninger (l. c. 294 Noten jfr. Vinding Kruse Ejendomsretten Side 1288 foroven), dels at ingen kan faa Adkomst uden af rette Ejer, dels at Erhververen in casu maatte antages at være i ond Tro. Det er næppe berettiget nu at udtale sig om, hvilket af de to Synspunkter, der har virket motiverende, hvis Dommene som saadan overhovedet har spillet Rolle ved Formuleringen af Danske Lov.

O. K. Magnussen har dernæst med rette anført, at den saakaldte »Haand skal Haand faa«-Regel ikke var identisk med en Regel om Ekstinktion til Fordel for den godtroende Erhverver. Rent principielt maa man imidlertid sikkert give Vinding Kruse Medhold i, at dette Forhold ikke i sig selv er afgørende for Konstatering af et Paavirkningsforhold. Som flere Gange berørt, er retlig Paavirkning netop ofte ejendommelig ved, at Paavirkningsfaktoren ikke kan identificeres med Resultatet inden for Udviklingen af gældende Ret i det Retssamfund, der har været udsat for fremmedretlig Paavirkning. Det retlige Paavirkningsfænomen følger ikke en naturvidenskabelig Aarsagssætning.

Overfor alle disse forskellige Synspunkter vedrørende Danske Lovs Kildegrundlag kan det fremhæves, at man i lidt for ringe Grad har understreget det, som vi positivt ved vedrørende Kildegrundlaget, nemlig at Danske Lov 5-8-12 maa staa i direkte Forbindelse med Bestemmelsen i Chr. d. IV.s Norske Lov af 1604 (VII, 19.), der heller ikke indeholder nogen Modifikationer i Vindikationsretten. Denne Bestemmelse ligger kun 14 Aar efter de førnævnte Rettertingsdomme, og man kunde derfor netop have forventet eventuelle Modifikationer paa Grundlag af disse[25]).

---

[25]) I Osterssön Weylles »Glossarium« omtales Norske Lovs Regel i dens absolutte Form, 1652, S. 466.

Naar Ross (l. c. S. 121) anfører, at man maa lægge Hovedvægten paa, at der paa dette Omraade præsumptivt foreligger en Paavirkning af romersk Ret fremfor en Paavirkning af den hanseatiske Handelsret, maa dertil siges, at en saadan Paastand kræver nærmere Dokumentation, for saa vidt den skal tillægges nogen Betydning. Med vor nuværende Viden maa vi nøjes med at konstatere, at vi ikke tør opstille Forhaandsformodninger af nogen Art. Det er ikke lykkedes at paavise noget afgørende Indicium af en saadan Art, at det kan berettige til en indskrænkende Fortolkning af Danske Lov, naar Ordlyden af Danske Lovs Bestemmelser tages i Betragtning.

Selv om Kildegrundlaget for Danske Lovs Bestemmelser ikke kan siges at være afgørende eller blot med Sikkerhed vejledende for Fortolkningen, maa man uafhængigt heraf tage Standpunkt til de Argumenter, der er blevet fremført i Forbindelse med en Undersøgelse af Retspraksis *efter* Danske Lov.

Ogsaa for saa vidt denne Praksis angaar, er det nødvendigt først at indgaa paa et principielt Spørgsmaal. Det ligger nemlig klart, og der hersker ogsaa Enighed om, at den ubetingede Vindikationslære i Løbet af det 18. Aarhundrede vandt fuldstændig Herredømme. Selv om dens oprindelige Udformning er forladt, er den stadig anerkendt de lege lata ved Fortolkningen af Danske Lov. Det er herefter et vanskeligt Spørgsmaal at afgøre, hvilken Betydning, det har at paavise, at Praksis i Perioden umiddelbart efter Danske Lov har fortolket Bestemmelserne paa en anden Maade end den, der har været den gængse gennem 200 Aar. Under alle Omstændigheder er man nødsaget til at tage Standpunkt til, ikke alene hvilket Indhold den ældste Praksis har haft, men ogsaa hvorvidt den maa antages at have været Udtryk for en korrekt Opfattelse af Danske Lovs Bestemmelser. Med andre Ord selve Paavisningen af en afvigende Praksis i ældre Tid, men efter Danske Lov, er ikke uden videre afgørende for Spørgsmaalet om den rigtige Forstaaelse af Danske Lov. Der er flere eklatante Eksempler paa, at endog Højesteretspraksis omkring Aar 1700 har fortolket Danske Lov paa en vitterlig forkert Maade. Det bedste Eksempel paa dette er den ejendommelige Praksis, som senere skal omtales, hvorefter Højesteret opfattede Danske Lovs Hævdsbestemmelse saaledes, at en hvilkensomhelst Hævd, uanset dens Varighed, maatte vige overfor et hvilketsomhelst Adkomstbevis uanset dets Alder: »Hævd viger for Adkomst«. Med det nævnte principielle Spørgsmaal in mente, maa der dernæst ses paa, hvad man med Sikkerhed tør slutte af den hidtil kendte Højesteretspraksis eller anden Retspraksis fra Tiden umiddelbart efter Danske Lov.

De herhenhørende Domme er for Størstedelens Vedkommende offentliggjort i Tillægget til »Udvalg af Domme i civile Sager« ved Adam Jacobi og C. Popp-Madsen. Indledningsvis bemærkes, at Dommene H.P. 1684. 275, samt H.P. 1732. 200 og endelig H.P. 1757. 130 ikke gøres til

Genstand for nøjere Omtale, da disse Retsafgørelser er aabenbart uden Forbindelse med det foreliggende Emne[26]).

Til Støtte for Vinding Kruses Lære foreligger for det første den af ham paaberaabte *Landstingsdom af 26. September 1714*[27]). Efter Danske Lov medførte Kreditorudlæg i Løsøre som bekendt, at Udlægshaveren blev Ejer af det udlagte Gods. Dette er Baggrunden for den nævnte Sag. Rekvirenten, der havde faaet Udlæg til Ejendom i forskelligt Gods tilhørende Debitor, lod Godset forblive i Rekvisiti Besiddelse og kom, da Rekvisitus senere pantsatte Godset, til at staa over for Panthaveren, der hævdede, at han ikke kendte noget til det effektuerede Udlæg. Landstinget statuerede, at Panthaveren maatte have Prioritet, og at Udlægshaveren ikke kunde paaberaabe sig D.L. 5-8-12, »saasom Cornelius Jacobsen ganske og aldeles skal have været uvidende, at bemeldte hannem pantsatte Gods til Jens Pedersen til forn var blevet udlagt«. Det hedder videre i Dommens Præmisser, at Udlægshaveren maatte tilskrive sig selv, at han ikke bedre havde »vigileret« for sit udlagte Gods. Under Hensyn til denne sidste Bemærkning kunde der være Anledning til at pege paa, at denne vigtige Landstingsdom eventuelt bæres af en dobbelt Begrundelse: Dels Hensynet til Omsætningserhververens gode Tro, dels den Omstændighed, at Udlægshaveren vel maatte anses for Ejer af det udlagte Gods, men at han havde udvist en særlig Uforsigtighed ved ikke endeligt at have effektueret Udlæget, — at altsaa den her foreliggende Situation muligvis ikke helt kan ligestilles med sædvanlige Betroelsestilfælde. Dette Synspunkt kan imidlertid diskuteres, og Dommens aabenbare Hensyntagen til den gode Tro ved Afgørelsen af Rettighedskollisionen er uomtvistelig.

Spørgsmaalet drejer sig nu om, hvorvidt man med Rette tør opfatte denne Dom som stemmende med den almindelige Retsopfattelse paa det daværende Tidspunkt — om den var Udtryk for det, som vi nu vilde kalde gældende Ret. Spørgsmaalet kan ogsaa formuleres paa en anden

---

[26]) 1684-Dommen er en ligefrem Anvendelse af D.L. 6-17-5. I Gengivelsen af Dommen i det nævnte Tillæg, S. 5, er der gjort nogle Udhævelser, som kunde give Anledning til at tro, at Vota i denne Dom afgiver særligt Grundlag for videregaaende Slutninger. En nøjere Gennemlæsning af Vota synes dog paa ingen Maade at bekræfte en saadan Opfattelse. 1732-Dommen bliver fremhævet, fordi det synes at fremgaa af Voteringerne, at man i Datidens Retspraksis i Almindelighed har lagt Vægt paa Sondringen mellem god og ond Tro. At man har gjort det, er da ogsaa hævet over enhver Tvivl, og der kunde fra en Række af Retslivets Omraader nævnes Domme fra Perioden efter Danske Lov, som saa aabenbart baserer Afgørelserne paa Hensyntagen til god Tro i en eller anden Henseende. Hvis man overhovedet vil indlade sig paa at udlede noget heraf, maatte det vel snarest blive, at de Afgørelser, der ikke er saaledes begrundet, maa tages i nøje Overensstemmelse med deres Indhold. 1757-Dommen vedrører ikke Emnet, men derimod Princippet i Henhold til D.L. 5-6-9, hvorefter den Ejermand, der vil protestere imod Udlæg paa Grund af en andens Gæld, maa bevise, at det udlagte Gods er hans. Den Udtalelse, der findes i det første Votum (Tillægget, S. 47) refererer sig til, hvorvidt Arrestrekvirenten kunde have været opmærksom paa, at han eventuelt gjorde Arrest i fremmed Gods, og vedrører følgelig alene Bedømmelsen af Arrestens Lovlighed.

[27]) »Fra Sjællandsfars Landsting« ved Emil Schjøtz, 1875, S. 92.

Maade: Hvordan vilde den citerede Landstingsdom være blevet behandlet ved Højesteret? Det direkte Svar paa dette Spørgsmaal kan ikke gives. Ved en systematisk Gennemgang af Protokollerne for Aarene umiddelbart efter Landstingsdommens Afsigelse er det lykkedes mig at konstatere, at *netop denne Landstingsdom blev appelleret til Højesteret.* Der blev udtaget Højesteretsstævning i Slutningen af 1775 eller Begyndelsen af 1716, og Sagen maa have verseret for Højesteret over et Aar. Den domfældte havde altsaa i hvert Fald ikke akviesceret ved Landstingsdommen. Sagen blev inkamineret under Stævning Nr. 65 og Sag Nr. 31 i Aaret 1716, men den kom ikke til Paakendelse, hvilket unægtelig fra et retshistorisk Synspunkt maa beklages. Af Højesterets »Orden« af 5. Februar 1717 S. 4, fremgaar det, at Sagen endnu da var paa Retslisten, men udfor Sagen findes en haandskrevet Bemærkning: »*Forligt*«.

Uanset hvad man kunde tænke sig at udlede af den her meddelte Oplysning vedrørende Sagens Appel, synes det givet, at Spørgsmaalets Besvarelse maa komme til at afhænge af en kritisk Undersøgelse af Datidens Højesteretspraksis i andre lignende Sager. Her kan nu for det første nævnes den af Vinding Kruse fundne Afgørelse H.P. 1688 A. (Appendix), S. 26 til 27[28]). Denne Sag var tvivlsom, fordi det var uvist, om Vindikanten havde overgivet den i Sagen omhandlede Ring til Opbevaring eller til Belaaning. Dette Spørgsmaal kom til at afhænge af Partsed. Vedrørende det principielle Vindikationsproblem røbes der overhovedes ikke nogen Tvivl under Voteringen, og naar en af Dommerne udtalte: »Efter Lovens Ord, som er klar i denne Sag«, maatte Vindikanten have sin Ring tilbage, kan der ikke antages at være hentydet til andet end netop D.L. 5-8-12. Den Omstændighed, at den samme Dommer, som den eneste i Højesteret, tilføjede, at Erhververen »saa, der var et fremmed Seigl for«, kan under ingen Omstændigheder føre til en Benyttelse af Dommen som Argument for Vinding Kruses Lære, naar det tages i Betragtning, at der altid under Voteringerne i Højesteret blev fremsat de mest forskelligartede Argumenter hidrørende fra det konkrete Sagsforhold, som forelaa til Bedømmelse. Det er overhovedet nødvendigt ved Bedømmelsen af de ældre Højesterets-Afgørelser paa Basis af Voteringsprotokollerne at udvise stor Forsigtighed ved Afgørelsen af, hvilke Momenter, der virkelig maa antages at have virket motiverende i egentlig Forstand.

Hvad angaar den af Vinding Kruse paaberaabte Højesteretsdom H.P. 1708 A., S. 6[29]), er der vistnok Enighed om, at denne Afgørelse blot viser en direkte Anvendelse af D.L. 5-8-12, uden at Retten i det foreliggende Tilfælde har diskuteret eller lagt Vægt paa Erhververens subjektive Forhold. At nogle Dommere i denne Sag fremhævede, at der

---

[28]) Jacobi og Popp-Madsen: Tillæg, S. 7.
[29]) Tillægget, S. 19.

under visse Forudsætninger, som ikke forelaa in casu, kunde have været noget at sige til Fordel for Erhververen, vedrører ikke Godtrospørgsmaalet, i hvert Fald ikke direkte, og det var iøvrigt karakteristisk for Voteringerne i disse og andre Sager, at der ofte blev givet Udtryk for en paa rene Billighedssynspunkter baseret Sympati, i Tilfælde, hvor der ikke herskede nogen som helst Tvivl om Sagens Afgørelse de lege lata.

Ved den samlede Bedømmelse af Højesterets Standpunkt paa dette Omraade kan man imidlertid sikkert se bort fra de to sidstnævnte Sager, dels fordi de som nævnt ikke afgiver nogen som helst sikker Vejledning vedrørende Behandlingen af det særlige Problem, som her diskuteres, dels fordi den faa Aar senere *Højesteretsdom af 30. Maj 1714,* HP 1714 A, S. 91[30]) formentlig paa afgørende Maade viser Højesterets Standpunkt. Denne Dom er egnet til i det hele taget at vise, paa hvilken Baggrund de herhenhørende Sager blev afgjort. Sagen handlede om en Fru Lodberg, alias Fru Friis, som havde overladt en Mand ved Navn Levin 13 Lod Guld. Levin pantsatte dette Guld til Fru Iversen. Der opstod nu to Spørgsmaal under Sagen: For det første, om Fru Lodberg havde solgt Guldet paa Kredit til Levin, eller om der var Tale om et Betroelsestilfælde, for det andet, hvorledes Levins Handlemaade skulde bedømmes i strafferetlig Henseende. Bytingsdommen gav Levin Ret til at aflægge Ed paa, at han havde købt Guldet. Hvis han ikke præsterede denne Ed, fastslog Bytingsdommen, at Fru Iversen i Henhold til 5-8-12 maatte aflevere Guldet til dets rette Ejer. I sidste Fald skulde dernæst Levin fængsles, indtil han havde tilfredsstillet alle de Krav, som maatte blive rejst imod ham. Ved Raadstuedommen blev det antaget, at Levin havde *købt* Guldet, og denne Instans vilde i hvert Tilfælde ikke tillade Levin, der var Jøde, at aflægge Ed. Ved at antage ud fra Sagens Bevisligheder, iøvrigt herunder Fru Iversens Forklaring og Edstilbud, at Levin som Køber havde kunnet videreoverdrage Guldet, var Raadstueretten den Instans, der kom nærmest til at gøre Indrømmelse til »Omsætningshensynet«.

Ved Behandlingen i Højesteret delte Retten sig i et Mindretal paa fire Dommere og et Flertal paa fem Dommere. Mindretallet var for det første noget i Tvivl om Bedømmelsen af det præliminære Spørgsmaal, hvorvidt der havde fundet en egentlig Overdragelse Sted mellem Fru Lodberg og Levin, men syntes nærmest at gaa ud fra, at dette ikke var Tilfældet. Desuagtet vilde Mindretallet nægte Vindikation, og det er aabenbart, at Synspunkter svarende til Omsætningens Tarv og lignende her spillede ind. En af Mindretallet (Reitzer) fremhævede netop, at »mangen en uskyldig kunde komme til at lide Skade«.

Det, der nu maa blive det afgørende ved Bedømmelsen, er det Forhold, at Mindretallets Standpunkt blev tilsidesat. Denne Omstændighed

---

[30]) Tillæget, S. 25, Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1289—90.

gør Dommen langt mere betydningsfuld, end hvis der slet ikke havde været nogen Diskussion. I denne Sag er det nemlig ganske klart, hvilket Synspunkt der taber, og hvilket der sejrer. Majoriteten voterede for det Resultat, at Levins Handlemaade maatte sidestilles med Tyveri, at den sædvanlige Tyvstraf, herunder Kagstrygning og Brændemærke, maatte anvendes, og at det herefter fulgte af sig selv, at Fru Iversen maatte aflevere Guldet: »Naar Levin Hartvig straffes som en Tyv, følger det af sig selv, at Madam Iversen leverer det fra sig, hun har faaet af en Tyv« (Helts Votum).

Paa dette Punkt foreligger der et Forhold, hvor det er af den største Betydning ikke kritikløst at overføre moderne Ræsonnementer som et Led i Bedømmelsen af Datidens Retsopfattelse. Under den nuværende Retstilstand er der principielt ingen Sammenhæng mellem Strafspørgsmaalet og Vindikationsspørgsmaalet. Den, der uberettiget raader over fremmed Gods, der er ham betroet, straffes for Underslæb, hvad enten der statueres Vindikation eller Ekstinktion[31]).

Som anført af Vinding Kruse[32]) fandtes der ikke i Danske Lov nogen selvstændig strafferetlig Behandling af Bedrageriet, og der var navnlig ikke Tale om, at Tyverireglerne efter almindelig Lovfortolkning var anvendelige paa Bedrageritilfælde — tværtimod er Forholdet det, at Danske Lov belagde enkelte Tilfælde af det, som senere blev henført under Bedrageribegrebet, med en relativ mild Bodsstraf, den gamle Tremarksbod, som helt tilbage til Landskabslovene var blevet anvendt paa de Tilfælde, hvor en Person raadede uden Hjemmel. Paa et enkelt Omraade gennemførte den senere Lovgivning imidlertid en meget streng Kriminalisering af Bedrageri. Der tænkes her paa Forordningen af 28. Oktober 1702, § 4, hvorefter Kreditbedrageri udover Tremarksboden skulde straffes med »Arbejde udi Jern paa Bremerholm sin Livstid«. Det er muligt, at det er denne strenge Bedømmelse, der har ligget bag den arbitrære Anvendelse af Tyvsstraffen paa det foreliggende Bedrageritilfælde. Saa meget staar i hvert Fald fast, at Højesteret ved direkte at udvide Tyveribegrebet havde sat sig ud over den Sondring, som Vinding Kruse for ældre Rets Vedkommende[33]) har antydet, nemlig Sondringen mellem de egentlige Fredsbrud og de Tilfælde, hvor en Person selv frivilligt havde givet sine Ting fra sig, hvad enten dette var sket paa Grund af Svig eller uberettiget Tillid til Modtagerens Hæderlighed.

Selv om den strafferetlige Udvikling iøvrigt ikke har direkte afgørende Betydning for den senere vindikationsretlige Udvikling, har det

---

[31]) At der muligvis paa særegent Grundlag ogsaa i Nutiden kan spores en vis Forbindelse mellem Privatrettens Regler og Strafferettens synes antydet af Illum: Ejendomsretsforbehold, S. 81, ff.

[32]) Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1286—87, jfr. iøvrigt Stig Juul: Den gamle danske Strafferet og dens Udvikling indtil Slutningen af det 18. Aarhundrede, »Kampen mod Forbrydelsen«, I, S. 270.

[33]) l. c. S. 1279.

formentlig den største Interesse at undersøge, om man i den senere Praksis fastholdt Identifikationen af Tyveri og Bedrageri. I denne Henseende maa Højesteretsdommen HP 1739, 204, siges at være af fundamental Betydning. Denne Sag drejede sig om en Kvinde, der havde formaaet nogle Købmænd til at betro sig forskellige Tekstilvarer under Foregivende af, at hendes Datter skulde have Bryllup samme Dag. Købmændene gik med til at udlaane Varerne, og det blev aftalt, at disse skulde afhentes igen samme Dags Eftermiddag paa det Sted, hvor Brylluppet skulde afholdes. Kvinden bortbragte imidlertid straks Varerne, og der blev herefter rejst Straffesag imod hende. Købmændene havde taget det Standpunkt, at de ikke ønskede videre foretaget, hvis de blot fik Varerne eller disses Værdi igen. I Overensstemmelse med den ældre Praksis, først og fremmest 1714-Dommen, dømte Københavns Magistrat tiltalte som Tyv — »at miste sin Hud i Fængslet og derefter indsættes til Arbejde udi Spindehuset hendes Livstid«. For Højesteret optraadte Lowson som befalet Defensor og paastod, at Kvinden og hendes medvirkende ikke skulde straffes som for Tyveri, men for Bedrageri med Bøder. Under Voteringen i Højesteret fastholdt fire Dommere Identifikationen Tyveri-Bedrageri, »thi hun har uhjemlede Koster, thi er hun Tyv«. Tre Dommere stod paa det Standpunkt, at der ikke var Tale om Tyveri, men derimod om Bedrageri, som maatte medføre Tremarksbod, hvortil en af de tre Dommere vilde lægge en arbitrær Frihedsstraf paa 3 Aar. Fire Dommere mente nok, at Gerningen »efter moralske principia« var at anse for Tyveri, men var paa den anden Side af den Mening, at den »in sensu juridico« ikke var Tyveri, »som er ikkun, om noget tager andens Gods af hans Forvaring mod hans Vilje og Vidende«. Disse Dommere benyttede imidlertid Forordningen af 1702 og konkluderede derfor i at paalægge tiltalte livsvarig Frihedsstraf foruden Tremarksboden. Paa Grund af den store Uenighed i Højesteret var et Kompromis nødvendigt, og det sidstnævnte Standpunkt gik derfor af med Sejren, idet Tiltalte »for sit svigagtige og bedragelige Forhold« blev dømt til at »bøde sine 3 Mark og arbejde i Spindehuset hendes Livstid«. Højesteret fraveg altsaa ved denne Dom i formel Henseende Præjudikatet af 1714, idet man undlod at bringe de særegne vanærende Tyvsstraffe i Anvendelse. Derimod er der næppe Tvivl om, at man maa opfatte Dommen saaledes, at Bedrageriet principielt blev bedømt næsten lige saa strengt som Tyveri.

Saavidt man kan se af Højesterets Praksis fra Tiden efter den sidstnævnte Dom, fortsatte man med at belægge Bedrageri med langvarige arbitrære Frihedsstraffe, meget ofte Livstidsstraf. Saaledes blev en Person i 1774 idømt Livstidsstraf, fordi han var undveget med en Pung med Guldmønt, som han havde faaet betroet. I enkelte Tilfælde fastholdt man dog den gamle Tremarksbod som eneste Straf, men dette hørte til Undtagelserne. I en Sag fra 1768, H.P. 1768 A. 295, forelaa der

iøvrigt det særegne Forhold, at Modtageren af noget Silketøj blev dømt efter D. L. 5-8-12, endskønt Forholdet sikkert var det, at der slet ikke var Tale om Udlaan, men derimod om Salg af Tøjet mod Vederlag i Form af nogle Ure. Disse havde Modtageren givet ud for at være af Guld, hvilket de viste sig ikke at være. Højesteret stadfæstede imidlertid Magistratsdommen, der havde paalagt Tremarksboden og eet Aars Frihedsstraf, og gik altsaa ved at paalægge denne i Forhold til andre Sager kortvarige Frihedsstraf kun lidt ud over Danske Lovs Regel.

Fra Tiden omkring Midten af det 18. Aarhundrede er det imidlertid givet med en til Vished grænsende Sandsynlighed, at den almindelige Retsopfattelse maa ses i Lys af den romanistisk-naturretlige Vindikationslære. Der kunde herske nogen Tvivl om dennes Betydning i den allerførste Periode efter Danske Lov, og det er formentlig derfor berettiget at underkaste Retspraksis i denne Periode en særlig grundig Undersøgelse med Henblik paa Konstatering af eventuelle Afgørelser til Fordel for Ekstinktionsprincippet, men naar Talen drejer sig om senere Perioder, kan der næppe herske Tvivl om, at den naturretlige Ejendomsretsforestilling har medført, at Ekstinktionssynspunktet er blevet helt udelukket af Diskussionen. Den romanistisk-naturretlige Vindikationslære hvilede paa den Forudsætning, at selve Ejendomsrettens Begreb i sig selv indebar Vindikationsretten som en Selvfølgelighed, og Naturretsforfatterne opererede med Forestillingen om Retten over Tingen som en selvstændig Foreteelse, der nødvendigvis maatte blive hos den hidtidige Ejer, hvis den ikke blev overført til en anden Person. Naar Ejendomsretten stadig maatte antages at være hos den Ejer, der ikke selv havde givet Afkald paa den, var det en logisk Følge, at den, som var Indehaver af Retten, ogsaa maatte kunne gøre samme gældende overfor enhver Besidder af det Gode, hvorom der var Tale. Det er netop karakteristisk for hele dette Synspunkt, at det saa at sige paa Forhaand afskærer enhver tænkelig Diskussion vedrørende Muligheden for at foretrække en eventuel godtroende Erhverver fremfor Ejeren. Det kan derfor heller ikke paa nogen Maade undre, at man slet ikke finder selve dette Problem behandlet i den hjemlige Systemlitteratur. Det var ikke, fordi man havde taget et endeligt Standpunkt i Konflikten Vindikation kontra Ekstinktion, men det var simpelthen fordi, der ikke antoges at eksistere noget Problem paa dette Omraade. Dette er saameget mere bemærkelsesværdigt, som det fremgaar af en Række Sager baade inden- og udenfor det heromhandlede Omraade, at Retspraksis hele det 18. Arhundrede igennem rent principielt havde Sans for Hensynet til ikke at skuffe godtroende Erhververe m. m.

God Tro kunde godt faa praktisk Betydning paa flere Omraader, men naar man nærmede sig Spørgsmaalet om at indføre Begrænsninger i Ejerens Vindikationsret, faldt Hensynet bort. Her kan henvises til Sagen H.P. 1774, S. 637, der handlede om Konkursens Indflydelse paa

de af Fallenten foretagne Retshandler. Det antoges, at Fallenten ikke kunde anses for Ejer af Godset, da han disponerede, og at Erhververen følgelig havde handlet med en uberettiget Person, »vel maa det tilstaas, at Køberen har været in bona fide, men hans bona fides kan aldrig blive ham Adkomst nok . . ., dersom dette ikke var rigtigt, maatte man statuere, at Tingens sande Ejer kunne skilles ved sin Ejendom, naar den paa en ulovlig Maade blev ham fravendt, det er at lovstridige Handlinger skulde have effectum juris — hvilket er urimeligt . . .« Holtermann, som udtalte disse Ord, paaberaabte sig dernæst Danske Lov 5-3-10 og 11, og — hvad der synes at kunne have en særegen Interesse for den moderne Diskussion — Analogien af Danske Lov 6-17-5! Man kan sommetider faa det Indtryk, at man altid indenfor Retsvidenskaben skal være forberedt paa at se det samme Synspunkt anvendt som Argument og Modargument i samme Sag! Naar Holtermann derefter tilføjede: »Al Sikkerhed i Handel og Vandel forsvandt, og enhver maatte frygte«, turde dette endvidere være en Advarsel imod den Tankegang, at det almindeligt paaberaabte Hensyn til »Omsætningens Tarv« kun kan tænkes taget til Indtægt for et almindeligt Ekstinktionsprincip.

I den bekendte Afhandling om Vindikation af Gældsbreve[39]) brød Ørsted Staven over den naturretlige Vindikationslære — over »Den Forudsætning, . . . at den Ret, at vindicere Tingen for (fra) den uskyldige Trediemand, er en naturlig og umiddelbar Følge af Begrebet om Ejendomsret . . .« »Saa let, som man i de sædvanlige Kompendier over Naturens Ret tager sig det med hin Vindikationsret, saa tvivlsomt turde den være i et System af Retslæren, der ikke indskrænker sig til en Analyse af døde vilkaarligt antagne formelle Begreber, men gaar ud paa at fremstille den udvortes Tingenes Orden, som er den tjenligste for Menneskenes Frihed og indbyrdes Sikkerhed . . . At man kalder Ejendomsret en Ret i Tingen, er en Terminologi, hvoraf man intet kan udlede . . .« Med disse Ord havde Ørsted, naar Tidens Forudsætninger tages i Betragtning, paa genial Vis angrebet de hidtil anerkendte Dogmers Principgrundlag. Selv om Ørsteds Lære betød en teoretisk Frigørelse, kom den imidlertid ikke til at medføre nogen egentlig Kovending i Praksis, naar der ses bort fra Negotiabilitetsomraadet, og Ørsted var jo paa ingen Maade indstillet paa uden videre at forkaste Vindikationsretten overfor den godtroende Erhverver, men blot inde paa at gøre naturlige Indskrænkninger i Vindikationsretten. Danske Lovs Bestemmelser staar da ogsaa stadigt uændrede som Udtryk for Ejerens Vindikationsret med Hensyn til almindeligt Løsøre i Tilfælde af Tyveri, eller Underslæb i Betroelsesforhold.

Set fra et retshistorisk Synspunkt maa Spørgsmaalet blive dette, om den absolutte Vindikationslære grundet paa Ejendomsrettens Begreb havde formaaet at kvæle ældre Ekstinktionsregler paa det sidstnævnte

---

[34]) A. f. R. I, 1824, S. 501.

Omraade, eller om den nævnte Vindikationslære i Løbet af det 18. Aarhundrede blot blev den formelle Konstruktion af den allerede herskende Retstilstand paa samme Omraade. Den ovenfor givne Gennemgang skulde formentlig have vist, at det er det sidste Alternativ, der maa antages som den dækkende Forklaring. Konklusionen af den ovenfor givne Gennemgang maa nemlig være den, at der ikke i det hidtil kendte retshistoriske Materiale fra Tiden før og efter Danske Lov kan findes nogen Støtte for, at Danske Lovs Regler skal fortolkes eller skulde have været fortolket indskrænkende. Dette er naturligvis ikke ensbetydende med, at der ikke, navnlig i Perioden noget før Danske Lov, kan have været ekstinktionslignende Strømninger i Retspraksis, men der foreligger ikke noget virkeligt Grundlag for at antage, at saadanne Strømninger skal medtages ved Bedømmelsen af Danske Lovs Regler, eller den i Tiden efter Danske Lov følgende Højesteretspraksis.

Som ovenfor omtalt, er hele den retshistoriske Side af det her omhandlede Emne blevet taget op som et Led i Diskussionen de lege lata og de lege ferenda, forsaavidt angaar den nutidige Retstilstand. Der skal derfor udover den rent retshistoriske Behandling af Emnet paa dette Sted føjes nogle faa Bemærkninger til den standende Diskussion de lege ferenda. Disse Bemærkninger vedrører kun Behandlingen af de saakaldte Betroelsestilfælde.

Alf Ross har stillet det Forslag[35]) at ophæve D.L. 5-8-12 og 5-7-4 ved Lov for dermed at bane Vejen for en upræjudiceret Udvikling af Retspraksis. Der maa formentlig heri ligge den Tanke, at disse Bestemmelser har uheldig Indflydelse paa Retstilstanden, men det ligger ikke helt klart, om Ross er af den Opfattelse, at de uheldige Konsekvenser ligger inden eller udenfor de nævnte Bestemmelsers egentlige Omraade. Som allerede omtalt har Ross træffende antydet en Sondring mellem Legitimationsekstinktion og Tilfælde af simpel Ekstinktion. Ross finder med Rette[36]) Legitimationsekstinktionen særligt begrundet som Følge af en indre Egenskab, der adskiller »Kommission« fra Betroelse, nemlig denne, at man ved Kommission netop betror Tingen til en anden, for at han skal raade over den i Forhold til Trediemand. Af Ross' Behandling af Emnet er det blot ikke helt klart, om han tillægger denne Sondring saa væsentlig Betydning, at han vil nægte Ekstinktion overalt, hvor der foreligger *egentlig* Betroelse. I sin Anmeldelse af Ross' Afhandling forstaar imidlertid Vinding Kruse[37]) maaske med Rette Ross saaledes, at denne sidste ligesom Vinding Kruse selv er af den Opfattelse, at Vindikation bør være udelukket og Ekstinktion til Fordel for Omsætningserhververen være den generelle Regel ved Ting, der er betroet en Person, være sig til Laan, Leje eller lign. Som O. K. Magnus-

---

[35]) l. c. S. 127.
[36]) l. c. S. 111.
[37]) U. 1935, S. 121 f. o.

sen[38]) anfører, er der ingen Tvivl om Retstilstanden de lege lata: D.L. 5-8-12 og 5-7-4 hjemler utvivlsomt ubegrænset Vindikationsret indenfor det, der er disse Bestemmelsers Omraade: de egentlige Betroelsestilfælde. I Virkeligheden synes Vinding Kruse selv at slutte sig til den sidstnævnte Opfattelse de lege lata[39]), selv om samme Forfatter i Ejendomsretten (S. 1301) nærmest undlader at udtale sig direkte om Spørgsmaalet. Med Hensyn til Retspraksis kan der iøvrigt næppe være Tvivl om, at denne følger den Opfattelse, som O. K. Magnussen har givet Udtryk for, og som følger direkte af de nævnte Lovbestemmelsers klare Ord.

De lege ferenda bør imidlertid den Sondring mellem egentlige og »uegentlige« Betroelsestilfælde, som er antydet i den hidtidige Litteratur, sikkert have den største Betydning. Paa den ene Side er der Tale om Betroelsestilfælde, hvor det er klart, at Ejeren netop ikke vil skille sig ved Tingen. Paa den anden Side er der Tale om en »omsætningspræget« Overgivelse af Gods, som vel nok alt efter Omstændighederne tillige rummer et Moment af Betroelse, men som derudover i Virkeligheden efter sin Natur er Udtryk for den første Fase i en Omsætning.

Ross har formentlig med Rette kritiseret det almindeligt brugte Argument: Hensynet til Omsætningens Tarv[40]) og godtgjort, at dette bestikkende Argument foruden at være tvetydigt ogsaa kan være vildledende. Hvis man imidlertid uden Hensyn til den nævnte Kritik mener at kunne anføre Hensynet til Omsætningens Tarv som et særligt Argument i Diskussionen, maa dette i hvert Fald føre til at understrege Betydningen af den ovenfor omtalte Sondring. I de Tilfælde, hvor der opstaar Strid om Ejendomsretten til betroet Gods, hvor der altsaa har været Tale om en egentlig Betroelse til Laan, Leje eller Forvaring, har man vistnok Lov til at sige, at Omsætningserhververne gennemsnitligt har haft særlig Anledning til at udvise Forsigtighed, ligesom der i disse Tilfælde næppe kan siges at være Tale om en Omsætning, som har Krav paa samme Hensyntagen fra Samfundets Side som Omsætningen af almindelige Handelsvarer. Indenfor Omsætning af den sidstnævnte Art vil de egentlige Betroelsestilfælde kun yderst sjældent spille nogen Rolle, da den almindelige Vareomsætning ikke drejer sig om Handel med brugte Genstande, hvad der netop vil være det typiske Forhold ved de ikke omsætningsprægede Betroelsestilfælde. Ved den omsætningsprægede Betroelse, kommissionslignende Overdragelser, Salg med Ejendomsforbehold samt Udlejning paa kommerciel Basis med eventuelt Henblik paa senere Salg etc., er der derimod ikke nogen særlig Basis for at nedsætte det eventuelle Hensyn til Omsætningens Tarv.

Under Behandlingen af Spørgsmaalet Vindikation—Ekstinktion støder

---

[38]) l. c. S. 299.
[39]) Jfr. U. 1935, S. 126 medio.
[40]) l. c. S. 75 f.

man ofte paa den saakaldte Risikobetragtning. Forsaavidt denne kun er Udtryk for et Billighedssynspunkt, nemlig det at Ejeren, som selv har fremkaldt Kollisionsmuligheden, ogsaa er nærmest til at bære Risikoen, har Synspunktet ikke særlig videnskabelig Interesse, men hvis man i Forbindelse med Risikosynspunktet tænker paa Retsreglernes præventive Funktion, har det naturligvis Interesse at undersøge, hvorvidt Vindikation eller Ekstinktion vil have den største præventive Betydning, d. v. s. Evne til at afværge Kollisionstilfælde[41]). Ud fra dette Synspunkt viser der sig imidlertid ogsaa at være Forskel paa de egentlige Betroelsestilfælde og andre Tilfælde af Overgivelse uden Ejendomsoverdragelse. Medens Ekstinktionsreglen selvfølgelig maa antages at have en vis præventiv og agtsomhedsskærpende Betydning over for Overgiveren i begge Grupper af Tilfælde, er der formodentlig Grund til at antage, at Vindikationsreglen vil have væsentlig agtsomhedsskærpende Betydning over for Købergruppen i de egentlige Betroelsestilfælde, hvor der meget hyppigt vil være Tale om Køb af brugte Genstande fra »private« Sælgere, medens Vindikation i de øvrige Tilfælde næppe har nogen særlig Betydning, ligesaa lidt som den maa antages at have det i den almindelige Vareomsætning, hvor det er ganske utypisk overhovedet at beskæftige sig med, hvorvidt ens Overdrager er kompetent til at raade over det Gods, hvorom Handelen drejer sig.

Overalt, hvor der er Tale om en forretningspræget Omsætning, har man formentlig dernæst Lov til at nævne Risikosynspunktet i en særlig Betydning, nemlig som Udtryk for Spørgsmaalet om, hvem af Parterne der er i Stand til »billigst« at bære Risikoen. Overalt, hvor der er Tale om Omsætning som Led i en Forretningsvirksomhed, kan Retsreglerne saa at sige indgaa i de økonomiske Forretningsvilkaar, saaledes at den gennemsnitlige Risiko for Retstab inddækkes gennem højere Vederlag, som en Risikopræmie. Det kan være uvist, hvilken Betydning man skal tillægge denne Mulighed, naar Talen er om at udvide Ekstinktionsprincippets Omraade, men saa meget ligger dog klart, at Retsordenen maa se bort fra det nævnte Synspunkt, hvor Talen drejer sig om de egentlige Betroelsestilfælde. Overgiveren vilde her, selv under Forudsætning af at han maatte risikere at miste sit Gods ved uberettigede Dispositioner fra Modtagerens Side, kun yderst sjældent være i Stand til at kompensere denne Risiko.

Der kunde saaledes anføres en Del Betragtninger for netop at sætte de egentlige Betroelsestilfælde, det vil sige de Tilfælde, der dækkes af DL 5-8-12 og 5-7-4, eventuelt i Forbindelse med en stærkt begrænset analogisk Anvendelse, i Særklasse. Ingen af de ovennævnte Synspunkter kan imidlertid i sig selv føre til en Afgørelse af, hvorvidt Vindikationsreglen bør foretrækkes paa de egentlige Betroelsestilfældes

[41]) Jfr. Ross l. c. S. 111.

Omraade. Det afgørende Synspunkt maa formentlig her være et Forhold, som ikke ses at være fremhævet i den hidtidige Diskussion, i hvert Fald ikke hos de her nævnte Forfattere, nemlig den selvstændige samfundsmæssige Interesse i en Retsbeskyttelse af selve de egentlige Betroelsesforhold.

Laan, Leje, Forvaring og lignende Overgivelsesretshandler er fuldt ud legitime og absolut samfundsnødvendige Retsforhold, som Retsordenen har en særegen Interesse i at beskytte, ikke blot for saa vidt angaar Retsforholdet inter partes, men ogsaa herudover, saaledes at Folk trygt kan overlade deres Gods i andres Besiddelse. Hensynet til Omsætningen maa her vige, og det maa i denne Forbindelse tages i Betragtning, at man i Omsætningen rent bortset fra Betroelsestilfælde i Forvejen er nødt til at indregne en Række Risikomomenter i Form af Retsmangler. Omsætningshensynet er ofte blevet alt for stærkt overdrevet, og det kan under alle Omstændigheder ikke være det eneste afgørende.

Naar Vindikationsreglen paa de egentlige Betroelsestilfældes Omraade ud fra den her forsvarede Opfattelse saaledes er at foretrække de lege ferenda, skyldes dette ikke en Hensyntagen til Betroeren qua Ejer, men netop Beskyttelsen af ham som »Betroer«. Hvor der ikke er Tale om egentlige Betroelsestilfælde, foreligger de samfundsmæssige Hensyn, der taler for en Stabilisering af selve Betroelsesretsforholdene, ikke eller ikke i samme Grad. Dette er formodentlig den virkelige Realitet, der gemmer sig bag den af Ross omtalte »indre« Forskel; og godkendes de her anførte Synspunkter, er det Udtryk for en Anerkendelse af, at den hidtidige Problemstilling paa det foreliggende Omraade har været fejlagtig. Man har i den almindelige Diskussion stedse opstillet Konflikten »Ejer« kontra Omsætningserhverver i Stedet for det egentlige Modsætningsforhold: »Laangiver« etc. kontra Omsætningserhverver.

Det anførte Ræsonnement fører følgelig til en Opretholdelse af de gamle Bestemmelser i Danske Lov samtidig med en Begrænsning af dem til netop kun at angaa det Omraade, de virkelig med Sikkerhed maa antages at omfatte[42]).

III Ekstinktiv Omsætningserhvervelse af Gældsbreve. Gennem hele det 18. Aarhundrede synes der at have hersket en udstrakt Tendens til at beskytte den godtroende Omsætningserhverver i de Tilfælde, hvor der var Tale om Overdragelse af Gældsbreve og naturligvis i Særdeleshed Ihændehaverobligationer. Det blev imidlertid først Forordningen af 9. Februar 1798 og Retspraksis fra Tiden omkring Aar 1800 og senere, der kom til at udforme den danske Negotiabilitetsret.

En meget tidlig Afgørelse, HP 1702, S. 64, viser, at man allerede i Perioden umiddelbart efter Danske Lov var indstillet paa at behandle

[42]) Jfr. Vinding Kruse U. 1935, S. 126.

Gældsbreve og Obligationer paa en særlig Maade. Denne Sag handlede om en Obligation, vistnok en Navneobligation, som blev udstedt paa 100 Rigsdaler og derefter transporteret af Kreditor paa et Tidspunkt, hvor denne var under Forfølgning og saaledes inkompetent til at raade over sit Gods. En Fordringshaver, der havde gjort Arrest i Obligationen, krævede derfor denne udlagt over for den godtroende Erhverver. Højesteret stadfæstede her Hofrettens Dom, der havde givet den godtroende Erhverver Medhold. I Højesteretsstævningen havde Sagsøgerinden anført, at hun havde Højesteretsdom for sit Tilgodehavende, og at Hofretten alene havde støttet sig paa det Fundament, at Loven ikke skulde forbyde en Skyldner at borttransportere noget af sine Midler, naar han var under Forfølgning, hvilken Opfattelse Sagsøgerinden ikke »formodede i Højesteret at skulle finde Bifald«. 4 Højesteretsdommere faldt da ogsaa for denne Argumentation, som havde stillet Cessionarens Krav i en særlig ufordelagtig Belysning. Flertallet afviste imidlertid Fordringshaveren, fordi Cessionaren ikke kunde vide, at Cedenten var under Forfølgning, og fordi Transport ikke var »noget Instrument, som skal læses til Tinge, og Obligation er rede Penge«.

Denne Sidestilling af Obligationer med Penge kunde have ført til en meget tidlig Anerkendelse af vidtgaaende Negotiabilitetsregler, navnlig da der vistnok, som nævnt, i det anførte Tilfælde var Tale om en Navneobligation. Paa dette Omraade vilde en fornuftig Ekstinktionsordning sikkert have vundet Indpas, hvis ikke det naturretlig-romanistiske Vindikationsprincip havde domineret saa stærkt.

Allerede en vigtig Afgørelse fra 1735, HP 1735, S. 212, viser en Tendens til at fravige 1702-Dommens Principper. Her forelaa ganske vist et ret særegent Tilfælde, og det er muligt, at man alene skal se paa Afgørelsen som begrundet i det konkrete Sagsforhold. Her var nemlig Tale om et Ægtepar, der havde oprettet en Ægteskabskontrakt, hvorefter Manden ikke skulde befatte sig med Hustruens Midler. Ægteskabskontrakten blev konfirmeret af Kongen, og Ægtemanden »reverserede« sig yderligere til den nævnte Forpligtelse, og Reversen blev læst for hans eget Værneting, Københavns Byting, og blev ligeledes konfirmeret. Imidlertid havde Ægtemanden, der ikke var blevet berøvet Besiddelsen af forskelligt Hustruen tilhørende Gods, solgt en Obligation og transporteret den til Køberen, der var i absolut god Tro, og som maatte gaa ud fra, at Manden som Konens Værge var fuldt ud kompetent til at raade over Obligationen. I Højesteret fastholdt 3 Dommere Standpunktet fra 1702-Afgørelsen og lagde afgørende og udtrykkelig Vægt paa Køberens gode Tro. Dette kom særlig stærkt frem i Høyers udførlige Votum. Han fremhævede Gang paa Gang, at Køberen ikke »kunde gætte sig til, at der forelaa slig en Revers«, og han fremhævede, at Reversen kunde have været hæftet paa Obligationen. Flertallet paa 6 Dommere lagde imidlertid afgørende Vægt paa, at Reversen og Ægte-

skabskontrakten var konfirmerede og tinglæste, og at Sælgeren følgelig ikke havde haft den ringeste Hjemmel til at disponere.

I Tiden efter 1735-Dommen og til henimod Slutningen af det 18. Aarhundrede synes der ikke at have været Sager til Behandling, som kunde give Anledning til en klar Afgørelse. Af forskellige Domme synes det forudsætningsvis at fremgaa (jfr. f. Eks. H.P. 1785, S. 355), at de forskellige Tilløb til Anerkendelse af en almindelig Ekstinktionsregel ved Gældsbreve var blevet kvalt i Fødselen. Man skal helt ned til Dommen HP 1795, S. 373, indtil der kommer en Afgørelse, som giver et sikkert Fingerpeg om Datidens Retsopfattelse. Denne Sag handlede om en bortkommen Ihændehaverobligation, som ved Politiets Visitation var blevet fundet i en Arrestants Strømper. Besidderen hævdede, at han var kommet lovligt til Obligationen, men kunde ikke fremvise sin Hjemmelsmand. Sagsøgeren i Sagen havde fuldstændigt bevist, at Obligationen havde tilhørt ham, og sandsynliggjort, at den var bortkommet fra ham imod hans Vilje. Hof- og Stadsretten gav imidlertid Besidderen Ret til at beholde Obligationen, men denne Afgørelse blev omstødt af Højesteret, saaledes at Vindikanten fik Adgang til at aflægge Ed paa, at Obligationen var bortkommet fra ham mod hans Vilje, og efter Aflæggelse af saadan en Ed at vindicere Obligationen. 3 Dommere vilde have stadfæstet Hof- og Stadsrettens Dom med den Begrundelse, at Sagsøgtes Hævd maatte være hans Adkomst, og at der ellers ikke vilde være nogen Sikkerhed for »res fungibiles«. Flertallet i Højesteret var aabenbart af den Overbevisning, at Besidderen var kommet til Obligationen paa uretmæssig Maade, hvilket jo ogsaa var indiceret af alle Sagens Omstændigheder. Førstvoterende anførte direkte, at han begrundede sit Standpunkt med, at Indstævnte ikke kunde anses for bonae fidei possessor. De andre Dommere fremhævede dog ogsaa de almindelige Vindikationsprincipper og herunder Danske Lov 6-17-5, »den, som torvekøber, skal bevise Maaden, paa hvilken han har faaet den Ting, som en anden kender sig ved« (Levetzau). Det er naturligvis vanskeligt at danne sig nogen bestemt Opfattelse af Højesterets principielle Standpunkt, men efter min Mening er der dog næppe Tvivl om, at Retten ogsaa paa dette Tidspunkt vilde have statueret Ekstinktion ved Ihændehaverpapirer, hvis der ikke var Grund til at tvivle om Erhververens gode Tro.

Under alle Omstændigheder danner den sidstnævnte Afgørelse en interessant Baggrund for Dommen HP 1804 B, S. 293. Denne sidste Højesteretsdom skyldtes ogsaa Appel af en Hof- og Stadsretsdom af 19. December 1803[43]). I denne Sag var der ogsaa Tale om en bortkommen (stjaalen) Ihændehaverobligation, men i dette Tilfælde var Obligationen blevet solgt til en godtroende Erhverver. I Hof- og Stads-

[43]) Jfr. A.f.R. I, S. 250, jfr. S. 447, og Ørsteds Afhandling S. 501.

retten havde Ørsted voteret for Vindikation udfra Indtrykket af, hvad han mente var gældende Ret[44]). Ørsted mente ikke, at der »in jure er nogen tilstrækkelig Grund til at nægte Ejeren af en paa Ihændehaveren lydende Obligation den ham ifølge Begrebet om Ejendomsretten tilkommende Beføjelse til at vindicere samme fra Tredjemand, der besidder Tingen titulo justo og bona fide«. Den Omstændighed, at Obligationen ej lyder paa et bestemt Navn, kunde efter hans Overbevisning »ej have anden Virkning, end at dens Besidder maa, som Besidderen af enhver anden Ting, der ej saaledes som Obligationer, der lyder paa et bestemt Navn, have Formodningen for sig, indtil en anden beviser sin større Ret«, jfr. 5-5-3: ... At det omhandlede Slags Obligationer skulde staa ved Siden af Mønt eller Banko Sedler, er ikke klart«[45]). Flertallet i Hof- og Stadsretten bøjede sig imidlertid ikke for Ørsteds Standpunkt, men statuerede, at Vindikation vilde stride imod saadanne Obligationers Natur og Bestemmelse og formindske Tilliden til Obligationerne og have skadelig Indflydelse paa Kreditvæsenet i Almindelighed. Naar man tager Voteringen i 1795-Dommen i Betragtning, er der efter min Mening Grund til at tro, at Ørsteds Votum skyldes en Fejlvurdering af denne Dom, og det viste sig da ogsaa, at Hof- og Stadsrettens Dom af 1803 uden videre blev stadfæstet eenstemmigt i Højesteret: »Citantinden paaberaaber sig Lovens almindelige Disposition om Ejendomsret, der giver Ret til at vindicere en Ejendom, fra hvem, den end findes hos, naar Ejendomsretten kun kan bevises. Men jeg formener, at Lovens Bestemmelser i Henseende til Ejendomsretten kan ikke anses at angaa andre Genstande end dem, som da eksisterede« (Falbe). »Ihændehaveren af de ommeldte Obligationer kan præservere sig for Tab ved at paategne Obligationen, at samme er ham tilhørende og ikke maa transporteres uden hans paategnede Samtykke« (Colbiørnsen). Disse Bemærkninger var Grundlaget for Højesterets Stadfæstelse af Hof- og Stadsrettens Afgørelse.

Naar Troels G. Jørgensen (l. c. S. 52) omtaler, at Ørsted (jfr. den ovennævnte Afhandling) havde faaet Bugt med sine Tvivl, er dette rigtigt, men Æren herfor havde i og for sig Højesteret og Hof- og Stadsretten, der uafhængigt af Ørsted havde brudt med det generelle Vindikationsdogme. Her var nemlig Tale om et afgørende Vendepunkt inden for et meget vigtigt Retsomraade, og det foreliggende Tilfælde er paa sin Vis bedre egnet til at belyse Ørsteds Indsats, end man kunde have forventet, naar den hidtidige almindelige Vurdering af hans — som det ingenlunde skal bestrides — skelsættende Betydning tages i Betragtning. Ørsted synes at have følt sig meget stærkt bundet af Retspraksis, navnlig Højesteretspraksis, og dette kunde paa een Gang

[44]) Jfr. om Dommen og Ørsteds Votering, Troels G. Jørgensen »Anders Sandøe Ørsted som Dommer« 1928, Side 51 f.
[45]) Jfr. Troels G. Jørgensen l. c. S. 52.

betyde en Styrke og en Svaghed. Kun forholdsvis sjældent indlod han sig paa Revolution mod de i Retspraksis indvundne Resultater. Hans fremragende Evne i Retning af realistisk Lydhørhed over for Strømningerne inden for Praksis og de praktiske Livsforhold i det hele taget medførte derimod en Revolution af Forholdet mellem den retsvidenskabelige Teori og Praksis — en Revolution af den retsvidenskabelige Metode.

Som allerede forudsat i 1804-Dommen kunde Ekstinktionsreglen kun gælde, hvor Ejeren ikke havde paategnet sin Ret. Noget andet er, at man i den senere Retsanvendelse kom ind paa at anvende Analogien af Grundsætningen i Henhold til Forordningen af 9. Februar 1798 paa paategnede Rettigheder eller rettere paa Transportpaategninger, som led af Mangler, naar de dog var ægte.

IV Forordningen af 9. Februar 1798. Denne vigtige Forordning, der, foranlediget af en kraftig Reaktion mod en Højesteretsdom af 20. Juni 1796[46]) fastslog, at Afbetalinger paa et Gældsbrev skulde paategnes selve Gældsbrevet for at have Virkning mod en Transporthaver, hvorimod løse Kvitteringer udgivet af andre end Gældsbrevets rette Ejer[47]) ikke kunde gælde imod ham »til hans Ejendoms eller Pandts Forringelse«, blev som bekendt af grundlæggende Betydning for Udviklingen af dansk Negotiabilitetsret, der udgør en vigtig retlig Baggrund for Omsætningen af Penge og Pengerepræsentativer.

Forordningens umiddelbare Forhistorie er, navnlig som Følge af P. P. F. Mourier's Undersøgelser[48]) kendt. Her skal blot nogle Hovedtræk meddeles. Ved den nævnte Dom af 1796 blev Udstederen af en Panteobligation frifundet for at betale Afdrag, han havde erlagt til Kreditor i Følge Pantebrevet, *efter* at det, Debitor uafvidende, var blevet pantsat til Sagsøgeren, med den Begrundelse, at det maatte paahvile Cessionaren at underrette Cessus om Overdragelsen, og at DL 5-14-56 maatte forstaas saaledes, at en løs Kvittering for Debitors Afdrag maatte være tilstrækkelig til at frigøre ham. Hermed gik Majoriteten i Højesteret (ligesom Hof- og Stadsretten) med 9 Stemmer mod 2 imod hidtidig Praksis. Minoriteten vilde »formedelst Dommens Indflydelse paa al Pengehandel« følge Praksis og fortolke Danske Lov saaledes, at kun Kvittering fra Gældsbrevets retmæssige Indehaver i Form

---

46) HP 1796 S. 295, UfR 1869 S. 690 ff.

47) Denne fra Colbjørnsens Erklæring hentede Formulering er af lidt snævrere Rækkevidde end den Regel, Forordningen faktisk gav, jfr. herom nærmere i det følgende.

48) UfR 1869 S. 689—835. Af Litteraturen skal iøvrigt fremhæves: Ørsted, Jur. Tidsskrift 4. Bd. 1822, S. 248 ff., Aubert-Hallager, Obligationsrettens alm. Del, 1887, S. 192, M. Sander, TfR 1884, S. 212 ff. Forarbejderne til Forordningen findes i Indlægget til Sjællandske Register, Rigsarkivet, 1798, Nr. 147. Af disse fremkom Speciesbankens Ansøgning om en autentisk Fortolkning af DL 5-14-56 i trykt Form allerede umiddelbart efter dens Afgivelse, jfr. herved Nyerup, »En Skjærv til Spørgsmaalets Afgjørelse om Meningen af sidste Artikel i Danske Lovs 5te Bog« (1796).

af Afskrivning paa Gældsbrevet eller separat Kvittering kunde frigøre Debitor.

Af den forud for 1796-Dommen liggende Praksis har hidtil kun Højesterets Dom af 25. Oktober 1766[49]) været kendt, da denne Dom blev fremført til Fordel for en Lovændring af Banker og Pengeinstitutioner i Tiden efter Afgørelsen af 1796 og saaledes indgik i Forakterne til Forordningen[50]). Ogsaa i 1766-Sagen var der Tale om Afbetalinger, som havde fundet Sted efter en Pantsætning. Her paalagde Højesteret med 6 Stemmer mod 5 Debitor at betale paany til Cessionaren, fordi Loven ikke paalagde denne nogen Pligt til at give Cessus Underretning, og fordi DL maatte forstaas saaledes, at løse Kvitteringer ikke kunde gøres gældende imod Trediemand.

Som Følge af den kraftige Kritik af 1796-Dommen blev Sagen forelagt Generalprokurøren, Colbiørnsen, der i en udførlig Erklæring sluttede sig til Kritikken baade de lege lata, ud fra en Fortolkning af DL 5-14-56, og de lege ferenda, ud fra »Statsklogskabs Regler«. Colbiørnsens fremragende Erklæring citeredes i den kort efter udkommende Forordning. Allerede i et Forslag om ny Lovgivning afgivet 26. Dec. 1796 af nogle af Højesterets Medlemmer var man umærkbart, og uden at de egentlige Konsekvenser synes at have staaet Forslagsstillerne klart, havnet i en Problemstilling, hvorefter Sagen alene ansaas at dreje sig om, hvorvidt Tredjemand skulde respektere løse Kvitteringer eller ej. Ved at diskvalificere den løse Kvittering i denne Relation kom man ikke alene til at give en Lovregel, der som den da kendte Retspraksis drejede sig om Debitors Betalinger efter den stedfundne Transport, men tillige en Regel om Ekstinktion af Indsigelsen om Betalinger, der havde fundet Sted før Transporten, medmindre disse var blevet afskrevet paa selve Gældsbrevet. Herved var saa at sige ved en Tilfældighed et for dansk Formueret overordentlig vigtigt Spørgsmaal blevet besvaret, et Spørgsmaal, der ikke mindst som Følge af Aagesens senere Behandling af disse Emner[51]) traadte ganske i Forgrunden i det 19. Aarhundrede som Grundlaget for en mere almindelig Ekstinktionsnorm.

Ud fra et retshistorisk Synspunkt har det imidlertid sikkert Interesse at undersøge Retsudviklingen i det 18. Aarhundrede nærmere for dermed at uddybe Forstaaelsen af Baggrunden for Højesteretsdommen af 1796 og Forordningen af 1798.

Hvad nu først DL 5-14-56 angaar, maa det fremhæves, at vi ikke kender nogen egentlig Kilde til Bestemmelsen i ældre dansk Ret[52]), men

---

[49]) HP 1766 A, S. 230, jfr. Mourier l. c. S. 694 f.

[50]) Det er muligvis ogsaa 1766-Dommen, der hentydes til hos C. D. Hedegaard, Kommentar til DL V. Bog (1776), S. 887, jfr. Mourier l. c. S. 721.

[51]) Jfr. Sander l. c. og Aagesen Indledning til den danske Formueret (1881), S. 671 ff.

[52]) Se om den før Danske Lov herskende Retstilstand, Matzen, Den danske Panterets Historie, S. 331—337, og Mourier l. c. 713 f.

at saavel indholdsmæssige Kriterier som Argumenter hentet fra Lovgivningen taler meget stærkt for, at Bestemmelsen primært og muligvis alene var givet for at afgøre Spørgsmaalet om, hvilke Bevisligheder en Debitor havde Krav paa, naar han erlagde hel eller delvis Betaling til Kreditor, og hvorledes Retsstillingen var, hvis en Debitor over for Kreditor eller navnlig dennes Dødsbo paastod at have erlagt Betalinger uden at kunne præstere de af Loven forudsatte Beviser: — »da bør det ingen Magt at have«. Loven paalagde ved Betaling af Haandskriftskrav »Creditor og den, der samme Haandskrift, eller Contract, med Rette i Hænde haver, det paa Brevene selv afskrive, eller nøjagtig Quittantz derpaa give«. Gennem hele det 18. Aarh. var der Tvivl om, hvorvidt Ordet »derpaa« skulde opfattes som hentydende til Kvittering »paa Brevene« eller som Kvittering »paa Betalingen«.

Idet der iøvrigt med Hensyn til dette Fortolkningsspørgsmaal henvises til den allerede citerede Litteratur, skal det her blot konstateres, at der ikke kan herske nogen rimelig Tvivl om, at den sidste Opfattelse er Udtryk for den historisk korrekte Fortolkning, hvilket allerede Ørsted klart havde Øje for. Herfor taler formentlig ogsaa paa overbevisende Maade Bestemmelsens Tilblivelseshistorie. Da den fremkom i 4-15-31 i »første Projekt«[53]) var Tilføjelsen »eller nøjagtig Quittantz« etc. ikke indsat, idet den først fremkom ved første Revisionskommissions Bearbejdning, meget muligt fordi Peder Lassen havde indskudt Ordet »sielf« i den første Del af Sætningen i Rasmus Vindings Lovtekst, og man altsaa netop ikke vilde frakende den løse Kvittering Retsvirkning, selvom det kunde være praktisk at pointere, at Loven havde taget begge Former for Dokumentation for Betalingen i Betragtning[54]).

Idet det nu i og for sig antages, at Lovreglen slet ikke sigtede til en Afgørelse af Betydningen af Bevis for Betalinger til den oprindelige Kreditor i Relation til en Cessionar, og det under alle Omstændigheder ligger fast, at Bestemmelsen, hvis den udstraktes til denne Situation, maatte medføre, at Fremvisning af en ægte løs Kvittering fra første Kreditor maatte respekteres af en Cessionar, hvis Betaling havde fundet Sted før Transporten, og at den altsaa under ingen Omstændigheder hjemlede en Ekstinktion af Betalingsindsigelsen, aabnede Lovordene Mulighed for den objektivt set meget korrekte Fortolkning, at kun Kvitteringer fra en retmæssig Indehaver af Gældsbrevet kunde paaberaabes, hvorfor Kvitteringer for Betalinger, der havde fundet Sted

---

[53]) Jfr. Secher og Støchel, Forarbejderne til Chr. d. V. D.L. II, S. 182.

[54]) Endelig er det maaske slet ikke udelukket, at Indskydningen af Ordet »selv« havde til Formaal at pointere, at Paategningen skulde hidrøre *fra Kreditor* (og altsaa slet ikke var tænkt som refererende til »Brevene«), men at man netop som Følge af den derved fremkommende sproglige Uklarhed ex tuto tilføjede »eller nøjagtig Quittantz« etc. Hvad Sprogbrugen »Betaling paa« angaar, ses det af Retspraksis forud for Danske Lov, at denne var ganske sædvanlig, jfr. bl. a. Højesteretsdom af 25. 7. 1670 hos Sylow, Den materielle Bevisteoris Udviklingshistorie, 1878, S. 15 (Tillægget), hvor der tales om »Afbetalinger paa samme Haandskrift«.

efter Transporten, ikke kunde gøres gældende over for Cessionaren. Herved var dennes Legitimation som Fordringshaver sikret, naar han blot havde Gældsbrevet i Hænde med lovlig Adkomst, og kun Indførelsen af en Regel om, at Cessionaren havde Pligt til eller bar Risikoen for Denuntiation til Cessus, kunde føre til et andet Resultat.

I den ældste Højesteretsafgørelse, som det i Forbindelse med disse Studier er lykkedes at finde om det her omhandlede Emne, er den Problemstilling, der fremgaar af Voteringen, da ogsaa ganske klar. En Erhverver af et Gældsbrev paastod Debitor dømt til at betale dette og herunder Afdrag, som Debitor i god Tro havde erlagt til Cedenten, efter at Gældsbrevet var blevet haandpantsat. Sagen blev afgjort af den første Højesteretskommission i 1731[55]). Førstvoterende Falsen udtalte, at det efter hans Mening ikke burde »*præjudicere Tredjemand, som justo titulo har Gældsbrevet i Hænde, om Debitor uden at bruge saadan Forsigtighed* (nemlig at overbevise sig om, at han betalte til rette Kreditor) *har gjort Betaling til urette Person*«. Han fremhævede Hensynet til Pantesikkerheden, og selvom nøjagtig Kvittering efter Loven var det samme som Afskrivning paa Obligationen, var det »*med den Condition, at saadan Kvittering udgives af Creditor, hvilket ingen kan holde for uden den, som med Rette har Obligationen i Hænde,* hvilket og er Lovens egne Ord«. Da der endelig ikke var ham noget i Loven »vitterligt«, som forbandt Kreditor til »Notifikation« om Pantsætningen, vilde han give Sagsøgeren Medhold og omstøde den indankede Kommissionsdom. Det næste Medlem af Kommissionen, Bartholin, lagde Hovedvægten paa, at Debitor havde været i fuldstændig god Tro, at hun havde modtaget saadan løs Kvittering, som i Følge DL 5-14-56 maatte anses tilstrækkelig, og vilde derfor stadfæste Kommissionsdommen. Dette Standpunkt vilde altsaa føre til at paalægge Cessionarius Denuntiationspligt. Sidstvoterende, Ocksen, sluttede sig imidlertid til Falsen: »*al den Stund ej nogen Articel af Loven er vorden fremstillet, hvorved Jacob Jørgensen som Creditor kunde eragte at have været forbunden sig hos Debitorerne,* Madame Nausis eller Magister Jan Samuel, *at anmelde,* saasnart deres Obligation som et haandfaaet Pant var kommet udi hans Hænder«.

»Og som Commissarierne saaledes ikke var aldeles enige udi deres Meninger, blev de ved Samtale omsider forenede, at siden det kan anses, at Creditor har haft nogen Skyld, saavel som Debitor, Skaden da imellem begge de nu tvistende Parter kunde halveres.«

Naar man bortser fra denne sidste salomoniske Genvej, der i metodisk Henseende ingenlunde er forblevet uden Paralleller i yngre dansk Retshistorie, naar Domstolene er blevet besværet med et delikat juridisk Problem, maa det siges, at Kommissionsflertallets Standpunkt var Udtryk for en klar og fuldtud korrekt Lovfortolkning, som man kunde

---

[55]) Jfr. Kommissionens Voteringsprotokol, Rigsarkivet, 1731—32, S. 11.

have ventet vilde have slaaet igennem som en Mellemvej i Forhold til de to Yderstandpunkter: en fuldstændig Diskvalificering af den løse Kvittering paa den ene Side og et almindeligt Krav om Denuntiation til Cessus paa den anden Side. Dette skulde imidlertid ikke blive Tilfældet.

Det fremgaar af en lang Række Afgørelser ned igennem det 18. Aarh., at den, der ved Transport havde faaet et Haandskriftskrav i Hænde, allerede var meget kraftigt beskyttet mod Debitors Indsigelser som Følge af de meget strenge bevismæssige Betingelser, der haandhævedes som en første Forudsætning for at godkende Indsigelsen. Overalt, hvor det drejede sig om Indsigelser hentet fra det oprindelige Mellemværende mellem Debitor og den, til hvem Gældsbrev eller lignende var udstedt, som for Eksempel Indsigelse om manglende eller ugyldig Afgivelse eller Fremkaldelse af Erklæringen ved Svig eller ved Udnyttelse af en Vildfarelse, vilde den stærke Formodning, der opstilledes i Favør af den, der havde »purt Haandskrift i Hænde«, i ni af ti Tilfælde føre til en Afvisning af Indsigelsen. Alle disse paa Beviset beroende Afgørelser skal ikke fremdrages enkeltvis her[56]). Blot skal her fremhæves, at det nævnte Standpunkt i Retspraksis blandt andet førte til Afskæring af ethvert Forsøg paa at indføre et til den romerske *querela non numeratae pecuniae* (Cod. IV, 30, 4) svarende Retsinstitut, hvorved Debitor skulde kunde have væltet Bevisbyrden for Ydelse af det til Gældsbeviset svarende Beløb over paa Kreditor. I Sagen HP 1774, S. 587, havde en Gældsbrevdebitor fremsat den Indsigelse over for en Cessionar, at han »ikke havde bekommet Valuta for Obligationen«, og havde tilbudt at bestyrke denne Paastand med Ed. Muligheden for Edsaflæggelse blev imidlertid afvist primært med Henvisning til, at hans rene Obligation laa imod ham, og en Dommer tilføjede: »Vel har han opponeret en Slags exceptionem non numeratae pecuniae, men foruden at denne exception vanskeligen efter vore Love kan gælde, saa har han ej heller bevist den ...«. Da den romerske exceptio netop skulde medføre en Omlægning af Bevisbyrden, er den sidste Tilføjelse jo i sig selv karakteristisk, hvis Votum er korrekt gengivet i Protokollen.

Hvor Beviset var i Orden, var der nogle Indsigelser, der i Følge fast Praksis ubetinget maatte respekteres af en Cessionar. Dette fremgaar blandt andet af Oplysningerne i Forakterne til Forordningen af 1798. Det gjaldt saaledes for det første Umyndighedsindsigelsen, men derudover var det fast Praksis at lade Konfiskation i Henhold til Aager-

[56]) Som Eksempel kan henvises til HP 1768 A. 99 samt til Sylow l. c. S. 235. Det af denne Forfatter fremdragne Materiale fra Tiden omkring Danske Lov berettiger dog ikke til at antage, at man oprindeligt anerkendte en egentlig Ekstinktion af Indsigelser, saaledes som Forfatteren synes at have ment, men det er rigtigt, at Beviskravene var saa strenge, at de nærmede sig til en Ekstinktionsregel. Man tillod bl. a. ikke en Gældsbrevsdebitor at aflægge Ed paa, at han ikke havde modtaget Valuta, jfr. Højesteretsdom af 30. Juli 1702 og den i Teksten omtalte Sag HP 1774. 587.

lovgivningen gaa ud over den godtroende Panthaver, for at ikke Aagerkarle ved Pantsætning kunde komme uden om Rentelovgivningen. Ved tilstrækkeligt beviste Indsigelser af anden Beskaffenhed, altsaa navnlig ved saadanne, som nu henregnes til de saakaldte »svage« Indsigelser, jfr. nu Gældsbrevslovens § 15, var Stillingen noget mere tvivlsom.

Maaske skal allerede Fyenbo Landstingsdom af 31. Juli 1748 [57]) tages som Udtryk for en egentlig Ekstinktionsafgørelse. Efter Referatet blev her en Debitor tilpligtet at betale en Obligation til Transporthaveren, idet hans Indsigelse om, at Obligationen var udstedt af en Vildfarelse, var et Mellemværende, som han maatte afgøre med den oprindelige Kreditor, men som var Transporthaveren, der havde en ren og lovlig Obligation i Hænde, uvedkommende.

I hvert Fald er det givet, at Højesteretspraksis netop omkring Midten af det 18. Aarhundrede havnede i et ret vidtgaaende Ekstinktionsstandpunkt. I denne Forbindelse er navnlig en Afgørelse fra 1751 (HP 1751, S. 547) af stor Interesse. Citanten havde udstedt to Panteobligationer (»Lastehandlingskontrakter«), der skulde afdrages ved Levering af Trælast svarende til Pantesummen. Panthaveren haandpantsatte imidlertid Pantebrevene, uden at Udstederen fik noget at vide herom, og uden at »bekendtgøre den leverede Trælasts Beløb eller de gjorte Likvidationer«, hvoraf fremgaar, at hel eller delvis Opfyldelse allerede var sket forinden Haandpantsætningen. Højesteret stadfæstede eenstemmigt Oberhofrettens Dom, hvorved Haandpanthaveren havde faaet Medhold i Kravet om Opfyldelse i Henhold til Obligationens Ordlyd, der ikke meldte noget om stedfundne Leverancer. I Vota fremhæves som Begrundelse udtrykkeligt, at »naar nogen udgiver Panteobligation, faar han taale, den lovligen transporteres, *og som Citanten ej har vigileret, om han noget har betalt, at det er blevet afskrevet paa Obligationerne«*, saa maatte han tilfindes at betale disse. Ved ikke at faa foretaget Afskrivning paa selve Obligationen maatte Citanten takke sig selv for Resultatet, *»allerhelst Panteobligationen er i Trediemands Hænder«*, og Retten saa ikke, »at Trediemand i hans Ret kunde præjudiceres«.

Her var maaske for første Gang DL 5-14-56 blevet fortolket saaledes, at kun Paategning paa selve Gældsbrevet kunde beskytte Debitors Betalingsindsigelse. Dermed var Haandskriftskrav i Virkeligheden blevet negotiable.

En ti Aar senere Afgørelse bekræfter fuldtud Indtrykket af 1751-Dommen, og den vidtgaaende Hensyntagen til den godtroende Omsætningserhverver ved Overdragelse af Gældsbreve. Den findes HP 1760 A, S. 242, og drejer sig om Betaling af en Vekselobligation[58]). Obligationen var blevet udstedt af Citantens Fuldmægtig og var falsk blevet forsynet

---

[57]) UfR 1870, S. 504.

[58]) Kortfristede Gældsbreve til lav Stempelafgift, som blev indført ved Forordningen af 26. Nov. 1731 om pro forma Vexler, og som gav samme lette Eksekutionsadgang som Veksler.

med Citantens Navn som Bevis for et Laan paa 200 Rd., som Kreditor formentlig foranlediget af den bedrageriske Fuldmægtig havde tilsendt Citanten. Denne havde da uden at vide, at hans Navn var blevet misbrugt til at fremskaffe Laanet, overgivet de 200 Rd. til Fuldmægtigen, formodentlig fordi han vidste, at det var Penge, som han selv intet havde med at gøre, men i hvert Fald uden at undersøge Sagen nærmere.

To Dommere, der ikke kunde »begribe, hvorledes en Mand kan komme til at betale Penge ud efter et Dokument, som er falsk«, vilde frifinde Citanten (eller i hvert Fald give ham Adgang til at beedige sine Anbringender om Sagens Sammenhæng, som alle i Højesteret ansaa for korrekte efter Voteringen at dømme). Flertallet lagde afgørende Vægt paa den Uagtsomhed, han havde udvist ved ikke at undersøge Sagen nærmere, før han overgav Pengene til Fuldmægtigen, og paa Hensynet til den godtroende Erhverver. »Saa farlig en Consequence, som det vilde være, om en skulde indfri en falsk Veksel, naar ingen andre Omstændigheder var, *saa farligt vilde det være, om Trediemand skulde forfaaes* (skuffes), *naar den, i hvis Navn den falske Obligation er stilet paa, ej er saa forsigtig i den Handel, som han bør* (være), men til Falskneren overleverer Pengene, Trediemand til Præjudice.«

Nu drejede Sagen sig ganske vist ikke om en Transportsituation, men Synspunktet vilde naturligvis saameget mere komme en Cessionar til Gode, saaledes at Transporthavere ikke blot nu blev beskyttet ved Kravet om Paategning af Betalingsindsigelsen, men ogsaa ved Diskvalificering af Indsigelser, der skyldtes manglende Agtpaagivenhed fra Debitors Side, i hvilken Henseende Kravene sikkert var strenge.

Med de Resultater, man allerede paa daværende Tidspunkt havde naaet i Retspraksis, syntes Vejen at skulle staa aaben for Udformningen af en mere almindelig Ekstinktionsregel. Nye Synspunkter inden for Retsvidenskaben skulde imidlertid i første Omgang stille sig hindrende i Vejen.

Saavel i romersk Ret som i Naturretten var det et ganske ukendt Fænomen[59]), at en Cessionar skulde kunne erhverve større Ret over for Debitor, end hans Cedent havde haft, og paa denne Baggrund maa man sikkert betragte Retsudviklingen herhjemme i den sidste Del af det 18. Aarhundrede. I romersk Ret var man kun med Besvær naaet til overhovedet at anerkende Muligheden af en Transport af Fordringer. Romerretten naaede Resultatet via Mandatskonstruktionen, saaledes at Mandataren optraadte paa Cedentens Vegne men i egen Interesse. Og allerede i selve dette Udgangspunkt — Mandatet — laa Princippet om, at Cessionarens Ret er en ren Funktion af Cedentens, dybt forankret. Den romerske Problemstilling drejede sig i Overensstemmelse med selve

---

[59]) Jfr. dog L. Goldschmidt, »Inhaber, Order-und exekutorische Urkunden im classischen Alterthum«, Zeitschrit der Savignystiftung f. Rechtsgesch, rom. Abt. X, S. 352—96, og Aubert, TfR 1891, S. 139 f.

Cessionsinstituttets Oprindelseshistorie om Spørgsmaalet om, hvem af Parterne, der maatte anses for Indehaver af den til den overdragne Fordring svarende actio. I og for sig stod det fast i Romerretten, at den originale actio aldrig kunde tilkomme andre end den oprindelige Fordringshaver. Benyttelsen af analoge Actioner medførte imidlertid, at Cessionaren kom til at staa med actio i Konkurrence med Cedentens actio, en Konkurrence, som i og for sig først kunde ophøre ved en »litiscontestatio« i Sagen mod Debitor[60]).

Resultatet af den romerske Retsudvikling var imidlertid i store Træk blevet den Retstilstand, som f. Eks. i gældende dansk Ret i Henhold til Gældsbrevsloven hersker med Hensyn til simple Fordringer; Cessionar kan ikke erhverve større Ret end Cedent, og hans Legitimation afhænger af Underretning til Cessus vedrørende Transporten.

Den romerske Cessionslære blev herhjemme bl. a. forsvaret af Stampe. Dette fremgaar ret klart forudsætningsvis af »Erklæringer« VI, S. 103, der ogsaa omtales af Mourier, l. c. S. 729 ff.; i det der omhandlede Tilfælde var det tvivlsomt, om Cession virkelig havde fundet Sted, men den paastaaede Cessionar havde i hvert Fald denuntieret over for Debitor, »hvorved da denne cessio nominis, ifald den virkelig havde været skeet, var bleven forvandlet til en delegatio[61]), hvilket

---

[60]) Det bedst kendte Kildested er et Reskript hidrørende fra Gordian (Cod. VIII. 41.3), der er meget illustrerende med Hensyn til Udviklingen i romersk Ret, naar det samtidig tages i Betragtning, at det utvivlsomt maa anses for interpoleret (jfr. Girard, Manuel, 2. Udg., S. 718 N. 2, og Monier, Manuel, II, S. 324). »Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.« Den i Reskriptet tiltalte Person er Cedenten, og der siges til ham, at der ikke er noget til Hinder for, at han kan indkræve det skyldige Beløb hos hans Debitor, hvis der ikke har fundet Delegation Sted, og der ikke er blevet tingfæstet Sag imod Skyldneren, eller Kreditor har modtaget noget af Gælden, eller endelig foretaget Denuntiation overfor Debitor. Endelig forudsættes det i Slutningsordene, at Kreditor ved at indkræve Beløbet under de nævnte Forudsætninger hindrer Cessionarens Aktion. Ordene »vel ... denuntiaverit« er sikkert interpolerede. Rent bortset herfra hviler Udtalelsen stadig paa det oprindelige romerske Principgrundlag vedrørende Cession af Fordringer. Denuntiationen var Skæringspunkt for den aktionsprocessuelle Adgang til at inddrive Gælden. Det er klart, at der kun var et ringe Skridt fra denne Ordning af Problemet til den Opfattelse, at Denuntiationen var afgørende for det, man nu kalder Fordringshaverens Legitimation.

Endnu i det 19. Aarh. herskede der dog megen Tvivl om, hvorvidt man skulde anse Cedentens Stilling som Fordringshaver for ophørt med selve Cessionen og saaledes blandt andet anse det ovenfor citerede Kildested som alene refererende til mandata actio og ikke til utilis actio, jfr. herom nærmere Windscheid, Pandektenrecht II, § 331, og Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts, II 1912, § 305.

[61]) Naar Stampe her benytter Udtrykket »delegatio«, er det sikkert ikke hans Mening at udtrykke andet, end at Cedenten ved Denuntiationen ophører med at være Fordringshaver, ligesom Delegation forsaavidt sidestilles med Denuntiation i Gordians Reskript. At Denuntiation skulde have Virkninger som Delegation (Novation) i Relation til allerede opstaaede Debitorindsigelser er naturligvis ikke Meningen.

har den Virkning, at Debitor, cessus et delegatus, ikke længere valide et cum effectu liberationis kan betale til den forrige Creditor«.

Hertil kommer, at Stampes Lære udtrykkeligt blev anført som Argument under Voteringen i Højesteret i 1796, da man paa Grund af manglende Denuntiation gav en Debitor Medhold i hans Indsigelse om at have foretaget Afbetalinger til Cedent efter Transporten.

Hvad der nu end har været den herskende Opfattelse inden for Retsvidenskaben i den sidste Del af Aarhundredet, er der ingen Tvivl om, at den romerske Cessionslære spillede en fremtrædende Rolle, og i Virkeligheden illustreres Brydningen inden for Retsopfattelsen allerbedst af Voteringen i den tidligere omtalte Sag fra 1766 (HP 1766 A, S. 230), hvor Cessionarens Standpunkt sejrede knebent med en Stemmes Overvægt. I Betragtning af, at der her var Tale om Betalinger, der havde fundet Sted efter Transporten, skulde man have ventet, at allerede den Fortolkning af 5-14-56, der var blevet lagt til Grund i 1731-Sagen, direkte og uden Tvivl skulde have ført til Afvisning af Debitors Indsigelse, men Majoritetens Standpunkt hvilede ikke paa det Synspunkt, at den løse Kvittering in casu ikke var udstedt af den retmæssige Indehaver af Gældsbrevet, men derimod paa samme Synspunkt, som var blevet lagt til Grund for Præjudikatet fra 1751, at man af Hensyn til Trediemand maatte kræve Afskrivning af Betalinger paa selve Gældsbrevet.

Heroverfor fremsatte nu fem af de elleve Dommere det Synspunkt, der allerede havde stukket Hovedet frem i 1731, og om hvis Oprindelse der næppe kan herske megen Tvivl, at Cessionaren skal underrette Cessus om Overdragelsen. I Stedet for Mellemvejen havde Udviklingen ført med sig, at de to Yderstandpunkter i denne Sag var blevet stillet paa Spidsen over for hinanden. Selvom nu 1766-Dommens Resultat i sig selv var klart nok — Omsætningshensynet havde endnu formaaet at sejre — havde den Omstændighed, at Præjudikater ofte gik i Glemmebogen i den juridiske Teori[62]) i Forbindelse med den romerske Cessionslære og i Forbindelse med det Forhold, at den ved 1751- og 66-Dommene knæsatte Fortolkning af DL som indeholdende Krav om Paategning paa Obligationen jo unægtelig maatte forekomme at være yderst tvivlsom, ført Højesteret ud i en saadan Tvivl, at Vejen dermed var banet for den Kovending, der endelig tilsidst fandt Sted i 1796.

I Perioden efter 1766 ser man i mange Tilfælde stadig Hensynet til Trediemand fremhævet[63]). Men Voteringen i Sagen HP 1777, S. 616,

[62]) At 1766-Dommen var velkendt i Banker og Pengeinstitutioner og blev tillagt meget stor Betydning i Forretningslivet, hvilket fremgaar af Forakterne til 1798-Forordningen, er en anden Sag. Det er netop paa denne Baggrund særdeles interessant, at Afgørelsen i 1796 blev truffet, uden at Dommerne havde Kendskab til ældre Praksis. En Dommer fremhævede direkte, at det var ham ubekendt, om der var ældre Praksis vedrørende Fortolkningen af DL 5-14-56!

[63]) Jfr. bl. a. HP 1777, S. 71, om en Henstandsaftale mellem Debitor og Cedent. »overalt kunde det ej forbinde Tredjemand«, hedder det i Holtermanns Votum.

synes allerede at tyde paa en Vending i Retsopfattelsen i hvert Fald med Hensyn til selve Fortolkningen af 5-14-56. Sagen viser imidlertid ikke saa meget, fordi Størstedelen af Debitors Afbetalinger havde fundet Sted efter Overdragelsen, og efter at Debitor var blevet bekendt med denne — »altsaa paa en Tid, da Harringhams (Cedentens) Tilstaaelse (om at have modtaget Betaling) ej kan præjudicere den nye Kreditor«. Hos Førstvoterende hedder det udtrykkeligt, at DL maatte forstaas saaledes, at løs Kvittering var tilstrækkelig. Denne Dommer (Sommer) kendte altsaa i hvert Fald ikke 1766-Sagen.

Endelig er Afgørelsen HP 1792 A, S. 681, symptomatisk for Usikkerheden i Retten. Her var Tale om Betalinger paa et Gældsbrev, der havde fundet Sted forud for Transporten mod løse Kvitteringer. Da Debitor fremlagde disse i Retten, frafaldt Cessionaren sit Krav, hvilket i sig selv ikke er uden Interesse, men krævede fulde Sagsomkostninger. Førstvoterende vilde dømme Debitor hertil under Henvisning til, at 5-14-56 krævede Paategning paa selve Gældsbrevet, hvortil Falsen bemærkede, at Betaling efter 5-14-56 ogsaa kan bevises paa anden Maade, men at Debitor havde været »in mora« (formodentlig med den ubetalte Del), og at han *derfor* maatte dømmes til Sagsomkostninger, i hvilket Standpunkt de øvrige Dommere erklærede sig enige.

Det er maaske paa dette Omraade heller ikke nogen hel Tilfældighed, at der spores en Drejning inden for Datidens retsvidenskabelige Litteratur. Hos Nørregaard[64]) fremsættes uden nærmere Diskussion den Fortolkning af Danske Lov, at Ordet »derpaa« i 5-14-56 maatte forstaas som et Krav om Paategning paa selve Gældsbrevet, hvorimod Brorson[65]) kritiserer Nørregaards Opfattelse, omend han ikke vil nægte dens Nytte, og han derfor aabenbart vil give den Tilslutning de lege ferenda, men »Juristen spørger kun, hvordan Loven er, ikke hvordan den bør være«, og »saalænge Lovene ikke udtrykkelig fastsætte saadan Bestemmelse (om Paategning paa selve Gældsbrevet) følger Debitor Naturen, og troer sig ikke forpligtet til at betale Fordringen 2de Gange . . .«

»*Creditor, som transporterer sin Fordring, kan ikke overdrage større Rettigheder, end ham selv tilkomme. Tredie Mand kan ved Forsigtighed oftest undgaa Farer, som truer den Skiødesløse*«, hedder det endelig til Slut i Brorsons Kommentar, og det blev en Opfattelse, der som denne var stærkt præget af den romerske Cessions- og Denuntiationslære, der kom til at sejre, da Højesteret paany skulde komme til at tage Standpunkt til Spørgsmaalet.

I Voteringen forud for den afgørende Dom, HP 1796, S. 295, jfr. ovenfor, ser man endnu en Gang de forskellige Synspunkters Brydning. Det er for det første bemærkelsesværdigt, at alle Rettens Medlemmer var enige om det primære Fortolkningsspørgsmaal vedrørende DL

---

[64]) Privatretten III, 1785, S. 44.
[65]) Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Chr. d. V. D.L., II, 1794, S. 452 f.

5-14-56, at den maatte forstaas saaledes, at løs Kvittering var ligestillet med Paategning paa Gældsbrevet. Enhver Tanke om ubetinget og altid at kræve saadan Paategning af Hensyn til den godtroende Erhverver var forladt og dermed ogsaa ethvert ekstinktivt Synspunkt. En lille Minoritet paa to Dommere (Thestrup og Fridsch) faldt derimod tilbage paa det Synspunkt, der havde været fremme i 1731, at en løs Kvittering, der ikke var blevet udstedt af Gældsbrevets retmæssige Indehaver, i hvert Fald ikke kunde præjudicere Trediemand, men selv denne ovenfor omtalte Mellemløsning blev fejet til Side af Forestillingen om Cessionarens Pligt til Denuntiation, som Flertallet paa 9 Dommere fandt indlysende: »*at den Trediemand, som nu har Obligationen i Hænde, lider derved, dertil maa man sige habeat sibi, thi hvorfor underrettede han ej Debitor derom* ...« (Falsen).

Ethvert Forsøg paa, paa mere eller mindre lovfortolkningsmæssig korrekt Basis, at gøre den skriftlige Skylderklæring til »Fordringens Bærer« af Hensyn til Omsætningserhververes Interesse i at kunne opnaa Ret i Tillid til Dokumentet, var saaledes strandet. Cessionaren var dermed i en vis Forstand blevet Cedentens Mandatar — in rem suam — der alene ved Underretning til Cessus kunde værge sig imod Ændringer af Skyldforholdet[66]) efter Underretningens Tidspunkt. Det var dog imidlertid netop denne fuldstændige Tilsidesættelse af Omsætningshensynet, der blev den egentlige Aarsag til, at Forordningen af 9. Februar 1798 fremkom som en omgaaende Reaktion. Hvis man havde tænkt sig, at Højesteret havde dømt Debitor alene ud fra Minoritetens Begrundelse (at kun Kvitteringer fra rette Ejer kunde fremlægges over for Cessionaren), vilde Kravet om ny Lovgivning ikke være fremkommet, og dansk Ret havde saaledes ikke faaet et klart Grundlag for Ekstinktion af de Betalinger, som var sket mod Kvittering fra rette Ejer før Overdragelsen, hvilket Grundlag man nu fik saa at sige »oven i Købet«.

Saaledes blev en til Dels paa fremmedretlige Synspunkter baseret Strømkæntring inden for det 18. Aarhundredes Retspraksis den direkte Foranledning til en Retstilstand, der i sit principielle Indhold var saa vidt fjernet fra romerretlig Tankegang som vel muligt, hvilket blev af grundlæggende Betydning for Udviklingen af et vigtigt Omraade inden for dansk Formueret.

[66]) Dansk Ret har dog vistnok aldrig draget de yderste Konsekvenser af det romerske Udgangspunkt, hvorefter Cedent ogsaa efter Cessionen maatte anses som Kreditor. Der har saaledes næppe nogen Sinde hersket Tvivl om, at Cessi Kendskab til Overdragelsen maatte sidestilles med Cessionarens Denuntiation. Jfr. om den vidtløftige Diskussion om dette Spørgsmaal i ældre tysk-romanistisk Videnskab, Windscheid, Pandektenrecht II, § 331, med Henvisninger og Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts, II, § 305.

KAPITEL 5

Hævdserhvervelse. Adkomst og god Tro.

Som det hyppigt er blevet fremhævet i moderne Teori, er Ejendomshævden ved at tage af i Betydning som Erhvervelsesmaade[1]). Ved Løsøre og Fordringer har den sikkert aldrig herhjemme spillet nogen videre stor Rolle, men ved fast Ejendom var Hævdserhvervelsen navnlig i ældre Tid meget hyppigt forekommende. Det vilde imidlertid ogsaa være helt uberettiget at sige, at Hævden i Nutiden ganske har mistet sin Betydning. Dens Omraade er blevet begrænset som Følge af Udviklingen inden for Matrikelvæsenet og Tinglysningsforordningen. Retstridige Raadighedstilstande vil kun sjældent komme til at bestaa længe, hvilket ogsaa hænger sammen med den stadig livligere Omsætning af faste Ejendomme.

I den nyere Litteratur er der ofret overordentlig megen Plads paa at fastlægge Hævdens principielle Væsen og dens nærmere Forhold til Forældelsesinstituttet. Navnlig Sondringen mellem Frihedshævd og Forældelse har man fundet unødvendig, og Vinding Kruse har som bekendt fremsat Forslag om at ophæve de bestaaende Uligheder ad Lovgivningens Vej. Medens der ikke skal indgaas paa denne Side af Hævdslærens Problemer, tilsigter de følgende Bemærkninger at anskueliggøre en vigtig Del af den historiske Udvikling vedrørende Hævdsbetingelserne. Der tænkes i denne Forbindelse særligt paa Spørgsmaalet, om der i dansk Ret har været opstillet eller maa opstilles subjektive Hævdsbetingelser. Dette Spørgsmaal har imidlertid en nær Forbindelse med et andet Spørgsmaal, nemlig dette, om Hævdsbesiddelsen som Grundlag nødvendigvis maa have en Erhvervsgrund af en særegen Beskaffenhed.

Udgangspunktet for Behandlingen af Spørgsmaalet maa naturligvis være de endnu gældende Bestemmelser i Danske Lov 5-5. Disse Bestemmelsers Oprindelseshistorie i dansk Ret skal ikke behandles nærmere her, idet der i det hele kan henvises til Axel Petersens Afhandling »Om de subjektive Hævdsbetingelser efter Danske Lov 5-5-1 og Norske Lov 5-5-3«[2]). Tyveaarshævden var som bekendt ikke nogen Nydannelse, idet Hovedbestemmelsen i DL 5-5-1 allerede kendes fra Recesserne af 1457 og 1558[3]). Tyveaarshævden opfattedes i Praksis før Danske Lov nærmest som sideordnet med »Lovens Hævd«, det vil sige Jydske Lovs 30—40-Aars Hævd, men denne sidste blev ikke optaget i Lovbogen.

Reglen i 5-5-1, som muligvis kun angaar fast Ejendom, betinger positivt Hævden af 20 Aars Raadighed over Ejendommen. Negativt er Hævden betinget af, at den ikke maa være afbrudt ved Tiltale til Tinge,

---

[1]) Jfr. fra nyeste Litteratur, Illum, Dansk Tingsret, II, 1951, S. 44.
[2]) TfR 1892, S. 336 og S. 409.
[3]) Derimod var DL 5-5-2 en Nydannelse, jfr. Illum l. c. S. 40, samt Poul Meyer, Danske Bylag, 1949, S. 150 ff., og hertil Stig Iuul, Juristen, 1951, S. 221—22.

og ved at Hævdsraadigheden ikke maa være af en bestemt Karakter: Man maa ikke have haft Ejendommen til Pant, i Forlening eller Forsvar. Den sidste negative Betingelse tager man med Rette som Udtryk for noget centralt i Hævdsbegrebet, nemlig dette, at Hævdserhvervelsen bestaar i en Slags Legalisering af en retsstridig Tilstand[4]), — en Legalisering, som netop er udelukket, hvor der maa siges at være Tale om »tilladt Raaden«. Danske Lov kræver saaledes ikke som romersk Ret, at Erhvervelsen af Godet skal være af en bestemt Beskaffenhed, en »justus titulus«, men den aabner ved den negative Formulering Mulighed for baade at anerkende Hævd, hvor Raadigheden er opstaaet ved en ren og skær Usurpation, og hvor den som Grundlag har en særlig retlig Erhvervelsesgrund, der i det enkelte Tilfælde ikke forskaffer Erhververen Ejendomsret. Netop fordi der af denne Grund et ret vidt Spillerum for Hævden efter dansk Ret, er der særlig Anledning til at spørge, om Hævden ikke udover den allerede nævnte positive Betingelse er yderligere positivt betinget ved Krav om god Tro eller lignende subjektive Krav til Erhververen. Man kunde endvidere spørge, om Danske Lov skal forstaas saaledes, at den forudsætter Hævdsbesiddelse af en særlig Beskaffenhed, men paa dette sidste Punkt er der næppe Grund til at ofre megen Undersøgelse.

Det romerske Hævdsinstitut, som Gang paa Gang har spillet en Rolle for Overvejelserne paa dette Omraade, var blevet udformet paa Baggrund af en særegen historisk Udvikling. Til Trods for, at den romerske Hævdsperiode var saa kort, maa man nærmest af de tolv Tavlers Love faa det Indtryk, at Hævdserhvervelsen kun i meget ringe Grad var underkastet indskrænkende Betingelser. Ved forskellige Love fra Republikkens Tid (Lex Atina, Lex Plautia, Lex Scribonia) imødekom Lovgivningen imidlertid Trangen til en Indskrænkning af Hævdserhvervelsens Omraade, og maaske allerede i Republikkens Tid blev Kravene om justus titulus og bona fides indført.

For Naturretten var selve Hævdsinstituttet som saadant en problematisk Foreteelse. Sagen var den, at Hævdsinstituttet kun ad Omveje kunde indpasses i Systemet af aprioriske Retsregler. Dels betød Anerkendelsen af Hævden, at en Person uden selv direkte at give Anledning dertil mistede sin Ejendomsret, som præsumptivt altid maatte forblive hos ham, indtil han selv gav Afkald paa den, og dels kunde man vanskeligt paa apriorisk Grundlag udlede den nøjagtige Hævdstermin. Naar Naturretsforfatterne alligevel ikke gav op og ganske simpelt forkastede Hævdsinstituttet, skyldtes det sikkert, at de stadig havde det nøje udarbejdede romerske Hævdsinstitut for Øje. Man anerkendte da ogsaa Hævd og Forældelse ved blandt andet at opstille Konstruktionen om den formodede Dereliktionsvilje[5]) og ved at overlade Bestemmelsen af

[4]) Illum taler l. c. S. 37 om, at Hævd til en vis Grad er »Udtryk for en Grundsætning, hvorefter Uretten bliver Ret, naar den bliver tilstrækkelig gammel«.
[5]) Jfr. Grotius, II, Kapitel IV, og Pufendorf, IV, Kapitel XII.

Hævdstiden til de borgerlige Love. Det er iøvrigt karakteristisk, at Naturretten i det store og hele overtog de romerske Hævdsbetingelser, herunder navnlig justus titulus- og bona fides-Kravene, saaledes at disse ogsaa ad denne Vej kom ind i den retsvidenskabelige Debat herhjemme i det 18. Aarhundrede.

De romerske Krav om justus titulus og bona fides er Udtryk for to principielt forskellige Begrænsningsmetoder. Titulus-Kravet refererer sig til Erhvervelsens almindelige Beskaffenhed eller Art. Kravet om bona fides vedrører det, man kunde kalde Erhvervelsens »Kvalitet«. Da Hævdserhvervelse i materielretlig Forstand forudsætter et Indgreb i andres Raadighedssfærer, kan den kun blive praktisk, hvis Erhvervelsen lider af en Mangel, saaledes at Godet ikke ved selve Erhvervelsen anerkendes som tilhørende Erhververen. Det kan nu paa Forhaand tænkes, at visse Mangler ved Erhvervelsesakten i sig selv udelukker Hævd, men som Regel stilles Problemet saaledes op, at der alene tænkes paa Betydningen af Erhververens Kendskab til eller hans Uagtsomhed med Hensyn til Tilstedeværelsen af de Mangler, som Erhvervelsen lider af, idet man da gaar ud fra, at disse kun kan faa Betydning i Forbindelse med subjektive Betingelser.

I det 18. Aarhundredes Litteratur hedder det ofte, at Hævd kræver lovlig Adkomst, eller hyppigere, at uretmæssig Adkomst er til Hinder for Hævd[6]). Hermed hentydede man til Spørgsmaalet om Erhvervelsens almindelige Beskaffenhed og ikke dens »Kvalitet«, idet det, disse Forfattere mente, i Virkeligheden blot var 5-5-1's negative Krav til Erhvervelsens Beskaffenhed med visse Udvidelser. Dette udtrykte de efter romersk Mønster ved at kræve lovlig eller retmæssig Adkomst[7]). Et typisk Eksempel paa denne Sprogbrug findes ogsaa i Højesterets Voteringer, hvor Stemann netop udtaler, at der kræves lovlig Adkomst til Hævd, og umiddelbart efter citerer 5-5-1 in fine (HP 1793, S. 755). Naar Ørsted (Haandbog IV. S. 329) beskylder Forgængerne for Selvmodsigelse ved paa den ene Side at betragte Adkomstens Uretsgyldighed som værende til Hinder for Hævd og ved paa den anden Side ikke at ville udelukke den svigagtige Erhverver fra Hævd, er denne Beskyldning i og for sig ugrundet ud fra en ren logisk Synsvinkel, idet man godt kunde tænke sig at stille Krav til Erhvervelsens Beskaffenhed uden at kræve god Tro eller stille andre Krav til Erhvervelsens »Kvalitet«.

Dansk Ret har imidlertid aldrig opstillet noget positivt justus titulus-Krav, men er blevet staaende ved 5-5-1's Regel. Noget helt andet er, at Praksis i saavel Højesteret som Landstingene i Tiden fra Danske Lov og lige indtil omkring 1760 stod paa et ejendommeligt Standpunkt, der,

[6]) Jfr. Nørregaard, Privatretten, II, 1798, S. 219 ff., og Hurtigkarl, II, 1, 1814. S. 214 ff., jfr. S. 17.

[7]) Den af Illum l. c. S. 64 fremsatte Opfattelse, hvorefter de ældre Forfatteres Lære skulde hidrøre fra den nedenfor omtalte Sætning: »Hævd viger for Adkomst«, er derimod ganske sikkert ukorrekt.

som det er blevet sagt[8]), en Overgang truede med helt at underminere Hævdsinstituttet, til Trods for, at dette var tydeligt og klart hjemlet i Loven. Man gennemførte Sætningen: »*Hævd viger for Adkomst*«, og det betød i Virkeligheden, at en Hævder altid maatte tabe Sagen, hvor Modparten var i Stand til at dokumentere sin Ret paa en eller anden Maade, for Eksempel ved Skøde eller lignende, og det maatte gælde uden Hensyn til, hvor gamle disse Adkomster var, og uden Hensyn til, om Hævderen i og for sig opfyldte alle tænkelige Hævdsbetingelser[9]). Standpunktet gennemførtes saavel inden for Ejendomshævdens som Servituthævdens Omraade, og det var hjemlet i en fast Retspraksis til Trods for Danske Lovs Ord: »uden anden Adkomst at fremvise«. Denne ejendommelige Afbrydelse af den ældre Hævdspraksis, som varede i ca. 75 Aar, er først og fremmest blevet paavist af Axel Petersen i den ovennævnte Afhandling. Denne Forfatter har sikkert Ret i, at Gennemførelsen af Princippet Hævd viger for Adkomst sandsynligvis stod i Forbindelse med en Forveksling af Begrebet Hævd og Begrebet Besiddelse, jfr. Danske Lov 5-5-3. I sin Oprindelse har Princippet muligvis ogsaa haft en vis Forbindelse med den gamle Lavhævd[10]). Som det allerede fremgaar af den af Axel Petersen omtalte Retspraksis, maatte den Hævder, der intet kunde dokumentere angaaende sin Adkomst, ubetinget vige for den, der kunde fremvise Adkomst. Paa den anden Side fik Hævderen Medhold, hvor Vindikanten ikke kunde gennemføre Adkomstbeviset. Her kan ogsaa henvises til Sagen HP 1748 A, 627, hvor Vindikanten tabte Sagen: »Da her i denne Sag er over 20 Aars Hævd, og Kaas ingen Adkomster paa denne Jord har fremlagt«[11]). Kun i ganske enkelte Tilfælde ser man Princippet udmunde i et positivt Adkomstkrav. Dette er maaske Tilfældet i den af Axel Petersen nævnte Højesteretsdom af 7. April 1698 og i Fyenbo Landstingsdom af 9. April 1722, hvori det ligefrem hedder, at Hævd uden Adkomst ikke kan anerkendes.

Det er nu af særlig Interesse at konstatere, hvornaar denne ulovmedholdelige Hævdspraksis blev bragt til Ophør, allerede af den Grund, at man først, naar dette var sket, kunde paabegynde en egentlig Fortolkning af Danske Lovs Hævdsregler. Af en Række Sager fra Midten af det 18. Aarhundrede kan man faa nærmere Oplysning om dette Spørgsmaal. Alle disse Afgørelser er baseret paa det nævnte Princip som Udgangspunkt. I den første Sag, HP 1749 A, 186, var der Tale om Strid om en Græsningsret. Sagsøgerens Krav var kommet i Konflikt med de Rettigheder, som forskellige Lodsejere i Nabolaget hævdede at have blandt andet paa Grundlag af en kongelig Bevilling af 1585[12]).

[8]) Jfr. Axel Petersen l. c. S. 441.
[9]) Endog, saavidt man kan se, en Hævdstid svarende til Alderstid.
[10]) Jfr. Axel Petersen l. c. S. 439—40, hvor det iøvrigt omtales, at Sætningen Hævd viger for Adkomst, kan spores helt tilbage til det 16. Aarhundrede.
[11]) Jfr. ligeledes Sagen HP 1747 A. 425 om Hævd paa Vindueslysning m. m.
[12]) Det forekom ret ofte i ældre Tid, at Kronen eller adelige Godsejere bortgav eller solgte Græsningsrettigheder, jfr. herved Fremstillingen Poul Meyer, Dan-

Hævderens Krav blev afvist dels under Henvisning til, at han ikke kunde nyde godt af det kongelige Privilegium, dels under Hensyn til, at Hævd, »om den var til, maa dog vige for lovlig Adkomst«. I Sagen HP 1751, 390, var der Tale om en Grænseoverskridelse, som fandt Sted i 1717 i Form af en Udbygning, der fik Lov at staa upaatalt lige til 1742.

---

ske Bylag, S. 148 ff., og i det her nævnte Tilfælde var Privilegiet givet til Beboerne af Nørregaden i Ringsted. Hævderen var hverken Lodsejer eller direkte omfattet af det kgl. Privilegium, hvorfor Hævden kom i Konflikt med de dokumenterede Adkomster. Desuden fremsatte førstvoterende, Suhm, som Begrundelse for Afvisning af Hævden, at »Hævd kan ej fanges af particulær Mand i publique Gods, uden samtlige Lodsejere aquieserte derved ... thi i Fællesskab kan den ene ej gøre eller consentere i noget uden andres Samtykke, saaledes henfalder endog det Argument fra Hansen, at han paa Græsningen i den offentlige Mark har et Slags Hævd, som ej kan holde stik imod den kongelig confirmerede Forening ...« Bag denne Udtalelse ligger maaske et af Synspunktet, »Hævd viger for Adkomst«, uafhængigt Synspunkt, referende sig Spørgsmaalet om, i hvilket Omfang Hævdserhvervelser kunde beskyttes, naar de kom i Konflikt med de i et Jordfællesskab repræsenterede særegne Interesser. At Fremsættelsen af dette Synspunkt formentlig var misvisende i den foreliggende Sag, hvor der var Tale om Anerkendelsen af en Brugshævd udøvet af en udenfor Fællesskabet staaende Person, er en anden Sag — det hørte naturligvis hjemme ved Afgørelsen af Spørgsmaalet om Fælligdeltagernes Mulighed for Erhvervelse af Særrettigheder indenfor Fælliget. Efter DL 5-10-12 stod det fast, at Hævd maatte vige for Rebning, jfr. Illum Servitutter S. 19 (omend denne Bestemmelses Kilde, JL, I, 55, naturligvis kun sigtede til, at Rebning skulde ske uhindret af de øjeblikkelige Besiddelsesforhold), og det er et Spørgsmaal, om man ikke i Retsopfattelsen i det 18. Aarhundrede har opfattet de legale Fælligforskrifter, jfr. navnlig DL 3-13-3 og 3-13-28 som Indskrænkninger i Ejendoms- og Brugshævdens Omraade, saaledes at Kravet om alle Lodsejernes Samtykke til Indhegning af Fællesjord, (indtil Bestemmelsen blev ophævet) opfattedes som involverende et Forbud mod Hævdserhvervelser i hvert Fald mellem Bymændene indbyrdes, cfr. Poul Meyer l. c. S. 188 og for ældre Rets Vedk. den sammesteds S. 186—87 citerede Rettertingsdom fra 1650, der synes at forudsætte Muligheden for Hævd paa Løkker paa Fælledjord. Hvad DL 3-13-28 og 29 angaar, viser den hos Meyer S. 158—59 citerede Praksis fra omkring Aar 1700, at Reglen om Græsningsret i Henhold til Vurdering af, hvad Jorden kunde taale, i hvert Fald i mellembys Forhold paa daværende Tidspunkt antoges at maatte vige for en Græsningshævd, jfr. ogsaa herved HP 1750 S. 182, hvor Paastand om Græsningsret til Fordel for en Præstegaard blev afvist, fordi der intet Jordtilliggende var til Præstegaarden, og der ikke var bevist nogen Hævd. Voteringen HP 1778. 204 viser paa interessant Maade de forskellige Synspunkters Brydning. Bymændene i Albjerg By paa Fyn havde i lang Tid og i over 20 Aar benyttet den saakaldte *Vekslegræsningsmaade,* hvorved alle Bymændene havde lige Græsningsadgang uden Hensyn til Hartkornsforholdet. Nogle af Bymændene var Fæstere under Broholm, der nu i Forhold til det Fæstegods, der tilhørte en anden Ejer, paastod Græsningsret i Forhold til Hartkorn, jfr. DL 3-13-28, og fik ved Fyens Landstingsret Medhold trods Modpartens Paastand om Hævd paa Vekslegræsningsmaaden, jfr. DL 5-5-2. Med 9 Stemmer mod 3 blev Landstingsdommen stadfæstet. Hos Flertallet hedder det bl. a., at »dersom den ene Bymand kunde vinde Hævd imod den anden, var der faa Bønder, der havde Jord og Rettighed, som tilkom dem efter deres Hartkorn og Fæstebrev, og Hævd er upasselig imellem Fæstebønder, der alene har deres Gaard i Fæste og Forlening. Dersom det var mellem Bønder af forskellige Byer, da kunde Hævd maaske finde Sted ... 5-10-13 viser, at Hævd ej har Sted, naar den ene Bonde har fravendt den anden noget af hans Ager, og om man statuerede, at saadan Hævd havde Sted, vilde derved lægges en betydelig Hindring i Vejen for Fællesskabets Ophævelse ...« Minoriteten henviste til DL 5-5-1 og 2 og fandt, at »3-13-28 indeholder et beneficium, paa hvilket enhver Bonde kan renoncere, det er sket her ved den antagne Vekslemaade«, at en Fæstebonde kunde vinde Hævd mod Tredjemand til Fordel for sin Husbond, og at 3-13-28 maatte vige for Hævden, »saa meget mere, som Bonden har haft dette Brug uden Indsigelse og hverken clam eller precario«.

Her havde Oberhofretten givet Vindikanten Medhold paa Grund af dennes Adkomstbevis, men Højesteret fandt Adkomstbeviset for svagt: »Vel bør Hævd vige for Adkomst, men om Hævd nogen Tid kan have Sted, saa er det i denne Sag. . . . hun maatte i det mindste med Skøde have bevist, at den Grund hørte hende til . . .«, og en anden Dommer tilføjer: »Oberhofretten har grundet deres Dom paa svage Fundamenter og Adkomster, som ej findes i Sagen . . .«.

I Sagen HP 1757 A, 143, var der Tale om en gammel Hævd paa en Fodsti »eller saakaldet Vandgang«. En Køber af Ejendommen, der havde Skøde uden Indskrænkninger af nogen Art, opførte en Bygning, der var til Hinder for Færdslen. En enkelt Dommer var af den Opfattelse, at man ikke ved Skøde kunde give mere bort end det, man selv ejede, »til Trediemands Præjudice«, men de øvrige Dommere afviste Hævderens Krav. »Naar Loven confereres med denne Sag om Hævd og Brug, synes der meget for dem at sige, da de over 70 Aar[13]) har haft denne Sti og oprettet et Tvættested. Men

---

[13]) Det er vanskeligt at se af Protokollen, om der skal staa »20« eller »70« Aar, men det er iøvrigt underordnet, da det 18. Aarhundredes Retspraksis overhovedet ikke kender til en særlig Alderstidstermin eller Alderstidshævd i det hele taget. Dette var formentlig i god Overensstemmelse med Danske Lov, der heller ikke synes at kende til flere forskellige Hævdsformer med forskellige Omraader eller Retsvirkninger. Hvor Danske Lov benytter Udtrykket Alderstid, bør det slet ikke opfattes som hentydende til et Hævdskriterium. Derfor er hele Diskussionen om, hvem der skulde have haft Paataleret med Hensyn til Alderstidshævden, ogsaa Udtryk for en i historisk Henseende falsk Problemstiling.

Ved Behandlingen af de Bestemmelser, hvori Alderstidskriteriet benyttes i Danske Lov, ræsonneres der paa følgende Maade: det siges i Loven, at en eller anden Tilstand, der har bestaaet i Alderstid, har retlig Relevans paa den ene eller anden Maade, typisk hvor Talen drejer sig om Brug af eller Raadighed over fast Ejendom i en eller anden Henseende — *altsaa* har Lovgiveren dermed villet angive, at Retten til at kræve den paagældende Tilstand opretholdt overfor den, der vil forstyrre den, *stiftes* gennem Alderstidshævd, og det drejer sig herefter alene for Lovfortolkningen om at afgøre, om Alderstidshævdsinstituttet har sin selvstændige Eksistens enten paa den Maade, at Rettigheder af et vist Indhold *kun* kan stiftes gennem Alderstidsbrug og altsaa ikke gennem Brug i den almindelige Hævdstid (Ørsted), eller paa den Maade, at det indebærer særegne Retsvirkninger, navnlig saaledes, at den Kreds, der kan paaberaabe sig Hævden, er en anden ved Alderstidshævd end ved almindelig Hævd (Cohn, Vinding Kruse), eller endelig paa den Maade, at Lovbogen, muligvis som Følge af historiske Tilfældigheder, uklart opererer med to Hævdsformer Side om Side, uden at disse Hævdsformer indbyrdes kan adskilles i Henseende til Hævdens Genstand eller Retsvirkninger (Illum). Man mangler nu blot en fjerde Teori gaaende ud paa, at de to Hævdsformers samtidige Eksistens skyldes Forskelligheder med Hensyn til andre Hævdsbetingelser end Hævdstiden (jfr. Forholdet mellem den romerske usucapio ordinaria og usucapio extraordinaria).

Hvis det drejer sig om at udfinde Sandheden i Form af den retshistorisk korrekte Forstaaelse af Danske Lov, maa det formentlig siges, at alle de nævnte Fortolkningsforsøg maa anses historisk forfejlede, fordi Lovbogsforfatterne slet ikke har tænkt sig Alderstidsbrug som en Hævdsform eller overhovedet som en særegen Stiftelsesmaade for Rettigheder over fast Ejendom sideordnet med andre Stiftelsesmaader. Alderstidskriteriet var i Lovbogen blot den Term, der benyttedes ved Henvisning til en i de enkelte Lokalsamfund (typisk Landsbysamfund og Jordfællesskaber) faktisk bestaaende og af Samfundsmedlemmerne akcepteret Tilstand. Samtlige de Rettighedsforhold, hvis lovlige Bestaaen og Godkendelse af Samfundsmedlemmerne primært kunde være indiceret af

Tilstandens Bestaaen paa Stedet gennem Alderstid, kunde efter deres almindelige Beskaffenhed udmærket opstaa for den enkelte i Kraft af de af Loven hjemlede Erhvervsmaader, jfr. DL 5-1-1 og 5-5-1 og 2.

Alderstidsreglerne refererede sig til en i et Lokalsamfund faktisk bestaaende Tilstand, som Loven i visse Tilfælde erklærede for forbindende, selvom de Personer, for hvem den maatte være af aktuel Betydning, ikke kunde paavise særskilt Retsgrundlag derfor. Anvendelsen af Alderstidskriteriet er naturligvis beslægtet med ordinær Hævdserhvervelse paa den ene Side og almindelig Sædvaneretsdannelse paa den anden Side, men dog ikke identisk med nogen af Delene. 5-5-1 tager primært Stilling til en bestemt Persons Retsstilling, nemlig Retsstillingen for den, der kun kan paaberaabe sig at have haft Tingen i Haand og Hævd i mindst 20 Aar. Bestemmelserne om Alderstid tager Stilling til, hvad der i visse Tilfælde skal være Kriteriet for Afgørelsen af Interessetvistigheder mellem flere Personer, som paa Forhaand maa formodes at have Interesser paa samme Omraade.

Hvis man absolut ønsker at konstruere Lovbogens Alderstidskriterium som Udtryk for en særegen Rettighedserhvervsmaade, kunde det alene med en vis Ret gøres i den Forstand, at Rettigheder, som den enkelte ikke i en konkret Situation kunde paavise noget særligt Adkomstgrundlag for, desuagtet maatte respekteres som lovligt bestaaende, fordi de gennem lang Tid havde været almindeligt akcepteret i det Samfund, hvoraf den enkelte var Medlem. Den enkeltes Retsstilling kunde saaledes fremkomme som en *Refleksvirkning* af det, der var gammel Sædvane i det lokale Samfund, selvom ordinært, individuelt Grundlag for Retten ikke kunde paavises. Ved visse Former for Raadighed over fast Ejendom var det nu ofte en Følge af Forholdets særlige Natur, at Paavisning af individuelt Adkomstgrundlag for den enkeltes Raadighed vilde være en ganske utypisk Mulighed. Det gjaldt først og fremmest Landsbysamfundenes Benyttelse af Jord til mange forskellige Formaal, og Samfundenes gennem lange Tider gennemførte Adfærd paa dette Omraade vilde være det mest naturlige Kriterium i Lovregler vedrørende disse Raadighedsforhold, dels for Grænsen mellem Samfundets Raadighedssfære og udenforstaaendes Rettigheder, dels for det enkelte Medlems Beføjelser.

Reglen i DL 5-10-21 var saaledes ingenlunde givet for at fastslaa, at visse Former for Raadighed over Skovomraader kun kunde opnaas ved Alderstidsbrug. Det var en Selvfølge, at den enkelte kunde have Rettigheder af den paagældende Art i Kraft af Aftale eller almindelig 20-Aars Hævd, men det vilde blot være utypisk. Det normale vilde være, at et upaaviseligt Antal Samfundsmedlemmer ved mange Aars sædvanemæssig Benyttelse havde raadet over Skoven paa en bestemt Maade. Det, Bestemmelsen nu vil sige, er ikke nogetsomhelst om, hvorledes Rettigheder af den nævnte Art erhverves, men Pointen i Bestemmelsen er at sige, at de Brugsformer, hvis Lovlighed fremgik af den Kendsgerning, at de hidtil havde været akcepteret af alle paa Stedet, ikke kunde forstyrres af en ny Skovejer, og at Grænsen mellem hans Beføjelser og Bøndernes gik der og der.

Ganske samme principielle Synsmaade maa formentlig anvendes paa 3-13-13, hvis sidste Punktum navnlig har været saa omdiskuteret. Ogsaa her er Alderstidsudtrykket benyttet for at karakterisere den lovligt bestaaende Tilstand, men ingenlunde for dermed at angive nogen nærmere Forudsætninger for Erhvervelsen af Folke- eller Fægang. Det maa ogsaa anses for ganske uantagelig ikke at fortolke sidste Punktum i Overensstemmelse med første (jfr. Illum, Servitutter S. 21), hvoraf bl. a. maa følge, at alle Lodsejere og Husbond maatte kunne beslutte, at en fra gammel Tid benyttet Fægang skulde opgives af Hensyn til anden Brug. Dette var der blot ingen særlig Grund til særskilt at uddybe, idet Pointen i Bestemmelsen blot var at fastslaa, at den enkelte Fælligdeltager ikke kunde indtage Særstandpunkt paa Grund af Hensynet til de andre Bymænds Interesser, paa ganske samme Maade, som det i første Punktum var fastslaaet, at han ikke paa egen Haand kunde foretage Indhegninger paa den fælles Ejendom. Det eneste særlige Problem i Forbindelse med 3-13-13, som imidlertid maatte angaa saavel Spørgsmaalet om Oprettelse af individuelle Løkker som Erhvervelsen af Færdselsrettigheder, var dette, om sædvanlig Hævdserhvervelse principielt var udelukket mellem Bymændene indbyrdes som en Konsekvens af Fællesskabsforholdet, jfr. herom ovenfor Note 12.

En Bestemmelse som f. Eks. 2-12-1 skal formentlig heller ikke opfattes saaledes, at den uklart opererer med to forskellige Hævdsformer (jfr. Illum, Servitutter, S. 19, N. 42). Præsten skulde have fri Besiddelse af Præstegaarden med de Rettigheder og det Tilliggende, den havde haft i Alderstid. Her henty-

naar derimod consideres, at Citanten har et Skøde uden Reservation . . .« udtalte Suhm som Begrundelse for at frafalde Birketingsdommen. Flertallets Standpunkt blev ogsaa støttet af Stampe, der udtalte: »Formener, at den paastaaede Hævd kan ikke gælde imod et saa rent Skøde, der er uden Reservation, og at de maa gøre sig Løkken saa nyttig, som de vil, og at de forhen har været tilladt en Gangsti, kan ej relevere noget . . .« Ogsaa Sagen HP 1759, 392, vidner om en Fastholdelse af Princippet.

Alt tyder paa, at det trods den ovenfor citerede Udtalelse var Stampe, der hidførte en Kovending i Retspraksis. I en udførlig Erklæring af 21. August 1759 tog han Standpunkt til det gamle Dogme, Hævd viger for Adkomst. Erklæringen fremkom som Svar paa en Forespørgsel fra Kammerkollegiet i Anledning af, at en Del Bønder i Norge disponerede over Kongens Alminding, som de havde brugt i mange Aar som deres Ejendom. Bønderne paaberaabte sig Hævd, hvilket gav Stampe, der fik Sagen forelagt til Udtalelse, Anledning til en nærmere Gennemgang

---

des altsaa til Forholdet mellem Præstens Raadighedsrettigheder i Forhold til de i de stedlige Omgivelser herskende Raadighedstilstande, i hvilken Henseende Lovbogen blot henholder sig til den Tingenes Tilstand, der har været opretholdt paa Stedet saa længe, man kan huske. Naar Bestemmelsen derefter beskæftiger sig med Præstens Rettigheder over Anneksgaarde og Mensalgods, tænkes der ikke paa Afgrænsningen af den faktiske Raadighedsret i Relation til andre Lodsejere paa Stedet, men paa den ofte foreliggende Deling af Ejerbeføjelserne med Hensyn til saadant Gods. Hyppigt vilde Landgilden tilhøre een og Herligheden i større eller mindre Omfang en anden, hyppigt tilfældige Personer, der ved Køb eller Fæste havde erhvervet disse Rettigheder Indehaverne af de forskellige Ejerbeføjelser havde ikke nogensomhelst nødvendig »samfundsmæssig« Relation til hinanden, og det vilde derfor i saa Henseende være ganske urimeligt af Lovgiveren at henvise til Alderstidskriteriet, da det her alene drejede sig om *hvem*, der havde de paagældende Rettigheder og ikke *hvilke* Rettigheder, man havde. Hvem der havde de enkelte Ejerbeføjelser maatte afhænge af Skøder, Fæstebreve og Hævdserhvervelser. Bestemmelsen er ikke blot ikke uklar, men den er tværtimod helt igennem logisk og velgennemtænkt. Det vilde sikkert have været vanskeligt overhovedet at forklare Lovreglens Forfatter, at Bestemmelsen skulde være uklar, idet den Tanke, at Alderstid og Hævd overhovedet skulde have noget med hinanden at gøre, slet ikke har ligget indenfor hans Forestillingsverden.

To Omstændigheder har bevirket, at Alderstidsinstituttet er blevet presset ind i Hævdskonstruktionen med de deraf følgende uheldige Konsekvenser ved Fastlæggelsen af Alderstidsbrugens Forhold til den ægte Hævd, dels Anvendelsen af moderne juridisk Fortolkningsmetode paa ældre Lovgivning uden Indlevelse i Datidens Tankegang, dels det Forhold, at Tilstanden i sociologisk Henseende er undergaaet betydningsfuld principiel Forandring i Tiden efter Danske Lov, idet det moderne Samfund i det væsentlige bestaar af et stort Antal Enkeltindivider, medens Samfundet paa Danske Lovs Tid endnu i vidt Omfang var opbygget af kollektive Enheder, hvis Opførsel og Retsstilling primært var af Interesse.

Der henvises iøvrigt til Vinding Kruse Ejendomsretten, 2. Udg., S. 577 ff., Illum, Servitutter, S. 16 ff., Dansk Tingsret II, S. 39—45, Poul Meyer, Danske Bylag, S. 157—158 og 182—183, Abitz, Vejenes Retsforhold, 1950, S. 152 ff. Det her forsvarede Synspunkt minder om Vinding Kruses Lære, forsaavidt som det anerkender, at Hensyntagen til Brug i Alderstid er beslægtet med Hensyntagen til Sædvaneretsdannelser, men det maa blot erindres, at Danske Lovs Regler var begrænsede til at angaa visse konkrete »Handleomraader« man kunde derfor højst sige, at Alderstidsbrugen var den gennem Sædvane dannede lokale »Vedtægt«, som naturligvis ogsaa kun skabte Ret for de Personer, den angik, og under Nutidens Samfundsforhold er hele den sociale Baggrund for Danske Lovs Hensyntagen til lokal Sædvaneret forsvundet.

af Hævdsreglerne i Danske Lov. I Forbindelse med denne Gennemgang kom Stampe ind paa Dogmet, Hævd viger for Adkomst, og fastslog, at dette stred mod Danske Lovs Regel, der netop gik ud paa at erklære Hævd som lovlig Adkomst i sig selv. Stampe udtalte (Erklæringer II, Side 679): »Naar dette er den rette Forstaaelse af denne Articel (DL 5-5-3), som det visselig er, saa følger deraf ikke det mindste, som enten kunde svække eller formindske Hævds Kraft og Virkning efter vores Danske og Norske Lov. Meget mindre gaar det an i denne Articel at søge Grunden til den forhen ommeldte og opdigtede regula juris: Hævd bør vige for Adkomst, da denne Articel aldeles ikke taler om 20 Aars Hævd eller om den Hævd, der i sig er en lovlig Adkomst, men alene om en blot Besiddelse og dens Kraft og Virkning in jure, hvilken er den samme efter vore Love som efter jus romanum og de fleste bekendte borgerlige Love.«

Stampe paaviste, at det karakteristiske for Hævd netop er, at denne som Regel begynder med en utilladelig Handling, og at »certitudo dominiorum« ikke opnaas ved den Hævd, der bliver betinget af lovlig Adkomst[14]).

Selve den Sag, som Stampe havde afgivet Erklæring i, kom, saa vidt man kan se af Protokollerne, ikke for Højesteret, men Erklæringen og Stampes Mening maa have sat sig Spor, for forholdsvis kort Tid efter Erklæringens Afgivelse finder man det nye Standpunkt antaget i Højesteret, jfr. Sagen HP 1768 A, 93.

Denne Sag gav Anledning til Afgørelse af to vigtige Spørgsmaal: Dels det her omtalte og dels Spørgsmaalet om, hvorvidt det maatte anses for muligt at vinde Hævd over for Kongen. Det er interessant, at Stampes ovenfor omtalte Erklæring netop ogsaa handler om det sidste Spørgsmaal, og at Højesteret i begge Spørgsmaal gav Stampes Opfattelse Medhold. Sagen drejede sig om »et Stykke Engebund paa Helsingørs Mark, Hængedammen kaldet«, som Helsingør Hospital hævdede at have Ret til paa de fattiges Vegne som Følge af lang Tids Brug. Det paagældende Areal tilhørte imidlertid Kronen i Henhold til det kongelige Inventarium. Seks Dommere var af den Opfattelse, at Kongen ligesom enhver anden, naar han underkastede sig Retten, kunde tabe sin Ejendom. Med Hensyn til Spørgsmaalet om Betydningen af det kongelige Inventarium hedder det hos Førstvoterende Bagger: »... Questio, om Hævd skal vige for Adkomst. Kongen har Adkomster nok udi Inventarium. 5-3-13 siger, Adkomst bør vige for Hævd. Ifølge bemeldte Articel, naar jeg har Hævd i tyve Aar, kan Alverdens Adkomster ej fravende mig det. De fattige har haft det i 30 Aar ... de fattige bør herefter som Ejere nyde det omtvistede Jord ...« Et Mindretal paa tre Dommere vilde konfirmere den afsagte Kommissionsdom, men dette var, saa vidt man kan se,

---

[14]) Jfr. C. D. Hedegaard »Juridisk practiske Anmærkninger«, 1764, 34. Anmærkning og Nørregaard Privatret II, S. 218, Note g.

delvist begrundet i det Synspunkt, at Hævd ikke kunde gælde mod Kongen.

Med Stampes Erklæring og Højesteretsdommen af 1768 var Hævdslæren traadt ind i en ny Fase. Det stod nu fast, at Danske Lov hjemlede en selvstændig Hævdserhvervelse i Lighed med for Eksempel romersk Ret, og der var nu Grundlag for at diskutere Hævdsbetingelserne. At Diskussionen kom til at foregaa efter et romanistisk Mønster, kan naturligvis ikke undre. Navnlig kom justus titulus-Kravet og bona fides-Kravet til at spille en Rolle ved Fortolkningen af Danske Lov. For det første Kravs Vedkommende staar det imidlertid fast, at dette aldrig trængte ind i gældende Ret. Med Hensyn til Godtroskravet er Udviklingen derimod vanskeligere at bedømme.

Kravet om god Tro var ikke hjemlet i Danske Lov 5-5-1. En lang Overgang har man søgt at indfortolke Godtroskravet i Bestemmelsen, men efter Axel Petersens grundlæggende Undersøgelser paa dette Omraade maa der nu siges at herske Enighed om, at Danske Lovs Hævdsregel overhovedet slet ikke er subjektivt betinget[15]). Naar Vinding Kruse det anførte Sted udtaler, at ældre dansk Ret »vist nok« ikke stillede Krav om god Tro og begrunder den ved det udhævede Ord antydede Tvivl med den ofte anførte Rettertingsdom af 1598 (Secher: Kongens Rettertingsd. I, 191—93), gælder der her i Princippet det samme, som hvad der ovenfor er anført i Forbindelse med Fortolkningen af Danske Lov 5-8-12: Der vides intet om, hvorvidt den nævnte Rettertingsdom overhovedet kan opfattes som Kilde til Danske Lov, og selv om dette antages, involverer den ikke, at Hævdserhvervelsen skal anses for subjektivt betinget[16]). Vinding Kruse anfører iøvrigt ligesom ved 5-8-12, at den Omstændighed, at Bestemmelsen ikke nævner Godtroskravet, ikke kan være afgørende, »da vore gamle Love paa Ejendomsrettens Omraade i det hele taget sjældent udtaler sig om indre sjælelige Forhold«. Vedrørende Vægten af dette Argument henvises ligeledes til det ovenfor i Forbindelse med DL 5-8-12 bemærkede. Rent principielt er det af Vigtighed ogsaa for Udviklingen af gældende Ret, at det slaas fast, at der ikke kan bringes retshistoriske Argumenter i Marken for Godtroskravet, i hvert Fald for saa vidt angaar Danske Lov.

Forinden der indgaas paa en Bedømmelse af Udviklingen i Retspraksis efter 1768, vil det være nødvendigt nærmere at undersøge Godtroskravets Beskaffenhed inden for Hævdslæren. Illum paapeger med Rette[17]), at en Del af den herskende Usikkerhed skyldes den Omstændighed, at man ikke nærmere har forsøgt at præcisere, hvad der skal forstaas ved god Tro. I sin skarpeste Form betyder god Tro en begrundet Formodning om, at det Gode, som man raader over, ogsaa tilhører en,

---

[15]) Jfr. Vinding Kruse Ejendomsretten, 2. Udg., S. 596.
[16]) Jfr. Axel Petersen l. c. S. 431 f.
[17]) Servitutter, 1943, S. 123.

for Eksempel god Tro paa, at det er blevet erhvervet ved en efter sin Art ejendomsretsoverførende Retshandel. Saaledes udformet minder Kravet om Romerrettens Ordning. Saalænge man fastholder, at den gode Tro skal gaa ud paa, at Godet tilhører en, kan Godtroskravet iøvrigt varieres efter den almindelige Skala: Viden, grov og simpel Uagtsomhed.

Opgiver man det ovennævnte principielle Udgangspunkt vedrørende den gode Tros Genstand, kan man enten indtage et Yderstandpunkt, saaledes at Hævd anerkendes trods enhver positiv Viden om Manglerne ved ens Adkomst, det vil sige Manglerne ved Erhvervelsesakten, — eller et Mellemstandpunkt, som ikke nøjagtigt kan afgrænses, men som kan siges at gaa ud paa at kræve en vis redelig Adfærd fra Hævderens Side. I sidste Fald vil selve den Omstændighed, at man ved, at man ingen som helst Ret har til Godet, ikke i sig selv være til Hinder for Hævd. Paa den anden Side vil visse Former for bevidst uretmæssig Erhverv blive diskvalificeret. God Tro i streng Forstand indsnævrer Hævdsmulighederne overordentlig meget, og det kan derfor siges at være et af de mest betydningsfulde Spørgsmaal i Hævdslæren, om et saadant Krav skal gennemføres. Tilsyneladende har dansk Praksis nu gennemført det, og det er da af historisk Interesse at se, hvorledes Resultatet er fremkommet.

Det har sikkert haft en vis Betydning for Kravets Gennemførelse, at Anerkendelsen af Muligheden for at vinde Hævd trods ond Tro i visse Tilfælde falder stærkt for Brystet. Man har spurgt, om Tyven eller den, der har erhvervet Tingen ved Vold eller Tvang, kan hævde Ret til Tingen. Allerede i det 18. Aarhundrede tog man Afstand fra Hævd paa »Misgerninger«, og det er nok muligt, at Domstolene i saadanne Tilfælde altid har villet vægre sig ved at godkende Hævden, men mig bekendt foreligger der ikke fra Tidsrummet fra Danske Lov og op til Nutiden een eneste Dom, der angaar et saadant Tilfælde, som i Virkeligheden hører til de allermindst praktiske. Det egentlig praktiske Problem foreligger ved fast Ejendom, der bliver taget i Besiddelse enten ved en simpel Tilegnelse eller i Henhold til en eller anden Adkomst, som lider af Mangler. Her vil Probemet som Regel være, om det strenge Godtroskrav skal gennemføres, eller om man skal blive ved det ovenfor omtalte Mellemstandpunkt. Dette sidste kan eventuelt godt udformes saaledes, at Hævd endog tillades, hvor Hævderen ved, at Godet ikke tilhører ham, naar han blot udøver Hævden aabenlyst og ikke positivt forsøger at unddrage Godet fra dets Ejer. Den romanistiske Inddeling, Forsæt, grov og simpel Uagtsomhed, er i Virkeligheden slet ikke brugbar her.

Mens Godtroskravet som nævnt efter romersk Forbillede blev fastholdt i Naturretsfremstillingerne, hævdede det 18. Aarhundredes Forfattere herhjemme, at Hævd efter Danske Lov maatte kunne indtræde

til Fordel for selv den svigagtige Besidder. Dette støttede Datidens Forfattere navnlig paa en Sammenstilling af DL 5-5-1 og 5-14-4. Tilsyneladende blev ingen af de to i Datiden formulerede Yderstandpunkter antaget af Domstolene. Naar Praksis ikke opstillede noget positivt Godtroskrav, stemte dette for saa vidt ligefrem med de Principper, man tidligere havde fulgt ved Anvendelsen af DL 5-5-1 i Forbindelse med Dogmet »Hævd viger for Adkomst«. Saalænge dette Dogme var blevet anerkendt, havde det jo netop haft til Følge, at Hævdserhvervelsen var blevet forvist til de Tilfælde, hvor man havde usurperet Ejendom, med Hensyn til hvilken de ældre Adkomstforhold var ukendte eller tvivlsomme; men netop paa dette Omraade er Hævd saa at sige uigennemførlig, hvis der opstilles et positivt Krav om god Tro hos den hævdende. Der er da heller ingen Tvivl om, at Spørgsmaalet om Hævderens mere eller mindre gode Tro med Hensyn til hans oprindelige Adkomst til det Gods, han havde besiddet i 20 Aar eller længere, overhovedet ikke indgik i Rettens Overvejelser i Tiden indtil 1768 inden for Ejendomshævdens Omraade.

Teoriens Standpunkt havde imidlertid sikkert den Konsekvens, at det positive romerske bona fides-Krav ikke blev introduceret i Perioden efter 1768[18]). Iøvrigt kom Udviklingen i Retspraksis ikke til at falde sammen med de Retningslinier, som fulgtes af Retsvidenskaben. Allerede længe før Ørsted tog bona fides-Kravet i Forsvar, var Højesteret kommet ind paa at stille visse Krav i subjektiv Retning ved at anlægge det Hovedsynspunkt, at en Raadighed, som kunde karakteriseres som »Snigebrug«, ikke var tilstrækkelig til Hævdserhvervelse. Paa dette Punkt er der imidlertid sikkert en Forbindelse mellem Praksis og romersk Ret, selv om denne som nævnt ikke har noget med det almindelige bona fides-Krav at gøre.

Inden for Servituthævdens Omraade var man i den efterklassiske Romerret kommet ind paa at anerkende en særlig Hævdsform. Baggrunden var den, at man i klassisk Ret principielt havde afvist Muligheden for Servituthævd. Dette Standpunkt viste sig i Løbet af Kejsertiden at være uholdbart, og Romerne kom som bekendt da ind paa at anerkende en »longa possessio« under visse Betingelser som Servituthævd. Paa dette Omraade indførtes ikke selve Begreberne justus titulus og bona fides, — man nøjedes derimod med at kræve, at Servitutraadigheden ikke maatte være opnaaet »vi«, »clam« eller »precario«[19]).

Selv om det forhaandenværende Materiale paa dette Omraade er ret spinkelt, synes der at være Grundlag for at antage, at Forbindelsesleddet mellem det romerske Synspunkt og dansk Ret laa i DL 5-5-1's Slutningsord. Hvad man har i Pant, Forlening eller i Forsvar, indehaves

[18]) Jfr. navnlig Voteringen HP 1793 A. 755.
[19]) Jfr. D. 8,5,10 »sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse«.

netop paa en Maade, der minder om den romerske precario-Besiddelse, i hvert Fald i denne Forbindelse, hvor det afgørende er den Omstændighed, at Indehaveren af Godet selv er klar over, at han alene raader over Godet i Henhold til Ejerens Tilladelse[20]).

Kort efter, at Hævdsinstituttet virkelig var blevet »reformeret« ved Underkendelsen af Dogmet »Hævd viger for Adkomst«, synes de romerske Servituthævdsbetingelser at være trængt ind i Praksis saavel i Servitutsager som paa Ejendomshævdens Omraade. Forestillingen om, at Besiddelsen ikke maatte være opnaaet »clam«, førte til det Synspunkt, at den Raaden, som man havde tilsneget eller tillistet sig, maatte diskvalificeres, hvorimod man omvendt maatte godkende enhver Raadighed, som var sket aabenlyst, som egnet til Hævdserhvervelse, uden Hensyn til om Hævderen iøvrigt maatte siges at være i mere eller mindre kvalificeret god Tro med Hensyn til sin Adkomst.

Paa et særligt Omraade voldte det nævnte Synspunkt Vanskeligheder eller i hvert Fald Usikkerhed. Der tænkes her paa de Retssager, der ofte opstod vedrørende Pligten til at svare Tiende, dels Kirketiende dels Kongetiende. I Sagen HP 1783 A, 545, var der Tale om Strid imellem Ejeren af Kongetienden og en Præst, der hævdede ikke at være pligtig til at svare Tiende, da han ikke havde gjort det gennem 40—50 Aar. Selve Præstegaardsjorderne var naturligvis tiendefri, men Problemet drejede sig navnlig om Degnens Hartkorn. Landstingsdommen gav Tiendeejeren Medhold, men denne Dom blev omstødt af Højesteret med 8 Stemmer mod 3 under Hensyn til den stedfundne Frihedshævd. Mindretallet vilde stadfæste Landstingsdommen, fordi det vilde være farligt at antage, at Tiendeejeren, der havde bortforpagtet Tienderettigheden, som var det normale for Kongetiendens Vedkommende, skulde miste Tienden. Anchersen fremhævede i denne Forbindelse det gamle

---

[20]) Paa dette Sted kan iøvrigt erindres om det ejendommelige Forhold, at de i 5-5-1 in fine nævnte Besiddere opfattedes som »naturlige« og ikke »borgerlige« Besiddere, jfr. HP 1793. 755, hvilket vidner om, at man ved Overtagelsen af romanistiske Besiddelsesterminologier ganske glemte at sondre mellem possessio ad interdicta og possessio ad usucapionem. Men saadanne Uklarheder og Unøjagtigheder findes meget hyppigt i den gamle juridiske Sprogbrug.

En Overgang var Højesteret iøvrigt inde paa at fortolke 5-5-1 in fine saaledes, at Hævd kun kunde finde Sted mellem Ejere. Dette Synspunkt kom blandt andet frem i den ovenfor omtalte Sag HP 1778. 204 og maatte bl. a. konsekvent føre til at nægte Repræsentation i Hævden, stik imod den senere i det 19. Aarhundrede anvendte Konstruktion, hvorefter Hævd kunde erhverves gennem Repræsentant, fordi den repræsenterede ligefrem opfattedes som borgerlig Besidder (jfr. Ørsted, Haandbog IV, S. 336). Opfattelsen sejrede dog ikke, og Ejerens Hævdserhvervelse gennem Brugere og Fæstere anerkendtes jfr. HP 1781 D. 529 om Hævd paa Græsningsret paa Færøerne. Derimod afviste Højesteret, at en Fæstebonde overfor Husbond skulde kunne erhverve sig mere vidt gaaende Rettigheder end tilsagt i Fæstebrevet, jfr. bl. a. HP 1780, S. 179, der drejer sig om en Fæstebonde, der i Hævdstid uden Hjemmel havde hugget Naur paa Godset. En enkelt Dommer vilde tillade Hævden, da der var Tale om »en anden Rettighed udenfor almindelig Fæstegaard« og altsaa ikke noget, han havde haft i Forlening, men de øvrige Dommere var af den Opfattelse, at en Fæstebonde ikke kunde hævde imod sin Husbond.

romanistiske Princip »agere non valenti non currit præscriptio[21]), som sikkert kan tages som Udtryk for det Synspunkt, at Hævd ikke skal indtræde til Skade for den, som har været afskaaret fra at gøre sin Ret gældende. Den videste Konsekvens af dette Synspunkt fører netop til at kræve en Hævdsudøvelse af en saa aabenlys Beskaffenhed, at den giver Ejeren rimelig Adgang og Anledning til at reagere. Anchersen begrundede sit Standpunkt med, at Kongetienden normalt blev bortforpagtet og ikke oppebaaret in natura af Tiendetageren, og »naar Hævd skal finde Sted, maa det være mod en Mand, som kunde paase sin Ret«. Det er iøvrigt interessant, at ingen af Dommerne var inde paa, at offentlige Afgifter, paalagt ved Loven, maaske slet ikke burde kunne bortfalde ved Frihedshævd. Sporon var i Tvivl om, hvorvidt 5-2-2 skulde forstaas saaledes, at den kun omfattede »servitutes affirmativas«, men turde ikke antage dette, bl. a. under Hensyn til 5-14-4.

En halv Snes Aar senere kom der atter en Tiendesag for Domstolene, jfr. HP 1793 A, 755. Sagsøgeren i Sagen havde her gennem mange Aar oppebaaret Tiende af nogle Jorder, som egentlig var tiendepligtige til Stamhuset Rosenfeldt. Højesteret omstødte i denne Sag Birketingsdommen, der havde givet Godsejeren Medhold, og statuerede, at Sagsøgeren havde vundet Hævd paa Tienden. I denne Dom kom det til at spille særlig Rolle, hvorvidt det kunde antages, at Fæstebønderne som »usufructuarii« kunde medvirke til at fravende de Godsejeren tilkommende Rettigheder ved Hævd. Majoriteten antog imidlertid, at dette Synspunkt ikke i det foreliggende Tilfælde var til Hinder for Hævd. En Minoritet vilde imidlertid stadfæste Birketingsdommen med den Begrundelse, at »Tiendetageren kan ej antages ved collusion med Bønderne at skulle kunne fange Hævd«. Fridsch fremhævede i denne Forbindelse, at Hævderen ikke havde oppebaaret Tienden aabenlyst paa Marken, og dominus fundi ... kunde da som uvidende ej sætte sig derimod«. Heroverfor bemærkede Holtermann, at det var urimeligt, at Ejeren ikke skulde »vide deres Tiendeydelse, og Tienden oppebæres ofte dels i Skæppen, dels paa Marken, som her er sket«. Han tilføjede, at Tiende ellers aldrig vilde kunne hævdes.

Den Usikkerhed, som spores i Voteringerne i disse Tiendesager, illustrerer paa karakteristisk Maade det Grundsyn, som kom til at præge Højesterets Hævdsafgørelser: Kravet om den aabenlyse Hævd og den hertil svarende Diskvalificering af Snighævden. Synspunktet havde som allerede nævnt Forbindelse med den romerske Hævdslære og forøvrigt i det hele taget med den romerske Possessiolære, med hvilken Begreberne vi, clam og precario havde den nærmeste Sammenhæng, idet selve Sammenstillingen af disse Begreber var sket allerede i den klassiske Interdiktsproces. En af de første Domme, der direkte viser

[21]) Sætningens Hjemmel i Kilderne er yderst begrænset, jfr. Dernburg, System des römischen Rechts 1911, I, S. 273.

Synspunktets Anvendelse i Forbindelse med Afvisning af en Hævdserhvervelse, er Sagen HP 1774, 606. Højesteret var i dette Tilfælde enig om, at Hævd ikke kunde anerkendes, fordi »alt, hvad der udkommer af hans førte Vidners Forklaringer, er, at denne Gaards Ejere clam et precario har hugget i Samejeskoven, men ikke continua serie eller paa Grund af nogen Rettighed«. Det er ikke aldeles afgørende, om Dommens Resultat i og for sig skal anses begrundet paa det ene eller det andet af de nævnte Synspunkter, — det bemærkelsesværdige er Sammenstillingen af de Grunde, der førte til Forkastelse af Hævden.

I en Skeltvistighed, HP 1777, S. 389, ser man atter Synspunktet dukke frem. Her var ganske vist Tale om meget indviklede Ejendoms- og Besiddelsesforhold, og Afgørelsen af Hævdsspørgsmaaalet blev ikke eneafgørende for Sagen. De Dommere, der kom ind paa Citantens Hævdspaastand, var imidlertid enige om at afvise denne: »At Breens Opsidder har brugt Aaværk paa Næs's Eneeje, gør intet til Sagen, da de ingen Hævd har fanget, og deres Brug kun har været Snigebrug«.

I Sagen HP 1778, 204, var Hovedspørgsmaalet dette, om Hævd kunde tillades inden for Jordfællesskabet under Broholm Gods, jfr. ovenfor Note 12. Majoriteten i Højesteret var enig om at stadfæste Landstingsdommen, fordi Hævd slet ikke kunde tillades. Minoriteten var af den Opfattelse, at Hævdserhvervelse under de foreliggende Omstændigheder principielt var mulig, og herefter maatte Hævd anerkendes, »da Bonden har haft dette Brug uden Indsigelse og hverken clam eller precario«.

Dommen HP 1782, 103, er en særlig klar Illustration af Standpunktet i Praksis. I dette Tilfælde stadfæstede Højesteret en Oberhofretsdom vedrørende Skellet imellem to Gaarde. Sagsøgerens Paastand blev afvist, fordi hans Benyttelse af Terrainet imellem de to Gaarde kun var dokumenteret ved et enkelt Vidne og iøvrigt maatte anses for Snigebrug. Sagsøgte fik derimod Medhold i sin Paastand om Hævd paa den af ham paaberaabte Delelinie. Inden for denne havde Sagsøgte ved flere Lejligheder foretaget Hugst, og Sporon, til hvis Votum de øvrige Dommere sluttede sig, fremhævede, at Sagsøgeren maatte have været vidende om disse Hugster, »thi det er bevist, at han har været nærværende m. m.«.

I Sagen 1783 A, S. 21, var der Tale om en Retssag imellem Københavns Magistrat og en Privatmand, Etatsraad Borre, vedrørende et Stykke Jord beliggende uden for Stadens vestre Port ved en Gaard kaldet »Den gule Hest«. Ingen af Parterne kunde dokumentere en egentlig Adkomst til det omtvistede Stykke Jord, og begge Parter havde for saa vidt udøvet en vis Raadighed over det. Magistraten havde beskaaret Træerne og foretaget Hugst, medens Borre havde slaaet Græs m. m. Majoriteten stadfæstede Hof- og Stadsrettens Dom ud fra det Synspunkt, at Borre ikke kunde antages at have udøvet en egentlig Ejerraadighed, men blot en uskadelig Nyttesret. Sporon fremhævede,

at hvis dette havde været Tilfældet, maatte man have betragtet det som en usus furtivus, hvortil Fridsch bemærkede, at »usus furtivus kan ikke siges om Ejerne, da Stakittet er borttaget, og dem ikke er forbudet at udøve den. *Thi de har brugt Jorden aabenlyst«.*

Endvidere kan henvises til Sagen HP 1783, S. 578, hvor dog Afgørelsen af Hævdsspørgsmaalet ikke fik Betydning for Hovedsagen. Ogsaa her blev Snigebrugskriteriet bragt i Anvendelse. Det maa sikkert antages, at dette Kriterium for Bedømmelsen af en Hævdspaastands Berettigelse baade fandt Anvendelse ved Servituthævd og Ejendomshævd. Hvad Serviuthævd særligt angaar, er det iøvrigt et Spørgsmaal, om et positivt Godtroskrav i streng Forstand ikke helt vilde udelukke denne Hævdsform.

At Praksis ikke stillede et egentligt Godtroskrav i den nævnte Forstand ved Ejendomshævd, fremgaar ret klart deraf, at der praktisk talt aldrig blev procederet paa det, ligesom Hævd Gang paa Gang blev anerkendt, hvor Hævdsbesiddelsen uomtvisteligt var blevet paabegyndt ved en ren Usurpation. Af og til blev det positivt udtalt i Vota, at »bona fides ikke fordres efter vore Love til at erhverve Hævd«. Udtalelser af denne Art dækkede kun over en halv Sandhed, men var en Følge af Universitetets Lære og Modstillingen af dansk Ret med Romerretten, jfr. Feddersens Udtalelse i Sagen HP 1782 A, 265: »Vel er Hævd en lovlig Adkomst, naar ikke bevises, at han haver haft den under titolo dominii non translativo, men bona fides udfordres ikke.«

I en Sag fra 1793, HP 1793 A, 958, procederede Sagsøgeren udtrykkeligt paa det Synspunkt, at Besidderen »verserede in mala fide«. Dette Synspunkt blev rent principielt afvist. Der var Tale om noget beneficeret Degnegods, som ifølge Matrikulen skulde tilhøre Allesøe Degnekald, men Jorden havde langt over Hævdstid været brugt af Degnene i Korup, oprindelig i Henhold til en Lejekontrakt, men senere uden særlig Adkomst. Til Støtte for Paastanden om, at Korup-Degnen maatte have været i ond Tro, anførte Sagsøgeren, at Besidderen aldrig havde betalt Skatter af Jorden, men ogsaa dette Synspunkt blev afvist, »thi saalænge ikke af een Kvadratalen Jord svares lige meget i Skatter, kan ingen Jordejere vide, om han svarer den bestemte Skat af sin Jord eller ej« (jfr. Noten til Dommen U. f. R. 1932, S. 39).

Det er vel et Spørgsmaal, om ikke Højesteret selv nu vilde have givet Korupdegnen Medhold, omend han næppe kan have haft begrundet god Tro med Hensyn til sin Adkomst. De nævnte Udtalelser i den gamle Praksis vedrørende bona fides-Kravet har for saa vidt kun Interesse, for saa vidt de viser, at Højesteret ikke selv opfattede den længe gennemførte Diskvalificering af Snighævden som ensbetydende med et bona fides-Krav. Naar Stemann i den sidstnævnte Dom henviser til Analogien af DL 5-5-4, er dette Udtryk for et rent Citat fra den retsvidenskabelige Teori (jfr. Nørregaard: Privatretten II, 1798, S. 212), men

ikke i Overensstemmelse med Højesterets eget Standpunkt (jfr. nedenfor).

Allerede forinden Ørsted fremkom med sine Betragtninger over Hævdslæren, havde Praksis, som det fremgaar af det ovenfor anførte, taget sit selvstændige Standpunkt og i begrænset Grad opstillet subjektive Betingelser som Forudsætning for Hævdserhvervelse. Ørsted har næppe været fortrolig med den ældre Praksis paa dette Punkt, — i al Fald nævner han den ikke, og hans Bemærkninger er i første Række polemisk vendt mod Hurtigkarl og de ældre Forfatteres Lære om Hævdserhvervelse endog til Fordel for den »svigagtige Besidder«.

Allerede ved Diskussionen om selve Begrundelsen for Hævdsinstituttet vendte Ørsted sig mod Forgængernes naturretlige Argumentation og satte (iøvrigt i Lighed med Hurtigkarl) »certitudo dominiorum« som Hovedbegrundelsen for Hævdsinstituttet. Den naturretlige Derelictionsteori synes ogsaa tidligt at have mødt en vis Modvilje i Højesteret: »Sandt nok, at principia til Hævd efter Naturens Ret er derelictio præsumpta og poena negligentiae, men den vigtigste ratio til de positive Loves Disposition i denne Henseende er certitudo dominiorum. Hans Jensens Fader har aldrig moveret det mindste om denne Gaard; der er altsaa en derelictio præsumpta paa hans Side, hvorfor han bør lide poenam negligentiae, og dersom han derudover har tabt sin Ret, saa kan denne hans Søn heller ingen have . . .«, hedder det i et Votum.

Den naturretlige Hævdsbegrundelse passede iøvrigt udmærket til den af Højesteret indførte Snighævdspraksis, idet det netop maatte virke stødende at lade en Ejer lide »poenam negligentiae«, hvor han ikke havde haft Anledning til at vaage over sin Ret, fordi Hævderen havde listet sig til Brugen af Ejendommen.

Ørsted udviklede imidlertid (Haandbog IV, S. 316 ff), hvorledes Sikkerhedshensynet maatte veksle i Styrke, eftersom der var Tale om Besiddere i god eller ond Tro. Iøvrigt fremsatte han som bekendt den Lære, at Hævd ikke kan grundes paa en Erhvervelseshandling, der medfører Forpligtelse til Erstatning. Dette Standpunkt støttede Ørsted blandt andet paa en Fortolkning af DL 5-14-4, der efter hans Formening ikke kunde udstrækkes til at angaa andet end kontraktsmæssig Gæld (l. c. S. 321). Medens Ørsteds Lære, hvad Resultatet angaar, næppe kan anses for særlig heldig og navnlig ikke særligt vejledende, blev hans Polemik imod Forgængerne af stor Betydning. Naar Ørsted rent principielt kom til det Resultat, at der under alle Omstændigheder maatte stilles visse subjektive Krav til Hævdserhververen, skete dette til Dels ud fra Hensyntagen til Romerrettens Regler inden for Hævdslæren, som Ørsted iøvrigt havde udtalt, efter hans Formening hørte til de Omraader, hvor Romerretten kunde have størst Interesse for dansk Ret.

Selve Henvisningen til Erstatningsreglerne er som nævnt ikke særlig

vejledende, blandt andet fordi det vilde blive et vanskeligt Spørgsmaal at afgøre, hvilke Krav Culpastandarden fører til at stille til Erhververen[21a]). Dertil kommer, at Erstatningsreglerne er opstillet med helt andre Formaal for Øje end Afgørelsen af Hævdsproblemet, og at dette derfor bedst løses ud fra en ganske selvstændig Bedømmelse af reale Grunde.

I Tiden efter Ørsted og lige indtil vore Dage har det teoretiske Spørgsmaal om Godtroskravet været Genstand for stadig Diskussion. Kun en enkelt Forfatter har i denne Periode indtaget det radikale Standpunkt ganske at slette Kravet om god Tro[22]). Matzen oplivede Ørsteds Lære og støttede denne paa en, som det nu erkendes, urigtig Fortolkning af Danske Lov 5-5-1, idet han fortolkede Ordet »angerløst« som ensbetydende med »ansvarsfrit«[23]).

Den vægtigste Undersøgelse af Emnet de lege lata blev foretaget af Torp[24]). Ud fra DL 5-2-89 og Forordningen 11. September 1839 kom han til det Resultat, at Hævd maatte udelukkes, »hvor Besidderen har gjort sig skyldig i Uredelighed, det vil sige et forsætligt, retsstridigt Forhold, hvorved han er sig bevidst, at han til egen Fordel uretmæssigt tilføjer en anden en materiel Retskrænkelse«. Dette Standpunkt er nu blevet godkendt af Vinding Kruse[25]) som en »god Vejledning«. I nyeste Teori har der her været Tale om en Svingning fra et strengere Godtroskrav til det Torpske Uredelighedskriterium[26]). Om det virkelig kan anses for at være i Overensstemmelse med gældende Ret, er ikke uden videre givet.

Med Hensyn til gældende Ret maa det for det første bemærkes, at Illum utvivlsomt har Ret i, at der ikke kan stilles noget egentligt Godtroskrav, for saa vidt angaar Servituthævd, eller overhovedet et Krav om, at Hævdsraadigheden paa dette Omraade udøves i Henhold til en mere eller mindre velbegrundet Tro paa, at Brugen er berettiget. Paa dette Omraade er det gamle Snighævdskriterium sikkert det eneste anvendelige [27]). Disse Synspunkter maa imidlertid netop anses for at være i Overensstemmelse med Torps Kriterium, selv om dette, saa-

[21a]) Ganske det samme gælder formentlig den af Illum, jfr. Servitutter S. 126 og Tingsret II, S. 66, opstillede Hæderlighedsstandard, der har alle de Kendemærker, som er karakteristiske for den saa stærkt yndede Standardteknik: den tilfredsstiller med Rette Teoretikeren. Den er nemlig intellektuelt tiltalende, fordi den besvarer et vanskeligt Problem restløst, men dens Brugbarhed som praktisk Vejledning in concreto staar i omvendt Forhold til dens abstrakte Fuldendthed.

[22]) Gram, Den danske Formueret I, 1858, S. 180 f.

[23]) Jfr. nu Vinding Kruse, Ejendomsretten, 2. Udg., S. 599, og Axel Petersen l. c.

[24]) Dansk Tingsret 1892, S. 380.

[25]) Ejendomsretten, 2. Udg., S. 596.

[26]) Jfr. f. Eks. H. Munch-Petersen: Den borgerlige Ret, 11. Udg., 1940, S. 187, sammenholdt med 13. Udg., 1948, S. 207.

[27]) Illum, Servitutter, S. 122 f., »Alle synes enige om, ... at der kan vindes Hævd paa en Servitut, selv om den hævdende er klar over, at Brugen udøves over anden Mands Jord uden Tilladelse, naar der blot ikke foreligger Misbrug af vist Tillid«, udtaler Ernst Andersen i sin Anmeldelse af Illums Afhandling, UfR 1945 B, S. 56.

ledes som det er formuleret, i og for sig rummer en Uklarhed. Det er nemlig næppe ubetinget knyttet til Forestillingen, at Hævderen skal »tro« paa Ret til at udøve Hævdsraadigheden, selv om »Tro« identificeres med »ikke-Viden«.

Hvad Ejendomshævden angaar, er Stillingen en helt anden. I Tiden efter Ørsted og indtil Nutiden er der, saa vidt man kan se, ikke faldet en eneste klar Dom om den subjektive Hævdsbetingelse før den afgørende Højesteretsdom af 17. November 1931[28]).

Den nævnte Højesteretsdom er imidlertid, naar den sammenholdes med Landsretsdommen, udmærket egnet til at illustrere selve Problemet og det, der maa formodes at være gældende Ret. Her var Tale om et Jordstykke, som en Arbejdsmand uden Adkomst af nogen Art tog i Besiddelse og raadede over som Ejer. Den paagældende Grund var blevet solgt ved Købekontrakt Aar 1900, men Skødet blev først udfærdiget til Køberen i 1919, og denne foretog sig iøvrigt intet over for Besidderen. I 1928 blev Ejendommen overdraget ved Arveudlægsskøde, og den nye Ejer gjorde nu Krav paa Besiddelsen af det solgte. Saavel Landsretten som Højesteret antog, at Besidderen maatte være vidende om, at Grundstykket ikke tilhørte ham selv. Landsretten fandt imidlertid ikke denne Viden tilstrækkelig til at nægte Hævdserhvervelse, da det maatte antages, at Sagsøgtes Besiddelse og Udnyttelse af Grundstykket »havde været ganske aabenlys«. Til Landsrettens Dom er føjet en Dissens, hvorefter Besidderen maatte være udelukket fra at vinde Hævd, fordi han havde gjort sig skyldig i et forsætligt retsstridigt Forhold, hvorved han var sig bevidst, at han til egen Fordel uretmæssigt tilføjede Grundens Ejer en materiel Retskrænkelse.

Dissensen var en ordret Gengivelse af Torps Lære, men det var formentlig en Misforstaaelse af Torps Mening at anvende det af ham formulerede Kriterium som Grundlag for at nægte Hævd i det foreliggende Tilfælde. I Virkeligheden synes Torps Lære efter sin Aand og Motivering langt snarere at svare til det af Majoriteten inden for Landsretten tagne Standpunkt. Imidlertid har Torp selv givet Anledning til Uklarheden. Han byggede som nævnt sin Lære paa Forordningen af 11. September 1839, § 2, og paa en Afstemning af Godtroskravet inden for Frugterhvervelseslæren med det tilsvarende Krav inden for Hævdslæren. Torp antog formentlig med Rette, at Forordningens Ord, »den dem bekiendte Sandhedsfordølgelse eller ... nogen anden Mislighed«, gav Udtryk for det centrale Indhold i Forordningens Regel (jfr. Torp l. c., § 19, S. 227), og fra disse Ord naaede Torp til Begrebet »Uredelighed«. Det var dog næppe Torps Mening, at ethvert i ordinær Forstand »forsætligt« Forhold skulde være at identificere med Uredelig-

[28]) UfR 1932, S. 39, jfr. UfR 1931, S. 127. De gamle Domme fra 1839, Juridisk Tidsskrift, 37. Bd., S. 271, og 1841, Juridisk Ugeskrift, 2. Bd., S. 876, kan, som bemærket af Illum, l. c. S. 124, ikke afgive Grundlag for videregaaende Slutninger, jfr. ogsaa Torp l. c., S. 384.

hed. Viden og Sandhedsfordølgelse er ikke ganske det samme. Da Torp imidlertid skulde definere Uredelighedskriteriet nærmere, gjorde han det paa en Maade, som kunde give Anledning til Misforstaaelse, og som formentlig, jfr. ovenfor, netop er blevet misforstaaet. Ved at lægge Vægt paa, at Besiddelsen er erhvervet ved et forsætligt, retsstridigt Forhold, hvorved Erhververen er sig bevidst, at han for at skaffe sig selv en Fordel paa uretsmæssig Maade tilføjer en anden en materiel Retskrænkelse, kom den formentlige Forskel imellem det blotte Forsætskriterium og Uredelighedskriteriet til at afhænge af det uklare Ord »*uretmæssigt*«. Hvis dette kun forstaas saaledes, at det betyder en Handling, der objektivt maa anses stridende med en andens Ret, maatte Torps Definition nødvendigvis føre til den Anvendelse, som den dissentierende Landsdommer gjorde af den — i et Tilfælde, der netop laa saa klart, uden Antydning af Sandhedsfordølgelse eller Mislighed i egentlig Forstand.

Dissensen fik imidlertid Medhold i Højesteret, som nægtede Hævd endda med en endnu mere alment formuleret Begrundelse. Efter Højesteretspræmissernes Ord maa man antage, at det eneste afgørende har været det Forhold, at Indstævnte maatte have vidst, at Grundstykket var bortsolgt, da han tog det i Besiddelse, — og herom var der jo ingen Uenighed ved nogen af Instanserne. Tager man Højesteretsdommen paa Ordet, maa den betyde, at »dersom Besidderen retsstridigt ved egen Magt har tilegnet sig en fast Ejendom, kan han ikke vinde Hævd[29]). Det vil altsaa sige, at Hævd i Realiteten overalt skulde være udelukket, hvor fremmed fast Ejendom tages i Besiddelse uden en eller anden Form for Adkomst (som »undskyldende Moment«). En Usurpator maa nemlig, bortset fra Grænseoverskridelser som Følge af Vildfarelse, saa at sige altid vide, at Ejendommen ikke er hans, og selve Indsnævringen af det subjektive Krav paa dette Omraade til kun at angaa forsætligt Forhold, Viden, er i Virkeligheden af ret uvæsentlig Betydning. Højesterets Standpunkt betyder rent faktisk en Indførelse af justus-titulus-Kravet via Formuleringen af Godtroskravet.

At Højesterets Standpunkt ikke er hjemlet i Danske Lov, maa anses for hævet over enhver Tvivl, men dette retskildemæssige Forhold kan man maaske se bort fra. Vinding Kruse har nu sluttet sig til Torps Uredelighedskriterium og mener, at »dette Synspunkt vil vise sig at være en god Vejledning for Domstolene baade ved Ejendomshævd og anden Frihedshævd og ved Servituthævd«. Ud fra de reale Grunde der bærer Hævdinstituttet, og under Hensyn til dettes Lovgrundlag, kan der ikke her gives Tilslutning til denne Opfattelse, naar det tages i Betragtning, hvorledes Højesteret har opfattet Torps Lære. Et Uredelighedskriterium i snævrere Forstand vilde derimod kunne forliges med det gamle Snighævdskriterium, efter hvilket det var et afgørende Moment, om man ved at snige sig til Brugen havde hindret den materielt beret-

[29]) Jfr. saaledes Vinding Kruse l. c., S. 597.

tigede i at gøre sine Rettigheder gældende. Højesteretsdommen af 1931 har imidlertid rent principielt brudt med disse Synspunkter. Den egentlige Aarsag hertil er formodentlig den Uklarhed, der hidtil har ligget eller i hvert Fald ofte har præget selve Problemstillingen paa dette Omraade. Ved at overføre den gamle romanistiske Graduering: Forsæt, grov Uagtsomhed, simpel Uagtsomhed til Hævdslæren, har man været tilbøjelig til at koncentrere Opmærksomheden om en relativt uvæsentlig Side af Sagen i Forhold til selve Spørgsmaalet om den gode Tros Genstand, — det vil sige, om man overhovedet skal kræve subjektive Forestillinger vedrørende det berettigede i Hævderens Handlemaade. Det sidste Spørgsmaal maa i hvert Fald først undersøges, før man indlader sig paa det første.

Landsrettens Dom synes at have truffet det rette Synspunkt, der i hvert Fald var i Pagt med Opfattelsen i ældre dansk Retspraksis, nemlig at det afgørende i Sagen maatte være, at Besidderen havde handlet ganske aabenlyst. Ved at fastholde dette Standpunkt kan man faa en brugbar Afgrænsning af Hævdserhvervelsen uden at indskrænke dennes Omraade paa urimelig Maade.

Naar gældende Ret er taget op til Undersøgelse i Forbindelse med nærværende Studier, skyldes det den Omstændighed, at den nævnte Højesteretsdom paa een Gang synes at sammenfatte og illustrere de Problemer, der har beskæftiget Retsvidenskaben og Retspraksis paa nærværende Omraade i Tiden fra omkring Midten af det 18. Aarhundrede. Det er ejendommeligt at bemærke, at den danske Retsudvikling nu synes at tendere mod en Afgrænsning af Hævdserhvervelsesomraadet, som paa mange Maader minder om den romerske Lære, til Trods for at denne er principielt forskellig fra de nordiske Hævdsregler, og til Trods for at Retspraksis (trods mange Tilskyndelser) i henved 200 Aar har holdt sig fri af den.

Hvad særligt angaar Bestemmelsen i DL 5-5-4, antager herskende Teori og Praksis som ganske utvivlsomt, at Retten til Frugtoppebørsel maa anses for betinget af god Tro hos Besidderen. Dette har været antaget i dansk Retsvidenskab lige siden Ørsteds Tid[30]). Efter Ordene har Standpunktet ikke Hjemmel i selve Bestemmelsen, og det maa under Hensyn til dens Forhistorie anses for yderst tvivlsomt, om den ud fra Retsopfattelsen paa Danske Lovs Tid skal forstaas paa den angivne Maade. For denne Bestemmelses Vedkommende foreligger der dog det særlige, at Forarbejderne til Danske Lov frembyder en vis Støtte for at antage, at Retsopfattelsen i Datiden allerede var paavirket af romersk Ret, for hvilken bona fides-Kravet var en Selvfølge. Paa den anden Side har Axel Petersen i den ovennævnte Afhandling væsentligt afsvækket Indtrykket af de i Forarbejderne foreliggende

[30]) Jfr. dennes Afhandling AfR, 6., 1831, S. 199 f., Vinding Kruse Ejendomsretten, S. 766.

Forestillinger vedrørende bonae fidei possessio. Dette Spørgsmaal skal ikke nærmere behandles her. Derimod er der Grund til at omtale, at ældre Retspraksis paa ingen Maade behandlede Danske Lov 5-5-4 efter samme Principper som 5-5-1, for saa vidt angaar de subjektive Krav.

Til Trods for, at den retsvidenskabelige Teori i det 18. Aarhundrede fastholdt, at Frugterhvervelsen maatte komme selv svigagtige Besiddere til Gode, synes Højesteret i aabenbar Strid med dette Standpunkt at have krævet egentlig god Tro som Betingelse for Ansvarsfrihed (og Ejendomserhvervelse). I Aarene omkring 1770 var forskellige Domme inde paa Spørgsmaalet, uden at dette kom til en egentlig Afgørelse. Dette skete imidlertid i 1784, jfr. HP 1784 A, 302. Denne Sag drejede sig om en Sag mellem Sorø Akademi og Slagelse Hospital angaaende 5 Aars Korntiende. Ved en Højesteretsdom af 1781 var Slagelse Hospital blevet kendt berettiget til at hæve Korntienden af Sorø Store Ladegaard. Derefter anlagde Hospitalet Sag for at faa refunderet Tienden for de forløbne Aar. Højesterets Medlemmer var i denne Sag enige om at omstøde Birketingsdommen og give Sorø Akademi Medhold med den udtrykkelige Begrundelse, at Akademiet maatte anses som bonae fidei possessor, saaledes at 5-5-4 maatte være anvendelig. Dette Standpunkt blev fastholdt i senere Sager fra det 18. Aarhundrede[31]).

Det var saaledes i Overensstemmelse med Opfattelsen i Højesteret, naar Ørsted saa kraftigt polemiserede imod den ældre Retsvidenskab. Ved Forordningen af 11. September 1839 blev Ørsteds Standpunkt kraftigt underbygget, og der har vist nok ikke efter Ørsteds Tid vist sig afgørende Afvigelser fra den af Ørsted antagne Fortolkning. Der kan næppe være Grund til at tvivle om, at romersk Ret har spillet en Rolle for Højesterets Standpunkt i det 18. Aarhundrede ligesom forøvrigt ogsaa i begrænset Grad for Ørsteds Standpunkt. Naar dertil kommer, at der ogsaa ud fra reale Grunde maa siges at være en væsentlig Forskel paa Hævdsproblemet og Frugtoppebørselsproblemet, er det forstaaeligt, at Godtroskravet paa dette Omraade saa tidligt sejrede i dansk Ret.

6. KAPITEL

Panteretsspørgsmaal.

1. Realkredittens Udvikling i moderne Tid har herhjemme medvirket til Frigørelsen fra Dogmet om, at Panteretten altid forudsætter en Fordringsret og derfor maa betragtes som et blot Akcessorium til denne. Vinding Kruse har taget Skridtet fuldt ud og defineret Pante-

[31]) Jfr. Sagerne HP 1785, 456 og 1794, 90. Ved Vurderingen af den her citerede Retspraksis maa det ganske vist erindres, at Dommene ikke angaar Tilfælde, hvor Retten til Frugterne blev underkendt paa Grund af ond Tro, men hvor den blev anerkendt (udtrykkeligt) paa Grund af god Tro.

retten positivt som Retten til en økonomisk Ydelse, sidestillet med Fordringsretten og principielt uafhængig af denne. Medens Spørgsmaalet vedrørende Forholdet mellem Panteret og Fordringsret ikke skal gøres til Genstand for Behandling her[1]), er der ikke mindst af retshistoriske Grunde Anledning til at fremhæve, at Panteretten, uden Hensyn til dennes begrebsmæssige Afgrænsning over for Fordringsretten, paa en Række Punkter er præget af Hensynet til den Fortrinsbeskyttelse, som Panthaveren opnaar i de pantsatte Genstande. Forudsætningen for denne Fortrinsret har lige siden Underpanterettens Anerkendelse været en Sikringsakt bestaaende i en Kundgørelse af Pantsætningen for Trediemand. Sammenknytningen af Sikringsakt og Fortrinsret leder naturligt Tanken hen paa at optage Sikringsakten i selve Panterettens Definition.

Det var som bekendt et af de mest typiske Træk ved det romerske Realkreditsystem, at det principielt tillod hemmelige ukontrollerede Pantsætninger. Paa dette Punkt har dansk Lovgivning eller Praksis aldrig vist den ringeste Tendens til at slække Kravene. Man synes tværtimod tidligt at have været tilbøjelig til at gaa til den modsatte Yderlighed i Forhold til Romerretten, nemlig saaledes, at Tinglysningen ved Underpant blev gjort til en egentlig Gyldighedsbetingelse ikke blot i Kollisionstilfælde, men efter Omstændighederne ogsaa uden for dette Omraade.

Denne Særegenhed i dansk Panterets Oprindelseshistorie er særligt blevet fremhævet af Matzen[2]). Forordningen af 23. April 1632 sammenholdt med Forordningen af 1. Juli samme Aar viser netop, at man betragtede Underpanteretten som ligefrem ugyldig, hvis Tinglysning ikke var sket. Dette Standpunkt havde Rødder tilbage til Forordningen af 22. August 1580, hvis Udtalelse om, at et Pantebrev skulde være »aldeelis død oc magtesløs«, saafremt der ikke var foretaget behørig Tinglysning, kom til at præge Udviklingen igennem flere hundrede Aar.

Danske Lov gennemførte Tinglysningskravet konsekvent saavel ved Skødning som ved Pantsætning. Ved at indføre bestemte Tinglysningsfrister gav Loven imidlertid Anledning til Usikkerhed i den senere Praksis med Hensyn til Spørgsmaalet om Tinglysningens »konstituerende« Virkning. Derimod kunde Danske Lov ikke afgive noget Grundlag for den Antagelse, at et utinglyst Pantebrev skulde være stillet paa nogen anden Maade end som simpel Gældsfordring i Konfliktsituationer. Paa dette principielle Punkt fremkom der imidlertid i det 18. Aarhundrede et ejendommeligt Forsøg paa at svække Betydningen af Pantebrevets Tinglysning. Man kom ind paa den Tanke, at Panteretten som en »jus in re« i og for sig maatte antages at foreligge allerede ved Pantebrevets Udstedelse, selv om man maatte erkende, at Tinglysningen efter

---

[1]) Jfr. herom Vinding Kruse Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1412 ff., med Henvisninger, samt Poul Meyer, Festskrift til Henry Ussing, S. 387 ff.
[2]) Den danske Panterets Historie, 1869, S. 283 ff., og Retshistorie, II, 1896, S. 156.

Loven var en Nødvendighed overalt, hvor Panteretten kom i Konflikt med andre Indehavere af »jus in re«. Over for simple Kreditorer skulde Tinglysningen imidlertid ikke være afgørende. Denne Lære var i den mest fundamentale Modstrid med de Principper, paa hvilke det danske Panteretsinstitut lige siden sin Oprindelse var blevet opbygget. Sit officielle Stempel fik Læren imidlertid, da Kofod Ancher gik ind for den. Anledningen hertil var et Spørgsmaal til det juridiske Fakultet, der i Virkeligheden vedrørte et Oprykningsproblem, nemlig Problemet, om en 2. Prioritetshaver kunde besætte den utinglyste 1. Prioritetshavers Plads. I denne Forbindelse kom Kofod Ancher ind paa den principielle Bedømmelse af det utinglyste Pantebrev: »Saa meget er vist, at hverken i den 5. B., 7. Cap., 7. Art. eller andetsteds i Loven meldes noget om utinglyste Panteobligationer; og naarsomhelst Loven ellers taler om Pantebreves og Creditorers Rettigheder, for Eksempel 5-7-8, 13., 14., 16. og 17. Art. og i 14. Cap., 29. og 36. Art., da skeer det altid uden nogen Forskiel paa tinglyste og utinglyste. Men havde det været Lovgiverens Hensigt at betage utinglyste Panteobligationer den Rettighed, som enhver Pantecontract efter sin Natur har og med Rette bør have, al den Tiid Loven intet har derimod, da maatte det endelig være sagt med udtrykkelige Ord, og var ingenlunde nok allene at melde om tinglyste Pantebreves *Prioritetsret*«[3]).

Kofod Ancher udviklede, hvorledes der ikke kunde være Tvivl om, at en Pantekontrakt efter den naturlige Rets Grundregler maatte give Panthaveren Panterettighed, hvadenten Pantebrevet var tinglyst eller ej, og paaberaabte sig i denne Forbindelse saavel den romerske Rets Grundsætninger som »adskillige berømte Jurister«, nemlig Schilter, Leyser med flere — altsaa de tyske Pandektkommentatorer. Han kom derfor til det Resultat, at Danske Lov ikke indeholdt noget til Hinder for den Antagelse, at Panthaveren opnaaede jus in re ved selve Pantsætningen og kunde gøre denne gældende »fremfor alle personelle Fordringer«, selv om Pantebrevet ikke var blevet tinglyst.

Inden for den retsvidenskabelige Teori fik Kofod Ancher imidlertid ikke megen Tilslutning[4]). Spørgsmaalet blev senere behandlet af Ørsted[5]), der naturligvis ligesom Forgængerne afviste den refererede Teori. Ørsted kritiserede imidlertid ikke blot denne de lege lata, men afviste ogsaa selve Forestillingen om et »hypotheca juris naturalis«, der havde været den egentlige Baggrund for Teorien: »En hypothecarisk Forskrivnings Retsgyldighed ... kan næppe udledes af de naturretlige Retsgrundsætninger om Contracters Virksomhed«. Det har imidlertid væsentlig Interesse at undersøge, om Kofod Anchers Lære paa noget Tidspunkt blev anerkendt i eller kom til at præge Retspraksis i det 18. Aar-

[3]) Svar paa nogle Spørgsmaale til det juridiske Fakultet, givne af P. Kofod Ancher, 1779, S. 224.
[4]) Jfr. Nørregaard, Privatret III, S. 327.
[5]) Haandbog VI, S. 185 f.

hundrede, dels fordi Standpunktet til det nævnte principielle Spørgsmaal er af en væsentlig Betydning for en Række praktiske Panteretsproblemer, dels fordi Kofod Anchers Lære har en særegen Interesse ved Bedømmelsen af Paavirkningsproblemet.

Efter DL 5-3-28, jfr. 5-7-7, skulde Skøder og Pantebreve tinglæses til første eller andet Ting efter Udstedelsen, »Tj ellers kunde de ikke gielde imod lovligen tinglyste Breve, Indførseler eller anden lovlig Adkomst, enddog de for dem ere daterede«. Fortolkningen af denne vigtige Regel i Retspraksis efter Danske Lov er egnet til at vise, hvorledes Datidens principielle Syn paa Panteretten og Tinglysningen egentlig var beskaffen. Betydningen af manglende Tinglysning eller Tinglysning efter Tinglysningsfristernes Udløb maatte primært afhænge af, efter hvilke Synspunkter man skulde afgrænse de Rettighedstyper, for hvilke det utinglyste eller forsinket tinglyste Adkomstbrev efter Loven skulde vige, og i denne Forbindelse spillede det en Rolle, at DL 5-7-7 havde en lidt anden Formulering end 5-3-28, idet det her hed, at den behørigt tinglyste Panteret skulde gaa forud for »alle Pant, Gaver, Skiøder, Udlægger, Indførseler, Bøder, som siden Pantebrevet til Tinge er læst, ere giorte eller forfaldne, og den Panthavendis gaar for alle Creditorer . . .«

Et af de første Tvivlsspørgsmaal, der fremkom efter Danske Lov, var nu dette, hvilken Betydning den blotte Overskridelse af Tinglysningsfristerne skulde have i Tilfælde, hvor Tinglysning dog var sket inden Kreditorforfølgning eller Lysning af konkurrerende Krav. I Sagen HP 1685 A, 199, var der netop Tale om et saadant Tilfælde[6]). Underinstansen vilde frakende Panthaveren enhver Prioritet og betragte ham som simpel Kreditor, medens der herskede Enighed i Højesteret om, at Loven ikke kunde fortolkes paa denne Maade, blot fordi Pantebrevet »ey saa stricte i rette Tid er læst«, og Pantebrevet fik derfor Prioritet fremfor senere rettidigt lyste Pantebreve. Samme Standpunkt indtog Højesteret, da den Aar 1700 blev stillet over for det Tilfælde, at en Panteobligation, der først var blevet lyst to Aar efter dens Udstedelse, stødte sammen med en Namsdom og en i Henhold til denne foretaget Indførsel, paa Grundlag af et Gældsbrev, der var blevet udstedt Pantsætterens afdøde Mand, jfr. HP 1700, S. 464. Kreditor havde indledet Retsforfølgning før Pantebrevets Tinglysning, men Dommen var, saa vidt man kan se, først faldet umiddelbart efter denne. Bestemmelserne i DL 5-3-18 og 1-24-26 var ikke paaberaabt og havde næppe været anvendelige i det foreliggende Tilfælde. Højesteret stadfæstede Oberhofrettens Dom og gav Panthaveren Fortrinsret, omend Spørgsmaalet vakte megen Tvivl i Højesteret. Nogle Dommere foreslog et Kompromis, hvorefter Panthaveren og Domhaveren skulde gaa lige, men Majoriteten (6 Stemmer mod 4) vilde ikke underkende Panteretten, selv om Tinglysning først var sket to Aar efter Udstedelsen. »Panterettigheden kan

[6]) Sagen er refereret hos Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg S. 6.

ey mistes, fordi den ey straks læses,« hedder det hos Førstvoterende. Ved at fastslaa denne Sætning havde Højesteret ud fra en fri juridisk Hensigtsmæssighedsbetragtning løst et konkret Lovfortolkningsproblem, og der spores ikke i Voteringerne noget som helst Indslag af fremmedretlige dogmatiske Retsprincipper. Paa denne Baggrund er det da saa meget mere interessant at se Højesterets Behandling af samme Problem paa et Tidspunkt, hvor de anførte Præjudikater maa antages at være gaaet i Glemmebogen.

Første Gang, det atter kommer til principiel Afgørelse paa dette Punkt, er nemlig paa en Tid, da den fra romanistisk Teori stammende Diskussion om Muligheden for at overføre jus in re uafhængigt af Tinglysning og lignende præger hele den juridiske Problemstilling[7]).

Anledningen til, at Problemet atter kom frem, jfr. HP 1773 A, 545, var den Omstændighed, at en Del Kreditorer i et Dødsbo efter en i 1768 afdød Raadmand protesterede imod, at Skiftecommissiarierne gav en Række Panthavere Præferencestilling, uagtet deres Pantebreve ikke havde været rettidigt tinglyst, omend de dog alle var blevet tinglyst inden Dødsfaldet. Med 8 Stemmer mod 4 gav Højesteret Panthaverne Medhold. Efter Majoritetens Opfattelse kunde Lovens Regler om Tinglæsningsfrister ikke komme i Betragtning, »uden hvor der disputeres om Præference imellem Obligationer af een Natur«, og en Panteobligation indeholder »i og for sig selv jus in re«, saaledes at »Underskriften er og bliver Hovedactus«. I Debes Votum hedder det: »... er han af den Mening, at en Panteobligation bør i denne Kvalitet gælde, uagtet den ikke er tinglyst, og at denne Formalitets Iagttagelse ingen anden Indflydelse har paa en saadan Obligation, end at den præfereres, naar den kommer i Collission med andre af samme Slags, som ere utinglyste. Naar tvende Contracter altsaa concurrerer, som begge giver jus in re, kommer det an paa Tinglysningen, men naar deres Natur er forskellig, kommer det ikke an derpaa; ...«. Et Mindretal med Treschow og Anchersen i Spidsen fremhævede for det første, at 5-7-7 krævede, at et Pantebrev skulde være tinglyst i Overensstemmelse med Skødereglerne ogsaa for at kunne nyde Prioritet over for Bødekrav, der jo maatte anses for simple Gældskrav, for det andet, at Lovgivningen viste, »at ratio legis er den offentlige Credit, og dersom det var tilladt saaledes at sidde hen med utinglyste Panteforskrivninger, kunde Folk letteligen bedrages og Creditten følgelig lide; men fordi at utinglyste Panteobligationer tabte deres jus in re, derfor bliver de dog gode som Gieldsbeviser eller simple Obligationer« (Anchersen).

---

[7]) Den senromerske Regel om, at Pantebreve forsynet med officielt bekræftet Vitterligshedspaategning, jfr. Cod. VIII, 18, 11, skulde have Fortrin fremfor ikkebevidnede Pantsætninger, selvom de var af ældre Dato, maatte i romanistisk Teori naturligvis forstaas saaledes, at der kun var Tale om en Kollisionsregel i Forholdet mellem Panthavere indbyrdes, medens enhver Panthaver maatte have Prioritet fremfor simple Kreditorer, saaledes som det var Reglen, før Kejser Leo fastsatte den specielle Prioritetsregel.

Trods denne principielle Afgørelse synes der dog stadig at have været nogen Retsuvished, men det fremgaar af flere Voteringer, at Højesteret betragtede 1773-Afgørelsen som et bindende Præjudikat. Mest bemærkelsesværdig i denne Henseende er Sagen HP 1780, 32, der handlede om et Pantebrevs Sammenstød med en Kreditorforfølgning foretaget efter Pantebrevets forsinkede Læsning. Tre Dommere vilde ligesom den indankede Hof- og Stadsretsdom give Udlægshaveren Prioritet, men Flertallet, deriblandt ogsaa Repræsentanter for Minoriteten i 1773-Sagen, voterede for at omstøde Hof- og Stadsrettens Dom. Reiche, der havde støttet Anchersens Votum i 1773, udtalte som sin Mening, »at en Panteobligation, som ikke er tinglyst, er ej anderledes at anse end en simpel Obligation, men i Betragtning af, at der før er falden Domme i Højesteret i lige Tilfælde, var han enig med Rested, men indstillede, om Justitiarius vilde gøre Forestilling om, at herom kunde komme nøjere Bestemmelse ved en kongelig Forordning«, hvortil Justitiarius, Hjelmstjerne, bemærkede, at »denne Sag er af samme Beskaffenhed som den i Aaret 1773 og altsaa ligeledes bør paakendes. At gøre nogen Forestilling herom understaar han sig ikke, saalænge her i Højesteret er ulige Meninger derom.«

Selv efter at Praksis havde overvundet Usikkerheden paa dette Omraade, docerede Nørregaard den Lære, at Pantebrevets rettidige Tinglysning var en Betingelse for Stiftelsen af en Panteret, selvom der »gives de, som formene, at saadanne Pantebreve alligevel bør have og nyde Panteret«[8]). Hurtigkarl antog imidlertid det Standpunkt, som var blevet fastslaaet i Retspraksis[9]).

Som det ses af de ovenfor meddelte Oplysninger om Retspraksis, havde man i Realiteten blot fastholdt det samme Standpunkt, som blev fastslaaet umiddelbart efter Danske Lov, blot var den retlige Problemstilling blevet en anden og farligere, idet den i sine Konsekvenser kunde tænkes at have ført til en alvorlig Svækkelse af Tinglysningsreglerne. For at konstatere, hvorvidt dette blev Tilfældet, er det imidlertid nødvendigt at undersøge Retspraksis' Behandling af andre Tinglysningsproblemer.

Naar det maatte antages, at en Overskridelse af Tinglysningsfristerne ikke i sig selv gjorde Pantebrevet uvirksomt, maatte Spørgsmaalet om Tinglysningstidsfristernes egentlige Betydning nødvendigvis give Anledning til Tvivl paa en Række Punkter — en Tvivl, som i Virkeligheden vedvarede i hele Perioden fra Danske Lov og indtil Tinglysningsloven. Anledningen til Tvivlen var Spørgsmaalet om, hvorvidt man udelukkende skulde betragte Tinglysningen som Skæringspunkt vedrørende Panterettens Stiftelse i Forhold til Begivenheder, der ramte Pantsætteren, saasom Retsforfølgning, Konkurs, Dødsfald i Forbindelse med

[8]) Nørregaard: Privatret, III, S. 331.
[9]) Privatretten, II, 2, S. 417, jfr. S. 102 ff., jfr. Seidelin, Juridisk Arkiv Nr. 9, S. 186 ff., og Ørsted N. j. A. 2. Bd., 1812, S. 206.

Insolvens m. m. — eller om man efter Omstændighederne skulde være beføjet til at lægge Vægt paa selve Pantsætningstidspunktet, Pantebrevets Udstedelse. Det historiske Udgangspunkt var som nævnt ganske klart. Ifølge dette var Tinglysningen det eneste konstituerende Moment i Forhold til Omverdenen og oprindelig maaske tilmed i Forholdet mellem Pantsætter og Panthaver[10]). Heroverfor stod imidlertid nu den af Højesteret paa et begrænset Omraade i hvert Fald formelt anerkendte Lære om Stiftelsen af en tinglig Ret uafhængigt af Tinglysningen, — den Lære, der ligeledes blev forsvaret af Kofod Ancher, som generelt førte til at betragte selve Pantsætningsdispositionen som »Hovedactus«.

Paa eet Punkt fulgte Praksis en fast Linie, nemlig i de Tilfælde, hvor Pantebrevene var blevet læst efter Tinglysningsfristernes Udløb: I disse Tilfælde var der ingen Tvivl om, at man maatte fastholde, at Panteretten i ingen Henseender kunde regnes fra noget andet Tidspunkt end Tinglysningstiden. Men allerede heraf fremgaar det jo ganske aabenbart, at man slet ikke tog Konsekvenserne af den romanistiske Lære. Ogsaa her er det dog af væsentlig udviklingshistorisk Interesse at forfølge Standpunkterne i Praksis over en længere Tid.

En Del af Retssagerne paa dette Omraade blev foranlediget af de vigtige Bestemmelser i DL 5-3-18 og 1-24-26. Efter 5-3-18 maatte ingen, som var under Retsforfølgning i den i Loven angivne Forstand, pantsætte sit Gods, og efter 1-24-26 kunde en Domhaver gøre Udlæg i Gods, som var pantsat efter Forkyndelse af Højesteretsstævning eller efter foretaget Arrest eller Namsdom. Med Hensyn til den strenge Fortolkning af disse Bestemmelser kan først henvises til Højesteretsdommen af 18. Dec. 1709, jfr. Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 19. Her havde en Person, over hvem en Kreditor havde erholdt Namsdom, faaet Skøde paa en Ejendom mod samtidig Udstedelse af Pantebreve for en Del af Købesummen. Under stor Tvivl statuerede Højesteret, at Kreditor maatte kunne gøre Udlæg i den erhvervede Ejendom forud for Sælgerens tinglyste Pant af Hensyn til »securitas publica«. Det er klart, at der vilde kunne opstaa mange Tvivl ved Afgørelsen af Tidsprioriteten ved Sammenstød mellem Retsforfølgningsskridt og Pantsætninger. Dette fremgaar da ogsaa allerede af Sagen HP 1705, S. 6, hvor Pantebrevet blev læst samme Dag, som Modparten havde erholdt Namsdom. Under stærk Tvivl antog Højesteret, at Domhaveren skulde have Prioritet. En Minoritet vilde lade Parterne faa Ligestilling, men den Omstændighed, at Pantebrevet ikke var blevet rettidigt læst, i Forbindelse med visse særlige Omstændigheder vedrørende dets Udstedelse, førte i dette særlige Tilfælde til at stadfæste Magistratens Dom med ovennævnte Resultat. Lignende Afgørelser faldt ogsaa, hvor der var Tale om Sammenstød mellem Pantebreve og Arrest.

[10]) Jfr. den af Matzen, Panterettens Historie, S. 283, citerede Herredagsdom af 21. maj 1649.

I Sagen HP 1726, S. 3[11]), blev det statueret, at et Pantebrev, der var blevet udstedt før Arresten, men (forsinket) tinglæst efter denne, maatte vige for Arresten til Trods for, at Rekvirenten under Arrestforretningen blev gjort bekendt med Pantsætningen. Bytingsdommen, der havde givet Panthaveren Prioritet, blev herved underkendt af Magistraten og Højesteret. Ganske samme Standpunkt kom Højesteret til henved 30 Aar senere, jfr. HP 1754 A, S. 621. Det fremgaar ikke i denne Sag direkte af Voteringsprotokollen, at der skulde være Tale om et for sent tinglyst Pantebrev, men dette maa utvivlsomt antages trods Suhms generelle Udtalelse: »*Som al Slags Panterettighed, naar der ikke er haandfaaet Pant, ej kan regnes efter Loven, uden fra Tinglysningens Dato.*«

Hvor Retsforfølgning fandt Sted ved Foretagelse af Arrest, var det iøvrigt underkastet megen Tvivl, om Arresthaveren ikke skulde betragtes som ligefrem Panthaver (pignus prætorium). Dette Spørgsmaal blev indgaaende behandlet af Stampe i en Erklæring af 23. Maj 1757 (Erklæringer II, S. 21 ff.). Denne Erklæring var fremkommet i Anledning af forskellige Andragender fra Handelsfolk paa de vestindiske Øer, ved hvilke der blev klaget over Retstilstanden og ligefrem ansøgt om, at Arrestinstituttet maatte blive afskaffet eller i hvert Fald begrænset med Hensyn til dets Virkninger, naar der var Tale om Sammenstød med andre Kreditorer. Stampe udvikler nærmere, hvorledes Forestillingen om Arresten som et pignus judiciale havde trængt sig frem som Følge af fremmedretlig Paavirkning (tysk Ret); men han fastslaar, at Forordningen af 28. Oktober 1702 maatte antages at have bragt denne Retstilstand til Ophør. Forordningen bestemte, at ingen Arrest kunde medføre Prioritetsret over for Medkreditorerne i Tilfælde af Konkurs. Helt var Retsuvisheden paa dette særlige Punkt imidlertid ikke forsvundet, og som Følge af Stampes Erklæring fremkom der da ogsaa et Rescript af 14. Juni 1758 rettet til Guvernøren over de vestindiske Øer, i Henhold til hvilket ingen Arrest skulde medføre nogen Præference de andre Kreditorer til Fornærmelse. Retstilstanden var herefter som allerede anført af Stampe blevet bragt i Overensstemmelse med »jus commune«. Retspraksis rettede sig straks herefter, jfr. HP 1760 A, 105, og HP 1769 A, S. 64. I begge de to sidstnævnte Tilfælde maatte Højesteret imidlertid omstøde de andre Instansers Afgørelser, der havde givet Arresten Præference. Selve Spørgsmaalet om Arrestens Virkninger over for Kreditorforfølgning kom imidlertid ikke til at berøre Spørgsmaalet om dens Indflydelse paa en Pantsætning, da 5-3-18 og 1-24-26 stadig var fuldt ud gældende.

Denne Retstilstand var imidlertid yderst uheldig, fordi en Panthaver aldrig med Sikkerhed kunde vide, om hans Pantsætter var under en eller anden Form for Retsforfølgning, og den Omstændighed, at Retspraksis konsekvent opretholdt de to nævnte Bestemmelser fra Danske

[11]) Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 31.

Lov i deres fulde Omfang, føltes efterhaanden som et stort Usikkerhedsmoment i Samhandelen og Kreditforholdene. Det første Skridt til Afhjælpning af denne Mangel blev taget ved Plakaten af 7. August 1776, der imidlertid alene drejede sig om Forholdene i Norge. Efter denne skulde Namsdomme tinglyses for at have nogen Virkning over for Pantsætning og Overdragelser. Først ved Plakaten af 18. Januar 1788 kom den almindelige Bestemmelse om hele Spørgsmaalet gældende for hele Riget. Efter denne skulde ethvert Retsforfølgningsskridt for at have de i DL 1-24-26 og 5-3-18 omtalte Virkninger tinglyses.

Det Standpunkt, som Højesteret i 1726 og 1754 (jfr. ovenfor) havde fastslaaet, blev fastholdt i senere Praksis. Det var navnlig klart og indiskutabelt i de Tilfælde, hvor der var Sandsynlighed for, at Debitor havde udstedt Pantebrevet i insolvent Tilstand, hvor der altsaa kunde foreligge Bedragelighed, jfr. DL 5-14-46 og Sagen HP 1761 A, 148. Her var Pantebrevet blevet udstedt i September 1757, men først tinglyst efter Pantsætterens senere Fallit. Magistratsdommen og en Minoritet i Højesteret vilde give Panthaver Adgang til at aflægge Ed paa, at der ikke var Bedragelighed under, medens Majoriteten i Højesteret frakendte Panthaveren Prioritet, dels fordi det maatte antages, at Panthaveren vidste, »at hendes (Pantsætterens) Omstændigheder den Tid var saaledes, at hun ej kunde fornøje sine Creditorer«, dels fordi »dette Dokument ej kan anses for en Panteobligation, saasom det ej var tinglyst, førend Fallitten blev deklareret«.

Den næste Gang, Højesteret skulde faa Spørgsmaalet forelagt, var efter den ovenfor omtalte principielle Afgørelse af 1773, HP 1773 A, 545, og nu skulde Rettens Medlemmer virkelig blive tvunget til at tage Standpunkt til, hvad der egentlig var Meningen med at sige, at en Panteobligation, selvom den var utinglyst, dog har en Panteobligations Natur og medfører jus in re. Allerede i Sagen 1775, S. 779, blev Retten stillet over for Konsekvenserne af dens eget Standpunkt. I denne Sag var ganske vist Tale om en Række forskellige Spørgsmaal, men herunder ogsaa Tinglysningsproblemet. Den omhandlede Panteobligation var blevet tinglyst den 31. Maj 1774. Den var dateret den 11. Januar samme Aar, men vistnok i Virkeligheden først udstedt den 30. Maj, samme Dag som Pantsætteren undveg paa Grund af Insolvens. Ved Hof- og Stadsrettens Skiftedecision havde Panthaveren faaet Prioritet. I Højesteret indledte Førstvoterende Wessel med at udtale, at Lovgivningen efter hans Mening viste, »at det strider mod vore Loves Esprit at kunne i et Fallit- eller Opbudsbo erhverve noget jus in re, efter at Skifteretten havde taget samme under Behandling. Men førend Tinglysningen kunde Holsts Obligation i Følge 5-7-7 intet jus in re operere, og anderledes end utinglyst kan den ej anses, siden for sildig skete Tinglysning ej kan tillægge dem nogen større Ret«. Han fandt endvidere, at det var tvivlsomt, om Panthaver havde handlet »bona fide«. Næste voterende fandt,

at Panthaver havde handlet »optima fide«, og var derfor enig med Skiftedecisionens Resultat, men fandt, at dens Præmisser var urigtige, »eftersom de fastsætter, at en Panteobligation, skønt den ej er tinglyst, er dog en Panteobligation og har samme Kraft«. Ingen af disse Dommere havde været med ved 1773-Afgørelsen. Det havde tredjevoterende Bartholin Eichel heller ikke, men han havde dog været i Højesteret i 1773, og selvom han var enig med Wessel, maatte han dog henholde sig til, »at der er falden Højesteretsdom tvært imod saadant Princip«, og han holdt det for sin Pligt at antage samme, »at nemlig endskønt Holsts Panteobligation ej er tinglyst til første eller andet Ting, saa siden den ej er kommen i Collission med andre tinglyste Pantebreve, beholder den dog, eftersom den er tinglyst, Panteobligations Natur«. Han vilde derfor give Panthaver Prioritet. Allerede i den lille indskudte Sætning »eftersom den er tinglyst« laa der en væsentlig Indsnævring af det oprindeligt antagne Dogme. Flertallet i Retten blev da ogsaa enige om at omstøde Skiftedecisionen, og det maa antages, at den virkelige Begrundelse er formuleret i Korens Votum: »Da Holsts Panteobligation ej er bleven tinglyst, førend efter at Debitor var undveget, og efter at den var bleven forevist i Skifteretten, er han alene paa Grund heraf enig med Wessel.«

Med 1775-Afgørelsen skulde man mene, at Højesteret ved hurtigt og resolut at tage Afstand fra Konsekvenserne af de teoretiske Principper, den selv i 1773 havde antaget, ganske havde sat en Stopper for en Argumentation baseret paa den romanistiske Teori om Overførelsen af jus in re ved Pantsætningen. Denne Antagelse bekræftes ogsaa af Sagen HP 1779, S. 317, da Retten uden Kommentarer eller Tilløb til teoretisk Diskussion eenstemmigt under Henvisning til DL 5-7-7 frakendte et Pantebrev, der først var blevet tinglyst efter Pantsætters Død, Prioritet fremfor de simple Kreditorer i Dødsboet. Imidlertid viser Voteringen i Sagen HP 1785 A, 254, at Teorien atter kom til Overvejelse i Retten. En Bager havde her udstedt to Pantebreve i 1775 og 1776. Tinglæsning fandt først Sted 20. Dec. 1779, Dagen efter at Debitor var undveget med den Følge, at hans Bo blev overgivet af hans Kone til Skifteretten den 26. Dec. Til Belysning af Datidens Juristers Kendskab til Retspraksis er navnlig den yngste Højesteretsdommer Graah's Votum af Interesse[12]). Ud fra en selvstændig Fortolkning af Danske Lovs Regler antog Graah, at Pantebrevet maatte falde, allerede fordi det var for sent tinglæst, at Standpunktet blev yderligere bestyrket ved, at det først var blevet tinglæst efter Pantsætterens Undvigelse, men han mente dog, at Omkostninger for alle Retter kunde ophæves, »da questio juris ej ved nogen Højesteretsdom er afgiort, og dog er dubiøs«(!) Sporon henviste nu til, at Præjudikatet fra 1780 (jfr. ovenfor HP 1780,

[12]) Graah var Aaret i Forvejen blevet overflyttet til Højesteret fra Landsdommerembedet paa Bornholm.

32) viste, at forsinket Tinglysning i sig selv ingen Betydning havde, »og i Sager af saadan Natur bør man følge, hvad forhen er antaget«, »men da den anden question er imod ham (Panthaveren), saa er Landstingsdommens Conclusion in realibus rigtig, men da den er grundet paa det urigtige Begreb om Tinglysnings Nødvendighed til Panterets Væsen, saa maa man gøre en ny Conclusion.« Som Følge af dette Standpunkt, der, naar alle de ovenfor givne Oplysninger tages i Betragtning, maa siges at være forbavsende, kom selve Teorien om Overførelse af jus in re til Afstemning i Højesteret. Jacobi gav Sporon Tilslutning, fordi Panteobligationer »endog uden Tinglysning har Forret fremfor Gieldsbeviser«, og Sporons Votum blev tillige støttet af Rested og Cordsen, hvorimod Majoriteten med bl. a. Anchersen og Treschow nedstemte Sporons nye Conclusion, og da en ny Sag af lignende Beskaffenhed fremkom Aaret efter, jfr. HP 1786 A, 28, kunde Graah da ogsaa belært af de indhøstede Erfaringer udtale, »*at Loven ikke statuerer jus pignoris, førend fra Læsningens Dato*«.

Først med disse Ord var Diskussionen endt, og der havde kun været Tale om en March paa Stedet — det Sted, hvor man havde staaet siden 1685 og for den Sags Skyld endnu længere tilbage. Den romanistiske Teori havde imidlertid mange Liv, og Problemet om Forholdet mellem Panterettens Udstedelse og dens Tinglysning maatte blive brændende, hvor der var Tale om Pantebreve, som var blevet læst *inden* første og andet Ting, altsaa i lovlig Tid, jfr. Danske Lov 5-3-28 og 5-3-29, hvilken sidste Bestemmelse direkte med Hensyn til samtidig læste Skøder lagde Vægt paa Udstedelsestidspunktet, hvis begge Skøder var rettidigt læste.

Om dette Spørgsmaal faldt to vigtige Højesteretsdomme i 1781 og 1786, jfr. HP 1781 D, 563, og HP 1786 A, 338. I den første Sag var der Tale om en Panteobligation, som var blevet udstedt den 28. Maj og rettidig tinglyst, men Tinglysningen var dog først sket efter, at Pantsætteren havde gjort Opbud. En Minoritet vilde godkende Panteretten, da der ikke var oplyst svigagtigt Forhold fra Panthaverens eller Pantsætterens Side, og der ikke var Grundlag for at anvende Opbudsforordningen af 18. November 1757, — og endelig under Hensyn til, at Tinglysningen havde været rettidig, (»han har gjort alt, hvad Loven befaler i Henseende til Tinglysning . . . desuden vil det være farligt, om ikke saadan brugt Forsigtighed skulde nytte, og Penge vilde ikke være gode at bekomme . . .«). Majoriteten var imidlertid enig om at omstøde Oberhofrettens Dom og nægte Panthaveren Prioritet, fordi Tinglysning først var sket efter Opbudet: »Nu spørges, om den har været gyldig ved den blotte Udstedelse eller først ved Pantsætning. Reglen herfor er 5-7-7 . . . Contracten skal og bør have sin Gyldighed til Tinge«[13]).

[13]) Man kunde forøvrigt have ventet, at denne Sag snarere havde givet Stødet til det endelige Opgør med Teorien om Overførelse af jus in re ved Udstedelsen, end den ovenfor omtalte Sag HP 1785 A. 254, men dette blev uvist af hvilken Grund ikke Tilfældet.

1786-Dommen handlede om flere forskellige Forhold, men derunder ogsaa om Bedømmelsen af en rettidigt tinglyst Panteobligation. I dette Tilfælde var Pantsætteren afgaaet ved Døden forinden Tinglysningen. Landstingsdommen havde godkendt Panthaverens Fortrinsret, men ogsaa i dette Tilfælde underkendte Højesteret de ergangne Domme. Flertallet i Højesteret sluttede sig til Graahs Votum: »actus oppignationis maa ej antages consumeret førend Tinglysningen, thi det hedder: da gaar slig Pantsætning etc., *og som Ditzel er død førend Tinglysningen, saa kan den ikke skaffe prioriterlig Betaling, siden Ditzel ved at dø mistede de Rettigheder, han havde til at disponere over sine Midler, siden Creditorerne ipso momento mortis træder til Rettigheden til hans Stervbo.* Herimod indvendes, at Friis der har vaaget over sin Ret, ikke bør miste samme, men da den ene Contrahent forinden Consumationen er død, saa kan Contracten ej anses perficeret . . .«

Det maa utvivlsomt antages, at det var den sidstnævnte betydningsfulde Højesteretsafgørelse, som gav Anledning til *Plakaten af 8. Juni 1787,* ved hvilken det blev befalet, at rettidigt tinglyste Skøder og Pantebreve skulde medføre Fortrinsret, »omendog Udstederne i den Mellemtid fra Udstedelsen til Tinglysningen, enten maatte være døde, eller . . . vare satte ud af Raadighed over deres Gods«. Der var med andre Ord sket det, at Lovgivningsmagten havde reageret i Anledning af Højesteretspraksis, som havde været dikteret af den strenge og konsekvente Fastholdelse af Tinglysningen som det egentligt konstituerende Moment i Forbindelse med Pantsætning.

Med Plakaten af 1787 var den hidtidige klare Linie i Retspraksis blevet brudt, og det er paa denne Baggrund, den senere Diskussion om Fortolkningen af Danske Lovs Tinglysningsregler maa ses. Den direkte Foranledning til Placatens Fremkomst var en Erklæring udarbejdet af Jacob Edvard Colbiørnsen, der som juridisk Professor havde afgivet denne i Anledning af »nogle til det juridiske Fakultets Betænkning sendte Forslag, der i Anledning af visse indtrufne Omstændigheder vare gjorte angaaende Nødvendigheden og Nytten af« at træffe Bestemmelser i Lighed med dem, der indeholdtes i den senere Placat. Colbiørnsen fandt, at Tinglysningsfristerne maatte have en virkelig Betydning, naar de saa klart var anført i Loven, og »naar samme iagttages saa betimeligt, som paabudet er, og forinden nogen anden Hæftelse paa det foreskrevne Gods til Tinge er bekendtgjort, maa den, efter hvad vi skiønne, have effectum retroactivum fra Udstedelsens Dato«[14]).

Anvendelsen af det retroaktive Princip var, som det fremgaar af de anførte Domme, en Nydannelse i dansk Ret, i hvert Fald for saa vidt angaar Pantebreve. Det første Spørgsmaal, som Plakaten gav Anledning til at stille, var dette, om den hidtidige Retspraksis, hvorefter Overskridelsen af Tinglysningsfristerne i sig selv ikke havde nogen

[14]) Jfr. AfR, 6. Bd., S. 482 ff., hvor Erklæringen er optrykt in extenso.

Betydning for Panterettens Stiftelse, nu maatte ændres under Hensyn til, at Plakaten saa klart understregede, at den i den Situation, den omhandlede, lagde afgørende Vægt paa, at Tinglysning var sket rettidigt. I denne Henseende blev Tvivlen imidlertid hurtigt bragt til Ophør, jfr. Sagen HP 1790 A, 565. Her var Tale om en Panteobligation af 8. April 1783, tinglyst den 18. December 1783, som kom i Konflikt med en Kreditorforfølgning, i Henhold til en (utinglyst) Namsdom af September 1783, stadfæstet af Højesteret i Maj 1787. Ved Afgørelsen maa det tages i Betragtning, at den laa efter den tidligere nævnte Plakat af 18. Januar 1788, ifølge hvilken Retsforfølgningsskridt skulde være tinglyste for at gøre Indskrænkninger i Pantsætterens Dispositionsret. Plakatens Ordlyd var iøvrigt saaledes udformet, at den var egnet til at forøge den Tvivl, som 1787-Plakaten havde fremkaldt med Hensyn til Spørgsmaalet om Betydningen af Overskridelse af Tinglysningsfristerne i Almindelighed, idet den udtalte, at Skøder og Pantebreve ikke skulde svækkes ved utinglyste Retsforfølgningsskridt, »naar samme Skiøder og Pantebreve i rette Tide findes tinglyste«. Ved Oberhofretten blev de ergangne Domme, der havde givet Panthaveren Prioritet, omstødt, men ved Højesteret fik Panthaveren Medhold og Prioritet fremfor Eksekutionsforretningen. En Minoritet fandt, at den ovennævnte Lovgivning maatte føre til at fravige Præjudikatet af 1773, hvilket altsaa vilde føre til at betragte forsinket Tinglysning som uvirksom og stadfæste den indankede Oberhofretsdom. Majoriteten lagde afgørende Vægt paa, at Tinglysning var sket før Eksekutionen (da Namsdommen jo som utinglyst ingen Virkning kunde have). Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at det gamle Argument, at et utinglyst Pantebrev ikke skal vige for den, der blot har jus ad rem, paany blev bragt frem til Støtte for Resultatet, selvom det ikke kan afgøres, hvilken Betydning det har haft for dette. En vis Træthed over for den tilsyneladende endeløse Diskussion paa dette Retsomraade spores i Fridsch's Votum til Støtte for Panthaveren: »*Paa det, at der dog kan være en Regel, og Loven er ej ganske klar, faar man følge det, som almindelig er antaget, da det dog ej kan siges at være ganske urigtigt.*«

I en Afhandling af 1806 »Om Retshandlingers Gyldighed med Hensyn til Tinglysningstiden«[15]) videreførte Justitsraad Seidelin paa konsekvent Maade det af Colbiørnsen udtalte Princip om den rettidige Tinglysnings retroaktive Virkning tilbage til Udstedelsesdagen, saaledes at hverken Udstederens mellemkommende Død eller Uraadighed eller noget af ham i Mellemtiden udstedt Skøde eller Pantebrev kunde fortrænge et ældre, men senere rettidigt tinglyst Dokument. Medens Plakaten af 1787 for et vist Omraade havde endelig afgjort Problemerne til Fordel for dette Princip, søgte Ørsted i en indgaaende Kritik af Seidelins Lære at indskrænke Retroaktionen saa vidt muligt og, hvor Loven overhovedet til-

[15]) Juridisk Arkiv Nr. 8, S. 176 ff., og Nr. 9, S. 178 ff.

lod det, at argumentere for Tinglysningstidspunktet som det afgørende Skæringspunkt. Det Spørgsmaal, som nemlig endnu, selv efter at Plakaten af 1787 kunde være underkastet Diskussion, drejede sig om det Tilfælde, at to rettidigt tinglyste Pantebreve, der var udstedt paa forskelligt Tidspunkt, kom i indbyrdes Kollision. Ørsted fandt det i disse Tilfælde »usandsynligt, at Lovgiveren skulde ... lade Udstedelsesdagen give Fortrin uden for det i samme udtrykkeligen bestemte Tilfælde af samtidig Læsning[16]). Ifølge Ørsted var det antaget ved Højesteretsdomme, at de i rette Tid tinglyste Pante- og Adkomstbreve deri skulde have et Fortrin for de i urette Tid lyste, at deres Virksomhed ikke først begyndte med Tinglysningsdagen; hvilke Højesteretsdomme, Ørsted herved har hentydet til, er det ikke lykkedes at konstatere i Forbindelse med nærværende Studier. Ørsted tilføjede imidlertid, at han ikke kendte til nogen Højesteretsdom, der skulde have udstrakt den tilbagevirkende Kraft til ogsaa at gælde Tilfælde af Konkurrence mellem rettidigt læste Dokumenter, — og dette er utvivlsomt rigtigt, i hvert Fald for saa vidt angaar Tiden indtil Slutningen af det 18. Aarhundrede.

Ørsteds Lære sejrede imidlertid ikke. Saavel i senere Teori som Retspraksis[17]) antog man i Modstrid med Ørsted Princippet om Hensyntagen til Udstedelsesdagen, altsaa det Retroaktionsprincip, som Plakaten af 1787 havde vist henimod. Det var navnlig J. E. Larsen, der paa dette Punkt gik imod Ørsted[18]). Han fastslog, at Tinglysningen ikke kunde betragtes som det egentlig konstitutive Moment for den fuldstændige reelle Rets Stiftelse: »*Efter dette bliver altsaa Tinglysningen ej det Factum, der egentlig stifter den reelle Ret,* men kun en paafølgende Betingelse for, at den Virkning, der allerede ligger i Skiødets Udlevering, ej atter skal falde bort« (udh. her.)[19]).

Den senere Teori fulgte J. E. Larsens Standpunkt[20]), og selv om dette var opstillet paa Grundlag af en Fortolkning af Danske Lovs Regler, som set fra eet Synspunkt maaske kunde forekomme mere acceptabel end Ørsteds Fortolkning, vidner den ovenfor citerede Udtalelse om, at det i Virkeligheden var Synspunkter, som var beslægtede med Kofod Anchers Lære om Stiftelsen af jus in re ved selve Pantsætningen eller Overdragelsesretshandelen, som laa bag Gennemførelsen af Retroaktionen paa Grundlag af Tinglysningsfristerne. Som fremhævet af Vinding Kruse var dette System i Virkeligheden yderst upraktisk[21]). Ved Ting-

[16]) Juridisk Tidsskrift, 16. Bd., S. 345 ff., Citatet, S. 352.

[17]) Jfr. herved UfR, 1891. 1141, samt Nyt jur. Ark., Bd. 23, S. 68; den sidstnævnte Afgørelse blev stadfæstet af Højesteret 1818, altsaa før Ørsted fremsatte sin Lære, men den fastslog i og for sig ogsaa kun, at forsinket læste Pantebreve havde Virkning fra Læsningen. Forudsætningsvis syntes den at gaa udfra, at rettidigt læste Breve i begrænset Omfang havde Virkning fra Udstedelsen.

[18]) Privatretlige Foredrag, I, 1857, S. 298 ff., jfr. ogsaa Faith, Afhandlinger, I, S. 308.

[19]) Jfr. l. c. S. 489, hvoraf fremgaar, at samme Synspunkt anvendes paa Pantebreve.

[20]) Jfr. Gram, Den danske Formueret, I, 1858, S. 133 ff., Mätzen: Den danske Tingsret, 1891, S. 210 f., Torp: Dansk Tingsret, 1892, S. 273 f.

[21]) Ejendomsretten, 1. Udg., S. 940—42, 2. Udg., S. 935.

lysningsloven af 1926 blev derfor Tinglysningen paany det i alle Henseender afgørende Moment. Samtidig skete der ogsaa det, at Tinglysningsvæsenet blev saaledes omorganiseret, at Tinglysning kan foregaa hver Dag og ikke som tidligere een Gang om Ugen. Hvis Lovgivning og Praksis havde fulgt den Linie, som var angivet af Højesteret i Dommene indtil Plakaten af 1787, havde man imidlertid inden for Panterettens Omraade undgaaet en Del af Ulemperne ved den gamle Ordnings Tinglysningsfrister.

Med Hensyn til Plakaten af 1787 er iøvrigt endnu at bemærke, at det maatte følge modsætningsvis af denne, at Skøder og Pantebreve, der ikke var blevet rettidigt tinglyst, ikke kunde medføre Prioritet, naar Tinglysning var sket efter Død eller Fallit, hvilket jo ganske stemte med Retspraksis ved Pantsætning. Ørsted polemiserede imod det formaalstjenlige i denne Modsætningsslutning[22]), som han indrømmede var nødvendig. Han var af den Opfattelse, at selve Spørgsmaalet om en Erhververs Prioritetsstilling, hvor der var Tale om Overdragelse til Eje, over for Overdragerens Kreditorer maatte kunne afgøres ganske uden Hensyn til Tinglysning, og at det navnlig vilde være urimeligt at lægge afgørende Vægt paa denne, hvor Erhververen maatte have forudbetalt. »Ved Skiødets Udstedelse har Sælgeren fuldstændigen afstaaet Eiendommen ... Det synes derfor paradoxt, at Sælgerens Creditorer paa Grund af hans Død eller Fallissement, skulde kunne inddrage den saaledes afstaaede Eiendom ... Bestemmelserne i 5-3-28 og 29 have heller ikke Hensyn uden til mellemkommende Erhvervelser af jura realia ...«. Ørsted vilde altsaa i Virkeligheden her drage den fulde Konsekvens af Forestillingen om den tinglige Overdragelsesretshandel, og det er interessant at se, at det Syn paa Danske Lovs Kollisionsbestemmelser, som Ørsted her anlagde, i Virkeligheden var identisk med det, der var blevet anført i Højesteret under Forsøget paa at gennemføre Anerkendelsen af Pantsætningen som tinglig Overdragelsesretshandel, Som ovenfor paavist strandede dette Forsøg ganske, og selvom Højesteret ved Overdragelse til Eje af fast Ejendom havde gennemført en retlig Forskel paa Skødet og Købekontrakten, kan der ikke herske Tvivl om, at Højesteret ikke vilde have udstrakt dette Synspunkt, saaledes at den utinglyste Skødemodtager skulde have faaet »jus in re« fremfor Sælgerens Kreditorer. Idet der iøvrigt henvises til, hvad der ovenfor er bemærket om Ejendomsrettens Overgang i Forhold til Overdragerens Kreditorer, skal det blot fremhæves, at Ørsted ogsaa her ved Omtalen af Plakaten af 1787 synes at have manglet Blik for Faren for Laangivning kamoufleret som Ejendomsoverdragelse.

Trods sine Betænkeligheder kunde Ørsted ikke være i Tvivl om Retsstillingen efter dagældende Ret, da Plakaten af 1787 netop angik Rets-

[22]) Jfr. nærmere herom Ørsted Haandbog V, S. 210 f.

stillingen overfor de almindelige Kreditorer, og Modsætningsslutningen derfor maatte være ganske sikker.

II

Som det er skildret i det foregaaende, var Tinglysningen gennem Størstedelen af det 18. Aarhundrede blevet betragtet som det egentlige konstitutive Moment ved Pantsætningen, og det er ogsaa paa denne Baggrund, man maa se paa Retsudviklingen vedrørende Forholdet mellem flere Panthavere og herunder i første Række det, der nu kaldes Spørgsmaalet om Panthaverens Oprykningsret.

Ifølge Vinding Kruse[23]) skulde der i det 18. og i Begyndelsen af det 19. Aarhundrede have været en Del Uklarhed om, hvorvidt 2. Prioriteten rykkede op, naar 1. Prioriteten blev afdraget eller indfriedes. Den overvejende Tendens gik dog ifølge Vinding Kruse ud paa, at 2. Prioriteten ikke rykkede op, men at Ejeren havde Ret til at besætte en indfriet Prioritetsplads med en ny Prioritet af samme Størrelse, og at 2. Prioriteten i det hele kun havde Oprykningsret, naar 2. Prioritets-Pantebrevet udtrykkeligt gav Tilsagn derom. Dommen N. j. A., 18. Bd., 1817, S. 71, fremhæves dernæst af Vinding Kruse som Udtryk for, at man har anerkendt, at en Panthaver, der havde modtaget 2. Prioritets-Pantebrev paa et Tidspunkt, hvor Ejeren endnu ikke havde udstedt noget Pantebrev paa 1. Prioritet, maatte antages at være indgaaet paa, at Ejeren derved havde forbeholdt sig at udstede et 1. Prioritets Pantebrev. Vinding Kruse fremhæver yderligere, at det var »ret almindelig anerkendt«, at naar Pantedebitor til Indfrielse af Prioritetslaan maatte optage et nyt Laan, som Laangiveren imidlertid kun vilde yde paa Betingelse af, at han fik den indfriede 1. Prioritetsplads, maatte Debitor have Ret til at indrømme det nye Laan det gamles Plads. Det var endelig Ørsted, der samlede alle disse Tendenser i sin bekendte Ombytningslære.

Den her refererede Fremstilling, som ganske vist væsentligst tager Sigte paa Forholdene i Begyndelsen af det 19. Aarhundrede, giver i flere Henseender et noget fortegnet Billede af den egentlige Baggrund for Ørsteds Lære paa dette Omraade. Mere almindeligt maa det fremhæves, at Retspraksis i det 18. Aarhundrede giver én det Indtryk, at egentlige Oprykningsklausuler i efterstaaende Pantebreve var yderst sjældne, og de forskellige Domme er derfor velegnede til at belyse hele Oprykningsproblemet mere principielt. Det samlede Indtryk, man faar af Retspraksis, gaar ikke i Retning af, at Domstolene i det 18. Aarhundrede skulde have gjort principielle Indskrænkninger i Efterpanthaverens Oprykningsret, men dette Forhold vil den følgende Gennemgang af Retspraksis nærmere kunne illustrere.

Man plejer at stille to Principper overfor hinanden: Det romerretlige, der finder sit Udtryk i Slagordet »pignoris causa indivisa est«, — og det

[23]) Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1638.

nyere Princip, der vel nok paa andre Punkter i og for sig anerkender Reglen om Pantets udelelige Hæften, men som paa dette Punkt i en vis Forstand tillader en »Deling« af Pantet, idet hver Panthaver faar sin faste Plads i Prioritetsrækken, der forbliver upaavirket af Ændringer i den foranstaaende Prioritets Forhold.

Det er sikkert ikke uden Grund, at Oprykningsprincippet er det ældste. De moderne Principper paa dette Omraade er affødt af et højt udviklet Realkreditsystem, der efterhaanden har medført, at enhver fast Ejendom er behæftet med Pantegæld efter et nogenlunde fast Skema[24]). Udnyttelsen af Pantsætningsmuligheden er blevet Hovedreglen, og Panthaverne, der har sikre Vurderinger at rette sig efter, sørger i Reglen for ved et fint nuanceret Sammenspil af Rente- og Kursvilkaar at bringe Harmoni mellem deres økonomiske Offer og Sikkerheden. Under saadanne Forhold er det naturligt kun at tillade Oprykning i Tilfælde, hvor det maa antages, at Panthaveren virkelig kan have taget Opryknings-muligheden i Betragtning ved Laanets Ydelse.

Saalænge Retsforholdet imidlertid ikke ved Loven er blevet ordnet præceptivt, jfr. Vinding Kruse l. c. 1659, er der, hvad enten man lægger selve Dogmet, pignoris causa indivisa est, til Grund eller ej, to Tilfælde, i hvilke det under alle Omstændigheder er overordentlig vanskeligt at hindre Oprykning: For det første, hvor Efterpanthaveren udtrykkeligt har betinget sig Oprykning, for det andet, hvor Interessekonflikten ikke foreligger mellem Pantsætteren og Efterpanthaveren, men derimod imellem Panthaverne og de simple Kreditorer, f. Eks. i Konkurstilfælde. I det førstnævnte Tilfælde kan »Ombytningssynspunktet« i begrænset Omfang føre til at give Pantsætteren Handlefrihed og Mulighed for en Omprioritering, men heller ikke mere, — og i det sidste Tilfælde maa det vist nok indrømmes, at man uden positive Regler paa Forhaand vil være mest tilbøjelig til at lade Kreditorerne, der ikke har »vigileret« for deres Ret, gaa bag af Dansen. Hvis disse mere almindelige Betragtninger rummer nogen Sandhed, bliver det lettere at forstaa, at Oprykningsprincippet, i Særdeleshed i et mindre velordnet Realkreditsystem, har lettere ved at trænge igennem end de moderne Principper (Ejerpantet), og de nævnte Forhold maa derfor vist nok tages i Betragtning, naar Talen drejer sig om en Vurdering af den nationale Retsudviklings Selvstændighed i paavirkningsmæssig Henseende.

Udgangspunktet for romersk Rets Regler paa dette Omraade var som nævnt, at den pantsatte Genstand udelt hæftede til Sikkerhed for hele den pantesikrede Fordring. Heri laa egentlig kun direkte dette, at en Deling eller en Nedskrivning af den pantesikrede Fordringsret ikke havde en Deling eller Nedskrivning af Panteretten til Følge (jfr. D. 21, 2, 65). Egentlig vedrørte Synspunktet altsaa ikke det direkte Spørgsmaal om Oprykningsretten, men det maatte som logisk Konsekvens have til

[24]) Jfr. ogsaa Vinding Kruse, Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1393.

Følge, at der ikke bestod noget Grundlag for at anerkende Ejerpant i den ene eller anden Form. Romerrettens Oprykningsregel havde iøvrigt nært Sammenhæng med Reglerne om Efterpanthaverens Udløsningsret, der netop maatte betegnes som en jus offerendi *et* succedendi. De Regler, der imidlertid frembyder størst Interesse i Romerretten paa dette Omraade, er Reglerne om det, man kunde kalde Undtagelserne fra Oprykningsprincippet, eller som det i tysk-romanistisk Teori betegnes, Reglerne om den »hypothecariske Succession[25]). I denne Forbindelse er det navnlig det vigtige Kildested, D. 20, 3, 3, der er af Interesse. Her udtales det, at den, der yder Laan til Indfrielse af en foranstaaende Prioritet, kun indtræder i Panteretten, hvis det er blevet aftalt mellem Laangiver og Skyldner, at den førstnævnte skal have Panteret: »neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore«.

I romanistisk Teori har det været overordentlig omstridt, om man skulde opfatte Forholdet saaledes, at der blot i det nævnte Tilfælde havde fundet en Overførelse af den gamle Panteret Sted (jfr. den ovenfor nævnte karakteristiske Betegnelse: hypothecarisk *Succession).* Blandt andet Dernburg fremhæver sikkert med Rette, at det ikke er korrekt at forudsætte, at de romerske Kilder skulde have opfattet Forholdet saaledes, at Pantsætterens Samtykke gik ud paa Godkendelse af en Succession i egentlig Forstand, men at Romerne netop i et Tilfælde som det nævnte havde aabnet Mulighed for, at Pantsætteren kunde indvillige i Stiftelse af en »ny« Panteret til Fordel for Indfrieren. Ud fra dette Synspunkt havde romersk Ret i Virkeligheden gjort en meget kraftig Modifikation i Oprykningsprincippet[26]), — naar det hos Vinding Kruse hedder, at romersk Ret havde en med Ørsteds Ombytningslære beslægtet Ombytningsregel, er dette utvivlsomt rigtigt, navnlig i den Forstand, at Ørsteds Lære bærer Præg af direkte romerretlig Inspiration. Den væsentlige Forskel mellem Romerretten og Ørsteds Lære fremkom imidlertid som Følge af den Omstændighed, at den romerske Regel var blevet opbygget uden Baggrund i et Tinglysningssystem, hvorimod Ørsteds Ombytningslære fik sin særegne Udformning, fordi Ombytningssynspunktet hos ham blev sammenkædet med de foreliggende Tinglysningsregler. Herved blev Samtidighedssynspunktet det mest dominerende Træk i Ombytningsprincippet[27]).

Paa Baggrund af romersk Ret kunde man egentlig have ventet sig, at der herhjemme allerede i det 18. Aarhundrede havde fundet en Reception Sted med Anerkendelse af Oprykningsprincippet *og* de romerske Modifikationer i dette. Dette blev imidlertid ikke Tilfældet. Der foreligger noget af det samme Forhold, som kan siges at præge det 18. Aar-

---

[25]) Jfr. Dernburg, System des römischen Rechts, I, 1911, S. 521, og Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, I, 1900, S. 1051.
[26]) Jfr. Vinding Kruse l. c. 1641.
[27]) Jfr. Ørsted, Haandbog, VI, S. 199.

hundredes Traditiolære, at der kun blev Tale om en delvis og højst begrænset Paavirkning.

Danske Lov indeholdt i 5-7-7 en Bestemmelse, som i og for sig var egnet til at bremse den efterstaaende Panthaver. Det hedder nemlig i Slutningen af Bestemmelsen: »og den panthavendis gaar for alle Creditorer, *og skal først udløsis efter sit Pantebrevs Lydelse*«. Disse sidste Ord blev overordentlig ofte paaberaabt under Voteringerne, for dermed at begrunde, at en efterstaaende Panthaver ingensinde skulde kunne forlange bedre Retsstilling, end den, der netop fulgte af hans Brevs Indhold. Men dette Synspunkt viste sig dog ikke at være tilstrækkeligt stærkt i de Tilfælde, hvor den ledige Panteretsplads var fremkommet som Følge af Indfrielse.

Retspraksis falder iøvrigt i 3 Hovedgrupper. Den første Gruppe angaar Sammenstødstilfælde mellem Panthaver og retsforfølgende Kreditorer. Denne Gruppe af Tilfælde angaar i Virkeligheden ikke Opryknings problemet, men den medtages her, fordi den har nært Sammenhæng med de Problemer, som opstaar i Forbindelse med Opryknings-spørgsmaalet. Situationen er nærmere beskrevet den, at Debitor, medens han er under Retsforfølgning, jfr. Danske Lov 5-3-18 og 1-24-26, foretager en »Konvertering«. Problemet drejede sig i disse Tilfælde om at afgøre, om man skulde lægge afgørende Vægt paa den Omstændighed, at Debitor i og for sig ifølge Danske Lov var inkompetent til at pantsætte sit Gods, — eller om man skulde fortolke de nævnte Bestemmelser indskrænkende, fordi Kreditors Retsstilling paa ingen Maade var blevet forværret paa Grund af den indtrufne Ombytning.

Den første Afgørelse, der kendes om dette Tilfælde, er fra 1711, HP 1711, S. 115[28]). En Kreditor havde den 6. Maj 1709 opnaaet Namsdom over Pantsætteren og havde i Henhold til Dommen gjort Udlæg den 31. Maj samme Aar. I Huset havde der imidlertid staaet en 1. Prioritet, som Pantsætteren ved Hjælp af et Laan indfriede den 21. Juni 1709. Til Gengæld fik Laangiveren umiddelbart efter Pantebrev for Indfrielsessummen, og Tinglysning heraf fandt Sted den 25. Juni paa et Tidspunkt, hvor Laangiveren intet kendte til den stedfundne Retsforfølgning. Alle Instanser var her enige om at nægte Panthaveren Prioritet under Henvisning til Danske Lovs Kompetenceregel.

Gennem lang Tid efter den nævnte Sag synes der ikke at være fremkommet Sager af samme Beskaffenhed, men Retspraksis paa andre Omraader vedrørende Danske Lov 5-3-18 gør det utvivlsomt, at Domstolene i disse Tilfælde har underkendt Ombytningssynspunktet. Fra et langt senere Tidspunkt kan i denne Forbindelse fremhæves Sagen HP 1775 A. 69. Her havde en Laangiver forstrakt en Auktionskøber med Midler til Indfrielse af de paa den solgte Ejendom hvilende Prioriteter. Imidlertid havde en Kreditor opnaaet Eksekution hos Auktionskøberen,

[28]) Jfr. Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 22.

før Laangiveren fik Pantebrev udstedt og tinglyst. Laangiveren paastod imidlertid Prioritet med den Begrundelse, at ingen Kreditorer ellers kunde have nogen Sikkerhed for den en Debitor laante Kapital til at indløse det gamle Skøde, indtil det nye blev udstedt og tinglyst. Dette Synspunkt blev imidlertid afvist under Henvisning til, at Laangiveren selv havde været forsømmelig i at paase sin Ret og først et helt Aar efter Laanets Ydelse havde æsket Panteobligationen.

Faa Aar efter faldt imidlertid en Afgørelse, HP 1779, S. 12, der viser, at det vilde være urigtigt at drage nogen Form for Modsætningsslutning fra Voteringen i 1775-Sagen. Afgørelsen af 1779 er særlig interessant, fordi den faldt efter, at Lovgivningsmagten ved Plakaten af 7. August 1776, jfr. ovenfor, havde gjort Indrømmelser til det Synspunkt, at Retsforfølgningsskridt kun kunde gøres gældende, hvis disse var tinglyste. I det foreliggende Tilfælde havde en Kreditor opnaaet Hof- og Stadsretsdom over Pantsætteren den 21. April 1777. Dommen var imidlertid en alternativ Edsdom, og Sagen blev appelleret til Højesteret, hvorved Kreditor blev afskaaret fra at aflægge Eden, hvilket han havde tilbudt allerede inden Appellen. Den 25. Juni 1777 havde Pantsætteren ved Hjælp af et Laan indfriet de paa hans Ejendom hvilende Prioriteter. Laangiverens Panteobligation blev tinglyst samme Dag, som den tidligere Panthavers Obligationer blev aflyst. Efter at Kreditor havde opnaaet Højesteretsdom og aflagt den fornødne Ed, gjorde han i 1778 Udlæg i Ejendommen. Højesteret stadfæstede i dette Tilfælde Hof- og Stadsrettens Dom, hvorefter den tidligere Hof- og Stadsretsdom maatte anses som en Namsdom med de i Danske Lov 5-3-18 omhandlede Virkninger, og man forkastede saaledes det Synspunkt, at Kreditors Tilstand ikke var blevet forværret ved den foretagne Konvertering: »hun er ikke traadt i forrige Panthavers Sted, men faaet en ny Obligation . . . vel synes Billighed at tale for hende, men jura vigilantibus scripta«. Mod dette Standpunkt gjorde Anchersen en velbegrundet Indsigelse, idet han fremhævede, at Namsdomme maatte være bekendtgjort, hvis de skulde indskrænke Debitors Adgang til at pantsætte. Han henviste endog til den gamle Forordning af 16. Juli 1623: »De gamle Love viser esprit af de nuværende Love i denne Henseende nemlig, at ingen skulde surpreneres«, — og endelig anførte han, at Kreditors Status ikke var forværret. Anchersens velbegrundede Ræsonnement opnaaede Enighed hos de Dommere, der voterede efter ham, men disse udgjorde kun en Minoritet.

Det er paa Baggrund af den ovennævnte Praksis, man maa se paa de Sager, der direkte angaar Oprykningsspørgsmaalet.

Den anden Gruppe Sager angaar Tilfælde af Sammenstød mellem Panthavere, der udtrykkelig har faaet efterstaaende Prioritet paa den ene Side, og 1. Prioritetshaver, der enten ikke er blevet tinglyst eller dog først er blevet tinglyst efter 2. Prioriteten paa den anden Side.

Her kan først fremhæves Sagen HP 1750, S. 1[29]). Her var Tale om to Panteobligationer, den ene udstedt i 1741 med første Prioritetsret, den anden i 1743 med anden Prioritetsret næstefter den førstnævnte Prioritet. 2. Prioritetshaveren lod sit Pantebrev tinglyse, medens 1. Prioritetshaveren undlod dette. Højesteret stadfæstede i dette Tilfælde Oberhofrettens Dom og nægtede 2. Prioritetshaveren Præference, da han maatte antages at have anerkendt den anden Panthavers Prioritetsstilling, og da han ikke kunde faa bedre Ret, end hans Pantebrev hjemlede, jfr. Danske Lov 5-7-7 in fine. Naar det i Kommentaren til den nævnte Dom, l. c. ovenf. Note 29, siges, at 2. Prioritetshaverens »onde Tro med Hensyn til det forud prioriterede Pantebrevs Tilstedeværelse« ækvivalerede den manglende Tinglysning, er denne Forklaring i og for sig misvisende. Der var ikke Tale om at lægge Vægt paa »ond Tro«, men derimod muligvis nok paa et Renunciationssynspunkt, — og først og fremmest selve Indholdet af 2. Prioritetshaverens Pantebrev.

Et noget lignende Tilfælde kom til Paadømmelse ca. 30 Aar senere, jfr. Sagen HP 1781 D. 566. Den drejede sig om en Strid imellem to Panthavere i fast Ejendom i en Konkurssituation. 1. Prioritetshaveren havde modtaget Pantebrev den 1. Marts 1774, men havde ikke faaet tinglyst Pantebrevet før den 9. Februar 1778. 2. Prioritetshaveren fik Pantebrev den 9. August 1777 og lod dette lyse indenfor Tinglysningsfristen. Skiftedecisionen og Landstinget havde givet 1. Prioritetshaveren Medhold ligesom i Præjudikatet fra 1750. Disse Afgørelser blev stadfæstet af Højesteret, for saa vidt Hovedsagen angik, med 8 Stemmer mod 4. Majoriteten lagde følgende tre Grundsætninger til Grund for Afgørelsen: »1. *At en ældre tinglyst Obligation gaar for en yngre,* 2. *At 2. Prioritet kan træde i 1. Prioritets Sted,* 3. *At en Panteobligation ej er det, førend den er tinglyst:* Skal disse Sætninger appliceres, saa kan ej tvivles om, at jo 2. Prioritet bør foretrækkes ... men henses til Contracten, *saa ligger en ren Renunciation fra Citanten*«. Denne Udtalelse maa ses paa Baggrund af Kofod Anchers Lære i det ovenfor citerede Responsum. Kofod Ancher var dér inde paa 2 Synspunkter, dels at den utinglyste Panteobligation i og for sig medførte jus in re, hvilket maatte medføre Fortrinsstilling overfor personlige Kreditorer, dels Renunciationssynspunktet, som maatte medføre Fortrinsstilling overfor den tinglyste Efterpanthaver. Minoriteten vilde ikke anerkende Renunciationssynspunktet. I Overensstemmelse med den gamle Retspraksis, for hvilken Tinglysningen, som ovenfor refereret, var det egentlige konstitutive Moment i Pantsætningen, støttede Minoriteten sig til det Synspunkt, at 2. Prioritetshaveren vel skulde vige for Panteret paa 1. Prioritet, men indstævnte kunde slet ikke antages at have nogen Panteret: Pant eksisterer slet ikke uden Tinglysning. Synspunktet »quod semel placuit,

[29]) Jfr. Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 45.

semper placere debet« og Danske Lov 5-7-7 in fine sejrede imidlertid over Minoritetens Standpunkt.

Endnu i 1786 opretholdt Højesteret Renunciationssynspunktet i disse Sager, jfr. HP 1786 A. 144 — men der var stadig Tvivl i Højesteret. I det sidste Tilfælde havde en Fabrikant udstedt Pantebrev til det kongelige Skatkammer med 2. Prioritetsret den 10. April 1784 og derefter den 14. April udstedt Pantebrev til en Studiosus Top med 3. Prioritetsret næstefter 1. og 2. Prioritet. Tops Obligation blev tinglyst den 3. Maj, Skatkammerets derimod først den 12. Juli 1784. Det er bemærkelsesværdigt, at Hof- og Stadsrettens Skiftekommission her havde givet Top Medhold. Afgørelsen blev omstødt af Højesteret under Henvisning til Præjudikater og 5-7-7 in fine. En enkelt Dommer vilde imidlertid stadfæste Skiftedecisionen, fordi Panteret først konstitueres ved Tinglysning, og fordi man i modsat Fald maatte antage den Urimelighed, at de personlige Kreditorer skulde have haft større Ret end Top, hvis Pantsætteren var gaaet Fallit sidst i Maj[30]).

Den faste Linie, som Højesteretspraksis havde opretholdt i disse Tilfælde, blev imidlertid brudt i 1792 jfr. HP 1792 A. 339. Her var Tale om en Konflikt mellem en utinglyst 1. Prioritet paa 1500 Rd. og en 2. Prioritet, som havde modtaget Pantebrev med Klausul om Prioritet *næstefter de første 1500 Rd.* Højesteret stadfæstede i dette Tilfælde eenstemmigt Landstingsdommen, der havde statueret Oprykning: »Da Citanten ikke har ladet sin 1. Prioritets Panteobligation tinglyse, bliver Spørgsmaalet om et utinglyst Pantebrev er et Pantebrev, og dette er det ikke ... vel har Schou givet 2. Prioritet næstefter de første 1500 Rd., men dette gør intet, naar man antager, anden lovlig Panteobligation existerer.« (Af Moltkes Votum, hvortil de øvrige Dommere sluttede sig uden Kommentarer.)

Det er muligt, at man skal forstaa Afgørelsen saaledes, at den kun refererer sig til Tilfælde, hvor den foranstaaende Prioritet slet ikke var blevet tinglyst og altsaa endnu ikke var det paa Sagens Tidspunkt. Der ligger en Antydning af en Sondring i Sporons Votum i 1786-Sagen: »Dersom Skatkammerets Panteobligation slet ikke var tinglyst, saa kunde maaske fastsættes, at Top maatte have Præference«. Under denne Forudsætning kunde der være Tale om at forlige den sidstnævnte Afgørelse af 1792 med den tidligere Domspraksis og den senere Hof- og Stadsretsdom af 5. August 1816[31]). Den sidste Afgørelse minder paa væsentlige Punkter om Sagerne af 1781 og 1786.

Som samlet Karakteristik af den her omtalte Gruppe af Retssager kan det siges, at Hovedproblemet i juridisk Henseende for Datiden var Spørgsmaalet om Tinglysningens Betydning paa den ene Side og

[30]) Jfr. hvad der ovenfor er sagt om Oprykningstanken i Tilfælde af Kollision mellem Efterpanthaveren og de almindelige Kreditorer.
[31]) Nyt Juridisk Arkiv, 18. Bd., S. 71.

Spørgsmaalet om Hensyntagen til Pantebrevenes Indhold og Renunciationssynspunktet paa den anden Side. Det maa sikkert antages, at selve det principielle Spørgsmaal om Efterpanthaverens Adgang til at rykke op, naar der var en aaben Plads i Prioritetsrækken, var anset som en fuldstændig Selvfølge, jfr. Fridschs Votum i 1781-Sagen, der er citeret ovenfor. Dette bliver bekræftet, naar man ser paa Retspraksis i det Tilfælde, hvor der var Tale om Efterpanthaverens Stilling, naar den foranstaaende Prioritet blev indfriet.

Den afgørende og mest betydningsfulde Sag i denne Gruppe af Tilfælde findes HP 1773, S. 63. I denne Sag havde Pantsætteren en 1. og en 2. Prioritet staaende i sin Ejendom. 2. Prioriteten var blevet tinglyst næst efter 1. Prioritet paa 2500 Rd. den 13. Januar 1766. I December 1766 laante Pantsætteren imidlertid Penge til Indfrielse af 1. Prioriteten. I umiddelbar Forbindelse med Laanet blev der udstedt Pantebrev med 1. Prioritetsret til Laangiveren den 11. December 1766, hvilket Pantebrev blev tinglyst den 15. samme Maaned. Imidlertid paastod 2. Prioritetshaveren, at han havde Krav paa Prioritet fremfor Laangiveren under Henvisning til Tinglysningstidspunktet. Sagen blev indbragt for Hof- og Stadsretten[32]). Hof- og Stadsretten gav 2. Prioritetshaveren Medhold i Kravet om Oprykning. I Dommens Præmisser hedder det: »Da den ... udgivne Panteobligation lyder paa 2. Prioritets Panterettighed i hendes tilhørende Hus, næst efter Fru Kellinghusen (der var den oprindelige 1. Prioritets Indehaver), deri paa 1. Prioritet staaende 2.500 Rd. ... saa har Kierulf (Indehaveren af 2. Prioritet) som Obligationens rette Ihændehaver, nu da Fru Kellinghusens Obligation er indfriet, saavel ifølge Obligationens udtrykkelige Indhold som ifølge Lovens 5-7-7 forlods Panteret ...« Det fremgaar af Hof- og Stadsrettens Voteringsprotokol, at alle Dommerne var enige om Resultatet paa nær Holtermann, der henviste til, at 2. Prioriteten aldrig havde betinget sig bedre Prioritetsstilling, og at Laangiveren ligesaa let kunde have benyttet den Fremgangsmaade at lade sig tiltransportere det gamle Pantebrev paa 1. Prioritetspladsen. Endvidere henviste han til Danske Lovs Ord i 5-7-7 in fine.

I Højesteret fremkaldte Sagen en Del Tvivl, men Majoriteten sluttede sig dog til Herman Colbjørnsens Standpunkt, hvis Konklusion var en Stadfæstelse af Hof- og Stadsrettens Dom. Colbjørnsens Votum illustrerer paa en meget interessant Maade Højesterets Standpunkt til Oprykningsproblemet: »Vel er Møllmarcks Enke i førstbemeldte Obligation postponeret Fru Kellinghusen, men deraf følger ikke, at hun er postponeret alle andre, som siden kunde faa Panteret i Huset. Udi det intervallo, som var imellem Kellinghusens Obligations Aflysning og Schiøtzs Obligations Tinglysning maatte Huset jo staa vacant for 1.

[32]) Jfr. denne Domstols Domsprotokol for 1771—72, S. 353, og Voteringsprotokollen for samme Tidsrum, S. 451.

Prioritet, og da Møllmarcks Enke kom næst efter Fru Kellinghusen, saa traadte hun i det Øjeblik, da den sidste blev udløst, i hendes Sted. En anden Sag er det, naar en Obligation transporteres, thi da subsisterer Prioritetsretten uden at interrumperes«. Her er det klareste Udtryk for det, Vinding Kruse har kaldt »den juridiske horror vacui« (l. c. S. 1660). En Minoritet paa 5 Dommere vilde have omstødt Hof- og Stadsretsdommen ud fra samme Synspunkter som dem, der blev gjort gældende af Holtermann under Voteringen forud for denne Dom. Anchersen fremhævede, at det vilde foraarsage store Ulejligheder i Praksis, hvis det skulde blive en Nødvendighed at transportere Obligationer for at kunne overdrage 1. Prioritetsretten til en anden upaaanket af den 2.-prioriterede, og han anførte tillige, at der kunde findes de Kreditorer, som »par caprice« vilde nægte at afgive Transport og derved sætte Debitor i stor Forlegenhed. Over for Anvendelsen af 5-7-7 som Begrundelse for Majoritetens Standpunkt understregede han endelig: »ubi cessat legis ratio, ibi etiam cessat legis dispositio«. Hverken disse eller andre Indvendinger, herunder særlig Henvisningen til Ordene i 5-7-7 in fine, formaaede imidlertid at standse det konsekvente Oprykningsprincip.

Da Dombøgerne for dette Tidspunkt er brændt, lader det sig desværre ikke gøre at fastslaa Pantebrevets nøjagtige Indhold. Det maa dog efter det i Voteringsprotokollen oplyste ganske sikkert antages, at 2. Prioritetshaverens Pantebrev ikke har indeholdt nogen egentlig Oprykningsklausul, der som før nævnt heller ikke var hyppigt forekommende i det 18. Aarhundrede. Paa den anden Side er det nok muligt, at dets Prioritetsangivelse har været individuelt formet. Det synes endvidere at fremgaa af Voteringen, at Sagen netop angik et saa klart Tilfælde, som man kan tænke sig, med direkte Forstrækning fra Laangiverens Side til Indfrielse af 1. Prioriteten og Tinglysning af det nye Pantebrev i umiddelbar Forbindelse med Indfrielsen. Det afgørende ved Vurderingen af Dommen maa herefter være den Ejendommelighed, at Højesteret antog Oprykningsprincippet netop i en Situation, hvor romersk Ret vilde have talt for at give Indfrieren Prioritet, — eller, om man vil, for en hypothecarisk Succession, jfr. Codex 8,19,1: »quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligatur et in locam ejus succedat«. Det er i hvert Fald paa denne Baggrund, man maa tage Stilling til Spørgsmaalet om, hvorvidt dansk Ret paa dette Omraade er blevet præget af romerretlig Paavirkning.

Majoritetens Standpunkt involverede nemlig klart et egentligt Krav om Cession af den gamle 1. Prioritet, medens romersk Ret, hvad enten den konstrueres paa den ene eller den anden Maade, hvilede paa den Forudsætning, at Laangiverens Indtræden paa 1. Prioritetspladsen maatte kunne ske i Kraft af Aftale derom mellem Pantsætter og Laangiver uden Cessionserklæring fra den gamle 1. Prioritetsindehaver.

Den retsvidenskabelige Teori i Tiden før Ørsted havde været stærkt delt i Opfattelsen af det her omhandlede Problem[33]). Ørsted meddeler, at J. E. Colbiørnsen i sine latinske Forelæsninger, som Ørsted besad en Haandskrift af, ligefrem havde antaget, at Spørgsmaalet maatte afgøres efter Lovens Bestemmelser om det ældre og tidligere tinglyste Pantebrevs Fortrin, altsaa at den, »der oprindeligvis kun havde 2. Prioritet, gaar forud for den senere Obligation, der udstedes, efter at den oprindelige 1. Prioritets Obligation er indfriet«. Men denne Lære var jo netop ogsaa delvis identisk med H. Colbjørnsens Votum i 1773-Sagen, hvor den konsekvente Oprykningsteori havde opnaaet Stemmemajoritet.

Overfor dette Standpunkt fremsatte Nørregaard[34]) den Opfattelse, at Lovens Tinglysnings- og Prioritetsregler ikke var anvendelige, idet han hævdede, at en Laangiver maatte kunde opnaa Pant mod 1. Prioritet, saafremt de sekundære Prioriteter ikke havde betinget sig Ret til Oprykning. Der kan ikke være Tvivl om, at dette Standpunkt var inspireret af de romerske Regler om hypothekarisk Succession, men det førte dog langt videre end de romerske Modifikationer i Oprykningsadgangen, idet det principielt involverede, at Oprykning ikke fandt Sted og derved nærmede sig til en Indrømmelse af et Ejerpant, dog saaledes, at Nørregaard betragtede det som en Absurditet at tænke sig, at Kreditorerne skulde kunne besætte den ledige Prioritetsplads og iøvrigt ikke mente, at dette sidste Spørgsmaal vedrørte Spørgsmaalet om en Laangivers Adgang til at opnaa en indfriet Panthavers Prioritet. Højesterets og J. E. Colbiørnsens Standpunkt var først og fremmest begrundet i Tinglysningsreglerne, til Trods for at det i sin Udformning maatte minde om Konsekvensen af Dogmet »pignoris causa indivisa est«.

Da Ørsted første Gang ytrede sig om Emnet[35]) var det efter Fremkomsten af Forordningen af 12. Sept. 1806, der omhandlede Reglerne om Anbringelse af umyndiges Midler, og som gav Adgang til at udlaane saadanne Midler mod sekundær Prioritet. I denne Forbindelse udtaler Forordningen, at Bestyrerne af de umyndiges Midler skal være berettiget til at samtykke i »at det for Laanet udstædende Pantebrev, paa Debitors Forlangende, saaledes clausuleres, at Stiftelsen eller den Umyndige ikke skal optræde i ældre Panthavers Ret, naar denne udløses, dog under Forudsætning, at Eiendommen ei ved saadan Forandring behæftes yderligere end tilforn«. Ørsted opfattede Forordningen saaledes, at det herved paa bindende Maade var forudsat, at en sekundær Prioritet efter gældende Ret *ipso jure* rykkede op, medmindre den udtrykkeligt havde givet Afkald derpaa. Selvom han de lege ferenda foretrak Nørregaards Lære med den Modifikation, at han fandt det inkonsekvent, at 2. Prioriteten ikke ogsaa skulde blive paa sin Plads selv

[33]) Jfr. Ørsteds Referat, Haandbog, VI, S. 206—208.
[34]) Privatretten, III, S. 336 f.
[35]) Jur. Ark., Bd. 20, S. 159 ff.

i det Tilfælde, at 1. Prioriteten forblev ubesat, maatte han de lege lata afvise den.

Trods Forordningen af 1806 og Ørsteds Indlæg fastholdt Hurtigkarl i sin senere udkommende Privatret (II, 1, S. 419 f.) Nørregaards Lære blandt andet under Henvisning til Forordn. 5. Jan. 1813 § 34, der syntes at indholde en Forudsætning om Ret til Konvertering, naar den sekundære Prioritet ikke havde forbeholdt sig Oprykningsret. Med Hensyn til Forordn. af 1806 fortolkede Hurtigkarl den saaledes, at den blot forudsatte, at det var Hovedreglen, at man ved Anbringelse af sekundære Prioriteter betingede sig Oprykningsret, men ikke at denne eksisterede ipso jure.

Da Ørsted kom tilbage til Emnet i 1818[36]), afviste han atter den indskrænkende Fortolkning af Forudsætningerne bag Forordn. af 1806 og understregede, at Forordn. af 1813 angik saa specielle Forhold, at den ikke kunde anvendes generelt.

Saaledes var Stillingen, da Højesteret paany skulde faa Problemet forelagt, jfr. HP 1821 B, 25-5-1821, Sag Nr. 180. En Mand havde her 15. April 1817 pantsat sin Ejendom for 24000 Rbd. Panthaveren fik 1. Prioritet og tinglyste 23. Aug. s. A. Efter at der var afdraget 10000 Rbd., udstedtes der den 11. Sept. s. A. 2. Prioritetspantebrev næstefter 14000 Rbd., der blev tinglyst den 17. September. Endelig blev der den 19. Nov. s. A. underskrevet nyt 1. Prioritetspantebrev paa 14000 Rbd. i Forbindelse med, at der skulde finde Indfrielse af den gamle 1. Prioritet Sted. Det sidste Pantebrev blev tinglyst d. 3. Dec. 1817, men fik Retsanmærkning om samtlige paa Ejendommen hæftende Prioriteter, altsaa ogsaa den gamle 1. Prioritet. 2. Prioriteten paastod Prioritet fremfor det nye 1. Prioritetspantebrev, men tabte Sagen ved Hof- og Stadsretten. Denne Dom blev stadfæstet af Højesteret, og der var Enighed om selve Resultatet, men det er yderst interessant at bemærke, at Voteringen gav Udtryk for et skarpt Skel mellem Rettens Medlemmer med Hensyn til de retlige Forudsætninger for Resultatet. Uenigheden drejede sig om, hvorvidt 2. Prioriteten ipso jure maatte antages at have Oprykningsret eller ej — altsaa henholdsvis Ørsteds og Hurtigkarls Lære.

Førstvoterende Danchell var af den Opfattelse, at Forordn. af 1806 viste, at den sekundære Prioritet ipso jure rykkede op, men at Forordningen dog maatte forudsætte, at den ældre Prioritet skulde være udslettet, og da den ikke var det, da den nye Prioritet blev læst, opstod der ikke »*en saadan Evacuation*«, at Oprykning in casu kunde ske. I denne Opfattelse erklærede Feddersen sig enig, men de øvrige Dommere erklærede sig udtrykkeligt enige med Lassen, hvis Konklusion var den samme i enhver Henseende som Danchells, men hvis Votum fastslog, at den sekundære Prioritet ikke havde Oprykningsret ipso jure, at Forordn. 1806 maatte fortolkes indskrænkende, og at Forordn. af 1813 un-

[36]) Nyt jur. Ark., Bd. 26, S. 27 f.

derbyggede dette Resultat. Ørsteds Lære var altsaa i Virkeligheden blevet underkendt af en stor Majoritet i Højesteret, og Hurtigkarls Lære var omvendt blevet godkendt, hvilket atter vil sige, at »Ejerpantet« hermed skulde være anerkendt bortset fra Tilfælde af Kreditorforfølgning, i hvert Fald hvor 2. Prioriteten blot havde faaet Pant efter et vist Beløb, naar han ikke udtrykkelig havde betinget sig Oprykning.

I sin Afhandling »Om Grundsætningerne for det dansk-norske Hypothekvæsen« (1830) jfr. Jur. Tidsskrift 16. Bd. II, S. 358 ff., fastholdt Ørsted ganske sit oprindelige Syn paa Problemet, idet han dog understregede, at der primært maatte lægges Vægt paa en Fortolkning af de sekundære Forskrivningers Ordlyd, og tilføjede, at Placering af en ny 1. Prioritet altid maatte kunne finde Sted ved Indfrielse, naar Læsning af den nye Prioritet skete samtidig med Udslettelsen af den gamle, thi her var foregaaet ganske det samme som en almindelig Cession, og der havde ikke været noget Øjeblik, hvor den sekundære Panthaver havde forbedret sin Panteret. Hermed introduceredes Ombytningslæren, der dog allerede havde været fremsat i Højesteret i 1821 af Minoriteten i ovennævnte Sag.

Da Ørsted endelig for sidste Gang gav sig i Lag med disse Spørgsmaal[37]), fremkom der i principiel Henseende tilsyneladende ikke væsentligt nyt. Ørsted forfægtede endnu engang Oprykningsprincippet »ipso jure« og denne Gang ogsaa i Forbindelse med retshistoriske Argumenter, for at besvare den Kritik, der i Mellemtiden var fremkommet mod hans Lære. Han fremhævede, at der altid i ældre Praksis blev givet den nye Prioritet Anmærkning om de ældre, hvis disse ikke udtrykkeligt havde fraskrevet sig Oprykningsret, og han havde »hørt erfarne Praktikere forsikre, at der vare ældre Høiesteretsdomme, som nægtede Debitor den omspurgte Ret. Dog har jeg ingen bestemt Kundskab om nogen saadan Dom« — at det, de omtalte Praktikere herved havde hentydet til, var den principielle Afgørelse af 1773, kan der vel næppe herske Tvivl om.

Dernæst nævner Ørsted, at »en senere Høiesteretsdom af 25. Aug. 1821 har derimod i et enkelt Tilfælde antaget, at Debitor, naar de sekundaire Forskrivninger tie, kan optage et nyt fortrinligt Prioritetslaan i Stedet for det, som heftede paa hans Eiendom inden hine Forskrivninger bleve udstedte. Men det er ikke givet, om denne øverste Domstol herved har afgjort Spørgsmaalet i sin Almindelighed«, og han mente derfor ikke, at den nævnte Dom kunde svække hans Lære.

Den Højesteretsdom, som Ørsted henviser til, findes ikke, men der kan vel næppe heller være Tvivl om, at der foreligger en Fejlhenvisning, saaledes at det er den ovennævnte Dom af 1821, der tænkes paa, og i principiel retshistorisk Henseende har det ikke ringe Interesse at sammenligne Voteringen i Højesteret i 1821 og Ørsteds Opfattelse af

[37]) Jfr. Haandbog, VI, S. 198 ff.

Dommen. Set fra eet Synspunkt havde han Ret i, at den angik et rent Ombytningstilfælde, men han kunde jo ikke vide, at Rettens Majoritet klart havde forkastet hans Lære og naaet til Resultatet ud fra en udtrykkelig Antagelse af Hurtigkarls.

Kaster man et Blik tilbage over Udviklingen og i denne Forbindelse erindrer, at Ørsteds Lære blev den sejrende senerehen i det 19. Aarh., vil man se, at der gaar en lige Linie fra 1773-Afgørelsen over Forordningen af 1806, Minoritetens Standpunkt i Højesteret i 1821 og Ørsteds Lære, paa den ene Side, og en lige saa klar Linie fra Nørregaard-Hurtigkarls Lære, der nærmest maa siges at have været i Strid med gældende Ret, da den blev fremsat, til Højesteretsmajoritetens Standpunkt i 1821, et Standpunkt, der kunde være blevet bestemmende for den fremtidige Udvikling, hvis det ikke var blevet kvalt i Fødslen.

Om Udviklingen i Retspraksis i det 19. Aarhundrede kan iøvrigt henvises til den instruktive Fremstilling, som findes hos Vinding Kruse[38]). Det, der skulde være vist ved denne Gennemgang af Emnet er, at Ombytningslæren ikke blev indført herhjemme før i det 19. Aarhundrede, selvom den allerede var forberedt ved Dommen af 1773. Fra dennes Krav om Transport af den gamle 1. Prioritet var der kun et lille Skridt til Ørsteds Samtidighedskriterium. Hvilken Rolle den romerske Rets Opryknings- og Successionsregler har spillet for Udviklingen er næsten umuligt at afgøre, idet ingen af de i Datiden repræsenterede Opfattelser i sig selv var Udtryk for romersk Rets Standpunkt.

Paa to vigtige Punkter havde Ørsted imidlertid i sin sidste Fremstilling af Spørgsmaalet gjort Indrømmelser til Hurtigkarls Standpunkt, for det første ved en Understregning af, at Samtidigheden mellem den gamle og den nye Prioritet godt kunde foreligge, selvom der i visse Situationer kunde være et Tidsinterval mellem den førstes Aflysning og den sidstes Lysning og for det andet derved, at sekundære Prioriteter, der lød paa Panteret efter en vis Sum, maatte fortolkes som indeholdende Tilladelse til Nybesættelse af 1. Prioriteten. Hermed var i Virkeligheden Ørsteds oprindelige »ipso jure«-Standpunkt blevet forladt, og en vis Harmonisering af de stridende Opfattelser havde fundet Sted.

Naar endelig Retspraksis i det 19. Aarh. — plus royaliste que le roi — gennemførte Kravet om Samtidighed og Ombytning ogsaa i den sidste Situation[39]), indses det, hvilken afgørende Betydning det havde haft for Retsudviklingen, at Ørsteds Lære i Overensstemmelse med den gamle Afgørelse af 1773 principielt — trods senere Modifikationer — var blevet opbygget paa det Synspunkt, at kun særlige konkrete Holdepunkter kunde føre til at afvise den sekundære Panthavers Ret til »ipso jure« at drage Fordel af en »Evaucation« i Prioritetsrækken, og ikke var blevet

[38]) Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1638 ff., 1. Udg., S. 1788 ff.
[39]) Jfr. UfR, 1876. 934 og 936, samt 1910. 773, samt Omtalen af disse Afgørelser hos Vinding Kruse l. c. 1946—48.

opbygget paa det Synspunkt, der i Virkeligheden sejrede i Højesteret i 1821.

Tinglysningslovens § 40 indførte i principiel Henseende en radikal Ændring i de hidtil antagne Regler. For det første løftede denne Bestemmelse, saaledes som Vinding Kruse havde begrundet det, Retstilstanden fra det deklaratoriske til det »præceptive Plan«. Bestemmelsen hviler iøvrigt paa Princippet om faste Panteretspladser, hvilket maa antages at harmonere godt med det moderne Realkreditsystem, og selv om de nye Regler bryder med Fortiden, spærrer de ikke i den Udformning, de har faaet, for den Oprykning, som virkelig er økonomisk velbegrundet.

III.

Retspraksis efter Danske Lov synes i al Almindelighed at have ladet Panteret for en rentebærende Fordring omfatte saavel Renter som Omkostninger, uden at dette behøvede at være særligt stipuleret i Pantebrevene[40]). Dette Standpunkt synes ogsaa ret klart at være forudsat i Danske Lov 5-7. Dansk Ret harmonerede for saa vidt paa dette Punkt med romersk Ret. Panteretten for Renterne kunde uden Indskrænkninger gøres gældende over for efterstaaende Prioriteter, selv i Tilfælde, hvor der var blevet givet Henstand med Renternes Erlæggelse i mange Aar[41]).

Spørgsmaalet om Panterettens Genstand, d. v. s. Spørgsmaalet om, i hvilke Goder Fortrinsret haves, herunder Spørgsmaalet om Panthavernes Ret til Tilbehør, Tilvækst, Frugter og Surrogater, der iøvrigt ikke var nøjere reguleret i Danske Lov, skal ikke i sin Helhed gøres til Genstand for nærmere Behandling her[42]). Derimod skal det forsøges at give en Skildring af *Generalhypotekets Indtrængen i dansk Ret.*

[40]) Jfr. Vinding Kruse, Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1400.

[41]) Jfr. HP 1684, S. 58, Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 1, og Fyenbo Landstingsdom af 30. Maj 1742, UfR, 1870. 501. I den sidste blev det antaget, »at den første Prioritetshaver i Henhold til DL 5-7-7 var berettiget til at erholde saavel Kapital som de for en Del Aar paaløbne Renter betalt forud for anden Panthaver, uagtet dette kunde lede til stor Ubillighed«. Her kan ogsaa henvises til Dommen HP 1779. 796, hvor Renterne blev anerkendt som fortrinsberettigede helt fra 1763. Her var dog Uenighed i Højesteret, da en Dommer var af den Opfattelse, »at det ej bør komme de andre Creditorer til Skade, at saa mange Aars Renter staar uindkrævet«. Det er paa denne Baggrund, man maa se Forordningen af 12. Marts 1790, som begrænsede Fortrinsretten til et Aars Renter (jfr. nu Tinglysningslovens § 40, Stk. 4). Ogsaa denne Forordning maa utvivlsomt, som saa mange andre Forordninger paa Privatrettens Omraade, antages at staa i umiddelbar Forbindelse med Højesteretspraksis. I Fortalen til Forordningen omtales den Usikkerhed, som det havde voldt, at den ældre Panthaver havde haft Magt til at formindske de efterstaaende Panthaveres Sikkerhed ved at lade Skyldneren udeblive med Betaling af flere Aars Renter.

[42]) Hvad særligt angaar Spørgsmaalet om Pant i Tilbehør til fast Ejendom, særligt Landejendomme, skal det blot anføres, at den saakaldte Specifikationsgrundsætning spillede en væsentlig Rolle for Retspraksis, jfr. allerede HP 1730, S. 226, Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 34, og Vinding Kruse l. c., S. 1400. Efter denne kan en Panthaver kun paastaa Panteret i det Gods, der er udtrykkelig specificeret i Pantebrevet, under alle Omstændigheder saaledes forstaaet, at det speciellere Pant foretrækkes fremfor det mere generelle. Dette

Som omtalt af Vinding Kruse indeholdt Danske Lov ikke Hjemmel for almindelig Pant[43]). Fra det 18. og 19 Aarhundrede findes en meget righoldig Praksis om hele dette Spørgsmaal, ved Hjælp af hvilken man er i Stand til nogenlunde at følge Retsudviklingen Trin for Trin indtil Forordningen af 28. Juli 1841, som udtrykkeligt legaliserede Generalhypoteket. Denne Forordning var fremkommet som Følge af et Andragende fra Provinsialstænderne gaaende ud paa, at almindelig Pantsætning maatte omend ikke forbydes saa dog underkastes saadanne Betingelser, at de dermed forbundne Misligheder kunde forhindres. Da de Betingelser, der blev fastsat i Forordningen, imidlertid indskrænkede sig til at skærpe Kravene til Stiftelsen og Tinglysningen, kan man i Virkeligheden med Rette anse Forordningen for den legale Anerkendelse af det uindskrænkede Generalhypotek. Dette Resultat af Retsudviklingen, som ganske vist senere i Løbet af det 19. Aarhundrede atter skulde blive ændret, nemlig ved Konkursloven, maa utvivlsomt ses som Udslag af romanistisk Influens[44]). Det foreliggende Materiale synes udmærket egnet til at vise, paa hvilken Maade den romanistiske Paavirkning fandt Sted, og Udviklingen i Retspraksis vil derfor i det følgende blive behandlet noget udførligere, end det i og for sig er paakrævet for blot at fastslaa Udviklingens Resultater.

Udgangspunktet for Standpunktet i den ældre Retspraksis var som allerede omtalt det, man kunde kalde Specifikationsgrundsætningen: Udover det specificerede opnaar Panthaveren ikke Panteret. Ved Bedømmelsen af Retspraksis og dens Forhold til Romerretten er det imid-

Synspunkt maatte føre til væsentlige Indskrænkninger i Tilbehørspantet i alle de praktiske Tilfælde, hvor der ikke var Tale om Retsstillingen overfor Pantsætteren, men derimod om Kollision med andre Panthavere eller retsforfølgende Kreditorer. Det er netop disse Hensyn, der spiller ind i Højesteretsdommen af 1730, og en langt senere Sag, HP 1773. 727, bekræfter dette. I det sidstnævnte Tilfælde var der Tale om Konflikt mellem en 1. Prioritetshaver med Pant i en Gaard med Tilliggender og en yngre Panthaver med Pant i Afgrøden. 1. Prioritetshaveren procederede paa, at Afgrøden maatte anses for uadskillelig fra Jorden og Marken. Den sekundære Panthaver anførte deroverfor, at hans Panteret maatte have Fortrin som mest speciel. Det sidste Synspunkt opnaaede Tilslutning i Højesteret. I Førstvoterendes Votum, som alle Dommerne sluttede sig til, udtaltes det til sidst, at den yngre Panthaver havde »Pant i det, som ingen for ham havde bedre Panterettighed i«. Denne sidste Udtalelse viser Konsekvensen af Specifikationsgrundsætningen paa dette Omraade. Om den senere Udvikling henvises til Ørsted, Haandbog VI, S. 158—60, og Juridisk Tidsskrift, 16. Bd., S. 223—24, samt Vinding Kruse l. c., og Illum, Fast Ejendom, Bestanddele og Tilbehør, 1948, S. 1 ff.

Det særlige Spørgsmaal, om Trediemand kan forbeholde sig Ret over Tilbehør over fast Ejendom, er som tidligere omtalt i ældre dansk Ret blevet paavirket en Del af romanistiske Synspunkter, nemlig Reglerne om accessio og jus tollendi sine læsione prioris status, jfr. ovenfor og Vinding Kruse l. c., S. 1609. Efter at hele Spørgsmaalet om Tilbehøret er blevet lovreguleret i Tinglysningslovens §§ 37 og 38, er ogsaa Forbindelsen med Romerretten paa dette Punkt afbrudt. Med Hensyn til ældre Rets Syn paa Spørgsmaalet om Panthaverens Ret til Surrogater kan henvises til en interessant Afgørelse, HP 1772. 246, hvor denne Ret blev nægtet Panthaveren.

[43]) Jfr. ogsaa Matzen, Retshistorie II, S. 157.

[44]) Jfr. Vinding Kruse l. c., S. 1401, paa hvilket Sted Standpunkterne i den ældre Retsvidenskab ogsaa omtales.

lertid ikke tilstrækkeligt blot at stille den nævnte Grundsætning op som Modsætningen til Romerrettens ubetingede Anerkendelse af Generalhypoteket. For det første maa det nævnes, at allerede romersk Ret kendte til den rent principielle Sondring mellem pignus generalis og pignus universitatis: Pant i afgrænsede Tingsindbegreb saasom et Varelager, et Bibliotek eller lignende, jfr. f. Eks. D. 20,1,34 og Konkursloven 1872, § 152, og denne Sondring fik tidligt Betydning i Retspraksis. Ved Vurderingen af Praksis maa dernæst erindres det saakaldte beneficium excussionis realis, der gik ud paa at henvise Indehaveren af Specialpant til at gøre Udlæg i det specielt pantsatte, selv om han ved Siden af havde Generalpant. Den romerske Sondring mellem specielt og generelt Pant refererede sig altsaa ikke til Sammenstødstilfælde mellem Indehavere af henholdsvis det ene og det andet, men vedrørte derimod alene Spørgsmaalet om Panthaverens Retsstilling over for Pantsætteren paa Fyldestgørelsestidspunktet[45]). Det er paa ingen Maade udelukket, at denne Sondring har spillet en Rolle i dansk Retsudvikling selv uden for det Omraade, som den omfattede. Hvad angaar Panthaverens Stilling over for Pantsætter var DL 5-7-17 en afgørende Hindring for Anvendelsen af det romerske Princip, idet det maatte følge af denne Bestemmelse a potiori, at Generalpanthaveren, hvis dennes Ret overhovedet anerkendtes, maatte kunne holde sig til Pantsætterens Formue i Almindelighed, selv om han havde særskilt Pant i enkelte Genstande, naar en Specialpanthaver havde Adgang til at forlade sit Pant og lade sig indføre for sin Fordring i Skyldnerens andre Midler[46]).

Allerede en Højesteretsdom af 1693, HP 1693 A, S. 140, synes at anerkende Pant i Tingsindbegreb. Dommen handlede om Bedømmelsen af en Panteret i et Aars Afgrøde og i en Gaards Besætning. At dette ikke betød nogen Anerkendelse af Generalhypoteket, fremgaar dels af Landstingsdomme fra paagældende Periode[47]), samt den vigtige Højesteretsdom HP 1729, 630[48]).

Af den følgende Tids Praksis fremgaar det imidlertid med fuldstændig Tydelighed, at Højesteret underkendte Generalpant saavel i de Til-

[45]) Jfr. Codex 8,13,2: Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperenda est, — ved Tvangsfyldestgørelsen skulde der tages Hensyn til det Forhold, at »Modparten« var Indehaver af saavel specielt som generelt Pant.

[46]) Jfr. HP 1775, S. 69.

[47]) Jfr. Sjællands Landstingsdom af 7. Februar 1700, Schjøttz, S. 47, og Fyenbo Landstingsdom af 17. November 1717, UfR, 1870, S. 457. I det første Tilfælde var der Tale om Sammenstød mellem Generalpant og Specialpant, i det sidste Tilfælde mellem Generalpant og simple Kreditorer, jfr. Sjællands Landstingsdom af 17. Februar 1734, Schjøttz, S. 145.

[48]) Jfr. Vinding Kruse l. c., S. 1401. Den af Vinding Kruse citerede Udtalelse fra Voteringen i denne Sag: »Og har det altid i Høyeste Rett staaet fast, at en special Panteforskrivning præfererer en general Forskrivning« (Jacobi og Popp-Madsen, Tillæg, S. 33) er i og for sig ejendommelig, da Sagen handlede om Sammenstød mellem en Panthaver og en yngre Arresthaver, men Udtalelsen skal maaske ses paa den Baggrund, at Arrest i visse Henseender opfattedes som en Slags Pant, jfr. ovenfor S. 180.

fælde, hvor Kollisionen fandt Sted med Indehavere af Specialpant som i de Tilfælde, hvor der var Tale om et Sammenstød med almindelige Kreditorer. Her kan navnlig henvises til Sagen HP 1736 A, 242, der drejede sig om et Sammenstød mellem en Generalpanthaver og Indehaveren af en Namsdom. I denne Sag blev Generalpanthaverens Krav om Prioritet ligefrem stemplet som temerært.

Sagen drejer sig nu om at konstatere, hvor længe Højesteret fastholdt den konsekvente Specifikationsgrundsætning med fuldstændig Underkendelse af Generalhypoteket. Her kan henvises til HP 1752, 404, og HP 1764 A, 216, hvor der var Tale om Sammenstød mellem Generalpanthavere og en retsforfølgende Kreditor, der havde gjort Arrest i en Del af Pantsætterens Effekter. I den første Sag fik en ældre Panthaver kun Prioritet i, hvad der specielt var pantsat. Han kunde »ej vinde mere Ret, end Panteobligationen gav ham«. I den sidste Sag havde Panthaver slet ikke Specialpant. Oberhofretten stadfæstede da Arresten, og samme Standpunkt indtog Højesteret. Det maa i denne Forbindelse erindres, at der paa det Tidspunkt, der her var Tale om, herskede fuld Klarhed over, hvilke Retsvirkninger der i Almindelighed kunde tillægges en Arrest. Det udtaltes under Voteringen i den nævnte Sag, at det maatte anses for »en Farlighed«, at Debitorerne vilde gøre Generalpantsætninger. Der anførtes desuden et Moment, som senere skulde vise sig at give Anledning til en Del Tvivl, nemlig dette, at en Pantsætning, som fandt Sted uden at nævne og specificere de pantsatte Effekter, maatte underkendes, fordi man ikke vidste, om Debitor havde ejet de Ting ved Pantsætningen, som Panthaveren nu vilde have Fortrinsret i. Denne Indvending blev i senere Sager imødegaaet dermed, at Panthaveren blot kunde nøjes med at opnaa Fortrinsret i de Genstande, som faktisk paavistes at tilhøre Pantsætteren paa Fyldestgørelsestidspunktet. Havde man ikke kendt til andre Indvendinger mod Generalhypoteket, vilde dette hurtigt have opnaaet Anerkendelse. Dette viste sig blandt andet i de Sager, hvor der var Tale om Bedømmelsen af tinglyst Pant i Tingsindbegreb, f. Eks. en Virksomheds Lager og Produktion. I saadanne Tilfælde anerkendte Højesteret Panteretten, jfr. HP 1769 A, 64, der handlede om Pant i et Sukkerraffinaderi med de der værende Beholdninger af Sukker og Sirup. I dette Tilfælde blev det Argument bragt i Marken, som lige er omtalt, men der herskede Enighed i Højesteret om, at Panthaveren maatte nyde Fortrinsret i de Beholdninger, der forefandtes paa Fyldestgørelsestidspunktet, hvorfor Oberhofrettens Afgørelse blev stadfæstet.

Kort efter fremkom en Sag, som gav Anledning til megen Tvivl i Højesteret, jfr. HP 1770, S. 60. Den drejede sig om Bedømmelsen af et Pantebrev i en Konkurssituation. Her var altsaa ingen Konflikt med Indehavere af Specialpant. Panthaveren havde faaet Panteret i Debitors Boglade og de deri værende Bøger. Der var følgelig Tale om Pant i

Tingsindbegreb. Saavel Skiftedecisionen som Magistratens Dom havde imidlertid frakendt Panthaveren Fortrinsret. 4 Dommere i Højesteret vilde fastholde dette Standpunkt. Begrundelsen herfor var noget forskelligt formuleret, men var Udtryk for, at disse Dommere ikke mente, at Danske Lov afgav Hjemmel for Generalpantsætning, og de vilde konsekvent fastholde Specifikationsgrundsætningen. Flertallet omstødte imidlertid de ergangne Domme, blandt andet fordi: »Folk vil blive ulykkelige, dersom der ej kunde gives almindelig Pant som her«. Der er næppe nogen Tvivl om, at Flertallets Standpunkt ikke skal forstaas saaledes, at Højesteret nu vilde godkende Generalhypoteket. Her var netop Tale om Pant i Tingsindbegreb, som man jo ogsaa tidligere havde godkendt. Sevel anførte desuden, at Magistraten ikke havde »appliceret den Forskel mellem specielt Hypotek og General«, og tilføjede: »Her er ingen Specialhypotek«. Det er muligt, at Højesteret paa dette Tidspunkt ikke blot gjorde en Sondring mellem Pant i Tingsindgreb og egentlig Generalpant, men at Retten ogsaa var inde paa den Tanke, at der maatte sondres mellem forskellige Kollisionssituationer, saaledes at egentlig Generalpant muligvis kunde medføre Fortrinsret, hvor der kun forelaa Sammenstød med simple Kreditorer. Dette Standpunkt vilde for saa vidt harmonere med den Udformning af Specifikationsgrundsætningen, som man ofte ser under Voteringerne: At det speciellere foretrækkes fremfor det mere generelle, jfr. den i Note 42 nævnte Sag.

Det synes at fremgaa af Sagen HP 1775, 779, at Sondringen mellem specielt og generelt Pant havde overbeviste Tilhængere i Højesteret: »For Resten bør den, uagtet den indeholder pignus generale, præfereres for de andre Kreditorers simple Fordringer. En anden Sag var det, om her blev disputeret af en Creditor, som havde specielt Pant«. Synspunktet blev imidlertid ikke afgørende i den sidstnævnte Sag, da Majoriteten som tidligere omtalt underkendte Pantebrevet paa andet Grundlag, jfr. ovenfor S. 181—82.

I Sagen HP 1776, S. 86, var der Tale om Sammenstød mellem et ældre Generalhypotek og et yngre specielt Pant. Førstvoterende Holtermann udtalte: »At Magasinets Pant som speciel bør præfereres for Hyssings generelle Pant er klart, thi Pant bør være in re determinata, og det har Hyssing ej. Thi man ved efter Obligationen ej, hvad han den Tid ejede eller pantsatte«. Men saa tilføjer Førstvoterende: »Et generelt Pant bør ingen Kraft have, som højst skadelig for det almindelige«. Efter denne sidste Udtalelse og det følgende Votum, som ogsaa tyder paa en fuldstændig Afstandtagen fra Generalhypoteket, er det meget tvivlsomt, om man tør antage, at Højesteret havde sluttet sig til Sondringen speciel Pant contra generelt Pant i den ovenanførte Betydning.

Sagen HP 1779, S. 80, viser, at Højesteret stadig anerkendte Pant i Tingsindbegreb. Pantebrevet gav Panthaveren Fortrinsret i en Trælasthandlers »flydende og landsatte Trælast«. »Loven bestemmer ej nøje,

hvad Generalpant er, altsaa maa man være varsom, naar den strider imod Pantets Natur, saasom naar man pantsætter, hvad man ejer og ejendes vorder, da bør samme ej gælde, men det er ej her saa, thi i Tømmerhandling maa en Købmand bestandig have Tømmer liggende, og det ene succederer det andet, og ingen fornærmes ved saadan Pantsætning ...« hedder det i Vota.

I 1780 blev der endelig indbragt en Landemodssag for Højesteret, HP 1780, S. 337. En Præsteenke havde givet Generalpant i »Møbler, Effekter, Naadsens Aar etc«. Tre Dommere vilde godkende Fortrinsretten. »At det er almindeligt, kan indvendes videre. Loven taler intet om saadant Pant; her er casus, at ingen andre Panthavere eksisterer, og altsaa tror han (Førstvoterende), at det bør være og anses som Pant«. Majoriteten underkendte imidlertid Panteretten, »siden almindelig Pant er imod Forordningen af 1738«. Denne Afgørelse maa sikkert tages som Udtryk for en Underkendelse af de Tendenser, der utvivlsomt havde hersket i Retning af at anerkende Generalhypoteket, naar der kun var Tale om Konflikt med de almindelige Kreditorer. De følgende Højesteretssager, HP 1783 A, 74, 1786 A, 28, 1786 A, 338 samt 1792 A, 793, viser imidlertid, at der stadig herskede stor Usikkerhed i Bedømmelsen af det principielle Problem. I den første Sag fra 1783 var der Tale om Pant i Tingsindbegreb, et Sukkerraffinaderi med Tilbehør. Førstvoterende godkendte Panteretten med den Begrundelse, at det efter DL 5-7-7 maatte være klart, at det maatte være tilladt at pantsætte Genus, da det ikke var udtrykkelig forbudt. Panteretten blev godkendt, men dette Resultat stemte jo ogsaa med tidligere Praksis paa et Tidspunkt, hvor der ikke var Uenighed om, at Generalhypoteket ikke var tilladt. Ogsaa den næste Sag fra 1786 handlede om »pignus universitatis«, men Voteringen viser ikke klart, hvad der maa antages at have været Dommernes principielle Udgangspunkt, bl. a. fordi Panteretten blev tilsidesat paa Grund af for sen Tinglysning.

I den følgende Sag fra 1786 var der Tale om flere forskellige Pantebreve. Om et af dem udtaler Førstvoterende, Graah, at det er ugyldigt, da det »involverer pignus generale, og altsaa efter de almindelige principia er ugyldig«. Hertil bemærker Levetzau, at »det Spørgsmaal om pignus generale kan ikke komme i Betragtning, da sligt er afgjort«. Det er imidlertid umuligt med Sikkerhed at sige, hvad der skal indlægges i denne Udtalelse, — om Levetzau mente, at Generalhypoteket var blevet godkendt, eller maaske netop det stik modsatte. Under Voteringen tilføjede Sporon iøvrigt, at Spørgsmaalet om pignus generale ikke havde været »ventileret« i Højesteret i lang Tid, »men vel pignus universitatis«. Hermed hentydede Sporon sikkert til Afgørelsen af 1770. Dette Præjudikat kendte man i Højesteret, som det fremgaar af den sidste af de førnævnte Sager, nemlig Sagen af 1792. Derimod er det mærkeligt, at 1780-Afgørelsen ikke synes at have gjort sig gældende.

I 1792-Sagen fik Højesteret forelagt Spørgsmaalet om Pant i Tingsindbegreb paany. En Udlægshaver paastod Panteobligationen underkendt, fordi der var Tale om pignus generale, »som efter vore Love ej er tilladt«. Førstvoterende udtalte imidlertid, at der ikke var Tale om Generalpant, men derimod pignus universitatis, og at dette maatte kunne godkendes, og der henvises i Votum til Afgørelsen af 1770. Alle Dommerne sluttede sig til Førstvoterende og stadfæstede Oberhofrettens Dom.

Som det fremgaar af de hos Vinding Kruse[49]) anførte Landstingsdomme, var der paa samme Tidspunkt den største Usikkerhed og Forskelligartethed i Landstingenes Praksis paa dette Omraade. En Dom fra 1790 gav almindelig Pant Fortrin fremfor simple Kreditorer, og en Landstingsdom fra Aar 1800[50]) synes at have givet almindelig Pant Fortrin for en senere stiftet Haandpanteret. Vinding Kruse fortolker i hvert Fald Dommen saaledes. Det kan dog gøres til Genstand for Tvivl, om Fortolkningen er rigtig, da Landstingets Afgørelse ikke direkte angik Forholdet mellem Generalpanthaveren og den yngre Haandpanthaver, men først og fremmest vedrørte det processuelle Spørgsmaal, om Fogden i Henhold til DL 1-24-26 burde have givet Domhaveren (Generalpanthaveren) Udlæg i det af Pantsætteren umiddelbart før Generalpanthaverens Dom haandpantsatte Gods, da Domhaveren og Haandpanthaveren »derefter kunde imellem sig udgiøre deres respective Fortrinsret til Udløsning«.

Hvad Højesteretspraksis angaar, maa man imidlertid vistnok have Lov til at antage, at denne Domstol endnu indtil omkring Aar 1800 stod paa det Standpunkt at underkende det egentlige Generalhypotek, i hvert Fald hvor der var Tale om Konflikt med Indehavere af Specialpant, og sandsynligvis ogsaa i de Tilfælde, hvor der blot var Konflikt med simple Kreditorer.

Den her givne Gennemgang af Retspraksis vil have vist, at de af Ørsted[51]) omtalte Højesteretsdomme af 1807 i principiel Henseende betød en Ændring af Retspraksis. Den første af Dommene, HP 1807 A, 206, handlede om Sammenstød imellem en Generalpanthaver og de simple Kreditorer i et Fallitbo. Skiftedecisionen havde frakendt Panthaveren Fortrinsret, men denne var blevet godkendt af Christiansands Stiftsoverret. Førstvoterende vilde godkende Skiftedecisionen, fordi Pantebrevet efter hans Opfattelse slet ikke kunde fortolkes som hjemlende Generalpant. Nogle Dommere sluttede sig til hans Konklusion, fordi Generalpantet, selv om det ikke kunde anses udtrykkelig forbudt, maatte anses for at stride imod Indretningen af Pantebøgerne. Flertallet godkendte Generalpantet som overensstemmende med Lovgivningen: »*Det*

[49]) Ejendomsretten, S. 1401.
[50]) 26. November, Themis, 6. Bd., S. 28.
[51]) Juridisk Arkiv, Nr. 20, S. 150.

er ingensteds i Loven forbudt og kan ikke siges at stride enten imod Loven eller Ærbarhed. I et enkelt Tilfælde har Lovgiveren tilladt at afhænde de Midler, man ejer eller ejendes vorder. Hypotheca universalis er tilladt og i almindelig Brug. Der er altsaa ingen Grund, hvorfor hypotheca generalis ikke skulde kunne finde Sted«. Sporon tilføjede: »Jeg kender ingen Højesteretsdom, der har forkastet pignus generale, og ved intet, som kunde gøre samme ugyldigt«. Hvad enten Sporons Udtalelse var rigtig eller ej[52]), foreligger der i denne Dom et meget karakteristisk Eksempel paa romerretlig Influens. Der kan ikke herske nogen som helst Tvivl om det oprindelige Udgangspunkt for Retspraksis (Specifikationsgrundsætningen). Da Emnet imidlertid under stærk Tilskyndelse af romanistiske Tendenser blev gjort til Genstand for nærmere Overvejelser, kom man til det i og for sig korrekte Resultat, at Generalhypoteket ikke var forbudt i den danske Lovgivning. Her som saa ofte var der kun et ganske lille Skridt fra at antage, at det, der ikke er forbudt, er tilladt. Romerrettens Indflydelse havde været begrænset til det ene, men afgørende: at »vende Bevisbyrden« saaledes, at man efter den nye Tankegang først og fremmest havde Opmærksomheden henvendt paa, om der fandtes Regler, der var til Hinder for Anerkendelsen af Generalhypoteket, og da man ikke fandt saadanne Regler, var Resultatet ud fra den nævnte Tankegang næsten paa Forhaand givet. Allerede Nørregaard og forskellige andre Forfattere (jfr. Vinding Kruse l. c. 1401) var kommet til det Resultat, at Generalhypoteket maatte anerkendes paa Linie med andre Former for Pant. Ørsteds senere Undersøgelser hævede sig dog langt over Forgængernes baade i Henseende til Grundighed og Klarhed[53]).

Med de vidtgaaende Tinglysningskrav, Ørsted stillede, maa det indrømmes, at der var blevet taget et væsentligt Hensyn til senere Erhververe trods den principielle Anerkendelse af Generalhypoteket, og som fremhævet af Vinding Kruse maa det erindres, at Tinglysningskravet ogsaa var Baggrund for Højesterets Standpunkt. Medens den førnævnte Dom af 1807 angik Stillingen over for de simple Kreditorer, tog Højesteret i Overensstemmelse med Nørregaards Standpunkt samme Aar i en senere Sag den fulde Konsekvens af Anerkendelsen af Generalhypoteket. Det drejer sig om Sagen HP 1807, S. 454. Under denne kom et Generalhypotek i Kollision med et yngre baade tinglyst og haandfaaet Pant. Alle Dommere sluttede sig til Førstvoterendes Votum, hvorefter Skiftedecisionen vilde være at stadfæste, eftersom »det almindelige

[52]) For Tiden 1770 til 1807 synes den at være rigtig, naar der bortses fra 1780-Sagen; Spørgsmaalet er, i hvilken Grad denne Afgørelse blev betragtet som Præjudikat. I 1807 var den aabenbart glemt.

[53]) Hans første Undersøgelse af Problemet fremkom paa Opfordring i Juridisk Arkiv, 19. og 20. Bd., endvidere kan henvises til Juridisk Tidsskrift, 16. Bd., II, S. 181—224, og Haandbog VI, S. 212—224. Herudover har Ørsted givet en Række Bidrag til Emnet under Forhandlingerne ved Provinsialstænderne forud for Forordningen af 28. Juli 1841.

Pant er gældende efter vore Love, hvilket Deres Majestæt ogsaa ved adskillige Højesteretsdomme har antaget, og den almindelige Sikkerhed alt for meget vilde periclitere, naar Tinglysningen ikke skulde skaffe tilstrækkelig Sikkerhed for Panteobligation; saa tager jeg ikke i Betænkning at stadfæste Skiftecommissariernes Decision, og det meget mere, som naar en skal tabe, bør det være den, som kunde forebygge sit tab, ikke den, som ikke kunde forebygge samme«. Af det, der er oplyst i Voteringsprotokollen, kunde det se ud, som det ældre Pantebrev udtrykkelig havde nævnt de Genstande, — 57 Bundter Hør — som senere blev haandpantsat. Dette var imidlertid ikke Tilfældet. Det paagældende Pantebrev er gengivet i Højesterets Dombog for 1807, S. 1043—1046 og viser en ganske generel Udformning.

Med de to Domme af 1807 havde Højesteret endelig taget et definitivt Standpunkt, og Ørsteds efterfølgende Undersøgelser befæstede yderligere Retstilstanden i de ved Dommene afstukne Baner.

IV.

Ved Skildringen af Sammenstødet mellem romanistisk Teori og dansk Ret paa Panterettens Omraade bør omtales, at Højesteretspraksis fra det 18. Aarhundrede viser, at der blev gjort mange Forsøg paa at udvide Omraadet for det saakaldte »hypotheca tacita«, som jo i saa mange Tilfælde var anerkendt i romersk Ret. Disse Forsøg lykkedes imidlertid ikke, idet Højesteret viste en afgjort Utilbøjelighed til at anerkende det stiltiende Pant, hvor der ikke forelaa udtrykkelig Lovhjemmel. Paa den anden Side havde Loven efterhaanden anerkendt ikke saa helt faa Tilfælde[53]), og det kan ikke udelukkes, at nogle af de lovbestemte Panterettigheder stod i en vis Forbindelse med Forbilleder i romersk Ret. Som Eksempel kan muligvis nævnes den ved Plakaten af 7. Oktober 1771, jfr. Plakaten af 22. Maj 1812, indførte Panteret til Fordel for Udlejeren i Lejerens Indbo. Dette var et af Hovedeksemplerne paa hypotheca tacita i romersk Ret, jfr. Codex 8, 14, 7.

Romerretten anerkendte som bekendt, at den umyndige havde Panteret i Formynderens Gods (Codex 5, 37, 20), men denne Panteret var ikke hjemlet i dansk Lovgivning. Desuagtet fik den Fortalere baade i Teori og Praksis, uden at dette dog medførte, at den trængte endelig igennem. Stampe havde ved flere Lejligheder kraftigt vendt sig imod det stiltiende Pant i Almindelighed[54]). I Aaret 1760 fremkom der en Række Ansøgninger fra Norge om Anerkendelsen af den her omtalte Form for Pant. Det anførtes overfor Cancelliet, at man i Bergen stadig havde været af den Opfattelse, at Børnemidler var prioriterede forud for yngre Panteobligationer i Formynderens Bo. »Dermed havde ved-

[53]) Jfr. Ørsteds Gennemgang, Haandbog VI, S. 257—342.

[54]) Jfr. Erklæringer I, S. 454: »Jeg haver ofte tilforn viist, at hypotheca tacita ej allene i sig er heel forhadt, men at det næsten er en utaalelig Byrde, fornemmelig for den, som bruger Handel og Vandel, og daglig behøver Credit«.

kommende Creditorer alle Tider hidindtil været fornøiede«. Men da det var lykkedes for Indehaveren af en yngre Panteobligation at faa Medhold i sit Krav om Fortrinsret ved en Højesteretsdom af 6. Marts 1759, havde denne Dom »sat hele Byen i den yderste Forlegenhed, og Magistraten og Overformynderne i største Nød og Fare«. I sin Erklæring[55]) skildrede Stampe, hvorledes dansk Lovgivning paa dette Punkt var vidt forskellig fra romersk Ret, idet Danske Lov kun anerkendte den jus in re, som Panthaveren selv havde sikret sig i Overensstemmelse med Lovens Regler om Stiftelse af Sikkerhedsrettigheder.

Stampe udtalte videre: »Jeg maae i den Henseende undre over, at hele Magistraten, i saa anseelig en Bye som Bergen, ikke skammer sig ved, reen ud at erklære, at de, saavel som deres Formænd, bestandig havde været uvidende om det, som man med Billighed kan paastaae det af en ung Student, der paa saare kort Tid har studeret Jura, at han skal vide«. Allerede paa et tidligere Tidspunkt havde Stampe da ogsaa taget Standpunkt imod den umyndiges stiltiende Panteret[56]).

Højesteret fastholdt ogsaa i senere Praksis, jfr. bl. a. HP 1775, S. 572, at den nævnte Panteret ikke kunde anerkendes, og Praksis var saaledes i Overensstemmelse med Cancelliets Resolution paa Grundlag af Stampes Erklæring. Det er formodentlig denne, Ørsted henviser til som Rescriptet af 26. September 1760, ved hvilket det er »beviist, at denne Ret er uden for Landslovens Grænser«[57]).

Til Trods for, at Retsvidenskaben og Højesteret havde forholdt sig afvisende overfor Anerkendelsen af Panteret for den umyndige i Værgens Bo, trængte denne imidlertid i flere Tilfælde ind ad Lovgivningens Vej. Ved Bestemmelser gældende for afgrænsede lokale Omraader, navnlig Købstæderne i Norge[58]). Danske Lov indeholdt ikke Hjemmel for denne Panteret, jfr. 3-17-5 sammenholdt med 5-14-37, men den sidste Bestemmelse sammenstillede Kongens Fordringer med de umyndiges Krav, og for de førstnævntes Vedkommende blev stiltiende Panteret i et vist Omfang indført ved Kammerretsordningen af 18. Marts 1720, Kap. 1, Art. 17. Dette Forhold har maaske ogsaa været medvirkende til, at Retsbrugen (her tænkes ikke paa Højesteretspraksis) kom ind paa at anerkende hypotheca tacita for den umyndige. Efter Nyordningen af Overformynderiet i Begyndelsen af det 19. Aarhundrede mistede Spørgsmaalet praktisk Betydning[59]).

---

[55]) Erklæringer III, S. 121 ff.

[56]) Jfr. »Svar paa nogle Spørgsmaale til det juridiske Fakultet i Kiøbenhavn« af Stampe og Sevel, 1782, S. 267 ff. Den paagældende Erklæring er af 11. September 1753.

[57]) Haandbog II, 1825, S. 405.

[58]) Rescript af 9. December 1773, Bergen, 6. April 1775, Aggershus, 7. September 1775, Christianssand, 11. April 1776, Trondhiem.

[59]) Jfr. Ørsted l. c. De ovennævnte Tendenser indenfor Lovgivningen havde dog medført, at en enkelt Forfatter, Hurtigkarl, jfr. Privatret I, 1813, S. 254, var kommet til det Resultat, at Lovgivningen i det hele maatte antages at følge det Princip, »at de Umyndige bør have reel Rettighed i deres Værgers Gods«, men Hurtigkarls Opfattelse blev kort efter imødegaaet af Ørsted.

Ogsaa paa andre Omraader fremkom der Tendenser til Udvidelse af den legale stiltiende Panterets Omraade. Spørgsmaalet blev saaledes aktuelt med Hensyn til Skibsfolks Hyrekrav i Sammenstød med Bodmerikreditorer. En Højesteretsdom af 1784 (20. Okt.) og en senere Dom af 1786 (21. Okt.) havde sat Skibsfolk i Klasse med andre Tjenestefolk, men frakendt dem Fortrinsret fremfor Panthavere. Efter Danske Lov medførte Bodmerikontrakten Panteret i Skibet, Skibsredskabet og Fangsten, dog betinget af, at Skibet lykkeligt gennemførte Rejsen. I Sagen HP 1790 A. 329 var der saaledes Tale om et Bodmeribrev, som var blevet udstedt den 7. September 1787 i Petersborg med Pant i Skibet »Le Bonheur«. Skibsfolkene paastod at have Ret til forlods Betaling af deres Hyrekrav uanset det udstedte Bodmeribrev. Hof- og Stadsretten havde imødekommet Skibsfolkenes Krav, og Sagen afstedkom trods Præjudikaterne den største Tvivl i Højesteret. Flertallet var dog af den Opfattelse, at Danske Lov ikke indeholdt nogen Hjemmel for Skibsfolkenes Krav og følte sig desuden bundet af de tidligere Domme, saaledes at Hof- og Stadsrettens Afgørelse blev omstødt til Fordel for den nævnte Bodmerikreditor. »Uden at beraabe sig paa præjudicata, formenes, at Skibsfolkene, hvor meget end Billighed taler for dem, bør efter den strenge Ret tabe deres Sag«, udtalte Feddersen. Jacobi tilføjede, at Billighed og andre Søretter talte saa meget for Folkene, at justitiarius skulde indgive Andragende til Cancelliet for at faa indført en Ændring af Loven. Nogle faa Aar efter fremkom Forordningen 28. December 1792. Det hedder i dennes § 1 »betræffende Skibsmandsskabets Fortrinsret for tilgodehavende Hyre« i en Reders Bo: »Der have været ulige Meninger, om den Orden, i hvilken der burde gives Udlæg, for dette Slags Krav. Nogle have holdt for, at samme burde sættes i Klasse med Tienestefolks Løn, i Overensstemmelse med 5-14-37 N. 13-35. Andre derimod have meent, at hine burde nyde forlods Udlæg i Fragten ... endog fremfor Bodmeri og Pantecreditorer«. Efter en Gennemgang af de forskellige Hensyn og Modhensyn konkluderer Forordningen i en Imødekommelse af Hensynet til Skibsmandskabet, endog saaledes at dettes Krav fik Fortrinsret fremfor Pantekreditorer.

Ogsaa paa dette Omraade foreligger der saaledes Eksempler paa det nøje Sammenspil, der bestod i det 18. Aarhundrede mellem Voteringerne i Højesteret og Lovgivningen.

KAPITEL 7

Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2.

I.

Kapitlet »Om Contracter og Forpligter«, Danske Lov 5-1, indtager i flere Henseender en særlig bemærkelsesværdig Stilling indenfor Lovbogen. Som bekendt gaar Danske Lov kun sjældent ind paa Behandlingen af de retlige Problemer ud fra et abstrakt Synspunkt, men i dette Kapitel blev der givet betydningsfulde generelle Retshandelsregler. Bestemmelserne fandtes ikke i de første Udkast til Lovbogen, saaledes ikke i Rasmus Vindings Lovbogsudkast »Codex Fredericius« af 1667. I Peder Lassens Udkast til en Lovbog i 3 Bøger (1667—72) indførtes derimod i 2. Bog, 4. Kapitel, et Afsnit om »Contracter udi Almindelighed og sær om Laan, Giemme og Pant«. Dette Afsnit maa antages at have været Forløberen for Bestemmelserne i »Det første Projekt« til en Lovbog 4-1, som i det væsentlige svarer til DL 5-1. Peder Lassen havde som Kilde brugt Forordningen af 5. Juli 1651[1]) og Chr. d. IV.s Reces af 1643[2]) og havde paa denne Baggrund opstillet en almindelig Regel om Pligten til at holde indgaaede Aftaler. Da Peder Lassens Udkast ikke er gengivet i »Forarbejderne til Kong Kristian V.s Danske Lov« ved Secher og Støchel 1891—92, skal hans Forslag citeres her[3]).

»Enhver ærlig Mand er plictig at holde sin Forskrivelse, Bref og Segel, paa det Credit maa blive udi sin tilbørlig Act, og Afskeed, Bref og Contract holdet og efterkommet«. Med Kilde i Bestemmelsen i Jydske Lov I, 54, tilføjede Peder Lassen: *»Ingen maa nøde anden til Mageskifte eller nogen anden Contract uden hans Villie«.*

Det maa antages, at disse Regler har været Baggrund for Udformningen af Afsnittet om Adkomst, Gods og Gæld i det første Projekt. Det ses med det samme, at Peder Lassen ikke havde medtaget en Bestemmelse svarende til DL 5-1-2 (Det første Projekt 4-1-2).

I den følgende Gennemgang skal Forholdet mellem de vigtige Bestemmelser 5-1-1 og 5-1-2 nærmere søges belyst, ligesom den Brug, Bestemmelserne har været Genstand for i Tiden efter Danske Lov, vil blive undersøgt. Adskillige generelle Teorier, Slagord og »Grundsætninger« har man søgt at forlige med de nævnte Bestemmelser eller dog prøvet deres Holdbarhed ud fra en Fortolkning af dem, hvorved Bestemmelserne forøvrigt ikke sjældent er blevet udsat for en ret vilkaarlig Ønskefortolkning. DL 5-1-1 er blevet kaldt Formfrihedens Grundsætning og 5-1-2 Kontraktfrihedens Grundsætning, og det kan ud fra et historisk Synspunkt betvivles, om nogle af disse Generaliseringer overhovedet er berettigede. Hvad Spørgsmaalet om Formfriheden

---

[1]) I denne hedder det, at »huer ærlig Mand er plictig sit Breff oc Segel at holde«.
[2]) Jfr. Recessen 2-15-10 og Festskrift til Henry Ussing, 1951, S. 436.
[3]) Haandskriftet findes nu i Rigsarkivet under følgende Registrering: Danske Kancelli A. V, b, nr. 36.

angaar, er det muligt, at det er berettiget at tage Ordene i 5-1-1 »med Mund, Haand og Segl« som Udtryk for, at det fra Lovgiverens Side var Meningen at retsbeskytte det mundtlige Løfte (Overenskomst) paa lige Fod med det skriftlige, men det vil næppe være muligt at fastslaa dette med Sikkerhed. Matzen har sikkert Ret, naar han antager, at der ikke er Grundlag for at regne med, at det mundtlige Løfte i Tiden før Danske Lov ubetinget var retsbeskyttet[4]), men Ordene i 5-1-1 er saaledes formet, at man ikke med fuldstændig Sikkerhed kan sige, at de har været polemisk vendt mod Fortiden.

Noget helt andet er, at Højesteret i 1685 fastslog den Fortolkning af 5-1-1, som sidenhen og den Dag i Dag er den gældende, nemlig, at det mundtlige Løfte som saadant er retligt forbindende. Det fremgaar af Sagen HP 1685 A. 280, hvor der var Tale om en i Vidners Nærværelse mundtlig indgaaet Aftale om Salg af en Gaard. Sælgeren hævdede kort efter Salget, at han ikke var retlig bundet ved den indgaaede mundtlige Aftale, idet han henviste til 5-1-1. Flertallet indenfor Højesteret var af den Mening, »at Contracter, som mundtlig er indgaaet, bør holdes«, — et Mindretal mente derimod, at Danske Lov skulde forstaas saaledes, at Ordene »Mund, Haand og Segl« var en samlet Fællesbetingelse for en retskraftig Overenskomst. Retspraksis har utvivlsomt aldrig forladt det Standpunkt, som Højesteret indtog i 1685, men senere i det 18. Aarhundrede var der i Teorien endnu Tvivl om Spørgsmaalet[5]).

Inden Forholdet mellem 5-1-1 og 5-1-2 behandles, kan det yderligere omtales, at man har søgt at hente Støtte i Bestemmelserne i Forbindelse med Diskussionen om Løfteteorien overfor Overenskomstteorien og Viljesteorien overfor Tillidsteorien. Med Hensyn til den første Diskussion har Interessen navnlig koncentreret sig om Ordene i 5-1-1 »lovet og indgaaet haver«. I den ældre Retslitteratur fortolkede man disse Ord saaledes, at det uaccepterede Løfte maatte være uforbindende efter Danske Lov[6]). Det maa imidlertid antages, at man overhovedet ikke ved en Fortolkning af Danske Lov kan finde nogen Støtte for eller imod Overenskomstteorien, og ganske det samme maa antages at gælde om Bestemmelsernes Betydning i Relation til Diskussionen om Viljesdogmet[7]).

Naar Henry Ussing (Aftaler, 2. Udg., 1945, S. 154) udtaler, at Hovedlovbudene om Løfter i Danske Lov synes at være Udtryk for de Fortidslovgivningers Standpunkt, der ikke tillægger indre Momenter som

[4]) Retshistorie II, 1896, S. 176—77.
[5]) Jfr. C. D. Hedegaards Kommentar til Danske Lovs 5. Bog, 1776, S. 31 ff., hvor det omtales »at en af vore fornemmeste Jurister og Rettens offentlige Lærer er af anden og contrair Mening«.
[6]) Jfr. om Standpunktet i ældre Litteratur Julius Lassen »Løfte og Accept«, T. F. R., 1888, 132 f. og 121 f.
[7]) Jfr. Julius Lassen »Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn«, Københavns Universitets Festskrift 1905, S. 26 f., med Henvisninger.

Vildfarelse nogen retlig Betydning, er det sandsynligvis rigtigt, bl. a. under Hensyn til Omtalen af ulovlig Tvang i DL 5-1-4[8]). Efter dette Synspunkt kan Bestemmelserne hverken tages til Indtægt for en Viljesteori eller en Tillidsteori, — og ud fra et historisk Synspunkt er dette sidste jo i hvert Fald ogsaa ganske uantageligt.

Spørgsmaalet om Domstolenes Behandling af de praktiske Problemer, som omfattes af det forrige Aarhundredes Diskussion vedrørende Løfte- og Overenskomstteorierne samt Viljes- og Tillidsteorierne, skal iøvrigt nærmere blive behandlet nedenfor. Selve Fortolkningen af Danske Lov kan ikke give nærmere Oplysning om den historiske Udvikling indenfor de praktiske Retsspørgsmaal, som den nævnte teoretiske Diskussion har taget Sigte paa at løse.

Medens Diskussionen om Forstaaelsen af Danske Lovs Bestemmelser i hele sin Problemstilling har været farvet af senere Tiders teoretiske Dogmediskussioner, har man vist nok endnu ikke forsøgt at se paa Bestemmelserne ud fra en ren historisk Synsvinkel. Naar man læser de to Bestemmelser igennem, støder man paa den iøjnefaldende og ejendommelige Kendsgerning, at Hovedindholdet af Danske Lov 5-1-2 er en Gentagelse af 5-1-1: »Enhver er pligtig at efterkomme' ...« contra »alle Contracter ... skulde holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere«. Er denne Gentagelse en Tilfældighed paa Grund af den gamle Lovgivningstekniks Mangelfuldhed eller er Gentagelsen kun tilsyneladende, eller i hvert Fald baaret af en dybere Mening?

Indledningsvis skal det med det samme bemærkes, at ethvert Argument støttet paa Forestillinger om manglende Teknik, Formuleringsevne eller om tankemæssig Uklarhed har Formodningen imod sig. Det er almindelig kendt, at Danske Lov er et overordentlig grundigt udført Arbejde. Naar man gennemlæser Forarbejderne, faar man det stærkeste Indtryk af, at hvert Ord er blevet vejet. Det er Udtryk for en ganske uberettiget Undervurdering af Datidens Retsskabere uden videre at forsøge at overvinde fortolkningsmæssige Vanskeligheder ved en Henvisning til Mangler, Forglemmelser eller lignende i det ældre Lovarbejde. Man vil sikkert hyppigere støde paa en virkelig Lapsus i en forfatningsmæssig tilblevet Lov af i Dag, hvilende paa Kommissionsbetænkninger og gentagne Behandlinger, end i Danske Lov. Det betyder naturligvis ikke, at der ikke findes Tilfælde, hvor man har Lov til at forklare Uoverensstemmelser, Ejendommeligheder eller Mangler paa den omtalte Maade. Men Synspunktet vil kun være berettiget efter en indgaaende Undersøgelse af Muligheden for andre Forklaringer[9]).

Julius Lassen er den, der mest indgaaende har været inde paa For-

[8]) Udfra 5-1-1 og 2 kan man imidlertid ikke drage nogen Slutninger, ligesaalidt som der i Aftalelovens § 1 er taget Hensyn til eksisterende Ugyldighedsgrunde.

[9]) Hvad der her er sagt gælder i og for sig ogsaa rent principielt den tidligere omtalte Diskussion vedrørende Danske Lovs Stilling til Godtroeskravet (DL 5-5-1 og 5-8-12), jfr. ovenfor S. 123 f. og 161.

holdet imellem de to Bestemmelser[10]). Ifølge hans Opfattelse tilsigter Bestemmelsen i 5-1-1 »klarligt netop en Angivelse af, hvad der kræves til Retsstiftelse«. »D og NL 5-1-2 har derimod en ganske anden Hensigt; det er ikke Meningen at angive, hvad der som Minimum kræves til Retsstiftelse, hvilket allerede er sagt i 5-1-1, men at slaa Kontraktfrihedens Grundsætning fast med dens Undtagelser og at bestemme Retsvirkningen af Retshandler i levende Live«. Lassen antog paa denne Baggrund, at der ikke var nogen Modstrid imellem Bestemmelserne, eller at der kunde drages særlige Slutninger fra 5-1-2's Brug af Ordet »Contracter« med Henblik paa Spørgsmaalet om Overenskomstteorien. Begge Dele er rigtige, men det er ikke derfor givet, at det principielle Syn paa Forholdet mellem Bestemmelserne giver det i historisk Henseende mest dækkende Billede. Lassen tilføjer: »D og NL 5-1-1, ikke derimod 5-1-2, indeholder Lovgiverens Angivelse af, hvad der er fornødent og tilstrækkeligt til at skabe Fordringsrettigheder ved Retshandel i levende Live«.

Ussing[11]) giver formentlig med Føje Udtryk for Tvivl vedrørende den gængse Forstaaelse af 5-1-2: »Det er ikke let at sige, hvor meget man paa Danske Lovs Tid lagde ind i Reglen. Men forrige Aarhundredes mere abstrakt tænkende Tid opfattede Danske Lov 5-1-2 som Udtryk for Kontraktfrihedens Grundsætning, hvorefter Parterne ved Aftaler kan ordne deres Forhold, som de ønsker«. I hvilken Grad denne Grundsætning kan anses for lovfæstet maa iflg. Ussing gøres til Genstand for selvstændig Undersøgelse ud fra gældende Rets Synspunkter.

Efter Kontraktfrihedens Grundsætning staar det Samfundets Borgere frit for ved Kontrakter at ordne deres Forhold, som de ønsker det. Heri ligger ikke blot, at Kontraktforhold retsbeskyttes, selv om de har et særegent individuelt Grundlag og saaledes ikke hører til de almindeligt anerkendte og sædvanligt forekommende Kontraktgrupper, men for det andet ogsaa at Parterne frit kan give deres Overenskomster det Indhold, de ønsker, de skal have. 5-1-2 viser, »at en Aftale er gyldig, selv om den ikke hører til de Kontrakttyper, Lovbogen nævner«[12]). Men Spørgsmaalet drejer sig netop om at afgøre, om 5-1-2 siger mere. Til det Resultat kan man kun komme, hvis man tager sit Udgangspunkt i den i Bestemmelsen indeholdte Undtagelsesregel, »som ikke er imod Loven eller Ærbarhed«, — ved at drage den Modsætningsslutning, at alle Kontrakter, hvis nærmere Indhold ikke kan siges at være i Konflikt med Loven eller Ærbarhed, er gyldige. Det skal nedenfor omtales i Forbindelse med Gennemgangen af den nævnte Undtagelsesregel i Danske Lov 5-1-2, at denne Modsætningsslutning har ført den Konsekvens med sig, at det har været nødvendigt at fortolke Begreberne »Lov

[10]) Løfte og Accept, l. c. S. 120.
[11]) Aftaler, l. c. S. 186.
[12]) Jfr. Ussing, Aftaler, S. 186.

og Ærbarhed« overordentlig vidt, fordi man ikke mindst under moderne Forhold maa være betænkelig ved at binde sig til en ubetinget Anerkendelse af Vedtagelser, som ikke kan siges at være lovstridige i streng Forstand.

Formentlig er det da ogsaa i streng Forstand ubegrundet at indlægge Kontraktfrihedens Grundsætning i DL 5-1-2 og blot opfatte denne Bestemmelse som givet for at fastslaa principiel Kontraktfrihed med to Undtagelser. Under alle Omstændigheder forklarer Lassens Fortolkning ikke paa overbevisende Maade Forholdet mellem 5-1-1 og 5-1-2. Undtagelsesreglen i 5-1-2 vedrørende Kontrakter stridende mod Lov og Ærbarhed kunde blot være tilføjet 5-1-1, og denne Bestemmelse kunde i saa Fald ogsaa have været taget til Indtægt for Kontraktfrihed. Grunden til, at 5-1-2 blev tilføjet efter 5-1-1, skal sikkert slet ikke søges i Slutninger hentet fra Undtagelsesreglen, eller hertil svarende Kontraktfrihedsprincipper. — Derimod er det sandsynligt, at 5-1-2 med Rette skal opfattes som en Standpunkttagen fra Lovgiverens Side til et for Datiden brændende Problem, nemlig Spørgsmaalet om Antagelsen af de romerske eller de naturretlige Retshandelsprincipper.

Det romerske Kontraktsystem kendte som bekendt principielt ikke til nogen almindelig Regel om Løftets eller Overenskomstens forbindende Virkning. Dette er aabenbart indlysende for saa vidt angaar klassisk Romerret med dens strengt afgrænsede Kontrakttyper. Selv om det klassiske System modtog mange Lempelser og Modifikationer i efterklassisk Tid, blandt andet ved Opgivelse af Stipulationsformerne og Generalisering af Innominatkontrakternes Omraade, fastholdt Romerretten stedse den principielle Sondring mellem pacta nuda og pacta vestita, jfr. D 2, 14, 7.

Med Hensyn til den videre Udvikling i romanistisk Teori skal blot her bemærkes, at Glossen, omend den i flere Henseender videreudviklede det romerske System bl. a. ved Opbygningen af Læren om de 6 »vestes« (d. v. s. Aktionsgrunde), som blev fremsat af Azo, endnu klart fastholdt Sondringen mellem pacta nuda og pacta vestita — jfr. den skarpe Udtalelse: cum nudum pactum parere actionem tale sit, ac si prorsus sterilis mulier generaret vel virgo pariat — men ved Accursius' Tilføjelse af den generelle vestis »legis auxilio« var Basis skabt for en generel Kontraktteori, saaledes som den ogsaa senere fremkom hos Postglossatorerne (Bartolus). Ved denne Udvikling havde Paavirkninger fra kanonisk Ret spillet en væsentlig Rolle, fordi Kirken hævdede — tildels udfra en vis Egeninteresse — at ogsaa Brud paa det blotte pactum maatte anses for en Synd. Postglossatorernes Standpunkt, at Kontraktens Formløshed ikke medførte, at den var en Kontrakt sine causa (nudum pactum a solemnitate, sed non nudum a causa) i Forbindelse med,

at Causabegrebet efterhaanden havde skiftet Indhold, kunde meget vel bringes i Harmoni med den kanoniske Lære[13]).

Endnu i det 16. Aarhundrede gav den principielle Strid om Opstillingen af en generel Kontraktteori sig kraftige Udslag i europæisk Retsvidenskab. Carpzow fremsatte i den første Halvdel af Aarhundredet den almindelige Lære, at enhver Overenskomst maatte anses for retligt forbindende. Han støttede sig til kanonisk Ret, men henviste iøvrigt til Sachsenspiegel, saaledes at den generelle Kontraktteori herefter blev anset for stemmende med »altdeutsche Einfachheit, Treue und Ehrlichkeit«. I fransk romanistisk Teori var der imidlertid fremstaaende Repræsentanter for den romerske Causalære og Sondringen mellem pacta nuda og pacta vestita, idet navnlig den franske Jurist Connan lærte, at alle Kontrakter, der ikke indeholdt en Udveksling af Ydelser, maatte anses for pacta nuda uden Retsbeskyttelse[14]).

Connans Lære blev taget op til Debat og Forkastelse i det 17. Aarhundredes Naturretsteori, jfr. Grotius II, Kap. XL, og Pufendorf III, V, 9. Grotius indsaa ikke, at en klart tilkendegivet Forpligtelsesvilje ikke skulde have Virkning, naar den ikke stred mod Loven, og han afviste ældre Juristers Udtalelse i modgaaende Retning med den Motivering, at deres Lære om pacta nuda »respiciunt id, quod romanis legibus erat introductum, quae deliberati animi signum certum constituerunt stipulationem«[14a]).

Det her forfægtede Standpunkt gaar da ud paa, at Danske Lov 5-1-2 skal opfattes som en umiddelbar Efterklang af Striden om pacta nuda og som en udtrykkelig Standpunkttagen i denne Strid. Det er i denne Forbindelse yderst bemærkelsesværdigt, at den teoretiske Diskussion paa lignende Maade afspejlede sig i udenlandsk Lovgivning. En af de

[13]) Hertil kommer, at netop Bartolus i Modsætning til de ældre Legister stod som Repræsentant for en forsonlig Holdning overfor kanonisk Ret, hvilket tydeligst ses af hans Standpunkt i den hæftige Strid mellem Legister og Curialister i Anledning af Clement d. V.s Dekretal »Pastoralis Cura« — jfr. herom Woolf, Bartolus of Sassoferrato, Cambridge 1913, S. 75 ff., samt om Emnet iøvrigt: Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881, Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters, Rostock 1882, Landsberg, Die Glosse des Accursius, Leipzig 1883 (S. 113), Stintzing, Kritische Vierteljahrschrift, 23, S. 489 ff., Eugen Wohlhaupter, Studie aus dem kanonischen Recht, Paderborn, 1931, Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940 (S. 33 ff).

[14]) Francois de Connan, Commentarii juris civilis, Paris 1553, Lib. I, Cap. VI, § 13. Dette Værk, der blev udgivet efter Forfatterens Død, har vistnok haft en ikke ringe Indflydelse paa den franske Retsudvikling, der gennem Domats og Pothiers Behandling resulterede i Code civils særegne Causalære jfr. C. c. §§ 1108 og 1131—33. Connan støttede sin Lære paa Ciceros Udtalelse i *De officiis*, I, 10, 32: Nec Promissa igitur servanda sunt ea, quae sint iis quibus promiseris, inutilia, nec, si plus tibi ea noceant quam illi prosint, cui promiseris, contra officium est maius anteponi minori.

[14a])Denne affærdigende Bemærkning om romersk Ret er interessant i mere end een Henseende, da den ogsaa er symptomatisk for Naturretslærernes fuldstændige Misforstaaelse af den virkelige Baggrund for de romerske Kontraktformer, hvilket ogsaa med Rette er blevet paapeget af Hägerström i den ndf. i Note 24 citerede Afhandling S. 622.

ældste Lovgivninger, der ubetinget anerkendte den generelle Kontraktteori var Baseler Gerichtsordnung af 1719. Til sine Hovedbestemmelser desangaaende (§ 419) gjorde den dog følgende Tilføjelse, der har en særegen Interesse for Forstaaelsen af Danske Lov: »— — — *und solle hiemit der zwischen den pactis nudis und contractibus in den römischen Rechten geordnete Underscheid auffgehebt und alle Verkomnussen, wie die gemacht worden, gehalten werden*«[14b]).

Naar 5-1-2 saa indgaaende opregner forskellige Kontrakttyper og tilføjer »*og andet, ved hvad Navn det nævnis kand*«, kan det udmærket forklares som den nødvendige Uddybning af 5-1-1, for saa vidt angaar det Spørgsmaal, om dansk Ret skulde kende til Indskrænkninger i den retsbeskyttede Kontrakts Omraade i Lighed med Romerretten. Den her fremsatte Teori kan naturligvis ikke verificeres. Det kan anføres, at det romerske Kontraktsystem har spillet en Rolle under Overvejelserne forud for Formuleringen af Bestemmelsen i DL 5-1-2. Dette fremgaar med en til Vished grænsende Sikkerhed af Undtagelsesreglen, som utvivlsomt med Rette er blevet sat i Forbindelse med den tilsvarende Regel i Corpus Juris (Codex 2, 3, 6). Dernæst kunde man maaske pege paa den mulige tankemæssige Forbindelse mellem Ordene »ved hvad Navn det nævnis« og den romerske Sondring mellem benævnte og ubenævnte Kontrakter, som var blevet generaliseret af Naturretslærerne, som dækkende over Sondringen mellem sædvanligt anvendte Kontrakttyper og usædvanlige (jfr. f. Eks. Pufendorf V, II, § 7).

Endelig kan den angivne Forklaring i hvert Fald karakteriseres som langt sandsynligere ud fra Datidens Forudsætninger, end den Forklaring, der, uden at anføre et eneste historisk Moment til Støtte for sig, gaar ud paa at forudsætte, at man paa Danske Lovs Tid skulde have haft Forestillinger om det betimelige i at lovfæste Kontraktfrihedens Grundsætning i den Forstand, hvori senere Tider har opfattet denne Grundsætning. Hvis man om DL 5-1-2 vil benytte Udtrykket Kontraktfrihedens Grundsætning, maa dette Udtryk altsaa netop tages i den Betydning, at der er Tale om Friheden til at indgaa Kontraktforhold uhemmet af særlige »Causakrav«. Hovedkonsekvensen af denne Opfattelse af DL 5-1-2 bliver følgelig denne, at Bestemmelsens positive Indhold træder i Forgrunden, medens den eventuelle Modsætningsslutning vedrørende Gyldigheden af Kontrakter, som ikke strider mod Lov eller Ærbarhed, træder i Baggrunden.

Det kan tilføjes, at Retsvidenskaben herhjemme i det 18. Aarhun-

[14b]) Allerede den af Zasius forfattede Freiburger Stadtrecht af 1520 indeholder en interessant og ret vidtgaaende Bestemmelse: »Wer bedechtlich zusagt, der sol es halten. Welcher dem andern etwas mit Bedachtlichkeit zusagt, es sig mit blossen Worten, oder andern Zusagungen, die Wort seynt wie sy wöllen, so sol der ihen der zusagt hat, sin Zusagen halten und mag mit Recht darzu gezwungen werden, dass es gepürt sich menschlicher Erberkeit, das man glouben halte, es wer daan das Zusagen umb unehrlich Sachen.« Jfr. om denne Bestemmelse Seuffert l. c., S. 99 ff, og Brandt l. c., S. 39—40.

drede ikke var i Tvivl om, i hvilken Aand Bestemmelsen i 5-1-2 skulde læses. Dette kan naturligvis netop bero paa, at disse Forfattere, der ikke kendte til Kontraktfrihedens Grundsætning i den Betydning, denne senere, i det 19. Aarhundrede fik, men som selv var paavirket af det naturretlige System og Naturretsforfatternes Polemik paa dette Omraade overfor Romanisterne, opfattede Danske Lov urigtigt; i dette Tilfælde synes der dog at være Grund til at tro, at det 18. Aarhundredes Retsvidenskab har været nærmere ved den rigtige Forstaaelse end den nyere Teori. Kongslew skildrer i sit blomstrende Sprog Modsætningen mellem Romerretten og dansk Ret[15]): »Vi nordiske begyndte Sagen fra den modsatte Kant. Alle beviislig accepterede Løfter vare strax hos os Contracter, vare Pagter med Virkning efter Statens Love, naar de kun vare det efter Naturens ... hist skiulede den snedige Patricier sin Herskerlyst under Formulernes Maske. Her viiste sig den uskyldige Oprigtighed med det Ønske, kuns ikke at bedrages«(!)[16]).

II.

Hvad der er sagt ovenfor om det positive Indhold af DL 5-1-2 maa siges at være til Støtte for Ussings Opfattelse, hvorefter Lovordene ikke kan sætte Bom for en Udvikling i Retning af at give Domstolene fri Adgang til ud fra praktiske samfundsmæssige Hensyn at tilsidesætte Aftaler[17]). I Modsætning til Ussing mener jeg imidlertid, at dette Resultat netop følger af en bogstavelig Opfattelse af Danske Lov 5-1-2, — dels af dennes positive Regel, og dels af selve Undtagelsesreglens Natur.

Den i Lovbestemmelsen nævnte Undtagelse vedrørende Kontrakter, der er imod Loven og Ærbarhed, er en Ugyldighedsregel af en særegen Beskaffenhed. I Retslitteraturen før Ørsted opfattede man den som en Regel gaaende ud paa, at ingen kan forpligte sig til at præstere, hvad der er legalt eller moralsk »umuligt«. Disse to Former for Umulighed sidestilledes iøvrigt i Overensstemmelse med romanistiske Forbilleder med den fysiske Umulighed, — eller for at blive i Tidens Tankegang: Man sidestillede den borgerlige Retsordning og den borgerlige Moralcodex med Naturlovene, som tre Regelkomplekser af særegen Gyldighed, i Forhold til hvilke de private Aftaler maatte falde i Kollisionstilfælde.

Idet der foreløbig tænkes paa den ene Del af Bestemmelsen: Aftaler stridende mod Loven, er der næppe nogen Grund til at tvivle om, at man i Datiden ved Begrebet »Loven« udelukkende har tænkt paa den gyldige skrevne Lov. Naar en Aftale frakendes Retsbeskyttelse, fordi den lider af Mangler, der ifølge en Lovregel bør have Ugyldighed til Følge, indtræder Ugyldigheden i Konsekvens af Ugyldighedsreglen. Det

[15]) Den Danske og Norske Private Rets Første Grunde II, 1782, S. 252 f.
[16]) Jfr. Nørregaard Privatret III, 1787, S. 19, og hvad der ovenfor er anført om Carpzows Lære.
[17]) Jfr. Aftaler, S. 197—98.

retlige Problem bestaar i disse Tilfælde i at opstille den mest hensigtsmæssige Ugyldighedsregel og i at afgøre, om man er bundet til alene at anerkende netop de Ugyldighedsgrunde, som udtrykkeligt er anerkendt i Loven.

Et selvstændigt Problem er det derimod, i hvilket Omfang en Aftales Kollision med Normer, der ikke har Problemet om modgaaende Aftalers Retsbeskyttelse for Øje, medfører Aftalens Ugyldighed. I disse Tilfælde er der Tale om Ugyldighedsregler af en anden »Orden« end i de førstnævnte Tilfælde. Hvis en Aftale bliver omstødt paa Grund af Svig, kan dette henføres til en Norm, der udtaler, at Svig medfører Aftalers Ugyldighed. Hvis man forpligter sig til at udføre eller vederlægge en Handling, som er »forbudt« i Loven, er Forpligtelsens Uretskraftighed ikke en logisk Følge af Lovbudet. Rent sprogligt kan man tale om, at et Løfte strider mod »almindelige Retsgrundsætninger«, »dansk Lov og Ret« o. lign.; denne Udtryksmaade kan, — men behøver naturligvis ikke, — dække over det psykologiske Faktum, at man forestiller sig de nævnte eller lignende »Grundsætninger«, som Normer med samme Gyldighedspræg mod Loven, overfor hvilke Løftet i en Kollisionssituation maa falde, medens Sandheden er, at den paagældende Norm netop kun er opstillet med Henblik paa og alene har Relevans ved Afgørelsen af Spørgsmaalet om Aftalers Gyldighed, — og saaledes selv blot er et Udtryk for en særegent formet Ugyldighedsregel. Den samme Situation foreligger, hvis Domstolene udfører »Censur« overfor de private Aftaler paa Grund af disses objektive Ubillighed.

Reglen i Danske Lov eller den tilsvarende romerske Regel bør netop ikke opfattes som en sædvanlig Ugyldighedsregel, men som en Regel om Aftalens Kollision med Normer, som i sig selv har en Funktion udover dette at være en aftaleretlig Ugyldighedsnorm, i hvert Fald ud fra et praktisk psykologisk Synspunkt.

Overfor denne rent principielle Opfattelse af Reglen i Danske Lov staar den ældre Opfattelse, hvorefter 5-1-2 er en Regel om det, man kunde kalde (og som er blevet kaldt) Spørgsmaalet om Retshandelens Indhold. Efter denne Opfattelse giver Danske Lov en Regel om, at Aftaler ikke kan opnaa Retsbeskyttelse, i det Omfang de har et ulovligt eller uærbart Indhold. Herefter bliver det Opgaven at afgrænse og fortolke Ordene »Lov og Ærbarhed«, saaledes at man opnaar en samfundsmæssig hensigtsmæssig og praktisk anvendelig Adgang til at underkende »uønskede« Aftaler. Resultatet af denne Synsmaade er dette, at man maa opfatte Ordene i Danske Lov som en bøjelig Standard. Hvad Begrebet Loven angaar kan det volde lidt Vanskeligheder, men det kan dog udvides til at forstaas som »almindelige Retsgrundsætninger«, og har man først taget dette Skridt, kan i Virkeligheden alle de Hensyn, som man finder det formaalstjenligt at tage, indføres ad denne Kanal ved Bedømmelsen af de enkelte Aftaletyper. Med Hensyn til Begrebet

»Ærbarhed« skal først bemærkes, at den sproglige Fortolkning af dette Ord sikkert maa ske i Overensstemmelse med det romerske Forbillede »contra bonos mores«, — altsaa i Betydningen Dyd og gode Sæder. Naar Stang og Ussing nærmest synes at være af den Opfattelse, at Ordet skulde identificeres med »Ærlighed« eller »Hæderlighed«, tror jeg derfor ikke, det rammer det helt rette. Ussing henviser til, at Ordet »Erlighed« i »Det første Projekt« til Danske Lov blev ændret af den første Revisionskommission til »Ærbarhed«. Hertil maa siges, at den eneste Konsekvens, man formodentlig kan drage heraf, hvis man overhovedet kan drage nogen, er denne, at man ikke har fundet det første Udtryk dækkende, — men derimod det sidste[18]).

Selv om Udtrykket Ærbarhed saaledes formentlig netop hentyder til det Sæt af Moralregler, som er gængse i det borgerlige Samfund og fælles for Flertallet af Befolkningen, afgiver Udtrykket et udmærket Grundlag for en bøjelig Ugyldighedsstandard. Jeg tror blot ikke, Anvendelsen af Udtrykket paa denne Maade er i Overensstemmelse med Lovreglens virkelige Aand, i de Tilfælde, hvor der via Standardsynspunktet er Tale om at udvide Ærbarhedsreglen til at omfatte generelle, mere eller mindre etisk betonede Retsprincipper, som kun har sin selvstændige Funktion i deres Udformning som Aftalecensurprincipper.

Den tilgrundliggende Problemstilling bag den gængse Opfattelse af Danske Lov, — herunder ogsaa den moderne Udformning af den efter Standardprincippet, — er, efter det her hævdede, falsk. Den forudsætter, at en Aftales indholdsmæssige Vurdering kun kan komme frem i den i Loven beskrevne Kollisionssituation og tvinger derfor til en fuldstændig Udvanding af Begreberne Lov og Ærbarhed. Efter den her fremsatte Opfattelse vedrører Danske Lovs Undtagelsesregel overhovedet ikke Spørgsmaalet om Opstilling af selvstændige Ugyldighedsregler. Alene Indledningsordene i 5-1-2 kunde tages til Indtægt for et saadant Synspunkt, naar der tales om Kontrakter som »frivilligen« gøres. Dette Udtryk maa utvivlsomt referere sig til de umiddelbart følgende Regler om Virkningen af Tvang, og maa altsaa naturligt forstaas som en Henvisning til de af Lovbogen selv opstillede Ugyldighedsnormer, ligesom Bestemmelsen henviser til Myndighedsreglerne. Efterhaanden er Ugyldighedsreglernes Antal blevet stærkt forøget, først og fremmest ad Lovgivningens Vej, og det er da ganske logisk at læse Indledningsordene i Danske Lov saaledes, at man ikke blot underforstaar et Forbehold for saa vidt angaar Tvang, men ogsaa angaaende samtlige i Lovgivningen hjemlede Ugyldighedsregler. Hvis man endvidere mener, hvad der vistnok stemmer med Opfattelsen i Retspraksis, at Ugyldighedsregler, hvad en-

[18]) Det maa antages, at Rettelsen højst sandsynlig skyldes Peder Lassens Bemærkning til Rasmus Vindings Projekt, idet Peder Lassen var Hovedmanden i den første Revisionskommission, og det er paa ingen Maade usandsynligt, at Lassen netop har valgt Ordet Ærbarhed fremfor Ærlighed for at betone den samme Tanke, som ligger bag det romerske Begreb.

ten disse nærmest er knyttet til Omstændighederne ved Aftalernes Indgaaelse eller til disses objektive Indhold, kan opstilles uden særlig Lovhjemmel, maa Regler hvilende paa dette Grundlag være at sidestille med de udtrykkeligt lovhjemlede Ugyldighedsregler i Relation til Forstaaelsen af Danske Lov 5-1-2.

Den anførte Kritik retter sig med andre Ord slet ikke mod de Resultater, som man i herskende Retsvidenskab, først og fremmest Henry Ussing, Aftaler, §§ 19—23, er naaet til, men derimod mod den hidtidige Opfattelse af disse Resultaters Relation til 5-1-2. Medens denne Bestemmelse utvivlsomt omfatter Spørgsmaalet om Behandlingen af Kontrakter, der er forbudt i Loven, eller hvis Gennemførelse vil have en Lovovertrædelse til nødvendig eller nærliggende Følge, eller Spørgsmaalet om Bedømmelsen af Kontrakter, som gaar ud paa eller har til Formaal at fremme Adfærd i Strid med Ærbarheden i streng Forstand[19]), er Tilfælde uden for dette Omraade vanskeligere at bedømme.

Som Eksempler paa Ugyldighedsnormer, som efter det ovenanførte ikke eller kun delvis kan henføres under Danske Lov, og som altsaa er Udtryk for ganske selvstændige Ugyldighedssynspunkter opstillet uden direkte Lovhjemmel, kan nævnes en Række forskellige Tilfælde. Herunder falder formentlig en stor Del af Spørgsmaalet om Gyldigheden af Løfter, der paa overdreven Maade gør Indskrænkninger i Løftegiverens personlige Frihed, eller som tilsigter at fremtvinge Beslutninger, som bør være Udtryk for en fri, personlig Overbevisning. Dernæst kan nævnes Spørgsmaalet om Gyldigheden af Afkaldserklæringer[20]) og Dispositioner over fremtidigt Erhverv, endvidere i de fleste Tilfælde Bedømmelsen af Væddemaal og Spekulationsretshandeler samt endelig af Aftaler, i hvilke der findes at være et objektivt Misforhold mellem Ydelse og Modydelse. Ogsaa Spørgsmaalet om Bedømmelsen af Værdifasthedsklausuler maa i Reglen bedømmes selvstændigt uden Vejledning eller Støtte i den i 5-1-2 givne Kollisionsregel.

Uden Hensyn til, om man maatte foretrække den traditionelle Opfattelse af Bestemmelsen i DL 5-1-2 eller den her forsvarede, er der Grund til fra et retshistorisk Synspunkt at fremhæve, at den nævnte Bestemmelse ikke paa afgørende Maade har spærret for en samfundsmæssig Censur over for den private Kontraktvirksomhed. Den eneste Periode, der kunde tænkes at være præget heraf, skulde være den Del af det 19. Aarhundrede, hvor Retsvidenskaben eensidigt opstillede en liberalistisk betonet Formodning om Kontraktfrihed. Saadanne Formodningsregler er opgivet i herskende Teori, og hvad det 18. Aarhundrede

---

[19]) I Nutiden opfattes Ærbarhedsbegrebet ofte alene som hentydende til specifikt kønssædelige Forhold, — dette, som muligvis hænger sammen med det rent sproglige Forhold, at Adjektivet ærbar som Regel benyttes i Forbindelse med Substantivet Kvinde, kan naturligvis ikke være afgørende for Begrebets Omfang.

[20]) Herunder ogsaa det saakaldte »subjektive Vurderingsprincip«, Bernt Hjejle, Foreningsvoldgift, 1941, S. 37, og 63—67.

angaar, viser Højesteretspraksis, at man da gennemførte en bemærkelsesværdig fri og ubunden Gyldighedsbedømmelse. Ikke blot maa det antages, at den ældre Højesteretspraksis i Virkeligheden opererede med lignende Ugyldighedsprincipper, som nu findes lovfæstet i Aftaleloven, men der er derudover Grund til at formode, at man ikke stod helt fremmed over for Vurderingen af Aftaler ud fra objektive Billighedssynspunkter. At selv rene samfundsmæssige Hensigtsmæssighedsbetragtninger kunde tages i Anvendelse ved Tilsidesættelsen af private Aftaler, viser Voteringerne vedrørende Fortolkningen af Forbudet mod at vrage Kongens Mønt (DL 5-3-39), jfr. navnlig HP 1783 A, 647[21]).

Det vilde naturligvis være forkert at hævde, at Retspraksis i det 18. Aarhundrede paa alle Punkter skulde have indtaget saa fri en Gyldighedsbedømmelse, som den, der nu er hjemlet ved mange Lovregler, og som finder bevidst Støtte i den herskende retsvidenskabelige Teori, men det vilde under alle Omstændigheder være lige saa ukorrekt at hævde, at Retspraksis i det 18. Aarhundrede fulgte et konsekvent liberalistisk Kontraktfrihedsprincip. Med Hensyn til Domspraksis henvises iøvrigt yderligere til den følgende Gennemgang.

III.

Hvis man i Stedet for at se paa Modifikationerne i den almindelige Regel om Løftets forbindende Virkning vender Blikket imod det positive Indhold af Bestemmelserne i 5-1-1 og 2, maa det i denne Henseende fremhæves, at Lovfæstelsen af den almindelige Regel set fra et historisk Synspunkt er Udtryk for et meget fremskredent Udviklingstrin, jfr. Ussing: Aftaler, S. 18, og den rent praktiske Betydning af Lovreglerne, der saa udtrykkeligt og utvetydigt fastslog, at Løfter og Overenskomster i Almindelighed er bindende efter Loven, kan vanskeligt undervurderes. Danske Lovs Regler dannede et Bolværk mod alle Slags romanistiske Sondringer og Afgrænsninger; disse blev henvist til at tjene rent systematiske Formaal i Litteraturen. Den blev Ledetraaden for Praksis, der i stadig højere Grad i Løbet af det 18. Aarhundrede blev stillet over for indviklede Kontraktsforhold, efterhaanden som Handelslivet og det økonomiske Samkvem blev stadig kraftigere udviklet. Den modvirkede Tendensen til at bedømme de kontraktmæssige Forpligtelser ud fra visse bestemte doktrinære Principper, ofte hentede fra romersk Ret, og den understøttede den individuelle Bedømmelse af det konkrete Sagsforhold, som blev forelagt Domstolene. Det havde for Eksempel ikke stort at sige, at Universitetet lærte, at Depositum-Kontrakten efter sit Begreb var vederlagsfri, hvis der for Retten forelaa Bevis for, at der var afgivet et Løfte om Vederlag.

Endvidere medvirkede Hovedreglen i 5-1-1 og 2 til at hindre Ind-

[21]) Jfr. endvidere Thøger Nielsen, »Klausulen klingende Mynt«, Festskrift til Henry Ussing, 1951, S. 439.

trængen af romerske Causaprincipper. Det fremgik direkte (jfr. ovenfor) af 5-1-2, at Løftet eller Aftalen principielt maatte være retsbeskyttet uden Hensyn til den almindelige Beskaffenhed af den til Grund for Aftalen liggende Causa, men Bestemmelserne førte ogsaa til en Anerkendelse af, at det abstrakte Løfte i og for sig maatte have fuld Retsbeskyttelse. Som bekendt blev selv Stipulationen i efterklassisk Romerret gjort causal i den særegne Forstand, at der maatte paavises en konkret Skyldgrund for at gøre Forpligtelsen gældende. Dette Synspunkt trængte aldrig ind i dansk Ret. Gang paa Gang hedder det i Højesterets Voteringer i det 18. Aarhundrede: »Exceptio non numeratae pecuniae haver ikke Sted jure danico«, og denne Exceptio, der paalagde Kreditor Beviset for Skyldgrunden, var netop et blandt flere Eksempler paa det senromerske Causakrav (jfr. D. 22, 3, 25, § 4). Det Synspunkt, der fremhæves af Ussing (Aftaler, S. 115) som den naturlige Regel, »at der paalægges Løftegiveren en vis, undertiden stærk, undertiden svagere, Bevisbyrde for, at Løftets Virksomhed var knyttet til visse Forudsætninger«[22]), — har næppe nogensinde været forladt i dansk Ret.

Det er ovenfor omtalt, at det kan være tvivlsomt, om man overhovedet kan drage Slutninger fra Reglerne i Danske Lov til Spørgsmaalet om Datidens Retsopfattelse med Hensyn til Problemerne Vildfarelse og svigtende Forudsætninger eller i det hele taget til Spørgsmaalet om Forholdet imellem Erklæringen og de kontraherende Parters subjektive Indstilling, men det maa dog som nævnt antages, at Reglen om, at alle Kontrakter skal holdes i deres Ord og Punkter, saaledes som de er indgaaet, i den følgende Tids Retspraksis som Konsekvens havde en stærk Tendens til at afgøre Retssager om Bedømmelse eller Anfægtelse af Aftaler, ud fra en ren objektiv Vurdering af de afgivne Erklæringers Ordlyd.

Det er meget træffende blevet fremhævet af Ørsted i Afhandlingen om Tilbagesøgning[23]), »hvorledes vor Lovgivning (Ørsted tænkte vel i første Række paa Danske Lov) er langt strengere end andre i at binde myndige Folk ved de af dem foretagne frie Handlinger ... med Hensyn til Contractslæren skal jeg blot tilføje, hvad der nærmest staar i Forbindelse med denne Afhandlings Gjenstand, at man, i Medhold af vor Lovgivning, der aldeles ikke taler om Contracters Tilintetgjørelse paa Grund af Vildfarelse, maa tillægge denne i saa Henseende en langt mere indskrænkende Virkning end den, der efter andre Love kan tilkomme samme«. Ørsted fremhævede, at dansk Ret paa saa mange Punkter savnede de »remedia juris«, som fandtes i andre Retsforfatninger, særligt Romerretten.

Men ligesom Romerretten gennem Aarhundreders Udvikling var blevet præget af en mere og mere gennemført »Differentiering« af Rets-

[22]) Jfr. ogsaa Hurwitz, Tvistemaal, 1941, S. 150.
[23]) Juridisk Tidsskrift, 14. Bd., 1828, S. 250, jfr. Eunomia, IV, S. 23 ff.

normerne, synes der ogsaa i dansk Rets Udvikling siden Danske Lov, navnlig i Periodens sidste Tidsafsnit, at være foregaaet en Udvikling i Retning af en mere omfattende Anerkendelse af generelle Undtagelser fra de gamle Retsprincipper. Der er her Tale om en Udvikling, der netop for en stor Del er en naturlig Følge af Retsvidenskabens Paavisning af Problemerne. Ørsteds Karakteristik af dansk Ret er imidlertid meget rammende netop for de første Perioder efter Danske Lovs Givelse. Selv om Retspraksis fra disse Tidsafsnit er lidet oplysende med Hensyn til de her behandlede Problemer, kan man sikkert gaa ud fra, at Praksis normalt ikke har taget Hensyn til Viljesmangel eller svigtende Forudsætninger, undtagen i Tilfælde, hvor ganske særlige Omstændigheder ud over det rent subjektive Forhold maatte tale herfor.

I 1690 fik Højesteret følgende Sag forelagt til Bedømmelse, jfr. HP 1690 B, 105: Appellanten, der havde købt en Gaard, skyldte paa Købesummen et Beløb paa 400 Rd. (formodentlig bortset fra Renter). Sælgeren overdrog imidlertid Tilgodehavendet til Indstævnte, og denne sidste formaaede Køberen (»overilede ham«) til at udstede direkte Forskrivning til sig. Forskrivningen kom imidlertid til at lyde paa et større Beløb end den skyldige Restsum, fordi Køberen havde glemt, at han havde afdraget 60 Rd. til Sælgeren. I Højesteretsstævningen paastod Køberen at have taget Forbehold for Fejlregning, men Bedømmelsen af dette Moment kom ikke til at spille særlig Rolle under Voteringen. Højesteret gav Kreditor Medhold og stadfæstede Landstingsdommen under Hensyn til, at der forelaa en pur Forskrivning. Nogle Dommere var af den Opfattelse, at det vilde være af største Billighed, at Køberen skulde have Kvitteringerne for de til Sælgeren erlagte Beløb godtgjort, men Flertallet vilde ikke tage Hensyn hertil, men højst give Køberen en Regres, »hvor han bedst ved«, hvilket, hvad en enkelt Dommer ogsaa indrømmede, i Realiteten var betydningsløst. Ingen abstrakte Viljesmangelsynspunkter eller omvendt Hensyntagen til Løftemodtagerens Forventning har fundet Udtryk i Vota, der for Flertallets Vedkommende gik ud paa en strikte Gennemførelse af Grundsætningen i Danske Lov 5-1-1 og 2.

Til Illustration af Synspunktet kan ogsaa nævnes den langt senere Sag HP 1755 A, 507. Denne drejede sig om Overdragelse af det kongelige Operaprivilegium i København. Erhververen Petro Mingotti indstævnede Overdrageren Paulo Schalabrini i Anledning af, at førstnævnte var blevet dømt til at betale Schalabrini det ved Overdragelseskontrakten fastsatte Vederlag m. m. Efter Kontrakten skulde Overdrageren fungere som Kapelmester og hans Hustru som Sangerinde (Buffa) for 600 Rd. om Aaret. Imidlertid skete der den for Erhververen uheldige Ændring af Forholdene, at Hoffet ordinerede »Intermezzos Ophævelse« og i Stedet for, Dans og deslige. Nogle Dommere var for det første af den Anskuelse, at Kontrakten ikke var blevet endeligt afsluttet, men ansaa

det dernæst for ubilligt, at Mingotti skulde betale for det, »som ej mer er til«. Men 8 Dommere af ialt 10 vilde stadfæste Bytingsdommen og dømme Mingotti: »At der siden er sket Forandring ved Opera, at der ingen Intermezzo bruges, kan ej gravere Schalabrini imod en ren Kontrakt, som han paa sin Side er villig at opfylde, og hvorfor han har afstaaet sit Operaprivilegium til Mingotti«.

De refererede Domme anskueliggør i og for sig meget godt Højesterets Standpunkt i den første Del af Perioden efter Danske Lov. Dette gik ud paa en ligefrem Gennemførelse af Danske Lovs Ord. Sagen fra 1690 vilde være blevet afgjort paa samme Maade af Højesteret i Dag (muligvis bortset fra Spørgsmaalet om Betydningen af Løftegiverens eventuelle Forbehold), — men Afgørelsen vilde nu være baseret paa Aftalelovens § 32, der netop er Udtryk for en Standpunkttagen til et Problem, som ikke paa samme Maade fremtraadte som retligt Problem i 1690. I den anden Sag vedrørende Overdragelsen af Operaprivilegiet vilde Afgørelsen formentlig (dog næppe efter en subjektiv Forudsætningsteori) ogsaa være blevet identisk med den ældre Afgørelse, men der kan næppe være Tvivl om, at den i 1755 ukendte Forudsætningsteori vilde have spillet en ret væsentlig Rolle under de teoretiske Overvejelser i Forbindelse med Sagens Paadømmelse. Med Hensyn til Retspraksis iøvrigt henvises til Fremstillingen nedenfor i Afsnittet om Løftets Ugyldighed og Uvirksomhed.

Inden selve Omtalen af Reglerne i Danske Lov 5-1-1 og 2 afsluttes, skal imidlertid den ældre Rets Behandling af Spørgsmaalet om Akceptens retlige Betydning gøres til Genstand for nærmere Omtale.

IV.

Det var karakteristisk for det romerske Retssystem, at Fordringsrettigheder normalt kun kunde stiftes ved baade Kreditors og Debitors Medvirken. Dette var oprindelig en direkte Konsekvens af de gammelromerske Formkrav, der ikke kunde opfyldes uden begge Parters Tilstedeværelse, men selv efter at disse Formkrav i det væsentlige var blevet opgivet, fastholdtes Forestillingen om Overenskomsten som Grundlaget for Retsbeskyttelsen. I moderne Formueret har man derimod flyttet Hovedvægten fra Overenskomsten til Løftet. Denne principielle Forskel er af meget væsentlig Betydning. »Aftalen« betegner vel nok i moderne Terminologi et tosidigt Forhold, men dette Begreb er ikke i samme Grad som det romerske pactum eller contractus Udtryk for en Syntese. Bag »Aftalen« gemmer sig stadig Løftet eller Løfterne som relevante Bestanddele. Hvor Aftalen i en eller anden Relation skal underkastes en retlig Bedømmelse, er det Løftet eller Modløftet, som drages frem. Overenskomstsynspunktet har formentlig ikke blot haft Betydning for det primære Spørgsmaal om Løftets selvstændige for-

bindende Virkning, men har rimeligvis ogsaa haft Berøring med andre grundlæggende Problemer inden for den almindelige Retshandelslære.

Naar Hovedinteressen samler sig om Overenskomsten, er det en nærliggende Tanke at definere det retsstiftende Moment som Parternes viljesmæssige Konsens — saafremt Viljens Betydning for Forpligtelsens Indgaaelse overhovedet tages i Betragtning. Der er næppe Grund til at undre sig over, at Overenskomstprincippet og Viljesdogmet mødtes baade i den romanistiske og den naturretlige Retshandelslære. Naar »Løftet« sættes i Højsædet, hvad enten der maatte være Tale om eensidige eller gensidige Forhold, er Bedømmeren indstillet paa at bedømme, hvorledes det af Løftegiveren udtalte maa antages at virke paa Løftemodtageren. Naar Konsensen er det afgørende, samler Hovedinteressen sig om »Harmonien« mellem Løftegiver og Løftemodtager, og det kan da være nærliggende netop at søge denne i Parternes overensstemmende Viljer. Det kan maaske ogsaa udtrykkes saaledes, at Løfteprincippet overhovedet ikke giver Anledning til at efterlyse *nogen Form* for Overensstemmelse, medens Overenskomstprincippet ved at være baseret paa Forudsætningen om en saadan efter sin Opbygning begunstiger en Hensyntagen til Parternes Vilje.

Axel Hägerström har[24]) foretaget en indgaaende Undersøgelse af Forholdet mellem den romerske og den naturretlige Retshandelslære og kommer i denne Forbindelse ud fra andre Synspunkter end de her nævnte ind paa Sammenhængen mellem Viljesprincippet og Overenskomstteorien. Efter Hägerströms Opfattelse var de kontraherende Parters Fællesvilje netop ikke Grundlaget for Overenskomstens forbindende Virkning i Romerretten, medens dette omvendt netop var Tilfældet i Naturretten. Til dette Resultat maa man ogsaa komme, naar man sammenligner den klassiske Romerret med Naturretsdoktrinen, men der er Grund til at fremhæve, at den justinianske Ret netop synes at være gaaet over til Viljesprincippet, saaledes at der nu blev stillet Krav om Overensstemmelse mellem Parternes Viljer, og saaledes, at selve Viljen nu blev anset for Grundlaget for Overenskomstens bindende Virkning. Dette indrømmes ogsaa af Hägerström (l. c., S. 596), men han fremhæver, at Romerretten ogsaa i efterklassisk Tid fastholdt Sondringen mellem relevant og irrelevant error, og at det dominerende Princip vedrørende de subjektive Krav til consensus var »aequum et bonum eller bona fides«. Hägerström pointerer, at der er en grundlæggende principiel Forskel mellem romersk Ret og Naturretten, nemlig vedrørende selve Opfattelsen af den private Rettigheds Begreb. Retten var efter Naturretsdoktrinen »alls icke såsom den romerska privata rättigheten i förhållande till andra en makt til tvångsövning. Det primära

[24]) Jfr. Afhandlingen »Nehrman-Ehrenstråles uppfattning av grunden för ett löftes juridiskt bindande kraft, belyst genom å ena sidan romersk, å andra sidan naturrättslig rättsåskådning«, Minnesskrift ägnad 1734 års lag, 1934, II, S. 571 ff.

var anspråket. Rätten till tvångsövning var sekundär. Men då makten att förplikta ansågs tillhöra viljan, blev den naturliga rättigheten själv en kvalitet hos viljan och därmed blev också allt förvärv av rättigheter genom andra beroende av en gemensam vilja«. Naar selve den private Rettighed saaledes blev forankret i Viljen, maatte nødvendigvis Parternes overensstemmende Viljer blive det afgørende Grundlag for Kontraktens Retsvirkninger, ligesom det maatte være en Selvfølge, at ingen Rettigheder kunde erhverves uden Vilje til Erhvervelsen. Konsekvensen heraf maatte blive, at Løftemodtageren ikke fik nogen som helst Ret over for Løftegiveren før ved Akcepten. Følges Hägerströms Opfattelse, var Naturretsdoktrinen altsaa i Modsætning til Romerretten karakteristisk ved, at Kravet om Akcept var en ligefrem logisk Følge af den principielle naturretlige Opfattelse af selve Rettens Begreb.

Selv om Hägerströms Opfattelse af Forholdet mellem Viljesprincip og Overenskomstteori i Romerret og Naturret sikkert maa godkendes, synes der at være Grund til at fremhæve, at det romerske Kontraktsystem og romersk Kontraktteknik let lod sig sammensmelte med et Viljesprincip, og at Kravet om Akcept var fælles for baade Romerretten og Naturretten, hvad enten dette for det sidste Retssystems Vedkommende maa antages at have haft en dyberegaaende principiel Begrundelse, end det har været Tilfældet for Romerrettens Vedkommende. Iøvrigt vil Viljesprincippet i Romerretten og Naturretten blive nærmere omtalt nedenfor i Forbindelse med Vildfarelseslæren.

Medens der saaledes synes at være visse Forbindelser mellem Viljesdogmet og Overenskomstprincippet, maa det med Hensyn til den nyere danske Retshistorie fremhæves, at de to Fænomener ikke kom til at præge Retsopfattelsen i samme Omfang. Overenskomstprincippet med dets Forudsætning om Løftets fri Tilbagekaldelighed kom til at øve Indflydelse i den sidste Del af det 18. og muligvis den første Del af det 19. Aarhundrede. Derimod synes der ikke i samme Tidsrum at have været nogen særlig Tilbøjelighed til at gøre væsentlige Indrømmelser til Viljesdogmet, jfr. ndf. S. 255 ff.

Det er karakteristisk for Overenskomstteorien, at selve Løftets forbindende Virkning er betinget af, at der foreligger en Akcept fra Adressatens Side, — det blotte Løfte har i sig selv ingen Virkning, men Akcepten er derimod retsstiftende, idet den konstituerer »Overenskomsten«. Heroverfor hævder Løfteteorien, at Løftet principielt som saadant er bindende. Noget andet er, at Akcepten kan være en resolutiv Betingelse for Bundetheden. Hvor Løftet kendeligt kræver Akcept, vil dennes Rettidighed (og overensstemmende Karakter) i Reglen blive det afgørende Spørgsmaal. Herved nærmer de to Teorier sig til hinanden, og det er ofte overordentlig vanskeligt ved Betragtningen af Domspraksis at afgøre, om Tilsidesættelsen af Løftet i de enkelte Tilfælde er begrundet i dettes principielle Tilbagekaldelighed eller i den Omstæn-

dighed, at Akcepten er forsinket eller uoverensstemmende. Denne Uklarhed foreligger i hvert Fald ofte, hvor Løftet forudsætter en Modydelse fra Adressatens Side. Ved Vurderingen af den danske Retspraksis fra Tiden efter Danske Lov maa det haves for Øje, at Naturretten, der gennemførte Overenskomstsynspunktet, allerede fra et meget tidligt Tidspunkt kan have paavirket den almindelige Retsopfattelse, altsaa navnlig ogsaa eventuelt i Tiden før den naturretlige Lære fremkom i den hjemlige retsvidenskabelige Litteratur.

Kravet om Akcept kunde som tidligere omtalt finde et vist omend overordentlig tvivlsomt Holdepunkt i Danske Lovs Ord »lovet og indgaaet haver«, og i ældre Teori blev Tilføjelsen af Ordet »indgaaet« ofte taget som Udtryk for, at Danske Lov var i Overensstemmelse med Naturens Ret. Der var her som i saa mange andre Tilfælde Tale om en Identifikation af Lovordene og den fremmedretlige Paavirkningsfaktor. I Højesteretsvoteringerne finder man ofte en Sprogbrug, der minder stærkt om den tilsvarende Sprogbrug i den romanistiske eller naturretlige Lære, men dette kan naturligvis ikke i sig selv være afgørende for Bedømmelsen af Standpunktet i den ældre Retspraksis.

En af de tidligste Afgørelser, der synes at være om Spørgsmaalet, stammer fra 1743, HP 1743 A, 466. Denne Sag drejede sig om et Løfte om at betale en andens Gæld. Debitor havde henvist Kreditor til at faa Betaling af Indstævnte, og denne havde skrevet, at han vilde betale Gælden, men bad iøvrigt om Henstand. Imidlertid foretog Kreditor sig intet før efter Debitors Død, paa hvilket Tidspunkt han krævede Beløbet, idet han paaberaabte sig det omtalte Brev, som ikke var blevet akcepteret udtrykkeligt. Viborg Magistrat frifandt Løftegiveren, men Højesteret dømte ham. En enkelt Dommer vilde erklære Løftet for uforbindende: »thi naar en Contract præsenteres, skal der tages imod, hvis ikke forbinder det ikke. Det er klart, at han ikke har taget imod Cautionen«. Men de øvrige Dommere dømte Løftegiveren. »... men nu er ikke Question derom, men denne: om Stedfaderen ikke bør betale Pengene efter sit Brev til Citanten, som er saa forbindtlig, at han ikke kan slippe for at betale«. En anden Dommer bemærkede: »Sehested har aldrig nævnt i sit Brev at betale til vis Tid ... det er nok, han (Kreditor) tager imod Brevet, han har ikke fornødent at svare derpaa og antage Cautionen«.

Denne Afgørelse er det sikkert fuldt berettiget at tage til Indtægt for det Synspunkt, at man endnu paa Dommens Tidspunkt ikke havde bøjet sig for det teoretiske Krav om Akcepten som en generel Betingelse for Løftegiverens Forpligtelse. At der virkelig er Tale om, at Dommerne var klar over det principielle Problem og havde dette i Tankerne under Voteringen i Sager af denne Art, fremgaar tydeligt af en Afgørelse, som blev truffet kort efter, nemlig i Aaret 1749, jfr. HP 1749 A. 193. Denne Afgørelse var foranlediget af en af de utallige tyske Haand-

værkerskikke, som i det 17. og 18. Aarhundrede trængte ind i Forbindelse med Laugsvæsenet og de fremmede Haandværkere her i Landet. I dette Tilfælde var der Tale om den Skik, at en Mester kunde fæste en Svend paa bindende Maade ved blot at udtale en bestemt Formel: »Jeg sprecher jeg«[25]). En Skomagersvend havde imidlertid protesteret imod denne Form for Ansættelse, og Skomagermesteren indbragte derfor Sagen for Politi- og Commercekollegiet, som imidlertid frifandt Skomagersvenden. Højesteret stadfæstede Afgørelsen til Trods for, at Skomagersvenden maatte anses for en »Oprører« og til Trods for, at han havde brugt »mangfoldige ugudelige Ord under Sagen«. Det anførtes dels, at Sprechningen maatte anses for en selvgjort Vedtægt, der ikke kunde være forbindende, og dels, at »ingen Engagement kan antages for gyldig, uden der er consensus mutuus« og at der »udi Contracter bør være begge Parternes Samtykke«.

Udtalelserne kan paa ingen Maade tages som Udtryk for, at Højesteret gennemførte Overenskomstteorien. I det foreliggende Tilfælde frembød denne imidlertid et plausibelt Grundlag for Afvisningen af Skomagermesterens Paastand, og Sagen viser saa meget, at den naturretlige Lære i hvert Fald paa dette Tidspunkt spillede en Rolle i Dommernes Bevidsthed.

En langt senere Afgørelse, HP 1771, 266, viser da ogsaa, at Højesteret ikke var villig til at gennemføre Overenskomstteorien strikte. Denne Sag handlede om Betydningen af et under en Retssag afgivet Tilbud. Førstvoterende oplyser i sit Referat af Sagen, at denne fremkommer, fordi Indstævnte havde fragaaet Tilbudet med den Begrundelse, at det ikke straks var blevet akcepteret. »Her bliver Questio altsaa, om Declarationen for Jørgensen er forbindtlig eller ikke, og da formener, siden hans Tilbud er ganske uden Condition, bør det for ham at være forbindtlig, og er ej noget for ham at sige, hvorfor concluderer: Oberhofrettens Dom frafaldes ...« Det kan ikke udelukkes, at Oberhofretten netop havde begrundet sit Standpunkt i Hensynet til den manglende Akcept, og under alle Omstændigheder er Førstvoterendes Udtalelse saa klar, at den ikke kan misforstaas. Det skal tilføjes, at de øvrige Dommere uden nærmere Kommentar sluttede sig til Førstvoterendes Standpunkt.

Under Hensyn til den sidstnævnte Afgørelse er det da saa meget mere ejendommeligt at iagttage, hvorledes Standpunktet ændres i Højesteret. Allerede en halv Snes Aar efter fremkom en Sag, som i hvert Fald stærkt indicerer, at Retten havde kapituleret overfor det naturretlige Overenskomstprincip, jfr. HP 1784 A. 64. Den handlede om Overdragelse af en Præstekorntiende. Aftalen desangaaende fandt Sted

[25]) Se om denne ejendommelige Koutume, C. Nyrop, Haandværksskik i Danmark, 1903, S. 52 og 225. Sprechningen blev afskaffet ved kongelig Rescript af 8. Marts 1757. Det var i det hele taget et for Datiden brændende Problem, om Haandværkssvende skulde have fri Adgang til at gaa i Arbejde hos hvilken Mester, de ønskede.

ved en Brevveksling. 10. 6. 1782 havde Citanten fremsendt Koncept til Kontrakten. Da Indstævnte ikke tilbagesendte Kontrakten d. 14. 6., ansaa Citanten sig for frigjort. Imidlertid havde han saa sent som i et Brev af 13. 6. erklæret sig villig til at modtage Vederlaget. Ved Landstingsdommen blev Tilbudsgiveren dømt til at holde Løftet om Overdragelse af Tienden, og Førstvoterende vilde da ogsaa, omend med en ejendommelig Begrundelse, stadfæste Landstingsdommen, nemlig at 11. Juni maatte efter Loven regnes til den 18. Feddersen fastslog imidlertid, at Sagens Problem angik det Spørgsmaal, om Tilbudsgiveren var pligtig at holde det skriftlige Tilbud: »*Efter alle principia juris kan ingen Contract anses, uden den er accepteret af Parterne, og aldrig kan bekræftes, at den proponerende skulde forbydes at gaa fra sin Proposition* ... naar disse Principia appliceres, kan ingen Forpligt ligge paa Præsten til at indgaa Contracten, da Calmette i 3 Dage har forsømt at give Svar. Vel indvendes, at han ved sit Brev af 13. Juni har vedblevet, men deraf følger dog ikke, at han skulde vedblive sin Forbindelse den 14. Juni«. En enkelt af de øvrige Dommere vilde følge Førstvoterende, fordi han ikke mente, at Tilbudsgiveren havde handlet, som han burde, ved den 14. Juni at fragaa, hvad han den 13. havde gentaget. Denne Dommer anførte ogsaa, at Tilbudsgiveren burde have sat en Frist, indenfor hvilken han vilde have Vederlaget (og dermed Akcepten). Majoriteten bøjede sig imidlertid for Feddersens Standpunkt. Selve Sagens Resultat kan muligvis, omend det paa ingen Maade er sikkert, ses ud fra Synspunktet forsinket Akcept, men efter hele Karakteren af Feddersens Votum er det dog vistnok det rigtigste at antage, at Højesteret med denne Afgørelse havde antaget Overenskomstlæren. Dette Resultat maa man da ogsaa komme til, naar den følgende Tids Retsafgørelser tages i Betragtning.

I Sagen HP 1795. 149 var der Tale om Overdragelse af Rettigheder vedrørende tre Gaarde. Sælgeren havde givet skriftligt Tilbud, der var blevet akcepteret i et Brev. Bagefter fordrede Køberne imidlertid »flere Vilkaar«, og der opstod da ny Forhandling mellem Parterne om Overdragelsen, hvorved ikke blot »handledes om pacta adjecta, men om Contracten paany«. Førstvoterende hævdede, at Køberen desuagtet stadig maatte kunne støtte sig til den oprindelige Aftale, men Majoriteten vilde stadfæste Landstingsdommen, idet Retten sluttede sig til Falsens Votum: »her er i denne Sag blot questio facti, om Contracten er perfectus og hertil fordres baade Løfte og dettes Antagelse. Det første Document, her i Sagen forekommer, er Conceptet til Arvefæsteskødet, men Contracten er ej paa Grund heraf perfectus, thi saa maatte Wincklers Akceptation bevises ...«

En Børshandel om en Aktiepost var Anledningen til, at Højesteret atter kom til at beskæftige sig med Emnet, HP 1797. 573. Sagsøgeren havde under en Samtale paa Børsen bedt Sagsøgte om at skaffe sig Aktierne,

og kort Tid efter sendte Sagsøgte ham en Billet i det hebraiske Sprog, hvorpaa stod, at Aktierne var indkøbt, og sidst i Meddelelsen stod der: »... Altsaa beder jeg Dem forneden at skrive, naar De vil modtage Dem«. Sagsøgeren gav ikke nogen særlig Besked til Sagsøgte, men krævede ikke længe efter Aktierne udleveret. I Mellemtiden var Kursen steget, og Sagsøgte nægtede nu at udlevere Aktierne under Henvisning til, at hans Tilbud om Levering ikke var blevet akcepteret og under Henvisning til den lidt søgte Fortolkning, at Ordet »naar« skulde tages i Betydningen »ifald«. Ved Hof- og Stadsretten var der Enighed om at give Sagsøgeren Medhold[26]). I Domspræmisserne hedder det bl. a.: »Indstævntes Forpligtelse til at udlevere Citanten bemeldte Actier maa følgelig anses som aldeles uvilkaarlig, og Indstævnte kunde paa Grund heraf ikke fritages for senere Opfyldelse, om det endog var bevist, at Citanten ikke havde givet Indstævnte den forlangte Underretning om, naar han vilde modtage Actierne ...« I Højesteret vilde tre Dommere votere for Stadfæstelse med den Begrundelse, at Appellanten i Billetten ubetinget havde tilkendegivet »at have købt tre Aktier til Mariboe, og hans Forklaring over Ordet »naar« kan efter Ordenes genuine Bemærkelse ej bifaldes«. Majoriteten sluttede sig imidlertid til Falsen, der voterede for Citantens Frifindelse: »Ethvert Pactum er et antaget Løfte. Hvorledes end Ordet »naar« i Hartvig Josefs Seddel forklares, saa mangler dog Akceptationen fra Marieboes Side. Seddelen fordrer en Declaration fra Mariboe, og denne er aldeles udeblevet ... Marieboe har blot nu sagsøgt Hartvig Josef til Contractens Opfyldelse, fordi Actierne siden er steget ... han maa tilskrive sig selv, at han ej i rette Tid har akcepteret Købet og derved gjort Contracten fuldkommen. Nu existerer ikkun nudi tractatus«.

Sagens Afgørelse vilde nu til Dags have været afhængig af Synspunktet forsinket Akcept, medmindre Parternes Samtale paa Børsen kunde være fortolket som indeholdende en Forhaandsakcept fra Marieboes Side. I 1797 blev den afgjort udfra et generelt Krav om Akcept.

En Landstingsdom af 17. Januar 1798[27]) gav i utvetydige Præmisser Overenskomstteorien Tilslutning: »Af de første Retsgrunde er det klart, at et blot Løvte, hvad enten det er ytret skrivtlig eller mundtlig, ikke stifter fuldkommen Ret, men at her til kræves tillige Løvtets Antagelse. Den, som skal erhverve, maa lige saa vel samtykke i at have Løvtets Gienstand, og saaledes ved en sin egen Handling tilegne sig den og giøre den til sin, som den lovende maa ved sit Samtykke afhænde sit. Begge maae da være eenige i det selv samme, og kun for saa vidt de vare det, kan Pligt og Ret som Resultat tænkes«. Ogsaa Sagsforholdet i denne Retssag var muligvis af en saadan Art, at Dommens Resultat

[26]) Jfr. Hof- og Stadsrettens Voteringsprotokol 1796—97, S. 75.
[27]) Themis, 3. Bd., 1798, S. 108.

kunde være opnaaet ud fra de Synspunkter, der hersker i moderne Retsopfattelse.

Selv om man nu i større eller mindre Omfang ved en kritisk Vurdering af det individuelle Sagsforhold i de enkelte Retssager skulde komme til det Resultat, at Domsafgørelserne er forenelige med Løfteteorien, kan man imidlertid næppe komme uden om den Kendsgerning, at Overenskomstteorien en Overgang i Dansk Ret virkelig var Udtryk for den herskende Retsopfattelse, og var at betragte som en Del af den gældende Ret, for saavidt som den direkte virkede motiverende paa Retsudøvelsen. Noget andet er, at Overenskomstteorien i dansk Ret altid kun har foreligget som et ret abstrakt Princip uden nærmere detailleret Udformning. Saaledes finder man intetsteds i Lovgivning, Praksis eller Retsvidenskab nogen nærmere Undersøgelse af, hvornaar Akcepten opnaar sin retsstiftende Virkning, og man synes heller ikke rent teoretisk at have haft særlig Øje for den principielle Forskel mellem Akcepten som retsstiftende og Akcepten som retsbevarende. Set fra et praktisk Synspunkt kan man sige om Tendenserne i Retsudviklingen, at det ikke i egentlig Forstand er Løftet, der har afløst Overenskomsten, men derimod Aftalen, der er traadt i Stedet for denne. Da Akcepten i langt de fleste Tilfælde i det praktiske Liv er en nødvendig Forudsætning for at bevare den ved Løftet tilsagte Fordel, var det derfor ikke noget revolutionerende Skridt i praktisk Henseende, som Hurtigkarl tog, da han udtalte: »Dog maa man vel antage, at den lovende bindes ved sit Løvte i saa lang Tid, som er nødvendig, for at den, som Løvtet er giort til, kan afgive sin Erklæring, om han vil antage det eller ikke, eller, hvis han har begjært og erholdt Betænketid, saa længe denne varer«[28]).

Denne Udtalelse maa imidlertid sikkert fra et teoretisk Synspunkt betragtes som Vendepunktet i dansk Ret paa dette Omraade. Ørsted sluttede sig til Hurtigkarls Opfattelse: »Jeg maa imidlertid aldeles tiltræde hans Mening. Al contractsmæssig Forpligtelse har sin Oprindelse heraf, at det fri Menneske maa, for ret at kunne nyde denne sin Frihed, være beføjet til selv at binde samme ... ved det blotte Løvte er jeg altsaa bunden, skiøndt kun paa en betinget Maade«. I Nutiden vil man maaske ikke godkende Ørsteds teoretiske Udgangspunkt, men med Ørsteds Udtalelse gled Overenskomsten ud af den juridiske Forestillingsverden, og Løftet kom til at indtage den centrale Plads i den almindelige Retshandelslære. I senere Teori hørtes der ganske vist stadig Røster gaaende ud paa, at det uantagne Løfte som saadant ikke skabte noget Retskrav (J. E. Larsen og Gram)[29]). Men nu gik ogsaa Udviklingen i fremmede Lovgivninger og Retsvidenskab paa dette Tidspunkt imod Overenskomstteorien; selv i tysk-romanistisk Videnskab blev den udsat for

[28]) Privatretten, II, 2, 1817, S. 20.
[29]) Jfr. om Udviklingen i Litteratur og Retspraksis Julius Lassens føromtalte Afhandling, Løfte og Accept, S. 133 f.

megen Kritik, og herhjemme blev den efter Evaldsens og Lassens Undersøgelser ganske forladt.

Dette Afsnit af Retsudviklingen indenfor Aftaleretten frembyder imidlertid, som det er paavist, et rent Eksempel paa et Paavirkningsfænomen, og det var i dette Tilfælde først og fremmest Naturretslæren, som formidlede de fremmedretlige Synspunkter. Paavirkningen havde kun kort Levetid og kan ikke karakteriseres som et særligt betydningsfuldt Eksempel paa Paavirkning, da man ikke kan sige, at de praktiske Virkninger af Svingningerne i den teoretiske Opfattelse har været synderligt store.

KAPITEL 8

Ugyldighed og Uvirksomhed.

I.

Inhabilitet, Tvang, Svig og Udnyttelse m. m. Efter Danske Lov 5-1-2 skal alle Kontrakter, som frivilligen gøres af dem, der er myndige og komne til deres Lavalder, holdes. I denne Formel havde Loven sammenfattet de legalt anerkendte Ugyldighedsgrunde, og den er saaledes Baggrunden for den senere Retspraksis vedrørende de ovennævnte Spørgsmaal. Ordet »frivilligen« maatte efter Loven først og fremmest antages at hentyde til Muligheden for Tvang i Forbindelse med Kontrakters Indgaaelse, men Udtrykket blev ogsaa sommetider af Eftertiden opfattet som havende et videregaaende Indhold, saaledes som det f. Eks. blev udlagt af C. D. Hedegaard: »At hverken Forstanden eller Viljen er hindret, men at de contraherende baade vide, hvad de ville, og ville det, de ved«[1]). Paa denne Maade fik Udtrykket Relation til en Række forskellige Former for Viljesmangel, herunder f. Eks. ogsaa Spørgsmaalet om Hensyntagen til mentale Mangler. Den senere Gennemgang af Retspraksis vil kunne give et Indtryk af, hvor megen Betydning den videregaaende Forstaaelse af Danske Lovs Ord eventuelt kan antages at have haft.

Med Hensyn til Myndighedsreglerne maa Lovbudet sammenholdes med Reglerne i Danske Lov 3-17-34 og 35 samt 5-1-13. Ifølge 3-17-34 skulde den, som var fyldt 18 Aar, overtage sin Formue til selvstændig Disposition, dog saaledes at han skulde have en Curator, der skulde sørge for, at han i Tiden, indtil han blev 25, ikke paa uforsvarlig Vis raadede over sit Gods, og det siges udtrykkeligt, at Pant eller Skøde eller anden Forskrivning ikke er gyldig, med mindre disse Dispositioner foretages med Curators Samtykke. Ifølge 3-17-35 maatte den mindreaarige dog drive Købmandsskab eller Haandværk, naar dette skete med Curators Samtykke, og til dette Formaal benytte sig af eventuelt Arvegods. Bestemmelsen i 5-1-13 angaar Spørgsmaalet om Ægtemandens

[1]) Kommentaren til Danske Lovs 5. Bog, 1776, S. 39.

Hæftelse for de af Hustru eller Børn foretagne Dispositioner. Saadan Hæftelse kunde indtræde, selv om Dispositionen ikke var sket med Ægtemandens Vidende og Vilje, naar Dispositionen maatte anses for at være truffet til fælles Nytte og uomgængelig Fornødenhed. Der er Grund til at formode, at Retspraksis i Tiden efter Danske Lov ved en ret udvidende Fortolkning af 3-17-35 kombineret med det i 5-1-13 anførte Synspunkt gennemførte en ret vidtstrakt Anerkendelse af mindreaariges Dispositioner[2]), navnlig i de mange Tilfælde, hvor det maatte antages, at Medkontrahenten ikke havde kendt eller dog ikke havde udnyttet den mindreaarige paa Grundlag af hans unge Alder. Et vigtigt Tegn herpaa er de senere Forordninger af 14. Maj 1754 og 26. Oktober 1804, som viser, at Lovgivningsmagten fandt det nødvendigt nøje at indprente Respekten for Umyndighedsreglerne. I Fortalen til den førstnævnte Forordning citeredes Danske Lovs Ord om, at ingen Forskrivning skal agtes, som gives af en mindreaarig uden Curators Samtykke, og det nævnes, at Forventningen om, at de mindreaarige som Følge af denne Bestemmelse ikke skulde finde saadan Kredit, at de kunde sætte sig i Gæld, ikke var gaaet i Opfyldelse. Det indskærpedes derfor, at »ingen maa give nogen umyndig eller mindreaarig Credit eller modtage deres Forskrivning, uden det sker med deres Forældres eller lovligt beskikkede Formynderes eller Curatorers Samtykke«. I § 3 gives en Bestemmelse om Betaling af Gæld efter Myndighedsalderens Indtræden. En saadan Handlemaade betegnede Forordningen som en utidig, indbildt og i deres egen Hjerne opspunden »generosité« og som en direkte lovstridig Handling[2a]).

Forbudet imod at yde mindreaarige Kredit kunde, hvis det var blevet taget meget strikte, være kommet til at betyde en væsentlig Udvidelse af Umyndighedsreglernes Omraade og Virkninger. Imidlertid fastholdt Højesteretspraksis, at de mindreaarige kunde paatage sig Gældsforpligtelser i Forbindelse med Købmandsskab, og Retten fortolkede endog dette sidste Begreb saa vidt, at der ingenlunde altid var Tale om Gældsstiftelse i Forbindelse med en Erhvervsvirksomhed, men ogsaa efter Omstændighederne i Forbindelse med enkeltstaaende Retshandler, i sidste Tilfælde navnlig hvor Synspunktet i Danske Lov 5-1-13 kunde komme til Anvendelse. Sagen HP 1762 A, 361 bør fremhæves som en for den følgende Praksis afgørende og principiel Dom om Virkningen af Mindreaarighed og Forstaaelsen af Danske Lovs Regler sammenholdt

[2]) Jfr. allerede Voteringen HP 1689 A, fol. 36, hvor Højesteret ud fra rene Billighedssynspunkter gav Dom i Henhold til et Gældsbrev udstedt af en mindreaarig og herved omstødte Landstingsafgørelsen. Nogle af Rettens Medlemmer »understod sig dog ikke at explicere Loven« under Hensyn til den »farlige Consequence«, men Flertallet fandt efter det konkrete Sagsforhold, at det var »billigt«, at Debitor betalte, og at han nok kunde gøre Gæld, selvom han var under 25, men ikke Forløfte.

[2a]) Den sidstnævnte Del af Forordningen leder Tanken hen paa det romerske senatus consultum macedonianum, selv om Indholdet og Baggrunden for dette sidste paa ingen Maade er identisk med Forordningen af 1754.

med Forordningen af 1754. En 23-aarig havde købt nogle Varer paa Kredit, og Sælgeren var i absolut god Tro med Hensyn til Køberens Myndighed. Trods Ordene i Forordningen af 1754 fortolkede Majoriteten 3-17-35 meget vidt: »En mindreaarig er tilladt at bruge sine Midler i Handel og Vandel«, hedder det i Stampes Votum. Flere Dommere fremhævede Hensynet til Sikkerheden i Samhandelen, og dette blev afgørende for Dommen. Et Mindretal understregede, at Danske Lov 3-17-35 forudsatte Curators Samtykke til Købmandskabet, og at 3-17-34 og Forordningen af 1754 var direkte anvendelige paa det foreliggende Tilfælde, hvilket Standpunkt ud fra Lovordene strengt taget var ganske korrekt. Gennem en lang Række Retssager udformede Højesteret de gældende Retsregler vedrørende Afgrænsningen af de »lovlige« Kreditaftaler og de ulovlige[3]). I Dommen HP 1793, 615, udtalte Feddersen under Voteringen den almindelige Sætning: »Det er allerede forlængst i Højesteret antaget i Overensstemmelse med Lovgivningens Grundsætninger, at mindreaarige bør betale den Gæld, de til deres Nødvendighed haver contraheret«[4]). Her er et Omraade, hvor Højesteret, som det ikke helt sjældent var Tilfældet, imødekom Trangen til at beskytte den hos den godtroende Medkontrahent vakte Tillid.

Ved Forordningen af 26. Oktober 1804 blev det bestemt, at alle Kontrakter om Penge eller Penges Værd, som blev udstedt af umyndige, skulde indgaas for en Øvrighedsperson. Denne besværlige Formregel viste sig hurtigt at være uhensigtsmæssig og lidet egnet til at forhindre de Misbrug, som man ved Lovgivningen tilsigtede at imødegaa. Den blev da ogsaa ophævet ved Forordningen af 24. April 1839, hvorefter enhver, der indlod sig i Kontraksforhold med nogen, skulde være pligtig til at forvisse sig om Medkontrahentens Myndighed og naturligvis selv bære Risikoen for Undladelser i saa Henseende.

Efter Ørsteds Fortolkning af Forordningen af 1804 angik denne slet ikke Spørgsmaalet om, hvornaar Curators Samtykke maatte anses nødvendigt, men kun Formen for dettes Meddelelse (Haandbog II, S. 430). Hurtigkarl havde i Privatretten (I, S. 269) omtalt, at mange Lovkyndige havde været af den Mening, at Debitor burde være pligtig at betale den Gæld, som kunde bevises at være gjort til hans sande Gavn, selv om han ikke var myndig. Hurtigkarl fandt denne Opfattelse til en vis Grad grundet i de Forudsætninger, der kunde udledes af Forordningen af 1754, men mente, at Forordningen af 1804 nu maatte spærre for Udvidelser af den mindreaariges Evne til at paatage sig Gældsforpligtelser. Ørsted bemærkede hertil, at dersom Forordningen af 1754 virke-

[3]) Jfr. HP 1763, 232, 1773, 1, 1773, 83, 1785, 18, 1786, 1, 1790, 505, 1790, 1, 1790, 20, 1791, 600, 1793, 615, 1794, 104, 1794, 209.

[4]) Sagen drejede sig om en ung Matros, som havde udstedt Gældsbrev for, hvad han skyldte for modtaget Kost og Logi. Feddersen tilføjede til det ovenfor citerede: »Det eneste, hvorom altsaa her kunde være Question, er, om Prisen af 10 Mk. ugentlig for Kost og Logis er for høj. Dette tror jeg ikke, da alting er nu dyrt, og Indstævnte tillige har faaet Vask«.

lig hjemlede den Fortolkning, som man i ældre Retsopfattelse havde hyldet, kunde Forordningen af 1804 ikke i sig selv føre til at fravige Reglerne om den mindreaariges begrænsede Adgang til at paatage sig Gældsforpligtelser. Ørsted var imidlertid ikke af den Opfattelse, at Forordningerne af 1754 eller 1804 kunde afgøre Spørgsmaalet, derimod mente han, at en Fortolkning af Danske Lov maatte føre til at afvise Regler svarende til dem, der, som paavist ovenfor, blev fulgt af Højesteretspraksis. Navnlig anførte Ørsted, at 5-1-13 ikke kunde benyttes som Grundlag for Udvidelsen af de mindreaariges Habilitet. Paa den anden Side vilde Ørsted godkende den Retspraksis, der tillod Gældsstiftelse inden for 3-17-35's Rammer, hvor altsaa Gælden opstod i Forbindelse med en af Curator godkendt Næringsvirksomhed, og Ørsted paaberaabte sig i saa Henseende en Højesteretsdom af 25. Maj 1808[5]). Tendensen i Perioden efter Ørsted gik imidlertid i hvert Fald inden for Retsvidenskaben i Retning af en stadig mere indskrænkende Fortolkning af Danske Lov. Ikke blot fastholdt man Ørsteds Afvisning af Analogien fra DL 5-1-13, men man søgte ogsaa at fortolke 3-17-35 særdeles snævert[6]).

Som det fremgaar antydningsvis af den ovenfor givne Gennemgang, var Højesteretspraksis i det 18. Aarhundrede præget af en ret fri og af Lovordene ubunden Bedømmelse af Spørgsmaalet om Mindreaarighedens Virkning som Ugyldighedsgrund ved formueretlige Aftaler. Denne Tendens til en fri Bedømmelse af Ugyldighedsproblemet førte inden for det nævnte Omraade til en Indskrænkning af Umyndighedens Ugyldighedsvirkning, medens den paa andre Omraader, som det skal søges paavist i det følgende, førte til en Udvidelse af Ugyldighedsreglerne.

Hvad særligt angaar Spørgsmaalet, om manglende Evne til at handle fornuftsmæssigt paa Grund af mentale Mangler eller Beruselse influerer paa Løftets forbindende Virkning, kan det næppe udelukkes, at Romerrettens Regler paa dette Omraade eventuelt via Naturretten har haft en vis Betydning for Udviklingen. Efter romersk Ret, i hvert Fald i dens efterklassiske Udformning, maatte Spørgsmaalet om Hensyntagen til mentale Mangler ganske naturligt være at løse under Hensyn til Kravet om viljesmæssig Konsens mellem de kontraherende Parter[7]). Naturretslærerne, der ellers ikke paa alle Punkter fulgte Romerrettens

[5]) Haandbog II, S. 473 f., Juridisk Arkiv Nr. 11, S. 82—85.

[6]) Jfr. Scheel: Familieretten, 1860, S. 672 ff., Gram: Den danske Formueret II, 1, 1860, S. 136 f.

[7]) Jfr. f. Eks. Codex 4, 38, 2: »Emptionem et venditionem consensum desiderare, nec furiosi ullum esse consensum, manifestum est. Intermissionis autem tempore furiosos majores viginti quinque annis venditiones et alios quoslibet contractus posse facere, non ambigitur«, — at der kræves Overenskomst til Køb og Salg er klart, og at den sindssyge derfor ej heller kan indgaa Overenskomst, — men der er derimod ingen Tvivl om, at sindssyge over 25 Aar i lyse Øjeblikke kan indgaa Køb og Salg eller andre Kontrakter —.

Standpunkter inden for Habilitetslæren, maatte med den konsekvente Antagelse af Kravet om viljesmæssig Konsens følge Romerretten paa dette Punkt, jfr. f. Eks. Pufendorf, III, VI, §§ 3 og 4. Efter Naturrettens Lære var det den første Forudsætning for at afgive Samtykke til en Overenskomst, at den erklærende var i Besiddelse af fulde Aandsevner. Dette kunde trods Bevis for Sindssygdom ligesom efter romersk Ret være Tilfældet i eventuelle lyse Øjeblikke og paa den anden Side være udelukket, hvis der ikke var Tale om egentlig Sindssyge, men f. Eks. Beruselse. Det karakteristiske for Romerrettens og Naturrettens Lære var netop dette, at mentale Mangler *i sig selv*, uden at disse var konstateret eller bekendtgjort paa Forhaand, f. Eks. ved Umyndiggørelse eller Værgemaal, maatte kunne medføre Aftalens Anfægtelighed.

Danske Lov tog ikke direkte Stilling til disse Spørgsmaal. Ifølge 3-16-5 ansaas dog Trolovelse, som var sket i Drukkenskab eller mellem Parter, der manglede Fornuftens rette Brug, uvirksom. Efter 3-17-1 skulde de, der ikke kunde være deres egen Værge, blandt andet paa Grund af Vanvittighed, have en Værge. Dette sidste Synspunkt stemte med Traditionen i ældre dansk Ret, jfr. Eriks sjællandske Lov, III, 36, og det blev herefter Hovedproblemet for den følgende Tids Retspraksis, hvorvidt man efter dansk Ret kunde betragte mentale Mangler som saadanne for Ugyldighedsgrundlag.

En ret tidlig Afgørelse, HP 1751, 180, handlede om Overdragelse af en fast Ejendom. Overdrageren var en Enke, som, da hun foretog Dispositionen, var »udi hendes høje Alderdom og aldeles vanvittige Tilstand«. Det fremgaar af Sagens Oplysninger, at Købesummen skulde ligge væsentligt under Ejendommens virkelige Værdi. Højesteret dømte imidlertid Enken til at opfylde Aftalen. Det kunde ikke antages, at der var blevet udvist Svig eller lignende fra Erhververens Side, og enkelte Dommere udtrykte ogsaa Tvivl med Hensyn til Dokumentationen for selve Paastanden om »Vanvittighed«. Rantzau bemærkede til sidst i sit Votum: »Loven kan umuligt sætte Regel for hver en casus particularis, derfor har den sat regulas generales, som bør følges. *Ingen kan juridice siges umyndig uden den, som enten er det formedelst Ungdom, eller formedelst Vanvittighed af Øvrighed erklæret derfor*«.

Denne Udtalelse viser, at Opfattelsen i Højesteret paa ingen Maade enstemmigt gik ud paa at godkende mentale Mangler rent principielt som Ugyldighedsgrund, naar Umyndiggørelse ikke havde fundet Sted. Det er vanskeligt at sige noget om, hvad der nøjere maa antages at have været gældende Ret i den første Del af Perioden efter Danske Lov. Retsafgørelser fra den sidste Halvdel af det 18. Aarhundrede tyder imidlertid paa, at den overvejende Mening efterhaanden gik ud paa at anerkende manglende Evne til at handle fornuftsmæssigt som Ugyldighedsgrund, naar Dokumentationen i saa Henseende var tilstrækkelig

overbevisende. Dette stemte da ogsaa med Retsvidenskabens Fortolkning af Ordet »frivilligen« i Danske Lov 5-1-2[8]).

I Sagen HP 1774, 473, var der ligesom i det førnævnte Tilfælde Tale om Overdragelse af en fast Ejendom. Førstvoterende formulerede Sagens Problem saaledes, at det maatte dreje sig om at afgøre, om Køberen kunde siges »at laborere af saa stor Grad af Galenskab, at Contracten desaarsag bør rescinderes«. I Sagen var fremlagt Lægeattester, der skulde godtgøre, at Køberen »virkelig var en af de saakaldte Vanvittige«, men Vidnerne havde paa den anden Side forklaret, at Køberen ved Aftalens Indgaaelse paa ingen Maade gav Indtryk af at være gal. Ved Hof- og Stadsrettens Dom[9]) blev Køberen dømt til at holde Kontrakten. Af Dommens Præmisser kan følgende fremhæves: »Vel ses det af de ... førte Vidners Forklaring, at Indstævnte, Aarø, undertiden har foretaget sig saadanne Handlinger, som er sket uden Overlæg, men foruden at Indstævnte kunde have nogen for ommeldte Vidner ubekendt Aarsag, som dengang kan have bragt hans Sind i Bevægelse (det fremgaar af Voteringen i Højesteret, at Køberen »per intervalla« havde været rasende, ituslaaet alt, hvad han kunde faa fat paa, og nedtrampet samme under sine Fødder samt slaget og bidt dem), er den af enkelte Vidner forklarede Handling ikke saadan, at det deraf kunde sluttes, at han hans Fornufts Brug saa meget var betaget, at han skulde være inhabilis at indgaa nogen Contract ... (Det anses) fuldkommen ... bevist, at ingen aandelig Mangel hos Indstævnte Aarø har ladet sig til Syne den Dag, den af ham indgaaede Contract blev sluttet, saa kan ingen Grund skønnes til Befrielse for ommeldte Aarø til at fuldbyrde den af ham ... indgaaede Købecontract ... At Indstævnte ... ved utilladelig Omgang skulde have forledt Indstævnte Aarø til at indgaa denne Contract, er paa ingen Maade bevist ...«.

Førstvoterende i Højesteret vilde imidlertid ikke stadfæste Hof- og Stadsretsdommen. Dels var der i Højesteret blevet fremlagt yderligere Lægeattester vedrørende Køberens Tilstand, dels fandt Førstvoterende det bevist, at Køberen var blevet »forført« til at indgaa Kontrakten, »hvorved han er tilføjet en enorme Læsion«, da Gaarden kort efter blev solgt for en langt lavere Købesum end den, Køberen var indgaaet paa at betale. At Køberen ved Aftalens Indgaaelse havde virket normal, betød blot, at han havde haft et lyst Øjeblik. Anvendelsen af dette sidste Synspunkt paa den angivne Maade var ejendommeligt nok nærmest direkte modstridende med Begrebets Betydning i Romerretten og

---

[8]) Jfr. f. Eks. Nørregaard: Privatretten III, 1787, S. 27, jfr. I, 1784, S. 87: »Til syge paa Sjælen regne vi dem, som Loven kalder rasende, galne, vanvittige, ej at være ved sin rette Fornuft og Forstand, at handle i Vildelse, at være svage formedelst Uvid ... alle disse Personer have dette til fælles med hinanden, at deres Gierninger ej i Almindelighed ere frie, hvoraf altsaa maa følge: at de ej ved Kontrakter kan forbindes 5-1-2 cfr. DL 3-16-5 ...«, jfr. Hedegaards Kommentar til 5. Bog, 1776, S. 41.

[9]) Jfr. Hof- og Stadsrettens Domsprotokol, 1773, S. 220.

Naturretten. De øvrige Dommere erklærede sig enige med Førstvoterende, og Hof- og Stadsrettens Dom blev derfor omstødt. En enkelt Dommer vilde dog i Henhold til 5-1-1 opretholde Købekontrakten, fordi det ikke var tilstrækkeligt bevist, at Køberen paa Grund af Sindssyge virkelig havde været inhabil, »og det saa meget mindre, som han paa den Tid, han indgik Contracten, ej var gjort umyndig«.

Med denne Afgørelse havde Højesteret paa utvetydig Maade godkendt, at mentale Mangler i sig selv kunde være Ugyldighedsgrund ved formueretlige Aftaler, og det maa fremhæves, at der synes at have været Enighed om det principielle Spørgsmaal, saavel i Hof- og Stadsretten, som i Højesteret, selv om der herskede Uenighed om den konkrete Bedømmelse. Oplysningen om den indgaaede Aftales objektive Ubillighed havde utvivlsomt spillet en væsentlig Rolle som motiverende Omstændighed. Ved Bedømmelsen af Dommen maa der sikkert lægges langt mere Vægt herpaa end paa selve Spørgsmaalet om Hensyntagen til et eventuelt lyst Øjeblik hos Løftegiveren. Rent bortset fra den særlige Brug af dette Synspunkt under Højesteretsvoteringen i den førnævnte Sag kunde man sikkert drage en vis Sammenligning mellem Læren om, at Handleevnen foreligger i lyse Øjeblikke, med den i Myndighedslovens § 65 formulerede Regel baseret paa et blandet medicinsk-retligt Princip. Efter Myndighedsloven behøver en sindssyg Person ikke at mangle Evnen til at handle fornuftsmæssigt i retlig Forstand, og Afgørelsen af dette Spørgsmaal staar ofte i ret nær Forbindelse med en objektiv Bedømmelse af Aftalens Rimelighed[10]). Hvor Aftalen er objektivt urimelig, er Handlingens Ufornuftsmæssighed særligt understreget, ligesom ogsaa Formodningen om Medkontrahentens onde Tro. Men i saadanne Tilfælde har man sikkert ogsaa i den ældre Retsopfattelse været utilbøjelig til at antage Tilstedeværelsen af et »lyst Øjeblik«, medens man omvendt i Tilfælde, hvor Løftegiveren har foretaget en for en almindelig Bedømmelse ganske rimelig Disposition, har haft den Mulighed at forklare dette med, at han netop i denne Situation havde haft et lyst Øjeblik, trods alle Vidnesbyrd iøvrigt vedrørende hans mentale Mangler. Habilitetsreglen er saaledes baade efter ældre og moderne Ret indirekte i Tvivlstilfælde blevet en objektiv Billighedsregel.

I Sagen HP 1775 A, 215, blev en Række Gavedispositioner, foretaget af en sindssyg, kendt ugyldige. Den paagældende havde i et Anfald af Sindssyge uddelt sine Midler til Venner og Bekendte og eftergivet Debitorer deres Gæld. I denne Sag udtalte Førstvoterende: »Det er ej nok at bevise, at han ikke alle Tider var ved sin Forstand, men det maa godtgøres, at han, *paa den Tid han indgik Contracten eller gjorde omtvistede Gave, var i saadan Forfatning, at det tydeligt kunde skønnes, at han ej havde sin sædvanlige Forstands Brug*«. Det er muligt og

[10]) Jfr. O. A. Borum. Personretten, 1942, S. 157, og de der nævnte Domme, jfr. navnlig U.f.R. 1941, S. 1093, sammenholdt med Ø.L.D. af 20. Juni 1942.

sandsynligt, at dette Synspunkt i Virkeligheden kan siges at være Udtryk for Datidens Retsopfattelse, og det var næppe uforligeligt med Afgørelsen af 1774.

At Højesteret ogsaa efter Omstændighederne ansaa Beruselse som Inhabilitetsgrund fremgaar af flere Domme, jfr. bl. a. HP 1781 A. 38, men i disse Tilfælde vilde den manglende Handleevne som Regel ogsaa være kendelig for Medkontrahenten.

Det Standpunkt, som Højesteret havde indtaget, svarede saaledes ganske til det, som Ørsted senere forsvarede[11]): »Den som aabenbart mangler Fornuftens fulde Brug, maa iøvrigt, endog uden nogen Øvrighedsbeslutning eller nogen Tinglysning deraf, være udygtig til at forpligte sig ved nogen borgerlig Handling; thi en saadans Udygtighed maa enhver kunne paaskiønne ...«. Der kan næppe være nogen Tvivl om, at det oprindeligt havde været den romanistiske Lære, som havde medvirket til selve Anerkendelsen af mentale Mangler som Ugyldighedsgrund, men i Højesterets og senere Ørsteds Udformning af Læren kom to Momenter til at træde i Forgrunden, nemlig dels Hensyntagen til Retshandelens objektive Indhold, dels Hensyntagen til de mentale Manglers Kendelighed.

I det 19. Aarhundredes Retsvidenskab foregik der under romanistisk Paavirkning en Svingning bort fra det skildrede Standpunkt, og dette blev ikke uden Betydning for Retspraksis, der under Forudsætning af Dokumentation for Eksistensen af egentlige mentale Mangler, nærmest syntes stemt for at gennemføre en ret generel Ugyldighedsregel uden synderlig Hensyntagen til de ovennævnte Modifikationer[12]). Julius Lassen argumenterede for at vende tilbage til Ørsteds Standpunkt og for at lægge afgørende Vægt paa Medkontrahentens gode Tro, og paa denne Baggrund fremkom den nugældende Bestemmelse i Myndighedslovens § 65.

Efter DL 5-1-4 kunde Tvang bevirke Ugyldighed. Kravet om Reklamation — Vedersigelse — hentydede, som allerede paavist af Ørsted, ikke til nogen egentlig materielretlig Begrænsning i Tvangens Ugyldighedsvirkninger[13]). Hensyntagen til Tvangsmomentet havde gammel Rod i dansk Ret, jfr. Jydske Lov I, 54, og den Koldingske Reces 1558, Art 34: »men vil nogen riddersmands mand kiøbe noget af sin bunde, daa skal hand hafve det udi hans minde och met hans vilge, ligervis som hand kiøbte det af en fremet«. Paa denne Baggrund kunde den romerske exceptio quod metus causa ikke komme til at spille nogen særlig selvstændig Rolle. Højst kunde man spørge om, hvorvidt Udformningen af selve Tvangsbegrebet i Retspraksis skete med Forbillede i fremmed Ret

---

[11]) Jfr. Haandbog I, S. 531, og II, S. 338.
[12]) Herom kan henvises til Julius Lassen, Haandbog i Obligationsretten, alm. Del, 1917—20, S. 82 f., med Note 22 og 23, jfr. Borum, Personretten, 1942, S. 155.
[13]) Jfr. en Højesteretsafgørelse HP 1802 D., S. 2.

eller efter andre Retningslinier, men paa dette Punkt er det vist nok umuligt at give nogen nærmere Oplysning, da der ikke synes at foreligge Domme, der kan illustrere disse Forhold.

Dette betyder ikke, at Ugyldighedsspørgsmaalet ikke forekom i Retspraksis. Man kan tværtimod finde en hel Del Afgørelser, der kan illustrere dettes Behandling mere i Almindelighed. Det er ovenfor sagt, at man sikkert har Lov til at antage, at de Ugyldighedsregler, der i Dag findes lovfæstet i Aftaleloven, Paragraf 28—30 og Paragraf 33, i Virkeligheden ikke gaar saa meget videre end det, der maa antages at have været gældende Ret næsten helt tilbage til Danske Lov. Herved overses paa ingen Maade det Forhold, at der er en væsentlig Forskel paa ulovbestemte Tendenser inden for Retspraksis og en udtrykkelig legal Anerkendelse af de herhen hørende Retsprincipper. Der er paa dette Omraade ikke Mulighed for at paavise en eller flere Retsafgørelser, der direkte dokumenterer nævnte Paastand, men der er nærmest Tale om et samlet Indtryk af Datidens Retsopfattelse paa Baggrund af en Række enkelte Udtalelser under Voteringerne og i Litteraturen. Selve Svigsbegrebet var jo paa ingen Maade ukendt i Danske Lov, og den romerske Hensyntagen til dolus i Modsætning til bona fides har sikkert allerede tidligt spillet en væsentlig Rolle. Efter Danske Lov 4-6-6 var det tilladt at tegne Skibsforsikring flere Steder, dog saaledes, at den samlede Forsikringssum ikke kom til at udgøre mere end ni Tiendedele af Forsikringsgenstandens Værdi. »Gaar det derover, da være det af ingen Kraft, og de, som saadan Underfundighed beganget have, miste, hvis de til Forsikringspenge, som kaldis Præmie, udgivet have. Ellers skal hermed alvorlig være forbuden al Svig og Bedrageri, som paa enten af Siderne kunde optænkis eller giøris . . .« At Svig i egentlig Forstand ogsaa uden for det nævnte Tilfælde lige siden Danske Lov blev betragtet som Ugyldighedsgrund bør næppe betvivles. Interessen knytter sig imidlertid særlig til det Spørgsmaal, om man i Retspraksis naaede herudover og gennemførte en Hæderlighedsstandard som den i Aftalelovens § 33 omhandlede.

I denne Henseende maa det for det første fremhæves, at man Gang paa Gang i Voteringerne støder paa det særegne Begreb »*Circumvention*«, og hvor det forekommer, omtales det som Regel paa en saadan Maade, at det synes klart forudsat, at en Løftegiver i Almindelighed maa kunne gøre Indsigelse imod Løftets Gyldighed, hvis det dokumenteres, at han ved Løftets Afgivelse er blevet »circumveneret«[14]).

[14]) Direkte oversat betyder det jo at »komme uden om«, »omgaa«. I Kilderne findes det brugt i Betydningen at omgaa Lovene (jfr. D. 30, 123, 1). Men allerede i den romerske Sprogbrug havde det en videre Betydning: At bedrage eller paa uhæderlig Vis at udnytte, jfr. f. Eks. »innocentem pecunia circumvenire«, eller »plebem fenore circumvenire«. I en lignende Betydning finder man Udtrykket i de romerske Retskilder, jfr. Codex II, 3, 8 (9), hvor der tales om, at en Person efter en Retssag er blevet forledt til at indgaa en Aftale — »circumvenerit« — og at Aftalen derfor »mala fide factum irritum est«, eller D.

Naar man paa dette Sted erindrer, hvad der ovenfor er sagt om Højesterets bemærkelsesværdige indskrænkende Fortolkning af Reglerne om mindreaariges manglende Handleevne i Relation til Gældsstiftelse, kan det være af særlig Interesse at paapege, at Circumventionssynspunktet kunde føre Retten til strikte at gennemføre Inhabilitetsreglerne. Dette fremgaar klart af en interessant Sag fra 1716, HP 1716 A. 79, der handlede om Gyldigheden af et skriftligt Afkald, som en 24-aarig Mand havde afgivet til sin Svigerfader med Hensyn til Hustruens Mødrenearv.

Sagens Forhistorie minder om et Holbergstykke, idet den unge Mand havde haft den Dristighed at bejle til en norsk Raadmandsdatter trods hæftig Modstand fra den ældre Generations Side. Resultatet af Konflikten bliver, at han bortfører Raadmandsdatteren fra Svigerfaderens Hus og ægter hende hemmeligt. Mod Udbetaling af 800 Rd. opnaar Svigerfaderen noget efter det ovennævnte Afkald, og først halvandet Aar efter, at Udstederen er blevet myndig, rejser han Sag med Paastand om Omstødelse af Afkaldet og fuld Afregning for Hustruens Arvelod. Ved alle Instanser vinder han Sagen. Ved Laugmandens og Oberhofrettens Domme blev Afkaldet kendt ganske uforbindende, og i Højesteret sluttede Retten sig med 6 Stemmer mod 5 til de ergangne Domme. I flere Vota farver den moralske Bedømmelse af det unge Pars Opførsel den voterendes Standpunkt, og saavel Jeronimusindstillingen som mere frisindede Standpunkter er repræsenteret. I Mindretallets Vota hedder det bl. a., at det ikke ses, »at Frobus (Svigersønnen) er circumveneret i denne Sag. Han har paa en ulovlig og usømmelig Maade begyndt sit Ægteskab, og for at undgaa Proces gaar han i Akkord med Værfaderen«. Heroverfor fremhæver Rostgaard, »at Frobisis Forseelse kan ikke være af saa stor Betydelighed, at hans Hustru derfor skulde miste sin Mødrenearv. Det er ikke bevist, at han enten har voldtaget eller bedraget Niemans Daatter«, han har dog friet til hende og ægtet hende. Rettens Standpunkt fremgaar dog allerklarest af Reitzers Votum, hvori der først opregnes alle de Momenter, der kunde tale for Afkaldets Gyldighed, »men med alt dette kan ikke rettere skønnes, end at han er bleven circumveneret af en meget haard Værfader, og at denne Ret meget vel kunde refse ham. At han er bleven circumveneret ses deraf, at Wessel (formodentlig en Mellemmand mellem Frobus og Svigerfaderen) selv intet har sagt, har selv conciperet hans Skrivelse af 17. Juni 1712 samt og, at han den 7. Sept. 1712 skulde have faaet fuldkommen Fornøjelse for al sin Arv og dog ikke førend 30. Sept. derefter givet Afkald, jo, Nieman har aldrig turdet sige, at han havde givet ham, hvad ham tilkom, men alene vist ham hen til dette Afkald, hvilket Frobus, om han ingen Ret havde haft at paastaa, sub jure skulde have understaaet sig at gøre til intet. Ej heller skader det ham, at da han blev sine 25 Aar, han ikke

4, 4, 17, der omhandler Adgangen til at opnaa restitutio in integrum. Det nævnes her, at man kan paaberaabe sig Modpartens circumvention.

talte derpaa, eftersom det er bevist, at han med Føjelighed har søgt sin Ret hos Værfaderen, og endelig kommer Loven, som udtrykkelig siger, at de i slige Tilfælde skal være sine fulde 25 Aar . . .«[15]).

I denne Forbindelse er endvidere Voteringen i en Sag fra omkring Midten af det 18. Aarh. formentlig af en vis Interesse, jfr. HP 1758 A, 142. Ejeren af en Gaard i Prinsensgade ved Navn Klein havde truffet Aftale med Appellanten om Mageskifte med dennes Hus i Anthonistræde, og i Forbindelse med Mageskiftet havde Appellanten lovet Kleins Kreditor, Ernst, et Beløb udgørende en Del af Værdiforskellen mellem Ejendommene. Da Klein til aftalt Tid tilbød Skøde paa Gaarden, nægtede Appellanten at modtage dette under Henvisning til, at Gaarden i Prinsensgade var højere behæftet end forudsat i Aftalen (to Købekontrakter). Dernæst nægtede Appellanten særskilt at opfylde sit Løfte til Ernst om Betaling af dennes Tilgodehavende hos Klein, og i denne sidste Anledning opstod da Retssag.

Ved Københavns Raadstueret havde Ernst faaet Dom over Appellanten for sit Krav, og i Højesteret vilde en Dommer stadfæste denne Afgørelse ud fra det Synspunkt, at Aftalen, der var blevet indgaaet af myndige Mænd, efter Loven maatte være bindende, og der anvendtes det Udtryk, der saa hyppigt lød under Voteringerne: Quod semel placuit, semper placere debet. Stampe og to andre Dommere med ham vilde give Ernst Dom for Beløbet, mod at han forskaffede Appellanten lovligt og gyldigt Skøde paa Gaarden, men Majoriteten paa fem Dommere opfattede imidlertid det passerede saaledes, at Appellanten var blevet »optrokken« og »circumveneret«, og at hele Aftalen blot var blevet indgaaet med det Formaal at forskaffe Ernst en solvent Debitor. For at frifinde Appellanten støttede man sig nu paa, at Klein havde misligholdt sine Forpligtelser, hvorfor Aftalen maatte kunne hæves (jfr. nedenfor S. 268 ff.). Den afgørende Begrundelse, der ogsaa kunde finde mere direkte Anvendelse paa Forholdet mellem Ernst og Appellanten, var imidlertid det Synspunkt, som Justitiarius tilsidst fremhævede: »*Contracter bør vel holdes, men bona fides bør være Basis, som ej her er sket*«. Suhm havde desuden anført, at den Omstændighed, at Klein og Ernst maatte anses for at have handlet uhæderligt, havde »circumveneret« Appellanten, bevirkede, at Kontrakten var mod »Lov og Ærbarhed«. Her benyttedes altsaa 5-1-2 til at udvide Ugyldighedsreglerne. Set med Nutidens Øjne var Forholdet vel nærmest det, at Ernst, der

[15]) Ogsaa i en Sag fra 1731, jfr. Højesterets 3. Commissions Voteringsprotokol 1731—32, S. 9, kommer Synspunktet frem. Førstvoterende gennemgik de forskellige Muligheder, der kunde være Tale om i Forbindelse med en Anfægtelse af den i Sagen omhandlede Kontrakt. Det fastslaas, at det ikke var sandsynligt, at Løftegiveren var blevet »tvunget eller forledt til at indgaa den omtvistede Contract«. I sidste Henseende fremhæves det, at der forelaa Vidnesbyrd om, at Løftegiveren, da Kontrakten skulde sluttes, gik bort og kom tilbage med to Venner, »der ventelig ved deres Assistance skulde raade ham og hindre al Circumvention«.

maatte have vidst, hvilken økonomisk Forfatning hans Debitor Klein var i ved Aftalens Indgaaelse, ikke i Overensstemmelse med almindelig Hæderlighed kunde gøre sit Krav om Indfrielse af Gælden gældende mod Appellanten.

Circumventionssynspunktet benyttedes endvidere, hvor en Persons berusede Tilstand var blevet udnyttet til Fremkaldelse af et Løfte, jfr. HP 1781 A, 38, hvor Højesteret under stor Tvivl omstødte en Hof- og Stadsretsdom, der havde nægtet at tilsidesætte den i Sagen omhandlede Købekontrakt. Resultatet begrundedes bl. a. med, at der »ved mundtlige Kontrakter maa nøje ses paa, om Parterne er circumveneret, især som her, hvor det er et Fruentimmer«.

Den tidlige Fortrolighed med det romerske bona fides Begreb havde utvivlsomt ført til en meget fri Ugyldighedsbedømmelse netop under Hensyntagen til Opretholdelsen af almindelig Hæderlighed i Kontraktsforhold. Dette maa i hvert Fald føre til en vid Anerkendelse af Svig og Udnyttelse og lignende som Ugyldighedsgrunde.

Den bekendte romerske Regel om »læsio enormis« (Codex 4, 44, 2) kendtes ikke i dansk Ret. Efter denne kunde Sælgeren, som havde solgt for mindre end Halvdelen af Salgsgenstandens Værdi, enten kræve Aftalen tilsidesat eller kræve, at Erlæggelse kun skulde ske mod Betaling af den fulde Værdi. I en interessant Retssag fra 1752 forelaa der et Sagsforhold, som ganske mindede om den beskrevne Situation, jfr. HP 1752, S. 230. Indstævnte havde her solgt et Parti Smør for en Pris af fra 10 til 14 Rd. (vist nok pr. Tønde). Den almindelige Markedspris laa langt højere, og Køberen videresolgte da ogsaa Smørret kort Tid efter for 26. Rd. Ved Landstingsdommen blev Sælgeren dømt til at holde Kontrakten, og denne Afgørelse blev under stor Tvivl stadfæstet af Højesteret med 5 Stemmer mod 4. Flertallet mente, at det maatte dømme efter strictum jus, selv om det var meget ejendommeligt, at Sælgeren i en Dyrtid havde solgt til saa lav Pris, men det kunde maaske forklares som Følge af akut Pengemangel. Mindretallet var af den Opfattelse, at der i Sagen forelaa adskillige Omstændigheder, der »militerede« for Indstævnte, og som viste, »at Contracten paa Illums Side ej aldeles bona fide var indgaaet, da han havde betjent sig af Bentzens Pengemangel«. Afgørelsen viser, at den specifikke læsio enormis Regel ikke var trængt ind i dansk Ret, hvilket man heller ikke kunde have ventet. Indstævntes Dokumentation for, at der havde foreligget Svig eller Udnyttelse, var imidlertid meget svag. I Virkeligheden forelaa der kun klart oplyst selve Misforholdet mellem Ydelse og Modydelse. Paa denne Baggrund turde Højesteret ikke fravige Princippet om Løftets Ubrydelighed, — men den store Tvivl, som Sagen fremkaldte, er en udmærket Illustration til, hvad der ovenfor er blevet sagt om Hensyntagen til bona fides i Datidens Retspraksis.

Det kan iøvrigt være tvivlsomt, hvilken Betydning man skal tillægge Romerretten for den senere Udformning af Ugyldighedsgrundene, herunder ogsaa Spørgsmaalet om disses Virkning i de Tilfælde, hvor Løftemodtageren var i god Tro, fordi det svigagtige eller uhæderlige Forhold forelaa fra Trediemands Side. Efter romersk Ret var der blandt andet den Forskel paa exceptio quod metus causa og exceptio doli, at den førstnævnte kunde gøres gældende over for andre Personer end den, der havde udøvet Tvangen, medens det tilsvarende ikke var Tilfældet ved exceptio doli[16]). Det maa sikkert antages, at disse Regler har haft en vis Betydning for Ørsteds Indførelse af Sondringen mellem det, der nu kaldes svage og stærke Ugyldighedsgrunde[17]). Det var altsaa ikke blot Reaktionen mod Viljesteorien i snævrere Forstand og den positive Hensyntagen til almindelige Samhandelshensyn[18]), der førte til Anerkendelsen af, at visse Ugyldighedsgrunde maatte have begrænsede Virkninger[19]).

II.

Hensyntagen til Løftegiverens Forestillinger, Motiver og Forventninger (Vildfarelse og svigtende Forudsætninger).

1) *Historisk Overblik.* Det er en overordentlig vanskelig Opgave at redegøre for Forholdet mellem romanistisk Problembehandling og dansk Rets Udvikling inden for det af Aftalerettens Omraader, der hyppigst har givet Anledning til teoretiske Overvejelser: Forholdet mellem Vilje og Erklæring. I Tidens Løb er der fremkommet en kolossalt vidtløftig Litteratur om hele dette Emne. Gjelsvik fristes til at kalde dens Omfang »uhyggeligt«[20]). Naar dertil kommer, at det er en Kendsgerning, at langt den største Del af denne Litteratur enten er skrevet paa direkte romanistisk Grundlag eller under Hensyntagen til romanistisk Teori paa dette Omraade, foreligger der en overordentlig stærk Formodning for en romanistisk Paavirkning i negativ eller positiv Retning. I mange Tilfælde, ja maaske de fleste, vil man med Rette kunne gaa ud fra en modsat Formodning, men med Hensyn til dette Emne maa det indrømmes, at romanistisk Teori oprindelig var saa langt forud for den hjemlige Problembehandling, at man med Føje kan formulere Spørgs-

---

[16]) Jfr. D. 44, 4, 4, § 33, jfr. 44, 4, 2, § 1, hvoraf fremgaar, at Forskellen hang sammen med et aktionsprocessuelt Forhold — der naturligvis igen var baseret paa reale Grunde. I exceptio doli hed det ikke »si in ea re nihil dolo malo factum est«, — men »si in ea re nihil dolo malo *actoris* factum est«.

[17]) Jfr. Ørsted, Haandbog V, S. 101. Ørsted støttede iøvrigt ogsaa sit Standpunkt paa Analogien af Forordn. af 9. Febr. 1798.

[18]) Jfr. Ussing, Aftaler, S. 120.

[19]) Jfr. den Maade, paa hvilken Ørsted formulerede sit Standpunkt: »Det er allerede bemærket, at den Svig, der skal berettige den besvegne Contrahent til at paastaae Contracten ophævet, *maa være udøvet af Medcontrahenten*, hvortil det naturligvis og maa regnes, naar denne har været medvidende i Bedrageriet« (udh. her).

[20]) Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse paa Retshandlers Gyldighed, 1897, S. 3.

maalet saaledes: I hvilket Omfang er dansk Ret gaaet fri for romanistisk Paavirkning? For at danne sig en Mening om dette Spørgsmaal er det nødvendigt først at ridse nogle Hovedtræk af Vildfarelseslærens Udvikling op.

a) *Den romanistiske Lære.* To grundlæggende Begreber hentet fra de romerske Kilder har næsten lige til Nutiden indtaget Nøglestillinger i hele Diskussionen, nemlig Begreberne *consensus* og *error*. Hvor meget moderne Teori paa dette Omraade end maatte føle sig fjernet fra romanistiske Læresætninger, maa den desuagtet se hen til disse Begreber som et aandeligt Udgangspunkt, — i hvert Fald naar Sagen ses under en historisk Synsvinkel. Naar man imidlertid nærmere skal afgrænse og forklare Betydningen af det romerske Udgangspunkt, melder der sig betydeligt større Vanskeligheder. Først skal bemærkes, at der foreløbig ses bort fra Spørgsmaalet om Romerrettens Hensyntagen til den svigtende Vederlagsforudsætning og. de herhenhørende Reglers eventuelle Betydning for den danske Retsudvikling. Disse Spørgsmaal behandles nærmere nedenfor. Her tænkes navnlig paa de mange Kildesteder, som behandler forskellige Former for »error«, som Regel i Forbindelse med Princippet *»non consentiant, qui errent«*[21]). Det var de romerske Errortilfælde, der dannede Grundlaget for den romanistiske Vildfarelseslære, og dennes Historie falder i to ret skarpt afgrænsede Hovedafsnit med von Savignys epokegørende Behandling af Vildfarelsesproblemet som Skillelinje (1840).

Den gængse Opfattelse af de romerske Errortilfælde (error in negotio, in corpere, in persona, in substantia, in quantitate) er den, at Hensyntagen til disse Former for Vildfarelse var Udtryk for et Resultat af en Udvikling bort fra »verba« til »voluntas«[22]). Som Udgangspunkt for det oprindelige Standpunkt i Romerretten plejer man at citere de berømte Ord fra de 12 Tavlers Love »uti lingua nuncupassit, ita jus esto«, — ifølge hvilke alene Retshandelens objektive Fremtræden havde Relevans. Tanken gaar da ud paa, at Voluntasprincippet, Forestillingen om Viljen som den egentlige retsstiftende Kendsgerning, efterhaanden skulde være indlagt i og smeltet sammen med den romerske Kontraktteknik, blandt andet saaledes, at Kravet om Overensstemmelse mellem Parternes Ord er blevet udvidet eller snarere ændret til et Krav om saakaldt viljesmæssig Konsens, hvorfor »error« normalt maatte faa Betydning i det Omfang, den var til Hinder for Harmonien mellem Parternes modstaaende Viljer: »Wir haben also nicht zu thun mit einem geschlossenem, wegen des Irrthums unwirksamen, Vertrag. Vielmehr fehlt das Daseyn irgend eines Vertrags gerade so, wie wenn einer einen

[21]) »Cum errantis voluntas nulla sit«, — »non videntur, qui errent, consentire« — jfr. nærmere von Savigny, System des heutigen römischen Recht, III, 1840, S. 342 ff.

[22]) Jfr. Hällström: Om Villfarelse, 1931, S. 24 ff., og Stig Juul: Grundrids af den romerske Formueret, 1942, S. 140—41 og 152—53.

Vertrag anbietet, der andere verneint, und der erste glaubt fälschlich, eine Bejahung gehört zu haben«[23]). Omvendt maatte error normalt blive uden Betydning, hvor den ikke var til Hinder for Konsens[24]).

Efter de romerske Kildesteder var det klart, at Opmærksomheden maatte rettes mod den Form for error, der var konsenshindrende i Modsætning til de Tilfælde af error, der ikke havde denne Virkning, og at error in motivis principielt var irrelevant, var en Selvfølge ogsaa i den senere romanistiske »Gemeinrecht«. At det derfor gjaldt om at finde Kriteriet for denne Modsætning inden for Vildfarelsestilfældene, syntes allerede at fremgaa af den Diskussion, der ifølge Kilderne var blevet ført imellem de romerske Retslærde indbyrdes. I denne Henseende kan navnlig henvises til den bekendte Modsætning mellem Ulpian og Marcellus (D. 18, 1, 9) vedrørende den Vildfarelse, der refererede sig til Kontraktgenstandens Egenskaber (error in materia eller substantia)[25]). Ulpian repræsenterede vistnok en noget mere fremskreden

[23]) von Savigny l. c. S. 445.

[24]) »Consentire« maa efter denne Opfattelse, som det blandt andet navnlig er blevet fremhævet af Brintz, sættes i Modsætning til »convenire«, jfr. bl. a. herom Leonhard, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, I, 1907, S. 20 med Note 3. Som allerede tidligere omtalt kan det i Overensstemmelse med Hägerströms Opfattelse underkastes Diskussion, hvorvidt Romerretten var naaet til en konsekvent Viljesteori af samme Beskaffenhed som den, der blev forsvaret af Naturretslærerne. Men naar Hägerström (l. c. S. 596) i denne Forbindelse anfører som afgørende, at Romerretten stadig sondrede mellem relevant og irrelevant error i Modsætning til Naturretten, der gennemførte Viljesteorien fuldstændig konsekvent, synes dette at være lidt misvisende. Der kan siges at være en virkelig dybtgaaende Modsætning mellem den romerske Vildfarelseslære og Grotius' Lære, som refereres nedenfor. Men det meget vidtgaaende Standpunkt, som Grotius indtog, svarede ikke til de øvrige Naturretslæreres Standpunkt, og navnlig ikke, som det vil fremgaa af den følgende Gennemgang, til Pufendorfs Standpunkt, af hvis Lære det fremgaar ganske klart, at han ligesaa vel som Romerretten sondrede mellem relevant og irrelevant error. Det er i det hele taget tvivlsomt, om det er berettiget at lægge saa skarp en Sondring mellem Romerretten og Naturretten paa dette Omraade, saaledes som Hägerström gør det, vel at mærke, naar man ved Romerretten tænker paa Retsopfattelsen i efterklassisk Tid (byzantinsk Ret). Det er ganske vist rigtigt, som Hägerström ogsaa anfører, at den romerske Vildfarelseslære primært fremkom som en Indrømmelse til aequum et bonum og bona fides, men ved Anerkendelsen af det subjektive Konsenskrav i efterklassisk Ret var det afgørende Skridt taget, selvom det saa muligvis ud fra andre Synspunkter kan hævdes, at Viljen ikke var Grundlaget for Løftets forbindende Virkning efter romersk Ret.

[25]) Da det nævnte Kildested i en Nøddeskal belyser den romerske Errorlæres indre logiske Spænding, dens Præg af at være dikteret af Ønsket om begrænset Hensyntagen til Billighedssynspunkter og endelig dens Subtilitet nævnes det her: der spørges om, hvorvidt Vildfarelse m. H. t. Kontraktsgenstandens Substans skal være, relevant, f. Eks. naar man køber Eddike i den Tro, at det er Vin. Efter Marcellus kan dette ikke antages, da der har hersket Enighed om Genstanden for Aftalen. Ulpian giver dette Standpunkt sin Tilslutning, fordi de to Ting er næsten samme substantia, men dog kun, hvis Forholdet er det, at det er Vin, der er blevet sur; hvis det ogsaa oprindelig havde været Eddike, altsaa produceret som saadant, saa maatte man sige, at der var købt noget andet, end hvad der havde været ment med Aftalen — at der altsaa forelaa konsenshindrende Error. Der forelaa »aliud pro alio«, og med denne Opfattelse var Grundlaget skabt for Aarhundreders skarpsindig Diskussion om, hvor Grænsen mellem »det samme« og »noget andet« skulle ligge. Jfr. hertil (og Fremstillingen iøvrigt) Peter Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941 (S. 10 ff.).

Mening, naar han under visse Omstændigheder vilde tillægge saadan Vildfarelse Betydning. I den senere romanistiske Teori blev der gjort mange forskellige Forsøg paa at afgrænse den relevante Vildfarelse under Hensyn til Vildfarelsens Genstand, og man dannede i denne Forbindelse et i terminologisk Henseende overordentlig indviklet System af Vildfarelseskategorier[26]). Af væsentlig Betydning var det, at man fortolkede Kilderne saaledes, at Vildfarelsens Undskyldelighed var en generel Forudsætning for, at den kunde medføre Ugyldighedsvirkning. Herved kom den ældre Gemeinrecht til at staa i skarp Modsætning til Naturretten[26a]) og til v. Savignys Lære.

I kanonisk Ret var den romerske Errorlære blevet reciperet af Gratian (ca. 1150) med Henblik paa Spørgsmaalet om Vildfarelsens Betydning for Ægteskabets Gyldighed. Der var dog ingenlunde Tale om en direkte Overførelse, men derimod snarere om en Benyttelse af den romerske Problemstilling. Gratians Udgangspunkt var det Tilfælde, at en adelig Kvinde, der havde indvilget i at gifte sig med en Adelsmand, ved en Fejltagelse havde indgaaet Ægteskab med en Slave med samme Navn som Adelsmanden. I sin Bedømmmelse af Problemet lagde Gratian til Grund, at Parternes »consensus« var Grundlaget for Ægteskabet. »Consensus est duorum vel plurium sensus in idem. Qui autem errat non sentit, non ergo consentit, id est simul cum aliis sentit. Hec autem erravit; non ergo consensit ...«

Gratian tilføjede imidlertid, at ikke enhver error udelukkede consensus, og opstillede i denne Anledning en Errorgruppe, ligesom de romerske Retskilder havde gjort det. Medens error personae og visse andre Former for error maatte anses konsenshindrende, kunde f. Eks. error »fortunae« eller error »qualitatis« med Hensyn til Ægtefælle ikke komme i Betragtning. Gratian drog i denne Forbindelse ligefrem en Parallel med et af de Tilfælde, som netop findes omtalt i Digesterne, nemlig Salg af et Guldfad, som i Virkeligheden viser sig at være af Messing (D. 18, 1, 45)[27]).

Thomas af Aquino (1227—1274) videreudviklede Læren om Vildfarelsens Betydning i Ægteskabsretten[28]). Allerede i Problemstillingen ser man, hvorledes Thomas efterlyste Princippet for Afgrænsningen af den konsenshindrende Vildfarelse. Han nøjedes ikke med en Kasuistik, men hævdede den Sætning, at det maatte komme an paa, om Vild-

[26]) Af afgørende Betydning for Udformningen af den gemeinretlige Lære om Vildfarelse blev navnlig Emnets Behandling hos de store franske Romanister Cujacius (1522—1590) og Donellus (1527—1591). Cujacius underkastede især Ulpians Lære om Error in substantia en indgaaende Undersøgelse, og Donellus gav en sammenhængende Fremstilling af hele Emnet, som faktisk blev Grundlaget for den romanistiske Retsopfattelse, lige indtil v. Savignys Lære fremkom.

[26a]) Jfr. Donellus, Opera omnia commentariorum de iure civili, Lucae, 1762, L. I, C. XXI, jfr. L. XII, C. VII.

[27]) Gratians Behandling af Emnet findes i Decretum Gratiani, Causa 29, Questio 1.

[28]) Summa totius theologiae, suppl. Partis, Art. 2, Qu. 51 »utrum omnis error impediat matrimonium«.

farelsen efter sin objektive Karakter var af en saadan Art, at den maatte anses som Ægteskabshindring. »Unde oportet, quod error qui matrimonium impedit, sit aliquius errorum, quae sunt de essentia matrimonii.« Der er sikkert Grund til at tro, at det var Thomas' Lære, der var den egentlige Baggrund for Dogmet om Afgrænsningen af den relevante Vildfarelse ud fra det Synspunkt, at der skulde være Tale om en »error in essentialibus«. Det karakteristiske for dette Synspunkt er dette, at man under Bibeholdelse af det romerske Udgangspunkt, hvorefter den konsenshindrende error kunde afgrænses paa Basis af Vildfarelsens Genstand, naaede til en generelt formet Teori, hvorefter Vildfarelsens Relevans kom til at afhænge af objektivt prægede, retlige Kriterier.

b) *Naturretten.* En afgørende Vending inden for Vildfarelseslæren fremkom imidlertid med den nye Naturret. Hugo Grotius gennemførte paa radikal Maade en Viljesteori langt videregaaende end de hidtil kendte. Efter Grotius kunde man i al Almindelighed sige, at man maatte have Ret til at træde tilbage fra et Løfte »si id, quod per errorem creditum fuit, in mente agentis vim habuerit conditionis« (III, Kap. 23, 4). Grotius forkastede uden videre de forskellige Vildfarelsessondringer og overhovedet Princippet om at afgrænse den relevante Vildfarelse efter dens Genstand, »thi disse Distinktioner stammer alle fra romersk Ret og er hverken sande eller nøjagtige«. Han hævdede, at naar som helst et Løfte var begrundet paa en Antagelse om en eller anden Kendsgerning, som viste sig i Virkeligheden at være anderledes end antaget, maatte Løftet være uden Retsvirkning. »Quia omnino promissor non consensit in promissum, nisi sub quadam conditione quae re ipsa non exstitit.« Man kommer i denne Forbindelse til at tænke paa en Udtalelse af Seneca, som ogsaa flere Gange blev refereret hos Naturretsforfatterne: »Demens est, qui fidem praestat errore«.

Grotius' Lære var naturligvis ganske uanvendelig i Formueretten. Her var Viljeprincippet ført ud i sin Karikatur. Ved Vurderingen af Grotius' Lære bør det dog tilføjes, at det er noget uvist, om den ikke skal opfattes saaledes, at den kun havde Gyldighed ved promissiones — ensidige Kontraktforhold — og ikke ved pacta[29]).

[29]) Leonhardt omtaler Grotius's Lære (l. c. II, S. 147 f.) og fremhæver med Rette, at denne, selv om den set fra et praktisk Synspunkt var misvisende, dog har været af væsentlig principiel Betydning for Eftertiden. Leonhardt gengiver imidlertid Grotius's Lære forkert, naar han (S. 151) udtaler, at Grotius kun lagde Vægt paa den undskyldelige Vildfarelse. Grotius udtalte tværtimod (II Cap. 11, 6), at Uagtsomhed fra Løftegiverens Side kun kunde medføre et Erstatningsansvar, men ikke paa Grundlag af Løftet (som jo var ugyldigt), men paa Grund af den tilføjede Skade, som paa selvstændigt Grundlag kunde medføre Forpligtelser. Dette Standpunkt blev iøvrigt fastholdt af de senere Naturretslærere. Vildfarelsens Undskyldelighed (Probabilitet) kunne ikke i sig selv være afgørende for dens Relevans. Det maa dog bemærkes, at Gundling var af den Opfattelse, at man maatte lægge afgørende Vægt paa, om Vildfrelsen havde været undskyldelig, i hvilken Forbindelse han opstillede Sætningen »error in dubio debet imputari erranti«. Dette hang iøvrigt sammen

Det var ikke muligt at blive staaende ved Grotius' Lære, der var i Strid med alle Hensyn til Sikkerhed og Tryghed i Samhandelen. Emnet undergik da ogsaa en grundigere og stærkt ændret Behandling hos Pufendorf (III, 6, §§ 6 og 7). Pufendorf lagde en afgørende Sondring mellem Løfter og Kontrakter, og da Løftet efter den naturretlige Lære efter sin Natur var frit tilbagekaldeligt, maa det antages, at Pufendorfs Lære om Vildfarelsens Betydning ved Løfter først og fremmest havde Betydning for Testamentsretten[30]). For Løftets Vedkommende gennemførte Pufendorf Grotius' Lære. Men for Kontraktrettens Vedkommende lagde han en Sondring imellem den Vildfarelse, som kun drejede sig om Forhold, der havde motiveret Løftegiveren til at kontrahere, og den Vildfarelse, som kunde siges at vedrøre selve Kontraktgenstanden. Her var Forløberen for von Savignys berømte Sondring mellem den ægte og den uægte Vildfarelse. En kendelig, urigtig Forudsætning kunde ifølge Pufendorf i sjældne Tilfælde give Kontrahenten en »jus poenitendi«, men error in motivis maatte iøvrigt være betydningsløs. Vildfarelse angaaende Genstanden for Kontrakten medførte imidlertid dennes Ugyldighed, fordi den kunde siges at være konsenshindrende. Ved Spørgsmaalet om den nærmere Afgrænsning af den relevante Vildfarelse vedrørende Kontraktgenstanden, adopterede Pufendorf nemlig den gamle Lære om error in essentialibus, men i en Udformning, som paa ingen Maade svarede til de tidligere Forestillinger om dette Begreb. Han understregede udtrykkeligt, at man ved »essentialia« ikke blot maatte forstaa saadanne Forhold, som vedrørte Genstandens essentielle Beskaffenhed, men ogsaa saadanne, som vedrørte Egenskaber ved Genstanden, som Løftegiveren maatte antages at have lagt væsentlig Vægt paa[31]). Iøvrigt antog Pufendorf ligesom Grotius, at Vildfarelsens Undskyldelighed kun kunde faa

med, at denne Naturretslærer indtog det ejendommelige Standpunkt, at der ikke kunde siges at være nogen Væsensforskel mellem at paalægge den vildfarende at holde Kontrakten og paalægge ham at yde Skadeserstatning (jfr. Hägerström, l. c. S. 624—625).

[30]) Navnlig Pufendorfs Efterfølger, Thomasius, fremhævede, at der maatte gøres en Væsensforskel paa Behandlingen af Vildfarelsens Betydning i Testamentsretten og i Formueretten, Jurisprudentia divina II, Kap. 7, § 44.

[31]) Herved havde Pufendorf i Virkeligheden foregrebet v. Savignys Lære om de Egenskaber, der i almindelig Samhandel betragtedes som væsentlige. Begge Steder havde den oprindelige Mangel paa indre Logik i den romerske Errorlære udmundet i en skjult Hensyntagen til error in motivis bag Viljesmangelsynspunktet. Det viser sig særligt tydeligt i et konkret Eksempel, der nævnes hos Pufendorf. Aftale om Overdragelse af en Slave bliver ikke blot ugyldig, hvis der er Vildfarelse med Hensyn til dennes Identitet, men hvis man har købt en Slave kyndig i Madlavning, og han viser sig at være ukyndig paa dette Felt, maa dette ogsaa anses for error in essentialibus. Selv Ulpian vilde utvivlsomt have kunnet slutte sig til Marcellus i en Afvisning af dette Synspunkt. Naar det for romersk Tankegang maatte være irrelevant, om Køberen af en Slavinde var i Vildfarelse med Hensyn til Spørgsmaalet om hendes Virginitet, selvom der netop var kontraheret om en Slavinde, der var uberørt, maatte Vildfarelse m. H. t. hendes Evner for Madlavning formentlig ogsaa være irrelevant.

Betydning for Erstatningsspørgsmaalet og ikke for Gyldighedsspørgsmaalet.

Ved Omtalen af Grotius' og Pufendorfs Vildfarelseslære bør det nævnes, at der i det 18. Aarh. fremtraadte Repræsentanter for en hel anden Opfattelse af Vildfarelsesproblemet end den, der blev hyldet af de to store Systemforfattere, en Opfattelse, der til Gengæld blev af afgørende Betydning for Lovgivningen. Der tænkes herved paa Kreitmeyrs og Martinis Lære, der blev lagt til Grund i Codex Maximileaneus (1756) og den østrigske Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1811). Princippet i denne Lære gik ud paa principielt kun at tage Hensyn til en Vildfarelse, hvis den var foranlediget af Medkontrahenten, og iøvrigt lægge Vægt paa Erklæringens Ordlyd (jfr. AGBG § 876) — et Standpunkt, der var i skarp Modstrid med saavel romanistisk som sædvanlig naturretlig Opfattelse. Allgemeine Landrecht für die preussichen Staaten (I, 4, §§ 75 ff.) byggede derimod til en vis Grad paa Pufendorfs Lære, dels ved i et vist Omfang at tage Hensyn til error, selvom den ikke var undskyldelig, dels ved at bestemme, at »Irrtum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräften ebenfalls die Willenserklärung«, dog i disse Tilfælde kun, hvis den var undskyldelig. Man havde dog herved indset, at der var Tale om error in motivis.

Det er paa Baggrund af den ovenfor skitserede Udvikling inden for Retsvidenskaben, man maa bedømme Udviklingen herhjemme og Udviklingen i Tyskland i det 19. Aarhundrede. I Tyskland medførte von Savignys Undersøgelse af Vildfarelseslæren som allerede nævnt det afgørende Brud med Fortiden. Han lagde for det første den Hovedsondring, som endnu i Dag har Gyldighed, nemlig Sondringen mellem de Tilfælde, hvor Spørgsmaalet drejer sig om, hvorvidt en Viljesmangel er Grundlaget for Løftets Ugyldighed, og de Tilfælde, hvor Problemet drejer sig om at afgøre, hvorvidt selve Vildfarelsen skal være Aarsag til Løftets Ugyldighed eller Uvirksomhed[32]). Hvor der forelaa Viljesmangel (Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring, d. v. s. de Tilfælde, hvor Løftegiveren ikke har givet adækvat Udtryk for sin Vilje), kaldte von Savigny Vildfarelsen for uægte, fordi han egentlig kun var stemt for overhovedet at tale om Vildfarelse, hvor det var dennes Betydning i sig selv, der var af afgørende Betydning[33]). Den uægte Vildfarelse maatte ifølge von Savigny medføre Løftets Ugyldighed ganske uden Hensyn til, om den var undskyldelig eller kendelig for Medkontrahenten.

[32]) Jfr. System des heutigen römischen Rechts II, S. 263 m. N. b.

[33]) I herskende dansk Teori kritiseres Sondringen ud fra det Synspunkt, at Viljesmangeltilfælde i psykologisk Henseende kan karakteriseres som error in motivis, Ussing, Aftaler, S. 459, men dette skal formodentlig ikke anses som en Underkendelse af den praktiske Værdi, der ligger i Udskillelsen af den »uægte« Vildfarelse, ganske uanset de terminologiske Problemer.

I romanistisk Teori afstedkom von Savignys Lære en livlig Diskussion gennem hele det 19. Aarhundrede — en Diskussion, som dog ikke nærmere skal refereres her.

Et enkelt Punkt voldte stadig den romanistiske Viljesmangellære Vanskeligheder. Som Følge af Kildernes Udtalelser havde von Savigny maattet tage den saakaldte error in substantia med under Viljesmangeltilfældene. Hvad enten denne nu afgrænses paa den ene eller den anden Maade, maa man vistnok sige, at der netop her er Tale om en error in motivis. Man kunde kun indpasse dette Tilfælde af Vildfarelse under Viljesmangelsynspunktet ved stærkt at betone, at en Vildfarelse med Hensyn til selve Tingens Beskaffenhed kunde være *saa* afgørende, at det var umuligt at tale om viljesmæssig Harmoni mellem Kontrahenterne. Vanskeligheden for Romanisterne laa imidlertid i, at der ikke paa dette Omraade var Grundlag for en skarp logisk Sondring, men kun for Fremhævelse af en Gradsforskel mellem error in substantia og error in qualitate, — jfr. hvad der ovenfor er sagt om Pufendorfs Udformning af Læren om error in essentialibus[34]). Da von Savigny indsaa, at man ikke kunde bibeholde den forældede romerske Udformning af Substanslæren, opstillede han den Sætning, at man i Almindelighed maatte lægge Vægt paa, om Vildfarelsen vedrørte Egenskaber, som efter den almindelige Anskuelse i Samhandelen maatte medføre, at Tingen henregnedes til en anden Art end af Løftegiveren forudsat[35]).

Inden for Omraadet af det, von Savigny kaldte den ægte Vildfarelse, altsaa de Tilfælde, hvor Vildfarelsen efter hans Anskuelse som saadan var eventuel Aarsag til Ugyldighed, betød hans Lære ogsaa et meget væsentligt Fremskridt. Ganske vist var han af den Opfattelse, at Vildfarelsen i disse Tilfælde normalt maatte være betydningsløs, bortset fra særlige Omraader, hvor Kilderne positivt viste, at der var særlig Grund til at tillægge error in motivis Betydning, som f. Eks. ved Mangler i Køb og Salg og condicto indebiti. Men allerede i hans principielle Behandling af denne Side af Sagen forelaa det første Grundlag for de senere Forudsætningsteorier, der (som bemærket af Ussing) »banede Vejen for en samlet Behandling af Tilfælde, hvis Slægtsskab ikke tidligere var erkendt«[35a]). I denne Forbindelse maa det erindres, at der hverken i de romerske Retskilder eller i den gamle romanistiske Teori

---

[34]) Det mest typiske Udtryk herfor findes i Brinz' Lehrbuch der Pandekten (2. Udg., IV, 1892, S. 44): »Indessen kann dasjenige, was man zwar wirklich, aber nur im Irrtum (per errorem) gewollt hat, in seinem wirklichen Verhalte von dem geglaubten *bis zu dem Grade* verschieden sein, dass man sagen muss, jenes sei etwas ganz anderes als dieses« (udh. her).

[35]) Von Savignys Viljesmangellære blev lovfæstet i BGB. Vedrørende error in substantia hedder det: »als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden«.

[35a]) At navnlig den altomspændende objektive Forudsætningsteori løber Risikoen for at blive af fiktiv Natur, fordi den aabner Muligheden for at inddrage utallige »objektive« Retsspørgsmaal under sit Domæne, viser bl. a. den interessante Diskussion hos Ussing, Aftaler, S. 473—76.

havde været Tale om nogen Form for Sammenarbejdning af Errorlæren med Condictionstilfælde eller lignende. Ej heller havde dette været Tilfældet i Naturretten, hvor bl. a. Hæveretten i Anledning af Misligholdelse behandledes ganske uafhængigt af Vildfarelseslæren, til Trods for at denne som paavist var kommet til at omfatte mange Tilfælde af error in motivis.

Forsøger man at vurdere von Savignys Indsats paa Baggrund af Forgængerne, kan den vanskeligt undervurderes[36]). Diskussionen om Afgrænsningen af den konsenshindrende Vildfarelse havde staaet paa siden Oldtiden, men von Savigny gav ved en klar Problemstilling en i Forhold til Kilderne langt mere dækkende og vidtspændende Behandling af Vildfarelseslæren, end hans romanistiske eller naturretlige Forgængere havde formaaet[37]).

Paradoksalt nok kommer hans historiske Betydning allerklarest frem, naar man betragter Udviklingen ud fra de Resultater, der er naaet i gældende dansk (og nordisk) Ret, til Trods for at dansk Ret paa næsten alle Punkter har indtaget Standpunkter, der virker som diamentrale Modsætninger til de i romanistisk Teori indvundne Resultater. Aftalelovens § 32 frakender Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring Betydning, hvis Uoverensstemmelsen ikke har været kendelig for Medkontrahenten, men Tillidsteorien staar i Gæld til selve den forudgaaende romanistiske Problemstilling, der herhjemme medvirkede til at klargøre Forestillingerne om, ud fra hvilke Synspunkter dansk Ret paa dette Omraade skulde beskrives. Det foreliggende Eksempel er det bedste Udtryk for, at Problemstilling og Problemløsning kan virke uafhængigt af hinanden i Retsvidenskaben.

Ganske det samme gør sig, som allerede berørt, gældende for Forudsætningsteoriernes Vedkommende. Ogsaa her blev den møjsommeligt tilkæmpede Klarhed i Problemanalysen befrugtende selv i et Samfund, hvor man iøvrigt maatte tage Afstand fra de romanistiske Læresætninger.

2) *Udviklingen indenfor ældre dansk Praksis og Teori.* Vender man dernæst Blikket tilbage mod Udviklingen inden for dansk Retspraksis og Retsvidenskab i Tiden efter Danske Lov, er det naturligt at rette Opmærksomheden mod Spørgsmaalet om Eksistensen af et eventuelt Paavirkningsforhold mellem den romanistiske Vildfarelseslære (først og fremmest i dens før-Savignyske Udformning) og den hjemlige Retsudvikling. Retslitteraturen før Ørsteds Tid frakendte enten ganske Vildfarelsens Betydning: »Jura vigilantibus sunt scripta« — (jfr. Dons, Academiske Forelæsninger over den danske og norske Lov, 1780—81, I, S. 273, »Loven er skrevet for de vaagne og ikke for de sovende«), —

---

[36]) Jfr. Windscheid, Lehrbuch des Pandektensrechts I, 1900, S. 329, Note 1.

[37]) Jeg kan derfor paa ingen Maade — hverken i mange Detailler, eller for saa vidt angaar Helhedsvurderingen — slutte mig til Leonhards Gengivelse af Vildfarelseslærens Udviklingsgang, l. c. II, S. 138 ff.

eller man fremsatte i ganske almindelige Vendinger det Synspunkt, at Vildfarelsen, for nogles Vedkommende kun den »uovervindelige« Vildfarelse, maatte medføre Ugyldighed. For de Forfatteres Vedkommende der vilde tillægge Vildfarelsen Betydning, var der Tale om en tilfældig uigennemtænkt og ufuldstændig Gengivelse af den naturretlige eller romanistiske Vildfarelseslære. Naar Nørregaard i sin Naturret (1. Udg., S. 223) udtaler, at Vildfarelse eller Fejltagelse er noget, »som gjør, at Samtykke ei kan antages for virkeligt, hvoraf igien maa flyde, at en Contract, hvortil en Feiltagelse haver givet Anledning, ikke kan gielde«, — kan der ikke herske Tvivl om, hvorfra denne Tankegang stammer.

Udviklingen i dansk Retspraksis kan indledningsvis kort beskrives saaledes, at Højesteret ikke (og sandsynligvis heller ikke andre Domstole) paa noget Tidspunkt tilsidesatte Hensynet til den hos Medkontrahenten vakte Forventning vedrørende Løftets Indhold. De Tilfælde, der nu omfattes af Aftalelovens § 32, blev derfor behandlet upaavirket af Viljesdogmet i snævrere Forstand. Navnlig ser man ikke nogetsomhelst Spor af Grotius's radikale Teori. I ganske enkelte Tilfælde dukkede Vildfarelseslæren op, men da som Regel i Tilfælde af den Art, der nu omfattes af den almindelige Forudsætningsteori. De fleste af de herhenhørende Tilfælde blev dog, som det nedenfor skal nærmere belyses, behandlet ganske uafhængigt af Vildfarelseslæren.

a.) *Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring. Kontraktfortolkning.* Den ovenfor nævnte Dom fra 1690, HP 1690 B. 105, ovf. S. 225, om en Debitor, der ved en Fejltagelse glemte, at han havde afbetalt paa en Fordring, og derfor udstedte Forskrivning paa et større Beløb, end det, der virkelig skyldtes, er en udmærket Illustration af den gamle Retspraksis' rent objektive Bedømmelse af Løftets Indhold og Retsvirkninger, med principiel Udelukkelse af Hensyntagen til Løftegiverens Forestillinger. Man faar det Indtryk, at Retspraksis slet ikke interesserede sig for Bevisførelse vedrørende den subjektive Opfattelse af Erklæringens Indhold eller rette Mening. Ganske paa samme Linie som Dommen fra 1690 ligger den kendte Afgørelse fra 1701, HP 1701, S. 294[38]).

Ogsaa den tidligere omtalte Afgørelse fra 1731, ovenf. Note 15, tyder paa, at man var meget uvillig til at høre paa Indsigelser fra Løftegiverens Side om manglende Forstaaelse af Erklæringens Indhold. Ogsaa i dette Tilfælde var der ligesom i Sagen fra 1701 Tale om Betydningen af Sprogvanskeligheder: »Ukyndighed udi Sproget prætenderes meget urettelig. Thi foruden det, at han er bevist at kunne expliquere sig godt udi dansk, saa kunde dog slig Sprogets Ukyndighed ej supponeres om hans Cautionister, som lige saa højt som han var ved Cautionen inter-

[38]) Jfr. Jacobi og Popp-Madsen: Tillæg, S. 18, Julius Lassen: Vilje og Erklæring, l. c., S. 7: Dommen blev oprindelig fremdraget af Sylow.

esserede i Contracten, og som ustridig ej kan have undladt at betyde ham, Contractens egentlige Ord og Mening, om han dem selv ikke saa aldeles forstod . . .«

Som det fremgaar af Citatet, er Afgørelsen efter Bevisets Stilling ikke noget utvetydigt Udtryk for Underkendelse af Viljesmanglens eventuelle Betydning, men den vidner om en udtalt Tendens til at lade Løftegiveren alene bære Risikoen for Fejltagelser og Misforstaaelser. Dette Synspunkt fører ligesom den rent objektive Kontraktfortolkning til en Imødekommelse af Hensynet til Løftemodtagerens Forventning, ligesom Viljesprincippet i sin Konsekvens gennemsnitlig kommer Løftegiveren til Gode.

Da den romanistiske Tankegang og Terminologi trængte ind i Retsopfattelsen omkring Midten af det 18. Aarhundrede, gav det sig paa Kontraktrettens Omraade blandt andet det Udslag, at der opstod Diskussion om, hvorvidt Kontrakter efter dansk Ret skulde anses for at være »bonae fidei« eller »stricti juris«[39]). Overførelsen af denne Sondring til dansk Ret var naturligvis paa Forhaand dømt til at skulle mislykkes. Forsaavidt angik Spørgsmaalet om Hensyntagen til Ugyldighedsgrunde saasom Svig, Udnyttelse og Uhæderlighed, opstod der en stærk Tendens til at anvende den Konstruktion, at Bedømmelsen af Kontraktforholdene maatte ske ud fra bona fides-Synspunktet (jfr. ovenfor). Hvad angik Principperne om Kontraktfortolkning, herunder Spørgsmaalet om Hensyntagen til en subjektiv Opfattelse af Løftets Indhold, anvendte man det stik modsatte Synspunkt, idet det var den gængse Opfattelse, at Bestemmelsen i 5-1-2 skulde forstaas saaledes, at Kontrakter efter dansk Ret altid var »strictissimae interpretationis« — jfr. Ordene »i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere«. Hvor der var Tvivl om den rette Forstaaelse af en Erklæring, faldt man som Regel tilbage paa den vistnok fra Romerretten nedarvede Fortolkningsregel: »In dubio interpretatio fieri debet contra eum, qui clarius loqui potuisset«[40]). Denne Sætning blev længe opfattet som den grundlæggende Fortolkningsregel, og den maatte netop, naar den straktes vidt, føre til det Resultat at lade Erklæringsgiveren bære den afgørende Risiko for Fejltagelser. Noget andet var, at Sætningen langt fra altid var lige vejledende[41]). I en Kommentar, som Ørsted gav til en Hof- og Stadsretsdom af 19. Oktober 1812[42]), vendte han sig mod den alminde-

[39]) Jfr. ovenfor Kap. 2, Note 92a.

[40]) Jfr. D. 18, 1, 33 — 34, 5, 26 — 45, 1, 99; i Køb- og Salgsretten førte Synspunktet til i Tvivlstilfælde at lade Sælgeren bære Risikoen for Kontraktens Uklarhed »quia potuit re integra apertius dicere«, D. 18, 1, 21.

[41]) Jfr. HP 1790, S. 473, og den nedenfor nævnte Dom, HP 1800. 529, samt Hof- og Stadsrettens Domme af 7. Dec. 1801 og 26. Juli 1802, Juridisk Maanedstidende, 1802 I, S. 50, og II, S. 62. I den af Julius Lassen, Vilje og Erklæring, l. c. S. 19, jfr. A. f. R., V, S. 513 og 197, omtalte Højesteretsdom blev en Overretsdom, der havde anvendt Synspunktet i et Tilfælde, hvor Løftegiverens virkelige Mening maatte antages at have været kendelig for Løftemodtageren, omstødt.

[42]) Nyt juridisk Arkiv, V, 1813, S. 1 f.

lige Brug af den omtalte Fortolkningssætning: »Denne Regel (interpretatio fieri debet contra eum, qui clarius loqui potuisset) turde dog vel, i den Almindelighed, hvori man plejer at opstille den, ofte være vildledende; thi det er ikke mindre dens Sag, der modtager et Dokument, at sørge for, at det tydeligt udtrykker de Rettigheder, som efter Overenskomsten, tilkommer ham, end Udstederens, at tage sig i Agt for Udtryk, der kunde udtydes om større Forpligtelser end de, han har villet paatage sig«. Den Omstændighed, at Praksis i Tvivlstilfælde havde lagt Løftegiveren til Last, at han havde udtrykt sig saaledes, at det kunde give Anledning til Misforstaaelse, havde dog formentlig haft den gavnlige Virkning at forhindre en overdreven Hensyntagen til Viljesmangler.

Iøvrigt fremkom egentlige Tilfælde af Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring kun ret sjældent i det 18. Aarhundredes Retspraksis, hvilket formodentlig kan tages som et Vidnesbyrd om, at man den Gang lige saa lidt som nu regnede med, at et Krav om Hensyntagen til Viljesmangel var let gennemførligt. Af og til kom Spørgsmaalet dog frem, og Behandlingen af disse Tilfælde giver en det Indtryk, at Linien i den gamle Retspraksis stadig blev fastholdt, til Trods for, at Retsvidenskaben efterhaanden i ikke ringe Omfang havde reciperet Synspunkter hentet fra den romanistisk-naturretlige Vildfarelseslære.

I Sagen HP 1775, 12, stredes man om Fortolkningen af en Kautionserklæring, som var blevet afgivet i Forbindelse med nogle Auktionsbud under en Fallitbo-Auktion. Citanten paastod, at hans Udtalelser under Auktionen var ment saaledes, at de kun indeholdt en Bekræftelse paa en Erklæring, som Citantens Fader allerede havde afgivet vedrørende Indestaaelse for en bestemt Sum: »Det kan gerne være, at Fistaine ved sin Deklaration har haft Hensigt paa bemeldte Bevis, *men han har i al Fald gjort den tvetydig og uforstaaelig, han burde expresse have sagt og fastsat, hvad og hvormeget han vilde svare til.* Skulde det alene have været Bevisets Summa, 50 Rd., han vilde indestaa for, burde han, da der blev talt til ham desangaaende, have tydeligt sagt saadant«. Dette Votum, som var Udtryk for Majoritetens Standpunkt i Sagen, illustrerer netop, hvad der ovenfor er blevet sagt om Betydningen af Fortolkningsreglen, »interpretatio ... contra eum qui clarius loqui potuisset«, for Viljesmangeltilfældene. Selve Udtrykket i Votum: »Det kan gerne være, at F. ... har haft Hensigt«, giver en et Indtryk af Rettens principielle Indstilling til en Viljesteori.

Den objektive Fortolkning af Kontrakterklæringerne kunde efter Omstændighederne ogsaa komme Løftegiveren til Gode og gaa ud over Løftemodtageren. I denne Forbindelse kan henvises til Sagen HP 1778. 73, hvor Citanten havde afgivet et Kautionsløfte for en Veksel. Erklæringen, der var paa fransk, refererede til Vekslen med Ordene »*qu'il a tiré*«, medens det kunde dokumenteres, at Vekslen i Virkeligheden var

udstedt tre Dage *efter* Kautionserklæringen. Det kunde nu betvivles, om Erklæringen virkelig hentydede til den Vekselforpligtelse, for hvilken Citanten var blevet stævnet. Kreditor anførte, at der var flere grammatikalske Fejl i Erklæringen, og at de ovenfor citerede Ord meget vel kunde være en Fejlskrivning for Ordene »*qu'il va tirer*«. Hof- og Stadsretten gav Kreditor Medhold paa den Maade, at han fik Adgang til at aflægge Ed paa, at Kautionen virkelig var indgaaet for den i Sagen omhandlede Veksel. Flertallet i Højesteret konkluderede imidlertid derhen at omstøde den afsagte Dom, fordi man fandt det for besynderligt at antage en Skrivefejl som den ovenfor antydede. »Det er en almindelig Regel, at alle Forpligtelser, som grunder sig paa Contracter, er som onereuses altid strictissimae interpretationis, og at ingen kan forbindes uden for sine Ord . . .«, udtalte Anchersen, idet han sluttede sig til Flertallets Opfattelse.

Faa Aar senere fremkom der atter en Sag, der var foranlediget af Vildfarelse paa Grund af Sprogvanskeligheder, jfr. Sagen HP 1783 A, 20, der handlede om en paa Fransk skrevet Paategning paa en Lejekontrakt om Betaling af et Beløb til Udlejeren paa 120 Rd. Underskriveren anførte blandt andet, at hun ikke forstod det franske Sprog og derfor ikke kunde anse sig forpligtet. Hverken Hof- og Stadsretten eller Højesteret bøjede sig for dette Synspunkt. For det første kunde selve Beviset for hendes faktiske Paastand om Sprogukyndigheden anses for tvivlsom, men derudover anførte Førstvoterende følgende Synspunkt: »Hun burde selv deklareret dette for Verrajon (Udlejeren) og taget to Mænd til sig, hvilket synes at være 1-5-7' (der menes 5-1-7) Esprit. Verrajon kunde ikke vide, at hun ej forstod det franske Sprog, hertil kommer, at Summen 120 Rd. tydeligt nok viser hende, at det var en Forpligtelse«. Her blev Nødvendigheden af Vildfarelsens Kendelighed for Medkontrahenten direkte fremhævet under Voteringen, under hvilken der iøvrigt i denne Sag principielt herskede Enighed.

Ørsteds Standpunkt i Vildfarelseslæren var saaledes i nøje Overensstemmelse med Tendenserne i Højesteretspraksis, naar han udtalte (Haandbog V, S. 103): »Det er det udvortes tilkiendegivende Samtykke, som indeholder Grunden til det bindende i Contracter, og kun, hvad der i den udvortes Verden er foregaaet, som betingende dette Samtykke, kan faae Indflydelse paa dets juridiske Virkninger; de for Medcontrahenten skjulte Betingelser og Forudsætninger for den tilkiendegivende Villie kunde aldeles ingen Indflydelse faae, saafremt man ikke vil giøre al contractsmæssig Forpligtelse usikker«. Saavel Højesterets som Ørsteds Grundindstilling over for denne Side af Vildfarelsesproblemet var saaledes fundamentalt forskelligt fra saavel Romerrettens Lære som den herpaa delvist baserede naturretlige Teori. Med Ørsteds Lære, der først og fremmest skyldtes hans usvigelig sikre juridiske Instinkt, var den danske Retsopfattelses Selvstændighed paa det her omhandlede

Omraade blevet sikret[43]). Ørsteds Indsats kan paa sin Vis maale sig med von Savignys Indsats i den romanistiske Lære, — blot stod den første ikke saaledes som den sidste i Forbindelse med en fundamental Analyse af Vildfarelseslærens Indhold, men til Gengæld var Ørsteds Lære med Hensyn til sit Resultat mere frugtbar set ud fra praktiske Retssynspunkter end den romanistiske Teori, til Trods for denne sidstes ubestridelige Stringens. Rent bortset fra Ørsteds Lære om Hensynet til Vildfarelsens Kendelighed, som jo netop først og fremmest fik Betydning i Tilfældene af Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring, finder man iøvrigt flere Reminiscenser af den gamle Vildfarelseslære hos Ørsted, saaledes Udtalelser mindende om Læren om error in essentialibus (Haandbog V, S. 104—05).

I ganske enkelte Tilfælde kunde man da ogsaa se Vildfarelseslæren anvendt i Højesteret. Mest interessant i saa Henseende er formentlig en Sag fra Aar 1800, jfr. HP 1800, 529. Det kongelige Ingeniørkorps havde i 1798 holdt Auktion over et ved Stranden beliggende Bindingsværkspakhus, samt de derved liggende Grunde. Auktionen foregik paa Grundlag af et Situationskort, hvis Uklarhed gav Anledning til Retssagen. Sælgeren hævdede, at Køberen maatte anses for at have købt (for den ved Auktionsbudet angivne Pris pr. Kvadratalen) en paa Kortet med »B.« betegnet Plads foruden de med Nr. 1 og A. betegnede Pladser. Køberen benægtede dette, og saaledes, som Sagen var oplyst, maatte man antage, at begge Parters Paastande set fra et subjektivt Standpunkt var korrekte, og at begge havde været i god Tro med Hensyn til det berettigede i deres Opfattelse. Førstvoterende søgte ud fra Fortolkningssætningen, hvorefter Formodningen maatte være imod den, der kunde have talt tydeligere, at komme til et Resultat, selv om han maatte indrømme, at det ikke var let i det foreliggende Tilfælde. Da han imidlertid ikke ansaa det for bevist af Køberen, at Uklarheden laa i selve Kortet, maatte det antages, at den snarere skyldtes Køberens manglende Evne til at forstaa dette, og at Køberen derfor maatte dømmes, hvorfor han vilde stadfæste Hof- og Stadsrettens Dom, der var kommet til samme Resultat. Andre Dommere var imidlertid af den Opfattelse, at Sælgeren var den, der burde have udtalt sig tydeligere (jfr. D. 18, 1, 21), hvorfor Køberen maatte frifindes for at overtage Pladsen B. Endelig var nogle Dommere af den Opfattelse, at hele Aftalen maatte betragtes som ugyldig, og om dette Standpunkt opnaaedes der da Enighed i Højesteret. »Til Køb og Salg udfordres, at Parterne er enige. I Mangel heraf er et vitium in essentialibus. Naar Cicero roser Sulpicius[43a]), si-

[43]) Dette fik forøvrigt ogsaa Betydning uden for Landets Grænser i de øvrige nordiske Lande, jfr. Hällström, l. c. S. 16, Note 41.

[43a]) Citatet henviser til Ciceros 9. Philippiske Tale — Mindetalen om den store Jurist Servius Sulpicius Rufus — §§ 10—11, jfr. Brutus 152—53. Det lyder i sin Helhed: »Ita ea, quae profiscebantur a legibus et ab jure civili, semper ad facilitatem aequitatemque referebat«.

ger han, at han »semper ad fácilitatem æquitatemque referebat«, men her er Købets Tilbagegang det letteste og billigste«. Som Jacobi udtrykte det i den refererede Udtalelse, benyttede Retten sig her i en vanskelig Situation ud fra et Billighedssynspunkt af Vildfarelseslæren. Det er overordentlig vanskeligt at udtale sig om, hvorledes en Sag som den foreliggende vilde være blevet bedømt i Dag. Løsningen af Konflikten kunde i hvert Fald ikke uden videre være blevet hentet fra Aftalelovens §§ 32 eller 33[44]). Naar Højesteret ikke valgte en Mellemløsning, var det Udtryk for en Hensyntagen til Sælgeren, der kun var interes-

[44]) I Virkeligheden giver den refererede Retssag Stof til megen Eftertanke, ikke mindst hvis man forsøger at bedømme Tilfældet udfra den Retsopfattelse, der hersker i Dag. Det forudsættes herved, at der netop har foreligget et af de sjældne Tilfælde, hvor begge Parter virkelig har været i begrundet god Tro. Sælgeren kunde ikke selv ved Anvendelse af rimelig Agtpaagivenhed have indset, hvad der var Køberens Opfattelse, men Køberen havde paa den anden Side rimelig Grund til at opfatte Købets Genstand paa sin Maade. Vilde man dernæst sige, at en Auktionssælger ved tydelig Individualisering af Salgsgenstanden maa sikre sig, at der ikke fremkaldes Vildfarelser paa dette Punkt hos Tilbudsgiver, kunde dette Synspunkt in casu mødes med det ligesaa stærke Synspunkt, at Køber, der bliver stillet over for et Rids over en af flere Enheder bestaaende Ejendom, maa undersøge, hvilke Enheder, der er til Salg. Kortet gav imidlertid forsvarligt Grundlag for begge Opfattelser, vel at mærke paa den Maade, at hver Part kunde have sin velbegrundede Opfattelse uden at have rimelig Anledning til at indse, at Kortet kunde forstaas paa divergerende Maade. Man har vel Lov til at sige, at det foreliggende Tilfælde viser, at Virkeligheden kan komme fuldt paa Højde med den mest subtile juridiske Teori. Der er tillige det særegne ved Sagen, at man er fri for den Indblanding af den køb- og salgsretlige Lære om Mangler, som saa ofte præger dette Afsnit af Aftaleretten (og som naturligvis ogsaa har Sammenhæng med det. I Praksis vil det typisk være Paastand om f. Eks. Vildfarelse m. H. t. Areal*mangel*, der giver Anledning til Problemstillingen). Endelig maa det siges, at man ogsaa er uden for det egentlige Fortolkningsproblems Rækkevidde, da det var aldeles klart, hvad hver af Parterne havde ment.

Efter romersk Ret vilde Sagen ingen Tvivl volde, man kunde ikke forlange noget bedre Eksempel paa konsenshindrende error in corpore end det givne.

Vender man Blikket mod nordisk Retsopfattelse, føler man sig mere usikker. Hverken en Tillidsteori eller Stangs Lære om synbar Viljesmangel kunde klare Problemet. Anvendes et Forudsætningssynspunkt, opnaar man en lidt ændret Formulering af Problemet, men er ikke nærmere Løsningen. Selv under Hensyn til Formuleringen af den danske Aftalelovs § 32 tror jeg, at Resultatet i Dag burde blive det samme som ved Afgørelsen Aar 1800, men dette gaar f. Eks. vistnok udover Ussings Lære om Betydningen af Fremkaldelse af Vildfarelse hos Løftegiveren, som det kunde være nærliggende at diskutere i denne Forbindelse (Aftaler § 18, III). Ved Auktionssalg bør Sælger formentlig bære den fulde Risiko for tilstrækkelig Individualisering af det, der bortauktioneres, naar Køber ikke har vist Uagtsomhed, i hvert Fald i den Forstand, at Køberen i Tvivlstilfælde maa kunne afvise Handelen helt. Synspunktet vilde formentlig harmonere med norsk og svensk Retsopfattelse, der hælder mod Mellemløsningen: Ugyldighed i Forbindelse med Pligt til at erstatte negativ Kontraktsinteresse (hvilket der næppe vilde være Grundlag for in casu), jfr. Arnholms interessante Fremstilling, Alminnelig Avtalerett, 1949, S. 299—300, med Henvisninger til Gjelsviks og Karlgrens Opfattelser, samt Kristen Andersen, TfR 1934, S. 97 ff., og navnlig S. 111, med Omtale af Højesteretsdommen NRt, 1928. 1163.

Som bemærket af Arnholm, befinder man sig her paa det snævre Omraade, hvor det er af virkelig praktisk Betydning, om man følger en Viljesteori. Om Omraadet er saa snævert, at nærmere Omtale af det, er at »skyte spurver med kanoner« kan vel diskuteres. Det sjældne Retstilfælde kan næppe blive ligegyldigt, blot fordi det er sjældent, og det er ofte sjældne Tilfælde, der er de mest stimulerende for den retsvidenskabelige Diskussion.

seret i at sælge det hele under et. Vildfarelseslæren var i dette Tilfælde en kærkommen Hjælp, men det vilde være ganske uberettiget at forstaa denne Afgørelse som en almindelig Tilnærmelse fra Højesterets Side til et Viljesdogme i mere eller mindre streng Forstand.

Sluttelig kan nævnes, at dansk Retspraksis utvivlsomt tidligt har statueret Ugyldighed i Tilfælde af kendelig Vildfarelse[45]). Der tænkes altsaa herved ikke i første Række paa Tilfælde af Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring, men snarere paa Tilfælde af synlig error in motivis, jfr. nu Analogien af Aftalelovens § 32, Stk. 1. Maaske kan i denne Forbindelse nævnes Dommen HP 1804 D, 243, hvor der var Tale om Bedømmelsen af en Erklæring gaaende ud paa, at Løftegiveren vilde være ansvarlig for forskellige for Gæld beslaglagte Varer, som han fejlagtigt, da han afgav Erklæringen, mente var i hans Varetægt. Højesteret omstødte enstemmigt Hof- og Stadsrettens Dom, der i Overensstemmelse med den af Hurtigkarl forsvarede Lære havde statueret, at Løftegiveren maatte være bundet, fordi hans Vildfarelse havde været »overvindelig« (jfr. Ørsted, Haandbog V, S. 102). Højesteret antog, at Erklæringen »fornuftigvis« maatte forstaas paa den Maade, at den kun var afgivet under den Betingelse, at Tingene var om Bord paa Løftegiverens Skib, og da Løftemodtageren maatte være klar over det faktiske Forhold (at Varerne var blevet udlosset) og iøvrigt havde undladt at oplyse noget herom, maatte han være afskaaret fra at støtte noget Krav paa den afgivne Erklæring.

Med Hensyn til Retspraksis i det 19. Aarhundrede skal der iøvrigt ikke her gøres yderligere Bemærkninger, da der paa dette Punkt kan henvises til Julius Lassens grundige Gennemgang af Emnet i Afhandlingen »Vilje og Erklæring«[46]). Aftalelovens § 32 blev en Lovfæstning af den Hovedlinie, som dansk Retspraksis havde fulgt siden Danske Lov.

b. *Svigtende Forudsætninger.* Spørgsmaalet om i hvilket Omfang Domstolene kan tage Hensyn til urigtige eller bristende Forudsætninger, er som bekendt endnu i det store og hele ulovbestemt. Forudsætningsproblemet er saa omfattende, at de Lovbestemmelser, som findes, og som vel nok kan siges at dække mange uhyre praktiske betydningsfulde Omraader inden for Retslivet, paa ingen Maade dækker hele det Omraade, der kan komme i Betragtning. Der er derfor Brug for en almindelig Lære om Betydningen af svigtende Forudsætninger, og der kan heller næppe være nogen Tvivl om, at Retspraksis ogsaa uden Lovhjemmel tilsidesætter Aftaler med hel eller delvis Begrundelse i Forudsætningssynspunktet. Som ovenfor skildret har det banebrydende Arbejde, der paa dette Omraade blev udført i romanistisk Teori, udgjort en ikke uvæsentlig Baggrund for Fremkomsten af en almindelig Forudsætningsteori. Romanistisk Teori har imidlertid haft sin væ-

[45]) Jfr. herved de Tilfælde, der omtales hos Ussing, Aftaler, § 18, II, D.
[46]) Universitetets Festskrift i Anledning af Kongens Fødselsdag, København 1905.

sentligste Betydning paa dette Omraade i det 19. Aarh., og det har altid været ret uvist, hvorledes Retspraksis i den første Periode efter Danske Lov har stillet sig til Spørgsmaalet.

Den almindelige Forudsætningsteori har ikke blot Betydning som en Vejledning under Retsudøvelsen, men ogsaa som en praktisk konstruktiv Sammenfatning af en Række iøvrigt forskellige Uvirksomhedstilfælde, hvis indbyrdes Slægtskab man ikke hidtil klart har erkendt. Set fra et historisk Synspunkt paakalder det imidlertid en særegen Interesse at undersøge Retsudviklingen indenfor de forskellige Omraader i de Perioder, hvor den teoretiske Problembehandling endnu ikke var kommet saa vidt, at der paa Forhaand foreligger nogen Formodning for, ud fra hvilke principielle Synspunkter, de enkelte praktiske Problemer blev behandlet.

I Forbindelse med Omtalen af Sagen HP 1755 A. 507 (ovenf. S. 225) er det antydet, at den i ældre Ret fremherskende Tendens til at lægge afgørende og udelukkende Vægt paa det objektive Faktum, om der forelaa Dokumentation for en endelig indgaaet Aftale, til en vis Grad maatte modvirke ikke blot Hensyntagen til en eventuel Viljesmangel hos Løftegiveren, men ogsaa til Paastande om error in motivis eller bristende Forudsætninger.

Den i Sagen fra 1755 omtalte Indehaver af det kongelige Operaprivilegium Mingotti fik samme Aar en anden Sag paadømt, HP 1755 A, 586. Han havde skriftlig engageret en udenlandsk Skuespillerinde (Danserinde) og forpligtet sig til at betale Rejseudgifter og en nærmere fastsat Løn (250 Dukater for 16 Maaneders Optræden plus frit Ophold). Imidlertid viste det sig, at hun var ubrugelig, idet hun ikke engang kunde danse »en simpel pas de deux«. Ved Magistratens Dom blev Mingotti alene dømt til at betale Halvdelen af den aftalte Løn, men Højesteret omstødte Dommen, fordi Mingotti havde engageret hende uden at anføre særlige Betingelser med Hensyn til hendes Færdigheder. Majoriteten fandt, at Mingotti ved Kontrakten havde bundet sig saa udtrykkeligt, at han ikke kunde fritages for at opfylde den. I sit Resultat minder Sagen ganske om en af Østre Landsret i 1950 afsagt Dom om Engagement af en Revuskuespillerinde, der viste sig at have forskellige Mangler[47]), og Højesterets Standpunkt var velbegrundet ud fra det Synspunkt, at Arbejdsgiveren uden for Tilfælde af Svig og lignende maa bære Risikoen for den ansattes Duelighed til det Arbejde, der skal udføres. Sammenligner man imidlertid Tilfældet med Vildfarelseslærens Principper, navnlig Læren om error in essentialibus i Pufendorfs Udformning (jfr. ovenfor), kunde Resultatet paa den Baggrund have været mere uvist. Men hverken Vildfarelseslæren eller nogen almindelig Forudsætningsteori spillede negativt eller positivt ind i Højesterets Afgørelse.

[47]) Ø. L. D., V, 30. Juni 1950.

Retsudviklingen i det 18. Aarhundrede viser imidlertid, at den svigtende Forudsætning paa ingen Maade i alle Tilfælde forblev betydningsløs. Her kan i første Række henvises til Udviklingen af Retsreglerne vedrørende Adgangen til at hæve som Følge af Misligholdelse, som behandles nedenfor. Ogsaa herudenfor kom man ind paa at tillægge Forudsætningshensyn Betydning. Dette var saaledes særligt Tilfældet inden for Forsikringsaftalernes Omraade. I Sagen HP 1768 A, 254 hævdede det sjællandske Brandsocietet, at det maatte være fritaget for at yde Erstatning i Anledning af Brandskade hos en Forsikringstager, der ikke havde haft de Brandredskaber, som han ifølge Forsikringsaftalen havde været pligtig at anskaffe. Ved Kommissionsdommen var Forsikringstageren trods Misligholdelsen blevet anset for at være erstatningsberettiget Interessent. I Højesteret vilde fem Dommere stadfæste Kommissionsdommen under Henvisning til, at »Conventionen« ikke indeholdt nogen Bestemmelser om Følgerne af Overtrædelse af Reglerne om Brandredskaber, og at Reglerne herom som Følge deraf ikke kunde anses som et »essentiale«. Her var utvivlsomt Tale om Anvendelse af et Synspunkt hentet fra den romanistiske Vildfarelseslære, dog uden noget dyberegaaende Ræsonnement efter Vildfarelseslærens Principper. Seks Dommere var imidlertid af den Opfattelse, at Dommen maatte omstødes, fordi det maatte betyde noget, at det stod udtrykkeligt omtalt i Conventionen som en Forpligtelse at holde Brandredskaber. Inden for Majoriteten var der dog delte Meninger. Nogle vilde helt frifinde Forsikringsselskabet, »da han ikke har haft Brandredskab, hvilket formener, er et essentiale«, men der opnaaedes dog Enighed om at vælge den Udvej at dømme Selskabet til at erstatte Halvdelen af Skaden, idet nogle af Dommerne ændrede Votum »for Pluraliteten at faa«. Efter Forsikringsaftaleloven af 1930, § 51, gælder der for Tilfælde af den nævnte Art en Kausalitetsregel, hvorefter den sikrede kun kan rette Krav mod Selskabet, naar og for saa vidt det maa anses godtgjort, at Forsikringsbegivenhedens Indtræden eller Omfang ikke skyldes Overtrædelse af Forsikringsaftalens Sikkerhedsforskrifter. Det kan paa ingen Maade udelukkes, at Tanker af denne Beskaffenhed har været medvirkende til Opnaaelsen af det ovenfor nævnte Fordelingsresultat. Under alle Omstændigheder er denne gamle Højesteretsafgørelse Udtryk for en bemærkelsesværdig fri Bedømmelse af et aftaleretligt Problem. Vildfarelseslæren, som øjensynlig ogsaa spillede en Rolle under Overvejelserne, havde ikke saa megen Magt, at den kunde tvinge Retten til at vælge et af Alternativerne: pure Frifindelse eller Domfældelse, alt efter Bedømmelsen af Sikkerhedsforskriftens Karakter af »essentiale«, hvilken Bedømmelse jo unægtelig ogsaa i sig selv maatte være forbundet med nogle Vanskeligheder.

Sagen HP 1773, 148, handlede om et Søforsikringstilfælde. Søassurancekompagniet nægtede at betale Erstatning i Anledning af et Forlis,

da det var blevet oplyst, at Skibet havde haft en Læk ved Forsikringsaftalens Indgaaelse. Søassurancekammerretten frifandt Forsikringsselskabet og fik sin Afgørelse stadfæstet af Højesteret. Det fremgaar af Colbiørnsens Votum, som de øvrige Dommere sluttede sig til, at det maatte antages, at den oprindelige Læk havde taget Overhaand og foraarsaget Skibets Forlis, som ganske vist var indtruffet, efter at Risikoen var begyndt at løbe. »At en Assurance skulde være forbindende, naar Skibet ved Assurancen er i saadan Stand, at det aabenbart indeholder Aarsagen til den derefter paafølgende Forulykkelse, uagtet ingen Dolus derunder er passeret, er ikke at statuere . . . og er Naturen af Assurance, at indestaa for alt, hvad der er casus respectu utriusque contrahentis, men ikke hvor culpa existerer paa de assureredes Side . . .«

At Højesteret alligevel var ret forsigtig med at tage Hensyn til Vildfarelse hos Forsikreren, fremgaar af andre Sager, der ligeledes handler om Følgen af manglende Risikooplysninger i Søforsikringstilfælde. Her kan blandt andet henvises til Sagen HP 1789, S. 730, der handlede om Betydningen af, at det blev oplyst, at det forsikrede Skib paa tidligere Rejser havde været ude for flere Uheld. Hof- og Stadsretten mente, at det fulgte af Ret og Billighed og Kontraktens Natur, at man ved Skibsassurance, selv om det ikke stod i Konventionen, burde give Oplysning om de Uheld, der eventuelt var tilstødt Skibet paa foregaaende Rejser, naar de havde været af den Beskaffenhed, at de kunde have betydelige Følger for Skibets Tilstand. Denne Opfattelse vandt i Højesteret Tilslutning hos et Mindretal, men Majoriteten fremhævede Faren for ved saadanne Billighedsbetragtninger »at rejse Disputer over Risicoen«. Efter Flertallets Opfattelse maatte Assurancekontrakter normalt fortolkes »stricte«, »en vover lidt og en anden meget«, blev det anført, og det tilføjedes yderligere, at Kompagniet selv havde forfattet Konventionen og havde en Komitteret til at foretage Undersøgelser og kræve Oplysninger af Forsikringstageren. Da det endvidere var givet, at denne sidste ikke havde handlet doløst, blev Søassurancekompagniet dømt.

Omkring 20 Aar senere faldt der atter en Højesteretsdom om Betydningen af ufuldstændige Risikooplysninger, denne Gang i et Brandassurancetilfælde, HP 1793 A, 259. Forsikringstageren havde oplyst, at den forsikrede Ejendom var grundmuret, men havde undladt at meddele, at Gaarden for en Del kun bestod af Bindingsværk. Ved Hof- og Stadsretten var Forsikringsselskabet blevet dømt, men Højesteret omstødte Afgørelsen og frifandt Selskabet: »Dam har . . . indgaaet en Contract med Compagniet paa Grund af en af ham sket urigtig Angivelse. At etablere et andet Princip vilde og være højst farligt, da ellers alle vilde angive deres Bindingsværk som Grundmur for at spare den højere Præmie« (Sporon) — hvortil Jacobi føjede: »Det er en Hovedomstændighed, at Dam har gjort en urigtig Angivelse, thi det har bevirket en error in essentialibus, som gør Contracten ugyldig«. Denne Udtalelse er

det bedste Bevis paa Vildfarelseslærens Formaalstjenlighed som en Konstruktion i de Tilfælde, hvor reale Grunde talte for at erklære Aftalen uvirksom eller ugyldig. Læren var blevet et Universalmiddel, som man efter Forgodtbefindende kunde bringe i Anvendelse eller se bort fra, alt efter hvad der passede bedst i den konkrete Situation.

Ogsaa inden for andre Omraader af Retslivet fik Vildfarelseslærens smidige Udformning en vis Betydning for Retsudviklingen. Særligt kan nævnes Spørgsmaalet om Adgangen til at søge tilbage, hvad der er blevet erlagt i urigtig Formening om Skyld, condictio indebiti.

De romerske Condictionstilfælde rummede flere vigtige Eksempler paa Hensyntagen til svigtende Forudsætninger, — foruden condictio indebiti ogsaa f. Eks. condictio causa data causa non secuta. Det var imidlertid først i von Savignys Lære, at Condictionstilfældene fik en Plads inden for den almindelige Vildfarelseslære: »Bey der condictio indebiti ist der Irrtum der positive Grund für das Recht der Rückvorderung, denn die Zahlung ist eine an sich gültige, wirksame Handlung, die nur ausnahmsweise, und zwar nur des Irrtums wegen, hinterher entkräftet werden kann[48]). I de romerske Condictionstilfælde mødtes Spørgsmaalet om Hensyntagen til error in motivis med det tidligere omtalte Hensyn til at tilbageføre ugrundede Formueforskydninger, hvilket Hensyn senere er blevet nærmere udformet i den saakaldte Berigelsesgrundsætning. Efter de romerske Retskilder gjaldt der som bekendt meget væsentlige Modifikationer i Tilbagesøgningsretten. Netop paa dette Omraade spillede Reglerne om Vildfarelsens undskyldelige Karakter uomtvisteligt en stor Rolle, ligesom den hermed sammenhængende Sondring mellem error facti og error juris. Selv under Hensyntagen til disse Modifikationer er det vist nok berettiget at opfatte den romerske Lære som Udtryk for en Hovedregel om Tilbagesøgningsret, hvis man skal nøjes med en mere almindelig Karakteristik. Efter den naturretlige Udformning af Vildfarelseslæren maatte man vente, at Spørgsmaalet om Tilbagesøgning var blevet behandlet ud fra Reglerne om error in essentialibus. Imidlertid behandler de fleste naturretlige Fremstillinger slet ikke condictio indebiti-Tilfælde selvstændigt. I det 18. Aarhundredes Retslitteratur ser man derimod Forsøg paa at begrunde Tilbagesøgningsretten ved Hjælp af Forestillingen om en stiltiende Overenskomst mellem Betaleren og Modtageren om Tilbagegivelse af det erlagte[49]).

I Stedet for at tage sit Udgangspunkt i Betalerens Vildfarelse eller fiktive Forudsætninger om en stiltiende Overenskomst, maa der ved Løsningen af condictio indebiti-Problemet lægges en afgørende Vægt paa den objektive Kendsgerning, at Betaling har fundet Sted, og at kun særlige Omstændigheder kan føre til at foretage Ændringer i Tingenes Tilstand, naar Modtageren ikke ved eller bør vide, at Betalingen skyldes

[48]) System des heutigen römischen Rechts, III, S. 263.
[49]) Jfr. herom Ørsted, Juridisk Tidsskrift, 14. Bd., 1827, S. 243.

en Fejltagelse. Ud fra reale Grunde maa man betone den Væsensforskel, der er paa Situationen paa Betalingstidspunktet og paa det senere Tilbagesøgningstidspunkt[50]) og den i Forbindelse hermed staaende Trang til Endelighed i Betalingsretshandelerne.

Danske Lov gav ingen Vejledning med Hensyn til Løsningen af Problemet bortset fra den af Ørsted omtalte Tendens, som Loven utvivlsomt udviste i Retning af at binde Folk ved de af dem foretagne frie Handlinger. Det har ikke været muligt ved Gennemgangen af det 17. og 18. Aarhundredes Retspraksis at finde væsentligt Materiale til Bedømmelsen af den ældre Retsudvikling paa dette Omraade. Hvis der i videre Omfang skulde være blevet statueret Tilbagesøgning, har dette sikkert haft Forbindelse med Kendskabet til det romerske Condictionsinstitut og muligvis i den allersidste Del af Aarhundredet med Vildfarelseslæren, omend en Dokumentation herfor ikke kan gives i nærværende Skrift. Det 18. Aarhundredes Systemlitteratur synes ikke at være gaaet nærmere ind paa Problemet, og den første egentlige retsvidenskabelige Behandling af Emnet fandt herhjemme Sted i Ørsteds Afhandling[51]). Ørsted tog direkte sit Udgangspunkt i den »af saa mange forhaanede Lære om quasi — contractus og quasi — delictae«. Som det tidligere er omtalt, var der imidlertid lige saa lidt i dette Tilfælde som ved Behandlingen af Læren om negotiorum gestio Tale om nogen direkte Overførelse af Romerrettens Regler. Tværtimod fremkom han her med Betragtninger, der paa afgørende Maade adskilte hans Lære rent principielt fra den romanistiske, blandt andet ved at være præget af en stærk Tendens i Retning af Begrænsning af Tilbagesøgningsret.

En københavnsk Gæsteretsdom af 13. August 1814[52]) begrundede Tilbagesøgningsret med Udtryk, der stærkt minder om Vildfarelseslærens Terminologier. Den drejede sig om en Vekselskyldner, der af en Fejltagelse havde betalt en Veksel lydende paa 80 Rd. svensk species banco med 80 Sølvspecier, der holdt en væsentlig højere Kurs. Kreditor hævdede, at dette var sket efter Aftale. Dette faktiske Spørgsmaal lod Retten falde ud til Edsafgørelse. Iøvrigt udtalte Dommen, at en Kreditor ikke kan være berettiget til at beholde, hvad der er blevet betalt af en Fejltagelse, Fejlregning eller Fejltælling ud over det Beløb, Kreditor virkelig har Krav paa. »Thi i slige Tilfælde kan der ej antages at finde noget Samtykke Sted fra dens Side, der har gjort en saadan Udbetaling, til at give den anden det, som for meget er udbetalt«. Retten vilde end ikke paalægge den, der stillede Krav om Tilbagesøgning, Bevisbyrden for, at Betalingen var sket som Følge af en Fejltagelse.

Ørsted protesterede imod den generelle Anvendelse af Vildfarelseslæren i condictio indebiti-Sager ud fra samme Synspunkter som dem,

[50]) Jfr. Ussing, Enkelte Kontrakter, 1946, S. 432, samt U.f.R., 1950, S. 618.
[51]) Juridisk Tidsskrift, l. c. S. 225, jfr. Nyt juridisk Arkiv, 9. Bd., S. 124 ff.
[52]) Nyt juridisk Arkiv, 9. Bd., 1815, S. 105.

hvormed han tog Afstand fra Vildfarelseslærens Konsekvenser ved Tilfælde af Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring: »Den indvortes Villie kan, for saa vidt den ikke udvortes har vist sig, hverken stifte Rettigheder eller forstyrre den Retserhvervelse, som har en tilstrækkelig Villiesytring for sig«.

Endvidere fremhævede Ørsted som Kriterium, at det maatte komme an paa, »om Modtageren har haft Føje til at betragte Betalingen som en Erkiendelse af en virkelig Skyld, eller om den har baaret Fejltagelsens aabenbare Præg«. Hvis man lægger dette Kriterium, som vel nok af Ørsted netop blev formuleret noget polemisk over for de romanistiske Teorier, til Grund, vil man i Virkeligheden komme til at afskære Tilbagesøgning i saa vidt Omfang, at det Omraade, der bliver tilbage, — hvor Fejltagelsen er aabenbar — ligefrem kan behandles efter almindelige Ugyldighedsregler, jfr. Ussing: Enkelte Kontrakter, S. 430.

I een Henseende havde Romerretten gjort en væsentlig Modifikation i Tilbagesøgningsretten, nemlig i Tilfælde af error juris. Dette fandt Ørsted velbegrundet, fordi Betaleren i disse Tilfælde selv havde erkendt Betalingsforpligtelsen og ikke burde have Adgang til at rokke sin egen paa denne Erkendelse grundede Handling. I denne Forbindelse kan henvises til en Sag fra 1825 (HP 1825 F, 301) om Tilbagesøgning af en Jordeafgift, der var blevet erlagt som Følge af en Retsvildfarelse. Højesteret stadfæstede Hof- og Stadsrettens Dom, hvorefter Tilbagesøgning blev nægtet: »Det er altsaa ikke ex errore facti, men ex errore juris, at Citanterne har betalt for meget, *og da denne sidste ikke kan hjemle Søgsmaal om Tilbagebetaling,* saa formener jeg allerunderdanigst, at den nedlagte Paastand ikke kan gives Medhold«; til denne Udtalelse sluttede de øvrige Dommere sig. Formuleringen af Rettens Standpunkt under Voteringen kan ikke levne nogen Tvivl om, at det var den romerske Lære, der i dette Tilfælde havde ført til Afvisning af Tilbagesøgningskravet. Senere Retspraksis har fastholdt, at Retsvildfarelse normalt ikke kan give Grundlag for Tilbagesøgningskrav[53]).

Da de almindelige Forudsætningsteorier i sidste Halvdel af det 19. Aarhundrede blev opstillet ud fra subjektive Kriterier, var det vanskeligt at forlige disse med den nævnte Praksis og i det hele taget med Indskrænkninger i Tilbagesøgningsretten, som var bygget paa objektive Kriterier. Den romanistiske Forudsætningsteori kom i Konflikt med den romerske Condictiolære. Da Betalerens Forudsætning om at have en Forpligtelse til at erlægge som Hovedregel er kendelig for Modtageren som afgørende for Modparten (ogsaa som »Viljesbegrænsning« i Julius Lassens Forstand) var dette Resultat uundgaaeligt. Den subjek-

[53]) Jfr. Dommen U.f.R., 1899, S. 311, og Ussing, Enkelte Kontrakter, S. 437—38. A. Vinding Kruse vil dog principielt begrænse Standpunktet til at omfatte de Tilfælde, hvor Vildfarelsen drejer sig om tvivlsomme Retsspørgsmaal, jfr. »Restitutioner«. 1950, S. 249 f., og hertil Ussing, U.f.R., 1950, B., S. 157.

tive Forudsætningsteori kunde ikke tage Hensyn til Vildfarelsens nærmere Karakter, hvis det var klart, at den virkelig havde foreligget. Netop paa dette Omraade maatte de subjektive Teorier imidlertid lide et afgørende Nederlag, fordi de ikke aabnede Mulighed for at tage Hensyn til den objektive Trang til Endelighed i Betalingsforholdene, som allerede Ørsteds Lære havde imødekommet ved blandt andet at lægge en særegen Vægt paa Modtagerens Forventning om at kunne beholde det modtagne. Romerretten havde gjort betydningsfulde Indskrænkninger i Adgangen til at paaberaabe sig en Vildfarelse ikke mindst paa det foreliggende Omraade, men den havde ikke Blik for, at Tilbagesøgning eventuelt kunde foraarsage en (ogsaa ud fra mere objektive Retssynspunkter) uheldig Forstyrrelse af Betalingsmodtagerens Forhold, selv f. Eks. i Tilfælde, hvor Betalerens Vildfarelse maatte betegnes som undskyldelig.

c) *Hæveret i Anledning af Misligholdelse.* I gensidigt bebyrdende Kontraktforhold spiller Forudsætningen om Modydelsens behørige Erlæggelse som Hovedregel en væsentlig Rolle for Løftegiveren. Man plejer at tale om Afhængigheden mellem Ydelse og Modydelse, og naar Talen gælder Forholdene i moderne Ret, er der taget væsentlige Hensyn til dette Afhængighedsforhold i Retsreglerne. I Forbindelse med Omtalen af Standsningsretsproblemet er det ovenfor blevet nævnt, at dette Spørgsmaal i ældre Ret ikke altid har været set ud fra samme Synspunkt som nu. Det kan vist nok siges at være den almindelige Opfattelse, at det historiske Udgangspunkt for romersk Rets Vedkommende var de gensidige Forpligtelsers principielle Selvstændighed og indbyrdes Uafhængighed. Særlig Styrke vinder dette Syn paa Romerretten, hvis man maa antage den af flere Romanister forfægtede Teori vedrørende Consensualkontrakternes Oprindelse i gensidige Stipulationsforhold. Denne Hypotese kan dog ikke siges at være bevist, og det maa under alle Omstændigheder indrømmes, at Romerretten paa et ret tidligt Tidspunkt gjorde væsentlige Indrømmelser til det nærliggende Synspunkt, at Forpligtelserne i gensidigt bebyrdende Kontrakter staar i Afhængighedsforhold til hinanden, saaledes at Løftets Uvirksomhed eller Ikkeopfyldelse efter Omstændighederne kan influere paa Modløftets Virksomhed. Ved processuelle Indskrænkninger i Køb- og Salgsaktionernes Virkeomraade og ad Exceptionsvejen naaede man til at tage materielretlige Hensyn af den nævnte Art. For Køb og Salgs Vedkommende var Misligholdelsesreglerne forskelligt beskafne, eftersom der var Tale om Misligholdelse bestaaende i Mangler ved den lovede Ydelse, eller der var Tale om andre Misligholdelsesformer. I den første Gruppe Tilfælde var der ved Ædilklagerne blevet gjort Indrømmelser til det, der nu kaldes Forudsætningssynspunktet. Inden for Innominatkontrakternes Omraade førte Condictionsadgangen i hvert Fald i ren

økonomisk Henseende ligeledes til samme Resultat som Anerkendelse af forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelser.

Paa Køb- og Salgsrettens Omraade var Stillingen derimod den, at der ikke anerkendtes nogen almindelig Hæveret i Anledning af Misligholdelse, med mindre der forelaa særligt aftalemæssigt Grundlag derfor. Navnlig gjaldt det, at Ikke-Erlæggelse fra Sælgerens Side eller Forsinkelse ikke normalt gav Modparten Ret til at træde tilbage fra Købet.

Dette Standpunkt fremgaar egenlig ikke direkte af de romerske Retskilder, men kan blandt andet modsætningsvis udledes af Reglerne om lex commissoria-Aftalen (jfr. D. 18, 3).

I Naturretslæren var derimod det almindelige Synspunkt anerkendt, at Ydelse var betinget af Modydelse i gensidigt bebyrdende Retsforhold[54]).

Naar moderne Teori opstiller den Sætning, at der normalt kan hæves i Tilfælde af væsentlig Misligholdelse, opfattes dette som et Udslag af Forudsætningssynspunktet. Netop paa dette Omraade har den almindelige Forudsætningsteori vist sin Brugbarhed som Arbejdshypotese. Dette skyldes ikke mindst Gennemførelse af en objektiv Teori, der aabner Mulighed for i det enkelte Tilfælde at tillægge Forudsætningen den Vægt, som praktiske Retshensyn fører til. Thi samtidig med, at Forudsætningssynspunktet giver en værdifuld Vejledning med Hensyn til Slægtskabet mellem forskellige Misligholdelsesbeføjelser og disses Beskaffenhed inden for forskellige Kontrakttyper, er det tillige muligt i Overensstemmelse med Forudsætningssynspunktet at begrænse de forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelser ud fra objektive Retshensyn, — f. Eks. netop afskære Hæveret, naar Misligholdelse indtræder, efter at der er sket Overgivelse (paa Kredit).

For at forstaa Baggrunden for Fremkomsten af den almindelige Hæveregel i dansk Ret, har det væsentlig Interesse at iagttage Udviklingen inden for Retspraksis i det 18. Aarhundrede. De fleste af de herhenhørende Retssager drejer sig om Køb og Salg, idet det naturligvis var denne Kontrakt, der hyppigst forelaa til Bedømmelse i Praksis. Men ogsaa Retsafgørelserne vedrørende Tingsleje og rentebærende Pengelaan har haft Betydning for Udviklingens Gang. Danske Lov indeholdt ikke almindelige Misligholdelsesbestemmelser, men dog alligevel vigtige Regler gældende for enkelte Kontrakttyper. Ifølge DL 5-7-8

---

[54]) Jfr. ovenfor S. 80 m. N. 20 samt Pufendorf V, XI, 9, hvor det hedder, at obligatio non tam solvitur, quam abrumpitur alterius partis perfidia. Løftet i et gensidigt Forhold afgives ikke »absolute et gratis«, men med Henblik paa Modydelsen, hvorfor de gensidige Præstationer betinger hinanden. Denne almindelige Betingelseslære harmonerede iøvrigt med den naturretlige Lære om Ligevægt mellem Parternes Ydelser (Aequalitas), der blev opfattet som hørende til Kontraktens essentialia, jfr. Pufendorf, V, Kap. III. For dansk Naturretsteoris Vedk. kan iøvrigt henvises til Nørregaard, Naturrettens første Grunde, 1784, S. 262: »naar den eene Contrahent handler imod de Pligter, Contracten paalægger ham, saa staar det til den anden Contrahent, om han vil vedblive Contracten eller ikke«.

havde Panthaveren Ret til at træde til sit Pant, naar Pantsætteren ikke holdt sin Forskrivning med Rentens Erlæggelse i rette Tid, eller med Hovedstolens Betaling efter lovlig Opsigelse. De vigtige Regler i Danske Lov 3-13-1 og 2 omhandlede Adgangen til Ophævelse af Fæsteforholdet i Tilfælde af Misligholdelse fra Fæsterens Side. Som Misligholdelsesgrundlag nævnes manglende Vedligeholdelse af Ejendommen, Forsinkelse med Erlæggelse af de Fæsteren paahvilende Ydelser, Fremlaan, Fremleje, ulovlig Skovhugst m. m. Endelig kan maaske nævnes Bestemmelsen i 5-1-11 vedrørende Adgangen til at ophæve Aftægtskontrakten. En saadan kunde ikke tilbagekaldes, med mindre det bevistes, at Modparten enten ikke vilde eller ikke kunde forskaffe Fledføringen den lovede Forsørgelse. Disse og enkelte andre Regler i Lovbogen maatte naturligvis begunstige Anerkendelsen af Misligholdelsesbeføjelser paa forudsætningsmæssigt Grundlag. Paa den anden Side viste det sig, at de generelt formede Bestemmelser i Danske Lov 5-1-1 og 2 vedrørende Pligten til at holde Kontrakter, saaledes som de var indgaaet, kom til at volde visse Vanskeligheder for Formuleringen af en almindelig Hæveregel.

Allerede fra et ret tidligt Tidspunkt i det 18. Aarhundrede begyndte Brydningen mellem Romerretten og Naturretten at faa Betydning i Retspraksis, og omkring Midten af det 18. Aarhundrede ser man den almindelige Regel formuleret, at Brud paa et gensidigt bebyrdende Kontraktforhold fra en af Kontrahenternes Side maatte medføre Uvirksomhed. I Voteringerne bringes Synspunktet i Reglen i nær Tilknytning til DL 5-1-1 og 2. Man faar det Indtryk, at den kraftige Understregning i Loven af Pligten til at holde en indgaaet Kontrakt bevirkede, at denne »Pligt« opfattedes som andet og mere end et Retsgrundlag for Medkontrahenten, saaledes at Pligtbrud var en »Ulydighed« mod Loven. Misligholdelse var følgelig ikke blot et kontraktstridigt Forhold, men primært et lovstridigt Forhold, der bevirkede, at Løftebryderen ikke kunde paaberaabe sig Lovreglen om Kontraktens forbindende Virkning, jfr. følgende Udtalelse i Højesteret i 1754: »ved Misligholdelse er Contracten brudt, og den anden Contrahent har Magt at ophæve Contracten og paastaa Indemnisation, som er klart efter Lovens 5-1-1 og 2, som byder Contracters stricte Holdelse efter deres Indhold«. Naar den samme Dommer udtalte, at det ikke behøvede at staa i Kontrakten, at den skulde være ophævet ved Misligholdelse, fordi dette »*tacite intellegitur secundum jus et naturam rei*« faar man en Del af Forklaringen paa Konstruktionsforsøget, nemlig dette, at man paa et tidligt Tidspunkt forsøgte at indfortolke Naturretsdoktrinen i Danske Lov. Naar Konstruktionen ud fra Principperne om Løftets Ubrydelighed medførte, at Misligholdelse kom til at tage sig ud som et Pligtbrud, — et lovstridigt Forhold, havde det til Følge, at Aftalen maatte anses for ophævet ved selve Misligholdelsen. Særlig Styrke fik Synspunktet naturligvis i de

Tilfælde, hvor den kontraktmæssige Opfyldelsespligt i særlige Bestemmelser var blevet paalagt i selve Loven. Dette var f. Eks. Tilfældet ved Overdragelse af fast Ejendom, hvor Pligten til at hjemle det solgte »med nøjagtig Skiøde« (DL 5-3-12) var blevet særlig positivt understreget. Reglerne paa dette Omraade stod jo i Forbindelse med Landskabslovenes Regler, der som Danske Lov paalagde den Bod (Tremarksbod), der solgte »uhjemmelt«. I saadanne Tilfælde kunde Misligholdelsen virkelig siges at være »imod Loven«[54a]).

Sagen HP 1749 A. 75 giver en god Illustration af det ældste Lag af Retsudviklingen paa dette Omraade i Tiden efter Danske Lov. Sagsøgeren havde anlagt Sag til Opfyldelse af en Købekontrakt, som Køberen ikke mente han var pligtig at vedstaa, fordi Sælgeren ikke havde skaffet ham frit Skøde paa Ejendommen (delvis Vanhjemmel). Ved Magistratens Dom blev Køberen dømt, men i Højesteret var man enig om at omstøde de ergangne Domme. »Endskønt Loven i 5-1-2 melder, at alle Contracter bør holdes og efterkommes i alle deres Ord og Clausuler, saa er der og mange Contracter, i en og anden Post forandres, som nøje bør iagttages« og »da lige saa vist en Contract paa begge Sider bør holdes, saa ustridig er det, at denne Contract ej er bleven holdet«. Ved de første Instanser var Køberen blevet dømt, fordi han allerede havde taget Ejendommen i Besiddelse, men dette Moment fandt Højesteret ikke afgørende, da det maatte antages, at Indflytningen var sket »i Haab om« at faa Skøde, og Citanten ikke havde præsteret, »hvad han burde«.

Faa Aar senere kom en Sag til Paadømmelse, som gav Anledning til en direkte Brydning mellem naturretlige og romerretlige Synspunkter, jfr. HP 1754 A, 502. Ogsaa her drejede Sagen sig om en Købekontrakt om fast Ejendom. Køberen havde ikke erlagt Købesummen i rette Tid, hvorfor Sælgeren anlagde Sag til Ophævelse af Købet. Heroverfor indvendte Køberen, at Sælgeren paa Grund af forskellige Behæftelser paa Ejendommen ikke havde kunnet hjemle ham Ejendommen. Sagen hidrørte fra Norge, hvor Sorenskriveren havde anerkendt Kravet om Ophævelse. Ved Laugtingsdommen og Oberhofretsdommen blev Køberen imidlertid dømt til at vedstaa Kontrakten, og denne Afgørelse blev med 6 Stemmer mod 3 stadfæstet i Højesteret. Flertallet naaede til dette Resultat ud fra højst forskellige Begrundelser. Nogle Dommere anførte, at man ikke kunde have Hæveret, naar Kontrakten ikke indeholdt særlig Klausul herom (clausula »comminutoria«, — altsaa lex commissoria). Heroverfor udtalte Stampe: »da alle contractus er reciproci, kan den, som opfylder Contracten paastaa dens Ophævelse, naar den anden Con-

[54a]) Der kan næppe heller være Tvivl om, at Retspraksis stedse har fastholdt Køberens Adgang til at kræve Købesummen tilbage i Vanhjemmelstilfælde, i hvert Fald udfra det Synspunkt, at Køberen maatte kunne kræve Erstatning, hvis han kom til at afstaa Salgsgenstanden, en Erstatning, der normalt vilde komme til at svare til Købesummen, jfr. nedenfor S. 300 ff.

trahent ej præsterer præstanda«. Men i dette Tilfælde antog Stampe, at Aftalen maatte staa ved Magt, da der var Forseelse paa begge Sider, — altsaa det samme Synspunkt, som nu formuleres paa den Maade, at Ikke-Opfyldelse kan være retfærdiggjort ved Fordringshaverens Forhold[55]). Mindretallets Standpunkt var baseret paa den naturretlige Lære, og det Synspunkt, at Køberen maatte anses for den, der havde været mest »in culpa«, blandt andet fordi han kunde have deponeret Købesummen til Fordel for Sælgeren.

I Sagen HP 1757 A, 29, paastod Køberen af en Bjergværksanpart Købet ophævet, fordi det viste sig, at Bjergværket var behæftet saaledes, at Panthaverens Krav præjudicerede Køberen. Det fremgaar imidlertid af Sagens Oplysninger, at Salget netop var sket i Forbindelse med en Gældsordning, saaledes at Salgsprovenuet skulde tilgaa Kreditorerne, der saaledes selv havde samtykket i Salget i egen Interesse. I Højesteret var der tilsyneladende slet ingen Tvivl om, at en Køber maatte have Hæveret i Tilfælde af delvis Vanhjemmel. Spørgsmaalet drejede sig snarere om, hvorvidt der i det foreliggende Tilfælde virkelig kunde siges at foreligge en Vanhjemmel, der kunde karakteriseres som Misligholdelse, naar den ovennævnte særlige Baggrund for Sagen blev taget i Betragtning. 7 Dommere vilde stadfæste Oberhofretsdommen, der havde givet Køberen Medhold, medens 9 Dommere antog ligesom Bytingsdommen, at Køberen ikke i dette Tilfælde kunde fragaa Købet »under Paaskud af Vanhjemmel«. Efter Købets Indgaaelse, men inden Dommen, var Panteobligationen da ogsaa blevet udslettet af Pantebogen. Ogsaa i denne Sag blev det fremhævet, at Køberen i hvert Fald kunde have deponeret Købesummen indtil Sagens Afgørelse.

Ogsaa de fra 1760-erne stammende Retssager vidner om en ret almindelig Anerkendelse af Hæveretten ved Misligholdelse, selv om det endnu ikke syntes afgjort, om den naturretlige Lære eller lex commissoria-Synspunktet skulde faa Overtaget. I Sagen HP 1761 A, S. 160, der handlede om, hvorvidt en Interessentskabskontrakt kunde anses for opretholdt under Hensyn til, at den ene Interessent faktisk havde givet Afkald paa sine Rettigheder som Interessent og arbejdet for Medkontrahenten for fast Løn, antog Højesteret, at den paagældende Interessent ved selv at bryde Kontrakten havde anerkendt dens Bortfald. »Saa meget mere, som Contracter i alle Poster stricte bør efterleves, og naar nogen af dem ej efterkommes, er Contracten i alt brudt . . .«.

Af den følgende Tids Afgørelser og de almindeligt holdte Udtalelser under Voteringen i Højesteret angaaende Misligholdelsesspørgsmaalet, maa det antages, at Kontraktsbrud som Hovedregel blev betragtet som Hævegrundlag, jfr. Dommene HP 1762 A, 171 og 340, samt 1763 A, 50. I disse og mange andre Sager blev der af Parterne direkte nedlagt Paastand paa Hæveret, hvoraf man ogsaa faar det Indtryk, at det var et

[55]) Jfr. Ussing, Dansk Obligationsret, alm. Del, 1946, S. 70.

Synspunkt, der var i Overensstemmelse med den almindelige Retsopfattelse i Datiden. Imidlertid ændredes Standpunktet i Retspraksis paa betydningsfuld Maade i Aarene efter 1770. Det fremgaar bl. a. af Sagen HP 1774, S. 477 (ovenf. S. 110), at Læren om, at Misligholdelse ikke i Almindelighed medførte Hæveret, havde faaet overbeviste Tilhængere i Retten: »At det sidste halve Aars Renter ikke er betalt ... (der hentydes til Forrentningen af en Restkøbesum i Henhold til Aftalen om Overdragelse af »Svanemøllen«) deraf følger aldeles ikke, at Contracten derfor skal være ophævet, da den ingen lex commissoria indeholder, og da en Contract uden denne, ej kan rescinderes, fordi en af de contraherende, ej holder, hvad han har forbundet sig til, men deraf alene flyder actio imod ham til at opfylde Contracten og til at erstatte alt det Tab, som den anden ved hans mora lider.«

Den docerende Maade, hvorpaa de romerske Resprincipper her blev fremført i Højesteret, kunde tyde paa, at der netop paa dette Tidspunkt var ved at indtræde en Vending i Retsopfattelsen til Fordel for en Indsnævring af Hæveretten. Kort Tid efter kan man da ogsaa i Højesterets Protokoller se en Bekræftelse paa det berettigede i denne Formodning, jfr. HP 1776, S. 542. De Appelindstævnte havde ved en Kontrakt af 1774 forpligtet sig til at levere Citanten et Parti Korn mod Betaling af dette den 1. Marts 1775 og mod Kaution for Købesummen. Kautionsløftet (Løftet om at skaffe Kaution) var afgivet mundtligt, men under Retssagen blev den mundtlige Aftale paa fyldestgørende Maade dokumenteret igennem Vidnesbevis, og det fremgaar da ogsaa af Voteringen, at der ikke i Højesteret var Tvivl om den faktiske Side af Sagen, nemlig at Kaution skulde have været skaffet i Løbet af 8—14 Dage efter Købeaftalens Indgaaelse. »Men da denne mundtlige Aftale lige saa lidt som dette Bevis indeholder nogen lex commissoria, saa formenes, at dette pactum adjectum ... kan ej operere anden Forpligt i Henseende til Lund, end at han bør præstere dem den Skade, han har tilføjet dem ved at være in mora«. Trods dette lex commissoria-Synspunkt stadfæstede Højesteret Birketingsdommen, ved hvilken Sælgerne var blevet frifundet, fordi Køberen ikke havde tilbudt Pengene den 1. Marts 1775 »og saaledes opfyldt essentialia af Contracten«.

Endnu havde lex commissoria-Synspunktet, som det fremgaar af den sidstnævnte Doms Resultat, ikke vundet fuldstændig Overhaand, men der er næppe Grund til at tvivle om, at dette skete i den umiddelbart paafølgende Periode. Dette indiceres for det første af den tidligere omtalte Standsningsretspraksis, hvor Sælgernes Krav om Standsningsret blev afvist paa det Grundlag, at Sælgerne overhovedet ikke kunde hæve Salgsaftalen, naar der ikke forelaa lex commissoria-Aftale[56]). Endvidere

[56]) Jfr. HP 1776, S. 634, og ovenf. S. 87. Det anføres, at Køberens Brev ikke indeholdt lex commissoria. Debes formulerede under Voteringen i denne Sag lex commissoria-Aftalen i nøje Overensstemmelse med de romerske Retskilder, jfr. D. 18, 3, 2 »Si ad diem pecunia soluta non sit, fundus in-emptus sit.«

kan henvises til, at Retslivet aabenbart bøjede sig for den nye Opfattelse. Hyppigere og hyppigere ser man Eksempler paa Kontraktforhold indeholdende udtrykkelige Hæveklausuler, noget som var uhyre sjældent forekommende i Aarene før 1770[57]).

I særlige Tilfælde anerkendte Praksis stadig Hæveret, selv uden lex commissoria-Aftaler jfr. Sagen HP 1783 A., S. 98, hvor Køberen ikke havde afhentet Salgsgenstanden eller betalt denne to Aar efter Købets Indgaaelse. Her var der Enighed i Højesteret om at frifinde Sælgeren, der ønskede at hæve Aftalen. »Da det er nødvendigt, at der er Ende paa alle saadanne Handlinger«. I de Tilfælde, hvor der var aftalt Hæveklausul, kunde der af og til være Tvivl om, hvor strengt Klausulen skulde fortolkes. Paa dette Punkt kan henvises til HP 1783 A, 677, hvor der var Tale om Misligholdelse af en Forpagtningskontrakt indeholdende Hæveklausul. Forpagteren havde ikke betalt Afgiften til Terminen, og da denne var udtrykkelig aftalt, »maa disse strictissime antages, uden at Frich (Forpagteren) kan forundes den Dilation, som Loven ellers giver i Henseende til andre Penge, som skal betales til disse Terminer«.

Forsaavidt angaar Spørgsmaalet om Hæveret i Anledning af ikke-Erlæggelse indenfor Køb- og Salgsomraadet, kan der imidlertid næppe herske nogen Tvivl om lex commissoria-Kravets Sejr. I Sagen HP 1786 A, 696 var der Tale om en Retstvist, der var opstaaet mellem Køberen og Sælgeren af en fast Ejendom. Sælgeren paastod Handelen ophævet, fordi Køberen ikke havde erlagt Købesummen rettidigt. Ogsaa i denne Sag, som i saa mange andre Retssager vedrørende Køb og Salg af fast Ejendom, kunde der, saavidt man kan se af Voteringen, herske nogen Tvivl om, hvorvidt der havde foreligget en virkelig Forsinkelse med Betalingen, og om denne ikke kunde have været retfærdiggjort ved Sælgerens eget Forhold. Højesteret afviste Kravet om Ophævelse, idet de fleste Dommere sluttede sig til Graah's Votum, som synes at have indeholdt en dobbelt Begrundelse for Afvisningen af Sælgerens Paastand: »... thi, at der ikke er præsteret Betaling, som dog er urigtig, deraf flyder ikke Contractens Ophævelse. Enhver contractus bilateralis er derfor ikke hypoteticus, medmindre det stipuleres, som ikke er casus her. Analogien af 3-13-1 er upassende, og overalt: Exceptio in casibus non exceptis firmat regulam, ligesom heraf ikke følger, at alle Contracter ex eo capite skulle rescinderes«. En enkelt Dommer var af en anden Anskuelse, men nøjedes med at bemærke: »Da her er Pluralitet, om

[57]) Dette forekom nu saavel i Panteobligationer og Gældsbreve (jfr. HP 1777, S. 71) og Forpagtningskontrakter (HP 1777, S. 300); i det sidste Tilfælde var der dog Tale om, at Klausulen blev indlagt som gældende i Retsforholdet imellem Parterne ved Landstingsdommen, hvilket afstedkom Uenighed i Højesteret, fordi Kontrakten — der paa andre Punkter indeholdt Hæveklausul — ikke paa det omprocederede Punkt »ommeldte nogen lex commissoria«. Desuden saas Klausulen ikke sjældent i skriftlige Købekontrakter, jfr. i denne Forbindelse HP 1790, S. 696.

at Købecontracten ej kan ophæves, saa unødvendigt derfor at anføre Argumenter«. Den naturretlige Lære vedblev da sikkert ogsaa at have Tilhængere i Retten. Ofte dukkede den frem under Voteringerne, og det maa sikkert antages, at der i hele den sidste Del af det attende Aarhundrede herskede ret væsentlig Retsusikkerhed paa hele dette Omraade. I en Sag fra 1789, som bliver nærmere omtalt nedenfor, udtalte Sporon: »Den Question, om en opfyldt Contract enten bør rescinderes eller Erstatning finde Sted, er vanskelig in abstracto, thi Lovens 5-1-2 taler intet herom«. Den senere Retsudvikling vidner da ogsaa om, at man ikke i Løbet af det 18. Aarhundrede naaede til en saa klar Standpunkttagen, at Retsafgørelserne i denne Periode kom til at blive eneafgørende fremover.

Brydningen mellem Naturretsdoktrinen og lex commissoria-Kravet kom ikke til at præge Retsafgørelserne vedrørende alle Arter af Misligholdelse. Navnlig synes Spørgsmaalet om Adgangen til at hæve et Køb som Følge af Mangler ved Salgsgenstanden at være blevet afgjort uden Hensyntagen til den almindelige Diskussion om Hæverettens Udstrækning. I denne Forbindelse maa det erindres, at romersk Ret i vid Udstrækning havde godkendt Hæveret, naar Mangelfrihed maatte anses for garanteret af Sælgeren (ovenf. S. 48 f.).

I den tidligere omtalte Sag HP 1760 A, 75, vilde Køberen af to Skibsankre kræve Købesummen tilbage mod Overlevering af Ankrene, der var brækkede. Smeden havde afgivet Garanti med Hensyn til Arbejdet gældende i Aar og Dag. Det viste sig, at Forarbejdningen i og for sig havde været tilfredsstillende, men at Raamaterialet havde været daarligt. Et Flertal vilde vistnok frifinde Smeden under Hensyn til, at den afgivne Garanti kun havde haft Hensyn til selve Arbejdet, men andre vilde derimod konfirmere Magistratens Dom, ved hvilken Ankersmeden var blevet dømt til at tilbagebetale Købesummen. »Enhver Haandværksmand bør præstere forsvarligt Arbejde, saa meget mere en Ankersmed, da baade Skibs og Ladnings Conservation dependerer af Ankeret«. Stampe sluttede sig til denne Opfattelse, idet han tilføjede: »En Ankersmed bør svare ligesaavel til Formen som Materien af hans Arbejde«. (Jfr. nærmere om denne Dom ovenf. S. 51).

Den følgende Tids Sager vedrørende Mangelstilfælde vidner om, at Hæveretten principielt blev bibeholdt paa dette Omraade uden Hensyn til de Indskrænkninger, som denne Ret blev undergivet i andre Misligholdelsestilfælde. I Sagen HP 1770, S. 278, paastod Indstævnte en Hestehandel ophævet, fordi en af Hestene lammede. Højesteret konfirmerede imidlertid i dette Tilfælde Magistratens Dom, der havde afvist Hævekravet (Indstævning til Højesteret var sket til Konfirmation), dels under Hensyn til et caveat emptor Synspunkt, dels fordi det kunde være tvivlsomt, om ikke Manglen var indtraadt paa et Tidspunkt, hvor Køberen selv maatte bære Risikoen for Hestenes Tilstand. I 1772 fik

Højesteret atter forelagt en Handel vedrørende et Skibsanker (HP 1772, S. 78). Det kunde næsten se ud, som om Afgørelsen af 1760 havde spillet en Rolle for Køberens Sagsanlæg. Under alle Omstændigheder var det vistnok den samme Ankersmed, der nu atter blev sagsøgt, i dette Tilfælde fordi Ankret efter to Aars Forløb var gaaet i Stykker. Køberen anførte bl. a. netop det Moment, der havde medført, at Ankersmeden i 1760-Sagen var blevet sagsøgt, nemlig at der var brugt daarligt Jern til Ankret. Paa dette Tidspunkt (1772) søgte Regeringen vistnok at fremme Handelen med Norge bl. a. ved Regulering af Metalimporten. Debes anførte direkte, at Smeden havde været pligtig at bruge norsk Jern, som ofte var »koldskørt«, og derudover, at Smeden i Overensstemmelse med en Plakat af 1761 (der vel nok var fremkommet som Følge af Højesteretsdommen af 1760) havde ladet sit Anker prøve og faaet det godkendt. Kravet om Ophævelse af Købet blev derfor ikke anerkendt.

Foruden den ovenfor S. 52 refererede Højesteretsafgørelse (HP 1781 A, 67) kan dernæst henvises til HP 1790 A, 139, hvor en Køber krævede en Hestehandel ophævet, fordi Hestene ikke havde vist sig at svare til hans Forventninger. Højesteret stadfæstede Landstingsdommen, der i Modsætning til Herredstingsdommen havde afvist Kravet om Ophævelse. Det anføres, at Sælgeren ikke havde lovet »ubedærvede« Heste[58]), og at han ikke havde »profiteret«, da Hestene var blevet solgt for det samme Beløb, som Sælgeren havde givet for dem. En Udtalelse fra Sælgeren, der kunde forstaas som et Løfte om at tage Hestene tilbage, blev ikke tillagt Betydning, da Køberen imod Aftalen havde benyttet Hestene.

I Sagen HP 1793 A, 265 paastod en Auktionskøber, at han maatte have Ret til at afvise en Del danske Lovbøger, som han havde budt paa under Boghandler Boppenhausens Dødsboauktion, fordi det viste sig, at Lovbøgerne var meget mangelfulde, og at de efter Cancelliets Resolution ikke maatte sælges uden til Makulatur. Hof- og Stadsretten godkendte Køberens Krav for den Del af Bøgerne, som var behæftet med Mangler, men ved Højesteret blev Køberen dømt til at betale i Overensstemmelse med Auktionsbudet, da han ved Mandatar frivilligt havde købt Bøgerne og Mandataren, der selv havde forfattet Bogkataloget, havde været klar over Manglerne. Et Mindretal vilde stadfæste Hof- og Stadsretsdommen, dels under Henvisning til 5-1-2 (Salget af Bøgerne var »forbudt«), dels under Henvisning til, at der i dette Tilfælde forelaa en error in essentialibus (formentlig error in substantia).

Inden for Fæste- og Forpagtningsforhold fremkom der meget hyppigt Retssager vedrørende Adgangen til at ophæve Kontrakten som Følge af Brugerens Misligholdelse. Paa dette Omraade begunstigede, som ovenfor nævnt, DL 3-13-1 og 2 Antagelsen af en almindelig Hæveregel.

---

[58]) Med dette Standpunkt kunde det være nærliggende at sammenligne de ovenfor S. 51, Note 58, meddelte Citater.

Man skulde paa Forhaand have troet, at lex commissoria-Kravet, efter sin romerretlige Oprindelse, skulde have haft svært ved at trænge ind i Retsanvendelsen uden for Køb- og Salgsomraadet, og at der navnlig i Brugskontrakterne med Støtte i Naturretslæren kunde have været Muligheder for Analogislutninger fra DL, og ikke Modsætningsslutninger. Det viste sig imidlertid, at Tendensen i Retning af at betragte de positive Hæveregler i Loven som Undtagelsestilfælde, der bekræftede en modsat Hovedregel, var saa stærk, at Retsudviklingen ikke gik i den antydede Retning.

Dette viste sig for det første ved selve Fortolkningen af DL i de Retstilfælde, der efter deres Beskaffenhed faldt ind under Lovordene, in casu de egentlige Fæstekontrakter. I de Tilfælde, hvor Fæsteren blev sagsøgt i Anledning af Misligholdelse, der efter sin Beskaffenhed ikke var af samme Art, som de i Loven omtalte Misligholdelsestilfælde, var man i Retspraksis nærmest tilbøjelig til at afvise Paastanden om, at Fæsteren skulde have sit Fæste forbrudt. Dette hang maaske ogsaa sammen med en mere almindelig Tendens til at beskytte Fæsterne over for Vilkaarlighed. Blandt de mange Sager, der fremkom om Ophævelse af Fæsteforhold, kan som Eksempel nævnes Sagen HP 1773, 575, hvor Sagsøgeren paastod, at Fæstet maatte være forbrudt, fordi Fæsteren havde »bortført Gødningen til Jordens Forværrelse«. Dette Synspunkt blev afvist, da »Loven ikke expresse (har) fastsat dette som en Aarsag til Fæstets Forbrydelse i Norge«. Endvidere kan henvises til Sagen HP 1792, S. 438[59]). Her havde Fæsteren paadraget sig »en ubetydelig Restance«, og i denne Anledning blev han sat fra Gaarden. I Højesteret var et Mindretal af den Opfattelse, at DL 3-13-1 og 2 hjemlede dette Resultat »ihvorvel det gør (Ejeren) ingen Ære at udkaste (Fæsteren) for saadan en Bagatel saa kan dog Dommeren ikke ifølge 3-13-1 og 2 gøre andet end dømme Bonden fra Fæstet, da (Ejeren) har jus strictum for sig, thi Summens Ubetydelighed kan ingen Ændring gøre«. Flertallet vilde imidlertid ikke godkende en saa streng Gennemførelse af Loven: »den meget strenge Regel i 3-13 har sin Grund i Trangen til Sikkerhed for Restancer, og i saa Fald maatte det være bevist, at Bonden var uvederhæftig. Men han havde jo en stor Beholdning og har ikke vist Uvilje højst en Skødesløshed«.

Fæsteren kunde ikke anses som »Debitor morosus« uden det oplystes, at han hverken kunde eller vilde betale, ligesom det anførtes, at Ordet »forbryde« i 3-13-2 maatte forstaas som forudsættende Dolus. Misligholdelsen blev altsaa i det foreliggende Tilfælde ikke anset for væsentlig, ligesom man sporer en Tendens til at indføre subjektive Hævebetingelser, hvilket ikke forekom helt sjældent under Voteringerne i Retssager om Misligholdelse. Det harmonerede iøvrigt ogsaa med det ovenfor omtalte Pligtbrudssynspunkt.

[59]) Jfr. derudover Sagerne HP 1792, S. 628, 1793, S. 6, 1794, S. 487.

Hvor der var Tale om Brugsforhold uden for 3-13's Omraade, synes Højesteret at have indført lex commissoria-Kravet, samtidig med at dette blev bragt i Anvendelse ved andre Kontraktforhold. I de fleste Sager fra den sidste Del af det 18. Aarhundrede kom Standpunktet ikke klart frem, fordi næsten alle de Kontrakter, der blev forelagt Domstolene, indeholdt Hæveklausuler af forskelligt Indhold. Der foreligger dog en enkelt principiel Afgørelse, jfr. HP 1789 A, 614. I dette Tilfælde var der Tale om Forpagtning af en Præstegaard og den dertil hørende Præstetiende. Forpagteren, der oprindelig havde lovet Kaution for Opfyldelsen af sine Forpligtelser, blev ved en Tillægsaftale fritaget for denne. »Denne Citantens Føjelighed skal Indstævnte have betjent sig af til at fortrædige ham ved Contractens Misligholdelse«. Højesteret frifandt imidlertid Forpagteren for Paastanden om Ophævelse. 3 Dommere ansaa Kontrakten for brudt, bl. a. fordi Forpagteren havde ladet Ejendommen forfalde, og som teoretisk Begrundelse for Ophævelsesretten blev Vildfarelseslæren bragt i Anvendelse, paa den Maade, at Overtrædelse af det, der kunde kaldes Kontraktens essentialia, maatte medføre Hæveret. Dette vil altsaa svare til det nuværende Synspunkt. hvorefter Hæveret normalt kan gøres gældende i Tilfælde af væsentlig Misligholdelse. Flertallet indlod sig imidlertid ikke paa nogen Bedømmelse af Misligholdelsens Væsentlighed i det foreliggende Tilfælde, men støttede direkte sit Standpunkt paa det Synspunkt, at den indgaaede Kontrakt ikke indeholdt nogen clausula commissoria: »naar 5-1-2 byder, at Contracter skal holdes, som de er indgaaede, formenes, at Contracten, som har ingen clausula commissoria, skal ej i nærværende Sag være ophævet. Har derfor Forpagteren ej opfyldt Contracten, kan ikke følge andet end Ret til Contractens Opfyldelse . . .« Det var i denne Sag, Sporon fremkom med den ovenfor citerede Bemærkning om det almindelige Problems Tvivlsomhed. Hans Tvivl om gældende Ret paa dette Omraade førte ham til at give Tilslutning til Mindretallets Standpunkt, der altsaa ved denne Afgørelse blev udtrykkeligt underkendt. Under Hensyn til den her omtalte Retsafgørelse og den tidligere omtalte Sag, HP 1786 A, 696, maa det være berettiget at fastslaa, at dansk Ret ikke i Slutningen af det 18. Aarhundrede anerkendte nogen almindelig Adgang til at hæve Kontraktforhold som Følge af Misligholdelse, og at dette Resultat var naaet under direkte romerretlig Paavirkning, endog i et Tilfælde, hvor denne Paavirkningsfaktor stod alene og ikke stemte overens med den ellers saa betydningsfulde Naturretslære.

Paa denne Baggrund har det en særlig Interesse at undersøge Behandlingen af Bestemmelsen i Danske Lov 5-7-8. Denne Bestemmelses direkte Omraade var Misligholdelse af rentebærende Panteobligationer ved Forsinkelse med Rentebetalingen. Det synes at fremgaa af Retspraksis, at Domstolene allerede i Begyndelsen af det 18. Aarhundrede og sikkert i Overensstemmelse med Retstilstanden i endnu ældre Pe-

rioder, fortolkede Bestemmelsen ret strengt i den Henseende, at selv kortvarige Udeblivelser medførte, at Panthaveren kunde træde til sit Pant. Dette Standpunkt blev fasholdt ogsaa i den sidste Del af det 18. Aarhundrede, jfr. HP 1759, S. 89 og 1778, S. 23. Det eneste, der voldte Tvivl i den sidstnævnte Sag, var den Omstændighed, at Parterne havde staaet i Mellemregningsforhold, og at det som Følge heraf kunde være tvivlsomt, om Pantsætteren ikke i Medfør af dette kunde anses for at have betalt Renten.

I de Tilfælde, hvor der var Tale om rentebærende Gældsforpligtelser, der ikke var forbundet med Panteret, herskede der stor Tvivl om Anvendelsen af Hævebestemmelsens Analogi. Situationen mindede her stærkt om det principielle Fortolkningsproblem i Forbindelse med DL 3-13, og den ret hyppige Forekomst af Gældsbreve med udtrykkelige Hæveklausuler kunde tyde paa, at man ikke i det praktiske Liv med Sikkerhed stolede paa at kunne gennemføre en Paastand om Tilbagebetaling af de ydede Laan i Tilfælde af Laantagerens Misligholdelse af Rentepligten. Spørgsmaalet kom til Paadømmelse i Højesteret i 1777, jfr. HP 1777, 533. Kreditor havde modtaget et Gældsbrev og givet det en Paategning om, at det ikke skulde kunne opsiges, saalænge Debitor eller dennes Hustru levede. Debitor betalte ikke de forfaldne Renter i de følgende Aar, og da Kreditor i 1774 gjorde Opbud, opsagde hans Kreditorer Kapitalen, fordi Debitor var udeblevet med Renterne. Der stod intet i Gældsbrevet om Følgerne af Misligholdelse paa dette Punkt, og Sagen var særlig tvivlsom paa Grund af Kreditors langvarige Passivitet og den føromtalte Paategning paa Gældsbrevet. 3 Dommere vilde stadfæste Kommissariernes Dom, i Henhold til hvilken Kreditorernes Opsigelse blev kendt ugyldig. Mindretallet fandt, at DL 5-7-8 var uanvendelig, da den alene maatte antages at omhandle Panteobligationer. Flertallet var imidlertid af den Opfattelse, at der netop maatte drages en Analogi fra den nævnte Lovbestemmelse, da der ikke syntes at foreligge nogen Grund til, at en Pantekreditor paa dette Punkt skulde have større Ret end en simpel Kreditor, og da det vilde være urimeligt at tvinge Kreditor til en Gang hvert Aar at tage Dom over sin Debitor for Renten uden at kunne opsige Kapitalen. Til Støtte for Synspunktet blev ogsaa den naturretlige Lære anført: »da der i enhver contractu bilaterali er reciproque Forbindtligheder, maa Contracten nødvendig rescinderes, saasnart den ene af Contrahenterne ikke præsterer, hvad han er pligtig«. Paa dette Omraade fik Naturretsdoktrinen Overtaget, fordi reale Grunde ret stærkt støttede den meget nærliggende Analogi fra Danske Lov rent principielt. Paa den anden Side er det ejendommeligt, at der kunde samles saa stor en Majoritet i Højesteret (9 Stemmer mod 4) for Kreditorernes Hæveret i det omtalte konkrete Tilfælde, fordi det virkelig med Rette kunde anføres, at Kreditor selv ved Paategningen paa Gældsbrevet og den derpaa følgende Passivitet havde

renonceret paa Retten til at gøre Misligholdelsesbeføjelser gældende. Kun en enkelt Dommer var inde paa dette Synspunkt.

At der herskede megen Tvivl i Retsopfattelsen om Behandlingen af det foreliggende Problem, fremgaar klarest af Sagen HP 1785 A, 311, der ligeledes drejede sig om et almindeligt Gældsbrev (forsynet med Kautionspaategning). Kreditor, der havde erhvervet Gældsbrevet ved Transport, sagsøgte Hovedmanden og Kautionisten til Betaling af Kapitalen alene under Henvisning til, at Renterne ikke var blevet betalt til rette Tid. Førstvoterende, Graah, henviste til Præjudikatet af 1777, Analogien af 5-7-8 og til det almindelige Princip, hvorefter det skulde flyde af Kontraktens Natur, »at naar Debitor i en tosidig Contract ej opfylder sin Forpligtelse, saa kan han ej heller nyde godt af de ham deri tilstaaede Fordele«. Graah's Konklusion blev fulgt af Flertallet, 7 Dommere, men udfra meget forskellige Begrundelser. Fridsch fremhævede, at dersom Loven ikke bestemte dette Tilfælde, saa kunde den Omstændighed, at den ene Kontrahent ikke opfylder til rette Tid sin Kontrakt, ikke berettige den anden til at hæve den, — »men 5-7-8 er klar«. Der var da ogsaa nogen, der saa Sagen i Lys af en almindelig Hæveregel. Inden for Mindretallet var der Enighed om, at 5-7-8 »er en exceptio, som in casibus non exceptis firmat regulam«. Sporon udtalte, at det i Praksis (hvormed formentlig maa være hentydet til det praktiske Retsliv) var antaget, at Hæveret i Anledning af Udeblivelse med Renterne maatte særligt stipuleres i Gældsbrevene. Hof- og Stadsretten havde da ogsaa nægtet Hæveretten, men den Afgørelse blev nu omstødt ved Højesterets Dom. Holtermann, der i den sidstnævnte Sag havde sluttet sig til Mindretallet, henviste i sit Votum til Forholdene ved Lejekontrakter: »naar man anvendte det (Majoritetens Synspunkt) paa en Lejekontrakt, saa vilde deraf flyde, at man skulde kaste en Lejer ud, naar han blev en Dag længere ude med Lejen ...«. Det fremgaar af Sammenhængen, at Holtermann sandsynligvis brugte denne Sammenligning, fordi det maatte være klart, at en saadan Hæveregel i Lejesager maatte være ganske uanvendelig. Medens der kunde være Tvivl om, hvorvidt DL 3-13-1 og 2 skulle være analogt anvendelige ved Forpagtningskontrakter (jfr. ovenfor), var Analogien efter Retsopfattelsen i Højesteret ganske sikkert ikke mulig i Huslejeforhold eller lignende. Retssager om Ophævelse af Huslejekontrakter var ejendommeligt nok meget sjældne i Datidens Retspraksis (Højesteretspraksis). Der kan derfor ikke her bringes direkte Dokumentation for Retstilstanden paa dette Omraade, men det maa antages, at Standpunktet i Retsvidenskaben, hvorefter DL 3-13-1 blot var en speciel Anvendelse af den almindelige Hæveretsdoktrin, var i Strid med gældende Ret[60]).

Gengivelsen af Retstilstanden i det 18. Aarhundredes Systemlitteratur, der for de flestes Vedkommende var udtømt med en Henvisning til

[60]) Jfr. Hurtigkarl, Privatretten, II, 2, S. 295.

Afhængigheden mellem Ydelse og Modydelse, var i det hele taget i fuldstændig Modstrid med Domspraksis, som det fremgaar af de Oplysninger, der ovenfor er blevet meddelt om denne. Selv den ovenfor omtalte Modifikation, som Nørregaard vilde gøre i den almindelige Hæveret i de Tilfælde, hvor Kontrakten var fuldstændig opfyldt fra den ene Side, var ukorrekt, idet Højesteret i de fleste Tilfælde bedømte Spørgsmaalet om Adgang til at hæve uafhængigt af dette Forhold, ved den ret almindelige Anerkendelse af Kravet om særlig Hæveklausul. Kun ved Gældsbreve havde Højesteret gjort en virkelig Indrømmelse til Forudsætningssynspunktet, men her forelaa et af de Tilfælde, hvor Nørregaards Lære vilde have ført til Afskæring af Hæveretten.

I November 1807 blev der afsagt en Hof- og Stadsretsdom[61]) om Betydningen af Udeblivelse med Renter, der skulde erlægges terminsvis i Henhold til en Panteobligation. Obligationen var blevet udstedt til den kongelige Finanskasse, og det var derfor Kammeradvokaten (Schønheyder), der anlagde Sagen mod Pantsætteren. Obligationen indeholdt ikke Hæveklausul. Hof- og Stadsretten statuerede, at Kreditor ikke kunde kræve Kapitalen tilbagebetalt: »thi, hvor en Contract ei blot gaar ud paa en enkelt Præstation, men paa en Række af Præstationer, er det uantageligt, at Mangel af Contractens nøjagtige Opfyldelse i et enkelt Punkt skulde berettige Medcontrahenten til at hæve hele Contracten, ja endog tilbagesøge, hvad han fra sin Side allerede har præsteret«. Det fremhæves yderligere, at Lovgivningen paa ingen Maade tillagde enhver Misligholdelse den Betydning, at Modparten fik Hæveret, og Hof- og Stadsretten mente, at 5-7-8 maatte underkastes den indskrænkende Fortolkning, at den kun vedrørte Panthaverens Adgang til at træde til Pantet og realisere dette, hvis Debitor ikke erlagde det forfaldne, — og at 5-7-8 i hvert Fald ikke kunne udstrækkes derhen, at Kreditor i Anledning af Misligholdelsen skulde opnaa Adgang til at gøre Udlæg i Pantsætterens øvrige Formue udover det Pantsatte. Endelig blev der i Præmisserne henvist til, at Lovgivningen i adskillige Tilfælde udtrykkeligt foreskrev, at Panteobligationerne skulde forsynes med Misligholdelsesklausul.

Med denne Afgørelse havde Hof- og Stadsretten taget et betydningsfuldt Skridt videre end Højesteret. Fortolkningen af 5-7-8 synes for en objektiv Bedømmelse uholdbar, men rent bortset herfra kan man sige, at Afgørelsen harmonerede med den af Højesteret paa en Række andre Omraader godkendte Lære om Nødvendigheden af særlig Hæveklausul. En af Forudsætningsprincippets sidste Bastioner var faldet.

I Anledning af denne Sag afgav Kammeradvokaten en Erklæring af 21. Januar 1808 til den kongelige Finanskasses Direktion, i hvilken han

[61]) A.f.R., IV, 1827, S. 34 ff. Dommen var blevet afsagt paa Grundlag af Ørsteds Votum, men under Dissens af Falbe, jfr. iøvrigt Omtalen af Dommen hos Troels G. Jørgensen, Anders Sandøe Ørsted som Dommer, 1928, S. 83—84.

nærmere begrundede sin Indstilling om, at Dommen burde appelleres til Højesteret. I Erklæringen hedder det, at »den almindelige Retsregel, man hidtil har vedtaget for Contracters Misligholdelse, at nemlig: den fornærmede maa have Valget til enten at søge Contracten opfyldt eller hævet — er upaatvivlelig grundet i Tingens Natur; thi enhver Hovedforpligtelse, som den ene Contrahent har paataget sig, er conditio sine qua non, under hvilken den anden har indgaaet sit Løfte, hvoraf umiddelbart flyder, at dette maa løses, naar hin Forpligtelse ej opfyldes ... hvad der flyder af en Contracts Natur behøve Parterne ikke at stipulere«. Iøvrigt imødegik Schønheyder den ovenfor angivne Fortolkning af Danske Lov og Dommens Præmisser paa de forskellige Punkter.

Til denne Dom og Schønheyders Erklæring føjede Ørsted en vigtig Kommentar. Han tog i al Almindelighed Afstand fra Schønheyders generelle Udgangspunkt — Læren om de gensidige Forpligtelsers Karakter af conditiones sine qua non: »Dette Spørgsmaal lader sig efter mine Tanker, ikke afgiøre ved Analysen af nogle abstrakte Begreber, hvortil man reducerer det Retsforhold, som stiftes ved Contracter, men man giør rigtigst i at betragte disse Forhold i deres Detail, saaledes som de virkelig ere, og i Almindelighed forestilles saavel af de contraherende Parter som i Landets Love«. Ørsted fremhævede, at det ingenlunde stemte med den almindelige Retsopfattelse, at enhver Misligholdelse i alle Kontraktsforhold skulde medføre Hæveret. Han henviste blandt andet til den romerske Sondring mellem contractus innominati og nominati samt til de nyere Lovgivninger, der ogsaa havde gjort Begrænsninger i Hæveretten. Han fremhævede Reglerne om Fæstes Forbrydelse som Eksempel paa, at der maatte stilles særlige Krav til Misligholdelsens nærmere Karakter (jfr. ogsaa Ørsted Haandbog V, S. 476 f.). Han forsvarede iøvrigt over for Schønheyder, at Lovgivningen i flere Tilfælde maatte opfattes saaledes, at den direkte havde forudsat Nødvendigheden af en clausula commissoria, saaledes f. Eks. Plakaten af 13. August 1798 om Gieldsafbetalingsterminer indgangne ved Forligscommissionen og Reglerne om Anbringelse af umyndiges Midler, der i flere Tilfælde direkte paabød Indsættelse af Misligholdelsesklausul. »Lovgiveren« kunde ikke foreskrive overflødige Klausuler, »da han ej selv kan anse det tvivlsomt, hvad Meningen er af hans egen Lov«. Paa denne Baggrund godkendte Ørsted Hof- og Stadsrettens Fortolkning af 5-7-8. Sagen kom vist nok ikke til Paadømmelse for Højesteret, hvad der maaske netop var en Følge af Ørsteds Standpunkt.

Som anført af Ussing[62]) er hele Spørgsmaalet om Hæveadgangen i Brugskontrakter og ved Laan til Eje noget tvivlsomt, fordi det kan hævdes, at selve Tilbagegivelsespligten ikke i egentlig Forstand kan opfattes som »Vederlaget«, men ud fra reale Grunde vil det sikkert være praktisk som Hovedregel at anerkende en Hæveret i Form af Krav

[62]) Bristende Forudsætninger 1918, S. 138.

om Tilbagelevering eller Tilbagebetaling, hvor der foreligger væsentlig Misligholdelse fra Brugerens eller Laantagerens Side[63]). Det er derfor forklarligt, at den af Ørsted i 1808 fremsatte Lære kom til at præge Retsopfattelsen i det 19. Aarhundrede, i hvert Fald for saa vidt angik de forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelser i Laaneforhold[64]).

Udfra en retshistorisk Synsvinkel kan der være Grund til at vende Opmærksomheden mod det ejendommelige Forhold mellem Diskussionen om de forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelser i Aarhundredets Begyndelse og den Retstilstand, man gennem Retspraksis var naaet til i Slutningen af det 18. Aarh. Det er interessant at bemærke, at Diskussionen mellem Ørsted og Kammeradvokaten tilsyneladende foregik, uden at nogen af Parterne virkelig var fortrolige med den hidtidige Retstilstand, hvorefter Klausullæren var trængt igennem paa en Række vigtige Retsomraader, medens Højesteret netop i Laaneforhold havde anerkendt Hæveretten og fortolket DL 5-7-8 udvidet. Den almindelige teoretiske Retsopfattelse har aabenbart uden Hensyn til Højesteretspraksis været stærkt præget af Naturretslæren, men Ørsteds Lære kom til at betyde en Udvidelse af de forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelsers Omraade til Trods for, at den var tænkt som en Modifikation i mere generelle og derfor uholdbare Læresætninger[65]). Det er ogsaa forstaaeligt, at Udviklingens Gang har været af den ovenfor beskrevne komplicerede Natur, naar det tages i Betragtning, at Retsopfattelsen lige omkring Aar 1800 sikkert har været ret vaklende, bl. a. som Følge af Mangel paa virkeligt Kendskab til Standpunktet i den hidtidige Retspraksis. I en Standsningsretssag fra Aar 1800 (jfr.

---

[63]) Jfr. Ussing, Obligationsretten, alm. Del, § 11, V, Vinding Kruse, Ejendomsretten, 2. Udg., S. 1575, hvorefter Justitsministeriets Pantebrevs-Formular, Punkt 8 a., skal kunne anses som deklaratorisk gældende Retsregel i Nutiden. Ved Gældsforhold uden for Panteretsomraadet kan det dog efter Omstændighederne være naturligt at være forsigtig med Indrømmelsen af en almindelig Hæveret, jfr. Ussing, Enkelte Kontrakter, 1946, S. 57.

[64]) Jfr. navnlig Gram, Den danske Formueret, II, 1, 1860, S. 404: »navnlig vise Fd. 25. Januar 1828, § 11, og . . ., at Undladelse af til en enkelt Termin at erlægge Renter af en skyldig Pengesum ikke uden videre medfører en Ret for Kreditor til at fordre Kapitalen tilbagebetalt, med mindre saadant udtrykkeligt er vedtaget i Kontrakten . . .«. Der henvises til Forordningen af 5. Januar 1813, der for de særlige Tilfælde, den omfattede, krævede et Aars Udeblivelse med forfaldne Renter som Forudsætning for Kapitalens Forfald. Om Behandlingen af 5-7-8 i Tiden efter Ørsted henvises til Gram l. c. I, 1858, S. 566 f., hvor det ogsaa viser sig, at Forfatteren, til Trods for, at han formulerede en almindelig Hæveregel paa forudsætningsmæssigt Grundlag, nærmest sluttede sig til Hof- og Stadsretsdommen af 1807 og Ørsteds Lære i Forbindelse med denne. Naar Hæveadgangen nu formuleres som almindelig Retsregel, er der altsaa sket det samme, som der saa hyppigt kan paavises Eksempler paa i Retshistorien, at stereotype og almindeligt forekommende Kontraktsklausuler efterhaanden faar Karakteren af almindeligt gældende Retsregler.

[65]) Denne Vurdering gælder, som det fremgaar af det foregaaende, naturligvis ikke 5-7-8's Omraade, hvor det er rigtigt, at Ørsteds Lære kom til at betyde en virkelig Indskrænkning af Hæveretten i Forhold til tidligere gældende Ret, medmindre Colbiørnsens ndf., citerede Udtalelse fra Aar 1800 allerede skal tages for en Opgivelse af det Standpunkt, der var blevet fastslaaet ved 1777-Afgørelsen.

ovenfor S. 90) fremgaar det af Vota, at Appellanten for at motivere sit Krav om Standsningsret søgte »at fremstille Sagen i det Lys, at Parternes Mellemværende er en Contract do ut des, og at Misligholdelsen paa den ene Side ophæver den andens Forbindtlighed«. I Højesteret afvises Synspunktet med, at der blot foreligger »en simpel emptio venditio«. Der blev altsaa stadig procederet paa den almindelige Lære om de gensidige Kontraktforpligtelsers Afhængighed i Højesteret.

Den nævnte Retsusikkerhed illustreres dog vistnok allerbedst af en anden Afgørelse fra dette Aar, HP 1800 II. 738, hvor Højesteret blev stillet over for det Spørgsmaal, om en frivillig Akkord skulde kunne hæves paa Grund af Debitors Misligholdelse af Betalingsterminerne. En Købmand havde med sine Kreditorer indgaaet en Akkord om Betaling af 35 % af Gælden i bestemte Rater mod Eftergivelse af Resten. Debitor overholdt ikke i de følgende Aar Betalingsterminerne, og Kreditorerne forholdt sig desuagtet passive, indtil Købmanden døde og efterlod sig et insolvent Bo. Nu paastod Kreditorerne Ret til at konkurrere i dette for deres Fordringers fulde Paalydende, men Skiftekommissarierne gav imidlertid Curator Medhold i Afvisningen af dette Krav. I Højesteret blev Decisionen stadfæstet, idet 6 Dommere stemte herfor og 5 imod. Een Dommer (Sporon) voterede for en Mellemløsning, hvorefter en af Kreditorerne, der maatte antages at have taget Forbehold, skulde være beføjet til at hæve Akkorden, medens de andre maatte blive ved den.

»Saavel efter den almindelige Retslov som den positive Lov maa enhver Contract, samt de den paalagte Bestemmelser, opfyldes. Da nu Schaarup (Købmand) ej paa sin Side har opfyldt den med Citanterne indgangne Contract, maa Citanterne være berettigede til at paastaa fuld Betaling ... og kan det ikke komme Stervboet til Fordel at Citanterne ej, medens Schaarup levede, har paatalt deres Ret ...«, hedder det hos Minoriteten. Majoriteten baserede imidlertid primært sit Standpunkt paa følgende to Hovedbetragtninger. For det første maatte Akkorden fortolkes saaledes, at en Misligholdelse kun havde den Virkning at give Kreditorerne Ret til paany at kræve Debitors Bo taget under Skiftebehandling, selvom de tidligere var gaaet med til Ekstradition. For det andet maatte Kreditorerne antages at have renonceret paa en eventuel Ret ved ikke at gøre den gældende, medens Debitor levede. Nu anførte imidlertid Sporon et helt tredie Synspunkt: »Fordi den ene Contrahent ej præsterer, hvad han bør, følger ej, at Contracten ophæves, men derimod opstaar en actio for Medcontrahenten ...« — altsaa den romersk lex commissoria Regel. Dette gav Justitiarius Colbiørnsen Anledning til følgende principielle og interessante Bemærkning: »I Henseende til det Spørgsmaal, hvorvidt en Contract rescinderes formedelst Misligholdelse fra den ene Contrahents Side, maa man giøre Forskel paa, om Præstationes ere simultanes eller successive, i første Tilfælde hæves

den, i sidste derimod ikke, da her er givet Credit«, Colbiørnsens Standpunkt kunde ikke siges at være dækkende for Højesterets hidtidige Bedømmelse af Hæveretsbetingelserne, men det svarede jo ganske til den Lære, der som ovenfor nævnt, 7 Aar senere i næsten samme Vendinger skulde blive fremsat af Ørsted.

Ved en Hof- og Stadsretsdom af 1813[66]) blev det anset »som et væsentligt Brud paa en Handelskontrakt, naar en Køber ikke modtager og betaler de ham solgte Varer til bestemt Tid, til hvilken Tid Sælgeren maa kunne giøre Regning paa at erholde Kiøbesummen«. Det blev derfor fastslaaet, at Indstævnte ikke kunde blive pligtig til at udlevere det omtvistede Parti Varer. Denne Dom var dog maaske allerede paavirket af Ørsteds Behandling af Emnet.

Ørsted fastholdt senere sit Syn paa Spørgsmaalet om Hæverettens Udstrækning (Haandbog V, 1832, S. 166, VI, S. 174 og 220): »Det kan dog ingenlunde i sin fulde Udstrækning antages, at enhver Mangel af Contractens nøjagtige Opfyldelse fra den ene Parts Side berettiger den anden til at træde tilbage fra alle sine contractsmæssige Forpligtelser. Kun hvor en Contract gaar ud paa en enkelt Præstation fra begge Sider, men kan som Regel antage, at de giensidige Forpligtelser i den Grad betinge hinanden, at den ene aldeles kan træde tilbage, naar den anden ikke nøjagtigt opfylder sin Forpligtelse«. Kvintessensen af Ørsteds Lære var den, at Hæveret i Tilfælde, hvor denne ikke var udtrykkeligt aftalt, kun forelaa i Tilfælde af væsentlig Misligholdelse, og at Bedømmelsen maatte veksle efter de enkelte Kontraktforholds nærmere Natur, — altsaa i Virkeligheden den Opfattelse, som svarer til den herskende nutildags. Læren blev videreudviklet af J. E. Larsen, Gram og Evaldsen (Skyldnerens mora, 1870), og Betydningen af, at den nyere Retsudvikling fik sit Udgangspunkt i den naturretlige Lære, maa ikke undervurderes, da denne efter hele sin Opbygning var saaledes beskaffen, at den under alle Omstændigheder modvirkede Hensyntagen til subjektive Hævebetingelser. En Udvikling i denne Retning kunde i det 19. Aarhundrede være fremkommet under Paavirkning af det i tysk-romanistisk Teori opstillede subjektive Morabegreb. Allerede J. E. Larsen bemærkede herom[67]): »Om Misligholdelsen grunder sig i Svig, Uagtsomhed eller utilregnelige Omstændigheder, kan herved ordentligvis ikke komme i synderlig Betragtning; thi Medkontrahentens Forpligtelse er betinget af, at de kontraktsmæssige Forpligtelser fra den andens Side behørigt opfyldes«. Med Købeloven af 1906 blev de forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelser lovfæstet for Køb- og Salgsomraadet og dermed i Realiteten for de fleste Kontraktforhold, der gaar ud paa Udveksling af Formueydelser. Hvor Kontraktforholdene er af anden Beskaffenhed, som f. Eks. ved Tjenestekontrakter anerkendes

[66]) Nyt juridisk Arkiv, 7. Bd., 1814, S. 79.
[67]) Privatretlige Foredrag, II, 1858, S. 96.

det i Nutiden, at særlige Hensyn kan føre til Modifikationer i de forudsætningsmæssige Misligholdelsesbeføjelser eventuelt ud fra subjektive Kriterier.

Som det fremgaar af hele Gennemgangen af Retsudviklingen, har der i dette, som man vist nok har Lov at kalde meget vigtige Retsspørgsmaal foregaaet væsentlige Svingninger i Retsopfattelsen. En egentlig Bedømmelse og Vurdering af de enkelte Udviklingsfasers Betydning for den gældende Retstilstand er overordentlig vanskelig at foretage, men det er formodentlig ikke tilladeligt at skille nogen enkelt af disse Faser ud som betydningsløs. Paa det foreliggende Retsomraade har man ved at gennemprøve Yderstandpunkterne naaet Kompromiset.

KAPITEL 9

Det erstatningsretlige Ansvarsgrundlag.

I

Culpareglen som almindelig Erstatningsregel. — Erstatningsretten indtager en Særstilling inden for Formueretten i historisk Henseende. Den er langt yngre end de fleste andre Retsinstitutter i dansk Formueret, i hvert Fald hvis man tænker paa Erstatningsret som Læren om det økonomiske Genoprettelseskrav i Anledning af en indtruffet Skade, befriet for pønale Elementer. Det er uhyre vanskeligt at sige, hvor langt den almindelige Retsudvikling var naaet paa dette Omraade i Tiden før Danske Lov, og hvor meget man f. Eks. tør indlægge i Udtalelsen hos Ostersøn Weylle[1]), hvorefter »Skade, damnum, Lat., skal refunderis oc oprettis aff den som giør wret«. En virkelig grundfæstet Forestilling om en almindelig Erstatningsregel blot i sine Grundprincipper mindende om den moderne Retsopfattelse eller den ældre romerske tør man næppe med Sikkerhed antage, at der har været Tale om.

Den nordiske Erstatningsrets Historie, (her tænkes ikke paa Retsbrudslæren i videre Forstand), er kun blevet gjort til Genstand for ret faa Undersøgelser. Blandt de vigtigste af disse maa henvises til Stangs Fremstilling[1a]). Den overvejende Opfattelse gaar ud paa, at Danske Lov maa antages at repræsentere et Overgangsstadium fra Bodssystemet til Erstatningssystemet, saaledes at den fuldstændige Udskillelse af de pønale Retsmidler fra Genoprettelseskravet endnu ikke paa Danske Lovs Tid har fundet Sted. Paa den anden Side kender Lovbogen, ligesom forøvrigt i begrænset Omfang Landskabslovene, paa mange Omraader Eksempler paa det ikke-pønale Erstatningskrav.

---

[1]) Glossarium juridicum, 1652, S. 699, jfr. Popp Madsen, Bod, 1933, S. 157.

[1a]) »Erstatningsansvar«, Oslo 1927, Kap. 1, § 2, jfr. endvidere Henry Ussing, Skyld og Skade, 1914, S. 278 ff og 447—49, J. Øvergaard, Norsk Erstattningsrett, 1941, I, § 2, A. V. Lundstedt, Grundlinjer i Skadeståndsrätten, 1935, I, S. 25 ff., Henry Ussing, Erstatningsret, 1947, S. 2 ff.

Selve Udskillelsen af det privatretlige Erstatningskrav og Afgrænsningen af den erstatningsforpligtende Adfærd til et i Forhold til en almindelig Kausalitetsregel snævrere Omraade er utvivlsomt sket gennem en langvarig Udvikling, som man ikke uden videre tør opfatte som Udslag af Paavirkninger f. Eks. fra romersk Ret[2]). Derimod kan det maaske nok være berettiget at antage, at der paa det foreliggende Omraade er Tale om en i selve Samfunds- og Kulturudviklingen begrundet Retsudvikling, som i flere af Udviklingsfaserne er blevet understøttet og farvet af romerretlige Synspunkter. Den romerske Ret besad sin Overlegenhed i Kraft af, at den selv forlængst paa vigtige Omraader havde gennemgaaet den Udviklings- og Forædlingsproces, som først i Løbet af Middelalder og den nyere Tid var ved at blive fuldbyrdet i nordisk Ret. Saalænge man savner nøjagtig Viden om Retsudviklingen, vil det sikkert være det rigtigste at nøjes med at antage, at Fremkomsten af den saakaldte »almindelige Erstatningsregel« (Culpareglen) er Resultatet af en Samvirken af en Række Faktorer og ikke primært et Receptionsfænomen.

Studiet af det 17. og 18. Aarhundredes Retspraksis bekræfter den Iagttagelse, som allerede (navnlig for senere Tidsafsnits Vedkommende) er blevet gjort af mange Forfattere, at der i ren kvantitativ Henseende er sket en overordentlig Forøgelse og Udvikling af Erstatningssagerne. Man maa i Virkeligheden undre sig over, hvor sjældent man i den ældre Retspraksis møder Paastande om egentlig Erstatning for økonomisk Skade uden for Kontraktforhold. Forklaringen herpaa er sikkert af en dobbelt Natur. For det første er det muligvis rigtigt at antage, at de reale Skader (og Skadeaarsagerne) er blevet forøget gennem Tiden. Sideløbende hermed kan Trangen til og Fornemmelsen af at have Krav paa økonomisk Skadesløsholdelse være steget. Hvordan den nærmere Sammenhæng egentlig er beskaffen, og hvad der skal karakteriseres som Aarsag eller som Virkning, er vanskeligt at sige, men foruden disse Synspunkter, som navnlig herhjemme er blevet fremhævet af Ussing (Erstatningsretten, S. 5), maa man sikkert ogsaa for de ældre Perioders Vedkommende tage i Betragtning, at selve Opbygningen af den erstatningsretlige Teori skete forholdsvis sent, og at det ikke paa Forhaand er givet, at dette Forhold blot skal betragtes som en Følge af Spørgsmaalets ringe praktiske Betydning, men at der ogsaa kan tænkes at foreligge et Vekselvirkningsforhold (jfr. ovenf. S. 30 m. N. 29).

Til Trods for, at den egentlige Erstatningsret saaledes oprindelig indtog en noget tilbagetrukken Plads i det formueretlige System, er det vistnok berettiget at antage, at den almindelige subjektivt betingede Erstatningsregel har harmoneret med den herskende Retsopfattelse i hele

---

[2]) Jfr. Ussing, Skyld og Skade, S. 278 f., og Stang, l. c. S. 32, det sidste Sted tales der om »en indre utvikling, som førte i retning af skyldprincippet«, jfr. ovenfor S. 37.

Perioden efter Danske Lov. Fra Tiden omkring Midten af det 18. Aarhundrede maa dette siges at være hævet over enhver Tvivl. Hvad Perioden umiddelbart efter Danske Lov angaar, kan det maaske siges, at vor Viden endnu er for begrænset til at afsige en definitiv Dom, hvilket forøvrigt hænger sammen med det Forhold, at selve Fortolkningen af Danske Lovs Erstatningsregler og Ansvarsbetingelser er ret vanskelig.

Danske Lov indeholder ikke nogen generelt formuleret Erstatningsregel[3]). Hvor Ansvarsgrundlaget omtales, opererer Danske Lov i en Række Bestemmelser med subjektive Betingelser, dels den fra Landskabslovene stammende Sondring mellem Viljesværk og Vaadesværk, dels tillige med Begreberne Forsæt og Uagtsomhed[4]). I ældre Retsopfattelse var det den fremherskende Mening, at Lovbogen principielt maatte opfattes som hvilende paa det subjektive System (jfr. navnlig Ørsted, Nyt juridisk Arkiv, 20. Bd., 1818, S. 132 ff., og Stang l. c., Note 98 og Note 106). Navnlig Stang er, sikkert med Rette, gaaet ind for den Opfattelse, at Danske Lov (og Norske Lov) endnu principielt hvilede paa den gamle Retsopfattelse, hvorefter Ansvarsgrundlaget ikke som Hovedregel var bestemt efter subjektive Kriterier, men at Lovbogen rummer Eksempler paa en Tilnærmelse til nyere Synspunkter[5]). Ud fra dette Synspunkt opstaar Spørgsmaalet, hvornaar det subjektive Ansvarsprincip som almindelig gældende Regel (altsaa ogsaa som Erstatningsgrundlag i ulovbestemte Tilfælde) er trængt ind. Herom er Meningerne noget vaklende, først og fremmest af den Grund, at man hidtil intet har vidst om Udviklingen i det 18. Aarhundrede. Det anføres flere Steder, at allerede Holberg i sin Naturret forfægtede et almindeligt subjektiv-betinget Erstatningsprincip, men uagtet disse og andre Indicier har Retsudviklingen ikke paa dette Omraade været tilstrækkeligt oplyst til, at man har kunnet danne sig en sikker Opfattelse[6]).

Det har i denne Forbindelse en ikke uvæsentlig Betydning at søge nærmere at fastlægge Indholdet af Begrebet Vaade, som endnu spillede en meget væsentlig Rolle i Danske Lov. I Lovbogens 6-11 findes et helt Kapitel »Om Vaadis Gierning«. Vaadedrab medførte Bod til Arvingerne, men derimod ikke andre Retsfølger (6-11-1). Vaadesaar medførte en begrænset Erstatningspligt for Udgifter, der var Følge af Skaden, men ikke Bod (6-11-2). I de følgende Bestemmelser gøres der Udvidelser og Modifikationer i disse Hovedsynspunkter, saaledes at visse Vaadeshandlinger paadrager videregaaende Ansvar og andre er ansvarsfri. Ørsted var nærmest af den Opfattelse, at Vaadesgerning

---

[3]) Jfr. nærmere Ussing, Skyld og Skade, S. 447—49, og Stang, l. c. S. 32—41.

[4]) Jfr. 3-17-39, hvorefter Værgen er ansvarlig for Forsømmelse og en Række Bestemmelser i 4. Bog, jfr. Stang, l. c. S. 40. Selve Ordet »Uagtsomhed« findes ogsaa i Lovbogen, jfr. 6-11-13, og Forsætskriteriet er brugt mange Steder, jfr. navnlig den vigtige Bestemmelse i 1-24-9, hvorefter Børn bøder Skaden til den, som de »forsetligen« har forbrudt sig imod.

[5]) Jfr. ogsaa Øvergaard, l. c. S. 9.

[6]) Jfr. Ussing, Erstatningsret, S. 4.

maatte være identisk med »delictum culposum«[7]), men indrømmede, at Udtrykket »stundom, f. Eks. i Artikel 3, bruges om den hændelige Skadetilføjelse, og altsaa i det hele indeholder den rene (contradictoriske) Modsætning til Forsæt, indbefattende baade culpa og casus«. Den Bestemmelse, Ørsted henviste til, var 6-11-3, der omhandler det Tilfælde, at to Mænd hugger sammen i Skoven, og den enes Økse slipper af Skaftet uden hans Vilje, — »da er det Vaade, hvad Skade deraf skeer, og bødis intet derfor«.

Efter Stangs Opfattelse (»Erstatningsansvar«, 1. Udg., 1919, Kap. I, VI) havde man ikke paa Lovbogens Tidspunkt nogen klar Opfattelse af, hvad Begrebet Vaade egentlig betød[8]). Stang fremhæver, at Vaade og Skødesløshed skal være brugt som Synonymer i 6-19-2.

Det, Problemet drejer sig om, er, hvorvidt Begrebet Vaade paa Danske Lovs Tid har været opfattet som den contradiktoriske Modsætning til Begrebet Viljesværk, altsaa betegnende saavel hændeligt som uagtsomt Forhold, eller om det som Hovedregel kun har betegnet det sidste, — eller om der slet ikke har været nogen klar og fast Forestilling om Begrebets Indhold.

Selve Ordets sproglige Oprindelse er noget tvivlsom[9]), men der kan næppe herske nogen Tvivl om, at Vaadesværk i Landskabslovene under eet betød al Skade, der ikke var foraarsaget med Vilje og Hensigt, og altsaa ikke forudsatte nogen subjektiv Afgrænsning over for hændeligt Forhold, men omfattede dette. Spørgsmaalet er nu, om den oprindelige Betydning af Ordet i Tiden mellem Landskabslovene og Danske Lov gik i Glemmebogen, og om Ordet eventuelt fik en ny Betydning. Med

---

[7]) Arkiv for Retsvidenskaben, III, 1826, S. 145 f.

[8]) Jfr. Stang, l. c. S. 33: »betegnende for den opløsningstilstand, de gamle regler alt paa lovbokens tid var kommet i, er det, at uagtet man optok et vaadeskapitel efter de gamle loves mønster, og uagtet ordet vaade ogsaa ellers brukes i lovboken, hadde man ingen klar forestilling om, hvad det betydde«.

[9]) Oprindelig har det sikkert betegnet en Tilstandsform: Ulykke, Fare, Nød (jfr. Stang, l. c. S. 29, Note 68). Maaske foreligger der en Forbindelse med det oldnordiske »Và«, jfr. muligvis det endnu brugte Ord »Ve«. Fra at være en almindelig Tilstandsbetegnelse kan det tidligt være gaaet over til at betegne et mere konkret Forhold: En truende Fare eller en indtruffen Ulykke eller Skade. (Jfr. 6-19-7). Hvis det er rigtigt, at Ordet oprindelig var Betegnelsen for en Tilstand principielt af tung og sørgelig Karakter, er det i og for sig ogsaa let at forstaa den videre Udvikling af Begrebet, der kendetegnes ved, at det, i Stedet for at være en Tilstandsbetegnelse, bliver til Beskrivelsen af en Aarsagsfaktor. Det ligger meget nær at antage, at Udviklingen paa Landskabslovenes Tid forklarer denne Overgang. Den i disse Retskilder kendte Sondring mellem Viljesværk og Vaadesværk har rimeligvis ikke i sproglig, logisk Forstand været Udtryk for et Modsætningsforhold. Man maa vist nok snarere opfatte Forholdet saaledes, at Vaadesværk var de Handlinger, der fremkaldte Vaade, uanset selve Handlingens Beskaffenhed, og at Begrebet derefter netop ved dets Modstilling til Viljeshandlinger i principiel Henseende skiftede Betydning, saaledes at det nu, ligesom de sidstnævnte, blev en Karakteristik af den foraarsagende Handling i (negativ) subjektiv Henseende. Dette rent principielle Betydningsskifte maa være foregaaet meget tidligt, da man allerede i Landskabslovene finder Ordet i den sidste Betydning. Saaledes tales der i Skaanske Lov, Kap. 108, om, »at det Saar var tilføjet med Vilje og ikke med Vaade«. Her kan »Vaade« kun opfattes som en Beskrivelse af den foraarsagende Handlings Karakter, og ikke dens Virkninger.

Hensyn til dette Spørgsmaal skal der her kun peges paa de Slutninger, som Danske Lov tillader en at drage. Der synes ikke at foreligge nogen Bestemmelse i Lovbogen, der er uforenelig med den Antagelse, at Lovforfatterne har brugt Ordet Vaade i dets gamle Betydning og med Bevidsthed om dets Indhold. Selve Udtrykket i Danske Lov 6-11-1 og 2: »af Vaade imod sin Tanke og Villie« tyder herpaa. Naar det i 6-11-3 fastslaas, at man i et Vaadetilfælde er ansvarsfri, er dette ogsaa det bedste Indicium for Vaadebegrebets vide Omfang. Det er iøvrigt en ren Skønssag afhængig af konkrete Forhold, om man vil betegne det i den sidstnævnte Bestemmelse omtalte Tilfælde som et Eksempel paa hændeligt Forhold eller paa simpel, undskyldelig Uagtsomhed, det afgørende er, som Bestemmelsen selv siger, at Øksen slipper af Skaftet »uden hans Villie«, og det derfor er Vaade. De Steder i Lovbogen, hvor typisk uagtsomt Forhold karakteriseres som Vaade, taler paa ingen Maade for, at Begrebet har været forstaaet indskrænkende, da Vaadebegrebet jo netop var det omfattende Begreb, der karakteriserede en Række højst forskelligartede Handlingstyper.

I en enkelt Bestemmelse synes den Opfattelse, hvorefter Vaade var lig med Uagtsomhed, eller hvorefter Vaadebegrebet dog var uklart, at kunne finde Støtte. I Danske Lov 6-19-2 bestemmes det, at Ildpaasættelse, der sker af »Vaade og Skiødisløshed, og ikke af Forsæt« medfører Pligt til at bøde Skaden. I Bestemmelsens Kilde, Chr. d. IV's Norske Lov, 6, 26, tales der, som allerede anført af Stang (l. c. Note 84), ikke om Vaade og Skødesløshed, men blot om det Tilfælde, at Brand »skeer anderledis (end med Villie og vred Hu)«, og Stang er af den Opfattelse (jfr. ovenfor), at Vaade i dette Tilfælde maa forstaas som identisk med Uagtsomhed og Skødesløshed. I det første Projekt til Danske Lov stod der blot: *»men sker det af Vaade oc icke af Forsæt«*[10]. I Haandskrifterne indeholdende den første Revisionskommissions Rettelser og Bemærkninger var Ordene »oc icke af Forsæt« udeladt, og i Margin ud for denne Del af Bestemmelsen staar *»siunis at vere for hart«*. Denne interessante Bemærkning kan næppe sættes i Forbindelse med den nævnte Udeladelse, da den i saa Fald vilde blive meningsløs. Det kunde under ingen Omstændigheder mildne Bestemmelsen at stryge Ordene »oc icke af Forsæt«. Bemærkningen maa derfor referere sig til Retsreglens Hovedindhold, og hvis denne Antagelse er rigtig, ligger der heri et meget stærkt Indicium for, at der ikke i Kommissionen herskede nogen Tvivl om Betydningen af Begrebet Vaade. Da fuld Erstatningspligt ved Brandskader ofte kunde være velfærdstruende for Skadevolderen, er det da ogsaa forstaaeligt, at man kunde nære nogen Betænkelighed overfor at fastsætte en ganske generel Ansvarsregel for Skadeforvoldelse

[10]) Forarbejderne til Chr. d. V.s Danske Lov, II, S. 246.

ved Ildspaasættelse. I det sidste Projekt til Lovbogen blev formodentlig derfor Ordene »oc Skiødisløshed« tilføjet efter Ordet Vaade[11]).

Nu kan man naturligvis undre sig over, at Ordet Vaade ikke helt blev strøget, men efter Bestemmelsens særegne Tilblivelseshistorie at dømme synes man dog ikke tvunget til at antage, at Ordet skulde være blevet brugt i en ny Betydning. Det, der var sket, var, at man ved Tilføjelsen af Skødesløshedsbetingelsen i dette Tilfælde indsnævrede Ansvarsomraadet, og Tilføjelsen bliver derved ifølge denne Opfattelse en ligefrem Bekræftelse paa, hvad der ovenfor er sagt om den almindelige Opfattelse af Vaadesbegrebet[12]).

I 1685 fik Højesteret forelagt en større Skadeserstatningssag, jfr. HP 1685 A, 308 og B, 252, i Anledning af »den ulykkelige Ildebrand paa Nørregaden herudi Staden Natten imellem den 11. og 12. Marts Anno 1684, hvorved begge Parternes Huse og Gaarde er blevne opbrændte og lagt i Aske«. Sagsøgte (en Magister Peder Foss) blev indstævnet til at betale Sagsøgerinden, en Enke, 11.000 Rd. efter Lovens 6-19-2. Sagsøgerinden søgte under Sagen at bevise, at Ilden var opstaaet i Sagsøgtes Studerekammer, hvor han skulde have glemt et Vokslys brændende paa Bordet, og at Skaden derfor maatte genoprettes af ham. Kommissionsdomstolen frifandt Magister Foss, idet den ikke fandt det bevist, at Ilden var kommen af hans Skødesløshed: »At Loven da ikke derhen i bemeldte citerede Post kan extenderes, *men Ildebranden at anses som Vaade* (udh. her), og Magister Peder Foss derfor aldeles fri at være«. Her siges det ganske udtrykkeligt, at Frifindelsen sker, fordi der forelaa Vaade, altsaa hændeligt Forhold. Selv om Vaade her blev taget i snæver Betydning som Modsætningen til Skødesløshed, hvilket ikke var overensstemmende med Lovens Sprogbrug, staar det under alle Omstændigheder fast, at man ikke opfattede Vaade og Skødesløshed som Synonymer. I Højesteret blev Kommissionsdommen stadfæstet. Mest betydningsfuld og illustrerende for Datidens Retsopfattelse er vel Førstvoterendes Udtalelse: »Ser dog ikke Loven og Forordningen kan extenderes til Foss i denne Sag, saa at her concurrerer intet Factum af Skødesløshed, *og kan en Husfader ikke gøre mere end bære Omsorg for, at ingen Skade sker;* det skulde være haardt[13]), dersom Foss efter

---

[11]) Vist nok af 3. Revisionskommission efter Blækket at dømme, jfr. Forarbejderne, II, S. 395 og S. 292. Inden denne Tilføjelse blev gjort, havde Haandskriftet faaet en Marginalbemærkning, som dog er blevet overstreget: »Revis. udelukker«, — hvorledes denne Bemærkning skal forstaas, er det sikkert svært at have nogen Mening om.

[12]) Bestemmelsen skal altsaa efter denne Opfattelse læses saaledes: Men sker Ildspaasættelsen ved et ulykkeligt Tilfælde som Følge af Skødesløshed og ikke af Forsæt, da skal der ydes Erstatning ...

[13]) Smlgn. 1. Revisionskommissions Kommentar til »det første Projekt«.

Loven skulde anses; her er ingen Vidnesbyrd, som udtrykkelig siger, at Ilden er kommen formedelst Foss' Skødesløshed«[14]).

Der var Enighed i Højesteret om Resultatet, men Voteringen præges af en ejendommelig Uklarhed med Hensyn til Lovfortolkningen. Ordet Vaade nævnes slet ikke, men flere af Dommerne er inde paa en Form for indskrænkende Fortolkning af Danske Lov ud fra det Synspunkt: »at det Capitel i Loven, som her allegeres, forstaaes om Mordbrændere«. Disse Udtalelser er ejendommelige, naar det tages i Betragtning, at Forholdet mellem DL 6-19-1 og 6-19-2 tilsyneladende er klart nok, men de skal maaske netop forklares som en Følge af den fortolkningsmæssige Usikkerhed, som Ordene »Vaade og Skødesløshed« kunde tænkes at have afstedkommet. Det synes at fremgaa af Sagen, at Sagsøgerinden havde lidt et velfærdstruende Tab ved Branden, men rene Billighedssynspunkter paa Erstatningsrettens Omraade prægede lige saa lidt Højesterets Afgørelser den Gang som senere i det 18. Aarhundrede. Førstvoterendes Motivering for Afvisningen af Paastanden om Skødesløshed var en direkte Anvendelse af det bekendte »bonus pater«-Kriterium. Og selv om Afgørelsen i og for sig blot var en Anvendelse af en legal Erstatningsregel, synes hele den Opfattelse, som præger Voteringen, at pege henimod en mere almindelig Anerkendelse af Culpasynspunktet. Der spørges ikke, om Magister Foss har været Aarsag til Branden, men om han »formedelst sin Skødesløshed har været Aarsag«, og dette synes at have været en Selvfølge rent principielt, trods Uklarheden i DL 6-19-2. Ved denne Dom blev det i hvert Fald fastslaaet, at Loven ikke kunde læses som hjemlende Ansvar i Tilfælde af Vaade *eller* Skødesløshed, men at Præpositionen »og« netop skulde tages i streng Forstand, saaledes at Skødesløshed i alle Tilfælde var en nødvendig Forudsætning for Erstatningspaalæg i Anledning af Ildspaasættelse.

Aaret efter kom en ny Ildspaasættelsessag til Paadømmelse i Højesteret (HP 1686 B, 268, A. 275), og i dette Tilfælde blev Sagsøgte idømt Erstatning. Sagen omtales nærmere nedenfor i Forbindelse med Behandlingen af Spørgsmaalet om Ansvar for Folks Brøde. I denne Sag blev imidlertid Landstingets Dom omstødt og Højesterets Dom afsagt med udtrykkelige Præmisser, hvilket var ret exceptionelt: »Dommen blev afsagt: at Landsdommernes Dom bør ej komme . . . til Hinder eller Skade i nogen Maader, men Byfogedens Dom derimod at blive ved Magt, og (Sagsøgte) at betale samme Hus efter Vurderingen, *saa som Vaaden er kommen formedelst hendes Skødesløshed*«. Sammenholder man denne interessante Domskonklusion med det Forhold, at Hensynet til

[14]) Saavidt man kan skønne efter Oplysningerne under Voteringen, var Ilden begyndt i Foss' Studereværelse, men hans Paastand om, at han havde slukket Lyset, da han forlod Værelset, en Paastand, som han tilbød at beedige, blev ikke modbevist, selvom »tvende Piger skulde have sagt: »Mon og Far har slukt sin Voksstabel«, hvoraf denne saach (var) opkommen.« (saach, d.v.s. Beskyldning).

Erstatningens generalpræventive Funktion direkte fandt Udtryk i den paagældende Domsvotering[15]), synes det ikke betænkeligt at antage, at Højesteret allerede paa daværende Tidspunkt i Realiteten var Tilhænger af en mere almindelig Regel om Erstatningspligt som Følge af uforsvarligt Forhold, selvom det naturligvis ikke er muligt at angive, i hvilket Omfang en saadan Regel blev anvendt i ulovbestemte Tilfælde uden nærmere Kendskab til et større Domsmateriale, end det her har været muligt at dokumentere.

Sagen HP 1715 A, 229 belyser dernæst paa en særlig interessant Maade det Forhold, at det netop var omkring Aar 1700, at Vaadeansvaret var ved at blive omdannet og subjektivt begrænset. Denne Sag handlede om et Drab ved Vaadeskud, som var blevet begaaet af en Dreng under 14 Aar ved uforsigtig Omgang med Skydevaaben. Sagen var formentlig blevet rejst paa Grundlag af DL 6-11-8 jfr. 1, og Kommissionsdomstolen havde dømt Drengen til at bøde sine 40 Lod Sølv til den dræbtes Arvinger. Der opstod nu det Spørgsmaal i Højesteret, om Drengen ikke burde fritages for at bøde under Hensyn til hans unge Alder, en Omstændighed, som Lovens Bestemmelser om Vaadedrab slet ikke tillagde nogen Betydning[16]). I det foreliggende Tilfælde vilde 2 Dommere stadfæste Kommissariernes Dom under Hensyn til 6-11-1, »hvilken Articel ingen exception gør imellem myndige og umyndige«. Tre Dommere vilde imidlertid frifinde for Boden, fordi Drengen aldeles af Uvidenhed og paa en uskyldig Maade havde forvoldt Drabet. »Vel gør Loven ingen Distinction i denne casu, men alle casus emergentes ej ere i Loven exprimerede, og Loven i andre Poster gør Reflexion paa Minorennitet«. Foss, der fremkom med denne Udtalelse, vilde drage en Analogi fra 6-11-3 (Skovhugningstilfældet) og argumenterede for, at den Handling, der var forelagt til Bedømmelse i Retten, lige saavel kunde kaldes en actus licitus, som det i 6-11-3 omhandlede Tilfælde. Han kunde ikke se, at der i det foreliggende Tilfælde forelaa »actus illicitus«, »thi det er det, som en er forbunden at gøre, men havde han vidst, at Bøssen havde været ladt, var der actus illicitus«[17]) Kaalund tilføjede, at der maatte være Forskel paa Vaade begaaet af myndige og umyndige, naar

[15]) Jfr. Bartholins Udtalelse: »ser ej, at hun kan befries for at bøde Skaden, og mest for at jage Folk Skræk ind, at omgaaes Lys og Ild forsvarligere«.

[16]) Ved fortsætlig Drab var Ansvaret derimod i Lovbogens 6-6-17, 18 og 19 gradueret efter Gerningsmandens Alder, saaledes at Børn under 10 Aar ligesom Personer, der havde begaaet Manddrab i Raseri og Vildelse, kun skulde betale fuld Mandebod, og Børn mellem 10 og 14 Aar skulde have Hovedlodden forbrudt og straffes med Ris paa Kroppen. I kvalificerede Tilfælde kunde Frihedsstraf anvendes, men altsaa ikke Dødsstraf, som ellers var den normale Følge af fortsætlig Drab. Man kunde iøvrigt have ventet, at Retten var kommet ind paa Anvendelsen af DL 1-24-9, men dennes Regel om, at Barn, som er under sine 15 Aar, bøder Skaden til den, som han fortsætlig har forbrudt sig imod, gjaldt ikke ved Manddrab.

[17]) Selve Sprogbrugen er her overordentlig interessant, fordi den vidner om de første famlende Forsøg paa at indpasse en »Retsstridighedsteori« i DL's Ansvarsbestemmelser.

der var en saadan Forskel ved Drab, der var begaaet med Vilje. Reitzer støttede ogsaa dette Synspunkt, idet han hævdede, at Barn, der gør Drab af Vaade, ikke skulde betale Bøder, »thi, at den myndige bøder, er Aarsag, at han ved, hvad han gør, men slig Forstand kan ej udkræves af et umyndigt Barn«. Meget kunde tyde paa, at den refererede Hensyntagen til Gerningsmandens subjektive Forhold vilde have ført til Omstødelse af den indankede Dom, men at et processuelt Forhold — at domfældte ikke havde udtaget Kontrastævning til Dommens Underkendelse — var det Moment, der alligevel kom til at bevirke Stadfæstelse. De følgende Vota gik nemlig slet ikke ind paa en videre Drøftelse af Realiteten, men hæftede sig alene ved den Kendsgerning, at Kontrastævning ikke var blevet udtaget, og Kaalund ændrede udtrykkelig sit Votum »efterdi ingen Contrastefning er taget, — hvorefter Dom faldt«[18]).

Den i den førnævnte Dom fremtrædende Tendens til Hensyntagen til subjektive Forhold hos Skadevolderen, bestyrker yderligere Indtrykket af Skyldprincippets tidlige Fremtrængen. Det maa dog bemærkes, at Højesteret i en Sag fra 1751, HP 1751, S. 336, i et Tilfæle af Vaadedrab idømte en Dreng at bøde 40 Lod Sølv, i hvilken Forbindelse Retten omstødte en Birketingsdom, hvorved Drengen var dømt til at have sin Hovedlod forbrudt og ved Bysmanden at straffes med Ris (jfr. DL 6-6-19).

Udformningen af Skyldprincippet behøvede som nævnt ikke at være ensbetydende med en Anerkendelse af en i ulovbestemte Tilfælde gældende Erstatningsregel efter Culpaprincippet. Saa længe, der ikke er blevet fremdraget yderligere Retspraksis, end det har været muligt i Forbindelse med nærværende Studier, kan der stadig herske delte Meninger om Tidspunktet for en saadan Regels Fremkomst. Efter den her forsvarede Opfattelse har Retspraksis meget tidligt efter DL anerkendt en almindelig Erstatningsregel. Den første afgørende Retssag, som her kan dokumenteres, stammer fra 1759 (HP 1759 A, 17). Sagsforholdet var det, at Citanten Natten mellem 9. og 10. November 1757 havde haft en Flaadebro, som han brugte ved sit Arbejde, liggende fortøjet i Havnen. Der var imidlertid brudt et meget stærkt Stormvejr løs den samme Nat, og Flaaden havde revet sig løs og var hen paa Morgenen drevet ind paa en Galease, paa hvilken der derved var opstaaet forskellig Skade. Ejeren vilde Dagen i Forvejen have ført Flaaden til Slotsbroen, men var blevet forhindret deri af Vejret og havde i Stedet fastgjort den, saa godt han kunde der, hvor den laa. Ved Politi-og Commercecollegiets Dom blev Ejeren af Flaadebroen idømt Erstatning, dog kun til Betaling af Halvdelen af Skaden, formentlig udfra en Analogi fra DL 4-3-5, der i et

[18]) Efter Datidens Proces var det ganske vist en Regel, at Appelinstansen, heller ikke ved Indstævning til Konfirmation, maatte grunde sin Dom paa den indstævnte Dom, jfr. DL 1-5-20, men det udelukkede naturligvis ikke, at manglende Kontrastævning faktisk kunde faa Betydning.

noget lignende Tilfælde fastslaar, at Skaden skal besigtiges af søfarende Mænd og betales af begge Skibene efter deres gode Tykke og Forstand, saafremt Skipperen findes uskyldig. Falsen formulerede Sagens Problem saaledes: »Loven har sat al den præcaution for Skippere, som ligger i Havn, som ske kunde, men har ej kunnet slutte saadan casus, som her er sket, nemlig at en Flaadebro driver løs og foraarsager Skade, *hvilken casus derfor ej kan decideres efter de Articler i Loven, som allegeret er. Questio bliver nu, hvem af Parterne, der har været in culpa*«. Da Retten herefter var af den Opfattelse, at Citanten havde gjort »alt, hvad han burde«, blev det statueret, at de ergangne Domme ikke burde komme Citanten til Præjudice eller Penges Udgift i nogen Maade.

Vil man ikke datere Culpareglen som almindelig Erstatningsregel i dansk Ret længere tilbage, maa den i al Fald siges at være godkendt ved den citerede Afgørelse af 1759. Højesteret fraveg ikke senere Culpaprincippet, og man har vistnok Lov til at sige, at den naturretlige Lære om objektivt Ansvar ikke fik nogen som helst Indflydelse i Retspraksis[19]). Herved tænkes alene paa Erstatningsreglerne for normale voksne Personers Vedkommende, jfr. tillige Stang, l. c. S. 24. Med Hensyn til denne naturretlige Reaktion maa dog for det første bemærkes, at den ikke var en Del af den almindelige generelt antagne Naturretsdoktrin, men at den netop maa henføres til Thomasius' bekendte Skrift »Larva legis aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum« (1703), der ved sin Afvisning af Paastanden om Receptionen af lex Aquilia i Tyskland og ved Afvisningen af Culpaprincippet stod i afgjort Modsætning til de ældre Naturretsforfattere, saaledes navnlig Pufendorf[20]).

Sagen HP 1772, S. 338 kan tjene til yderligere Belysning af Højesterets Behandling af Culpakriteriet i den sidste Halvdel af det 18. Aarhundrede. Anledningen til Sagen var et Skibsforlis, som skete, mens Skibet var bortfragtet, altsaa hvad der nærmest nu vilde blive kaldt

[19]) »En vidtgaaende opposition mott den romanistiske erstatningslære reiste den senere naturretslige skole«, udtaler Stang (l. c. S. 24), idet han tilføjer, at denne Opposition mod det subjektive System næppe har haft stor Indflydelse paa Retspraksis i Norden (l. c. S. 41).

[20]) Jfr. herved dennes Bemærkning, III, I, § 6: »ex casu tamen fortuito ad reparationem neminem teneri manifestum est, ubi scilicet nulla aliquius culpa ad mixta est. Nam ubi a me nihil admissum est, quod imputari mihi queat, nulla ratio est, quare ego magis, qui invitus damnum feci, fatale malum luere debeam, quam alter, qui accepit«, der jo sandsynligvis er Baggrunden for den tilsvarende Behandling af Emnet herhjemme i Holbergs Naturret. Hvad særligt angaar Spørgsmaalet om Hensyntagen til ung Alder eller mentale Mangler i Erstatningsretten, — et Spørgsmaal, som Thomasius's Lære i særlig Grad rettede sig mod, bliver dette, for saa vidt angaar dansk Retspraksis, berørt nedenfor. Som det fremgaar af Titlen paa Thomasius Skrift, var det hans Hensigt at sønderrive Erstatningsreglens falske Maske, d.v.s. Betegnelsen »actio legis aquiliae« og afvise Receptionen af den romerske Erstatningslære, forsaavidt den stred med naturretlige Principper, jfr. om hans metodiske Program i det hele taget, ovenf. S. 22, samt Ussing, Skyld og Skade, S. 233.

Overladelse af et Skib til Brug ved Timecharter. Efter Aftalen skulde Søskade være for Ejerens Risiko, men Brugeren havde forpligtet sig til at bruge al Forsigtighed, mens han disponerede over Skibet. Da Skibet ankom til Oslofjorden, lod Skipperen kaste Anker ud for den aabne Strand, som Skibet senere som Følge af Storm drev ind imod og strandede paa et Rev. »Questio bliver, hvorvidt Mandall har iagttaget den ham foreskrevne Forsigtighed, og om denne Skibets Forulykkelse skal tilskrives en casui fortuito eller Mandalls culpae«. Under Proceduren var det blevet anført, at Skipperen overhovedet ikke burde have sejlet længere, »end Søen var navigable«. Ved Byfogedens Dom var Sagsøgte blevet frifundet, men ved Magistratens og Overhofrettens Dom var han blevet dømt til at betale Skibets Værdi. Ved Højesterets Dom blev Byfogedens Afgørelse stadfæstet med 7 Stemmer mod 5: »Mandall har ikke kunnet gjort andet, end hvad han har gjort. Ankertovet var saaledes fæstet, at det var umuligt, om det endog havde været flere Skibsfolk, at faa flere Ankere ud«. Minoriteten hævdede, at Skipperen ved at gaa til Ankers paa et uegnet og udsat Sted havde udsat Skibet for unødig Fare og derved paadraget sig Ansvar.

I Sagen HP 1780, S. 202 var der Tale om et Færdselsuheld paa Kongevejen ved Hørsholm. 2 Hestevogne var stødt sammen, og Højesteret kom til det Resultat, at der havde været Uforsigtighed paa begge Sider, og at Skaden formentlig ud fra en Analogi fra DL 4-3-3 maatte ligedeles[21]). Der var dog stor Tvivl om Bedømmelsen i Højesteret, og Stemmerne kom til at staa 7 mod 6. Anledningen til Tvivlen var bl. a. Spørgsmaalet, om man kunde sige, at Højrekørsel var fastslaaet som en gældende Retsregel: »Der er mere imod Citanten end Indstævnte, da han ej har kørt paa den højre Side af Vejen, som vel ej er anordnet paa Landet, men her i Byen og er almindelig Brug iblandt Bønder,« hvortil en anden Dommer bemærker, at »det er almindeligt, at Bønderne kører paa alle Sider«. Birketingsdommen havde aabenbart lagt afgørende Vægt paa, at Citanten havde kørt paa venstre Side af Vejen, og derfor frifundet Indstævnte, men dette Synspunkt blev altsaa ikke eneafgørende for Højesterets Afgørelse, der ogsaa var inde paa det Synspunkt, at Indstævnte havde kørt »uforsvarlig fast«. I denne Forbindelse kan ogsaa henvises til Sagen HP 1795, S. 164 i Anledning af en Færdselsulykke i Filosofgangen i København, hvorved en Skildvagt blev kørt

[21]) Der var iøvrigt en vis Tendens i Praksis i Retning af at fortolke DL 4-3-3 indskrænkende ud fra et compensatio-culpae-Synspunkt; saaledes formentlig Mindretallet i den her nævnte Dom, ligesom der kan henvises til HP 1761, S. 329, og 1781, S. 525. Den sidste Sag viser i hvert Fald saa meget, at Højesteret ikke følte sig bundet af Ligedelingsnormen, hvor den, der havde lidt Skade ved Sammenstødet, havde handlet mere culpøst end Modparten. I det foreliggende Tilfælde blev derfor Oberhofretsdommen, der havde frifundet Parterne for gensidig Tiltale, stadfæstet. Anchersen og Fridsch voterede for Stadfæstelse af Underinstansens Dom, der havde fundet Ligedelingsnormen anvendelig, da Parterne ikke havde kunnet undvige hinanden og ingen af dem havde handlet med Vilje, men af »Uraad«.

ned. Her anføres det, at den kørende havde »vist Uforsigtighed i at køre alene med en Hest, som han ikke var Mester af«[22]).

Det fremgaar af de anførte Domme, at man meget hurtigt var naaet til at praktisere Culpareglen efter nogenlunde de samme Grundprincipper, som nu præger Praksis. De naturretlige abstrakte Ansvarsprincipper, som til en vis Grad kom til at præge Retslitteraturen i den sidste Halvdel af det 18. Aarhundrede, og som herhjemme navnlig blev udformet saaledes, at der maatte antages at være Erstatningspligt overalt, hvor den skadevoldende Handling var Udslag af den Handlendes Selvvirksomhed (spontaneitas)[23]), gik principielt ud paa at paalægge Ansvar selv for hændeligt Forhold, naar blot Skaden kunde henføres til en Persons »frie« Handlinger. Der foreligger som nævnt ikke Tegn paa, at Retspraksis ud fra saadanne Synspunkter skulde have fraveget Culpakriteriet paa noget Punkt i de Tilfælde, hvor der var Tale om Bedømmelsen af normale voksne Personers Handlinger.

Ved Besvarelsen af Spørgsmaalet om Børns Ansvar søgte Nørregaard og Hurtigkarl at fortolke DL 1-24-9 i Overensstemmelse med den ovennævnte Lære. Ordet »forsætligen« i denne Bestemmelse fortolkedes som Udtryk for Krav om »Selvvirksomhed«, idet man forudsatte, at et Barn ikke i egentlig Forstand kunde handle forsætligt[24]). Der kan ikke paa dette Sted gives nærmere Oplysninger om, hvorledes Retspraksis i det 18. Aarhundrede fortolkede 1-24-9. Det maa dog sikkert antages, at denne Bestemmelse blev anvendt baade med Henblik paa Spørgsmaalet om Strafansvar og Erstatningsansvar, hvilket sikkert ogsaa er Udtryk for en rigtig Fortolkning af Lovreglen[25]), og der er endvidere Grund til at tro, at den naturretlige Fortolkning af Bestemmelsen paa den ovenfor angivne Maade kun kan have præget Praksis en meget kort Overgang i Slutningen af det 18. Aarhundrede, hvis den overhovedet har gjort det.

Det er endvidere yderst tvivlsomt, hvorledes man i Retspraksis har behandlet abnorme Personers Erstatningsansvar. Danske Lov tog ikke direkte Stilling til Spørgsmaalet[26]), men under Hensyn til Retspraksis' Behandling af abnorme Personers Handleevne inden for Kontraktretten, er der dog et vist Grundlag for at formode, at der i begrænset Omfang er blevet taget Hensyn til mentale Mangler ved Sager om

[22]) Afgørelsen har Interesse ogsaa i anden Henseende, idet det blev fastslaaet, at Erstatningen ikke blot skulde omfatte Godtgørelse til den beskadigede for Svie og Smerte samt Afsavn af Fortjeneste, samt Lyde og Skade, men ogsaa Godtgørelse til 1. Livregiment for det Tab, dette maatte anses at lide ved at maatte undvære den tilskadekomne Soldat, »da Regimentet dog paa en vis Maade kan siges middelbar beskadiget«.

[23]) Jfr. Nørregaard, Privatretten, III, 1787, S. 6 ff. og S. 10, samt Hurtigkarl, Privatretten, II, 2, S. 6 ff.

[24]) Jfr. hertil Brorson, Kommentar til DL, I. Bog, II (1797), S. 372, Ørsted, Haandbog, V, S. 23, A. W. Scheel, Personretten, 1876, S. 78 ff., og Stang, l. c. S. 38, Note 98.

[25]) Jfr. Scheel l. c., S. 81.

[26]) Jfr. Bentzon, Personretten, 1930, S. 106.

Erstatningspaalæg[27]). Efter Thomasius' Naturretslære kunde mentale Mangler ikke komme i Betragtning som Ansvarsfritagelsesgrund, og denne Lære er sandsynligvis Baggrunden for Voteringen i Sagen HP 1791 A, 739. Denne handlede om en Godsejer, der i Utide havde bortjaget sin Forvalter, »efter at han først med Hug og Slag, Skældsord og Beskyldninger havde mishandlet ham«. Førstvoterende vilde godkende Paastanden om Erstatning »i Analogi af 1-24, da Børn bør give Skadeserstatning, saavel som i Analogi af 6-10-2«[28]). Flertallet var imidlertid af den Opfattelse, at Sagsøgte maatte anses for utilregnelig, og at der derfor ikke i dette Tilfælde kunde være Tale om at paalægge Erstatning, da der ikke forelaa nogen Integritetskrænkelse med fysisk Skade som Følge, men derimod en »læsio existimationis«, »og Æren kan ej læderes, uden at lædens har fri Villie, thi uden dette har det ingen Virkning«. Det fremgaar klart af Voteringen, at Rettens Medlemmer var af den Opfattelse, at den sindssyge maatte have Erstatningsansvar i Tilfælde af fysisk Skadeforvoldelse, — »damnum fysicum«. Ved Dommen blev Godsejeren tilpligtet at betale de kontraktmæssige Ydelser, Løn, Kost og Logi til Forvalteren, men derimod frifundet for Erstatning herudover. Hvor megen Vægt, man skal lægge paa den i Voteringen indeholdte Forudsætning om sindssyges Erstatningspligt, er vanskeligt at sige, men Ørsteds noget senere Afvisning af den naturretlige Lære[28a]) har formodentlig haft til Følge, at Retspraksis ret tidligt har opgivet Naturrettens doktrinære Standpunkt.

Om selve Udformningen af Culpabetingelsen i Retspraksis skal yderligere bemærkes, at Domsvoteringerne ikke normalt giver Udtryk for nogen særlig Graduering af Culpakravet f. Eks. efter den romerske Skala, dolus, culpa lata, culpa levis, og at den subjektive Ansvarsbetingelse altid blev bedømt efter en mere abstrakt Maalestok (bonus pater-Skønnet). Kun paa et enkelt Omraade var man inde paa at gennemføre en konkret Culpabedømmelse, diligentia quam in suis rebus. Der var en nærliggende Mulighed for at indfortolke dette i Bestemmelsen i Danske Lov 5-8-14 om Forvarerens Ansvar. I Sagen HP 1775, S. 306, blev en Bogtrykker, der i mange Aar havde haft et Oplag af trykte Bøger liggende, sagsøgt med Paastand om Erstatning for Bøgernes Ødelæggelse. Anledningen til Sagen var Udgivelsen af Knytlingesagaen, som Bogtrykkeren havde trykt for »Professor Magnaei Stiftelses« Regning.

[27]) I strafferetlig Henseende kunde mentale Mangler faa Betydning. I DL 6-6-17 var det bestemt, at Drab, som var begaaet i Vildelse eller Raseri, ikke kunde medføre Livsstraf. Saavidt man kan se af Lovgivningen, drog man dog Grænsen for det mentalt abnorme ret snævert, jfr. Forordningen af 18. December 1767, der paalægger særligt haarde Straffe paa »melankolske og tungsindede Mennesker, der dog ikke kan anses at være berøvede Forstandens Brug«. Forordningen betegnes af Stig Iuul som Højdepunktet af Afskrækkelsesteoriens Indflydelse paa dansk Strafferet, jfr. Kampen mod Forbrydelsen, I, S. 285—86.

[28]) Formentlig en Fejlskrift for 6-11-2 medmindre Tanken netop er den, at den sindssyge Skadevolders Handling sidestilles med Skade voldt af Dyr.

[28a]) Jfr. Ørsted, Nyt jur. Ark., 20. Bd., S. 126 ff. og 139 ff. samt Haandbog V, S. 21 ff.

Flertallet i Højesteret vilde frifinde Bogtrykkeren ud fra det Synspunkt, at det kun kunde forlanges af ham, at han skulde gemme Bøgerne saaledes, at de kunde ligge sikkert i den korte Tid, han kunde vente at beholde dem hos sig, »og saaledes, som han gemte andre deslige Skrifter. At han ej har præsteret dette Slags diligentia er ubevist, tværtimod erfares ej rettere, end at han har forvaret disse Eksemplarer som andre hans Skrifter«. Det sidste Udtryk viser utvivlsomt hen til diligentia quam in suis rebus, som denne Ansvarsmaalestok var blevet udformet i romersk Ret, men den konkrete Afgørelse var baaret af stærke reale Grunde, navnlig under Hensyn til, at der i det foreliggende Tilfælde var Tale om et paatvunget Forvaringsforhold, som Bestilleren af Bøgerne maatte synes at være den nærmeste til at bære Risikoen for. En Minoritet med Anchersen i Spidsen vilde dog paalægge Ansvar, dels under Hensyn til, at noget af det trykte var blevet helt borte, og dels fordi »det er culpa in abstracto og ej in concreto, som efter vores Lov skal erstattes«.

Paa Grund af det særegne Sagsforhold er det næppe berettiget at tage Dommen om Knytlingesagaen som Udtryk for en almindelig Tilslutning til den konkrete Culpabedømmelse i Depositumtilfælde. Voteringen i en senere Sag, HP 1779, S. 16, tyder heller ikke herpaa. Her havde 75 Interessenter i »Ligkassen for samtlige Medlemmer af Bogtrykkerkunsten« sagsøgt deres Kasserer, fordi »Ligkassen« ved et Indbrud var blevet tømt for sit Indhold i rede Penge (360 Rd.). »Som Depositum skal Sagen bedømmes. At forvare som sit eget Gods bemærker, som en god Husfader plejer at forvare sit eget Gods«. — Ud fra dette Synspunkt blev Hof- og Stadsrettens Dom, ved hvilken Kassereren var blevet idømt Erstatning, stadfæstet. Et Mindretal mente dog, at dette var at stille for strenge Krav til Kassererens Paapasselighed, men den Omstændighed, at Kassereren efter Vedtægterne skulde være solvent, har muligvis ogsaa bidraget til Flertallets Standpunkt, fordi der heri kunde indlægges en Forudsætning om, at han ubetinget skulde svare til eventuelt manglende Beløb.

Hele Spørgsmaalet blev senere gjort til Genstand for en indgaaende Diskussion mellem en Kancellisekretær Holm, Kolderup Rosenvinge og Ørsted[29]). Her antog Ørsted det Standpunkt, at Culpabedømmelsen i Depositumtilfælde i et vist Omfang maatte adskille sig fra den almindelige Culpabedømmelse, selv om han indrømmede, at det ikke kunde antages, at DL 5-8-14 »skulde ganske have lagt den romerske Rets Begreb om Culpa in concreto til Grund« (N. J. A. l. c., S. 196). Efter Ørsteds Opfattelse maatte Lovbestemmelsen fortolkes saaledes, at man ikke blot lagde Vægt paa den Omhu, Depositaren i det givne

[29]) Jfr. Nyt juridisk Arkiv, 19. Bd., 1817, S. 126 ff. I tidligere Litteratur havde Nørregaard, Privatretten, III, S. 201, forsvaret den almindelige Culpabedømmelse, idet han oversatte Danske Lovs Ord til »saaledes som enhver fornuftig og vindskibelig Mand bør giemme sit eget«. Hurtigkarl var derimod gaaet ind for en konkret Culpabedømmelse, Privatretten, II, 2, S. 262.

Tilfælde havde vist for sit eget Gods, men snarere paa den, »man efter hans øvrige Adfærd kunde paa den Tid, Depositum blev stiftet, have ventet, der skulde gøre Udslaget« (l. c. S. 208). Ogsaa paa dette Omraade dukkede saaledes en af Ørsteds Grundtanker inden for Formueretten op, nemlig at der altid maatte lægges Vægt paa Medkontrahentens Opfattelse af Forholdene ved Kontraktforholdets Stiftelse. Set fra et retshistorisk Synspunkt kan der næppe herske nogen Tvivl om, at Kolderup Rosenvinge havde Ret i sin Afvisning af den romersk prægede Fortolkning af Danske Lov[30]). Til den retshistoriske Side af Sagen bemærkede Ørsted blot, at han ikke kunde modsige den Fortolkning, Rosenvinge havde givet af de gamle Love, men at Danske Lov med Flid havde forandret det Lovsted, »som Herr Rosenvinge, med Rette, anser for Kilden til 5-8-14«, og at Ansvaret efter Danske Lov ikke som tidligere var uafhængigt af Depositarens Omhu og Paapasselighed (N. j. A. l. c. S. 211).

Den omtalte Diskussion kom til at præge den senere retsvidenskabelige Behandling af Emnet[31]). Resultatet af Udviklingen er blevet en Tilslutning til den almindelige Culpabedømmelse, idet Bestemmelsen i Danske Lov alene fortolkes som indeholdende en Bevisregel. Hele Spørgsmaalet har sikkert kun meget sjældent særlig praktisk Interesse, da det i Retspraksis som Hovedregel vil blive en Række konkrete Momenter, der bliver afgørende for Erstatningspaalægget, og ikke en haarfin Afvejelse af, hvilken Forskel det vil gøre, om man tager Hensyn til Forvarerens personlige Sædvaner eller mere generelt formede Agtpaagivenhedskrav. Højesteretsafgørelsen fra 1775 vilde ganske sikkert være blevet afgjort paa samme Maade i Nutiden, som den dengang blev, selv om man nu bedømmer Culpakravet abstrakt. I ganske særegne Situationer kan der maaske tænkes at fremkomme en virkelig praktisk, haandgribelig Forskel paa Ansvarsbedømmelsen i Retssager, eftersom der lægges det ene eller det andet Synspunkt til Grund, men den Diskussion, der begyndte om Spørgsmaalet under Højesterets Voteringer i Slutningen af det 19. Aarhundrede, har først og fremmest Karakter af en ren teoretisk Diskussion foranlediget af romerske Retsbegreber.

Med Hensyn til Ansvarsbetingelserne inden for Kontraktforhold anerkendte Retspraksis iøvrigt i den første Periode efter Danske Lov ligesom nu i flere Tilfælde objektivt Ansvar. Selve Fortolkningen af DL 5-1-1 og 2, der som ovenfor anført oprindelig gik ud paa at betragte enhver Misligholdelse som et »Pligtbrud«, har sandsynligvis ført til at paalægge ret vidtgaaende Ansvar i Tilfælde af ikke-Opfyldelse af Kontrakter. Paa den anden Side havde Danske Lov de fleste Steder

[30]) Jfr. ogsaa Matzen, Retshistorie, II, Privatretten, 1896, S. 213—14.
[31]) Jfr. J. E. Larsen, Privatretlige Foredrag, II, 2, S. 233 ff., og Gram, Den danske Formueret, II, 2, S. 447 ff., Julius Lassen, Haandbog i Obligationsret, spec. Del, 1897, S. 609, og Ussing, Enkelte Kontrakter, 1946, S. 405.

anerkendt, at Ansvaret var subjektivt betinget, hvor der var Tale om Skade, voldt paa Genstande, som man i Medfør af et Kontraktforhold havde faaet overgivet. Hvor der forelaa oprindelig Umulighed som Følge af retlige Aarsager, navnlig Vanhjemmel, fastholdt Retspraksis et rent objektivt Ansvar. Dette stemte med Danske Lov og med de romerske Regler om Ansvar for »evictio« og for »nomen esse verum«. Som det blandt andet fremgaar af Voteringen i Sagen HP 1757 A, 29 (jfr. ovenfor S. 272), opfattedes Vanhjemmelsansvaret dog ikke saaledes, at det kun kunde indtræde, naar den bedre berettigede gjorde sine Krav gældende. Hverken Majoriteten eller Minoriteten i den nævnte Sag var inde paa den Tanke, at Vanhjemmelssynspunktet principielt maatte afvises, fordi Panthaveren rent faktisk ikke havde anfægtet Køberens Ret. Af andre Grunde blev det derimod fastslaaet, at Paastanden om Vanhjemmel var ubeføjet.

I Odelssagerne kunde det ofte være tvivlsomt, om selve den Omstændighed, at en Køber af en fast Ejendom havde været klar over, at Sælgeren ikke havde været odelsberettiget, kunde udelukke Kravet om Erstatning i de Tilfælde, hvor der optraadte en Odelsprætendent. I denne Henseende kan henvises til Sagen HP 1771, S. 353, hvor Højesteret i et Tilfælde af den nævnte Art paalagde Ansvar. I den paagældende Sag udtalte Stampe: »Hjemmel er en naturlig Følge af Køb. Kan han ej skaffe mig Ejendommen igen, skal han sætte mig i den Stand, jeg var, førend Contracten blev indgaaet«. I Sagen HP 1772, S. 711 var der ligeledes Tale om Bedømmelsen af en Paastand om Erstatning som Følge af Vanhjemmel, fordi Køberen havde maattet fravige den købte Ejendom til Fordel for en Odelsprætendent. I dette Tilfælde var Ejendommen blevet solgt uden Indestaaelse for Hjemmel og med de samme Rettigheder, hvormed Sælgeren havde haft den. Flertallet i Højesteret fastholdt det i ældre Retspraksis gennemførte Standpunkt, at Sælgeren af et Odelsgods i Almindelighed burde indestaa Køberen for det Tab, han maatte lide, hvis han kom til at fravige Ejendommen for et mindre Beløb end det, han havde givet for den: »At Hvitfeldt i sit Skøde ikke specialiter har nævnet at ville hjemle for Odel, kan derimod ikke fritage ham for saadan Hjemmel at præstere. Notionen af Hjemmel involverer Sikkerhed for Køberen og Skadesløsholdelse i Henseende til alt det, der kan gøre andre mere berettigede til det købte end Køberen. En speciel Opregnelse af al Vanhjemmel er ligesaa unyttig som umulig«. Et Mindretal anerkendte i og for sig den almindelige Regel om Vanhjemmelsansvar, men var af den Opfattelse, at dette ikke burde anvendes i Tilfælde af Odelsløsning. Baade den forrige Sag og denne synes at tyde paa, at man i hvert Fald i Odelssagerne nøjedes med at paalægge Ansvar til Opfyldelse af den negative Kontrakts Interesse. Dette gjaldt dog næppe som Hovedregel. I Sagen HP 1774, 637 havde Køberen givet 250 Rd. for en Gaard i Norge, som han maatte fravige, fordi en Op-

sidder gjorde Krav paa Gaarden i Henhold til Forordningerne af 18. Juni 1723 og 25. Februar 1733. Oberhofretten paalagde Sælgeren at betale 300 Rd. i Erstatning, men dette blev ikke godkendt af Højesteret, der ikke fandt, at en saadan Erstatning, der endog oversteg Købesummen, burde fastsættes paa Slump, hvorfor man benyttede Bestemmelsen i NL 5-3-42 (jfr. DL 5-3-31), saaledes at Erstatningen maatte udmaales efter en Vurdering af Ejendommen ved »Dannemænd«[32]).

Ved Salg af ikke-eksisterende Rettigheder har Retspraksis i det 18. Aarh. sikkert ret tidligt fulgt det samme Princip som romersk Ret, at Cedenten indestaar for, at Rettigheden bestaar (jfr. D. 18, 4, 4). I en Sag fra 1776, HP 1776, 184, blev der paalagt Ansvar for Overdragelse af en Bodmeriforskrivning, som viste sig at være ugyldig paa Grund af Udstederens Umyndighed. Ved Transporten havde Transporthaveren paataget sig al den Risiko, som var en Følge af Kontraktens Natur og Debitors Betalingsevne. »Men alt dette kan dog ikke fritage Isaach Abraham for at præstere evictionem, dersom debitum ikke er verum ... og naar Debitor ej valide kunde forbinde sig og altsaa ej er pligtig at indfri sin Forskrivning, er debitum ikke verum«. Da det fandtes godtgjort, at Cedenten kun havde faaet 250 Rd. for Bodmeribrevet, blev Transporthaveren, da der dog var nogen Tvivl om det faktiske Forhold, paalagt at beedige sin Paastand om at have givet mere. Hvis han ikke aflagde denne Ed, gik Dommen alene ud paa en Erstatning paa 250 Rd., til Trods for at Bodmeribrevets Paalydende var 300 Rd. Denne Erstatningsudmaaling synes at minde om den romerske lex anastasiana, der dog direkte angik Køberens Krav over for Debitor, og som begrænsede dette til det Beløb, der var givet for Fordringen (med Renter). Maaske havde den ogsaa en Sammenhæng med den Tendens, der (jfr. ovenfor) viste sig i flere Vanhjemmelssager i Retning af at begrænse Erstatningskravet til den negative Kontraktinteresse, altsaa normalt det tidligere erlagte Vederlag. Hvis dette Princip i ældre Ret har haft generel Gyldighed, hvad der næppe foreligger tilstrækkeligt Grundlag for at antage, vilde det i Praksis i Virkeligheden have været ensbetydende med blot at anerkende en Hæveret i Anledning af Misligholdelsen, i hvert Fald i de Tilfælde, hvor der ikke kunde lægges Overdrageren noget til Last, og hvor han derfor ikke kunde gøres ansvarlig efter Culpaprincippet.

I det 19. Aarhundredes Retsvidenskab herskede der en Del Tvivl om Erstatningspligtens Omfang i Tilfælde af Vanhjemmel og Salg af ikke-eksisterende Rettigheder, naar Overdrager ikke havde handlet culpøst[33]),

---

[32]) En Dommer fremhæver dog, at Oberhofrettens Erstatningsudmaaling synes aldeles upassende, »da det er mere, end Gaarden er værd efter den stipulerede Købesum at slutte«. I denne Bemærkning laa dog næppe, at en Erstatning ikke kunde overstige Købesummen. Dannemandsvurderingen var jo ikke bundet af den i Kontrakten indeholdte Vurdering.

[33]) Jfr. J. E. Larsen, Privatretlige Foredrag, II, 2, S. 61, jfr. 51.

men Tvivlen synes overvundet hos Gram[34]), hvor det udtales, at Hjemmelsmanden uden Hensyn til, om han er i ond eller i god Tro, i de bebyrdende Kontrakter maa erstatte hele det hos Medkontrahenten forvoldte Tab. Denne Tvivl inden for Retsvidenskaben gaar imidlertid kun tilbage til Ørsteds Fremstilling (Haandbog V, S. 135 f.), idet hans Forgængere ikke for gensidigt bebyrdende Kontraktforholds Vedkommende syntes at have været i Tvivl om, at Erstatningspligten i Vanhjemmelstilfælde maatte omfatte hele det lidte Tab, ogsaa selv om subjektive Ansvarsbetingelser ikke var opfyldt[35]). Ørsted mente, at Spørgsmaalet maatte anses for tvivlsomt: »det almindelige Skadeserstatningsprincip er her ikke anvendeligt; men det turde dog maaske ligge i Contractens Hensigt, at Overdrageren, der ligefrem tilsiger sin Medcontrahent, at Contractens Gjenstand skal blive hans, paatager sig at indestaae for al den Skade, hans urigtige Mening kan foraarsage den anden«. Ørsteds Tvivl var, som det fremgaar af de ovenfor refererede Højesteretsafgørelser, til en vis Grad i Overensstemmelse med ældre Praksis' Utilbøjelighed til at give Erstatning udover Købesummen.

Hvor Begivenheder efter Kontraktens Indgaaelse medførte den individuelt bestemte Kontraktgenstands Undergang eller Forringelse, eller hvor der efter Aftalens Indgaaelse indtraadte Opfyldelseshindringer af retlige Aarsager, maa det sandsynligvis antages, at Retspraksis ligesom efter gældende Ret normalt har stillet Krav om Skyld hos Løftegiveren som Forudsætning for at paalægge denne Ansvar. Dette stemmer ihvertfald med en Højesteretsafgørelse af 1781, HP 1781 A, 122, hvor der var Tale om Bedømmelsen af en i Forbindelse med en Ejendomsoverdragelse indgaaet Aftægtskontrakt. Erhververen af Ejendommen, en Fæstegaard, mistede Fæstet, fordi Gaarden blev nedlagt og Jorden udlagt til Hovedgaardsmarker. Fæsteren var herefter afskaaret fra at overholde den indgaaede Aftægtskontrakt, og Aftægtsmanden anlagde derefter Retssag med Paastand om Erstatning for det ved Misligholdelsen lidte Tab. Højesteret afviste imidlertid Kravet under Henvisning til, at Fæsteren havde mistet Gaarden uden »sin Skyld og Brøde«, og at der forelaa en Hændelse, som Løftegiveren ikke kunde være ansvarlig for, omend Tabet haardest havde ramt Aftægtsmanden[36]).

Iøvrigt er det foreliggende Domsmateriale for spinkelt til, at der kan gives en almindelig Fremstilling af Ansvarsreglerne inden for Kontraktforhold. Der foreligger her et Retsomraade, hvor romanistisk Teori utvivlsomt har haft stor Betydning, navnlig for Udviklingen af den teoretiske Retsopfattelse i det 19. Aarhundrede. Paa den anden Side er

---

[34]) Den danske Formueret, II, 1, 1860, S. 222.

[35]) Jfr. Nørregaard, Privatretten, III, S. 37, og Hurtigkarl, Privatretten, II, 2, S. 41—42. — Dette stod naturligvis ogsaa hos disse Forfattere i Forbindelse med deres objektive Ansvarssynspunkter.

[36]) Nogle Dommere var inde paa, at der skulde gives denne Regres eller aabnes ham »en via supplicationis igennem Cammeret at erholde nogen Erstatning«.

det netop et Retsomraade, hvor Striden om de teoretiske Konstruktioner ikke sjældent er foregaaet uden at afsætte de ringeste Spor i gældende Rets Udviklingslinie. De ovenfor meddelte Oplysninger om Udviklingen i Retspraksis paa enkelte Omraader er da ogsaa kun medtaget for at supplere Billedet af Culpareglens Anvendelse som Ansvarsgrundlag i ældre Ret.

II

Ansvar for andres Fejl. I moderne dansk Ret er man tilbøjelig til at indrømme Erstatningskrav i ret vidt Omfang selv i Tilfælde, hvor Skadeforvoldelsen ikke kan henføres til uforsvarlig Adfærd fra Skadevolderens Side. De herhenhørende Erstatningsregler er indbyrdes af vidt forskellig Karakter og Alder. Enkelte af dem stammer utvivlsomt helt tilbage til de allerældste Lag af den danske Retsudvikling. Dette gælder saaledes nogle af Reglerne om Ansvar for Dyr. Derimod maa man vistnok sige, at de Erstatningsregler, der omhandler Ansvar for farlige Handlinger, der er forsvarlige i Betragtning af den overvejende Interesse, som den handlende har i at foretage dem, gennemgaaende er af ret ny Dato. Det er endnu paa dette Omraade vanskeligt at udtale sig om, hvor langt Retsudviklingen er kommet, naar der bortses fra positive Lovforskrifter. Dette gælder, som bekendt, særlig Reglerne om Ansvar for »farlig Bedrift«.

Naar Talen drejer sig om den første Periode efter Danske Lov, er det paa Grund af den meget sparsomme Praksis vanskeligt at udtale sig om, i hvilken Grad Culpadogmet var eneherskende i ældre Ret. Der er dog sikkert ikke Grund til at antage, at Retspraksis i det paagældende Tidsafsnit har været tilbøjelig til at udvide Ansvarsomraadet udover Culpareglens Omraade i væsentlig Grad, og ud fra denne Antagelse maa de ovenfor nævnte Tendenser i Retning af objektivt Ansvar betragtes som en egentlig Nydannelse inden for Erstatningsretten. Med en vis Ret kan Udviklingen derfor beskrives saaledes, at Culpareglens Sejr i det 18. og 19. Aarhundrede er blevet afløst af et delvist Nederlag. Dette gælder dog kun i den Forstand, at man i moderne Retsopfattelse ikke anerkender Princippet: Intet Onde uden Skyld, men derimod ikke saaledes, at det subjektivt betingede Ansvar har mistet sin praktiske Betydning eller har faaet sit Omraade begrænset i Forhold til ældre Ret. Erstatningskravenes Antal og Omfang er bl. a. under Indflydelse af Forsikringsvæsenet vokset saa stærkt, at de gamle Ansvarsprincipper har vist sig utilstrækkelige.

Paa et enkelt Retsomraade er det muligt, at der allerede i det 18. Aarhundrede opstod Tendenser til at paalægge objektivt Ansvar[37]) selv uden Lovhjemmel. Der tænkes her paa Ansvaret ved farlige Foranstalt-

[37]) Ved objektivt Ansvar tænkes der i denne Forbindelse paa Ansvar for Handlinger, der, ud fra andre Synspunkter end Erstatningssynspunktet, maa anses for lovlige og i hvert Fald ikke samfundsmæssigt uønskværdige.

ninger til Skade for en Naboejer. Navnlig fremkom der i det 18. Aarhundrede hyppigt Sager fra Norge omhandlende Forholdene i »Vasdragene«, og i disse Sager synes Domstolene ikke at have været utilbøjelige til at paalægge Erstatningsansvar uden Hensyn til den skadeforvoldende Handlings »Retmæssighed«. Saaledes var der i en Sag fra 1773, HP 1773, S. 303 Tale om i et vist Omfang at paalægge Ansvar for Skade foraarsaget paa Sagsøgerens Jorder ved Aabningen af nogle »Tømmerdamme«. Under Højesterets Votering udtalte Colbjørnsen: »Var det nu saa, at (Sagsøgte) virkelig havde med sine Damme foraarsaget Skade, saa kunde det ikke fritage ham for at tilsvare den, at han verserer in actu licito og in exercitio af sin Ejendomsret. Thi ingen er berettiget at bruge sin Ejendom til Misbrug og Skade for andres Ejendom ...[38]). Maaske var Colbjørnsens Udtalelse paavirket af naturretlige Synspunkter, men det kunde synes, som om disse i flere Sager harmonerede godt med de reale Retshensyn ved farlige Nabohandlinger og ved Interessekollisioner i Forbindelse med Benyttelsen af Vandløb og lignende[39]). Det foreliggende Materiale er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at give en klar Forestilling om, hvorvidt der har været Tale om en betydelig Modifikation i den ovenfor nævnte Antagelse, hvorefter Ansvaret i den første Periode efter Danske Lov i Almindelighed maa anses for at have været betinget af uforsvarlig (utilladelig) Adfærd.

Vender man dernæst Blikket mod Retsudviklingen vedrørende Ansvar for Folks Brøde, er Baggrunden for den dansk-norske Retsudvikling noget klarere, fordi man her har den ret generelt formede Regel i DL 3-19-2 (NL 3-21-2) som Udgangspunkt for den senere Udvikling. Retsudviklingen paa Baggrund af denne vigtige Lovregel har imidlertid været af en saa ejendommelig Beskaffenhed, at der kan være god Anledning til en nærmere Undersøgelse af Bestemmelsen og dens senere Fortolkning.

»Hvis en person volder skade ved uforsvarlig adfærd, mens han udfører et hverv i en andens tjeneste, bliver den anden, principalen eller »husbonden« erstatningsansvarlig ved siden af »tjeneren«. Dette står fast i dansk retspraksis og støttes på reglen i Chr. V's Danske Lov 3-19-2. Faktisk går denne praksis kun ca. 50 år tilbage. Før den tid ses reglen i 3-19-2 ikke brugt uden for kontraktforhold. Nu er reglen imidlertid een af vore vigtigste erstatningsregler«, hedder det i en Betænkning afgivet af Henry Ussing om »Nordisk lovgivning om erstatningsansvar« (København 1950). Naar en gammel Retsregel, saaledes som det er omtalt i den nævnte Betænkning, pludselig bliver draget frem og ikke alene bliver benyttet i Praksis, men bliver anset som Lovhjemmelen for et af Hovedomraaderne inden for dansk Erstatnings-

[38]) Endvidere kan henvises til Sagerne HP 1751. 569 og HP 1775, S. 77.
[39]) Et vidtgaaende Ansvar paa disse Omraader harmonerede iøvrigt med flere af Bestemmelserne i Danske og Norske Lov 5-11.

ret, er der Grund til, set fra et retshistorisk Synspunkt, at være paa Vagt og kræve en Forklaring paa den ejendommelige tohundredaarige Afbrydelse af Lovreglens Funktioner i gældende Ret. En nærmere Undersøgelse af Retsudviklingen paa dette Omraade synes at maatte give det forbavsende Resultat, at Bestemmelsen i DL 3-19-2, jfr. NL 3-21-2 i Perioden fra 1685 op til Nutiden i Retsvidenskaben er blevet fortolket paa en Række forskellige Maader, hyppigt indbyrdes direkte modstridende, *men i ingen af Tilfældene i Overensstemmelse med Lovreglens udtrykkelige Indhold eller dog det, der maa antages at have været dens egentlige Mening.* Hvis denne Paastand er rigtig, betyder det, at der i gældende Ret i overordentlig mange Tilfælde paalægges Ansvar for Folks Brøde, uden at dette kan siges at have egentlig Lovhjemmel. Udfra moderne Retssynspunkter spiller en saadan Konstatering i og for sig ingen Rolle, idet Domstolene formentlig maa kunne paalægge Erstatningsansvar selv uden direkte Lovhjemmel, men rent bortset fra Sagens aabenbare retshistoriske Interesse kan det dog maaske siges at have den praktiske Betydning, at man ved Udformningen af Folks Brøde-Ansvaret fremtidig i højere Grad lægger an paa en Fremstilling af dette uden Hensyntagen til de mange Fortolkningstvivl, som Lovreglen giver Anledning til i Detailspørgsmaal.

Stang har mest indgaaende været inde paa Folks Brøde-Ansvarets Forhistorie: »Det var det objektive system, lovboken gik ut fra. Sammenhængende dermed er det, at den lar sindssyke betale mandebot, og at den lar barn være ansvarlige for sine handlinger. Den paalægger et vidtgaaende ansvar for skade voldt ved tjenestefolk ... Det subjektive system trængte imidlertid ind, og det er med det kildemateriel, som hittil er trykt umuligt at si med sikkerhet, naar eller hvordan det skedde. Antagelig er det dog, at det foregik gjennem domspraksis i løpet av det 18. aarhundrede; betydningsfulde levninger av det objektive ansvar blev imidlertid staaende, saaledes ansvaret for tjenestefolk og for dyr ...«[40]). Tanken er altsaa den, at der har fundet en Genoplivelse af den gamle Erstatningsregel Sted, og af Afbrydelsen i dens Anvendelse, — som de fleste Forfattere uden særligt at begrunde det synes at begrænse til det 19. Aarhundrede[41]), — skal have staaet i Forbindelse med Culpadogmets Fremtrængen. Lovreglen skulde være blevet kvalt af Skyldprincippet for omkring Aar 1900 atter at faa nyt Liv. Da man imidlertid ikke hidtil har kendt noget til Retspraksis i det 17. og 18. Aarhundrede, kan det være vanskeligt at udtale sig om, hvorvidt Bestemmelsen nogensinde har været anvendt paa samme Maade som nu[42]).

Stang fører imidlertid Tanken videre. Efter hans Fremstilling er Tjeneransvaret en Videreførelse af tilsvarende Ansvarsprincipper i gam-

[40]) Stang, Erstatningsansvar, 1919, S. 38 og 40—41.
[41]) Jfr. Stang l. c., S. 211, og Ussing, Erstatningsret, S. 92.
[42]) Jfr. Ussings forsigtige Udtalelse i ovenfor citerede Betænkning.

mel nordisk Ret: »Efter den ældste germanske ret hadde man saaledes ansvar for alt det, ens træller, ens tjenestefolk, ens barn og ens andre husfolk gjorde ... Ansvaret for tjenere er (derimot) i vor ret blit staaende i det væsentlige urørt«. Derefter citerer Stang NL 3-21-1 og 2 og bemærker, at Bestemmelsen for saa vidt er uheldigt formet, som den (NL 3-21-2, jfr. DL 3-19-2) bruger Ordet »Fuldmagt« i en Betydning, som nu er forældet, nemlig som ensbetydende med Hverv (Paalæg, Opdrag, Ærinde): »vil man overhodet forstaa artiklen, maa man holde sig paa det klareste for øje, at den ikke har noet som helst at gjøre med læren om fuldmagt« (l. c. S. 198).

Den, der herhjemme vistnok maa siges at have Hovedæren for »Genoplivelsen« af det gamle Folks Brøde-Ansvar, er Niels Lassen, jfr. hans Afhandling i Ugeskrift for Retsvæsen 1887, S. 49 ff. I denne Artikel indleder Niels Lassen med at omtale, at 3-19-2 frembyder baade et Scylla og et Carybdis. Hvis man omfatter Bestemmelsen saaledes, at Husbonden kun skal svare til de skadegørende Handlinger, som han har paalagt sin Tjener at udføre, bliver Bestemmelsen selvfølgelig og tildels uforstaaelig. Forstaar man den saaledes, at den gaar ud paa at paalægge Husbonden Ansvar for al den Skade, der staar i Forbindelse med Hvervet, bliver Ansvaret uendeligt vidtgaaende. En Begrænsning af Bestemmelsen til kun at angaa Skadestilføjelse i Kontraktforhold maa ifølge Niels Lassen karakteriseres som »fantastic reasoning«. Niels Lassen kom derfor med det Forslag ud fra Forholdets Natur, at afgrænse en snævrere Kreds af Tilfælde, i hvilke det maatte anses realt begrundet at paalægge Husbond Ansvar. Han var nærmest tilbøjelig til at antage, at 3-19-2 havde tænkt paa et meget vidtgaaende Ansvar maaske for en hvilken som helst Skade, der opstaar ved, »at de Hvervet immanente Farer ere blevne virksomme ved Fuldmægtigens Forsæt eller Uagtsomhed — en Regel, der maaske kan have passet for tidligere Samfundsforhold, men utvivlsomt ikke for Nutiden«. Der skal iøvrigt ikke indgaas paa Niels Lassens Lære, der sluttede af med at anbefale, »at lade Artiklen hvile i den Dunkelhed, som nu engang omgiver den«. Dette er i og for sig ikke sket, men moderne Retspraksis har under Henvisning til 3-19-2 gennemført et meget vidtgaaende Ansvar for Folk, og ganske forladt den gamle snævre Opfattelse af Bestemmelsen.

Idet der nu foreløbig ses bort fra det 19. og 20. Aarhundredes Behandling af 3-19-2 og fra de ovenfor gengivne retshistoriske Teorier, skal der gøres et Forsøg paa en nærmere Fortolkning af Bestemmelsen under Hensyn til dens Forhistorie og de Vidnesbyrd om dens Anvendelse, som det er lykkedes at fremdrage fra den første Del af Perioden efter Danske Lov.

Det er rigtigt, at der i ikke ringe Omfang eksisterede Regler om Ansvar for andres Handlinger i gammel germansk Ret. Dette hævdes saa-

ledes for tysk Rets Vedkommende af Hübner[43]) og for norsk og svensk Rets Vedkommende af Amira[44]). Der skal ikke her indgaas paa en nærmere Prøvelse af det berettigede i denne Opfattelse. Kun synes det, som om Hæftelsen for andres Retsbrud i hvert Fald i gammel nordisk Ret kun var gennemført konsekvent for ufri Personers Vedkommende, medens Reglerne om Ansvar for frie Medhjælpere har en langt mere kasuistisk og begrænset Karakter. Navnlig gælder dette for gammel dansk Rets Vedkommende, hvor man i Virkeligheden kun kan paavise ganske faa Eksempler paa Hæftelse for fri Personers Gerninger[45]). Som et alment karakteristisk Træk ved de gamle nordiske og germanske Ansvarsregler synes det at kunne fremhæves, at der først og fremmest var Tale om, hvad man har kaldt et »Husherreansvar«, d.v.s. et Ansvar for de Personer, som var undergivet Husherrens Magt og som levede sammen med ham.

Tanken om at oprette en Forbindelse mellem det gamle Husherreansvar og Tjeneransvaret i danske og norske Lov forekommer imidlertid ganske ubegrundet. Intet Steds i Landskabslovene finder man en til 3-19-2 svarende Regel. Den omhandler ikke et Husherreansvar og indeholder ikke nogen som helst Forudsætning om, at den handlende Persons personretlige Status skal være af en særlig Beskaffenhed. Den forudsætter blot, at der er givet en Person Fuldmagt til at udføre noget. Rent bortset fra denne principielle Væsensforskel findes det afgørende Argument imidlertid i selve Lovbogen. Alt for hyppigt er Bestemmelsen blevet draget ud af sin virkelige Sammenhæng, hvorved man bliver tilbøjelig til at overse de vigtige Regler i 3-19-1 og 3. DL 3-19-1 er Lovbogens Hovedregel, og ved at fastsætte, at Tjenestefolk ikke med deres Forseelse maa føre deres Husbond Skade paa, men at de selv bør lide for, hvad de har begaaet, tog Lovgiveren klart og utvetydigt Afstand fra den ældre Retstilstand, og i Konsekvens heraf blev Tjenerens Selvstændighed og Retsevne fastslaaet i 3-19-3, saaledes at han og ikke Husbonden fik Kravet paa Bøder, naar han blev udsat for skadeforvoldende eller strafbare Handlinger. Med disse Regler var enhver Forbin-

---

[43]) Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1913, S. 512, »Der Herr war ursprünglich für das von den in seinem Eigentum stehenden Knechten angerichtete Unheil unbedingt verantwortlich ... Im mittelalterlichen Rechte hatte aus dem gleichen Gesichtspunkt auch der Dienstherr für die unerlaubten Handlungen seiner Angestellten einzustehen ...«.

[44]) Nordgermanisches Obligationenrecht, I, 1882, S. 402 f., II, 1895, S. 427 f.

[45]) Jfr. Matzen Retshistorie, II, S. 233, og V, S. 163. Her fremhæves Reglerne i Jydske Lov, III, 48, der paalægger Ejeren af Kvæg, der er kommet ind paa anden Mands Ager af Vaade paa Grund af Hyrdens Forsømmelighed, Ansvar og III, 68, hvor der omvendt udtrykkelig fastslaas, at Bonden ikke skal erstatte Ildspaasættelse foraarsaget af Tyende, naar Ilden ikke er blevet baaret ud efter hans Befaling. Medens det ikke er sikkert, at det er rigtigt at betragte den første Regel som en Folks Brøde-Regel, er den sidste Regel utvivlsomt en Afvisning af Folks Brøde-Ansvar. I svensk Ret havde man derimod Ansvar for Folk i visse Ildpaasættelsestilfælde, jfr. saaledes udtrykkelig Helsingelagen (Byalagsbalken XIX) »Om vådaeld ... Mellan gårdar skall bonden svara för sig och sina hjon«.

delse med Fortiden brudt, og kun ved stadig at holde dem for Øje er det muligt at komme til en historisk korrekt Opfattelse af Indholdet af 3-19-2. Inden selve Bestemmelsens nærmere Indhold omtales, skal det anføres, at DL paa flere særlige Omraader havde Regler om Ansvar for andres Gerninger. Saadanne Regler findes navnlig i 4. Bog om Søretten[46]). Endvidere kan nævnes DL 5-7-6, hvorefter Brugspanthaveren skal svare til den Ulykke, der forvoldes af ham eller hans Folks Skødesløshed, men her var ligesom i de førstnævnte Tilfælde Tale om en Retsregel af speciel Natur med særlige saglige og historiske Forudsætninger. 3-19-2 tager derimod ikke Sigte paa noget bestemt Sagsforhold, men udmærker sig ved at være en generel Bestemmelse, hvilket i sig selv er et Særsyn inden for DL's Retsbrudsbestemmelser. Netop under Hensyn hertil maa den, naar den ses i Sammenhæng med 3-19-1, fortolkes forsigtigt.

Der findes ingen bestemt Kilde til Bestemmelsen i ældre dansk Ret, og om dens Tilblivelseshistorie under Lovarbejdet forud for DL findes kun meget faa Efterretninger. Ingen af de nævnte Bestemmelser fandtes i »Codex Fridericius«, men de til 3-19-1, 2 og 3 svarende Regler blev under eet indført i Begyndelsen af 3. Bogs 32. Kapitel i Rasmus Vindings »Første Projekt«. Den til 3-19-2 svarende Bestemmelse blev noget ændret i 1. Revisionskommission, og i »Sidste Projekt«, 4-4-1—3, findes Bestemmelserne i næsten samme Skikkelse som i Danske Lov 3-19. De tre Bestemmelser er altsaa blevet til paa samme Tid, hvilket i sig selv har en vis Interesse at konstatere. Første Projekt, 3-32-2, havde følgende Ordlyd: »*End giver Hosbond sin Tienere eller anden Mand Fuldmagt paa sine Vegne at forrette noget mactpaaliggende, som hannem paa hans Embeds Vegne self tilkom at forrette, da bør Husbonden self at svare til, hvad derudi brydes af den, som hand Fuldmact givet haver, oc af hannem igien søge sin Opretning*«.

I denne oprindelige Formulering er Lovbestemmelsens Indhold ganske klart. Den hjemler et begrænset Ansvar for Hjælperes Forseelser, saafremt der er Tale om *den Situation, at man sætter en anden til at udrette noget, som paahviler en selv i et særligt Pligtforhold,* der i Udkastet endog syntes begrænset til saadanne Pligtforhold, som vedrørte en Persons Embede, — altsaa nærmest hans offentlige Tjenestepligter. Det centrale Udtryk i Bestemmelsen er dette, at den taler om at give nogen »Fuldmagt paa sine Vegne«. I afgørende Modsætning til Stangs Lære forsvares her den Opfattelse, at Bestemmelsen *direkte* vedrører Læren om Fuldmagt. I denne Henseende skal der for det første bemærkes, at der formentlig slet ikke findes noget Grundlag for at forstaa Ordet »Fulmagt« i en, som det paastaas, »forældet« Betydning i Retning af et

[46]) Jfr. Stang l. c., S. 40, Note 102, hvor det sikkert med Rette anføres, at de fleste af disse Bestemmelser, der hidrører fra Søretten af 1561, er af fremmedretlig Oprindelse.

svævende Begreb om Hvervgivelse eller Tjenestegerning i Almindelighed. Ordet var ret nyt i Sproget paa Danske Lovs Tid. Det var et tysk Laaneord (jfr. mellemnedertysk Vulmacht) og var en ligefrem Oversættelse af det latinske pleni potentia[47]). Hvis der skal opstilles nogen Formodning om Ordets Betydning i ældre Ret, maa det være den, at det netop i endnu strengere Forstand end nu (som nyt Fremmedord) har betegnet Bemyndigelse til at optræde paa en andens Vegne som Stedfortræder for Fuldmagtsgiveren[48]). Heller ikke Ordet »Tjener« kan tages til Indtægt for den Opfattelse, at Bestemmelsen mere i Almindelighed hentyder til Arbejde, der udføres for en anden, f. Eks. almindeligt Lønarbejde. Tjener betød ingenlunde altid i ældre Sprogbrug underordnet Arbejdskraft, tværtimod kaldtes f. Eks. Fyrsters og Stormænds Hoffolk og Embedsmænd for Tjenere[49]).

Hvor en Tjener blev givet Fuldmagt, var han at betragte som Fuldmægtig, og der var i det 18. Aarhundredes Retsopfattelse en klar Sondring inden for Begrebet Tjenestefolk, jfr. Dons[50]): »Tienestefolk bør selv lide for, hvis de brudt have, uden det er noget som de har havt Fuldmagt til af Husbonden og var tilladeligt«, og samme Sted hedder det lidt senere om Tjenestefolk: »Iblandt Mandspersonerne bruges nogle til Haandarbejde og gemeen Tieneste, andre til vigtigere og Huusbondens egne particulaire Forretninger: Saasom Høckere, Fuldmægtige, Forvaltere, Præceptorer etc. . . .«.

En særlig Baggrund for Forstaaelsen af DL 3-19-2 faar man ved at vende Blikket mod Udviklingen af Ansvarsreglerne gældende for Kongens Regnskabsbetjente. Samtidig med Indførelsen af Enevælden blev der truffet Foranstaltninger til Løsningen af den vigtige Statsopgave at bringe Orden i Kronens Finanser og navnlig sørge for, at Kronens Indtægter gik ind paa behørig Maade, og at der blev aflagt forsvarligt Regnskab af de mange Personer, som i Datidens ejendommelige Administrationsapparat havde Indtægtsoppebørselen i Entreprise. Ved Forordningen af 30. December 1660 blev det fastsat, at alle Sager vedrørende de offentlige Regnskabsforhold skulde behandles af Kammerkollegiet, og at dette i Virkeligheden skulde fungere som Domstol i disse Spørgsmaal. Herved fremkom Kammerretten, hvis Virksomhed vedvarede indtil Aarene omkring 1770. Det blev i denne Forbindelse paalagt Generalprokurøren Peder Scavenius, der senere var en af Hoveddeltagerne i Lovarbejdet forud for Danske Lov, og som i denne Forbindelse havde Sæde i Revisionskommissionerne, at »haffve flittig Indseende, at icke

[47]) Jfr. herved endnu Brugen af det sidste Udtryk i den folkeretlige diplomatiske Fuldmagtslære.

[48]) Jfr. saaledes Kolderup Rosenvinge, Gamle danske Domme, IV, S. 249, hvor Ordet benyttes i Betydningen Rettergangsfuldmagt i en Sag angaaende Forfølgning til Laas.

[49]) Jfr. f. Eks. Danske Lov 2-19-2 og 1-24-44 og Poul Johs. Jørgensen, Retshistorie, S. 426, om Begrebet »Kongens Tjener«.

[50]) Forelæsninger, I, 1780, S. 373—74.

aleeniste de gamle Restantzer blifver effter ald Muelig Fliid med fordeligste indfordrit, oc enhver suare Os til ald dend Skade, som formedelst deris egen Forsømmelse Os er tilføyet«. Trods denne Nyordning af Forholdene viste der sig dog hurtigt at være mange Mangler i hele Oppebørselsordningen og de Retsregler, der regulerede denne. De indleverede Regnskaber viste sig hyppigt at være mangelfulde, og det skortede ofte paa rettidig Indlevering af Regnskaberne. I 1680-erne blev der derfor taget Initiativ til en mere grundig gennemført Revision af Kammerretsordningen, der resulterede i den vigtige Forordning af 30. Juli 1684, den første Kammerretsordning[51]). Vedrørende Forarbejderne til Kammerretsordningen af 1684 findes der kun meget lidt i Arkiverne[52]). Det maa dog sikkert antages, at det har været Peder Scavenius eller Vicegeneralprokurøren Niels Benzon, der er fremkommet med de første Udkast til Forordningen paa Grund af den aabenbare Trang, der synes at have været til strengere Regler vedrørende Oppebørselen af Statsindtægter[53]).

Medens der, som ovenfor nævnt, i den oprindelige Forordning af 1660 alene var paalagt Regnskabsbetjentene Ansvar for deres egen Forsømmelse, blev der i den nye Kammerretsordning foreslaaet og indført en meget vigtig Udvidelse af Regnskabsbetjentenes Ansvar: »*Ingen Paaskud paa Tieneris eller Fuldmægtiges Forseelse bør ansees,* enten Os eller Voris Undersaatter og andre, som Skat, Told, eller anden Rettighed erlegger, til Skade, eller dennem til Befrielse, som staar Os for Regenskab, efterdi Vi ikke deris Tiennere, men dennem self hafver Bestillingen betroet, saa at saadanne Voris Betienter, om de enten formedelst deris Incapacitet eller Magelighed vil bruge Tienere eller Fuldmægtige, skal self indestaa for all Skaden, og være tiltænkte at forsvare sig saaledis med Caution eller i andre Maader, førend de dennem antager, at de maa være forsickret om deris Troskab, og vide hvor de igien kand søge deris Skade«. Med denne Bestemmelse var der opstillet et Ansvarsprincip, som i Aand og Formulering (naar bortses fra uvæsentlige Afvigelser) nøjagtig svarede til det Første Projekt 3-32-2 og ligeledes principielt til Danske Lov 3-19-2. Tjeneransvaret i Slutningen af det 17. Aarhundrede og formentlig ogsaa i det 18. Aarhundrede var et Ansvar, der stod i direkte Sammenhæng med Delegation af Forpligtelser. Efter denne sin Opbygning stod det ganske uden nogensomhelst Forbindelse med de i gammelnordisk Ret foreliggende spredte Bestemmelser om Ansvar for Folk, og det er ligeledes paa dette afgørende Punkt, Forskellen ligger mellem det af 3-19-2 hjemlede Ansvar og hele

[51]) Jfr. senere Kammerretsordningen af 18. Marts 1720, jfr. Forordningen af 31. December 1742.

[52]) Jfr. Sjællandske Register Nr. 220 med et Indlæg, der dog blot indeholder selve Konceptet til Forordningen, og Rentekammerets Ekspeditionsprotokol, 1684, Nr. 119, hvortil der intet Indlæg findes.

[53]) Jfr. ogsaa Carl Christiansen, Bidrag til dansk Statshusholdningshistorie under de to første Enevoldskonger, 1922, S. 180.

den uhyre betydningsfulde Ansvarsordning, som faktisk gennemføres i moderne dansk og norsk Ret under fejlagtig Henvisning til Danske og Norske Lov.

Det nævnte Ansvarsprincip dukkede senere op i Lovgivningen paa mange Felter, jfr. saaledes Forordningen af 19. August 1735 om Adskilligt Justitien og Rettens Betjente i Norge Vedkommende § 2: »men forlanger Dommeren af Øvrigheden i sin Svaghed og lovlige Forfald sin egen Fuldmægtig og Tiener paa nogen kort Tid at forestaae hans Embede, og han dertil af Øvrigheden ansees bekvem, kan det ham tilstedes, dog paa Dommerens eget Ansvar ligesaa fuldt, som han selv Retten havde betjent«, og Forordningen af 9. April 1764 angaaende Handelen paa de Kongelige americanske Eilande, Kapitel 7, § 16: »Alle ind- eller udsnegne Contrabande samt de til Ind- eller Udførsel bevilgede, men urigtig eller aldeles ikke angivne Varer forblive confiskerede, og maa ej noget Paaskud af egen eller Tieneres Uvidenhed, med at have begaaet Forseelse ved Angivelsernes Forfatning og deslige, tiene deri til nogen Befrielse«.

Delegationsansvaret, som 3-19-2-Ansvaret rettelig bør kaldes, var naturligvis særligt tiltrængt og velbegrundet i offentlige Tjeneste- og Pligtforhold. Dette er den egentlige Baggrund for den vigtige Sætning i det Første Projekt 3-32-2: »*noget mactpaaliggende, som hannem paa hans Embeds Vegne self tilkom at forrette*«. Denne Sætning gled ud i første Revisionskommission, saaledes at der nu kom til at staa: »*End giver Husbond sin Tiener eller anden Fuldmagt paa sine Vegne at forrette noget*«. Denne Ændring kan imidlertid meget vel forklares, uden at man paa nogen Maade tvinges til at opgive Delegationssynspunktet, som iøvrigt trods Udeladelsen stadig er det eneste Synspunkt, der direkte harmonerer med Lovreglens Ord. For det første var Forslagets Begrænsning til »noget mactpaaliggende« irrationel, da det ikke i Forholdet til Trediemand, hvis Interesser blev skadet ved Fuldmægtigens Handlinger, burde komme an paa, hvorvidt Hvervet var af mere eller mindre magtpaaliggende Karakter set fra Fuldmagtsgiverens Synspunkt. Dernæst betød Ordene »paa hans Embeds Vegne« en uhensigtsmæssig Begrænsning i Ansvarsreglens Omraade, af den simple Grund, at der i mangfoldige Tilfælde kunde forekomme Pligtdelegationer, som ikke paa naturlig Maade kunde sættes i Forbindelse med nogen Embedsvirksomhed. Indenfor Privatretten kunde Situationen navnlig foreligge ved Opfyldelse af Kontraktsforpligtelser og lignende, og det var derfor paa ingen Maade i sig selv Udtryk for en Misforstaaelse af Lovreglen, naar ældre Praksis f. Eks. i det 19. Aarhundrede udviste en Tendens til at begrænse Ansvarsreglens Anvendelse til Kontraktforhold. Netop Karakteren af den Kritik, som man i nyere Tid har anført over for den nævnte ældre Praksis, synes at være et Indicium for, i hvilken Grad man har misforstaaet Bestemmelsen.

Den eneste, der vist nok har været inde paa Betydningen af Formuleringsforskellen i første og sidste Projekt er Aubert[54]): »Naar nu de her udhævede Ord i selve Lovbogen udelodes, hvorved Artiklen fik sin nuværende Fatning, er der al Grund til heraf at slutte, at Forfatterne med fuldt Overlæg har villet udstrække det her opstillede strengere Ansvar til alle Forhold, hvor Tjeneren har handlet efter Husbondens Ordre, og ikke blot har villet se det anvendt paa saadanne, hvor denne selv var særlig forpligtet til at handle«. Over for dette Ræsonnement maa man vel have Lov til at spørge om, hvorledes der kan være al Grund til at drage en Slutning, der direkte modsiges af den endelige Lovregels Ord, hvorefter Ansvaret uomtvisteligt er afgrænset til at angaa de Tilfælde, hvor Husbonden har givet en anden »Fuldmagt *paa sine Vegne* at forrette noget«. En Gartner, der gør Haven i Stand for Husbonden, en Vejarbejder, der istandgør Veje for Kommunalbestyrelsen, en Industriarbejder, der staar ved en Drejebænk for Fabriksherren, har paa ingen Maade faaet *Fuldmagt* til at udføre noget *paa Husbondens Vegne*, hvis man da ikke netop anvender den mest unaturlige Forstaaelse af Lovordene[55]).

Den ovenfor givne Fortolkning af DL 3-19-2 stemmer da ogsaa ganske med de Synspunkter, der kom til Orde i Højesteretspraksis umiddelbart efter Danske Lov. Paa dette Punkt maa henvises til den vigtige Højesteretsafgørelse, HP 1686 B. 258 jfr. A. 275. Den drejede sig om en ulykkelig Ildebrand, som var opstaaet paa et Loft, hvor nogle Piger havde været beskæftiget med Hørhejling. Husejeren forlangte Brandskaden erstattet og anlagde Sag ved Underretten, og ved Byfogdens Dom blev Paastanden om Skadeserstatning taget til Følge. Det var Pigernes kvindelige Arbejdsgiver, deres Husbond, der var blevet sagsøgt og idømt Erstatning. Hun havde dog ikke været i Huset, da Ulykken skete, og navnlig under Hensyn hertil og Præjudikatet vedrørende

[54]) Den norske Obligationsret, alm. Del, af Hallager ved Aubert, 1887, S. 152, Note 2.

[55]) Hvis Auberts Opfattelse var rigtig — og dette er Kernepunktet i hele Sagen — kunde man ikke have forventet en Bibeholdelse af Formuleringen »Fuldmagt paa sine Vegne«, hvortil kommer, at Revisionskommissionen, hvis den virkelig havde haft det vidtgaaende Folks Brøde-Ansvar i Tankerne, nødvendigvis maatte være kommet ind paa en Overvejelse af Forholdet mellem 3-19-1 og 3-19-2. Den her forsvarede Opfattelse vil maaske i Betragtning af de fastgroede Forestillinger med Hensyn til den omdiskuterede Lovregels Indhold forekomme at være »fantastic reasoning« (jfr. ovenf.), men det er imidlertid en Kendsgerning, at den her fremsatte Fortolkning er den, der kan finde en vis Støtte i en Række retshistoriske Vidnesbyrd, medens den nu herskende gængse Opfattelse, bortset fra de mange Paastande om dens Selvfølgelighed og den let forklarlige Formuleringsforskel i Første og Sidste Projekt, ganske svæver i Luften. Formentlig skal den forklares som ren og skær Vanetænkning paa Grundlag af Ørsteds Lære (jfr. nedenf.), der var blevet opstillet uden grundig historisk Overvejelse, sandsynligvis fordi Ørsted (med Rette) fandt, at et mere almindeligt formuleret Folks-Brøde-Ansvar var velbegrundet. Ønsket om at opnaa hensigtsmæssige Regler for gældende Rets Vedkommende er i det hele taget en af de vigtigste Aarsager til retshistoriske Fejlbedømmelser. At Ørsteds Lære maaske i Virkeligheden ikke var saa vidtgaaende, omtales nedenfor Note 60.

Branden i Nørregade afviste Sjællands Landsting aabenbart Erstatningskravet. I Højesteret blev det skarpt kritiseret, at Landsdommerne, der ingen Føje havde haft til deres Afgørelse, havde »brugt sig en forrige Dom til Fundament«, og om Sagsøgtes Sagfører siges det, at han »bør anseis, eller i det ringeste reprimanderes for det, han har allegeret en Højesteretsdom sig til Befrielse mod Magister Peder Foss (den Sagsøgte i Nørregade-Sagen), hvorved gemeene Mand bliver ført i ond Tanke om Højesteret, ligesom de skulde dømme adskilligt i Sager af een Natur, da dog herved er andre circumstances og Bevisligheder«. Som det kan forstaas af det sidstnævnte Citat, underkendte Højesteret Landstingets Afgørelse, og som det ovenfor er nævnt, fremhævede Højesteret rimeligvis overfor Landstinget og for at forhindre Misforstaaelser, at Indstævnte blev dømt, fordi Vaaden var kommet formedelst hendes Skødesløshed. Under Voteringen oplyses det, at Ulykken var gaaet til paa den Maade, at Pigerne havde hejlet ved aabent Lys, som et Barn, der var til Stede (Sagsøgtes Datter), var kommet til at vælte. Førstvoterende Borch vilde stadfæste Landstingsdommen, men mente dog, at Sagsøgte for Eksemplets Skyld burde »at give noget til Kendelse. *Ellers bør ingen lide noget for sine Tjenestefolks Skyld*«. Bornemann sluttede sig til Førstevoterende »vel siger Loven, at den Skade, som sker ved Skødesløshed, skal bødes, men som hun ej var til Stede«, vilde han indstille til Frifindelse. De øvrige Dommere vilde imidlertid stadfæste Byfogdens Dom, fordi den Sagsøgte maatte anses for at have gjort sig skyldig i Skødesløshed ved at lade sine Folk hejle ved aabent Lys.

Den omtalte Votering faar sin særegne Betydning for det her omhandlede Emne paa Grund af den Omstændighed, at ingen af Højesteretsdommerne med eet Ord hentydede til DL 3-19-2, som efter moderne Doktrin skulde anses for direkte anvendelig i det foreliggende Tilfælde. Saa meget kan i hvert Fald siges, at denne Ejendommelighed ikke kan henføres til Dommernes manglende Kendskab til Loven i Almindelighed eller 3-19-2 i Særdeleshed. Flere af Dommerne havde deltaget i Lovarbejde forud for Danske Lov, og Resen og Vibe havde været til Stede ved den tredie Revisionskommissions Møde den 20. Januar 1681, under hvilket de til DL 3-19 svarende Bestemmelser blev gennemgaaet[56]).

Resen, der ogsaa vilde frafalde Landstingsdommen, anførte som den eneste det Synspunkt, at Moderen maatte bøde for Datterens Gerning. Man har vel Lov at antage, at han kun har søgt denne Konstruktion, fordi det overhovedet ikke faldt ham ind, at der i et Tilfælde som det foreliggende, kunde være nogensomhelst Tale om at anvende 3-19-2. En anden Lovbstemmelse, som heller ikke blev nævnt under Voteringen, men som kan have spillet en Rolle, er Bestemmelsen i 6-19-7 (jfr. Jydske Lov, III, 68). Denne Bestemmelse handler dog om et ganske spe-

[56]) Jfr. Secher og Støckel, Forarbejder, II, S. 499.

cielt Forhold, nemlig i det Tilfælde, at en Hyrde eller andet Tjenestetyende, der ikke er i Bondens Fællig, bærer Ild ud. For dette Tilfælde bestemte Danske Lov i Overensstemmelse med Kilden i Jydske Lov, at Bonden ikke skulde være ansvarlig, »uden hannem overbevisis, at hand bad eller bød det«. Efter den her fremsatte Opfattelse af 3-19-2 er der ikke noget Modsætningsforhold imellem denne sidste Bestemmelse og 6-19-7.

Den citerede Retssag er overordentlig velegnet til at illustrere hele Spørgsmaalet, fordi der som nævnt foreligger et Tilfælde, hvor moderne Retspraksis i direkte Modsætning til Højesteretsdommen i 1686, næppe vilde have interesseret sig stærkt for Spørgsmaalet, om Arbejdsgiveren under en eller anden Synsvinkel kunde siges at have handlet uforsvarligt, i hvilken Forbindelse det maa erindres, at der ikke den Gang som nu var Mulighed for at anvende elektrisk Lys ved Aftenarbejde. Man vilde derimod have betragtet Anvendelsen af 3-19-2 som en Selvfølge, og sikkert ikke have spekuleret paa nogen anden juridisk Begrundelse end netop det i Danske Lov »*hjemlede*« Folks Brøde-Ansvar.

Der foreligger dernæst intet Tegn paa, at Retspraksis i det 18. Aarhundrede skulde have anvendt Bestemmelsen udover det Omraade, som den efter sin naturlige Forstaaelse omfatter. I en Sag fra 1783, HP 1783, S. 846, tog Højsteret Standpunkt til en af det offentlige nedlagt Paastand om Paalæggelse af Ansvar i Henhold til den ovenfor nævnte Forordning af 1764 om Handelen paa de vestindiske Øer. Førstvoterende Graah udtalte, at den ovenfor citerede Artikel i Forordningen ikke var anvendelig, »efterdi de ej kan blive ansvarlige for deres Skippers Adfærd, da det ej er bevist, at de har befalet ham at handle saaledes, som han har gjort, da der dog i det mindste maatte være opdaget Udladelser, som kunde være imod dem. *Loven fordrer ogsaa udtrykkelig Fuldmagt fra Husbonden til sin Tjener, før han kan komme til at svare til denne Forseelse,* og da her ingen dolus er i . . . (sagsøgtes) Adfærd . . . saa bør de frifindes«. Levetzau sluttede sig til dette Standpunkt: »Og efter Forordningen af 1764 kan de ej komme til at svare til deres Tjeners Adfærd . . .«. Majoriteten i Højesteret fandt imidlertid, at Forordningen var anvendelig, fordi Rederen maatte anses for skyldig i selve det Forhold at have ført Ladningen til Udlandet i Strid med Forordningens Kapitel 4, Artikel 1, og idet det fremhævedes, at Forordningen paabød, at ingen Paaskud af Skipperens Forseelse maatte gælde, og at en Frifindelse maatte føre til, at »eludere Forordningen«. Sagens Resultat har i denne Forbindelse ikke synderlig Interesse, derimod er det afgørende, at man af Voteringen kan se den principielle Tankegang, der laa bag Dommernes Udtalelser, vedrørende Tjeneransvaret i Almindelighed. Allerede i denne Votering synes der, udover Fuldmagtssynspunktet at have indsneget sig et andet Synspunkt, som senere skulde føre til den første Misforstaaelse af Bestemmelsen, nemlig den

Opfattelse, at Ansvar kun kunde paalægges for Handlinger, som det direkte var paabudt Tjeneren at udføre. Denne Tankegang er naturligvis ganske uforenelig med 3-19-2 ogsaa efter de her antagne Synspunkter.

Den begyndende Uklarhed i Retsopfattelsen viser sig tydeligt i en noget senere Aførelse, HP 1787 A. 495 jfr. B. 483. Her omstødte Højesteret en Nørre Jyllands Landstingsdom, ved hvilken Citanten var blevet paalagt Ansvar for Beskadigelse af en Kirkeklokke. Citanten, Søren Hansens, Moder var død, og han havde faaet Lov til at laane Vejlby Kirke, »eftersom der ingen vis Person var i Vejlby til at ringe med Klokken«. Han fik da fat i nogle Folk, som paatog sig at ringe med Kirkeklokken under Begravelsen. Imidlertid gik Remmen, i hvilken Knebelen hang, i Stykker, og den ene af Folkene tog derfor Knebelen og slog med den uden paa Klokken, saaledes at denne blev ubrugelig. Under Voteringen i Højesteret blev der anført mange Synspunkter. Hoveddiskussionen drejede sig om Anvendelsen af 3-19-2, men ogsaa 5-8-11 om Lejerens Ansvar for Forsømmelse blev bragt i Anvendelse og var Grundlaget for Mindretallets Standpunkt, der gik ud paa Stadfæstelse af Landstingsdommen. Graah formulerede Sagens Problem saaledes: »Questionen bliver altsaa, om Klokkens Beskadigelse kan imputeres Søren Hansen? Da nu den paa Klokken foraarsagede Skade er kommen ved Kimningen, saa bliver det atter at undersøge, om Søren Hansen er Skyld i denne, og da har han vel selv lejet Folk til at ringe, men han har hverken betinget sig af disse, at de skulle ringe usædvanligt, ej heller at de skulde kime, og følgelig kan han ej indestaa for, hvad hans mandatarii extra mandatum har foresat sig . . .«. Af den ene Voteringsprotokol synes det at fremgaa, at Feddersen i det foreliggende Tilfælde vilde have anvendt 3-19-2, »da Søren Hansen af Bruun var overladt Dispositionen over Klokken, og han igen har overladt Dispositionen over samme til dem, der ringede, for hvis Handlinger han bør være ansvarlig«. Det er særdeles bemærkelsesværdigt, at Forsvaret for Anvendelsen af 3-19-2 her netop skete ved en Konstruktion ud fra Delegationssynspunktet.

Endelig viser Sagen HP 1795, S. 419, at Højesteret saa sent som 1795 ikke var utilbøjelig til at anvende 3-19-2 ved Ansvar uden for Kontraktforhold inden for det Omraade, som netop var omfattet af Bestemmelsen. Ifølge en Plakat af 1788 maatte man ikke sende Pengebreve med den norske ridende Post uden paa eget Ansvar. Sagsøgeren havde imidlertid gjort dette, idet han havde indleveret et Pengebrev paa det norske Postkontor i København, og en underordnet Postekspedient saa her sit Snit til at tage tre 100-Rigsdalersedler ud af Brevet og lægge tre 10-Rigsdalersedler ind i Stedet for. Afsenderen sagsøgte nu Generalpostamtet, Postinspektøren og Postkontrolløren til in solidum at tilsvare det bortkomne Beløb. Ved Hof- og Stadsretten tabte han Sagen,

men ved Højesteret blev Dommen omstødt for Postkontrollørens Vedkommende ud fra DL 3-19-2, mens Dommen blev stadfæstet forsaavidt angik Generalpostamtet og Postinspektøren, for det førstes Vedkommende under Hensyn til den ovennævnte Plakat og for Postinspektørens Vedkommende, fordi Sagen ikke kunde siges at henhøre under hans Embedsomraade. Postkontrolløren blev paalagt Ansvar efter DL 3-19-2: »*Da han nu, for i Bekvemmelighed at kunne spise til Middag, ej selv den 25. August 1792 har forrettet sit Embede, men overladt det til andre at besørge, saa maa han og ifølge Lovens 3-19-2 svare for, hvad der i hans Fraværelse foretages af de Personer, hvilke han for sin Mageligheds Skyld har overladt at besørge sit Embede, eftersom det stod ham at antage, hvem han vilde*«[57]). Nogle Dommere vilde fuldstændig stadfæste Hof- og Stadsrettens Dom: »Om Mazard selv havde modtaget Brevet, og Pengene siden blev stjaalne, skulde han ej svare dertil, nu altsaa ej heller, thi Fuldmægtigen gjorde her noget, som ej vedkom Kontrolørembedet«, men disse og andre Synspunkter blev ikke afgørende for Dommen, der da ogsaa maa siges at være i streng Overensstemmelse med Lovens Aand og Bogstav.

I det 18. Aarhundredes Retsvidenskab synes man ikke at have haft særligt Blik for 3-19-2 og dens Betydning som Erstatningsregel. Det er karakteristisk, at Bestemmelsen i de fleste Tilfælde blev behandlet i Forbindelse med Fuldmagtslæren, og at den nærmest blev taget som Udtryk for, at Mandataren »ved at handle i Overensstemmelse med det ham givne Mandatum, forbinder alene Mandanten, der retteligen søges for de af Mandatarius foretagne Handlinger«[58]).

Ørsted tog imidlertid Emnet op til en mere grundig Behandling[59]). Ørsted fremhævede, at »Naar nogen har overdraget en anden et Ærinde, og denne, i Udførelsen heraf, retsstridig tilføjer tredie Mand Skade, synes den, som gav ham Ærindet, og at maatte være medansvarlig for den saaledes udøvede Beskadigelse, ihvorvel han for Resten ikke har nogen personlig Skyld i samme ... Lovstedets Ord ere for almindelige til at kunne indskrænkes til Mandantens Ansvar for, hvad hans Fuldmægtig, mod de ham givne Forholdsregler, men dog indenfor Grændserne af hans aabne Fuldmagt (mandatum manifestum), maatte have indgaaet paa Mandantens Vegne og til dennes Skade, *eller til den Forseelse, hvorved Mandatarius bevirker, at en Mandanten forud paaliggende Pligt, som han, ved Fuldmægtigens Hjælp skulde udføre, ikke*

---

[57]) Sammenlign herved den ovenfor citerede Bestemmelse i Kammerretsordningen af 1684.

[58]) Nørregaard, Privatretten, III, S. 190, jfr. Hurtigkarl, Privatretten, II, 2, S. 388, hvor det siges: »endog naar han ikke overskrider Fuldmagten, men ved sin Svig eller Mangel af Paapasselighed paafører sin Principal Tab, kan det, paa Grund af de almindelige Regler om Skadeserstatning, ikke være nogen Tvivl underkastet, at han bør give Fyldestgørelse for al bevislig Skade«, — Erstatningssynspunktet anføres altsaa alene med Henblik paa Forholdet mellem Mandant og Mandatar.

[59]) Jfr. Nyt juridisk Arkiv, 22. Bd., 1818, S. 115 ff.

gaar i Opfyldelse«. (Udh. her). Med denne sidste Paastand, som efter det ovenfor anførte, maa antages at være misvisende i historisk Henseende[60]), lagde Ørsted Grundlaget for det Folks Brøde-Ansvar, som vel ikke i Løbet af det 19. Aarhundrede blev gennemført af Domstolene, men som nu til Gengæld spiller saa stor en Rolle. Ørsted gik meget vidt i Antagelsen af Folks Brøde-Ansvar og vilde paalægge Ansvar endog i de Tilfælde, hvor der var handlet af Ondskab fra Fuldmægtigens Side.

I det 19. Aarhundredes Retsvidenskab var man imidlertid ikke tilbøjelig til at følge Ørsteds vidtgaaende Ansvarsregel, men søgte saa vidt muligt at fortolke 3-19-2 indskrænket, men da man stadig havde det Ørstedske Udgangspunkt, at 3-19-2 paalagde Ansvar for Folks Handlinger i Almindelighed, maatte der enten fremkomme et Skisma mellem Opfattelsen de lege ferenda (nu under Paavirkning af Culpa-Dogmet) og Opfattelsen de lege lata, eller man maatte forsøge at fortolke Bestemmelsen indskrænkende paa Maader, som Lovordene egentlig ikke afgav noget Grundlag for[61]). Praksis syntes nærmest at vælge

---

[60]) Selvom der næppe kan herske Tvivl om, at det var Ørsteds Lære, der lagde Kimen til den senere Diskussion og dennes betydningsfulde praktiske Resultater, synes et nøjere Studium af den at vise, at det maaske i Virkeligheden er tvivlsomt, om Ørsted vilde gaa ud over det, der her er kaldt Delegationssynspunktet, der jo paa ingen Maade forudsætter, at den skadegørende Handling skal være omfattet af Fuldmagtsgivelsen. Naar Ørsted fandt, at Lovstedets Ord var for almindelige til at begrænses til den Forseelse, hvorved Mandataren bevirker, at en Mandanten forud paahvilende Pligt ikke gaar i Opfyldelse, kunde meget tyde paa, at han derved sigtede specielt til dette, at en Begrænsning af Lovreglen til kun at angaa kontraktmæssigt Ansvar ikke kunde akcepteres. Denne Opfattelse af Ørsteds Lære synes kraftigt bestyrket af Ørsteds egen Eksemplifikation og hans videre reale Begrundelse for denne. Som Eksempel paa det Omraade, hvortil Reglen efter hans Formening ikke kan begrænses, nævner han udelukkende Tilfælde af Benyttelsen af Medhjælp ved Opfyldelsen af kontraktsmæssige Forpligtelser og pointerer herved, at ogsaa »den Skade, Fuldmægtigen iøvrigt, i at røgte det ham betroede Ærinde, af Ondskab eller Skødesløshed maatte tilføie tredie Mand, maa efter Lovstedets udtrykkelige Indhold erstattes af den, som gav ham Ærindet«. Med Ordet »iøvrigt« hentyder Ørsted altsaa til Handlinger, der ikke er et Led i Opfyldelsen af Kontrakten. At paalægge Ansvar for saadanne er naturligvis ganske i Overensstemmelse med Lovreglen, jfr. ogsaa Højesteretsdommen af 1795 om den norske ridende Post. Som real Grund anførte Ørsted dernæst: »Dette synes og i sig selv ganske naturligt (at anlægge den omtalte Fortolkning), thi naar jeg ved en anden besørger et Ærinde, bør jeg see mig saaledes for, at tredie Mand bliver fuldkommen skadesløs. *Denne bør have samme Betryggelse, som om jeg personligen udførte, hvad der egentlig er min Sag.* Det har saaledes sin gode Grund i Sagens Natur, at en Embedsmand, der til Bestyrelsen af de ham betroede Forretninger benytter andres Hjelp, skal staae til Ansvar for den Skade, disse ved urigtig Adfærd maatte tilføie nogen.« (Udh. her.)

Ørsted udskilte imidlertid ikke direkte de Tilfælde, der er langt de mest betydningsfulde i Nutidens Retsanvendelse, hvor man kun i Kraft af en ren Fiktion kan tale om, at der paalægges Ansvar for Handlinger, »som det egentlig er min (d. v. s. Husbonds) Sag« at udføre, og det er paa dette Punkt, man formentlig, omend efter mange Menneskealdres Tøven, har sat sig ud over det, der var Bestemmelsens oprindelige Tanke.

[61]) Jfr. om Emnet J. E. Larsen, Privatretlige Foredrag II, 2, S. 218 og 370 f., samt Gram, Den danske Formueret, II, 2, 1864, S. 911—12. — Om Praksis i det 19. Aarhundrede kan iøvrigt henvises til Niels Lassens ovenfor citerede Afhandling samt Julius Lassen, Obligationsrettens alm. Del, 1892, § 35.

en urimelig indskrænkende Fortolkning af Bestemmelsen, medens Teorien paa de væsentligste Punkter stemte overens med Ørsteds Lære ved Gengivelsen af gældende Ret vedr. Tjeneransvaret. Og i Betragtning af Ørsteds Autoritet kan det ikke vække Forundring, at Teorien i det 19. Aarhundrede ligesom nu maatte afvise den Form for indskrænkende Fortolkning, som direkte kunde støttes, paa Benyttelsen af Ordet Fuldmagt. Efter Gram maatte Bestemmelsen saaledes ogsaa angaa Tilfælde, hvor Tjeneren har forrettet noget, der hører til den ham af Husbonden anviste almindelige Virkekreds, »ogsaa i disse sidste Tilfælde maa Tjeneren siges at have modtaget en Fuldmagt eller Ordre til at forrette noget«. Under Tilsidesættelsen af alle egentlig retshistoriske Synspunkter valgte man en Fortolkning, der i Virkeligheden betød en afgørende Udvidelse af Lovordenes Omraade. Herefter var det en logisk og naturlig Følge, at Retspraksis paa det senere Tidspunkt, hvor Ændringen af Samfundsforholdene og Trangen til social Sikkerhed og en Udvidelse af Erstatningsreglerne var stærkt stigende, valgte Gennemførelsen af det meget vidtgaaende Folks Brøde-Ansvar.

Naar man nu med Rette begrunder Folks Brøde-Ansvaret som en Slags bevisteknisk Udvidelse af Culpareglen, og som en Videreførelse af det bag denne liggende Præventionshensyn, synes der til Trods for disse Synspunkters reale Berettigelse at være Grund til at pege paa, at det ikke kan siges at være ganske uden Betydning, om man begrunder en Retstilstand i en historisk korrekt eller ukorrekt Lovfortolkning. Rent bortset fra, hvilke retskildemæssige Anskuelser man i denne Forbindelse kunde anføre, har det som nævnt Betydning at konstatere, i hvilken Grad Retsudøvelsen sker i Henhold til en bestemt Lovhjemmel, og i hvilken Grad den hviler i sig selv.

KAPITEL 10

Kaution og flere Skyldnere i Kontraktforhold.

I. *Beneficium ordinis.* Kaution eller Forløfte har fra den ældste Tid indtaget en fremskudt Stilling i dansk Formueret. Det fremgaar saavel af Landskabslovene som af den senere Lovgivning, herunder ogsaa Chr. d. V's Lovbøger, at Kautionsløftet i ældre Tid spillede en væsentlig Rolle paa en Række forskellige Retsomraader. For Landskabslovenes Vedkommende har man det Indtryk, at Kautionsløftet havde nok saa stor Betydning i Forbindelse med Datidens processuelle Regler som ved Kaution for Pengeskyld. I Løbet af Middelalderen og den nyere Tid synes den sidste Kautionsform at være blevet stadig hyppigere anvendt. Sammenligner man Kautionsløftets praktiske Betydning i ældre Ret med Forholdene i Nutiden, synes det nærmest, som om Kautionssikring

er ved at aftage i Betydning i Forhold til andre Former for Sikringskontrakter, omend Kautionsreglerne stadig er af stor praktisk Betydning.

Til Trods for, at Kaution saaledes gaar langt tilbage i dansk og nordisk Retshistorie, hersker der stadigvæk Uvished med Hensyn til Udviklingens Gang inden for flere principielle Kautionsproblemer. Diskussionen har navnlig drejet sig om dansk Rets Forhold til de romerske Kautionsbeneficier: Beneficium ordinis og beneficium divisionis. Det er ikke med Sikkerhed fastslaaet, hvornaar disse vigtige romerske Retsregler trængte ind i dansk Ret, eller hvorledes den nationale Retstilstand saa ud forinden deres Indtrængen[1]).

Med Hensyn til Retstilstanden paa disse Omraader fra omkring Aar 1800 til Nutiden hersker der ingen Uvished. Fra det nævnte Tidspunkt var de romerske Kautionsbeneficier i hvert Fald trængt ind i gældende Ret. For Pengeskylds Vedkommende er det stadig den deklaratoriske Hovedregel, at Hovedmanden først skal søges for Betaling, før Kautionsforpligtelsen kan gøres gældende. Hvor der er flere Forlovere, er den tidligere Retstilstand, hvorefter der gjaldt et principalt Prorataansvar, men et subsidiært solidarisk Ansvar, nu ved Gældsbrevsloven blevet afløst af en almindelig Regel om principalt solidarisk Ansvar. Efter Ussings Teori[2]) maa det anses for muligt, at beneficium ordinis, — »et af vore mærkeligste Eksempler paa den sædvanemæssige Retsdannelse«[3]), — allerede var trængt ind som Retssædvane paa Danske Lovs Tid. Til Støtte herfor anføres, at det allerede syntes indført i svensk Ret paa dette Tidspunkt, og at det synes forudsat i en norsk Dom fra 1667. Endvidere anfører Ussing DL 1-23-13, som bruger Udtrykket »selv skyldener«, idet han antager, at der er Grund til at tro, at en fra Tyskland indtrængende Brug af dette Udtryk har været Grundlaget for Sædvanen. De Undersøgelser, der er foretaget i Forbindelse med nærværende Studier, synes paa afgørende Maade at bekræfte denne Teori. Der er formodentlig sket det, at Kautionister i stadigt hyppigere Omfang i det 17. Aarhundrede ved Domstolene har forsøgt sig med et Krav om det, man nu vilde kalde Frifindelse for Tiden, fordi Kreditor ikke begyndte med at søge den forfaldne Gæld inddrevet hos Hovedmanden[4]).

Der kan imidlertid have været mange Aarsager til, at Kravet om beneficium ordinis i Datiden er gaaet ind i den almindelige Bevidsthed, og det er ogsaa muligt, at selve Indførelsen af Selvskyldnerklausulen i

---

[1]) Med Hensyn til den tidligere Behandling af disse retshistoriske Spørgsmaal kan, for saa vidt angaar beneficium ordinis, henvises til Henry Ussing: Kaution (1928) S. 78 ff. med Litteraturhenvisninger, og med Hensyn til beneficium divisionis samme Sted S. 305 ff. med Henvisninger, herunder navnlig Auberts Afhandling i Norsk Retstidende, 1874, S. 81 ff.

[2]) Jfr. Kaution, S. 71, Note 8, og S. 79, Note 4.

[3]) Aubert: Den norske Obligationsret, spec. Del II, S. 179.

[4]) Sagen HP 1683 A, 164, er sandsynligvis netop Udtryk for et saadant Forsøg. Her blev Kautionisten imidlertid uden videre dømt, og det kan ikke ses af Voteringsprotokollen med Sikkerhed, hvad der var den egentlige Baggrund for Sagen. Det maa dog antages, at der var Tale om Selvskyldnerkaution.

Praksis direkte og som saadan har været medvirkende til at underbygge den almindelige Retsopfattelse i Retning af en almindelig Antagelse af beneficium ordinis i de Tilfælde, hvor Klausulen ikke var blevet benyttet. Det har derfor den største Interesse at konstatere, hvorledes det var sædvanligt at formulere Kautionserklæringer i det 17. Aarhundrede. Inden der gaas ind paa dette Spørgsmaal, skal det dog omtales, at Naturretslærerne allerede i det 17. Aarhundredes Slutning forsvarede de romerske Kautionsprincipper, jfr. Pufendorf V, 10, § 11: »caeterum quia fidejussio est accessio alterius debiti, naturale utique est, ut primo loco conveniatur principalis debitor ... leges romanae beneficium excussionis et ordinis vocant«.

Et af de Omraader, hvor Kautionsløfter i det 17. og 18. Aarhundrede spillede den allerstørste Rolle, var inden for Oppebørselsvæsenet. Efter de tidligere omtalte Kammerretsordninger skulde alle, »som haver nogen Voris Intrader udi Regenskab Afgift eller Forpagtning, oc ikke af Os ere befriede for Caution«, stille nøjagtig Kaution for behørig og fyldestgørende Regnskabsaflæggelse. Kautionsbrevene skulde tinglæses og gennem Landkommissarierne tilstilles Rentekammerkollegiet. Medens allerede Kammerretsordningen af 1684 gaar nærmere ind paa Kautionsbrevenes Formulering, for saa vidt angaar Spørgsmaalet om solidarisk Hæftelse[5]), indeholder Forordningerne ingen direkte Oplysning om, hvorvidt Rentekammeret skulde have fundet det fornødent at kræve Kautionerne formuleret som Selvskyldnerkaution. Imidlertid er de gamle Kautionsprotokoller, hvori den for hver enkelt Regnskabsbetjent afgivne Kautionserklæring findes indført in extenso bevarede for Størstedelen af det 17. og 18. Aarhundrede, og der foreligger her et fremragende Materiale til Bedømmelse af Udviklingen inden for Retspraksis i Kautionsforhold.

Kautionserklæringerne blev som Regel affattet i bestemte hævdvundne Formler, men en systematisk Gennemgang af Rentekammerets Protokoller viser, at der paa afgørende Punkter i sidste Halvdel af det 17. Aarhundrede blev foretaget Ændringer i de gammelkendte Kautionsformularer. Den ældste Form for disse Kautionserklæringer synes at have været i følgende Stil: »*Eftersom Hans kongelige Majestæt, min allernaadigste Herre og Konge, naadigst haver antaget og tilbetroet ærlig og velagt N. N. til at være (foged, tolder etc.) ... thi lover og godsiger jeg for mig og mine Arvinger, at bemeldte N. N. ... efter hans Bestallingsbrevs Indhold gør rigtig Rede og Regnskab, saa jeg derfor vil indestaa og svare til den Skade, at højstbemeldte Hans kongelige Majestæt for samme Oppebørsel kunde tilføjes*«. Denne Kautionsformular synes at være blevet benyttet stereotypt indtil Udgangen af Aaret 1674. De fra 1. Januar 1675 indkomne Kautioner indeholdt efter Ordene

[5]) Jfr. nærmere herom nedenfor.

»mig og mine Arvinger« den kendte Klausul »*een for alle og alle for een*«, men iøvrigt bibeholdtes den gamle Formulering.

I Protokollen for 1684 findes dernæst følgende Passus indført af Rentekammeret: »Efter det kongl. Rentecammerets Collegii till Betiendtene afgangne Breffue de dato d. April nærværende Aar ere Cautionerne forandrede og paa efterfølgende Maade indkomne nemblig: For Toldern udi Aalborg Lucas Hansen: Nr. 335: »Efter som Hans kongelige Majestæt voris allernaadigste Arvekonge og Herre allernaadigst haver antaget og betroet Lucas Hansen til at være Tolder udi Aalborg Tolderie, saa lover og *godsiger jeg underskrevne Jens Wisberg ... som Troe, Forlovere og Selvskyldnere, for mig og mine Arvinger, een for alle og alle for een,* at bemeldte Lucas Hansen, sig ej alene udi samme sin Bestilling troligen og flitteligen skal forholde, mens endogsaa for samme Toldintrader og Oppebørsler, som nu paabudne ere eller herefter paabiudes kunde, giøre højstbemeldte Hans kongelige Majestæt efter det allernaadigste givne Bestallingsbrevs Indhold, udi rette Tide tilbørlig Rede og Regnskab, saa at jeg for mig og mine Arvinger een for alle og alle for een vil indestaa og svare til al den Skade som højstbemeldte Hans kongelige Majestæt formedelst bemeldte Lucas Hansens Betiening og Oppebørsel maa vorde tilføjet ...«.

Denne Formular var den første i sin Art i en Række af Kautionsformularer med enslydende Indhold i Tiden langt ind i det 18. Aarhundrede. Det ses straks, at den egentlige Ændring i Forhold til de gamle Formularer var Indføjelsen af Ordene »som tro Forlover og Selvskyldner«[6]), og den ovenfor citerede Bemærkning synes at tyde paa, at den nye Praksis blev indført ved en Rentekammerresolution, hvis Indhold naturligvis har den største Interesse for det her behandlede Emne. En Gennemgang af Resolutionsprotokollerne for det paagældende Tidsrum har imidlertid givet negativt Resultat, og det samme gælder Rentekammerets Missivebøger, hvoraf dog ikke alle er bevarede. En Gennemgang af Aalborg og Viborg Stifters Missivebog for 1682—85 litra B viser dog med ret stor Sikkerhed, hvad det er for Breve, der hentydes til i Rentekammerets Bemærkning i Kautionsprotokollen. I den sidstnævnte Missivebog findes Folio 207—09 en Skrivelse til Landkommissarien i Aalborg, Jens Wisberg, blandt andet netop omhandlende den ovenfor nævnte Tolder Lucas Hansen, hvis Kautionserklæring som den første indeholdt Selvskyldnerklausulen. I denne Skrivelse, der er dateret den 29. Marts[7]) og underskrevet af Peter Brandt, Niels Benzon og Jørgen Ehlers[8]), gives der nærmere Instruks om Nødvendigheden af

[6]) Ind imellem fremkom dog hyppigt individuelt formede Erklæringer. Ikke sjældent benyttedes i Begyndelsen af det 18. Aarh. Udtrykket at forpligte sig som »egen Skyldnere« — formentlig i Stedet for Udtrykket Selvskyldner.

[7]) Altsaa ikke April, saaledes som det rimeligvis ved en Fejl er blevet anført af Rentekammerets Skriver, der, som det fremgaar af Citatet ovenfor, ikke var klar over Brevenes nøjagtige Datoer.

[8]) Benzon var Vicegeneralprokurør og senere, efter Scavenius, Generalprokurør.

Indhentning af nøjagtige Kautionserklæringer, og det ses af Skrivelsen, at den direkte Anledning til denne var den Omstændighed, at flere Regnskabsbetjentes Forlovere var døde, uden at der var skaffet ny Kaution, og herudover tilføjes den vigtige Oplysning, *at mange af de gamle Kautionsbreve ikke havde været formuleret »udi fornøielig Stiil«*. »Vel kunde en Del Cautioners Stiil for forbigangne Tiid været i noget fornøjeligere Stiil, men eragtes det derved at kan forblive for at evitere for megen Wæsen, *og skikkes hermed Concepten, hvorledes tilkommende Cautioner vil tages«*. Den med Skrivelsen følgende Koncept var netop den ovenfor citerede nye Formular, i hvilken Selvskyldnerklausulen var den eneste Nydannelse.

Det er hermed godtgjort, at Selvskyldnerklausulen var kommet i almindelig Brug paa Danske Lovs Tid, og at den i Datidens mest vigtige Kautionstilfælde var blevet indført uafhængig af Klausulen »een for alle og alle for een«, og der kan næppe være nogen rimelig Grund til at tvivle om, at Ændringen i Rentekammerets Praksis skyldtes, at man i Regeringen havde erkendt, at Kautionserklæringer, der ikke indeholdt Selvskyldnerklausulen, ikke gav samme Retsstilling over for Forloveren, som de nye Kautionsformularer. I denne Forbindelse skal det yderligere fremhæves, at der ikke kan rejses den Indvending mod den nævnte Slutning, at Oppebørselsbetjentenes Kautionserklæringer skulde kunne antages at hvile paa andre Retsgrundsætninger end private Kautionserklæringer i Almindelighed. Det fremgaar ganske klart af Kammerretsordningerne, at Rentekammerets Retsstilling over for Regnskabsbetjentenes Kautionister principalt afhang af disses Kautionsbreves Indhold[9]). Naar de her meddelte historiske Oplysninger tages i Betragtning og sammenholdes med, hvad der forudsætningsvis synes at fremgaa af Danske Lov 1-23-13, synes det berettiget at antage, at beneficium ordinis' Indtrængen i Retsbrugen maa dateres tilbage til Slutningen af det 17. Aarhundrede. Hvad særligt Danske Lov angaar, er denne dog ingenlunde klar, da det sikkert med Ussing maa antages, at Benyttelsen af Ordet Selvskyldner i 1-23-13 ikke er sket med direkte Henblik paa Modsætningen til beneficium ordinis[10]), og endelig synes 5-14-36 at have Forloverens principale Hæftelse som Forudsætning. Dette sidste er dog let forklarligt, naar det tages i Betragtning, at denne Bestemmelse hidrører fra Recessen, 1643, og at der netop er

---

[9]) Jfr. Kammerretsordningen 30. Juli 1684, hvor det hedder: »Kautionsbrevene bør lyde paa Forloveren og hans Arvinger, een for alle og alle for een, og om nogen af de allerede indleverede ej saaledes findes conciperede, saa Forloveren ej paa foreskrevne Maade vilde agte at svare, skal de inden 3 Maaneder udi Voris Cammercollegio opsige, og derpaa tage Secretererens Bevis; *opsiges den ej der forinden, agtes den og søges derefter, som den udi forommeldte Stil kunde være forfattet.«* Kautionistens Retsstilling afhang altsaa netop ikke af særlige i Kammerretsordningen givne Lovregler om disse specielle Kautionsforhold, men netop af de almindelige Retsgrundsætninger paa dette Retsomraade i det hele taget.

[10]) Ussing: Kaution, S. 71, Note 8.

Grund til at antage, at Svingningen i Retsopfattelsen er foregaaet senere.

Det 18. Aarhundredes Retspraksis viser under alle Omstændigheder, at beneficium ordinis var anerkendt nærmest som en selvfølgelig Retsregel i Tiden fra omkring Midten af Aarhundredet. Inden der gaas ind paa en Omtale af denne Retspraksis, skal en enkelt vigtig Højesteretsafgørelse fra den første Del af det 18. Aarhundrede behandles, da denne ved første Øjekast kunde synes at gaa imod, hvad der ovenfor er blevet antaget. Der hentydes til Sagen HP 1716 A. 318, hvor en Ridefoged var blevet sagsøgt af en Præst, der havde laant noget Sædekorn til en Del af Sorø Skoles Bønder. Laanet var sket paa Foranledning af Ridefogden, der ogsaa havde udgivet Kautionsbreve om at indestaa for Kornets Betaling. Ved Sjællands Landstingsdom af 28. Februar 1714 var Ridefogden blevet frifundet. I Højesteret blev Landstingsdommen omstødt med 5 Stemmer mod 4. Under Sagen opstod for det første det Spørgsmaal, om Ridefogden havde caveret paa Skolens eller egne Vegne, og Minoritetens Standpunkt, som gik ud paa at frifinde Ridefogden, støttes navnlig paa det Synspunkt, at han kun havde optraadt som Fuldmægtig for Skolen, men en enkelt Dommer tilføjer som yderligere Begrundelse: »Overalt burde Præsten først søge dem (d.v.s. Bønderne) og siden Skolen, til hvis Tjeneste dette var sket«. Majoriteten var af den Opfattelse, at Ridefogden maatte hæfte personlig, da han ikke havde dokumenteret at have haft Bemyndigelse fra Skolens Direktører til at laane Kornet: »Ved en god Samvittighed kan Hvass tilkendes at betale, thi det er efter Loven, som siger, at hvad man lover med Haand og Mund, skal han svare«. Reitzer var af samme Opfattelse, idet han bemærkede: »Præsten har søgt sin Betaling paa det rette Sted, hos Cautionisten, som Loven giver ham Magt til, og hos Skolens Ridefoged, paa hvilken han aleneste saa ved Udlaaningen. Ordene i Cautionssedlen, at han caverede paa Skolens Vegne, kan vel tjene til Bevis for (Ridefogden) mod Skolens Forstandere, men ej nøde Præsten til at forbigaa Cautionisten ... det sker hver Dag, at Ridefoged hos en og anden laaner Korn, Bonden til Gavn, og søges for Betaling ...«.

Hovedindtrykket af Voteringen er det, at Dommen slet ikke drejer sig om Problemet beneficium ordinis. Man har det Indtryk, at Ridefogden udelukkende havde procederet paa Fuldmagtssynspunktet, og at det udelukkende var dette, der blev underkendt af Højesteret, saaledes at der med andre Ord slet ikke efter Højesterets Mening bestod noget Retsforhold mellem Præsten og Godset, men alene mellem Præsten og Ridefogden. At henvise Præsten til at søge Bønderne var slet ikke paa Tale[11]). Det synes da ogsaa at fremgaa af Datidens Retspraksis, at Ride-

[11]) Det, der havde bevirket, at Ridefogden var særligt interesseret i at slippe for Forpligtelsen, var den Omstændighed, at han kort efter Etableringen af Laanet var blevet sat fra Bestillingen, saaledes at han ikke havde Mulighed for at tage Kornet direkte fra Bønderne, men maatte søge Erstatning hos Godset — en Fremgangsmaade, som man med Kendskab til Datidens Forhold kan tænke sig, han var ret uinteresseret i.

fogder og Inspektører paa større Gaarde almindeligvis ansaas forpligtet som en Kommissionær, der har handlet i eget Navn. I denne Henseende kan blandt andet henvises til en noget ældre Dom, HP 1690 B. Fol. 122. Her blev Inspektøren paa et Baroni dømt til Betaling af forskellige Købmandsvarer, som han havde betalt til Godset, idet man fandt det urimeligt, at Sælgeren skulde tvinges til at indtale sit Tilgodehavende hos Baronen. Derimod gav Dommen Inspektøren Regres til Baronen. Under Hensyn til disse særlige Forhold og den Tvivl, som Voteringen i 1716-Sagen synes at maatte give Anledning til med Hensyn til Spørgsmaalet om, hvorvidt Retten overhovedet kan antages at have taget Stilling til Spørgsmaalet om beneficium ordinis i Forhold til Bønderne, er der næppe Grund til at antage, at Højesteret i det 18. Aarhundredes første Del skulde have fraveget det, som allerede forekommer at have været det almindelige Standpunkt i det forrige Aarhundrede, nemlig at Kautionisten normalt hæftede subsidiært.

I Sagen 1754 A. 39 havde Direktørerne for det Firedobbelte Forenede Kærlighedsselskab i Kiøbenhavn sagsøgt en Kautionist. Hovedmanden var gaaet fallit, og det var lykkedes Selskabet at opnaa Dækning for Fordringen i hans Bo. Kreditor havde saaledes i dette Tilfælde frivilligt respekteret Kautionistens Beneficium. Under Voteringen udtalte Munthe: »Selskabet har for de udlaante 500 Rd. ladet sig give Dobbeltforsikring, først i Pant i Huset, dernæst Caution. En Kreditor, der har saaledes vigileret for sin Sikkerhed, har jus optionis, dog saaledes, at han ikke maa søge Cautionist, naar han ej har paategnet som Selvskyldner, førend Hoveddebitor først er søgt og Betaling hos ham ej er at erholde«. Nu drejede Sagen sig som nævnt ikke direkte om Spørgsmaalet om beneficium ordinis, men af ligelydende Udtalelser i mange Domsvoteringer fra den samme Periode synes det, som det ovenfor er sagt, at fremgaa, at Beneficiet ansaas for en Selvfølgelighed[12]). Det fremgaar endvidere af Retssagerne, at Selvskyldnerklausulen efterhaan-

[12]) Jfr. bl. a. Sagerne HP 1763 A, 133, og 1773, S. 236. En Udtalelse i den førstnævnte Sag kunde ganske vist tyde i anden Retning, end hvad der her er sagt, men skal næppe opfattes som hentydende til Beneficiet, selv om der siges: »Vel har en Creditor den Frihed, at han kan henholde sig til enten Debitor eller Cautionist«.

I den i anden Forbindelse omtalte Retssag, HP 1778, S. 73, begrundede flere Dommere deres Frifindelse af en Kautionist dermed, at man ikke kunde nægte ham beneficium ordinis, »da han ej har renonceret paa samme«; i det foreliggende Tilfælde blev Kautionisten dog først og fremmest frifundet paa Grundlag af en Fortolkning af Kautionserklæringen (jfr. ovenfor S. 257).

I Sagen HP 1786, S. 293 havde Sagsøgeren paastaaet Kautionisten dømt principalt og Landstingsdommen ændret i Overensstemmelse hermed. Paastanden blev dog afvist af Højesteret: »Men at nægte efter Ulldals Paastand Arvingerne beneficium ordinis kan ej have sted, da Baildon ifølge Brevet ... har kun forbundet sig at være Cautionist, men ej Selvskyldner«. Endelig kan henvises til Sagerne HP 1792, S. 389 og 1794, S. 199, hvor det ligefrem hedder: »Efter Loven har den simple Cautionist beneficium« (Levetzau), eller: »I Henseende til Citantens Cautionist følger det af Tingens Natur, at han maa svare in subsiduum« (Steeman).

den forekom i de allerfleste Kautionsforhold, og dette har formodentlig kun styrket den almindelige Retsopfattelse forsaavidt angik de Tilfælde, hvor Klausulen ikke forefandtes.

Ørsted kritiserede Hurtigkarls Forsøg paa at indfortolke Beneficiet i Danske Lov (Haandbog VI, S. 400 ff.) og understregede, at Sagen i Virkeligheden drejede sig om en Fortolkningsopgave, som han dog løste paa den Maade, at Kautionserklæringer som Regel maa fortolkes som hjemlende simpel Kaution, med mindre de indeholder Udtryk, der tyder paa et videregaaende Ansvar. Da han imidlertid synes at have været af den Opfattelse, at simpel Kaution normalt maa anses for upraktisk, og da hans Fremstilling af Emnet giver det Indtryk, at den nævnte Fortolkningsregel netop blev opstillet under Hensyn til den hidtidige Retspraksis, maa Ørsteds Standpunkt i Virkeligheden siges at være en Anerkendelse af en forbindende Retssædvane, der forøvrigt ikke siden synes at være blevet bestridt, trods dens eventuelle Mangler.

Reglen om simpel Kaution synes iøvrigt i den sidste Del af det 18. Aarhundrede at være blevet fortolket saaledes, at Kautionisten havde Krav paa, at egentlig Retsforfølgning blev gennemført mod Hovedmanden. I en Sag fra 1792, HP 1792, S. 389, synes Højesteret endog at være gaaet saa vidt, at Skifterettens Attest om, at der manglede Midler i Hovedmandens Bo, ansaas for utilstrækkelig, saaledes at selve Skiftet først maatte tilendebringes. Paa dette Punkt var Højesteret gaaet langt videre i Beskyttelsen af Kautionisten end romersk Ret[13]).

II. *Beneficium divisionis*. Hvad dernæst angaar Spørgsmaalet om flere Samkautionisters Hæftelse, maa det efter de allerede i ældre retshistorisk Teori foretagne Undersøgelser siges at staa fast, at Samkautionister ikke i ældre Ret hæftede principalt solidarisk, med mindre de udtrykkelig havde forpligtet sig hertil, navnlig ved Klausulen een for alle og alle for een. Der tænkes her først og fremmest paa Retstilstanden paa Danske Lovs Tid, men sandsynligvis gaar Standpunktet helt tilbage til Rettertingsdommen af 1554[14]). Det fremgaar endvidere ret tydeligt af Kammerretsordningen af 1684, Afsnittet om Kaution, §§ 2 og 3 og Rentekammerets førnævnte Praksis, hvorefter der fra 1675 blev indført Klausulen »een for alle og alle for een« i Regnskabsbetjentenes Kautionsbreve. Som det allerede er blevet paavist af Aubert, er det dernæst ikke berettiget at fortolke Danske Lov saaledes, at den indeholder en almindelig Forudsætning om *subsidiær* Solidaritet. Det er ganske vist rigtigt[15]), at de hidtil fremdragne Oplysninger om Praksis før Dan-

[13]) Om Retsudviklingen paa dette Punkt i det 19. Aarhundrede henvises iøvrigt til Ussing: Kaution, S. 84 ff. og navnlig Note 29 og 34. Den ovenfor nævnte Højesteretsdom kunde tyde paa, at Ørsteds Standpunkt, Haandbog VI, S. 405, havde større Støtte i Retspraksis end antydet af Ussing i den sidstnævnte Note, uden at der herom kan siges noget med fuldstændig Sikkerhed.

[14]) Gamle danske Domme II, S. 143, Aubert: Norsk Retstidende, S. 89—90 (1874), Matzen: Retshistorie II, 1896, S. 231—32.

[15]) Jfr. Ussing: Kaution, S. 306, Note 9.

ske Lov ikke helt kan udelukke Muligheden af, at det subsidiært solidariske Ansvar allerede den Gang var ved at trænge ind i Praksis, men der foreligger paa den anden Side vist nok heller ikke nogetsomhelst positivt Vidnesbyrd om, at det skulde have været Tilfældet, og det synes derfor det rigtigste at antage i hvert Fald for det 17. Aarhundredes Vedkommende, at man i den dagældende Retstilstand kun opererede med et enten-eller: Rent prorata Ansvar eller principalt solidarisk Ansvar.

En af de ældste Retsafgørelser, der er fundet vedrørende dette Emne, er en Fyenbo Landstingsdom af 1. August 1725 (U.f.R. 1870, S. 479), i Henhold til hvilken 3 Kautionister i et Dødsbo blev dømt til hver især at betale en Trediedel af Gælden. Som anført af Ussing kan denne Dom netop tyde paa Antagelsen af rent Proratansvar, men Domsreferatet er saa kortfattet, at man ikke kan fastslaa dette med fuldstændig Sikkerhed. Desto større Interesse har det da at konstatere, at den paagældende Dom blev appelleret til Højesteret, der traf Afgørelse i Sagen i 1731[16]). Retssagen blev behandlet af en af de den Gang nedsatte Højesteretskommissioner, der hver var paa 3 Medlemmer. Førstvoterende Thestrup vilde omstøde Landstingsdommen med den Begrundelse, at hver af Kautionisterne havde underskrevet separat Kautionserklæring »uden ringeste præcaution eller reservation af beneficio divisionis, da ikke staar pro quota eller for nogen tredie Part. Men Maurids Erfing for sig skriver: »Denne Forretning holdes i alle Poster og Clausuler, Maurids Erfing« — og Loven udi pagina 150—51, Art. 14, udtrykkelig melder, at naar der er flere Forlovere, som love alle for en Sum Penge, saa staar det i Creditors Magt efter udgiven Brevs Lydelse at søge hvilken af Forloverne han vil, een for alle og alle for een m. v.«. Thestrup henviste endvidere til 1-23-13, idet han mente, at den udtrykkelige Fremhævelse af Ordene »een for alle og alle for een« maatte medføre, at dette Udtryk maatte antages at gælde for alle Kautioner. De to andre Dommere vilde imidlertid ikke give Thestrup Medhold i denne Lovfortolkning: »Det er klart, at saaledes som en Mand forbinder sig, saaledes og paa ingen anden Maade er han og pligtig at forholde sig i den Sag, i hvilken han sin Forbinding har fra sig givet«. Det fremhæves, at alle Obligationer skal fortolkes strengt, og at Samkautionister, naar de ikke udtrykkelig har forpligtet sig een for alle og alle for een, »condition, som notanter burde have været exprimeret om den skulde finde Sted, saa kan ej heller nu tilfindes in solidum at svare, hvor han ej in solidum har forbundet sig«. Herefter blev Landstingsdommen stadfæstet, og der melder sig nu det Spørgsmaal, om Højesterets Standpunkt gik ud paa at statuere rent Proratansvar eller blot, at Ansvaret ikke var principalt solidarisk. Det romerske beneficium divisionis (Nov.

[16]) Jfr. Højesterets tredje Kommissions Voteringsprotokol 1731—32, S. 6.

99) havde som logisk Forudsætning det solidariske Ansvar, men det er muligt, ja endog det sandsynligste, at Benyttelsen af Udtrykket under Voteringen alene fandt Sted med Henblik paa beneficiets positive Indhold, den principale Ansvarshæftelse, og efter den sidst citerede Udtalelse synes der ikke at være nogensomhelst Grund til at antage, at der har været tænkt paa Muligheden af et subsidiært Ansvar. Dette er sikkert først kommet ind i Retsanvendelsen senere, muligvis først i Begyndelsen af det 19. Aarhundrede og næppe før Slutningen af det 18. Aarhundrede.

I Sagen HP 1774 A. 524 blev nogle Kautionister, der havde indgaaet Kaution for Forpligtelser i Medfør af en Fæstekontrakt, indstævnet. Sagsøgeren paastod, at Kautionisterne havde paategnet Fæstekontrakten »som Kautionister og Selvskyldnere, een for begge og begge for een«. Men en af Kautionisterne nægtede at have underskrevet een for begge og begge for een, og ved Landstingsdommen var han blevet frifundet, fordi Kreditor ikke havde kunnet fremlægge den originale Kautionserklæring, som vist nok var blevet væk. I Højesteret blev han dømt, idet man dels var tilbøjelig til efter Omstændighederne at paalægge Kautionisten Bevisbyrden for, at han ikke havde underskrevet med Klausulen een for begge og begge for een, dels fordi det ikke var bestridt, at han havde underskrevet som Selvskyldner, og dette fortolkede man (iøvrigt i Lighed med andre Domme fra samme Periode) som indeholdende en Forudsætning om solidarisk Ansvar. Førstvoterende Holtermann, til hvis Votum de øvrige sluttede sig, formulerede Hovedspørgsmaalet i Sagen saaledes, at det drejede sig om at afgøre, »om Cautionisten, Chresten Bollesen, ifølge sin paa Fæstebrevet tegnede Caution er pligtig at betale, hvad Chresten Larsen Hove ikke formaar at udrede«. Allerede ved denne Problemstilling synes det ret klart forudsat, at der ikke kendtes nogen almindelig Forudsætning om subsidiær Solidaritet. Over for Kautionistens Indvendinger udtalte Holtermann dernæst: »Saalænge han maa tilstaa at have underskrevet som Selvskyldner, kan han søges for den fulde Summa af Illum, da vore Love ikke statuerer beneficium divisionis, uden hvor samme er stipuleret«. Rent bortset fra at denne sidste Bemærkning paa ingen Maade var rigtig, hvis den ikke netop forstaas som alene hentydende til Selvskyldnerkautionstilfælde, til hvilke man som nævnt udvidede Solidaritetsreglen[17]), giver den et vigtigt Bidrag til Forstaaelsen af Sprogbrugen i det 18. Aarhundrede. Saadan som Votum er formuleret, synes det ret klart, at man med beneficium divisionis normalt blot tænkte paa dettes direkte positive Indhold: Proratahæftelse.

Denne Antagelse støttes af et Synspunkt, som meget ofte fandt Udtryk under Voteringerne i den sidste Del af det 18. Aarhundrede, at den

[17]) Dette stod i Modsætning til senere Retspraksis, jfr. Juridisk Arkiv 6. Bd., S. 199.

solidariske Forpligtelse overhovedet maatte anses for »odieux« og derfor ikke kunde gælde som deklaratorisk Regel. I Sagen HP 1794 B. 551 var nogle Kautionister for en Regnskabsbetjent blevet indstævnet, da der viste sig at være en Manco i Hovedmandens Kasse. Her forelaa et af de Tilfælde, som netop var forudsat i Kammerretsordningen, at Kautionisterne ikke havde forpligtet sig solidarisk, men i det foreliggende Tilfælde hver især for et bestemt Beløb. Kammeradvokaten havde da heller ikke indstævnet dem in solidum for Kautionsforpligtelsen, men derimod krævet solidarisk Hæftelse for Sagsomkostningerne. Herom opstod der under Henvisning til det ovenfor nævnte Hovedsynspunkt nogen Diskussion, der dog endte med, at Kautionisterne blev paalagt solidarisk Ansvar for Omkostningerne ved Højesteret (30 Rd.). Saavel Hjemtingsdommen som Højesteretsdommen, der blot gik ud paa Stadfæstelse, indeholdt ikke det mindste om et eventuelt subsidiært solidarisk Ansvar for selve Gælden. I denne Sag kunde det maaske forklares ud fra Kautionserklæringernes særlige Formulering, men ganske det samme gælder Dommen HP 1794 B. 211. Her blev fire simple Kautionister dømt, og Domskonklusionen lød udtrykkeligt paa, at hver af Kautionisterne skulde betale en Fjerdepart af Domsbeløbet. Som afgørende Modsætning hertil staar Domskonklusionerne fra Begyndelsen af det 19. Aarhundrede, jfr. f. Eks. Hof- og Stadsretsdommen af 22. Juli 1805, Juridisk Arkiv, 6. Bd., S. 136: »og saafremt den ene af dem efter foregaaende lovlig Omgang, ej skulde findes at være i Stand til at udrede det den efter det foranførte paaliggende, bør den anden af dem, mod vedbørlig Regres, til ovenmeldte Kasse betale saaledes manglende«[18]).

Efter det, der indtil nu foreligger oplyst om Retstilstanden i det 18. Aarhundrede, maa man formentlig betragte det ved Hof- og Stadsrettens Domme fra Begyndelsen af det 19. Aarhundrede gennemførte Princip om subsidiær solidarisk Ansvarlighed som en Nydannelse i dansk Ret, og det ligger nær at antage, at Ørsted paa dette Punkt kan have spillet en væsentlig Rolle (først og fremmest som Dommer i Hof- og Stadsretten) for den konsekvente Reception af det romerske beneficium divisionis, saavel i Henseende til dets positive Indhold, som netop i Henseende til det bag dette liggende solidariske Ansvarsprincip. Det maa dog erindres, at man ogsaa i det 18. Aarhundredes Retsvidenskab for de

[18]) Jfr. herved Dommen af 29. Juni 1818, Nyt juridisk Arkiv, 27. Bd., S. 188, i hvilken Dom Præmisser og Konklusion blev udformet efter Stellwagens Votum, Hof- og Stadsrettens Voteringsprotokol, 1818, S. 368: »... maa det antages, at naar Medforlovere blot i Almindelighed have underskrevet sig som saadanne, uden at forbinde sig i de foranførte Udtryk, tilkommer dem beneficium divisionis, *dog saaledes*, at hvis nogen af dem ikke kan betale, maa Kreditor for hans Andel have Fordring paa de øvrige ...«, og Konklusionen: »De indstævnte ... bør hver for det halve og med Forpligtelse at betale for hverandre, for saa vidt Betaling hos nogen af dem ikke maatte kunne erholdes, in solidum ... tilsvare ...«. (Udh. her.)

fleste Forfatteres Vedkommende ser Princippet om den subsidiære Solidaritet anført, saaledes hos Brorson, Nørregaard og Hurtigkarl[19]).

III. *Samskyldsforhold uden for Kaution.* Naar Talen ikke drejer sig om Samkautionister, men derimod om flere Skyldnere i Kontraktforhold udenfor Kautionsforhold, og da navnlig det Tilfælde, der spiller den største Rolle i Praksis, hvor flere Skyldnere i Forening har lovet at præstere en Pengeydelse, er Retsudviklingen i Perioden efter Danske Lov ikke gaaet efter ganske de samme Retningslinier som Retsudviklingen med Hensyn til Samkautionstilfælde. Hvad Praksis før Danske Lov angaar, synes det ikke at være betænkeligt at forstaa Herredagsdommene fra det 16. Aarhundrede som Udtryk for en almindelig Hovedregel om Prorataansvar. Det samme gælder sikkert ogsaa Højesteretsdommen af 1731, naar der henses til de under Voteringen brugte Udtryk. Retstilstanden i det 17. og 18. Aarhundrede (dog fraregnet den sidste Del af det 18. Aarhundrede) kan sikkert beskrives saaledes, at Forpligtelsens Indhold og Udtryk »Brevets Lydelse« har været afgørende for Bedømmelsen af Samskyldnernes Hæftelse, saaledes at der har hersket en Forhaandsformodning for Proratahæftelse[20]). Aubert peger paa to forskellige Forhold, som kan have været Baggrunden for Tilnærmelsen til en mere almindelig Regel om principalt solidarisk Ansvar. For det første fremhæver han Udviklingen inden for den romanistiske Fuldmagtslære (actio quasi institoria), der inden for Selskabsretten havde ført til det Resultat, at en Person, der handlede paa Interessenternes Vegne, paaførte disse en solidarisk Forpligtelse, fordi man i romanistisk Teori konstruerede Retsforholdet saaledes, at det var den af Mandataren paatagne Forpligtelse, der udelt blev overført paa flere Mandanter[21]). Herved var den iøvrigt i romersk Ret gældende Hovedregel om proratarisk Ansvar i meget vidt Omfang blevet modificeret.

Det synes at fremgaa af flere forskellige Domme om Ansvaret i Interessentskabsforhold fra den sidste Halvdel af det 18. Aarhundrede, at Aubert har haft Ret i sin Formodning om disse Synspunkters Betydning for Udviklingen inden for den dansk-norske Retspraksis. Navnlig ser det ud til, at Retspraksis fra et ret tidligt Tidspunkt har godkendt Reglen om den gensidige Signatur i Interessentskabsforhold og den med denne sammenhængende Regel om solidarisk Ansvar for Interessenterne, hvor der var handlet paa Interessentskabets Vegne. Princippet synes i hvert Fald fastslaaet i Sagen HP 1773, S. 88, hvor Højesteret stadfæstede en Hof- og Stadsretsdom i Henhold til Colbiørnsens Votum, i hvilket det hedder, at Interessenterne efter Societeters Natur er forbundne begge at svare til det, som den ene af dem paa Societetets Vegne indgaar.

---

[19]) Jfr. Aubert, Norsk Retstidende, 1874, S. 91, Note 49.
[20]) Jfr. Aubert, Norsk Retstidende, 1874, S. 91.
[21]) Jfr. D. 14, 1, 2: »ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit«.

Aubert har dernæst peget paa Naturrettens Lære om den moralske Person som Baggrunden for Indførelsen af solidarisk Ansvar. Denne Lære, som ogsaa blev doceret i den hjemlige Retsvidenskab i Slutningen af det 18. Aarhundrede[22]) førte i Lighed med den romanistiske Fuldmagtslære til at antage solidarisk Ansvar, hvor flere var optraadt i Fællesskab, d.v.s. navnlig i Interessentskabsforhold. Aubert nævner, at han dog forgæves har eftersøgt Læren om den moralske Person hos Datidens første Naturretslærere, navnlig Pufendorf. Det er rigtigt, at denne Forfatter vistnok ikke har behandlet Spørgsmaalet om det solidariske Ansvars Omraade direkte, men i første Bog af hans Naturret gaar han ret indgaaende ind paa Begrebet persona moralis: »persona moralis composita constituitur, quando plura individua humana ita inter se uniuntur, ut quae vi istius unionis volunt aut agunt, pro una voluntate, unamque actione, non pro pluribus senseantur ... Unde est, quod cum alias ubi plures quid voluerint, aut egerint, tot voluntates et actiones extare intelligantur, quot numero personae physicae seu individua humana ibi numerantur; in personam tamen compositam coalitis una voluntas tribuatur, et quae ab illis ut talibus proficiscitur actio, una senseatur, ut plura individua physica ad eandem concurrerint[23]). Selvom Pufendorf ikke paa det anførte Sted direkte udtaler Reglen om Interessenternes solidariske Hæftelse, sandsynliggør hans Udtryksmaade, at denne maa anses for forudsat, i hvilken Forbindelse det bemærkes, at den naturretlige Lære om den moralske Person ikke uden videre maa identificeres med Forestillingen om en juridisk Person, der som saadan og med Udelukkelse af Enkeltindividernes Ansvar kan anses for at hæfte for paatagne Forpligtelser[24]).

Hele Selskabsretten var i Slutningen af det 18. Aarhundrede i Støbeskeen. Da det imidlertid ikke er lykkedes at fremdrage fuldt tilstrækkeligt Materiale til Bedømmelse af Retsudviklingens Enkeltheder paa dette Omraade, skal det blot mere i Almindelighed fremhæves, at den faktiske Forskel, der allerede i det 18. Aarhundrede bestod mellem de Interessentselskaber, der var organiseret som Aktieselskaber, — som Regel paa Grundlag af officielt godkendte Konventioner og Oktrojer[25]),

[22]) Jfr. Aubert l. c., S. 92 med Henvisninger.

[23]) Den sammensatte moralske Person opstaar, naar flere Enkeltpersoner forbinder sig saaledes, at alt, hvad de ønsker eller gør i Kraft af Overenskomsten, anses for een Vilje og een Handling. Det fremgaar deraf, at selvom det, som flere Personer i andre Tilfælde ønsker eller gør, maa betragtes som ligesaa mange Enkeltpersoners Ønsker og Handlinger, som der er fysiske Personer eller Individer til Stede; saa tillægger man dem i den sammensatte Person kun een og den samme Vilje, og hver Handling, der foretages af dem i et saadant Forhold, bliver betragtet som een uden Hensyn til, hvor mange Enkeltindivider der har sluttet sig sammen.

[24]) Jfr. Aubert l. c., S. 92, hvor det ogsaa fremhæves, at den naturretlige Lære om den moralske Person ikke var begrænset til at angaa egentlige Selskabsforhold, men netop, som Pufendorf udtrykker det, alle Tilfælde, hvor flere optræder i samme Sag og Hensigt.

[25]) Jfr. blandt andet herom H. O. Jensen, U. f. R. 1944, S. 221 ff.

— og den Selskabstype, der nærmest svarer til det nuværende ansvarlige, navngivne Interessentskab, ikke havde givet sig særligt mærkbart Udslag i Retsreglerne[26]). Datidens »Aktionærer« hæftede normalt personligt, og »Aktie« var som Regel alene en Maalestok for Aktionærens Andel i Vinding og Tab. Derfor blev Spørgsmaalet om, hvorvidt Interessenters (»Aktionærers«) Hæftelse skulde være solidarisk, særligt betydningsfuldt. Saavel Læren om den moralske Person, som den romanistiske Udvikling af Læren om Indgaaelse af Forpligtelser paa et Selskabs Vegne førte imidlertid henimod det solidariske Ansvar, selvom dette stred imod de oprindelige romerske Societetsprincipper. Det er vistnok paa denne Baggrund, den principielle Sag, HP 1782 A. 170, jfr. B. 100, maa ses. Retssagen førtes mellem Interessenterne i et Kobberværk, der var organiseret som Aktieselskab, paa den ene Side, og en Person, som havde forstrakt Interessentskabet med Penge, paa den anden Side. Laangiveren var blevet ansat i Selskabet som Overdirektør, men ikke længe efter besluttede Interessenterne, at Selskabet skulde likvideres. Ved en Højesteretsdom af 1776 blev Selskabets Direktører frifundet for Overdirektørens Krav, og denne blev henvist til at søge Interessenterne. Ved en nedsat Kommissionsret blev disse dømt til at betale in solidum, og denne Afgørelse blev stadfæstet af Oberhofretten og Højesteret. Det fremgaar af Voteringen, at Højesteret direkte støttede sig til den naturretlige Lære: »et Societets Natur gør, at det maa anses som persona moralis, da ikke oplyst, hvor mange Interessenter er i dette«. Anchersen og to andre Dommere dissentierede: »Det vilde være en betydelig Følge for de oprettede Handelsselskaber, da en rig ikke kunde entrere deri uden at frygte for at blive klædt nøgen af. At konkurrere prorata synes derfor det eneste Barth kunde tilstaas«. Det fremhævedes, at Interessenterne ikke udtrykkeligt havde forbundet sig in solidum, og at Formodningen altid maatte være for Proratahæftelse. »Naar man indgaar i Societet, saa gør man sig vel umyndig i Henseende til sin Aktie, men ej i Henseende til sin hele Velfærd«. Endvidere fremhævede Minoriteten, at Majoritetens Antagelse vilde føre til Godkendelsen af et »societas leonina«. Disse forskelligartede Synspunkter var imidlertid ikke tilstrækkelige til at ændre Resultatet.

Med den nævnte Afgørelse havde Højesteret anerkendt det solidariske Ansvar som den almindelige Regel inden for Interessentskaber, og kun en udtrykkelig Ansvarsbegrænsning i en godkendt Konvention eller Oktroj, som navnlig kunde være praktisk i de aktieselskabslignende Interessentskaber, kunde sandsynligvis føre til en Modifikation i denne Hovedregel. Der er imidlertid ingen Grund til at tro, at Højesteret paa

[26]) Jfr. HP 1773, S. 776 og 1793, S. 303, der først og fremmest drejer sig om Gyldigheden af Flertalsbeslutninger.

samme Tidspunkt udvidede Konstruktionen persona moralis til Samskyldsforhold uden for Interessentskabernes Omraade[27]).

Paa Grundlag af de hidtil foreliggende Oplysninger vedrørende Retspraksis synes der at være en ikke ringe Formodning for, at Hof- og Stadsretsdommen af 7. Juli 1806 (A.f.R., II 1825, S. 300) er den første klare Afgørelse, der gennemfører den solidariske Hæftelse uden for Interessentskabsforhold. Sagen handlede om en Pengeskyld, der bestod i Henhold til et Gældsbrev underskrevet af to Debitorer uden særlig Solidaritetsklausul. Dommens Præmisser og Konklusion svarer næsten ordret til Ørsteds Votum i Sagen[28]). Efter Præmisserne maatte det nu anses for fastslaaet, at Klausulen »een for alle og alle for een«, kun var nødvendig ved Samkaution, og at Debitorerne, hvor de som i det omhandlede Gældsbrev havde forpligtet sig »tilsammen og som en moralsk Person«, uden at betinge sig beneficium divisionis, maatte hæfte solidarisk[29]).

Fra et oprindeligt fælles Udgangspunkt var Retsudviklingen af forskellige Veje naaet til det subsidiært solidariske Ansvar i Samkautionsforhold og det principalt solidariske Ansvar, hvor flere Personer hæftede for samme Pengeskyld. Disse Hovedresultater blev som bekendt fastholdt af Retspraksis i det 19. Aarhundrede[30]).

---

[27]) Jfr. HP 1787, S. 503, hvor Treschow, der havde sluttet sig til Majoriteten i den lige omtalte Sag, udtalte: »Anlangende Betalingen een for alle og alle for een, da tror ej, saadant bør finde Sted, da det strider mod vore Loves esprit efter 1-23-13, at saadanne correalis obligatio har Sted, medmindre de expresse have forbundet sig dertil«, — selve Spørgsmaalet kom imidlertid ikke til Afgørelse i den nævnte Sag.

[28]) Jfr. Hof- og Stadsrettens Voteringsprotokol, 1806, S. 35.

[29]) Jfr. Ørsted: Haandbog V, S. 432 f.

[30]) Jfr. Julius Lassen: Obligationsrettens alm. Del, 1917—20, S. 528—29 med Note 3 og 4.

RETTELSER:

S. 174 L. 18 fn., i Stedet for »samme Aar« læses »1623«.
S. 192 L. 11 fn., i Stedet for »16. Juli« læses »1. Juli«.

LITTERATUROVERSIGT

I. Ældre Litteratur.

Ancher, P. Kofod, Anviisning for en dansk Jurist, 1777 (1. Udg. 1755).
Svar paa nogle Spørsmaale til det juridiske Fakultet, 1779.

Brorson, C. B., Forsøg til Danske Lovs Fortolkning m. m., 1. Bog I-II, 1797, 2. Bog I-II, 1801, 3. Bog I-II, 1796, 4. Bog, 1797, 5. Bog I-II, 1793-94, 6. Bog, 1791.

Clitau,Th., Overeenstemmelse og Forskiæl imellem den romerske og danske Ræt. 1736.
Juridiske Examen ved Spørgsmaal og Svar, 1746.

Domat, Jean, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 1689-97.

Dons, J. B., Academiske Forelæsninger over den Danske og Norske Lov, ved C. D. Hedegaard, 1780-81.

Grotius, Hugo, De jure belli ac pacis, libri tres, 1625.

Hedegaard, C. D., Trifolium juridicum, 1766 (1. Udg. 1748).
Juridisk-practiske Anmærkninger I-IV, 1764-67 og 80.
Kommentarer til Danske Lov (Værket har ingen original Fællestitel), 2. Bog I-II, 1775, 3. Bog, 1774, 4. Bog, 1771, 5. Bog, »Adkomst, Gods og Gield«, 1776, 6. Bog, 1760.

Hesselberg, E., Juridisk Collegium, ved Dons, 1763 (1. Udg. 1755).

Holberg, Ludv., Introduction til Naturens og Folkerettens Kundskab, 1716.

Højer, Andr. Ideae ICti Danici, 1736 (Forestilling paa en Dansk Jurist, 1744).

Hurtigkarl, F. T., Den danske og norske Privatrets første Grunde, I 1813, II, 1 1814, II, 2 1817, IV 1820.

Kongslew, L. L., Den danske og norske Privatrets første Grunde, I-II 1781-82.

Nørregaard, L., Forelæsninger over den danske og norske private Ret I-VI, 1784-97.
Svar paa nogle Spørsmaale til det juridiske Fakultet i Kiøbenhavn, givne af Hs. Exc. Geheimeraad Stampe og Conferensraad Sevel, 1782.
Natur- og Folkerettens første Grunde, 1784 (1. Udg. 1776).

Obelitz, B. G. v., Natur og Folkeret, Compendium (Haandskrift, Aarhus Universitet).

Paus, Hans, Naturens Ret som en Grundvold til den danske og den norske borgerlige Ret I-IV, 1750.

Pufendorf, Samuel, Elementorum jurisprudentiae universalis, libri duo, Haag 1660.
Libri octo de jure naturae et gentium, Lund 1672. (Henvisninger til Pufendorf refererer til dette Værk). Samme Værk oversat og kommenteret af Barbeyrac, 1706, 2. Udg. 1712.
De officiis hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, Lund 1673.

Schlegel, J. F. W., Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger, 1805.

Stampe, H., Erklæringer, Breve og Forestillinger, Generalprokureur-Embedet vedkommende, 1793-1807, I-VI.

Struve, G. A., Jurisprudentia Romano-Germanica forensis olim in Academia praelecta et explanata, nunc revisa et aucta, Jena 1670 (1. Udg.).

Thomasius, Chr., Institutionum jurisprudentiae divinae, Leipzig 1687 (Kommentar til Pufendorf).
Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato receptae in foris Germanorum, 1703.
Fundamentae juris naturae et gentium, 1705 (tysk Udg. 1709).
Trojel, P. K., Commentære eller Forklaring over den danske og norske Lov, 1780-81.
Weylle, Chr. Osterssøn, Glossarium-juridicum danico-norwegicum, 1652.
Wolf, Chr., Jus naturae methodo scientifica pertractatum, libri octo, 1740-48.
Institutiones juris naturae et gentium, 1750 (fr. Oversættelse ved Luzac, Leyden 1772).

II. Nyere Litteratur.

Aagesen, A., Indledning til den danske Formueret, 1881.
Forelæsninger over den romerske Privatret I-II 1882.
Arnholm, C. J., Alminnelig Avtalerett, 1949.
Aubert, L. M. B., Den norske Obligationsret, Christiania 1887.
Below, G. v., Die Ursachen der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland. München und Berlin 1905.
Benckert, K., Om extinktiva förvärv av lös egendom, Stockholm 1925.
Dahl, F., Hovedpunkter af den danske Retsvidenskabs Historie, 1937. (Særtryk af Festskrift i Anl. af 200 Aars Dagen for Indf. af juridisk Eks. ved Københavns Universitet, 1936).
Borum, O. A., Personretten, 1942.
Brandt, H., Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940.
Cornil, G., Droit romain, Bruxelles 1921.
Cuq, E., Manuel des institutions juridiques des Romains, Paris 1917, 2. Udg. 1928.
Dernburg, H., System des römischen Rechts, 8. Udg. Berlin 1911 (v. Sokolowski).
Deuntzer, J. H., Om Arrest og Forbud i civile Sager efter dansk Ret, 1888.
Bemærkninger om Arrest før Dom i civile Sager og dette Retsmiddels Udvikling efter 1683, Tidsskrift for Retsvæsen 1888, S. 59 ff.
Højesteret i 1683, Københavns Universitets Festskrift 1898.
Evaldsen, A. C., Skyldnerens Mora behandlet efter Sagens Natur og dansk Ret, 1870.
Foss, Kåre, Ludvig Holbergs Naturrett, Oslo 1934.
Girard, P. F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1924 (7. Udg.), 1929 (8. Udg.).
Gram, F. T. J., Den danske Formueret 1855-64.
Gjelsvik, M., Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse paa Retshandlers Gyldighed, Kristiania 1897.
Hammerich, K. F., Den danske Dommerstand under Enevælden, 1931.
Holberg som Jurist og Embedsmand, Nordisk administrativt Tidsskrift 1935, S. 3 ff.
Haupt, P., Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941.
Heckscher, I., Kreditsalget og Sælgerens Standsningsret, 1885.
Hillgård, K., Bidrag til Läran om Säljarens Stoppningsrätt, 1923.
Hägerström, A., Nehrman-Ehrenstråles uppfattning av grunden för ett löftes juridiskt bindande kraft, belyst genom å ena sidan romersk, å andra sidan naturrättslig rättsåkådning, Minnesskrift ägnad 1734 Års Lag, 1934, II, S. 571 ff.
Hällström, Erik av, Om Villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring, 1931.

Illum, K., Servitutter, 1943.
Ejendomsforbehold, 1946.
Fast Ejendom, Bestanddele og Tilbehør, 1948.
Dansk Tingsret I-II 1951.
Iuul, Stig, Grundrids af den romerske Formueret, 1942.
Chr. d. V. Danske Lov, 1949.
Den gamle danske strafferet og dens udvikling indtil slutningen af det 18. århundrede, Kampen mod forbrydelsen I, 1950, S. 239 ff.
Jacobi, A. og C. Popp-Madsen, Udvalg af Domme i civile Sager (Tillæg af utrykte Højesteretsdomme 1684-1754), 1935.
Jørgensen, P. J., Retsundervisningen og Retsvidenskaben ved Københavns Universitet 1537-1736, Forordn. af 10. Febr. 1736, Festskrift i Anl. af 200 Aars Dagen for Indførelsen af juridisk Eksamen ved Københavns Universitet, 1936.
Dansk Retshistorie, 1947 (2. Udg.).
Jørgensen, Troels G., Anders Sandøe Ørsted som Dommer, 1928.
Danmark-Norges Højesteret 1790-1814, 1930.
Strejflys over Enevældens Retsliv, 1949.
Højesteret fra 1790 til Grundloven, 1950.
Jörs, P., Römisches Recht, Berlin 1927.
Larsen, J. E., Privatretlige Foredrag I-II, 1857-58.
Lassen, J., Haandbog i Obligationsretten, Alm. Del, 1892 (3. Udg. 1917-20).
Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del, 1897.
Kolderup-Rosenvinge, J. L. A., Udvalg af gamle danske Domme, afsagte paa Kongens Retterting og paa Landsting, I-IV 1842-48.
Koschaker, P., Europa und das römische Recht, München-Berlin 1947.
Kruse, A. Vinding, Restitutioner, 1950.
Kruse, Fr. Vinding, Ejendomsrettens Overgang, 1929.
Ejendomsretten, 2. Udg. I-III, 1945-46, 3. Udg. I-II, 1951.
Kroman, E., Danmarks gamle Love paa Nutidsdansk under Medvirken af Stig Iuul, I-III 1945-48.
Magnussen, O. K., Naboretlige Studier, 1950.
Matzen, H., Den danske Panterets Historie indtil Chr. d. V. Lov, 1869.
Forelæsninger over den danske Retshistorie I-VI, 1893-97.
Forelæsninger over den danske Tingsret, 2. Udg. 1884.
Meyer, P., Danske Bylag, 1949.
Monier, R., Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1935.
Mourier, P. P. F., Om Forordningen af 9. Februar 1798, U. f. R. 1869, S. 689-835.
Møller, E., Forudsætninger, 1894.
Petersen, A., Om de subjektive Hævdsbetingelser efter D L. 5-5-1, N. L. 5-5-3, Tidsskrift for Retsvidenskab 1892, S. 336 ff.
Prebensen, N. og Hj. Smith, Forarbejderne til Chr. d. V Norske Lov af 15. April 1687, 1887.
Ross, A., Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En Kritik af den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber, 1934.
Ejendomsret og Ejendomsovergang, 1935.
Savigny, F. C. v., Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I-VII, 1834-51.
System des heutigen römischen Rechts I-VIII, 1840-49.
Das Obligationenrecht, 1851-53.
Scheel, A. W., Privatrettens alm. Del fremstillet efter den danske Lovgivning, 1856-66.
Schjöttz, E., Sjællandsfars Landstingsefterretninger, 1676-1789, 1875.
Schlegel, N. F., Udtog af Fyenboe Landstings Domsprotokoller, 1687-1776, U. f. R., 1870, S. 401 ff.

Schulz, F., Prinzipien des römischen Rechts, Leipzig 1934.
Schwind, F. og H. Kreller, Römisches Recht I-II, Wien 1950.
Secher, V. A., Samling af Kongens Rettertingsdomme (1595-1614), I-II, 1881-86, og Støchel, Forarbejderne til Kong Kristian V.s danske Lov I-II, 1891-94.
Stang, F., Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret paa en Retshandels Gyldighed, Kristiania 1897.
Indledning til Formueretten, 1911, 3. Udg. 1935.
Erstatningsansvar, 1919, 2. Udg. 1927.
Stintzing, R. og E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I-III 1880, 1884, 1898-1910.
Sylow, H., Den materielle Bevisteoris Udviklingshistorie i dansk Ret, 1878.
Taranger, A., Den norske Besiddelsesret indtil Chr. d. V.s Norske Lov, Kristiania 1897.
Thieme, H., Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, Basel 1947.
Torp, C., Dansk Tingsret, 1892.
Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende, 1884.
Ussing, H., Skyld og Skade, 1914.
Bristende Forudsætninger. Bidrag til Læren om formueretlige Tilsagn, 1918.
Aftaler paa Formuerettens Omraade, 2. Udg. 1945.
Dansk Obligationsret, Alm. Del, 3. Udg. 1946.
Erstatningsret, 1947.
Retstridighed, Strejflys over nordisk Retslære, 1948.
Nordisk Lovgivning om Erstatningsansvar, 1950.
Vedel, S., Den Dansk-Norske Høiesterets Historie under Enevælden fra 1661 indtil 1790, 1888.
Weiss, E., Institutionen des römischen Privatrechts, Basel 1949.
Windscheid, B., Lehrbuch des Pandektenrechts, I-III, 7. Udg. 1891, 8. Udg. ved Kipp, 1900.
Wohlhaupter, E., Aequitas canonica, Paderborn 1931 (Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft).
Øllgaard, H., A. S. Ørsteds Indflydelse paa den videnskabelige Behandling af den dansk-norske Privatret, 1887.
Ørsted, A. S., Supplement til afdøde Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den danske og norske private Ret, 1804-12.
Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed I-VI, 1822-33.

III. Forkortelser.

A. f. R., Arkiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse, 1824-31.
Astræa, Tidsskrift udg. af J. F. W. Schlegel I-V, 1797-1805.
DL, Christian den V.s Danske Lov af 15. April 1683.
HP, Højesterets Voteringsprotokoller (Rigsarkivet).
J. A., Juridisk Arkiv, 1803-12.
J. M., Juridisk Maanedstidende, 1802-03.
J. T., Juridisk Tidsskrift, 1820-40.
J. U., Juridisk Ugeskrift, 1839-75.
N. J. A., Nyt juridisk Arkiv, 1812-20.
NL, Christian den V.s Norske Lov af 15. April 1687.
T. f. R., Tidsskrift for Retsvidenskab.
Themis, Tidsskrift, 1796-1808.
U. f. R., Ugeskrift for Retsvæsen.

LOVREGISTER

1216-41 Eriks sjællandske Lov, S. 238.
1241, Jydske Lov, S. 55 N. 71, 212, 241, 308 N. 45, 314.
1558, 13. Dec. Koldingske Reces Art. 34, S. 241.
1580, 22. Aug. Missive til alle Købstæderne om, at Salg eller Forpantning af Købstædgods skal ske til Tinge, S. 174.
1623, 1. Juli. Forordning om Gældssager, S. 174, 192.
1632, 23. Apr. Forordning om Underpant i fast Ejendom, S. 174.
1643, 27. Febr. Chr. d. IV's Reces, S. 212, 323.
1651, 5. Juli. Forordning om dennem som deris udgiffne Brefve paa Maning lydende icke effterkommer, S. 212.
1660, 30. Dec. Forordning om alle Slags Indkomsters Opbørsel m. m., S. 310.
1683, 15. Apr. Christian d. V's Danske Lov.

1-5-20 (NL 1-5-22), S. 294 N. 18.
1-23-13 (NL 1-21-13), S. 320, 323, 327, 333 N. 27.
1-24-9 (NL 1-22-9), 288 N. 4, 297.
1-24-26 (NL 1-22-28), S. 75, 176, 179, 180, 181, 191, 207.
1-24-44 (NL 1-22-46), S. 130 N. 49.
2-12-1 (= NL), S. 158 N. 13.
2-19-2 (= NL), S. 310 N. 49.
3-13-1, S. 45, 270, 274, 276, 277, 280.
3-13-2, S. 270, 276, 277, 280.
3-13-3, S. 156 N. 12.
3-13-13, S. 158 N. 13.
3-13-28, S. 156 N. 12.
3-16-5 (NL 3-18-5), S. 238, 239 N. 8.
3-17-1 (NL 3-19-1), S. 238.
3-17-5 (NL 3-19-5), S. 210.
3-17-34 (NL 3-19-34), S. 234, 236.
3-17-35 (NL 3-19-35), S. 234 ff.
3-17-39 (NL 3-19-39), S. 288 N. 4.
3-19-1 (NL 3-21-1), S. 308, 309, 313 N. 55.
3-19-2 (NL 3-21-2) S. 121, 305 ff.
3-19-3 (NL 3-21-3), S. 308, 309.
4-3-3 (= NL), S. 296.
4-3-5 (= NL), S. 294.
4-6-6 (= NL), S. 242.
5-1-1 (= NL), S. 158 N. 13, 212 ff., S. 240, 270, 300.
5-1-2 (= NL), S. 51, 212 ff., S. 234, 239, 244, 256, 270, 271, 275, 276, 278, 300.
5-1-4 (= NL), S. 214, 241.
5-1-7 (= NL), S. 258.
5-1-11 (= NL) S. 270.
5-1-13 (= NL), S. 234, 235, 237.
5-2-89 (= NL), S. 169.
5-3-3 (NL 5-3-17), S. 119.
5-3-10 (NL 5-3-24), S. 133.
5-3-11 (NL 5-3-26), S. 74, 133.
5-3-12 (NL 5-3-27), S. 271.
5-3-13 (NL 5-3-28), S. 160.
5-3-18 (NL 5-3-33), S. 68, 75, 179, 180, 181, 191, 192.
5-3-20 (NL 5-3-34), S. 31 N. 30.
5-3-28 (NL 5-3-39), S. 74, 101, 176, 183, 187.
5-3-29 (NL 5-3-40), S. 101, 183, 187.
5-3-30 (NL 5-3-41), S. 74.
5-3-31 (NL 5-3-42), S. 73, 74, 101, 102, 104, 302.
5-3-32 (NL 5-3-43), S. 75, 88 N. 30, 97.
5-3-33 (NL 5-3-44), S. 46, 98, 99, 100, 101, 109, 112.
5-3-39 (NL 5-3-50), S. 223.
5-5-1 (NL 5-5-3), S. 88 N. 30, 124, 152 ff.
5-5-2 (NL 5-5-4), S. 152 ff.

5-5-3 (NL 5-5-5), S. 88 N. 30, 115, 118, 119, 140, 155, 160.
5-5-4 (NL 5-5-6), S. 167, 172, 173.
5-6-9 (= NL), S. 127 N. 26.
5-7-4 (= NL), S. 122, 123, 134, 135, 136.
5-7-6 (= NL) S. 309.
5-7-7 (= NL), S. 76, 88 N. 30. 175 f., 181 f., 191 ff.
5-7-8 (= NL), S. 175, 269, 278 ff.
5-7-13 (= NL), S. 175.
5-7-14 (= NL), S. 175.
5-7-16 (= NL), S. 175.
5-7-17 (= NL), S. 175, 203.
5-8-3 (= NL), S. 119.
5-8-11 (NL 5-8-14), S. 316.
5-8-12 (NL 5-8-15), S. 45, 74, 122 ff., 214 N. 9.
5-8-13 (NL 5-8-16), S. 68, 69.
5-8-14 (NL 5-8-17), S. 46, 298, 299, 300.
5-10-12, S. 156 N. 12.
5-10-13, S. 156 N. 12.
5-10-16, S. 55 N. 71, 59.
5-10-21, S. 159 N. 13.
5-14-29 (NL 5-13-27), S. 175.
5-14-36 (NL 5-13-34), S. 323.
5-14-37 (NL 5-13-35), S. 210, 211.
5-14-40 (NL 5-13-38), S. 124.
5-14-46 (NL 5-13-44) S. 181.
5-14-56 (NL 5-13-54), S. 44, 141 N. 48, 142 ff.
6-6-17 (= NL), S. 294, 298 N. 27.
6-6-19 (= NL), S. 294, 298 N. 27.
6-7-15 (NL 6-7-16), S. 139.
6-10-2 (= NL), S. 298.
6-11-1 (= NL), S. 288, 290, 293.
6-11-2 (= NL), S. 288, 290, 298 N. 28.
6-11-3 (= NL), 289, 290, 293.
6-11-8 (= NL), S. 293.
6-11-13 (= NL), S. 288 N. 4.
6-15-9 (NL 6-15-10), S. 56 N. 74.
6-15-10 (NL 6-15-11), S. 56 N. 74.
6-15-11 (NL 6-15-12), S. 56 N. 74, 116.
6-15-12 (NL 6-15-13), S. 56 N. 74.
6-17-5 (= NL), S. 122, 123, 127 N. 26, 133.
6-17-6 (NL 6-17-6), S. 117.
6-17-8 (NL 6-17-8), S. 117.
6-19-1 (= NL), S. 292.
6-19-2 (= NL), S. 289, 291 f.
6-19-7 (NL 6-19-10), S. 289 N. 9,
6-19-7 (NL 6-19-10), S. 298 N. 9,

1684, 30. Juli. Kammerretsordningen, S. 311, 317 N. 57, 321, 323 N. 9, 326.
1702, 28. Okt. Om Debitorer i Danmark og Norge, som fallere m. m. S. 130, 180.
1720, 18. Marts. Kammerretsordningen, S. 311 N. 51.
1723, 18. Juni. Om Leilændinges Forkøbsret, S. 302.
1731, 26. Nov. Om Proformavexlers Afskaffelse, S. 146 N. 58.
1733, 25. Febr. Ang. det Kirkerne i Norge tilliggende Gods, S. 302.
1735, 19. Aug. Om adskilligt, Justitien og Rettens Betiente i Norge vedk., S. 312.
1738, 7. Febr. Om Pantebøger, S. 206.
1742, 31. Dec. Ang. adskilligt til Kammerretsordningens desto nøiere Efterlevelse, S. 311 N. 41.
1754, 14. Maj. Ang. Umyndiges Credit m. m., S. 235f.
1761, 4. Nov. Om Skibsankre, S. 276.
1764, 9. Apr. Om Handelen paa de kgl. americanske Eilande, S. 312, 315.
1767, 18. Dec. Ang. Delinqventers Afstraffelse, S. 298 N. 27.
1771, 7. Okt. Plakat ang. Huseiere og Leiere, S. 209.
1775, 27. Nov. Om det stemplede Papiirs Brug, S. 101.
1776, 7. Aug. Om Namsdomme, S. 181, 192.
1787, 8. Juni. Plakat om Skøders og Pantebreves Tinglysning, S. 33 N. 39, 97, 184, 186, 187.
1790, 12. Marts. Om Panthaveres Fortrinsret for Renter, S. 201 N. 41.
1792, 28. Dec. Om Skibsfolks Fortrinsret for Hyre, S. 33 N. 39, 211.
1794, 19. Dec. Om Respondentiabreve, S. 82.
1795, 4. Dec. Om Leiecontracter, som indgaaes paa usædvanlig lang Tid, S. 69.
1798, 9. Febr. som forklarer DL 5-14-56 NL 13-54, S. 137, 141 ff., 151, 246.
1798, 13. Aug. Om Gieldsafbetalingsterminer, S. 282.

1804, 25. Maj. Om det stemplede Papirs Brug, S. 101.
1804, 26. Okt. Om Gældsbreve udstedt af dem, der ikke er fuldmyndige, S. 235 f.
1806, 12. Sept. Om Sikkerheden for Umyndiges Midler, S. 197, 198, 208.
1812, 22. Maj. Om Udsættelse af Flyttetiden, S. 209.
1812, 9. Juni. Om hvorledes, der skal forholdes ved Salg af faste Eiendomme, S. 101.
1813, 5. Jan. Om Forandring i Pengevæsenet, S. 198.
1828, 25. Jan. Om en hurtigere Rettergangsmaade, S. 283 N. 69.
1839, 24. Apr. Om Umyndiges Gieldsforpligtelser, S. 236.
1839, 11. Sept. Om Borteblevnes Formue, S. 169, 170, 173.
1841, 28. Juli. Om Underpant i Løsøre, S. 202, 208.
1858, 30. Dec. Om Behandlingen af Fallitboer m. m., S. 84.
1872, 25. Marts. Om Konkurs, S. 77, 84, 152, 203.
1889, 1. Marts. Om Handelsregistre m. m., S. 47.
1892, 1. Apr. Søloven, S. 84.
1906, 6. Apr. Om Køb, S. 50 ff., 79, 113, 114, 285.
1917, 8. Maj. Om Aftaler, S. 47, 214 N. 8, 226, 242, 254, 255, 260, 261.
1917, 8. Maj. Om Kommission, S. 120.
1922, 30. Juni. Om Umyndighed og Værgemaal, S. 61, 240, 241.
1925, 18. Marts. Om Ægteskabets Retsvirkninger, S. 120.
1926, 31. Marts. Om Tinglysning, S. 59 N. 83, 98, 101, 187, 201, 202.
1930, 15. Apr. Om Forsikringsaftaler, S. 261.
1932, 23. Marts. Veksellov, S. 61.
1938, 13. Apr. Om Gældsbreve, S. 146.

SAGREGISTER

med Sidehenvisninger.

Accessio 54
Adelens Privilegier 30
Adkomst, lovlig eller retmæssig 154
Afgivelse, manglende 145
Afkaldserklæringer 222, 243
Aftaler, deres bindende Virkning m. m. 212 ff.
Aftægtskontrakt 270, 303
Akcept 226 ff.
Akkord, frivillig 284
Aktier 231, 331
Aktieselskaber 331
Alderstidshævd 157 f.
Alminding, Kongens 159
Anneksgaarde 159
Arrest 180, 203, 204
Arveafkald 243
Assurance 242, 263 f.
Auktionssalg 260, 276

Bedragelighed 124, 181, 242
Bedrageri 130
Beneficium excussionis realis 203
Beneficium divisionis 320, 326 ff.
Beneficium ordinis 43, 319 ff.
Berigelsesgrundsætningen 59
Beruselse 238
Besiddelse 115 f.
Betroelse
Bodmeri 211
Bona fides 64, 153 f., 242, 244, 256
Bonus pater-Reglen 291 f.
Brændemærke 130
Børns Ansvar 293, 297
Børn, Ansvar for 314

Causa, Kontrakters 217, 224
Caveat emptor 48 ff., 110, 275
Cession 44, 138, 141 ff.
Circumvention 242 f.
Code civil 108, 217
Compensatio culpae 296
Condictio 79, 254, 265
Condictio indebiti 60, 265 f.
Consensus 247 ff.
Constitutum possessorium 46, 77, 89, 93 ff., 112
Culpareglen 286 ff.
Custodia 106

Denuntiation 43, 142, 144, 148
Depositum 299 f.
Dereliktionsvilje 153, 168
Differentialitteratur 18, 26
Diligentia quam in suis rebus 46, 298 f.
Dobbeltsalg 73, 101 ff.
Dominium 66
Dominium directum — utile 63
Droit de suite 80

Edsaflæggelse 145, 181, 192, 266
Ejendomsret, over — under 63
Ejendomsret, fuldkommen — ufuldkommen 63
Ejendomsretsbegrebet 66 f.
Ejendomsrettens Overdragelse 70 ff.
Emptio venditio 78, 268
Ejendomsforbehold 59
Ekstinktion 115 ff.
Error in corpore 259
Error 247 f
Error in essentialibus 251, 262, 264, 276, 278
Error in substantia 248, 253
Erstatningsbetingelser 286 ff.
Evictio 39, 301

Falsk 146
Farlig Bedrift 304
Folks Brøde 292, 304 ff.
Forløfte 319 ff.
Formfrihed 212
Forpagtningsaftaler 274, 276 f.
Forsikring 110

Forsikringsaftaler 242, 263 f.
Forstrandsret 30
Forudsætninger 225, 246 ff.
Forudsætninger, svigtende 261 ff.
Fremleje 45
Fructus aquisitio 54
Frugtoppebørsel 172 f.
Fuldmagt 47, 120 f., 307 f.
Færdselsulykker 296
Fæste 69, 164, 270, 276 f., 303

Generalhypotek 43, 201 ff.
Gældsbreve 137 f., 141 ff., 225, 279 f.
Græsningsret 155

Haandværksskik 230
Havari 296
Hjemmelspligt 50
Hypotheca juris naturalis 175
Hypotekarisk Succession 47, 190, 196
Hypotheca tacita 209 f.
Hyrekrav 211
Hæderlighed, Strid med 169, 244
Hævdserhvervelse 152 ff., Godtrosbetingelsen 161 f., Repræsentation 164
Hævd viger for Adkomst 126, 155 f.
Hæveret 80, 254, 268 ff.
Højrekørsel 296

Ildspaasættelse 290, 308, 313 f.
Importregulering 276
Innominatkontrakter 216, 268
Interdikter, possessoriske 116
Interessentskab 121, 330
Ihændehaverobligationer 139

Jordfællesskab 156, 158
Juridisk Person 331
Jus in re — jus ad rem 19, 63, 67, 84, 99, 175, 186
Jus tollendi 59, 202
Justus titulus 153 ff.

Kagstrygning 130
Kanonisk Ret 217, 249
Kaution 229, 257, 319 ff.
Kammerretten, Kammerretsordningen 210, 310, 321.
Klingende Mynt 12, 223
Kongen, Hævd mod 160
Konkurs 132, 178, 181, 182, 204
Konnossement 81, 85, 87, 111
Konsensualkontrakter 268
Konsignation 122
Kontrabande 312, 315
Kontraktfortolkning 256 f.
Kontraktfrihed 212 f.
Kontraktinteresse, negativ 302
Kreditorforfølgning, Uraadighed som Følge af 68, 75, 176, 179, 185, 191 ff., 207.
Kuratel 234 ff.
Købekontrakt 69, 110
Købekontrakt — Skøde 98 f.

Laan til Eje 269, 278 f.
Legitimationsekstinktion 120, 134
Leje 209, 269, 280
Leje gaar for Eje 68
Lex commissoria 43, 81, 87, 89, 269, 271, 273 f., 282, 284
Læsio enormis 239, 245

Mageskifte 212, 244
Mandat 47, 147, 276
Mangler 48 ff., 275 f.
Mensalgods 159
Mentale Mangler 234, 237 f., 298
Mindreaarige 234 ff.
Misligholdelse af Kontrakter 270 ff, 300 f.
Moralsk Person 331
Mundtlighed 213
Møbellaan 72, 92, 187.

Naadsens Aar 206
Naboret 66, 304
Namsdom 176, 179, 185, 192
Negotialibilitet 133, 137 ff., 141 ff.
Negotiorum gestio 62
Nomen esse verum, Ansvar for 302

Occupatio 54
Odelsret 301
Ombytningsret 189 ff.
Omsætningens Tarv 133, 135
Opfyldelseshindringer 303
Oprykningsret, Efterpanthaverens 175, 188 ff.
Overenskomstteori 213, 226 ff.
Overdragelsesretshandel, tinglig 46, 96, 186
Overformynderi 209

Pacta nuda — pacta vestita 216
Panteret 173 ff.
Panteret, Genstand 201 ff., Misligholdelse 278 f., 283, Omfang 201, Stiftelse 174 ff., stiltiende 209 f., i Tilbehør 201, i Surrogater 202.

Pecuniae, exceptio non numeratae 145, 224
Perficering, Kontraktens 105, 109
Person, moralsk 331
Pignus universitatis 203, 206
Plantning og Saaning paa fremmed Grund 55
Possessio 72, 116 f.
Possessio — detentio 64
Postglossatorerne 216
Prioritetsvirkningen 91, 187
Præjudikaters Betydning 31, 182, 211

Querela non numeratae pecuniae 145

Rebning 55
Regnskabsbetjente 310 f., 321 f., 329
Renter 278 f.
Renunciation 193 f.
Repræsentation 19, 47
Res in commercio — extra commercium 62
Res perit emptori 105 f.
Res perit suo domino 104 f.
Respondentiabreve 82
Retlige Standarder 169, 221
Retsvildfarelse 267
Ridefogeder 324
Risikoens Overgang 98, 104 ff.

Sale of goods act 49, 108
Samforlovere 326 ff.
Samkaution 326 ff.
Satio, plantatio 55
Selvskyldnerkaution 320 ff.
Senatus consultum macedoniaum 235
Servituthævd 169
Servitutter 39
Sindssyge 238 f.
Skibe 211, 294 f.
Skovejendom 158
Snighævd 164 f.
Solidaritet 326 ff., 330 ff.
Specificatio 54
Spekulationsretshandler 222, 231
Sprechning 230
Standsningsret 77 ff., 283
Stoppage in transitu 86
Svage Ugyldighedsgrunde 246
Svig 145, 242
Søforsikring 264

Testamentsret 251
Tiende 30, 69, 164, 230
Tillidsteori 213, 255 ff.
Tilvækst 54
Tingsindbegreb 203, 205
Tinglysning 174 ff.
Tinglysning, dens retroaktive Virkning 184 ff.
Tinglysningsfrister 176 ff.
Tjeneransvar 304 ff.
Tjenere 310
Tjenestefolk 211
Toldforseelser 312, 315
Torvekøb 123
Traditio 36, 46, 71 ff.
Tredjemandsløfte 19
Trolovelse 238
Tvang 241
Tyveri 130

Udlæg 127, 203
Udnyttelse 145, 245
Ugyldighed, Kontrakters 234 ff.
Umyndighed 234 f., 293
Umyndiges Midler 197, 209, 282
Uraadighed som Følge af Kreditorforfølgning 68, 75, 176, 179, 185, 191 f., 207
Uredelighed 169 f.
Usurpation 153, 163
Uvirksomhed, Kontrakters 234 ff.

Vaade 288 f.
Vaadedrab 293
Vandløb 305
Vanhjemmel 271, 272, 301
Vejret 158
Vekselobligationer 146
Vildfarelse 224 f., 246 ff.
Viljens Betydning for Retshandler, Viljesteorien 36, 62, 213, 227 f., 247 f., 255 f.
Viljesværk — Vaadesværk 288 f.
Vindicatio utilis 64
Vindikation 115 ff.
Væddemaal 222

Ægteskabsret 249 f.
Ærbarhed, Kontrakter mod Lov og 215, 219 ff., 244

INDHOLDSFORTEGNELSE

Indledning 7

FØRSTE AFSNIT

Kapitel 1.
Romerret og Naturret som Paavirkningsfaktorer 13
I Den romerretlige Reception i Europa 13
II Receptionen i Tyskland. Usus modernus pandectarum. 15
III Naturretten og dens Forhold til romersk Ret 19
IV Træk af Udviklingen i Danmark i det 18. Aarh. Forholdet mellem Retsvidenskab og Praksis 24

Kapitel 2.
Hvad vil det sige, at national Ret maa anses paavirket af fremmed Ret? 33
I Vanskeligheder forbundet med selve Konstateringen af et Paavirkningsfænomen 34
II Vanskeligheder ved Konstatering af en Ændring af Retsopfattelsen p. Gr. af Ukendskab til Retsudviklingens Udgangspunkt. Samvirkende Tendenser i Retsudviklingen 35
III De Maader, paa hvilke fremmedretlig Paavirkning typisk har fundet Sted. Bevidst og spontan Reception 37
IV Paavirkningsfænomenet analyseret og eksemplificeret under Hensyn til fremmed Rets Betydning for national Ret (Paavirkningens Resultat) 41
1) Paavirkningen medfører umiddelbart en Drejning af den nationale Retsopfattelse 42
2) Paavirkningen medfører blot en helt eller delvis falsk »Identifikation« eller præger den retlige Problemstilling 44
V Fremmedretlig Paavirkning i formel Henseende 62
IV Den romerretlige Paavirknings Omfang og Betydning i dansk Ret 64

ANDET AFSNIT

Kapitel 3.
Ejendomsret og Ejendomsoverdragelse 66
I Ejendomsretsbegrebet. Jus in re — Jus ad rem. 66
II Ejendomsrettens Overdragelse. Almindelige Bemærkninger 70
III Retsudviklingen paa Standsningsrettens Omraade 77
IV Køberens Beskyttelse overfor Sælgerens Kreditorer 91
V Dobbeltoverdragelse 101
IV Risikoens Overgang 104

Kapitel 4.
Vindikation og Ekstinktion 115
I Besiddelsesmomentet 115
II Ekstinktiv Omsætningserhvervelse af Løsøre 120
III Ekstinktiv Omsætningserhvervelse af Gældsbreve 137
IV Forordningen af 9. Februar 1798 og dens Forhistorie 141

Kapitel 5.
Hævdserhvervelse. Adkomst og god Tro 152

Kapitel 6.
Panteretsspørgsmaal 173
I Panterettens Stiftelse. Fortolkningen af Danske Lovs Tinglysningsregler i Retspraksis 173
II Efterpanthaverens Oprykningsret 188
III Panterettens Genstand. Generalhypoteket 201
IV Legale Panterettigheder uden Tinglysning 209

Kapitel 7.
Danske Lov 5-1-1 og 5-1-2 212
I Forholdet mellem de to Lovbestemmelser. Kontraktfrihedens Grundsætning 212
II Reglen om Aftaler mod Lov og Ærbarhed 219
III Betydningen i Retsanvendelsen af Hovedlovbudene om Løftets forbindende Kraft 223
IV Løfte contra Overenskomst 226

Kapitel 8.
Ugyldighed og Uvirksomhed 234
I Inhabilitet, Tvang, Svig og Udnyttelse m. m. 234
II Hensyntagen til Løftegiverens Forestillinger, Motiver og Forventninger. (Vildfarelse og svigtende Forudsætninger) 246
1) Historisk Overblik 246
2) Udviklingen indenfor ældre dansk Praksis og Teori 254
a) Uoverensstemmelse mellem Vilje og Erklæring. Kontraktfortolkning 255
b) Svigtende Forudsætninger 261
c) Hæveret i Anledning af Misligholdelse 268

Kapitel 9.
Det erstatningsretlige Ansvarsgrundlag 286
I Culpareglen som almindelig Erstatningsregel 286
II Ansvar for andres Fejl 304

Kapitel 10.
Kaution og flere Skyldnere i Kontraktforhold 319
I Beneficium ordinis 319
II Beneficium divisionis 326
III Samskyldsforhold udenfor Kaution 330
Litteraturoversigt 335
Lovregister 339
Sagregister med Sidehenvisninger 342