

TORBEN SVENNÉ SCHMIDT

KVALIFIKATIONS PROBLEMET

I DEN
INTERNATIONALE
PRIVATRET

G. E. C. GADS FORLAG

KØBENHAVN 1954

S. L. MØLLERS BOGTRYKKERI, KØBENHAVN

*Tilegnet mindet om min far
statsadvokat Senné Schmidt.*

FORORD

Nærværende afhandling er en besvarelse af Københavns Universitets prisspørgsmål i retsvidenskab B 1951: »Begrebet kvalifikation i den internationale privatret, dets anvendelse og værdi«, for hvilken besvarelse jeg modtog universitetets guldmedaille (se Festskrift udgivet af Københavns Universitet i Anledning af Universitetets Årsfest, November 1952 p. 209 f.). Bortset fra en omarbejdelse af enkelte afsnit, samt en tilføjelse om Melchiors teori og mindre rettelser og sproglige ændringer, fremtræder afhandlingen i den form, hvori den blev indleveret til bedømmelse.

Afhandlingens trykning er blevet bekostet af Det Finneske Legat, og jeg bringer Konsistorium og legatets efor, professor, dr. jur. Erwin Munch-Petersen min bedste tak for den hjælp, der herved er ydet mig.

En særlig tak retter jeg til min hustru, Ina Svénné Schmidt for den værdifulde hjælp, hun har ydet mig ved afhandlingens udarbejdelse og ved korrekturlæsningen.

Torben Svénné Schmidt.

INDHOLDSFORTEGNELSE

	side
Indledning	15
<i>Kapitel I.</i>	
Gennemgang af de hidtidige kvalifikationsteorier	20
I. Kahns teori om Gesetzeskollisionen	20
II. Bartins lex fori-teori.	
A. Den oprindelige teori	26
B. Bartins senere modifikationer	32
III. Despagnets kritik af Bartin	35
IV. Den senere franske teori (Pillet, Niboyet, Arminjon og Maury)	37
V. Den anglo-amerikanske teori.	
A. Lorenzen	41
B. Falconbridge	42
C. Robertson	49
D. Cheshire	54
VI. Den tyske teori.	
A. Melchior	57
B. Lewald	59
C. Raape	62
D. Wolff	66
VII. Den komparative teori.	71
A. Rabel	72
B. Beckett	75
C. v. Steiger	79
VIII. Den moderne italienske teori.	
A. Agos opfattelse af den internationale privatrets opgave	82
B. Agos kvalifikationsteori	87
IX. Niederers analyse af kvalifikationsproblemet	94
X. Den dansk-svenske teori.	
A. De danske forfattere (Federspiel, Borum og Holten Eggert)	102

B. De svenske forfattere.	side
1. Malmström	107
2. Ramel	111
3. Gihl	114

Kapitel II:

Kvalifikationsbegrebets definition og afgrænsning	116
I. Den internationale privatrets opgave	117
II. Den internationale privatrets genstand	124
III. Kvalifikationsbegrebets definition	132
IV. Kvalifikationsprocessen og det heraf opståede kvalifikationsproblem	138
V. Kvalifikationsproblemer ved IPR-reglernes tilknytningsfaktorer	140
VI. Kvalifikationsproblemer ved anvendelsen af lex causae?	145

Kapitel III.

Kvalifikationsproblemets løsning	152
I. Kritik af lex causae-teorien	152
II. Kritik af den komparative teori og den »udvidede« lex fori-teori	162
III. Lex fori-teorien.	
A. Teoriens begrundelse og indhold	169
B. Eventuelle undtagelser fra lex fori-teorien?	
1. Lex rei sitae	173
2. To fremmede loves sammenfaldende og fra lex fori afvigende kvalifikation	176
IV. Kvalifikationsproblemets løsning ved tilknytningsfaktorerne.	179
V. Den retlige bedømmelse efter en enkelt fremmed lex causae	182
A. Anvendelse af hele den interne ret i lex causae	183
B. Anvendelsen af de processuelle regler i lex fori.. ..	185
VI. Den retlige bedømmelse efter de materielle regler i flere landes ret	193
A. Samtidig anvendelse af flere landes ret	194
B. Successiv anvendelse af flere landes ret	201
VII. Retspraksis stilling	208
VIII. Det præjudicielle spørgsmål og kvalifikationsproblemet	212
Konklusion	218
Sagregister	223

LITTERATURFØRTEGNELSE

- | | |
|----------------------------------|---|
| Ago | — R. Ago: Règles générales des conflits de lois. Recueil 1936—IV (bind 58). Paris 1937. |
| Arminjon | — P. Arminjon: Précis de droit international privé I, 2. udg. Paris 1927. |
| Bartin,
Clunet | — E. Bartin: De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. Clunet 1897. |
| Bartin,
Principes | — E. Bartin: Principes de droit international privé I. Paris 1930. |
| Bartin,
Recueil | — E. Bartin: La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère nationale des règles du conflit des lois. Recueil 1930—I (bind 31). |
| Beckett, | — W. E. Beckett: The Question of Classification («Qualification») in Private International Law. BYIL 1934. |
| Borum,
Personal-
statuttet | — O. A. Borum: Personalstatuttet. København 1927. |
| Borum,
Lovkonflikter | — O. A. Borum: Lovkonflikter, 3. udg. København 1948. |
| Burckhardt, | — W. Burckhardt: Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts. Festgabe für Eugen Huber. Bern 1919. |
| Cheshire, | — G. C. Cheshire: Private International Law, 3. udg. Oxford 1947. |
| Cook, | — W. W. Cook: The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws. Cambridge, Massachusetts 1942. |
| Despagnet, | — F. Despagnet: Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques. Clunet 1898. |
| Dicey, | — A. V. Dicey: A digest of the law of England with reference to the conflict of laws, 6. udg. London 1949. |

- Eggert, — Holten Eggert: Nogle Bemærkninger vedrørende »La Question des Qualifications«, NTIR 1943.
- Falconbridge, — J. D. Falconbridge: Characterization in the Conflict of Laws, LQR 1937.
- Federspiel, — H. Federspiel: Den internationale Privatrecht i Danmark. Almindelig Del, København 1909.
- Gihl, — T. Gihl: Den internationella Privaträttens Historia och allmänna Principer. Stockholm 1951.
- Gihl, — T. Gihl: Kvalifikationsproblemet inom den internationella Privaträtten. Stockholm 1945.
- Kvalifikationsproblemet
- Gutzwiller, — M. Gutzwiller: Internationalprivatrecht. I R. Stammler: Das gesamte deutsche Recht I. Berlin 1931.
- Kahn, — F. Kahn: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht. Herausgegeben von Otto Lenel & Hans Lewald I. München u. Leipzig 1928.
- Lewald, — H. Lewald: Règles générales des conflits de lois. Recueil 1939—III (bind 69). Paris 1939.
- Lorenzen, — E. C. Lorenzen: Selected articles on the conflict of laws. New Haven 1947.
- Malmström, — A. Malmström: Det s.k. kvalifikationsproblemet inom internationell privaträtt. (Uppsala Universitets årsskrift 1938 nr. 5). Uppsala 1938.
- Maury, — J. Maury: Règles générales des conflits de lois. Recueil 1936—III (bind 57). Paris 1937.
- Melchior, — G. Melchior: Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin 1932.
- Morris, — J. H. C. Morris: Cases on Private International Law, 2. udg. Oxford 1951.
- Niederer, — W. Niederer: Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts. Zürich 1940.
- Raape, IPR — L. Raape: Internationales Privatrecht, 3. udg. Berlin 1950.
- Raape, — L. Raape: Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé. Recueil 1934—IV (bind 50). Paris 1935.
- Recueil
- Rabel, — E. Rabel: Das Problem der Qualifikation. ZAIPR 1931.

- Ramel, — E. Ramel: Ytterligare bidrag till kvalifikationsproblemet i internationell privaträtt. NTIR 1944.
- Robertson, — A. H. Robertson: Characterization in the Conflict of Laws. Cambridge, Massachusetts 1940.
- v. Steiger, — W. v. Steiger: Die Bestimmung der Rechtsfrage im internationalen Privatrecht. Bern 1937.
- Wigny, — P. Wigny: Remarques sur le problème des qualifications. Revue crit. 1936.
- Wolff, IPR — M. Wolff: Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 2. udg. Berlin 1949.
- Wolff, PIL — M. Wolff: Private International Law, 1. udg. Oxford 1945.

FORKORTELSER

ABGB	— Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Østrig).
BGB	— Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland).
BYIL	— British Yearbook of international Law.
C.C.	— Code civil (Frankrig).
Clunet	— Journal du droit international (privé), fondé par Edouard Clunet.
Dalloz	— Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
EGBGB	— Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch (Tyskland).
IPRechtspr.	— Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts. Tillæg til Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
LQR	— Law Quarterly Review.
NJA	— Nytt juridiskt Arkiv.
NTIR	— Nordisk Tidsskrift for international Ret.
OLG	— Oberlandesgericht.
Recueil	— Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Haag.
Répert.	— Répertoire de droit international, udgivet af A. de Lapradelle og J.-P. Niboyet, 1929—31.
Revue crit.	— Revue critique de droit international.
Revue Darras	— Revue de droit international privé, fondé par A. Darras.
Sirey	— Recueil général des lois et des arrêts, fondé par. I.-B. Sirey.
SvJT	— Svensk Juristtidning.
TfR	— Tidsskrift for Rettsvitenskap.
UfR	— Ugeskrift for Retsvæsen.
ZAIPR	— Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
ZGB	— Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

INDLEDNING

Omkring slutningen af forrige århundrede var det blandt internationalt interesserede jurister en ret udbredt opfattelse, at det før eller senere ville være muligt at nå til den ideelle retstilstand, at alle lande anvendte fuldstændig ens internationalprivatrethlige regler (IPR-regler), således at ethvert forhold ville blive retligt bedømt på samme måde, uanset ved hvilket lands domstole sagen rejstes, idet dommerne overalt ville være henvist til kun at anvende et bestemt lands ret ved bedømmelsen, nemlig det lands ret, som alle de ens IPR-regler i de forskellige lande udpegede. Denne opfattelse støttedes også af de tilsyneladende så heldige resultater af de to første Haager-konferencer om international privatret i 1893 og 1894.

Imod dette optimistiske synspunkt opponerede imidlertid to forfattere omtrent samtidig og ud fra ens synspunkter, men uafhængigt af hinanden. Forfatterne var den tyske jurist Franz Kahn og den franske professor Etienne Bartin, og det, de begge havde indset, var, at selv om det engang med tiden ville være muligt at nå til et fuldstændigt ens sæt IPR-regler i alle lande, ville der alligevel ikke være nogen garanti for, at den tilstræbte lovharmonie ville være opnået, idet landene, selv om de var enige om IPR-reglerne, ikke behøvede at være enige om, hvorledes en konkret sag retligt skulle karakteriseres eller — som Bartin kaldte det — kvalificeres. Denne retlige karakterisering eller *kvalifikation* er imidlertid en absolut forudsætning for at kunne anvende IPR-reglerne, idet disse altid angiver deres genstand, d. v. s. deres anvendelsesområde

ved hjælp af retlige begreber. For at kunne subsumere sagen under den rigtige IPR-regel må dommeren derfor først vide, under hvilken af disse retlige begreber sagen falder, hvilket er ensbetydende med, at dommeren må kvalificere sagens omstændigheder retligt. Da imidlertid den kvalifikation, som herved gives de foreliggende omstændigheder, ofte vil variere fra land til land, vil det sige, at dommeren, alt efter hvilken kvalifikation han anvender, vil kunne komme til at subsumere sagen under forskellige af sit eget lands IPR-regler.

Et eksempel vil vise dette klart. Såvel efter engelsk som efter amerikansk¹⁾ international privatret skal et løsøretestamentes gyldighed bedømmes efter testators sidste domicillov. Ligeledes antager de to lande, at det formueretlige forhold mellem ægtefæller skal bedømmes efter loven på ægtefællernes første ægteskabelige domicil, hvilket i reglen vil sige mandens domicil ved ægteskabets indgåelse. Ifølge den engelske Wills Act, 1837, sec. 18²⁾ anses et testamente for genkaldt ved testators senere indgåelse af ægteskab, og denne regel anses almindeligvis i England for at være ægteskabsformueretlig, hvorimod en lignende regel kun findes i få af staterne i U. S. A., og der i almindelighed betragtes som arveretlig³⁾. Hvis en engelsk domstol nu skal afgøre en sag, hvor en ugift amerikanerinde har oprettet et testamente vedrørende løsøre og senere har indgået ægteskab med en i England domicileret mand, men er afdød ved døden med domicil i en af de stater

¹⁾ Det er egentligt urigtigt at tale om »amerikansk« international privatret, idet hver enkelt af staterne i USA har sine egne IPR-regler. Udtrykket er her anvendt som en angivelse af, hvad der er gældende i hovedparten af de amerikanske stater, og som sådan har fået et quasi-officielt stempel gennem den af American Law Institute i 1934 udgivne »Restatement of the Law of Conflict of Laws«.

²⁾ Denne regel er senere blevet modificeret ved The Law of Property Act 1925, sec. 177, ifølge hvilken sådanne testamenter, der oprettes med et forestående ægteskab for øje, ikke bortfalder ved indgåelsen af dette ægteskab.

³⁾ Jfr. Restatement, sec. 307.

i U. S. A., der ikke har en regel svarende til den engelske Wills Act, sec. 18, vil der tilsyneladende opstå vanskeligheder for domstolen med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt testamentet skal anses for genkaldt ved ægteskabets indgåelse. Hvis domstolen kvalificerer dette spørgsmål efter den engelske opfattelse som ægteskabsformueretligt, vil testamentet være ugyldigt, idet domstolen da skal anvende det første ægteskabelige domicils ret, altså in casu engelsk ret og dermed også Wills Act. Hvis domstolen derimod antager den amerikanske kvalifikation, skal den anvende testators sidste domicillov, in casu vedkommende amerikanske stats ret, og testamentet vil da være gyldigt⁴⁾. Alt efter hvilken kvalifika-

⁴⁾ Et lignende tilfælde som det her gengivne har foreligget i engelsk retspraksis i sagen *In re Martin, Loustalan v. Loustalan* (1900) P. 211. Når jeg har valgt at konstruere et eksempel frem for at gengive denne sag, skyldes det ønsket om at stille problemet så skarpt op som muligt, hvilket ikke ville være blevet opnået ved at anvende Martin-sagen, idet der her var tale om en fransk kvinde, som efter at have oprettet testamente indgik ægteskab med en fransk mand i England og senere døde domicileret i Frankrig. Fransk ret betragter ikke et testamente som genkaldt, fordi testator senere indgår ægteskab, men det er tvivlsomt, om fransk ret vil kvalificere et spørgsmål om en sådan genkaldelighed som ægteskabsretligt eller arveretligt (testamentsretligt), selv om der vel er overvejende sandsynlighed for den sidstnævnte kvalifikation. Hertil kommer imidlertid, at fransk international privatret ikke er fuldstændig afklaret for så vidt angår spørgsmålet om formueforholdet mellem ægtefæller. Der er ganske vist såvel i teorien som i praksis enighed om, at man, hvis ægtefællerne har oprettet ægtepagt, må lade den lov, hvis formueordning, ægtefællerne selv har bestemt, skal være gældende mellem dem, være afgørende, men når ægtefællerne ikke har oprettet ægtepagt, er der ikke enighed mellem teorien og retspraksis. De franske domstole vil normalt også her lade partsviljen være afgørende, idet de ud fra de konkret foreliggende omstændigheder søger at bestemme den lov, hvis formueordning må antages at stemme bedst overens med ægtefællernes stiltiende eller hypotetiske vilje. Herved kommer domstolene i reglen til, at loven på det sted, hvor ægtefællerne agter at bosætte sig (det ægteskabelige domicil), må være afgørende. Hovedparten af forfatterne har imidler-

tion dommeren baserer sin subsumption på, vil testamentet altså være gyldigt eller ugyldigt. Da et sådant modstridende resultat er uantageligt, må dommeren træffe et valg imellem kvalifikationer, eller, hvad der er det samme, dommeren må vide, på grundlag af hvilket retssystems opfattelse han skal kvalificere den foreliggende sag.

Dette kvalifikationsproblem har, siden det blev formuleret af Kahn og Bartin, givet anledning til en omfattende litteratur, hvori der er blevet fremsat talrige løsningsforslag, uden at der dog på indeværende tidspunkt kan siges at være opnået blot nogenlunde enighed mellem de ofte stærkt divergerende opfattelser, og det er vel et stort spørgsmål, om en sådan enighed nogensinde vil blive opnået, idet problemet hænger nøje sammen med det syn, der anlægges på selve den internationale privatrets formål og metode. Det er ikke helt med urette, at problemet af en forfatter er blevet kaldt »une série de logogripes juridiques«⁵⁾.

Det er nærværende afhandlings opgave nærmere at analysere og afgrænse kvalifikationsbegrebet og søge at besvare de spørgsmål, som opstår i forbindelse med den praktiske anvendelse af dette begreb, men for bedre at give en baggrund for løsningen af denne opgave vil det være hensigtsmæssigt først at give en oversigt over de teorier, som siden Kahns og Bartins første fremstillinger er blevet fremsat for at løse kvalifikationsproblemet.

Som nævnt afviger disse teorier ofte på væsentlige punkter fra hinanden, men det er dog muligt at sammenfatte dem under tre hovedteorier, indenfor hvilke der vel kan

tid vendt sig med stor skarphed imod denne opfattelse, idet de hævder, at den medfører for megen usikkerhed, og de går derfor ind for, at man bør lade mandens nationale lov være bestemmende.

Da imidlertid den franske IPR-regel om formueholdet mellem ægtefællerne således er uklar og ikke overensstemmende med den engelske regel, har jeg for bedre at vise problemet valgt at konstruere et eksempel, hvor de to lande har ens IPR-regler og kun er uenige om kvalifikationen af det foreliggende spørgsmål.

⁵⁾ Lewald p. 68.

være større eller mindre nuanceforskelle, uden at dette dog influerer på det fælles hovedsynspunkt. Disse tre teorier er lex fori-teorien, lex causae-teorien og den teori, der opfatter IPR-reglernes retlige begreber som autonome begreber, hvis indhold skal findes ved retssammenligning. Denne tredje teori vil i det følgende blive kaldt den komparative teori.

KAPITEL I.

GENNEMGANG AF DE HIDTIDIGE KVALIFIKATIONSTEORIER

I. *Kahns teori om Gesetzeskollisionen.*

Da Bartin i 1897 offentliggjorde sin artikel om kvalifikationsproblemet i *Journal du droit international privé*, mente man, at han var den første, der havde indset de problemer, der lå i anvendelsen af IPR-reglerne på grund af de i disse indeholdte retlige begreber, men kort tid efter blev det påvist, at Bartins fremstilling ham uafvidende var foregrebet af Kahn, selv om denne ikke havde anvendt udtrykket kvalifikationer ¹⁾).

Kahns artikel angik lovkonflikterne i den internationale privatret. Af disse mente han, at der fandtes tre forskellige former. For det første »die ausdrücklichen Gesetzeskollisionen«, som skyldes forskellene i de tilknytningsfaktorer, som de enkelte lande anvender. Et eksempel på dette er, at lande som Danmark, England og U. S. A. lader domicilet være afgørende for de fleste af de forhold, der falder ind under personalstatuttet, medens lande som Tyskland, Frankrig og Italien bestemmer de samme forhold efter vedkommende persons nationale ret.

Den anden gruppe konflikter kalder Kahn »die Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe«, hvorved han forstår de

¹⁾ Kahns artikel »Gesetzeskollisionen« fremkom i 1891 i *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* XXX. Artiklen citeres her efter den af Lenel og Lewald i 1928 udgivne samling af Kahns artikler »Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, I«.

konflikter, der opstår »aus der Verschiedenheit derjenigen Rechtsbegriffe, welche diese Normen *gleichmässig* enthalten, an welche sie anknüpfen«²⁾. Kahn udvikler dette nærmere således, at selv om to forskellige retssystemer anvender den samme tilknytningsfaktor på det samme forhold, er det langt fra sikkert, at denne tilknytningsfaktor har det samme indhold i de to lande, hvilket skyldes, at tilknytningsfaktorerne i reglen er retlige begreber, som f. eks. domicil, stedet for en kontrakts indgåelse (lex loci contractus) eller opfyldelse (lex loci solutionis), eller stedet, hvor en skadegørende handling er foretaget (lex loci delicti). At der er en sådan mulighed for forskellig opfattelse af begreberne ses let ved f. eks. at sammenholde det kontinentaleuropæiske domicilbegreb³⁾ med det engelske domicilbegreb med dets afgørende vægt på »the domicile of origin«, og på tilsvarende måde kan der f. eks. være forskel på, hvorledes to lande bestemmer lex loci contractus, idet nogle lande her mener det sted, hvorfra akcepten er afsendt, medens andre lande mener det sted, hvor den modtages⁴⁾.

For Kahn var der ingen tvivl om, at det i sådanne tilfælde måtte være domstolslandets opfattelse, der måtte være afgørende, idet en løsning af spørgsmålet på grundlag af lex causae ville være en umulighed, da dommeren ikke kender denne, før han har bestemt indholdet af tilknytningsfaktoren. Kahn kalder derfor disse tilknytnings-

²⁾ Kahn p. 49.

³⁾ Udtrykket »kontinentaleuropæisk« er egentlig ikke korrekt, idet der ikke eksisterer et fælles domicilbegreb i landene på det europæiske kontinent. Eksempelvis kan henvises til, at medens en person såvel efter dansk som efter tysk ret (BGB § 7, stk. 2) kan have mere end et domicil, er dette udtrykkelig udelukket i schweizisk ret (ZGB art. 23, stk. 2) og antages ligeledes at være udelukket i fransk ret på grund af C. C. art. 102's krav om »principal établissement«. På den anden side er der dog så mange fælles træk imellem disse landes opfattelser af domicilbegrebet, at det ikke kan være uberettiget at tale om et kontinentaleuropæisk domicilbegreb i modsætning til det engelske begreb.

⁴⁾ Jfr. Cheshire p. 72, Wolff, IPR p. 39 og Lorenzen p. 84 f.

faktorer med et udtryk lånt fra matematikken for aksiombegreber.

Kahn gør dog en enkelt undtagelse fra denne regel om domstolslandets enekompetence til at bestemme indholdet af tilknytningsfaktorerne. Denne undtagelse angår statsborgerskabet. Begrundelsen herfor er, at dette begreb ikke er privatretligt, men derimod offentligretligt, hvilket betyder, at enhver stat selv er den eneste, der kan bestemme, hvem den vil anerkende som sine statsborgere. For Kahn er dette en åbenbar konsekvens af suverænitetsbegrebet, af anerkendelsen af fremmede staters suverænitet⁵⁾. Statsborgerforholdet er altså ikke et aksiombegreb i Kahns forstand.

Kahns tredje gruppe af lovkonflikter er de latente konflikter, d. v. s. sådanne konflikter, der skyldes selve grundlaget for den internationale privatret eller, som Kahn udtrykker det, konflikter, der hidrører »aus der territorialverschiedenen Natur der *Rechtsverhältnisse*«⁶⁾.

Som det fremgår af denne definition, forkaster Kahn den opfattelse, at grundlaget for IPR-reglerne er faktiske forhold (reine Tatsachen). Grunden til dette er, at Kahn nærmer sig problemet fra en særlig synsvinkel, nemlig den, at de af ham nævnte konflikter skyldes retsforholdenes territorielle natur. Kahn hævder derfor, at »aus *Tatsachen* allein lässt sich unmöglich ableiten, dass sie unter ein bestimmtes *Territorialrecht* zu subsumieren sind.... Man muss notwendig die Tatsachen zu einer Rechtsregel ins Verhältnis setzen, das ist in Gedanken das Rechtsverhältnis bilden, welches durch Subsumtion dieser unter jene entsteht«⁷⁾. Dette er ubestrideligt rigtigt, men som det senere skal vises, rammer det for så vidt ikke det af senere forfattere hævdede synspunkt, at grundlaget for IPR-reglerne er faktiske forhold, idet disse forfattere netop ved anvendelsen af IPR-reglerne bestemmer den »Territorialrecht«, hvorunder de forelig-

⁵⁾ Kahn p. 50.

⁶⁾ ibid. p. 92.

⁷⁾ ibid. p. 93.

gende fakta skal subsummeres, d. v. s. retligt bedømmes.

Kahns udgangspunkt for fremstillingen af de latente konflikter er Savignys berømte sætning, hvorefter ethvert retsforhold skal bedømmes efter loven på det sted, hvor forholdet har sit sæde. Idet han fremhæver, at retsforholdene kun kan bestå som retsforhold indenfor en bestemt retsorden, udleder han heraf, at der hyppigt må forekomme tilfælde, hvor »für Rechtsverhältnisse verschiedener Territorien ein verschiedener privatinternationaler »Sitz« abzuleiten ist, obgleich diese Rechtsverhältnisse eine weitgehende Wesensverwandtschaft haben« ⁸⁾). Dette bevirker, at der bliver mulighed for to slags konflikter, som Kahn kalder positive og negative. De positive konflikter eller lovkumulationerne er sådanne tilfælde, hvor den mulige forskel, som landene anlægger på et retsforholds sæde, bevirker, at to eller flere landes ret på en gang synes at ville beherske forholdet. De negative konflikter eller lovakuierne er sådanne tilfælde, hvor der ikke synes at være nogen kompetent retsorden, idet retsforholdet ifølge opfattelsen i det ene land har sit sæde i det andet land, medens dette sidstnævnte land på sin side anser det førstnævnte land for at være det sted, hvor retsforholdets sæde er. Som et typisk eksempel på dette anfører Kahn et tilfælde, som allerede dengang havde foreligget for Reichsgericht ⁹⁾). Sagen drejede sig om, hvorvidt et krav ifølge en amerikansk solaveksel var forældet. Efter amerikansk ret var dette ikke tilfældet, hvorimod den tyske forældelsesfrist var udløbet. Efter tysk opfattelse er forældelse et materielt retsinstitut og skal som følge deraf bedømmes efter den lovgivning, som den pågældende fordring er underlagt, in casu altså amerikansk ret. Efter denne er forældelsesreglerne derimod processuelle, hvorfor lex fori — her altså tysk ret — skulle være afgørende i overensstemmelse med den overalt anerkendte regel, at domstolene udelukkende skal anvende sine egne processuelle regler. Reichsgericht kom til det resultat, at man

⁸⁾ Kahn p. 97.

⁹⁾ RGZ VII p. 21 (⁴/₁ 1882), men cfr. RGZ II p. 13 (⁸/₅ 1880).

i et sådant tilfælde måtte afskære enhver forældelsesindsigelse, »da die für die Gerichte in Tennessee bestehende prozessuale Bestimmung für die deutschen Gerichte nicht existiert, während andererseits die materiellrechtliche deutsche Verjährung sich nicht auf die hier fraglichen Forderungen bezieht, weil diese ihren Sitz im Auslande haben«.

Kahn kritiserede skarpt dette resultat, idet han rigtigt fremhævede, at det ville medføre, at domstolene også måtte se bort fra forældelsen, selv om den, i modsætning til hvad tilfældet var i den foreliggende sag, var indtrådt såvel efter tysk som efter amerikansk ret, hvilket ville være et aldeles urimeligt resultat.¹⁰⁾

Da det i reglen er umuligt at anvende to forskellige landes ofte indbyrdes modstridende regler på det samme forhold, og da man må undgå de for retsfølelsen så stødende resultater, som de negative konflikter kan føre til, kommer Kahn til det resultat, at der må træffes et valg mellem de forskellige måder at betragte retsforholdet på, og dette valg kan efter hans mening kun falde ud til fordel for den opfattelse af retsforholdet, som domstolslandets lovgiver anlægger. »Das fremde Recht *soll* angewendet werden, wenn *unser Gesetzgeber will*, dass es angewendet werde. Ob er es will können wir, wenn er ausdrücklich nicht gesprochen hat, nur seinen sonst erkennbaren Intentionen entnehmen. Niemals aber kann ein *fremdes Gesetz* uns sagen, welcher Art diese Intentionen sind. Mit anderen Worten: alle Normen des internationalen Privatrechts sind nur durch Interpretation der inländischen Rechtsordnung zu eruieren«¹¹⁾.

Kahn går således ud fra, at dommeren for at finde den kompetente IPR-regel skal kvalificere retsforholdet efter

¹⁰⁾ Det er urigtigt, når forfattere som Beckett (p. 76) og Robertson (p. 252) hævder, at forældelsen også var indtrådt efter loven i Tennessee, idet denne lov bestemte, at forældelsen blev afbrudt, når debitor forlod staten og tog bopæl andet steds, hvilket netop netop var tilfældet i den pågældende sag, idet sagsøgte kort tid efter vekslens forfaldsdag var rejst til Tyskland.

¹¹⁾ Kahn p. 111.

sine egne materielle retsregler, men han sonderer imellem »*Auffindung* einer privatinternationalen Norm und *Anwendung* derselben«¹²⁾, idet han hævder, at dommeren ved anvendelsen af IPR-reglen skal prøve, om de fremmede retsregler og retsforhold »ihrem Wesen nach, unter die gefundene privatinternationale Norm fallen«. Dommeren skal undersøge, om de fremmede retsforhold »mit den Rechtsverhältnissen, für die wir jene privatinternationale Norm als dem Willen unseres Gesetzgebers entsprechend erkannt haben, innerlich gleichartig sind, derart dass sie in ihrem Kern als dieselben Rechtsverhältnisse gelten können«¹³⁾. Det er nok, at det fremmede retsforhold, »um von unserem Richter anerkannt zu werden, zwar *in abstracto* bei uns existieren, nicht aber *in concreto*«¹⁴⁾. Det dommeren skal kvalificere er altså ikke konkrete, men derimod abstrakte retsforhold.

Kahn drager selv den konsekvens af sit krav om en vis kommensurabilitet mellem de indenlandske og de fremmede retsforhold, at dommeren, når dette krav ikke er opfyldt, må afvise sagen, da han ikke er i stand til at udøve jurisdiktion over sådanne retsforhold, til hvilke der ikke findes noget tilsvarende i hans eget lands ret¹⁵⁾.

¹²⁾ Kahn p. 112.

¹³⁾ *ibid.* p. 112.

¹⁴⁾ *ibid.* p. 119.

¹⁵⁾ Kahn fremhæver dog (p. 117 f.), at en domstol, fordi et fremmed retsinstitut er inkommensurabelt med det tilsvarende hjemlige institut eller overhovedet ikke kendes i *lex fori*, ikke nødvendigvis dermed er afskåret fra at udøve jurisdiktion over de retsforhold, som udspringer af dette fremmede retsinstitut, idet disse retsforhold udmærket kan være kommensurable med de hjemlige retsforhold. Som et eksempel nævner han, at domstolene i arvesager bør anerkende børn som legitime arvinger, selv om de er avlet i et polygamt ægteskab, og på tilsvarende måde bør domstolene anerkende faderens forældremyndighed over sådanne børn, idet det jo udmærket kan tænkes, at de fremmede børne-regler fuldstændig svarer til de hjemlige. Dommeren skal blot sikre sig, at forældrenes polygame ægteskab er gyldigt ifølge den

II. *Bartins lex fori-teori.*

A. *Den oprindelige teori.*

Skønt Kahn var den første, der generelt fremstillede de vanskeligheder, der ligger i den kvalifikation, der må gå forud for anvendelsen af IPR-reglerne, var det dog først, da Martin i 1897 offentliggjorde sin senere så berømte artikel »De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois«¹⁶⁾, at interessen for dette for den internationale privatret så fundamentale spørgsmål blev vakt.

Martin indledte sin artikel med at anføre to eksempler, som siden er blevet klassiske i kvalifikationslitteraturen. Det første eksempel tog han fra en dom, som i 1889 blev afsagt af den franske Cour d'Appel d'Alger i sagen *Rosa Anton c. Bartholo*¹⁷⁾. Sagen drejede sig om to maltesere, som — uden at have oprettet ægtepagt — giftede sig og bosatte sig på Malta. Senere flyttede ægtefællerne til Algier, hvor manden erhvervede en fast ejendom. Ved skiftet efter hans død fremsatte hans enke krav på en andel i denne ejendom, og den franske domstol skulle nu afgøre, om dette krav var berettiget. Da sagen viste tilknytning til udlandet, måtte domstolen anvende de franske IPR-regler, men spørgsmålet var, hvilken af disse regler der skulle anvendes. Således som Martin fremstillede sagen, syntes han at mene, at domstolen enten kunne kvalificere enkens krav som arveretligt eller som et krav hidrørende fra den ægteskabelige formueordning. Den første kvalifikation ville medføre, at sagen skulle bedømmes efter fransk ret, idet arveforholdene vedrørende fast ejendom ifølge fransk international privatret er underkastet *lex rei sitae*. Den anden kvalifikation ville medføre, at maltesisk ret blev afgørende, idet fransk international privatret

fremmede ret. »Die polygamische Verbindung wird geprüft als eine der *Tatsachen*, welche nach jenem Recht Voraussetzung des Kindschaftsverhältnisses bilden«. Jfr. Gihl i TfR 1950 p. 140 ff. med yderligere henvisninger.

¹⁶⁾ Clunet 1897 p. 225 ff., p. 466 ff. og p. 720 ff.

¹⁷⁾ Clunet 1891 p. 1171.

lader loven på det første ægteskabelige domicil være afgørende for formueordningen mellem ægtefællerne, når disse ikke har oprettet ægtepagt. Martin hævdede nu, at det var af stor betydning for enken, hvilken af disse kvalifikationer, der blev valgt, idet fransk ret i 1889 ikke gav ægtefæller arveret efter hinanden. Ganske vist havde enken efter de franske regler om formueforholdet mellem ægtefæller ret til halvdelen af boet som sin andel deraf, men disse regler kunne efter Bartins mening ikke komme til anvendelse her, idet det ægteskabelige formueforhold var underkastet maltesisk ret, og resultatet måtte derfor blive, at domstolen, hvis enkens krav blev kvalificeret som arveretligt, måtte nægte at anerkende det.

Hvis enkens krav derimod kvalificeredes som ægteskabsformueretligt, skulle reglerne om formueordningen i den maltesiske Code Rohan anvendes, og efter disse havde den overlevende ægtefælle ligesom i Frankrig ret til halvdelen af boet. Martin mente derfor, at man her stod over for to tilsyneladende lige gode, men uforenelige løsninger eller, som han kaldte det, en kvalifikationskonflikt¹⁸⁾.

Sagen kompliceredes imidlertid yderligere af, at Code Rohan § 17 bestemte, at den overlevende ægtefælle, når boet måtte karakteriseres som fattigt, udover sin halvdel af boet tillige havde ret til en såkaldt »gain de survie« bestående i en brugsret til $\frac{1}{4}$ af den afdødes del af boet (»le quart du conjoint pauvre«). Martin mente imidlertid, at det var et spørgsmål, om denne »gain de survie« også kunne udstrækkes til den i Algier beliggende faste ejendom, idet dette efter hans opfattelse måtte afhænge af, hvorledes den maltesiske regel kvalificeredes, og i denne

¹⁸⁾ Bartins fremstilling bygger altså på, at domstolen enten må vælge imellem en arveretlig eller en ægteskabsretlig kvalifikation, men dette er, som mange af de senere forfattere fremhæver, ikke rigtigt, idet der ikke er tale om et enten—eller, men derimod om et både—og. Domstolen skal i virkeligheden først anvende reglerne om det ægteskabelige formueforhold for at fastslå, hvor meget af boet manden efterlader sig ved sin død. Når dette er fastslået, og først da, skal de arveretlige regler bringes i anvendelse på mandens efterladenskaber, jfr. iøvrigt nedenfor p. 201 ff.

forbindelse påviste han nærmere, at reglen efter fransk opfattelse måtte betegnes som arveretlig og derfor ikke skulle bringes i anvendelse, medens den efter maltesisk opfattelse var ægteskabsformueretlig og derfor skulle anvendes. Her var der altså tilsyneladende også en kvalifikationskonflikt ¹⁹⁾.

Bartins andet eksempel angår den hollandske lovbogs art. 992, ifølge hvilken en hollænder kun kan oprette testamente i udlandet i autentisk form, medens et holografisk testamente vil være ugyldigt. I såvel hollandsk som fransk international privatret er der enighed om, at et testaments form i overensstemmelse med reglen *locus regit actum* skal bedømmes efter loven på oprettelsesstedet. På tilsvarende måde er der enighed om, at en persons evne til at oprette testamente, hans testationshabilitet, skal bedømmes efter hans nationale lov. Hvis man nu tænker sig, at en fransk domstol skal bedømme gyldigheden af et af en hollænder i Frankrig oprettet holografisk testamente, vil der altså ikke være nogen tvivl om, at testamentets form skal bedømmes efter fransk ret som oprettelsesstedets lov, medens testators habilitet vil være at afgøre efter hollandsk ret, idet denne er hans nationale lov. Spørgsmålet er imidlertid, hvad henhører under formen og hvad under habiliteten? Bartin hævder, at spørgsmålet om tiladeligheden af at anvende holografisk form efter fransk opfattelse kun er et formspørgsmål, medens den absolutte måde, hvorpå art. 992 er udformet, bevirker, at hollandsk ret anser en hollænder for at være inhabil til at oprette holografiske testamenter. Hvis dommeren nu kvalificerer spørgsmålet efter den franske opfattelse, vil fransk ret

¹⁹⁾ Bartins gengivelse af denne del af sagen om de maltesiske ægtefæller er i virkeligheden ikke korrekt. Ganske vist omtalte Cour d'Appel d'Alger muligheden for en »gain de survie«, men domstolen fandt, at enken ikke var fattig, hvorfor spørgsmålet om den maltesiske regels anvendelse faldt bort af sig selv, og domstolen nøjedes derfor med at give enken halvdelen af boet i overensstemmelse med Code Rohan § 18. Flere bemærkninger hos Bartin synes imidlertid at tyde på, at han mærkværdigvis har overset dette.

blive afgørende, og testamentet vil derfor være gyldigt, idet C. C. art. 970 anser et holografisk testamente for gyldigt, når blot det helt er skrevet, dateret og underskrevet af testator selv. Hvis dommeren derimod anvender den hollandske kvalifikation, vil testamentet være ugyldigt, idet art. 992 da vil finde anvendelse. Alt efter hvilken kvalifikation dommeren vælger, vil testamentet altså være gyldigt eller ugyldigt, og der foreligger altså atter to tilsyneladende lige berettigede løsninger, selv om de to landes IPR-regler på dette område er ens²⁰).

For at løse disse kvalifikationskonflikter mener Martin,

²⁰) Når Martin hævder, at et testaments form efter fransk international privatret skal bedømmes efter *lex loci actus*, støttes dette af den ældre franske retspraksis, jfr. således Cour de Cassation's dom af 25/8 1847 i Sirey 1847, 1, 712 (Quartin-sagen), som dog angik et af en englænder i Frankrig oprettet holografisk testamente, som blev anset for gyldigt til trods for, at det efter den dagældende engelske Wills Act 1837 var ugyldigt, da det ikke var underskrevet af to vitterlighedsvidner, og Cour d'Orleans' dom af 4/8 1859 i Sirey 1860, 2, 37. I nyere fransk retspraksis har Tribunal de la Seine imidlertid indtaget et andet standpunkt, idet domstolen i to domme af henholdsvis 13/8 1903 og 10/2 1927, refereret i Clunet 1904 p. 166 og 1928 p. 907, jfr. Revue Darras 1928 p. 102, har hævdet, at reglen *locus regit actum* ikke kan være afgørende for testamentets form, men må vige for testators nationale lov i sådanne tilfælde, hvor denne udtrykkelig forbyder sine undersåtter selv i udlandet at oprette holografiske testamenter. Denne praksis er imidlertid blevet kritiseret skarpt af forfattere som Niboyet i Revue Darras 1928 p. 104 og i Répert. X p. 375, Batiffol i Revue crit. 1938 p. 490 og Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 5. udg. 1948, p. 317, idet de henviser til, at *locus regit actum* vel er en fakultativ regel, men at dette netop ikke betyder, at dommeren skal se bort fra *lex loci actus* i tilfælde, hvor testamentet ikke opfylder formkravene i *lex patriae*, men tværtimod at dommeren i så fald skal undersøge, om testamentet alligevel ikke kan opretholdes, fordi det er oprettet i overensstemmelse med forskrifterne i *lex loci actus*. Tribunal de la Seine synes da også nu at have opgivet det tidligere standpunkt, idet domstolen ved en dom af 23/3 1944 i Sirey 1944, 2, 44 har erklæret et af en hollænder i Frankrig oprettet holografisk testamente for gyldigt.

at dommeren kun kan anvende den kvalifikation, som angives af *lex fori*. Dommeren skal kvalificere det foreliggende retsforhold efter sit eget lands opfattelse, og dette, mener han, kan begrundes rent logisk ud fra den internationale privatrets egen natur. Han antager i overensstemmelse med det i fransk teori ofte forfægtede synspunkt, at den internationale privatrets egentlige formål er at løse konflikter mellem de forskellige landes suveræniteter. Når en stat derfor tillader anvendelsen af fremmed ret på sit territorium, indskrænker den frivilligt sin egen suverænitet, som i princippet er absolut. Bartin understreger, at dette ikke behøver at være et *comitas gentium*-synspunkt. Staten indskrænker kun sin suverænitet, fordi den tror sig forpligtet til det af retfærdighedsgrunde, »*parce que l'idée qu'il se fait de la souveraineté de chaque État l'y oblige*«²¹⁾. Heraf mener Bartin, at det må følge som en nødvendighed, at statens domstole kun kan give retsforholdene den kvalifikation, som *lex fori* tilsiger, idet staten, når den selv begrænser sin egen suverænitet, også må være den eneste, der kan bestemme denne begrænsnings udstrækning. Hvis staten overlader det til den fremmede stat at foretage denne begrænsning, d. v. s. bestemme den kvalifikation, der skal gives det foreliggende retsforhold, vil den udsætte sig for, at den fremmede stat eventuelt ved hjælp af kunstige kvalifikationer udvider området for sine egne reglers anvendelse på bekostning af domstolslandets regler. »*L'envahissement deviendrait complet, il ne serait plus maître chez lui*«²²⁾. På den anden side indskærper Bartin, at dommeren, hvis den kvalifikation, som det fremmede retssystem giver retsforholdet, svarer til ånden i hans egen ret, skal anse denne kvalifikation for den rigtige, hvorfor han ikke må bestræbe sig på at vælge en anden kvalifikation, der vil bevirke, at retsforholdet henvises til bedømmelse ved hans eget lands materielle retsregler.

Bartin mener dog, at det er tvivlsomt, om hans teori

²¹⁾ Bartin, Clunet p. 237.

²²⁾ *ibid.* p. 239.

holder stik i de tilfælde, hvor det på forhånd er klart, at *lex fori* ikke vil kunne komme til at falde sammen med *lex causae*, hvor *lex fori* altså ikke vil kunne blive den i sidste instans kompetente lov, men hvor valget i stedet står mellem to eller flere fremmede retssystemer. De materielle regler i *lex fori* er i et sådant tilfælde uden interesse i sagen, men, siger *Bartin*, det er IPR-reglerne i *lex fori* til gengæld ikke, idet der jo her stadig er tale om, at staten begrænser sin egen suverænitet. Det må derfor også i dette tilfælde være *lex fori*, der bestemmer kvalifikationen, idet denne bestemmelse netop er et udtryk for, i hvor høj grad staten for at opnå et retfærdigt resultat vil begrænse sin suverænitet.

I sin artikel gør *Bartin* dog to undtagelser fra sin hovedregel. Den første angår kvalifikationen af et gode som løs eller fast ejendom. Denne sondring har i næsten alle landes internationale privatret stor betydning, idet forhold vedrørende fast ejendom på enkelte undtagelser nær altid henvises til bedømmelse ved loven på det sted, hvor ejendommen er beliggende, *lex rei sitae*. Hovedbegrundelsen herfor er, at denne stat under alle omstændigheder vil have en sådan faktisk indflydelse på alle forhold vedrørende ejendommen, at den altid vil kunne gennemtvinge sin egen ordning. Med hensyn til løsøregenstande er det derimod langt fra altid *lex rei sitae*, der er den kompetente lov. Således skal f. eks. de obligationsretlige virkninger af en aftale om løsøre i reglen bedømmes efter det almindelige kontraktstatut, medens dette, når aftalen vedrører fast ejendom, i næsten alle lande må vige for *lex rei sitae*.

Imidlertid falder den retlige sondring mellem løsøre og fast ejendom ofte ikke sammen med tingenes rent faktiske egenskaber i så henseende. Dette skyldes, at de forskellige retssystemer ofte betragter genstande, der rent faktisk er løsøre, som fast ejendom, f. eks. fordi genstandene udgør det sædvanlige tilbehør til faste ejendomme, men der er langt fra enighed mellem systemerne om, hvor grænsen skal trækkes. *Bartin* mener derfor, at det af hensyn til omsætningssikkerheden vil være af afgørende be-

tydning, at parterne ved, om det gode, sagen drejer sig om, må betragtes som løsøre eller som fast ejendom, og den bedste måde at give dem en sikker kilde til vished herom, finder han, er at overlade spørgsmålet om godets kvalifikation til en enkelt bestemt lov, nemlig *lex rei sitae*.

Hvis sontringen i overensstemmelse med hovedprincippet bliver overladt til *lex fori*, vil man kunne komme ud for, at denne kvalificerer en ting som løsøre, medens den af *lex rei sitae* betragtes som fast ejendom, og i så tilfælde vil det ikke være sikkert, at den afgørelse, som domstolen træffer eventuelt under anvendelse af sine egne materielle regler, vil blive anerkendt af *lex rei sitae*, således at den vil kunne gennemføres i det fremmede land, hvor tingen er beliggende, idet dette lands myndigheder muligvis vil nægte at anerkende den for dem fremmede dom.

Bartins anden undtagelse angår de kontrakter, hvis bedømmelse skal ske ifølge den af parterne vedtagne lov, hvad enten denne vedtagelse er udtrykkelig eller kun underforstået. Denne lov må da også være kompetent til i det hele at levere de fornødne kvalifikationer, og dette søger Martin at begrunde i en lignende betragtning som den, der har ført til anerkendelsen af hovedprincippet, idet han ræsonnerer som så, at det vil være at fratage partsviljen dens indhold, hvis en anden lov skal kunne gribe ind og eventuelt kvalificere retsforholdet på anden måde end den lov, som parterne har udpeget.

B. *Bartins senere modifikationer.*

I sine senere værker²³⁾ har Martin dels søgt at give en yderligere begrundelse for *lex fori*-teorien og dels modificeret sit oprindelige standpunkt noget, idet han anfører nogle nye begrænsninger i anvendelsen af *lex fori*, men samtidig søger at vise, at såvel disse nye begrænsninger som de to allerede nævnte undtagelser vedrørende *lex rei sitae* og partsviljen ikke er egentlige undtagelser, men der-

²³⁾ *Principes de droit international privé* I, 1930, og »*La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois*« i *Recueil* 1930-I (bind 31) p. 565.

imod logiske udslag af hans hovedidé, suverænitetssidéen.

Det nye argument, Bartin fremdrager, er, at dommerne ved hele deres uddannelse og senere erfaringer er bundet til det juridiske begrebs- og klassificeringssystem, som er herskende i deres eget land, hvorfor de simpelthen ikke vil være i stand til at forstå endsige anvende et andet lands herfra afvigende system. Dette argument forekommer dog meget søgt, idet dommerne, når de overhovedet kan anvende fremmed ret, vel også kan anvende de fremmede kvalifikationer, og rent faktisk modsiger Bartin egentlig sig selv, idet han jo dog forlanger, at dommerne skal kvalificere et godes karakter af løsøre eller fast ejendom efter *lex rei sitae*, som jo ofte vil være en for dem fremmed ret. Som det rigtigt er bemærket af Beckett ²⁴⁾, kan dette argument kun være en forklaring på, hvorfor dommeren kvalificerer efter *lex fori*, men ikke nogen egentlig *begrundelse* for, at dette er den korrekte fremgangsmåde.

Bartins nye begrænsninger af domstolslandets kvalifikationskompetence går ud på, at dommeren, når han ved hjælp af en af sit eget lands IPR-regler har udpeget *lex causae*, skal foretage alle senere kvalifikationer i overensstemmelse med denne lov. At der kan blive tale om sådanne senere kvalifikationer, viser Bartin ved nogle eksempler, hvoraf her kun skal nævnes et enkelt, der vedrører C. C. art. 1384. Ifølge denne bestemmelse er en hvervgiver ansvarlig for den skade, som hvervtageren forårsager i udøvelsen af hvervet. Lignende regler kendes i andre lande — i Danmark f. eks. D. L. 3-19-2 — men der er langt fra enighed mellem landene om, hvad der konstituerer et hvervgivelsesforhold, således at den samme faktiske relation mellem to personer i nogle lande er et sådant forhold, medens andre lande ikke betragter den på denne måde. Hvis der nu forelægges et tilfælde for en fransk domstol, hvor en person har forvoldt skade på en anden person, og den skadelidte derefter har sagsøgt en i Frankrig bosat tredje person under påberåbelse af, at denne er skade-

²⁴⁾ Beckett p. 53.

volderens hvervgiver, og at skaden er opstået under udøvelsen af hvervet, må dommeren først kvalificere sagen som erstatningsretlig, hvorved han finder frem til, at sagen ifølge de franske IPR-regler skal bedømmes efter loven på det sted, hvor skaden er indtrådt (*lex loci delicti*). Det herefter opstående problem, om der har foreligget en sådan hvervgivelse, at hvervgiveren bliver erstatningsansvarlig, mener Bartin, skal bedømmes efter den fundne *lex causae*, og ikke ud fra den praksis, der i tidens løb har dannet sig omkring C. C. art. 1384, idet der her er tale om en subsidiær kvalifikation af, om der foreligger en hvervgivelse. Der er her kun tale om en »*qualification en sous-ordre*«.

Bartins begrundelse for, at disse subsidiære kvalifikationer ikke er en undtagelse fra hovedreglen, er den, at det er en logisk følge af suverænitetsidéen, at en stat, når den har bestemt, at et retsforhold skal bedømmes efter en vis fremmed retsorden, ikke længere har nogen interesse i dette retsforholds senere kvalifikation, men ganske overlader dette til den af staten selv udpegede *lex causae*. Bartin hævder også, at de to tidligere nævnte undtagelser kan henføres under dette synspunkt, og han anfører i denne henseende, at partsviljen ikke kan få nogen betydning, før *lex fori* har kvalificeret det foreliggende retsforhold som en kontrakt, med hensyn til hvilken *lex fori* tillader parterne selv at træffe bestemmelse. På tilsvarende måde hævder han i sine Haag-forelæsninger²⁵⁾, at anvendelsen af *lex rei sitae*, ved afgørelsen af om en ting skal kvalificeres som løsøre eller fast ejendom, kan ses under den synsvinkel, at *lex fori* på forhånd har afgivet kvalifikationskompetencen til *lex rei sitae*, idet denne lov alligevel er bestemmende for retsforholdene tingene vedrørende, hvorfor *lex fori* ikke kan have nogen interesse i den måde, hvorpå tingene kvalificeres.

²⁵⁾ I *Principes* p. 236 hævder Bartin stadig, at anvendelsen af *lex rei sitae* er en undtagelse fra hans hovedregel, men denne opfattelse har han tilsyneladende ændret, da han kort efter bogens fremkomst holdt sine forelæsninger i Haag.

Bartin når på denne måde frem til en kort formel, som dækker hans modificerede lex fori-teori, idet han siger: »En tous pays, la loi du juge saisi est souveraine pour décider de la nature du rapport de droit pour lequel il s'agit de déterminer la loi applicable, quand, par hypothèse, le problème de la détermination de la loi applicable n'est pas déjà résolu«²⁶⁾.

III. Despagnets kritik af Martin.

Medens Kahns artikel ikke vakte nogen interesse, var det modsatte tilfældet med Bartins. Allerede året efter at denne for første gang havde formuleret problemet, blev der rejst indvendinger mod den løsning, han var kommet til. Opponenten var den franske professor Despagnet, som i en artikel i 1898 i *Journal du droit international privé*, altså i samme tidsskrift i hvilket Bartins artikel var fremkommet, forkastede lex fori-teorien²⁷⁾.

Despagnet går ligesom sine to forgængere ud fra, at det, der skal kvalificeres, er retsforhold eller eventuelt fremmede retsregler (f. eks. den hollandske art. 992), men overfor Martin hævder han, at det ikke er en nødvendig følge af suverænitetsidéen, at dommeren følger den kvalifikation, der angives af lex fori. Martin havde som nævnt begrundet dette synspunkt med, at staten, såfremt den anvendte de fremmede kvalifikationer, ville kunne udsætte sig for, at det område, som efter statens egen opfattelse naturligt burde bedømmes efter dens egne materielle regler, utilbørligt blev indskrænket til fordel for den fremmede stats retsregler. Heroverfor hævder Despagnet, at dette ikke er generelt rigtigt, idet det modsatte ofte vil kunne være tilfældet, nemlig at domstolslandets materielle retsregler, netop fordi man anvender den fremmede kvalifikation, får et videre anvendelsesområde, end en kvalifikation efter lex fori giver dem. Dette viser han ved at

²⁶⁾ Martin, *Recueil* p. 608.

²⁷⁾ Despagnets artikel »Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques« findes i *Clunet* 1898 p. 253.

vende om på eksemplet med det holografiske testamente, således at en hollandsk dommer skal bedømme et af en udlænding i Holland oprettet holografisk testamente. Han forudsætter endvidere, at udlændingens nationale lov har en lignende forbudsregel om holografiske testamenter som den hollandske art. 992, men at denne regel i vedkommende fremmede land kun betragtes som en formforskrift. Hvis den hollandske dommer følger *lex fori*-teorien, vil det medføre, at han skal anvende udlændingens nationale lov, hvorimod dommeren, hvis han anvender den fremmede kvalifikation, gennem reglen *locus regit actum* henvises til at anvende sin egen materielle ret, hvilket viser, at en kvalifikation efter fremmed ret udmærket kan føre til en udvidelse af anvendelsesområdet for domstolslandets materielle regler, i modsætning til hvad en kvalifikation efter *lex fori* ville medføre.

Despagnet henviser yderligere til de vanskeligheder, der efter hans mening vil opstå, hvis dommeren står overfor at skulle kvalificere et fremmed retsforhold af en art, som ikke kendes i *lex fori*. Bartin havde allerede set denne vanskelighed og ment at kunne løse den ved at henvise til, at det var tilstrækkeligt, at der til det fremmede retsforhold eller retsinstitut fandtes et lignende retsforhold eller retsinstitut i *lex fori*, således at det fremmede forhold eller institut »puisse trouver place en théorie pure dans les cadres de sa (d.v.s. dommerens) classification juridique«²⁸⁾. Despagnet forkaster imidlertid dette synspunkt, idet han hævder, at kvalifikationer bygget på analogi mellem et fremmed og et internt retsforhold ofte vil føre til fejl, og i de ikke sjældne tilfælde, hvor der overhovedet ikke findes et lignende retsforhold i *lex fori*, må resultatet blive, at dommeren helt må afstå fra at bedømme det fremmede retsforhold, hvilket vil være den dårligst tænkelige løsning og i længden vil medføre den internationale privatrets ruin.

Til erstatning for *lex fori*-teorien opstiller Despagnet derfor *lex causae*-teorien. »Les qualifications des rapports

²⁸⁾ Bartin, *Clunet* p. 467.

juridiques ne sont pas déterminées par la *lex fori*, mais bien par la loi reconnue applicable à ces rapports juridiques«²⁹⁾. Foruden de ovenfor nævnte argumenter, der fører til forkastelse af *lex fori*-teorien, anfører han, at en rigtig anvendelse af *lex causae* nødvendigvis må forudsætte, at man også anvender denne lovs kvalifikationer, idet »ce qui entraîne toutes les conséquences juridiques ultérieures, c'est précisément la qualification à donner à un rapport de droit, et il y a une contradiction éclatante dans le fait d'imposer sa (d. v. s. *lex fori*) propre qualification, tout en prétendant suivre la loi étrangère«³⁰⁾.

IV. Den senere franske teori (Pillet, Niboyet, Arminjon og Maury).

Despagnets teori fandt dog ikke mange tilhængere, idet den, således som den var formuleret, klart indebar en cirkelslutning. Hvorledes skal man kunne kvalificere efter *lex causae*, når denne lov først kendes, efter at man har anvendt IPR-reglerne, hvilket atter forudsætter, at man har kvalificeret den foreliggende sag?

De senere franske forfattere har da også gennemgående sluttet sig til Bartins opfattelse, uden at dette dog vil sige, at de fuldstændig har godkendt hans formulering af problemet og den begrundelse, han giver for sit resultat.

Pillet anerkendte oprindeligt³¹⁾, at kvalifikationskonflikterne eksisterede, og han mente også, at de burde løses efter opfattelsen i *lex fori*. På den anden side fandt han, at Bartin langt overdrev deres betydning, idet det måtte være en betingelse for, at der forelå en konflikt, at de kolliderende retsforhold i de to lande *virkelig* var af forskellig retlig natur, hvorfor han ikke mente, der kunne tales om en konflikt i de tilfælde, hvor den fremmede lovgiver havde knyttet en retsvirkning til et retsinstitut, der var

²⁹⁾ Despagnet p. 261.

³⁰⁾ *ibid.* p. 262.

³¹⁾ Pillet, *Principes de droit international privé* 1903, p. 103-106.

uforenelig med dette instituts natur. Som et eksempel herpå henviste han til, at den hollandske lovgivning i art. 992 var gået udenfor sit naturlige domæne.

Pillet har dog senere modificeret sit synspunkt. I den af ham i 1924 sammen med Niboyet udgivne »Manuel de droit international privé«³²⁾ hævdes det ganske vist stadig, at konflikterne ikke er særlig hyppige, men på den anden side fremgår det dog, at Pillet nu er klar over, at hans første antagelse ikke er rigtig. De to forfattere går ind for lex fori-teorien og begrundet dette dels ved at hen-vise til Bartins suverænitetensargument og dels ved at frem-hæve, at Despagnets lex causae-teori er en logisk umulig-hed, en cirkelslutning.

Niboyet har senere givet lex fori-teorien en endnu skar-pere form, idet han ud fra denne teoris rent logiske grund-lag ikke vil tillade nogen undtagelser, hvorfor han også forkaster Bartins oprindelige undtagelse til fordel for lex rei sitae³³⁾. Efter Niboyets opfattelse vil en sådan kvali-fikation af et godes retlige karakter på basis af loven på det sted, hvor godet er beliggende, ofte være forfejlet og i visse tilfælde endog praktisk umulig. Hvis f. eks. en fransk domstol skal afgøre, hvorledes der skal forholdes med boet efter en i Frankrig domicileret person, vil det være af stor betydning at vide, hvorvidt et i udlandet beliggende gode er fast ejendom eller løsøre, idet den franske internationale privatret i det førstnævnte tilfælde henviser dommeren til at afgøre arvespørgsmålet efter lex rei sitae, mens dommeren, såfremt det drejer sig om løs-øre, skal anvende afdødes sidste domicillov, in casu altså fransk ret. Men, siger Niboyet, »pourquoi abandonner aux législateurs étrangers le soin de dire si l'on est en présence de meubles ou d'immeubles? N'est-ce pas faire dépendre entièrement d'eux, l'étendue de la loi successorale fran-çaise«³⁴⁾. Hertil kommer yderligere, at en kvalifikation

³²⁾ Pillet & Niboyet, Manuel de droit international privé, 1924 p. 373-378.

³³⁾ Niboyet i Répert. X p. 369 ff.

³⁴⁾ ibid. p. 379.

af godets karakter efter *lex rei sitae* vil være umulig ved ulegemlige goder som panterettigheder, servitutter, op-havsrettigheder etc., idet bestemmelsen af, hvor disse goder er »beliggende«, er et retsspørgsmål, som afgøres højest forskelligt i de forskellige lande. Niboyet indrømmer derimod, at i de tilfælde, hvor partsviljen er bestemmende for *lex causae*, må den af parterne udpegede lov også levere kvalifikationerne, men han mener ligesom Martin, at dette ikke er nogen egentlig undtagelse, da *lex fori* er enekompetent til at bestemme, om parterne i et foreliggende tilfælde har ret til selv at fastsætte den lov, hvorefter deres aftale skal bedømmes.

Af andre franske forfattere, der har beskæftiget sig med emnet, er der særlig grund til at nævne Arminjon og Maury ³⁵⁾. Begge disse forfattere går vel også ind for *lex fori*-teorien, men deres fremstilling adskiller sig på væsentlige punkter fra de tidligere nævnte forfatters.

Arminjon har således en anden opfattelse af, hvad det er, der kvalificeres, hvilket kommer frem i hans definition af, hvad der ligger i at kvalificere. »Qualifier, c'est attribuer l'existence juridique à un être, à une chose, à un fait, en les rangeant dans une catégorie juridique; c'est, ce qui revient au même, le définir suivant la technique du droit« ³⁶⁾. Det er altså de foreliggende fakta, der for ham er kvalifikationsgrundlaget, medens Kahn, Martin og de fleste tidligere forfattere antager, at det, der kvalificeres, er retsforhold eller retsinstitutter eller endog fremmede retsregler.

Et andet punkt, hvorpå Arminjons opfattelse adskiller sig fra de tidligere forfatters, er den begrundelse, han giver for *lex fori*-teorien. Han forkaster i det hele den opfattelse, at den internationale privatrets opgave er at løse konflikter mellem de enkelte landes suveræniteter,

³⁵⁾ Arminjon, *Précis de droit international privé* I, 1927, p. 128 ff., som dog nærmest kun er et optryk af hans artikel »Les qualifications légales en droit international privé« i *Revue de droit international et de législation comparée* 1923 p. 272 ff., og Maury i *Recueil* 1936-III (bind 57) p. 460 ff.

³⁶⁾ Arminjon p. 128.

idet han hævder, at IPR-reglerne »n'ont d'autre raison d'être que de donner des solutions justes et utiles«³⁷⁾. Han kan derfor heller ikke anerkende, at begrundelsen for lex fori-teorien skal søges i suverænitetsbetragtninger, men vil i stedet for begrunde teoriens rigtighed i det synspunkt, at de kvalifikationer, som lovgiveren i et bestemt land giver visse fakta, må gælde i alle tilfælde, og derfor også når kvalifikationerne indgår som bestanddele i de af denne lovgiver udstedte IPR-regler, idet disse kvalifikationer må betragtes som »l'expression de la nature même des choses telle qu'il la conçoit, et qu'il y aurait une contradiction choquante à faire varier la nature juridique d'un être, d'un fait, d'une chose suivant que telle ou telle loi est applicable, parce que ces règles servent d'armature et de cadre aux autres règles légales, à commencer par celles de rattachement...«³⁸⁾. Arminjons udtalelse er altså især vendt imod lex causae-teorien, som jo netop vil medføre, at de samme fakta vil blive kvalificeret på forskellig måde, alt efter hvilket fremmed lands lov man anvender, og han anfører yderligere i overensstemmelse med Pillet og Niboyet, at det vil være en logisk umulighed, en *circulus vitiosus*, at kvalificere efter lex causae. Ligeledes forkaster han lex rei sitae som kompetent for afgørelsen af spørgsmålet løsøre-fast ejendom, idet han går ud fra lignende argumenter som Niboyet.

Maury begynder med at fastslå, at kvalifikationsproblemet er et fortolkningsproblem³⁹⁾. Han forkaster de forskellige komparative teorier, som ved abstraktion og retssammenligning vil søge at finde frem til den fælles kerne i de forskellige landes retsinstitutter, idet han henviser til, at »dans l'immense majorité des cas, actuellement, il n'y a aucune conclusion utilisable sur un point précis«⁴⁰⁾. Ligeledes forkaster han lex causae-teorien. Ganske vist mener han ikke, denne teori, hvis den forstås således som

³⁷⁾ Arminjon p. 14 og p. 134.

³⁸⁾ *ibid.* p. 134.

³⁹⁾ Maury p. 469 og p. 495.

⁴⁰⁾ *ibid.* p. 476.

Wolff har fremstillet den ⁴¹⁾, er en cirkelslutning, men han henviser til, at teorien vil føre til lovkumulationer eller lovvakui, hvorfor den praktiske anvendelse vil være meget vanskelig. Maury går derfor ind for lex fori-teorien, idet han dog foretager en væsentlig modifikation af denne ved at hævde, at de retlige begreber, der angiver IPR-reglernes genstand, vel er baseret på de tilsvarende interne begreber, men har et videre omfang, idet de også skal kunne rumme de fremmede retsinstitutter, der ikke er identiske med de hjemlige, men som alligevel søger at regulere tilsvarende livsforhold.

Maury er selv klar over, at hans teori er en tilnærmelse til den af Rabel hævdede komparative teori ⁴²⁾, men han mener dog, at hans teori er lettere at have med at gøre, da den har et for dommeren sikrere udgangspunkt, nemlig opfattelsen i lex fori.

V. *Den anglo-amerikanske teori.*

A. *Lorenzen.*

Engelsk-amerikansk teori er forholdsvis sent kommet ind på kvalifikationsproblemet. Ganske vist gav den amerikanske professor Ernest G. Lorenzen en redegørelse for problemet i en artikel i Columbia Law Review i 1920 ⁴³⁾, men det var først midt i 30'erne, at flere forfattere tog spørgsmålet op til en bredere behandling.

Lorenzen opfatter ligeledes kvalifikationsproblemet som et spørgsmål om fortolkningen af de begreber, som IPR-

⁴¹⁾ Jfr. om Wolffs teori nedenfor p. 66.

⁴²⁾ Maury udtaler således (p. 504): »Nous nous rapprochons du point de vue de M. Rabel, mais nous le faisons en quelque sorte modestement«.

⁴³⁾ Lorenzen »The Theory of Qualifications and the Conflicts of Laws« i Columbia Law Review 1920 p. 247. Artiklen er senere genoptrykt i Lorenzen: Selected Articles on the Conflict of Laws, 1947, p. 80 ff., til hvilken henvisningerne refererer sig.

reglerne indeholder, og kommer til det resultat, at begreberne har samme indhold som de tilsvarende begreber i intern *lex fori*, hvorfor fortolkningen må ske på grundlag af »the strictly internal law of the forum«⁴⁴⁾. Han gør dog en undtagelse for så vidt angår *lex rei sitae* og mener også, at der muligvis bør gøres en undtagelse i de tilfælde, hvor valget af *lex causae* står mellem to fremmede love, og hvor disse kvalificerer forholdet på samme måde, idet dommeren da bør antage denne fælles kvalifikation, selv om den eventuelt afviger fra opfattelsen i *lex fori*. Lorenzen støtter sin teori dels på en gennemgang af engelske og amerikanske domme og dels på et argument, som i høj grad ligner Bartins, idet han henviser til, at anvendelsen af fremmed ret sker ud fra den hjemlige lovgivers vilje, hvorfor kvalifikationerne også må stemme overens med denne vilje.

Hovedtendensen hos de senere angelsaksiske forfattere er, at kvalifikationsproblemet må behandles særskilt på hvert enkelt af stadierne i afgørelsen af den international-privatretnlige sag. Dette synspunkt er oprindeligt fremført af italieneren Anzilotti i dennes bog »Corso di lezioni di diritto internazionale privato« fra 1918 og anerkendes nu også almindeligt i moderne italiensk teori, idet det dog her har fået et noget andet indhold end i den angelsaksiske teori⁴⁵⁾.

B. *Falconbridge*.

Kanadieren Falconbridge var den første angelsaksiske forfatter, der foretog den nævnte opdeling af problemet på sagens enkelte stadier⁴⁶⁾. Han skelner mellem tre stadier, som han kalder »the characterization of the subject or question«, »the selection of the proper law« og »the

⁴⁴⁾ Lorenzen p. 100. Senere har Lorenzen dog ændret sin opfattelse, jfr. nedenfor p. 54.

⁴⁵⁾ Vedrørende den italienske teori, jfr. nedenfor p. 82.

⁴⁶⁾ Falconbridge, »Characterization in the conflict of laws« i L. Q. R. 1937 p. 235 ff. og p. 537 ff.

application of the proper law«. Characterization er det samme som kvalifikation, men da det engelske ord »Qualification« har en anden betydning end den, der ligger i ordet kvalifikation, foretrækker han characterization⁴⁷⁾.

Ligesom Arminjon går Falconbridge ud fra, at den internationale privatrets genstand, det, der af IPR-reglerne henvises til bedømmelse ved et bestemt lands lov, ikke kan være retsforhold, men kun fakta eller faktiske forhold, hvilket han mener følger af, at det retssystem, som sagens omstændigheder skal sættes i relation til, først skal bestemmes ved hjælp af IPR-reglerne, hvorfor disse reglers genstand ikke kan være allerede retligt kvalificerede forhold, men kun de foreliggende faktiske omstændigheder. Efter Falconbridges mening er det imidlertid ikke disse faktiske omstændigheder, dommeren skal kvalificere på sagens første stadie, men derimod det eller de retlige spørgsmål, der rejser sig af de faktiske omstændigheder, eller, som han selv udtrykker det, »the juridical question raised by the factual situation, including its various place elements«⁴⁸⁾.

På det første stadie skal domstolen »characterize, or define the juridical nature of the subject or question upon which its adjudication is required«, idet dette er nødvendigt for at afgøre »whether that subject or question falls within a given conflict rule of the forum or whether a new conflict rule should be formulated«⁴⁹⁾.

For så vidt angår spørgsmålet om, efter hvilke regler domstolen skal foretage denne nødvendige kvalifikation, erklærer Falconbridge, at han vil søge en »via media« mellem den rene lex fori-teori og den af Rabel og Beckett hævdede komparative teori⁵⁰⁾. Hans egen fremstilling af denne via media er imidlertid meget uklar, men skal for-

⁴⁷⁾ Andre engelske forfattere som f.eks. Beckett og Cheshire anvender udtrykket »classification« i stedet for qualification eller characterization.

⁴⁸⁾ Falconbridge p. 556, jfr. p. 246.

⁴⁹⁾ ibid. p. 236.

⁵⁰⁾ Jfr. nedenfor p. 71 ff.

modentlig forstås på den måde, at dommeren først skal foretage en kvalifikation af det foreliggende spørgsmål. efter *lex fori* for derved at finde den tilknytningsfaktor, der efter hans egne IPR-regler er bestemmende for spørgsmålet eller eventuelt de tilknytningsfaktorer, der er bestemmende for dele af det foreliggende retsspørgsmål. Denne kvalifikation er imidlertid kun foreløbig, idet den kun skal udgøre »the foundation for the Court's consideration of the concrete provisions of the laws of the various countries, which are or may be applicable in the light of the characterization of the main question or different aspects of that question⁵¹⁾. Når dommeren ikke kan lade sig nøje med kvalifikationen efter *lex fori*, skyldes det, at han må undersøge, om de fremmede retsregler er af en sådan art, at de dækkes af denne kvalifikation, d. v. s. om de er omfattet af det retlige begreb i IPR-reglen, der angiver dennes genstand. Dommeren må derfor efter Falconbridges opfattelse kvalificere de fremmede retsregler. Denne kvalifikation skal ganske vist foretages efter opfattelsen i *lex fori*, men kvalifikationsgenstanden er ikke den enkelte isolerede fremmede regel, men derimod denne i sit sammenhæng med de øvrige fremmede regler på det pågældende område. Falconbridge kalder da også sin *via media* »characterization by the *lex fori* of a rule of law in its context«.

Falconbridge søger nærmere at bevise værdien af denne teori ved at anvende den på forskellige eksempler, hvoraf her dog kun skal nævnes et enkelt, som han har taget fra den engelske Court of Appeal-dom fra 1908 i sagen *Ogden v. Ogden*⁵²⁾. Denne sag angik spørgsmålet om gyldigheden af et i 1898 i England mellem en englænderinde og en 19-årig franskmand indgået ægteskab. Ifølge den daværende formulering af C. C. art. 148, jfr. art. 170, kunne en franskmand under 25 år hverken i Frankrig eller i udlandet gifte sig uden sine forældres samtykke, og et ægteskab indgået i strid med denne regel var ugyldigt, hvorfor reg-

⁵¹⁾ Falconbridge p. 246.

⁵²⁾ (1908) P. 46, jfr. Morris, p. 59.

len i fransk ret betragtedes som en habilitetsregel ⁵³⁾). Ifølge engelsk ret skal en person under 21 år vel også have sine forældres samtykke til indgåelse af ægteskab, men denne regel betragtes kun som en formregel. I den foreliggende sag havde franskmændene ikke haft forældrenes samtykke, og ægteskabet var derfor kort efter blevet erklæret for ugyldigt af en parisisk domstol. Spørgsmålet kom nu frem i England, idet hustruen, der, efter at den franske domstol havde erklæret ægteskabet for ugyldigt, havde indgået et nyt ægteskab i England, få år efter blev sagsøgt af sin nye ægtefælle, der påstod deres ægteskab omstødt under henvisning til, at hun stadig var gift med franskmændene, som iøvrigt selv havde indgået nyt ægteskab i Frankrig. Den engelske domstol kvalificerede i overensstemmelse med den engelske opfattelse spørgsmålet om det manglende samtykke til det første ægteskab som et formspørgsmål, og kom derfor til, at engelsk ret måtte anvendes som *lex loci celebrationis*, idet denne lov efter engelsk international privatret er afgørende for et ægteskabs form. Domstolen måtte derfor betragte det oprindelige ægteskab som gyldigt, og da det ikke senere var blevet opløst, blev hustruens andet ægteskab omstødt som bigamisk. Domstolen støttede især sit resultat på en ældre engelsk dom i sagen *Simonin v. Mallac* ⁵⁴⁾), hvilken sag ligeledes drejede sig om spørgsmålet om gyldigheden af et i England mellem en 22-årig fransk kvinde og en 29-årig fransk mand indgået ægteskab. Efter C. C. art. 151, jfr. art. 152, således som disse regler var affattet i 1860, da dommen blev afsagt, skulle en kvinde mellem 21 og 25 og en mand mellem 25 og 30 bede deres forældre om samtykke for at kunne indgå ægteskab. Hvis samtykket nægtedes, kunne de spørge igen med en måneds mellemrum, og når der på denne måde var spurgt tre gange, kunne de, uanset at samtykket ikke var givet, gyldigt indgå ægte-

⁵³⁾ Den franske regel er ændret i 1907, idet aldersgrænsen for mænd er nedsat til 21 år, således at den nu er i overensstemmelse med aldersgrænsen for kvinder.

⁵⁴⁾ (1860) 2 Sw. & Tr. 67 (Divorce Court), jfr. Morris, p. 53.

skab. I det foreliggende tilfælde havde ægtefællerne ikke overholdt disse regler, men den engelske domstol fandt, at reglerne måtte kvalificeres som formforskrifter, hvorfor de ikke fandt anvendelse på et i England indgået ægteskab, der derfor blev anset for gyldigt.

Som det vil ses, er der stor forskel på reglen i C. C. art. 148 og reglerne i art. 151 og 152, og Falconbridge mener derfor, at det er mærkeligt, at Court of Appeal i Ogden-sagen fandt at kunne støtte sit resultat på Simonin-sagen, især også da dommeren i denne sidstnævnte sag udtrykkelig henviste til, at spørgsmålet om gyldigheden af et ægteskab indgået i strid med art. 151 og 152 »may receive a different consideration from one absolutely prohibited by art. 148«⁵⁵⁾. Falconbridge slutter sig derfor til den stærke kritik, som er blevet fremført af de fleste engelske forfattere, idet han hævder, at domstolen blot har kvalificeret ud fra *lex fori*, men at den burde have undersøgt og kvalificeret art. 148 i dens sammenhæng med de øvrige franske ægteskabsregler, hvorved den ville være kommet til, at art. 148 er en habilitetsregel, hvorfor den skulle have været bragt i anvendelse, da franskmændens habilitet efter engelsk international privatret netop skal bedømmes efter fransk ret som hans *lex domicilii*.

Overfor denne opfattelse må det imidlertid hævdes, at den ved at drage spørgsmålet om de eventuelt kompetente fremmede retsreglers retlige natur med ind i kvalifikationsprocessen åbenbart sammenblander den kvalifikation, der må gå forud for bestemmelsen af den kompetente IPR-regel, og den efterfølgende anvendelse af reglerne i den af IPR-reglen udpegede *lex causae*, hvilken sammenblanding kan medføre meget uheldige resultater. Når Falconbridge således i Ogden-sagen mener, at dommeren burde have foretaget en kvalifikation af C. C. art. 148, kan man med lige så fuld ret hævde, at dommeren burde have taget den tilsvarende engelske regel om forældrenes samtykke til mindreåriges ægteskab i betragtning, men herved ville domstolen jo være kommet til, at forældrenes sam-

⁵⁵⁾ Morris p. 56.

tykke kun var et formkrav, der efter engelsk international privatret skulle bedømmes efter *lex loci celebrationis*, d. v. s. engelsk ret, således at det indgåede ægteskab trods det manglende samtykke var gyldigt. Teorien fører således til en uløselig lovkumulation og vil anvendt på andre konkrete omstændigheder kunne føre til lige så uløselige tilfælde af lovvakuum. Når Falconbridge alligevel går ind for den, skyldes det sikkert, at han har fæstnet sig ved, at hustruen under sagen påberåbte sig art. 148, men domstolen måtte naturligvis, forinden den kunne anvende denne regel, undersøge, om virkningen af det manglende samtykke skulle bedømmes efter fransk ret, eller om ikke engelsk ret måtte foretrækkes på dette punkt.

Med hensyn til eventuelle undtagelser fra sin hovedregel udtaler Falconbridge sig til fordel for *lex rei sitae* for så vidt angår spørgsmålet, om et krav på en ting er tingligt eller kun obligatorisk, og ligeledes for så vidt angår spørgsmålet, om et tingligt krav vedrører løsøre eller fast ejendom. Han opfatter dog ikke dette som en egentlig undtagelse, idet han hævder, at disse spørgsmål »must both be answered in accordance with the *lex rei sitae*, in order to give effect to the main rule that the *lex rei sitae* governs proprietary rights in things⁵⁶⁾.

Som en anden og efter hans opfattelse mere »ægte« undtagelse, foretager han en sontring mellem spørgsmålet om en persons status, f. eks. som ægtebarn eller som umyndig, og på den anden side personens habilitet i forskellige henseender og de eventuelle *følger* af en bestemt status. Statusspørgsmålet som sådan vil han kvalificere efter *lex domicilii*, medens habilitetsspørgsmål og de eventuelle følger af en bestemt status skal kvalificeres i overensstemmelse med hovedreglen. Denne sontring forekommer ret kunstig, og i virkeligheden foreligger der sikkert en forveksling med det såkaldte præjudicielle spørgsmål, d. v. s. spørgsmålet om, efter hvilken lov man skal bedømme de eventuelle selvstændige retsspørgsmål, hvoraf bedømmelsen af hovedspørgsmålet afhænger. Der må dog her hen-

⁵⁶⁾ Falconbridge p. 543.

vises til den senere fremstilling af dette spørgsmåls forbindelse med kvalifikationsbegrebet⁵⁷⁾).

På Falconbridges andet stadie — the selection of the proper law — kan der efter hans opfattelse ligeledes opstå kvalifikationskonflikter. Dette stadie består egentlig i to understadier, hvoraf det første er udpegelsen af tilknytningsfaktoren, d. v. s. »the place element in the factual situation which is indicated by the conflict rules of the forum as the dominant element for the purpose of the selection of the proper law«⁵⁸⁾, medens det derpå følgende understadie er »the consequent selection of the law of the country in which that element is situated«. Normalt vil udfindelsen af tilknytningsfaktoren ikke volde vanskeligheder, idet den direkte fremgår af den IPR-regel, under hvilken dommeren i forvejen ved hjælp af kvalifikationen af retsspørgsmålet har subsumeret den foreliggende sag, men i tilfælde, hvor domstolslandet hverken gennem lovgivning eller retspraksis har opstillet en IPR-regel, der dækker forholdet, må det være dommerens pligt at formulere en sådan på lignende måde, som han under anvendelsen af de materielle retsregler må opstille regler for at udfylde eventuelle huller i lovgivningen.

Den kvalifikationskonflikt, som Falconbridge mener kan optræde på dette stadie, foreligger, når IPR-reglerne i to lande formelt anvender den samme tilknytningsfaktor på et retsspørgsmål, men hvor det viser sig, at denne tilsyneladende fælles tilknytningsfaktor har forskelligt indhold i de to lande. Det er altså det samme, som Kahn kaldte »die Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe«⁵⁹⁾, og Falconbridge når da også til samme resultat som Kahn, nemlig at dommeren i et sådant tilfælde må fortolke tilknytningsfaktoren i overensstemmelse med lex fori. Falconbridge henviser her ligesom Kahn til den mulighed, der er for, at tilknytningsfaktorer som domicil eller lex loci contractus opfattes forskelligt, og ligeledes i overensstemmelse med

⁵⁷⁾ Jfr. nedenfor p. 212 f.

⁵⁸⁾ Falconbridge p. 547.

⁵⁹⁾ Jfr. ovenfor p. 20.

Kahn hævder han, at det vil være en cirkelslutning at forsøge at kvalificere de bestanddele af den foreliggende sag, der udgør tilknytningsfaktoren («the place elements») efter *lex causae*.

Under behandlingen af det tredje stadie — application of the proper law — omtaler Falconbridge ikke kvalifikationsproblemet, hvilket naturligvis skyldes, at han som et led i sin teori om kvalifikationen på sagens første stadie henviser dommeren til at undersøge, hvorledes reglerne i den eventuelt kompetente *lex causae* må kvalificeres. Han indskrænker sig derfor på tredje stadie i hovedsagen til at behandle renvoiproblemet, d. v. s. spørgsmålet om, hvorvidt anvendelsen af *lex causae* indbefatter denne lovs IPR-regler, eller om der her kun er tale om at bedømme sagens faktiske omstændigheder ud fra de interne regler i *lex causae* og dermed altså se bort fra de for *lex causae* eventuelt fremmede elementer i sagen. Falconbridge vil ikke generelt forkaste renvoilæren, idet han mener, den i visse tilfælde vil føre til de bedste resultater, men det vil her føre for vidt at komme nærmere ind på dette problem, der falder uden for denne afhandlings egentlige rammer.

C. Robertson.

Den amerikanske forfatter Robertson går i sin monografi ⁶⁰⁾ ligesom Falconbridge ud fra en opdeling af sagsafgørelsen i tre stadier, men mener i modsætning til denne, at der også opstår kvalifikationsproblemer på det tredje stadie. Han forkaster ligesom Falconbridge den opfattelse, at den internationale privatrets grundlag skulle være retsforhold, men kan på den anden side heller ikke godkende Falconbridges teori om, at kvalifikationsgrundlaget er de retsspørgsmål, som sagen rejser. Efter Robertsons opfattelse er det nemlig nødvendigt på hvert enkelt stadie i sagen at undersøge, hvad det er, der kvalificeres, idet dette varierer.

⁶⁰⁾ Characterization in the conflict of laws, 1940.

På det første stadie, hvor det drejer sig om bestemmelsen af den kompetente IPR-regel, må dommeren kvalificere den foreliggende faktiske situation for at kunne subsumere den under IPR-reglernes retlige begreber. Robertson er enig med de forfattere, som hævder, at denne kvalifikation skal ske efter *lex fori*, men han pointerer, at dette for ham ikke er en logisk nødvendighed, men derimod kun »an easy, practical test in default of anything better«⁶¹⁾, og han hævder derfor også, at dommeren i sådanne tilfælde, hvor andre retssystemer er bedre egnede, ikke bør fastholde sit eget lands kvalifikation, men derimod foretrække den kvalifikation, som disse fremmede retssystemer giver. Som eksempel på dette nævner han, at *lex rei sitae* bør anerkendes som kompetent ved kvalifikationen af et godes retlige karakter, ligesom han går ind for Lorenzens undtagelse for de tilfælde, hvor *lex causae* kun kan være en af to fremmede love, og hvor begge disse kvalificerer de faktiske forhold på samme måde, uanset om denne ikke stemmer med opfattelsen i *lex fori*.

Når Robertson således som hovedregel anerkender *lex fori*-teorien, skal dette dog ikke forstås i streng forstand. Da kvalifikationsproblemet også for ham er et spørgsmål om fortolkningen af IPR-reglernes retlige begreber, hævder han i overensstemmelse med Maury, at disse begreber må være videre end de tilsvarende begreber i den interne *lex fori*, idet begreberne også skal kunne rumme fremmede retsinstitutter, som er mere eller mindre ukendte der⁶²⁾. Som eksempel herpå nævner han, at begrebet »marriage« i den engelske IPR-regel vedrørende ægteskabers gyldighed må være videre end det tilsvarende interne engelske begreb, idet det ellers vil være umuligt for en engelsk domstol at anerkende et sovjetrussisk ægteskabs gyldighed, hvilket imidlertid er sket i praksis⁶³⁾ til trods for, at disse ægteskaber er langt lettere opløselige end de engelske. Et andet eksempel er det franske »régime des biens«, til hvil-

⁶¹⁾ Robertson p. 74.

⁶²⁾ Robertson p. 32-34 og p. 80 ff.

⁶³⁾ Nachimson v. Nachimson (1930) P. 217.

ket der ikke findes noget tilsvarende institut i engelsk ret, hvad dog ikke har forhindret en engelsk domstol i at anerkende dets gyldighed ⁶⁴⁾, og omvendt har franske domstole i flere tilfælde anerkendt gyldigheden af de engelske »trusts«, selv om dette retsinstitut er ganske ukendt i fransk ret. Robertson foretrækker derfor at sige, at dommeren skal kvalificere efter principperne i hans eget lands international-privatretnlige system.

Ligesom Maury er Robertson klar over, at hans teori er en tilnærmelse til den komparative teori, men han mener dog, der er en afgørende forskel mellem denne teori og hans, idet »the former view makes comparative law the master and the latter makes it the servant of the judge who is called on to characterize« ⁶⁵⁾.

På det andet stadie skal dommeren kvalificere tilknytningsfaktorerne og derved bestemme *lex causae*. Robertson er fuldstændig enig med Kahn og Falconbridge i, at denne kvalifikation skal ske efter *lex fori*, men i modsætning til disse forfattere mener han ikke, at de retlige begreber, der udgør tilknytningsfaktorerne, nødvendigvis må være identiske med de interne begreber, idet han også her hævder den opfattelse, at IPR-reglerne må danne deres egne begreber. I lighed med Kahn gør han dog en undtagelse for så vidt angår statsborgerskabet, idet han indrømmer, at dette kun kan bestemmes af det land, i hvilket den pågældende person påstås at være statsborger.

Det tredje stadie kalder Robertson »delimitation and application of the proper law«. Det, der her skal kvalificeres, er det kompetente retssystemets (*lex causae*) regler, og denne kvalifikation er nødvendig, for at dommeren kan finde ud af, hvilke af det pågældende lands regler, han skal anvende på det faktiske forhold, som IPR-reglen har henvist til bedømmelse. Robertson mener, at dommeren, når han ved den primære kvalifikation har fastslået, at den foreliggende sag f. eks. drejer sig om et ægteskabs gyldighed eller om et arveretligt krav, skal foretage en

⁶⁴⁾ De Nichols v. Curlier (1900) A. C. 21, jfr. Morris, p. 311.

⁶⁵⁾ Robertson p. 91.

afgrænsning indenfor retsreglerne i *lex causae*, således at han kun anvender de regler, der må kvalificeres som vedrørende henholdsvis ægteskabers gyldighed eller arveretlige krav. I denne forbindelse kritiserer han Falconbridges fremstilling, idet denne efter hans opfattelse ikke skelner tilstrækkelig skarpt mellem den *primære kvalifikation* af de faktiske omstændigheder og den her nævnte efterfølgende kvalifikation af retsreglerne i *lex causae*, som Robertson kalder den *sekundære kvalifikation*. Således henviser han til, at Falconbridge i sine eksempler behandler spørgsmålet om, hvorvidt en forældelsesregel er materiel eller processuel som et spørgsmål, der rejser sig på det første stadie i sagens afgørelse. Dette mener Robertson imidlertid er forkert, idet der på det første stadie kun er tale om, at dommeren skal kvalificere de foreliggende fakta og f. eks. bestemme, at den ham forelagte sag drejer sig om en fordrings gyldighed. Efter denne primære kvalifikation er dommeren i stand til at bestemme, hvilken af hans eget lands IPR-regler, han skal anvende, og ved hjælp af den i den pågældende IPR-regel indeholdte tilknytningsfaktor kan han bestemme den for sagens endelige bedømmelse kompetente retsorden, som i det foreliggende tilfælde forudsættes at være et for dommeren fremmed lands ret. Først herefter opstår spørgsmålet om kvalifikationen af dette lands forældelsesregler, og dette spørgsmål, mener Robertson, må afgøres i overensstemmelse med opfattelsen i den fremmede *lex causae*, idet der her er tale om sekundære kvalifikationer. Robertson mener ligeledes, at Falconbridges behandling af sagen Ogden v. Ogden er forkert, fordi det der foreliggende spørgsmål om reglen i C. C. art. 148's egenskab af formforskrift eller habilitetsregel ikke er et spørgsmål om primær, men derimod om sekundær kvalifikation, idet dommeren ved den forudgående primære kvalifikation af de faktiske omstændigheder har fastslået, at sagen drejer sig om gyldigheden af et ægteskab ⁶⁶⁾, hvorfor han skal bedømme ægteskabets formgyldighed efter de formforskrifter, der er gældende

⁶⁶⁾ Robertson p. 87-88 og p. 239 ff.

i det land, hvor ægteskabet er indgået, medens parternes habilitet skal bedømmes efter habilitetsreglerne i det eller de lande, hvor de er domicilerede. Når dommeren derfor i et tilfælde som Ogden-sagen skal bestemme, hvilke retsregler der i det ene land er formforskrifter, og hvilke der i det andet land er habilitetsregler, mener Robertson, at han kun kan gå frem efter opfattelsen i de pågældende lande⁶⁷⁾. I modsætning til hvad der gjaldt ved den primære kvalifikation, er dette efter Robertsons opfattelse ikke en løsning, der vælges i mangel af noget bedre, men derimod den eneste følgerigtige løsning, idet en domstol, når den henviser et spørgsmål til afgørelse efter reglerne i et fremmed retssystem, kun kan siges virkelig at anvende dette lands ret, hvis den anvender de retsregler, som ifølge opfattelsen i det pågældende land vedrører det spørgsmål, der er henvist til bedømmelse, uanset om denne fremmede kvalifikation af reglerne ikke stemmer med det syn, *lex fori* har på de pågældende regler. Som et yderligere argument for denne metode henviser Robertson til, at den medfører, at »no conflicts of characterization will be possible at this stage, because in no case will the characterization of one system of law be applied to the rules of another system of law«⁶⁸⁾.

Dette sidste argument er dog ikke holdbart, idet Robertsons sekundære kvalifikation efter *lex causae* netop ofte vil føre til de lovakkumulationer eller lovvakui, som allerede Kahn havde bemærket muligheden af. Robertson er selv klar over dette, hvilket kommer frem i hans behandling af spørgsmålet om kvalifikationen af forældelsesreglerne⁶⁹⁾. Når dommeren ved en primær kvalifikation har bestemt, at en foreliggende sag drejer sig om gyldigheden af en fordring, og at dette spørgsmål skal afgøres af en fremmed ret, kan dommeren ikke anvende sit eget lands forældelsesregler, hvis disse betragtes som materielle, og vil på den anden side tilsyneladende også være afskåret

⁶⁷⁾ Robertson p. 130 ff.

⁶⁸⁾ *ibid.* p. 122.

⁶⁹⁾ *ibid.* p. 248 ff.

fra at anvende forældelsesreglerne i *lex causae*, hvis disse regler af dette retssystem kvalificeres som processuelle, idet dommeren kun anvender sit eget lands procesregler. Dette vil imidlertid medføre, at dommeren må betragte fordringen som uforældelig, til trods for at forældelsen måske er indtrådt efter såvel *lex fori* som *lex causae*. Som det vil erindres, havde Kahn allerede gjort opmærksom på dette forhold i sin gennemgang af en af Reichsgerichts domme og kritiseret det skarpt ⁷⁰⁾. Robertson er også klar over det uholdbare i dette resultat, som er en direkte logisk følge af at gennemføre den sekundære kvalifikation efter *lex causae*, men dette får ham dog ikke til at opgive teorien, idet han blot søger at undgå det uheldige resultat ved at henvise til, at »it seems much more reasonable that when the statute (forældelsesreglen) has run in both countries, the action should not be allowed to succeed . . . ⁷¹⁾.

Hermed har Robertson imidlertid faktisk gjort en virkårlig undtagelse fra sin hovedregel, og dette får da også Lorenzen til i en artikel, som blev offentliggjort i 1941 ⁷²⁾, at forkaste Robertsons teori om den sekundære kvalifikation efter *lex causae*, idet han i stedet også her vil kvalificere efter *lex fori*. Lorenzen ændrer iøvrigt i denne artikel sin tidligere opfattelse, idet han i overensstemmelse med Robertson anerkender, at de retlige begreber i IPR-reglerne må være videre end de tilsvarende begreber i den materielle *lex fori*.

D. *Cheshire*.

Den engelske forfatter Cheshire når i sidste udgave af sin »*Private International Law*« ⁷³⁾ til et resultat, der i

⁷⁰⁾ Jfr. ovenfor p. 23 f.

⁷¹⁾ Robertson p. 253.

⁷²⁾ Lorenzens nye artikel »The qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws« er offentliggjort i *Yale Law Journal* 1941 p. 743 ff. og er genoptrykt i *Selected Articles* p. 115 ff.

⁷³⁾ 3. udg., 1947. I de to tidligere udgaver fra 1935 og 1938 hævdede Cheshire andre synspunkter. Det er iøvrigt et talende træk om hele problemets vanskelige karakter, at Cheshire i indlednin-

hovedsagen er det samme som Robertsons. Det er kun ved den sekundære kvalifikation (hos Cheshire »classification«), at hans opfattelse afviger fra Robertsons⁷⁴⁾, idet Cheshire vil sondre imellem, om sagens materielle bedømmelse skal ske efter et eller flere retssystemer. Grunden til, at det er nødvendigt at anlægge sondringen efter den »materielle« bedømmelse, er den, at der, så snart en dommer skal bedømme en sag efter et fremmed lands regler, i virkeligheden altid vil være tale om, at dommeren anvender to forskellige landes retsregler, idet han foruden de fremmede regler altid anvender sine egne processuelle regler. Cheshire holder imidlertid dette spørgsmål om de processuelle regler udenfor sin sontring og kommer til det resultat, at dommeren, når der kun er tale om en enkelt materiel *lex causae*, skal kvalificere dennes retsregler i overensstemmelse med denne lovs egen opfattelse, hvilket altså er det samme som Robertsons generelle teori for den sekundære kvalifikation. Er der derimod tale om, at sagen materielt skal bedømmes efter to eller flere retssystemer, som altså hver for sig skal tages i anvendelse ved bedømmelsen af et delspørgsmål i den endelige afgørelse, henviser Cheshire dommeren til at kvalificere de enkelte fremmede retsregler i deres sammenhæng med de andre regler i vedkommende fremmede retssystem, men på basis af opfattelsen i hans eget lands internationale privatret, som altså ikke behøver at falde sammen med kvalifikationen i den materielle *lex causae*. I denne forbindelse fremhæver Cheshire også det synspunkt, som med stor styrke er fremført af amerikaneren Cook, hvor-

gen til 3. udgave af sin bog udtaler: »I have modified my views on the baffling problem of classification, probably not for the last time«.

⁷⁴⁾ Cheshire synes dog også at have en noget anden opfattelse af, hvad det er, der kvalificeres, idet han ikke taler om de faktiske omstændigheder eller den faktiske situation, men derimod om »the juridical question raised by the pleadings« (p. 61). Hans opfattelse synes således på dette punkt at falde sammen med Falconbridges.

efter det langt fra er givet, at en regel, fordi den for interne formåls skyld kvalificeres på en måde, også nødvendigvis må kvalificeres på tilsvarende måde for internationalprivatrethlige formåls skyld⁷⁵⁾).

Hvad endelig angår de processuelle regler, hævder Cheshire, at dommeren altid skal anvende sine egne processuelle regler, medens han skal se bort fra sådanne fremmede regler, der må kvalificeres som processuelle. Det er klart, at dommeren ved afgørelsen af, hvilke af hans egne regler, der er processuelle, skal gå ud fra opfattelsen i *lex fori*, medens Cheshire principielt mener, at afgørelsen af, hvilke fremmede regler der er processuelle, bør ske efter opfattelsen i *lex causae*. Cheshire er dog også klar over, at dette kan medføre de ovenfor nævnte uheldige resultater, hvor hverken forældelsesreglerne i *lex fori* eller *lex causae* er anvendelige. Han nævner Lorenzens angreb på Robertsons teori om sekundær kvalifikation efter *lex causae*, men tilbageviser det, idet han henviser til, at kvalifikationer kun har en relativ betydning efter det formål, de skal tjene. Selv om *lex fori* for internretlige formåls skyld kvalificerer en af sine egne retsregler som materiel, er det ikke udelukket, at dommeren for internationalprivatrethlige formåls skyld bør kvalificere den som processuel, og omvendt kan dommeren ikke være udelukket fra af hensyn til anvendelsen af sine egne IPR-regler at kvalificere en fremmed retsregel som materiel, til trods for at den fremmede *lex causae* for sine egne internretlige formåls skyld kvalificerer den som processuel. Det er imidlertid vanskeligt at se, at dette skulle være en udvej, der bedre harmonerer med hovedreglen om den fremmede retsregels kvalifikation efter *lex causae* end Robertsons ovennævnte synspunkt, idet Cheshire jo her i virkeligheden lader domstolslandets internationale privatret kvalificere den fremmede regel uden hensyn til opfattelsen i *lex causae*. For en sikkerheds skyld bør det måske pointeres, at det her foreliggende spørgsmål om en regels kvalifikation som processuel eller materiel *ikke* har

⁷⁵⁾ Cook p. 159 ff. og p. 220 ff.

noget at gøre med den af Cheshire ovenfor nævnte gruppe af sekundære kvalifikationer, hvor der er mere end en *lex causae*, idet forfatteren netop holdt de processuelle spørgsmål udenfor denne gruppe.

VI. *Den tyske teori.*

I Tyskland har hovedparten af forfatterne også sluttet sig til *lex fori*-teorien, idet de i reglen betragter kvalifikationsproblemet som et spørgsmål om fortolkningen af de i IPR-reglerne indeholdte retlige begreber, og tillige som spørgsmålet om løsningen af den konflikt, som de mener opstår mellem de forskellige måder, hvorpå landene kvalificerer et bestemt retsforhold eller bestemte retsregler.

A. *Melchior.*

Som et typisk eksempel herpå kan nævnes Melchiors behandling af problemet. Hans udgangspunkt er, at den internationale privatret bestemmer »welchem örtlichen Recht Rechtsverhältnisse unterworfen sind«⁷⁶⁾. For at betegne disse retsforhold anvender IPR-reglerne retlige begreber, og problemet er derfor, efter hvilket lands ret disse begreber skal fortolkes, Melchior går her ind for *lex fori*-teorien, som han begrundet med, at den internationale privatret er national ret, hvorfor det må antages, at lovgiveren, når han i IPR-reglerne anvender begreber, som også forekommer i den interne ret, har villet give disse begreber det samme indhold, som de har i den interne ret⁷⁷⁾. Man må imidlertid ikke slutte heraf, at IPR-reglernes begreber og de interne begreber fuldstændig dækker hinanden, idet dette ville medføre, at domstolen ville være afskåret fra at bringe sådanne fremmede retsinstitutter og retsregler til anvendelse, som adskiller sig fra de tilsvarende interne retsinstitutter og retsregler. »Ein Verlangen völliger Gleichartigkeit müsste das deut-

⁷⁶⁾ Melchior p. 108.

⁷⁷⁾ *ibid.* p. 115 f.

sche internationale Privatrecht gegenstandslos machen. Also müssen jene Begriffe im deutschen internationalen Privatrecht einen weiterreichenden Inhalt haben, als ihnen zuzuweisen wäre, wenn man annähme, dass sie mit den entsprechenden Begriffen des deutschen inneren Rechts identisch seien. . . . Die Kategorien unseres internationalen Privatrechts fassen mehr als nur das, was unser nationales Recht ihnen zuteilt; sie lassen noch Raum für gewisse Abweichungen«⁷⁸⁾).

Melchior pointerer dog, at disse afvigelser ikke må gå udenfor rammerne af de retlige begreber i IPR-reglerne. Han mener derfor, at Kahn går for vidt, når han kun forlanger, at de fremmede retsinstitutter i deres »Kern« er de samme som de tilsvarende hjemlige institutter⁷⁹⁾. Der må forlanges en vis højere »Ähnlichkeit«, omend det ikke er muligt at fastsætte denne efter rent objektive kriterier.

Efter Melchiors opfattelse må det under disse omstændigheder være en forudsætning for kvalifikationen, at dommeren først har undersøgt og nærmere fastslået indholdet af den fremmede ret. Dette kan synes at indebære en cirkelslutning, men Melchior mener ikke, dette er tilfældet, idet de fremmede retssystemer, der kan komme på tale, i reglen er ganske få og giver sig af sig selv. Den fremgangsmåde, dommeren skal anvende ved kvalifikationen, sammenfatter han på følgende måde: »Die erste Gedankenoperation des Richters ist die unter Zugrundelegung seines eigenen internationalen Privatrechts erfolgende Feststellung, auf welche Fragen es ankommt. Diese Fragen müssen nach den örtlichen Konfliktnormen des Richters, und, soweit diese Konfliktnormen Begriffe verwenden, die im inneren Recht des Richters vorkommen, unter Berücksichtigung des inneren Rechts des Gerichts gestellt werden. Zur Beantwortung der Fragen bedarf es einer weiteren Tätigkeit, bevor die Anwendung eines fremden inneren Rechts stattfindet. Der Richter muss sich nämlich Gewissheit darüber verschaffen, was der Inhalt der mög-

⁷⁸⁾ Melchior p. 118.

⁷⁹⁾ Jfr. ovenfor p. 25.

licherweise in Betracht kommenden fremden Rechte ist. Wenn er den Inhalt festgestellt hat, muss er nach seinen internationalprivatrechtlichen Normen die Klassifizierung vornehmen, und, wo diese Normen Begriffe verwenden, die auch im inneren Recht vorkommen, die eigenen international-privatrechtlichen Normen auf Grund des eigenen inneren Rechts auslegen«⁸⁰⁾).

Det vil ses, at Melchior's teori i hovedsagen stemmer overens med Falconbridges ovenfor refererede teori⁸¹⁾, og der kan derfor rejses den samme indvending imod den som imod Falconbridges teori, nemlig at den ofte fører til tilfælde af lovkumulation eller lovvakuum. Melchior er tilsyneladende selv klar over dette, men han tvinges af sin egen opfattelse, at den internationale privatrets genstand er retsforhold med fremmed tilknytning, til alligevel at fastholde teorien konsekvent, omend han dog for at afbøde alt for abnorme resultater henviser til, at dommeren kan bringe ordre public-reglen i anvendelse⁸²⁾.

B. *Lewald.*

Lewald er af den opfattelse, at IPR-reglernes genstand ikke er rent faktiske forhold eller fakta, men derimod de retsspørgsmål, der rejser sig af sådanne faktiske forhold eller fakta⁸³⁾, og det, dommeren skal kvalificere, er da disse retsspørgsmål. Med hensyn til spørgsmålet om, hvilken lovgivning dommeren skal lægge til grund for kvalifikationen, vil Lewald ikke udelukkende gå ind for *lex fori*, idet han mener, at det i visse tilfælde vil være rigtigere at kvalificere efter *lex causae*. For at vise dette foretager han en sontring mellem IPR-reglerne, idet han mener, disse kan deles op i tre grupper⁸⁴⁾. Den første

⁸⁰⁾ Melchior p. 122 f.

⁸¹⁾ Jfr. ovenfor p. 43 ff.

⁸²⁾ Melchior p. 135 note 1.

⁸³⁾ Lewald p. 10 f. og p. 71 note 3; jfr. også hans bemærkninger i en boganmeldelse i *Juristische Wochenschrift* 1932, p. 2253.

⁸⁴⁾ Lewald p. 11 f. og p. 78 f.

gruppe udgøres af de IPR-regler, der udpeger den lov, der skal bestemme betingelserne for en vis i reglen angivet retsvirknings indtræden. Som eksempel herpå kan nævnes de IPR-regler, der vedrører en persons handleevne eller en retshandels form. Den anden gruppe er de IPR-regler, der udpeger den lov, der skal bestemme retsvirkningerne af et i reglen angivet forhold. Eksempler herpå er reglerne om, efter hvilken lov de personlige eller formueretlige forhold mellem ægtefæller skal bestemmes, idet det givne forhold, hvis retsvirkninger skal bestemmes, er det bestående ægteskab. Et andet eksempel er reglerne om de arveretlige forhold, hvor det givne forhold er en persons død. Den tredje gruppe udgøres af de IPR-regler, der udpeger den lov, der på en gang skal bestemme betingelserne for og retsvirkningerne af et vist forhold. Lewald giver kun et enkelt eksempel på dette, nemlig reglen om at det erstatningsretlige ansvar skal bedømmes efter loven på det sted, hvor den præsumerede erstatningspligtige handling er foretaget, idet han hævder, at denne lov både må bestemme, om handlingen er deliktuel, og hvilke virkninger der følger heraf.

For så vidt angår den første gruppe anerkender Lewald, at *lex fori* må være afgørende, idet der jo her er tale om at bestemme indholdet af et retligt begreb som handleevne eller form, og det må i reglen antages, »que le législateur, en utilisant une notion de ce genre, lui attribue le même sens et la même portée que dans les règles du droit privé interne« ⁸⁵⁾. Lewald mener dog, at det til tider vil være nødvendigt at tage hensyn til *lex causae*, hvilket han ikke anser for ulogisk eller umuligt. Som et eksempel herpå anfører han spørgsmålet om kvalifikationen af forældelsesinstituttet. Lewald opfatter forholdet således, at der eksisterer en ganske vist uskreven tysk IPR-regel, hvorefter forældelsen af en fordring skal bedømmes efter den lov, som er kompetent til at afgøre fordringens materielle gyldighed. Hvis denne lov f. eks. er en af de amerikanske statters, opstår spørgsmålet, da forældelsen efter opfattelsen

⁸⁵⁾ Lewald p. 79.

i denne lov er et processuelt forhold. Lewald mener imidlertid, at dommeren skal se bort fra denne kvalifikation, idet han blot skal sikre sig, at »l'institution du droit étranger répond à la même fonction que l'institution visée dans la règle de conflit«⁸⁶⁾. Dette eksempel er dog ikke overbevisende, idet den af Lewald hævdede IPR-regel vedrørende forældelsen ikke har selvstændig betydning, da den kompetente *lex causae* allerede er bestemt. Der er derfor ikke tale om en kvalifikation for at finde den IPR-regel, hvorunder det foreliggende spørgsmål skal subsumeres, men kun om bestemmelsen af, hvilke af retsreglerne i *lex causae* dommeren skal anvende. Fejlen skyldes, at Lewald ikke sonderer skarpt mellem udfindelsen af IPR-reglen og anvendelsen af *lex causae*.

Ved den anden gruppe af IPR-regler vil Lewald ligeledes anvende *lex fori* ved kvalifikationen, idet IPR-reglerne også her må antages at have lånt de begreber, hvorved de angiver de retsvirkninger, som det gælder om at bestemme, i den interne *lex fori*. Hvad endelig den tredje gruppe angår, hævder Lewald, at det rigtigste vil være at kvalificere efter *lex causae*. Han anfører et eksempel fra tysk retspraksis⁸⁷⁾. Sagen drejede sig om en erstatning for brud på ægteskabsløfte og for besvangrelse. De forlovede var en tysk mand og en belgisk kvinde, og såvel besvangrelsen som ophævelsen af forlovelsen fandt sted i Belgien. Ifølge tysk opfattelse er en forlovelse et kontraktsforhold, hvorfor en uberettiget ophævelse kan medføre erstatningspligt. I belgisk ret betragtes forlovelsen derimod kun som et rent faktisk forhold, hvorfor en ophævelse kun kan give anledning til erstatningskrav, hvis der foreligger en egentlig deliktshandling, der falder ind under erstatningsreglen i C.C. art. 1382, hvilken regel også gælder i Belgien. I det foreliggende tilfælde kvalificerede den tyske dommer sagen som et spørgsmål om erstatning for en retsstridig handling og anvendte derfor

⁸⁶⁾ Lewald p. 80.

⁸⁷⁾ OLG Frankfurt a. M. dom af 5/7 1923 optrykt i IPRRechtspr. 1930 p. 140.

med hjemmel i EGBGB art. 12 belgisk ret, d. v. s. art. 1382, idet den skadegørende handling fandt sted i Belgien. Lewald mener, dette er et bevis for, at man i sådanne tilfælde bør kvalificere efter *lex causae*, da denne lov efter hans opfattelse både skal bestemme, om der foreligger en retsstridig handling, og i bekræftende fald virkningerne heraf, men en nærmere gennemgang af sagen vil vise, at det, den tyske domstol kvalificerede som en deliktshandling, ikke var selve ophævelsen af forlovelsen, men derimod den forførelse, der havde fundet sted, og et sådant forhold er også efter tysk ret (BGB § 825) klart et delikt. Det er derfor tvivlsomt, om det er berettiget at påberåbe sig denne dom som et argument for, at kvalifikationen skal ske efter *lex causae*.

C. Raape.

Raape indleder sin fremstilling af kvalifikationsproblemet med at erklære, at dette problem for ham er et spørgsmål om subsumtionen af en materiel internretlig regel under en af domstolslandets IPR-regler. Dette søger han at vise ved at anføre følgende eksempel⁸⁸⁾. En gift amerikanerinde begår ombord på et amerikansk skib i rum sø ægteskabsbrud med en franskmand. Ifølge amerikansk ret har den krænkede ægtemand ret til erstatning hos franskmænd, og Raape tænker nu, at ægtemanden, da parterne er domicilerede i Tyskland, indstævner franskmænd for en tysk domstol, idet han under påberåbelse af den amerikanske regel påstår den sagsøgte tilpligtet at betale erstatning. I et sådant tilfælde mener Raape, at den tyske dommer må undersøge, om han ifølge tysk international privatret kan anvende den amerikanske regel. Dette kan han, hvis den amerikanske regel er deliktuel, idet tysk teori og praksis med indirekte støtte i EGBGB art. 12 antager, at en skadegørende handling skal bedømmes efter *lex loci delicti*. Der rejser sig derfor tre spørgsmål for

⁸⁸⁾ Raape, Recueil p. 518.

dommeren. For det første: hvad er en deliktsregel, eller rettere hvad er et delikt i den tyske IPR-regels forstand? Dette er udelukkende et spørgsmål om fortolkningen af den tyske IPR-regel og kan derfor kun afgøres efter tysk ret. Raape vil ikke afvise, at et forhold kan være deliktuel efter tysk international privatret uden derfor at være det efter intern tysk erstatningsret, men dette ændrer ikke ved det forhold, at den tyske lovgiver eller den tyske praksis har opstillet IPR-reglen og derfor også selv må være enekompetent til at angive indholdet af de retlige begreber, som reglen betjener sig af.

Det andet spørgsmål, den tyske dommer må tage stilling til, vedrører den amerikanske regel, idet dommeren skal bestemme, om denne regel må kvalificeres som deliktuel. Dette kan kun ske efter den amerikanske opfattelse, for som Raape siger »wer kennt ein Kind besser als die Mutter«⁸⁹⁾. Subsumptionen er imidlertid ikke afgjort hermed, idet dommeren først må undersøge, om det amerikanske deliktsbegreb er identisk med det tyske internationalprivatrethlige deliktsbegreb, d. v. s. om den amerikanske deliktsregel falder ind under deliktsbegrebet i den tyske IPR-regel, idet dette er en absolut betingelse for, at subsumptionen kan foretages og dommeren altså anvende den fremmede retsregel. Denne undersøgelse, mener Raape, kun kan ske på grundlag af *lex fori*, idet der her først og fremmest er tale om anvendelsen af denne lovs IPR-regel.

Raape resumerer selv sin teori således: »Drei Fragen sind also zu beantworten: 1. Welcher Art sind die von der Kollisionsnorm berufenen Sachnormen? 2. Wie beschaffen ist die gegebene (konkrete) Sachnorm? 3. Ist sie von jener Art? Die erste und die dritte Frage beantworten wir (die *lex fori*), die zweite Frage der Staat, um dessen Sachnorm es sich handelt, also gegebenenfalls ein fremder«⁹⁰⁾. Teorien kan derfor efter hans opfattelse både kaldes en *lex fori*-teori og en *lex causae*-teori, men

⁸⁹⁾ Raape, IPR p. 72, jfr. Recueil p. 519.

⁹⁰⁾ Raape, IPR pr. 73.

da det afgørende er besvarelsen af det tredje spørgsmål, mener han, det kan forsvares at kalde teorien for en lex fori-teori.

Såfremt denne teori skal opfattes som en fuldstændig forklaring på, hvorledes dommeren skal afgøre en ham forelagt sag med fremmede elementer, må teorien forkastes, idet den i virkeligheden kun forklarer, hvorledes dommeren skal anvende en allerede given IPR-regel, men *ikke giver nogen vejledning for, hvordan dommeren skal finde den for sagen kompetente IPR-regel*. Hvis man tager Raapes ovennævnte eksempel med den amerikanske ægte-mands søgsmål, synes han uden egentlig begrundelse at gå ud fra, at det er den tyske erstatningsretlige IPR-regel, der skal anvendes, men teorien giver ikke nogen forklaring på, hvorledes dommeren er kommet til dette resultat. Da IPR-reglerne nu engang opererer med retlige begreber for at angive deres anvendelsesområde, er det en absolut nødvendighed, at dommeren først bestemmer, hvorledes den foreliggende sag skal kvalificeres, idet han i modsat fald ikke ved, hvilken IPR-regel der skal anvendes, og derfor heller ikke ved, hvilken af de forskellige mulige tilknytningsfaktorer han i det konkrete tilfælde skal anvende. Dommeren kan derfor ikke i det før nævnte tilfælde vide, om han overhovedet skal tage hensyn til amerikansk ret, før han har kvalificeret sagen som et spørgsmål om erstatning for skadegørende handling. I det nævnte tilfælde er denne kvalifikation vel sket rent ubevidst og automatisk, men i talrige tilfælde vil sagen ikke ligge så klart, og kvalifikationen vil da volde tvivl.

Det er dog et spørgsmål, om ikke Raape selv er klar over dette forhold, men blot foretrækker rent terminologisk at forbeholde udtrykket kvalifikation for de spørgsmål, der opstår under den af ham hævdede nødvendige subsumption af de fremmede retsregler under den allerede givne IPR-regel. Hvorvidt dette er tilfældet, fremgår ikke helt klart af hans fremstilling, men en del af hans udtalelser kunne tyde på det, og denne opfattelse støttes endvidere af, at han forud for sin behandling af kvalifikationsproblemet nævner et andet problem, som han kalder »das

Problem der Abgrenzung«⁹¹⁾), hvorved han forstår spørgsmålet om den indbyrdes afgrænsning af de retlige begreber, hvorved IPR-reglerne angiver deres genstand. Denne afgrænsning vil ofte være nødvendig, fordi de pågældende begreber i reglen er meget omfattende samlebegreber, der ofte overlapper hinanden. Raape mener, at denne afgrænsning kun kan ske på grundlag af det retssystem, reglerne tilhører, idet hele dette problem efter hans mening er et spørgsmål om fortolkningen af IPR-reglerne. Som et eksempel herpå anfører han, at en tysk dommer, hvis han skal afgøre, om et forbud mod gaver mellem ægtefæller falder ind under den i tysk ret uskrevede IPR-regel om gaver eller under de tyske IPR-regler i EGBGB art. 14 og art. 15 (om henholdsvis ægtefællernes personlige forhold og formueforhold), kun kan træffe denne bestemmelse på grundlag af den tyske opfattelse af, hvad hver af disse IPR-regler dækker over. På tilsvarende måde mener Raape, at en tysk dommer kun kan afgøre efter tysk ret, om en ved ægteskab bevirket indskrænkning i en kvindes handleevne, hvilken indskrænkning f. eks. kendes i den franske C. C. art. 217, falder ind under reglen i EGBGB art. 7 om handleevnen eller under den ovennævnte art. 14 om ægtefællernes personlige forhold.

Hele denne formulering af »afgrænsningsproblemet« synes imidlertid at vise, at Raape her har tænkt på problemet om udfindelsen af den kompetente IPR-regel og altså her i overensstemmelse med flertallet af forfatterne går ind for lex fori-teorien, selv om han i modsætning til disse forfattere ikke vil kalde problemet for et kvalifikationsproblem. Nu kan man selvfølgelig anvende hvilken terminologi, man vil, når blot den en gang valgte terminologi fastholdes, men i betragtning af at den langt overvejende del af doktrinen i alle lande ved kvalifikationsproblemet først og fremmest forstår problemet om, efter hvilket retssystem dommeren skal fortolke de retlige begreber i hans eget lands IPR-regler for at kunne bestemme, under hvilken af disse regler en konkret sag falder, virker det

⁹¹⁾ Raape, IPR p. 70, jfr. Recueil p. 477 ff.

kun vildledende at betegne dette problem som et afgrænsningsproblem og samtidig forbeholde udtrykket kvalifikationsproblemet for et fra det nævnte fortolkningsproblem forskelligt spørgsmål ⁹²⁾).

D. Wolff.

Medens alle de foregående tyske forfattere i større eller mindre grad kan siges at være tilhængere af lex fori-teorien, har Martin Wolff ⁹³⁾ forsøgt at genoplive Despagnets lex causae-teori. Wolff går ud fra, at IPR-reglernes genstand er bestemte livsforhold af rent faktisk karakter ⁹⁴⁾, men han opfatter alligevel kvalifikationsproblemet på en lignende måde som Raape, nemlig som et problem vedrørende indordningen af de fremmede retsregler under de retlige begreber i domstolslandets IPR-regler. Han indleder sin fremstilling med at henvise til, at hver retsorden giver de livsforhold, den regulerer, en bestemt retlig karakter eller kvalifikation, og disse kvalifikationer har ikke blot systematisk og pædagogisk værdi »sondern sie sind fast immer Teile von Rechtssätzen, abkürzende Wendungen für eine Fülle von Rechtsbefehlen« ⁹⁵⁾. Som følge heraf kan der opstå vanskeligheder, når »die Frage, welches von mehreren Rechten auf ein bestimmtes Lebensverhältnis anzuwenden sei, davon *abhängt, welche rechtliche Natur* diesem Lebensverhältnis zuzusprechen sei, und *diese* Frage von jedem der beteiligten Rechte *verschieden* beantwortet wird« ⁹⁶⁾, og dette vil efter Wolffs opfattelse igen sige, at vanskeligheden ligger i, »dass wir ausländische Rechtsnormen (und zwar Sachnormen, nicht Kollisionsnormen) in einem System von Sammelmappen

⁹²⁾ Til forsvar for Raape skal det dog anføres, at han egentlig selv foretrækker helt at opgive udtrykket kvalifikationsproblemet til fordel for udtrykket »Das Einreihungsproblem«, jfr. Recueil p. 477.

⁹³⁾ Wolff, IPR p. 44 ff., jfr. PIL p. 146 ff.

⁹⁴⁾ Wolff, IPR p. 1 og PIL p. 4.

⁹⁵⁾ Wolff, IPR p. 45.

⁹⁶⁾ *ibid.* p. 45.

unterbringen müssen, das von den deutschen Kollisionsnormen bereit gestellt ist«. Det afgørende spørgsmål bliver derfor: »Ordnet das deutsche internationale Privatrecht einen ausländischen Rechtssatz so ein, wie ihn das deutsche innere Recht (die deutschen Sachnormen) einordnet (oder, wenn es ihn hätte, einordnen würde)? Oder so, wie dasjenige ausländische Recht ihn einordnet, das bei solcher Einordnung anwendbar ist?«⁹⁷⁾.

Den førstnævnte af disse opfattelser er *lex fori*-teorien, men Wolff forkaster denne, idet han hævder, at der ikke kan anføres nogen egentlig begrundelse for denne teori, hvortil kommer, at teorien er uigennemførlig, »wenn der *lex fori* ein Rechtsinstitut der zu qualifizierenden Art fehlt«. Når flere forfattere har forsøgt at begrunde *lex fori*-teorien ved at henvise til, at IPR-reglerne og de interne regler i *lex fori* er dele af det samme retssystem, hvorfor de retlige begreber i IPR-reglerne må antages at have samme indhold som de tilsvarende interne begreber, indvender Wolff, at dette argument kun kan være gyldigt, hvis IPR-reglernes eneste opgave var at afgrænse anvendelsesområdet for domstolslandets egen ret, hvilket imidlertid ikke er tilfældet, idet reglerne også skal udpege det bestemte fremmede retssystem, som skal anvendes ved sagens bedømmelse, når det af IPR-reglerne fremgår, at sagen falder udenfor de hjemlige materielle retsreglers domæne⁹⁸⁾.

Wolff formulerer derfor sin *lex causae*-teori på følgende måde: »Es ist davon als von einer regelmässigen Erscheinung auszugehen, dass die deutsche internationalprivatrechtliche Ordnung einen auslandsrechtlichen Satz und ein darauf beruhendes Rechtsinstitut genau so auffasst, wie das ausländische Recht selbst solche Sätze und Institute auffasst«⁹⁹⁾. Wolff er selv klar over, at dette til-

⁹⁷⁾ Wolff, IPR p. 48.

⁹⁸⁾ Wolff, PIL p. 152.

⁹⁹⁾ Wolff, IPR p. 48, jfr. PIL p. 155, hvor det hedder: »... that every legal rule takes its classification from the legal system to which it belongs«.

syneladende er en cirkelslutning, men hævder, at dette kun skyldes den måde, hvorpå IPR-reglerne sædvanligvis er udformet, og at man ved en omtydning eller omdannelse af reglerne vil komme ud af den onde cirkel. Således betyder reglen: »Für das eheliche Güterrecht gilt das Recht des Staates, dem der Ehemann bei der Eheschliessung angehörte« i virkeligheden: »sind zwei Personen miteinander verheiratet, so gelten alle diejenigen Sätze des genannten Staates, die nach dem Rechte dieses Staates ehегüterrechtlicher Natur sind«, og på tilsvarende måde betyder IPR-reglen »für die Beerbung gilt das Recht des Staates, dem der Erblasser bei seinem Tode angehörte« i virkeligheden: »Stirbt ein Mensch, so gelten alle diejenigen Sätze seines letzten Heimatrechtes, die nach diesem Rechte erbrechtlicher Natur sind«¹⁰⁰). Disse omdannelser er efter Wolffs mening fuldt tilladelige, og anvendelsen af dem indebærer ikke en cirkelslutning.

Det er dog ikke hos Wolff, man finder den bedste fremstilling af den moderne *lex causae*-teori, men derimod hos Wigny¹⁰¹), som ganske vist selv er tilhænger af den komparative teori, men som på den anden side ikke mener, at anvendelsen af *lex causae* ved kvalifikationerne nødvendigvis er en cirkelslutning. Idet han søger at tydeliggøre Wolffs teori, hævder han, at der bag ved hver IPR-regel findes en hjælperegul eller kvalifikationsregel, der er underforstået i IPR-reglen. Når dommeren derfor kvalificerer efter *lex causae*, sker det »non parce qu'elle (d. v. s. *lex causae*) est la loi compétente désignée par la règle de conflit, mais parce qu'elle est également choisie par la règle accessoire relative aux qualifications«¹⁰²). Som et eksempel tager Wigny den franske IPR-regel i C. C. art. 3, stk. 3, hvorefter en persons handleevne skal bedømmes efter hans nationale lov. Efter Wignys opfattelse er der intet, der hindrer, at man ved siden af eller bag ved denne

¹⁰⁰) Wolff, IPR p. 49, jfr. PIL p. 155-56.

¹⁰¹) Wigny, »Remarques sur le problème des qualifications« i *Revue crit.* 1936 p. 392 ff.

¹⁰²) Wigny p. 404.

regel opstiller »une règle complémentaire selon laquelle la définition de la capacité serait donnée également par la loi nationale. Notons soigneusement que cette seconde règle ne désigne pas la *lex patriae* parce qu'elle est applicable en matière de capacité. Elle choisit la loi nationale en parfaite indépendance des résultats auxquels conduit l'application de la règle de conflit principale«¹⁰³⁾.

Wolff gør dog selv opmærksom på, at hans teori kan medføre visse vanskeligheder¹⁰⁴⁾, idet der kan opstå tilfælde, hvor to landes love på en gang synes anvendelige på det samme forhold, idet de to lande kvalificerer sagen forskelligt og netop gennem den kvalifikation, de anlægger, udpeges som *lex causae* af hver sin af domstolslandets IPR-regler. Eksempelvis kan nævnes et tilfælde, hvor en svensker efter at have indgået ægteskab bliver tysk statsborger. Ved sin død efterlader manden sig en enke og en søn. Enken rejser overfor den tyske skifteret krav på andel i boet. Da svensk ret ikke giver enker nogen arveret, når der også efterlades livsarvinger¹⁰⁵⁾, men kun en ægteskabsformueretlig ret til at udtage halvdelen af boet som boslod, mener Wolff, at svensk ret vil kvalificere enkens krav som formueretligt. Da det formueretlige forhold mellem ægtefæller efter EGBGB art. 15 netop skal bedømmes efter svensk ret, idet ægteemanden ved ægteskabets indgåelse var svensk statsborger, fører *lex causae*-teorien til, at den nævnte svenske regel skal anvendes. Imidlertid viser det sig, at dommeren også må anvende de tyske arve-regler, der giver enken krav på $\frac{1}{4}$ af boet, idet tysk ret,

¹⁰³⁾ Wigny p. 404.

¹⁰⁴⁾ Wolff, IPR p. 52 f., jfr. PIL p. 163 f.

¹⁰⁵⁾ I stedet for en egentlig arveret hjemler den svenske giftermålsbalken, kap. 13, § 12, altid den efterlevende ægtefælle ret til af boet — for så vidt dette kan tilstrække — at udtage midler, som i forbindelse med, hvad ægtefællen eventuelt har som sær-eje, udgør et samlet beløb af 3.000 kr. Denne regel opfattes i svensk ret ikke som en arveretlig regel, men som en bodelingsregel, jfr. Malmström p. 46 f. og det danske udkast til konvention mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige om arv og dødsboskifte, 1933, p. 33, men cfr. Malmar i SvJT 1932, p. 525 f.

som i det foreliggende tilfælde ifølge EGBGB art. 24 er arvestatuttet, kvalificerer enkens krav som arveretligt. I et sådant tilfælde mener Wolf derfor, at den tyske dommer skal anvende både den svenske ægteskabsregel og den tyske arveregel og altså tilkende enken $\frac{5}{8}$ af boet ($\frac{1}{2} + \frac{1}{4}$ af den resterende halvdel), idet en sådan kumulation hverken er forbudt efter svensk eller efter tysk ret, men på den anden side er han dog klar over, at en kumulation ikke altid er mulig, og dommeren må da i sådanne tilfælde ved fortolkning af de to landes interne ret søge at finde en anvendelig løsning.

Lex causae-teorien kan imidlertid ikke blot føre til lov-kumulationer, men også til de betydelig mere alvorlige lovvakui, hvilket skyldes, at de kvalifikationer, som landene giver en konkret sag, medfører, at de til de pågældende kvalifikationer svarende IPR-regler i lex fori ikke udpeger de respektive lande som lex causae. Hvert land afviser altså kompetencen for sit vedkommende. Som et eksempel herpå kan nævnes det omvendte tilfælde af det ovenfor anførte, nemlig at en tysk dommer skal bedømme en sag, hvor et tysk ægtepar senere er blevet naturaliseret i Sverige. Ved mandens død kan hustruen ikke kræve den tyske arveregel bragt til anvendelse, idet arvestatuttet er svensk og ikke tysk ret. Ligeledes synes hun heller ikke at kunne fordré halvdelen af boet efter svensk ret, idet formueforholdet mellem ægtefællerne skal bedømmes efter tysk ret. Wolff er klar over, at det vil være urimeligt, om hustruen således ikke skulle kunne kræve noget i boet, og mener derfor, at en løsning vil kunne opnås ved en fornuftig fortolkning af den materielle svenske ret. En sådan fortolkning vil nemlig vise, at grunden til, at den svenske hustru ikke har nogen arveret, er den, at den svenske ret mener, hun er godt nok stillet, når hun får sin ægteskabsretlige boslod. Når denne sikring af enken imidlertid svigter, fordi de svenske regler om formueforholdet mellem ægtefællerne ikke kan anvendes, mener Wolff, at dommeren alligevel må kunne tilkende hende den nævnte halvdel som svensk arveret. Dette støtter han yderligere på, at den svenske ret ikke tillader, at hustruen ved en ægtepagt

giver afkald på sin ret til halvdelen af boet, hvilket viser, at den svenske ordning er tvingende, således at »die güterrechtliche Einordnung für den Fall der Unanwendbarkeit des Güterrechts eine erbrechtliche Qualifizierung in sich schliesst«. På tilsvarende måde mener Wolff, at det må være muligt at løse andre tilfælde af lovvakui ved en konstruktiv fortolkning af de pågældende landes materielle ret. Iøvrigt hævder han, at denne fortolkning ikke er et international-privatrethtligt spørgsmål, idet IPR-reglernes rolle er udspillet med udpegelsen af *lex causae*.

Det er bemærkelsesværdigt, at Wolff ikke behandler det ovenfor nævnte tilfælde vedrørende kvalifikationen af forældelsesreglerne som et tilfælde af lovvakuum, men derimod hævder, at den tyske dommer må være berettiget til at se bort fra den engelsk-amerikanske kvalifikation af reglerne som processuelle, idet dommeren må have ret til at udøve en vis korrigerende virksomhed overfor fremmede kvalifikationer for at efterprøve, om disse virkelig stemmer med indholdet af det pågældende lands ret, hvad han altså ikke mener, den engelsk-amerikanske kvalifikation gør. Herved synes Wolff imidlertid at gøre sin teori om kvalifikation efter *lex causae* mere eller mindre illusorisk, idet det ikke er muligt at fastsætte en grænse for, hvor langt dommeren må gå i udøvelsen af denne korrigerende virksomhed, således at resultatet ofte kan blive, at dommeren under påberåbelse af at korrigere den fremmede kvalifikation simpelt hen udskifter denne med opfattelsen i *lex fori* ¹⁰⁶).

VII. *Den komparative teori.*

Som nævnt i indledningen har visse forfattere søgt at komme udenom de fejl, som såvel *lex fori*-teorien som *lex causae*-teorien efter disse forfatteres mening er behæftet med, idet de har henvist til, at de retlige begreber i IPR-

¹⁰⁶) Jfr. Maury, p. 488, hvor det bemærkes: »N'est-ce pas dire qu'il (d. v. s. dommeren) va lui-même qualifier de façon indépendante et, pour une large part au moins, d'après les conceptions de son propre droit?».

reglerne hverken kan antages at hidrøre fra *lex fori* eller *lex causae*, men må dannes ved retssammenligning mellem de til hinanden svarende retsfænomener i alle lande.

A. *Rabel*.

Som grundlægger af denne komparative teori — i det mindste i dens moderne form¹⁰⁷⁾ — må man utvivlsomt anse den tyske professor Ernst Rabel. Denne indleder sin fremstilling¹⁰⁸⁾ med at fastslå, at kvalifikationsproblemet er spørgsmålet om, på hvilket grundlag dommeren skal fortolke de retlige begreber i IPR-reglerne for at bestemme disse begrebers indhold. Han undersøger derefter, hvad det er, IPR-reglerne henviser til bedømmelse ved en bestemt retsorden, og kommer, efter at have forkastet Kahns idé om de abstrakte retsforhold, til det resultat, at det kun kan være »Lebensverhältnisse«, d. v. s. rent faktiske forhold, der henvises. Ved sin derpå følgende kritiske gennemgang af *lex fori*-teorien retter han den indvending imod den, at »alles was die einheimische Rechtsordnung von der fremden unterscheidet, bildet zugleich einen Gegensatz zwischen der Kollisionsnorm, die auf fremde Rechtsätze verweist, und diesen selbst. Es ist eine Quelle zahlloser Diskrepanzen«¹⁰⁹⁾. Rabel henviser da også til, at selv de ivrigste *lex fori*-tilhængere har måttet afstå fra at gennemføre teorien til dens yderste konsekvenser og i stedet har måttet indrømme, at det er tilstrækkeligt, at de fremmede retsregler og retsinstitutter, til hvilke IPR-reglen henviser, har en vis lighed eller et vist slægtskab med de interne retsregler og retsinstitutter i *lex fori*, men

¹⁰⁷⁾ Den italienske forfatter Gemma hævdede allerede i sin i 1899 udkomne bog »Propedeutica al diritto internazionale privato«, at kvalifikationerne ikke kunne bestemmes på grundlag af *lex fori*, men kun på grundlag af internationale kriterier, jfr. Maury p. 468 og Hakki, »Les Conflits de Qualifications« p. 98.

¹⁰⁸⁾ Rabels artikel »Das Problem der Qualifikation« findes i ZAIPR 1931, p. 241 ff. Artiklen er senere i let sammentrængt form gengivet i Revue Darras 1933, p. 1 ff.

¹⁰⁹⁾ Rabel p. 255.

Rabel mener ikke, det vil være tilstrækkeligt at nøjes med at anerkende sådanne beslægtede regler og institutter. Der vil ofte kunne tænkes fremmede retsinstitutter, som overhovedet ikke viser noget slægtskab med de hjemlige institutter, uden at det derfor vil være berettiget, at dommeren ud fra ordre public-synspunkter afviser anvendelsen af dem, og uden at det derfor skulle være nødvendigt, at dommeren erklærer ikke at have kompetence til at påkende sagen.

Grunden til, at disse fremmede retsinstitutter og retsregler kan have betydning ved bestemmelsen af den kompetente IPR-regel, mener Rabel, er den, at de faktiske forhold ofte vil foreligge for dommeren i en vis retlig form, som dommeren må tage hensyn til ved kvalifikationen, hvorfor han, såfremt denne retlige form støtter sig til retsreglerne i et fremmed retssystem, må inddrage disse regler i sine overvejelser. Dette betyder dog ikke, at dommeren skal kvalificere efter den fremmede ret, men kun at de retlige begreber i IPR-reglerne ved »eine schöpferische Auslegung« må gives et sådant indhold, at »einerseits die Rechtsfrage, die die Kollisionsnorm zur Voraussetzung nimmt, von der Rechtsordnung, die zur Entscheidung berufen wird, beantwortbar sein muss, und dass andererseits Kollisionsregeln gebildet werden müssen, deren Wirkungen nach Möglichkeit das Feld der gesamten Rechtsercheinungen der Welt erschöpfen, so dass auch die der lex fori fremdartigen Gebilde im Kollisions-system untergebracht werden«¹¹⁰). Denne fortolkning kan derfor kun ske ved abstraktion og retssammenligning, som vel udgår fra begreberne i lex fori, men som kun tager hensyn til grundtanken i disse begreber. Rabel udtrykker dette således: »Wir nehmen aus ihm (d. v. s. lex fori) nur einen Grundgedanken, und diesen *wegen* seiner Wiederkehr in fremden Rechten. Der Tatbestand der Kollisionsnorm bezieht sich nicht auf eine Erscheinung der lex fori, der dann Erscheinungen fremder Rechte gleichzustellen sind, sondern von vornherein auf das Gemeinsame dieser

¹¹⁰) Rabel p. 263.

Rechtserscheinungen«¹¹¹⁾. Som et eksempel på fortolkningen henviser Rabel til, at udtrykket »Vormundschaft« i EGBGB art. 23 ikke skal forstås som lig med det tyske værgemålsbegreb eller som lig med et tilsvarende begreb i fremmed ret, men derimod som alle de ofte højst forskellige retsinstitutter, der indenfor de civiliserede lande har til opgave at regulere repræsentationen og den personlige omsorg for sådanne personer, der ikke er i besiddelse af den fulde handleevne, men som heller ikke er underkastet forældremyndighed.

Rabel er dog klar over, at hans teori ofte vil være vanskelig at gennemføre, idet den komparative retsvidenskab endnu på mange punkter er for uudviklet. Han understreger da også flere gange, at hans teori kun skal forstås de lege ferenda, og at de vanskeligheder, der møder dommeren ved retssammenligningen, vil være store, men på den anden side hævder han, at det er urigtigt, hvis man tror, at fælles retsbegreber kun kan dannes ved internationale aftaler.

Den af Rabel foreslåede komparative teori består altså i en fuldstændig emancipering af den internationale privatret fra *lex fori*. Herved adskiller teorien sig fra den især af Maury og Robertson¹¹²⁾ hævdede »udvidede« *lex fori*-teori, hvor der vel også forfægtes en vis emancipering fra begreberne i *lex fori*, men hvor denne lovs opfattelse dog stadig er det sikre udgangspunkt. På den anden side er grænsen mellem de to teorier ikke skarp, idet der kun er tale om gradsforskelle i frigørelsen fra opfattelsen i *lex fori*, og når hensyn tages til de forbehold, som Rabel selv foretager for så vidt angår muligheden for på indeværende tidspunkt at gennemføre hans teori fuldt ud, er det vel et stort spørgsmål, om de to teorier i praksis vil føre til forskellige resultater.

Foruden det egentlige kvalifikationsproblem behandler Rabel i sin artikel også spørgsmålet om anvendelsen af den af IPR-reglerne eventuelt udpegede fremmede ret.

¹¹¹⁾ Rabel p. 257.

¹¹²⁾ Jfr. ovenfor p. 41 og p. 51.

Han forkaster den opfattelse, at dommeren kun skal anvende de retsregler i det fremmede retssystem, som af *lex fori* betragtes som henhørende under det retlige begreb i den IPR-regel, som har udpeget den pågældende fremmede ret som den til sagens bedømmelse kompetente ret. Ligeledes forkaster han det synspunkt, at dommeren skal anvende de fremmede retsregler, som efter opfattelsen i *lex causae* må karakteriseres som henhørende under det retlige begreb i IPR-reglen, hvilket synspunkt Robertson jo senere har forfægtet. Rabel mener, at dommeren skal anvende *hele den fremmede retsorden*, d. v. s. at dommeren skal anvende alle de regler i den fremmede *lex causae*, der knytter retsvirkninger til de foreliggende fakta, uden hensyn til under hvilken rubrik i det retlige system disse regler — det være sig efter opfattelsen i *lex fori* eller i *lex causae* — henføres. På denne måde vil dommeren også kunne komme ud for at måtte anvende sådanne regler, som af *lex causae* betragtes som processuelle, og herved mener Rabel at have løst det vanskelige spørgsmål om den engelsk-amerikansk forældelsesregel. Om udtrykket »hele den fremmede retsorden« så skal forstås således, at det også inkluderer de fremmede IPR-regler, eller om det kun skal opfattes som hele den *interne* fremmede retsorden, afhænger af, om man vil anerkende renvoilæren, og Rabel bemærker i denne forbindelse kort, at der, så vidt han kan se, ikke skulle være noget i vejen for en anerkendelse af denne lære.

B. Beckett.

Den engelske forfatter Beckett kommer i sin artikel »The question of classification (»qualification«) in private international law«¹¹³⁾ til et resultat, der i det store og hele er det samme som Rabels.

Beckett behandler først *lex fori*-teorien, som han forkaster. Han henviser til, at denne teori skaber flere kvalifikationskonflikter — eller klassifikationskonflikter, som Beckett foretrækker at kalde det — end andre teorier, og

¹¹³⁾ BYIL 1934 p. 46 ff.

endvidere at en logisk anvendelse af teorien vil resultere i, at en engelsk domstol, ved f. eks. at kvalificere en fransk retsregel på en måde, der er forskellig fra den måde, hvorpå reglen kvalificeres i Frankrig, ikke blot nægter at anvende fransk ret, hvor denne efter fransk opfattelse er anvendelig, men også anvender fransk ret i tilfælde, hvor denne efter fransk opfattelse er uanvendelig, hvilket er det samme som at anvende »a law which is not French or English, or indeed, the law of any country whatever«¹¹⁴). Beckett indrømmer, at dette måske rent logisk kan forsvares, men han hævder, at resultatet er så stødende mod »common sense«, at domstolene overalt vil nægte at følge det. En yderligere svaghed ved teorien er, at kvalifikationen af fremmede retsinstitutter efter opfattelsen i *lex fori* kan føre til helt vilkårlige resultater, hvilket f. eks. ses i Ogden-sagen¹¹⁵), hvor den franske regel om forældrenes samtykke til mindreårige personers ægteskab (C. C. art. 148), hvilken regel er en absolut ægteskabsbetingelse, blev kvalificeret som en formforskrift og derfor uden betydning for et i England indgået ægteskab. Endelig mener Beckett, at *lex fori*-teorien bryder fuldstændig sammen i de tilfælde, hvor *lex fori* overhovedet ikke kender det fremmede retsinstitut, som skal kvalificeres.

Hvad angår de argumenter, som er blevet fremført af tilhængerne af *lex fori*-teorien, f. eks. at det kun er muligt at kvalificere efter denne lov, da kvalifikationen må gå forud for bestemmelsen af *lex causae*, og at det, hvis valget af *lex causae* står mellem to fremmede retssystemer, der kvalificerer sagen forskelligt, ikke er muligt at give den ene kvalifikation overvægten over den anden, hævder Beckett, at sådanne argumenter vel er stærke overfor *lex causae*-teorien, hvilken teori han da også forkaster af disse grunde, men på den anden side ikke egentlig taler til fordel for *lex fori*-teorien.

Becketts anskuelse er derfor, at kvalifikationen må ske på grundlag af »analytical jurisprudence and comparative

¹¹⁴) Beckett p. 55.

¹¹⁵) Jfr. ovenfor p. 44 f.

law«, og dette resultat begrunder han ved at henvise til, at IPR-reglernes formål er at sætte dommeren i stand til at afgøre, efter hvilket retssystem en konkret sag skal bedømmes. Reglerne må derfor være indrettet således og anvendes på en sådan måde, at de passer til retsreglerne i alle lande, ligegyldig hvilken karakter disse retsregler har. »Classification is simply an interpretation or application of the rules of Private International Law in a concrete case and the conceptions of these rules must, therefore, be conceptions of an absolutely general character«, hvilke »are borrowed from analytical jurisprudence, that general science of law, based on the results of the study of comparative law, which extracts from this study essential general principles of professedly universal application — not principles based on, or applicable to, the legal system of one country only« ¹¹⁶⁾.

Beckett indrømmer ganske vist — ligesom Rabel — at der kan forekomme tilfælde, hvor den komparative retsvidenskab ikke kan give noget endeligt svar, fordi de i de forskellige lovgivninger modstående synspunkter er absolut uforenelige, og der ikke er nogen logisk grund for at antage det ene synspunkt frem for det andet. I sådanne tilfælde må dommeren i mangel af andet anvende *lex fori*. Han mener imidlertid ikke, at disse tilfælde er så hyppige, at de er ødelæggende for hans teori.

Beckett giver derefter en række eksempler på sin teori anvendt i praksis. Han foretager en sontring mellem tre grupper af tilfælde, nemlig 1) tilfælde der ikke indebærer kvalifikation af retsregler eller retsinstitutter, men kun »the application to a given set of facts of a conception of Private International Law«, 2) tilfælde hvor dommeren skal kvalificere sit eget lands materielle retsregler og retsinstitutter og 3) tilfælde hvor dommeren skal kvalificere fremmede retsregler og retsinstitutter.

I den første gruppe af tilfælde mener han, at dommeren kun kan kvalificere efter *lex fori* uden hensyn til opfattelsen i *lex causae*, medens han for de to andre grupper

¹¹⁶⁾ Beckett p. 59.

vedkommende mener, at kvalifikationen i overensstemmelse med hans ovenfor udviklede teori må baseres på den almindelige retslæres generelle begreber. Under hensyn hertil er det imidlertid mærkeligt, at Beckett opstiller en sondring mellem de to sidstnævnte grupper, idet behandlingen af de tilfælde, der falder ind under disse grupper, er nøjagtig den samme ¹¹⁷⁾. Af de eksempler Beckett anvender fremgår det også tydeligt, at hans sondring mellem de tilfælde, hvor der kun er tale om subsumption af fakta under IPR-reglerne, og de tilfælde, hvor der skal foretages en kvalifikation af materielle retsregler, intet har at gøre med Robertsons og Cheshires sondring mellem primær og sekundær kvalifikation, idet Beckett ved flere af eksemplerne klart viser, at han mener, at det for at bestemme den kompetente IPR-regel ofte vil være nødvendigt at foretage en kvalifikation af de materielle retsregler, hvad enten disse nu hidrører fra *lex fori* eller fra et fremmed retssystem.

Foruden Rabel og Beckett må som tilhængere af den komparative teori også nævnes Wigny ¹¹⁸⁾, hvis synspunkter stort set falder sammen med de to andres, og i en vis forstand også Lea Meriggi ¹¹⁹⁾, selv om dennes teori dog adskiller sig fra de andres, ved at hun forsøger at opstille en rækkefølge for kvalifikationerne, således at dommeren i tilfælde af tvivl blot skal vælge den af de kolliderende kvalifikationer, der står øverst på hendes liste. Denne sidstnævnte teori må dog forkastes som værende af rent spekulativ karakter, hvorfor der ikke her skal gøres nærmere rede for den.

¹¹⁷⁾ Det er derfor ikke rigtigt, når Holten Eggert i sin gengivelse af Becketts teori (Eggert p. 147) hævder, at Beckett vil lade *lex fori* være afgørende for kvalificeringen af domstolslandets materielle retsregler og retsinstitutter.

¹¹⁸⁾ Wigny p. 418 ff.

¹¹⁹⁾ Lea Meriggi: »Saggio critico sulle qualificazioni«, i *Rivista Italiana di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 1932 p. 189 ff. En noget forkortet gengivelse af artiklen findes i *Revue Darras* 1933 p. 201 ff. og i *Boston University Law Review* 1934 p. 319 ff.

C. v. Steiger.

Medens den komparative teori således går ind for en fuldstændig emancipering af IPR-reglerne fra de interne regler, indtager schweizeren v. Steiger¹²⁰⁾ et noget mere moderat standpunkt, idet hans kvalifikationsteori nærmest må betegnes som stående midt imellem den komparative teori og Robertsons og Maurys »udvidede« *lex fori*-teori. V. Steiger går ligesom Lewald ud fra, at IPR-reglernes genstand er retsspørgsmål. »Der Verweisungs-begriff bezeichnet die Rechtsfrage oder den Kreis der Rechtsfragen, welche, nach dem Willen der Norm, der einen oder andern Rechtsordnung zur Beurteilung zugewiesen werden«¹²¹⁾. Det er derfor nødvendigt for dommeren at bestemme retsspørgsmålet »im Hinblick auf seine Einordnung in das kollisionsrechtliche System«, idet han ellers ikke ved, hvilken IPR-regel der skal anvendes. Bestemmelsen af retsspørgsmålet er derfor det samme som kvalifikationsproblemet, og v. Steiger anvender da også disse to udtryk i flæng. Da et retsspørgsmål imidlertid ikke kan opstå abstrakt, men kun på grund af visse materielle retsregler fra et bestemt retssystem, kan der opstå vanskeligheder ved bestemmelsen (kvalifikationen). Disse vanskeligheder, mener v. Steiger, skyldes forskellige forhold, og han nævner her først, at de retssystemer, der kan komme i betragtning i en foreliggende sag, eventuelt opfatter det retsinstitut, som giver anledning til retsspørgsmålet, på forskellig måde, til trods for at instituttet i de pågældende lande muligvis undergives samme eller lignende regulering. Dette er kernen i det hidtidige kvalifikationsproblem, men v. Steiger foretrækker at kalde det kvalifikationsproblemet i snævrere forstand eller det materielretlige kvalifikationsproblem. Af andre forhold, der kan bevirke kvalifikationsvanskeligheder, nævner han, at det retssystem, som giver anledning til retsspørgsmålet eventuelt indeholder regler, der er ukendte i *lex fori*, og

¹²⁰⁾ V. Steiger: »Die Bestimmung der Rechtsfrage im internationalen Privatrecht«, 1937.

¹²¹⁾ V. Steiger p. 15.

derfor kan bevirke, at der opstår retsspørgsmål, som er ukendte i denne ret. I disse tilfælde vil dommeren derfor have svært ved at bestemme, under hvilke af de retlige begreber, hvormed hans IPR-regler opererer, retsspørgsmålet skal indordnes, men der kan også tænkes tilfælde, hvor retsspørgsmålet hidrører fra fremmede retsinstitutter, som er ganske ukendte i *lex fori* og derfor i reglen også i denne lovs IPR-regler. Spørgsmålet er da, om ikke dommeren ligefrem må optræde som lovgiver og opstille en helt ny IPR-regel til at dække disse for ham ukendte retsinstitutter.

Endelig nævner v. Steiger, at det i visse tilfælde kan være tvivlsomt, om der overhovedet foreligger et internationalt *privatre*ligt spørgsmål, idet der måske i virkeligheden er tale om et internationalt *proces*retligt eller *konkurs-* eller *forvaltnings*retligt spørgsmål.

Alle disse spørgsmål forener v. Steiger under udtrykket »Bestimmung der Rechtsfrage« eller »kvalifikation i videre forstand«, hvorved det understreges, at der ikke blot er tale om materielretlige kvalifikationsspørgsmål, men derimod om alle de spørgsmål »welche die Einordnung des Falles in das System der Kollisionsnormen betreffen« ¹²²⁾.

For at kunne løse disse spørgsmål henviser v. Steiger dommeren til at anvende følgende fremgangsmåde. Dommeren skal først søge at klarlægge det foreliggende retsspørgsmåls betydning og rækkevidde, hvilket bør ske på grundlag af den retsorden, hvorfra spørgsmålet hidrører. Hvis f. eks. en fransk kvinde under en retssag påberåber sig sin inhabilitet ifølge C. C. art. 217, må dommeren først undersøge, hvorledes denne regel opfattes i Frankrig. Han vil herved opdage, at reglen ikke angår kvinder i al almindelighed, men kun gifte kvinder, at den gælder, uanset hvilken formueordning ægtefællerne lever under, og at reglen er præceptiv i den forstand, at den ikke kan fraviges ved aftale. Når dommeren på denne måde har bestemt retsspørgsmålet betydning (Sinn), skal han undersøge, under hvilken af hans eget lands IPR-regler, det skal

¹²²⁾ v. Steiger p. 25.

indordnes. Dommeren må derfor foretage en indbyrdes afgrænsning af disse reglers anvendelsesområde, hvilket kun kan ske ved en fortolkning af reglernes retlige begreber (die Verweisungsbegriffe). Disse begreber må anses for at være uafhængige af de tilsvarende begreber i lex fori, idet de normalt ikke blot skal tjene til at afgrænse anvendelsesområdet for de materielle retsregler i lex fori, men derimod også har til opgave at afgrænse de enkelte retssystemer overfor hinanden. v. Steiger advarer dog imod en alt for vidtgående emanciperings af IPR-reglerne fra den interne lex fori, idet det må erindres, at IPR-reglerne er givet af en national lovgiver. Denne kan og bør vel også tage hensyn til det internationale samkvems interesser, men afgørende »werden aber immer die Anschauungen und Interessen des Staates sein, der die Kollisionsnormen erlässt. Stark nationalistisch eingestellte Staaten gehen von anderen Gesichtspunkten an diese Aufgaben heran als liberale; für Einwanderungsstaaten bestehen andere Notwendigkeiten als für Auswanderungsstaaten«¹²³), og disse forskellige interesser finder ikke blot udtryk i valget af tilknytningsfaktor, men også i den indbyrdes afgrænsning af IPR-reglernes anvendelsesområde. Overfor tilhængerne af den komparative teori indrømmer v. Steiger ganske vist, at det er rigtigt, at de retlige begreber, der angiver IPR-reglernes genstand, ikke har og ikke kan have et på forhånd givet indhold, hvorfor de ikke kan defineres skarpt, idet disse regler skal være i stand til at regulere ethvert retsspørgsmål, uanset hvilken retsorden der giver anledning til det, men heraf følger efter v. Steigers mening ikke, at IPR-reglernes begreber blot er »der Widerschein sämtlicher Rechtsordnungen«.

v. Steiger hævder derfor, at den nødvendige fortolkning af IPR-reglernes retlige begreber må tage sit udgangspunkt i de tilsvarende begreber i lex fori, uden at det dog følger deraf, at de internationalprivatretnlige begreber i det mindste må omfatte de interne begreber, idet den internationale privatret kan have sine gode grunde til at be-

¹²³) v. Steiger p. 57, jfr. også p. 63 f.

handle visse spørgsmål på en anden måde end den, hvorpå den interne ret behandler dem. På den anden side må fortolkningen dog holdes indenfor visse grænser og må være rettet mod et bestemt mål. Disse grænser og dette mål bestemmes af hensigten med IPR-reglen. Som v. Steiger siger: »Wenn je auf einem Gebiete des Rechtes die ratio legis die ausschlaggebende Rolle zu spielen hat, so hier. Durch Prüfung der dem kollisionsrechtlichen System als ganzem zugrunde liegenden Gedanken, Abwägung der in Betracht fallenden Interessen und Würdigung der besonders Natur und Ausgestaltung der Norm selber, muss die Zweckbestimmung der Normen, von Fall zu Fall fortschreitend, ermittelt und der ihnen innewohnende Sinn immer deutlicher herausgearbeitet werden«¹²⁴).

v. Steiger benægter altså, at de retlige begreber i IPR-reglerne er af en international almengyldig karakter, hvilket allerede følger af, at de er led i de nationale retsregler. Dette udelukker naturligvis ikke, at begreberne i de forskellige landes IPR-regler stemmer overens, men derved opnår begreberne ikke almengyldig karakter, idet der stadig er tale om positivretlige begreber.

VIII. *Den moderne italienske teori.*

A. *Agos opfattelse af den internationale privatrets opgave.*

De fleste af de ovennævnte forfattere går ud fra, at den internationale privatrets opgave er at afgrænse de enkelte landes legislative kompetence overfor hinanden eller, hvad der er det samme, at bestemme efter hvilket af flere forskellige retssystemer en foreliggende sag skal bedømmes. Visse af forfatterne, og herunder især de tyske, kalder da også den internationale privatret for »grænseret« (Grenzrecht), medens engelske og franske forfattere anvender udtrykket »lovkonflikter« (conflict of laws eller conflit de lois). Som en naturlig følge heraf opfatter disse forfattere som regel kvalifikationsproblemet som et pro-

¹²⁴) v. Steiger p. 67-68.

blem, der opstår ved en konflikt mellem den måde, hvorpå lex fori kvalificerer et bestemt forhold, og den måde, hvorpå det samme forhold kvalificeres af et eller eventuelt flere fremmede retssystemer.

Imod disse synspunkter har imidlertid den nyere italienske doktrin anført af Roberto Ago ¹²⁵⁾ vendt sig med stor skarphed, idet den hævder, at den nævnte opfattelse af den internationale privatrets opgave er uforenelig med denne retsdisciplins karakter af national ret, som også er anerkendt af de fleste af de ovenfor nævnte forfattere.

Ago, hvis teori her i Skandinavien har fundet en særdeles veltalende forkæmper i Gihl ¹²⁶⁾, anfører, at IPR-reglerne, eftersom de er led i et nationalt retssystem og ikke i et overnationalt eller folkeretligt system, logisk set kun vil kunne være i stand til at drage grænserne for deres eget lands materielle retsreglers anvendelsesområde, medens de ikke vil kunne afgrænse de fremmede retssystemers anvendelsesområde, idet en sådan opgave kun kan tilkomme en over de nationale retssystemer stående international ret, hvilken imidlertid endnu ikke er skabt. Dette synspunkt er da også i sin tid blevet hævdet af de tyske forfattere Schnell og Niedner ¹²⁷⁾, men har ikke fået nogen tilslutning hverken i den senere tyske doktrin eller i andre landes doktrin, idet hovedparten af forfatterne har fastholdt, at den internationale privatrets opgave ikke blot består i afgrænsningen af anvendelsesområdet for lex fori, men også i udpegelsen af den kompetente fremmede lex causae i alle sådanne tilfælde, hvor anvendelsen af de materielle regler i lex fori er udelukket, fordi sagen falder uden for den ved IPR-reglerne trukne grænse for denne

¹²⁵⁾ Ago, »Règles générales des conflits de lois« i Recueil 1936-IV p. 247 ff., jfr. »Teoria del diritto internazionale privato«, 1934.

¹²⁶⁾ Gihl, »Den internationella Privaträttens Historia och allmänna Principer«, 1951, og det af ham tidligere udgivne skrift »Kvalifikationsproblemet inom den internationella Privaträtten«, 1945, samt hans artikler i TfR 1947 p. 121 ff. og TfR 1950 p. 133 ff.

¹²⁷⁾ Schnell i Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht 1895 p. 337 og Niedner, »Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896«, 1901, p. 13.

lovs anvendelse. Ago hævder imidlertid, at forfatterne ikke anfører nogen logisk begrundelse for dette synspunkt, som han mener, de er kommet til ved at betragte praksis, hvor det jo ofte sker, at IPR-reglerne henviser sagen til afgørelse ved et fremmed retssystem.

Ago må imidlertid også forkaste Schnells og Niedners synspunkt, fordi dette, netop under hensyn til at IPR-reglerne som nævnt også udpeger en bestemt fremmed retsorden som *lex causae*, er for snævert, og som følge heraf kommer han til, at man helt må opgive afgrænsningssynspunktet og dermed også lovkonfliktssynspunktet. Til støtte for dette resultat anfører han også, at ethvert retssystem kun betragter sine egne regler som retsregler, medens andre retssystemers regler betragtes som rene fakta uden retlig karakter. Dette hænger sammen med, at han opfatter ethvert retssystem som originært og eksklusivt, i den forstand at det kun anser de regler, der udledes af dets egne retskilder, for retsregler. »*Tout ordre juridique originaire est un système de normes exclusif et fermé, dans ce sens que, pour lui-même, il n'y a rien qui soit hors de lui et qui soit doué de valeur juridique; que l'on ne peut pas prendre en considération à la fois plus d'un seul ordre juridique; qu'entre deux ordres juridiques qui sont tous les deux originaires, on ne saurait établir un lien juridique*«¹²⁸).

Da *lex fori* altså må betragte de fremmede retssystemer og disses regler som rent faktiske foreteelser, kan der ikke opstå konflikter mellem dem og *lex fori*, og følgelig kan den internationale privatrets opgave ikke bestå i løsnin-gen af sådanne imaginære lovkonflikter. Ago mener da også, at opgaven ligger et helt andet sted. Han henviser til, at enhver retsregel har til opgave at knytte retsvirk-ninger til sådanne fakta eller faktiske forhold, som angår subjekterne for det retssystem, som reglen tilhører, idet det er utænkeligt, at en regel, der hidrører fra en national retskilde, skulle angå andre subjekter end dette rets-systems. Da IPR-reglerne netop er national ret i den for-

¹²⁸) Ago p. 259, jfr. også p. 278 og p. 302 f.

stand, at de udledes af nationale retskilder, må de også opfattes som regler, der knytter retsvirkninger til fakta eller faktiske forhold mellem vedkommende retssystems subjekter, og det eneste, der derfor kan adskille IPR-reglerne fra de materielle retsregler, må være visse særlige egenskaber ved de fakta eller faktiske forhold, som IPR-reglerne angår. Disse særlige egenskaber kan dog efter Agos mening ikke bestå i, at de på en eller anden måde knytter de nævnte fakta eller faktiske forhold til fremmede retssystemer, idet »les rapports de la vie humaine et réelle ne présentent pas, dans leur essence, un lien inné avec l'un ou l'autre des ordres juridiques. Il s'agit de rapports de fait qui prennent un caractère juridique seulement lorsqu'ils sont considérés juridiquement par un ordre juridique déterminé«¹²⁹⁾. Det må derfor være andre egenskaber ved de foreliggende fakta eller faktiske forhold, der bevirker, at dommeren i et givet tilfælde anvender sit eget lands IPR-regler i stedet for de materielle retsregler, og disse andre egenskaber mener Ago at finde i det forhold, at de pågældende fakta eller faktiske forhold på en eller anden måde synes at have en fremmed karakter, ikke fordi de er fremmede for det nationale retssystem, men fordi de er *fremmede for landets materielle liv*.

Rent teoretisk skulle der ikke være noget i vejen for, at dommeren bedømte enhver sag, der blev forelagt ham, efter sit eget lands materielle regler, uanset hvilken nationalitet eller hvilket domicil sagens parter har, og uanset om de faktiske begivenheder er foregået indenfor landets grænser eller i et fremmed land, men en sådan fremgangsmåde vil ofte være ubillig og skabe store vanskeligheder for det internationale samkvem. Som følge heraf har alle de civiliserede stater søgt at skabe »une discipline juridique speciale« til at ordne sådanne sager, der i forhold til statens interne liv udviser fremmede træk. Ago henviser her til romerretten, der foruden jus civile, der kun gjaldt mellem romerske statsborgere, skabte en særlig specialret jus gentium, der regulerede forholdene mellem

¹²⁹⁾ Ago p. 279 f.

ikke-romere og forholdene mellem en romer og en ikke-romer¹³⁰). I moderne tid har man imidlertid i stedet for at skabe et sådant særskilt retssystem valgt en anden fremgangsmåde, idet man i hvert land har opstillet et system af IPR-regler til at regulere de sager, som på grund af et i reglen nærmere bestemt forhold synes at være fremmede for landets interne materielle liv. Dette betyder naturligvis, at IPR-reglerne rent automatisk begrænser anvendelsesområdet for de materielle retsregler i *lex fori*, men Ago understreger, at det er urigtigt, når den traditionelle opfattelse heraf har villet slutte, at anvendelsen af de interne regler kun sker efter en henvisning fra IPR-reglerne, at disse sidstnævnte regler altså skulle udgøre forudsætningen for anvendelsen af den nationale materielle ret. »La règle nationale du droit matériel, en sa qualité de règle générale, n'a pas en soi-même de limites quant à son application. Il y a là une conséquence nécessaire des principes de l'exclusivité et de l'universalité de l'ordre juridique...«¹³¹). At et lands internationale privatret bestemmer, at visse særlige forhold ikke skal bedømmes efter landets sædvanlige materielle retsregler, men efter reglerne i et fremmed retssystem, kan kun være en *positiv fastsat undtagelse* fra hovedreglen om domstol-landets materielle retsreglers normale kompetence og kan derfor ikke være selve *grundlaget* for anvendelsen af disse materielle retsregler.

Hvad angår den måde, hvorpå IPR-reglerne opfylder denne opgave, tvinges Ago¹³²) af sit eget syn på retssystemerne som originære systemer til at måtte opfatte forholdet sådan, at reglerne i det fremmede retssystem, hvortil IPR-reglerne henviser, *indlemmes* i *lex fori* og derved opnår karakter af nationale retsregler, idet den traditionelle opfattelse, hvorefter dommeren anvender den

¹³⁰) I denne forbindelse henviser Ago også til, at de nationale retssystemer også har skabt særlige specialregler for f. eks. handelsforhold og søretlige forhold (Ago p. 281).

¹³¹) Ago p. 297.

¹³²) *ibid.* p. 303 ff.

fremmede ret som sådan, må forkastes, da den strider mod den ovenfor nævnte opfattelse, hvorefter et retssystem kun kan betragte sådanne regler, der udledes af retssystemets egne retskilder, som retsregler. Ago kommer derfor til, at det fremmede retssystems kilder ved IPR-reglen gøres til nationale retskilder, således at de retsregler, der udledes af retskilderne, også bliver nationale retsregler og derved i stand til med gyldighed at knytte retsvirkninger til de fakta og faktiske forhold, som henføres under reglerne. Ago udtrykker det således, at IPR-reglerne opfylder deres funktion ved at etablere »un rattachement entre un rapport matériel donné et une législation étrangère, et donner à la source de l'ordre juridique ainsi désigné la valeur de source de normes juridiques pour l'ordre national, de façon que dans ce dernier les règles produites par la même source prennent valeur juridique«¹³³⁾.

B. Agos kvalifikationsteori.

Det har været nødvendigt at give en udførlig redegørelse for Agos opfattelse af IPR-reglernes opgave og funktion,

¹³³⁾ Ago p. 308. Rent teoretisk synes der dog også at være en anden måde, hvorpå de fremmede retsregler kan indlemmes i *lex fori*. Man kan nemlig opfatte forholdet således, at den hjemlige dommer skaber en hjemlig regel, der er fuldstændig lig med den fremmede regel. Det er netop på et sådant synspunkt, at Cook har opbygget sin *local law theory*, hvilken teori han udtrykker således: »the forum, when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar though not identical, in scope with a rule of decision found in the system of law in force in another state or country with which some or all of the foreign elements are connected . . .« (Cook p. 20-21). I praksis er der vel ingen forskel på disse to måder at betragte forholdet på, men det må dog indrømmes, at det i det mindste for en kontinentaleuropæisk betragtning forekommer urigtigt at sige, at dommeren ligefrem skaber nye retsregler, hvorfor Agos opfattelse, at det altså er de fremmede retsregler, der transformeres til national ret, forekommer mere naturlig. Det er derimod meget forståeligt, at man i et

idet denne opfattelse også har afgørende betydning for hans opfattelse af kvalifikationsproblemet¹³⁴). Ligesom hovedparten af de tidligere nævnte forfattere opfatter Ago dette problem som et spørgsmål vedrørende fortolkningen af IPR-reglerne. Dommeren skal ved denne fortolkning søge nøjagtigt at fastslå, hvilke kategorier af forhold reglerne omfatter, for at kunne henføre et konkret tilfælde under den rette regel, men denne fortolkning frembyder visse vanskeligheder, som ikke kendes ved fortolkningen af de materielle retsregler. Dette hænger sammen med den særlige måde, hvorpå IPR-reglerne angiver deres genstand, idet reglerne her anvender retlige begreber eller, som Ago kalder det, teknisk-juridiske udtryk, der ofte er meget omfattende. Da Ago som ovenfor nævnt går ud fra, at det, der ligger til grund for IPR-reglerne, er rene fakta og rent faktiske forhold uden retligt indhold, vil det sige, at dommeren ved fortolkning af de teknisk-juridiske udtryk må fastslå, hvad det er for fakta og faktiske forhold, IPR-reglerne dækker over. Det må altså undersøges, hvad lovgiveren eller praksis, såfremt det drejer sig om en gennem praksis opstillet IPR-regel, forstår ved disse udtryk, og Ago mener, at det allerede ved at opstille problemet på denne måde må være klart, at dommeren, eftersom IPR-reglerne er nationale retsregler, kun kan fortolke dem i overensstemmelse med de fortolkningsprincipper, som gælder i det land, hvortil reglerne hører, men han søger dog at uddybe dette nærmere.

Han henviser til, at en retsregel, når den anvendes ved bedømmelsen af et faktisk forhold, giver dette en retlig kvalifikation, idet den ved at knytte retsvirkninger til forholdet omdanner dette til et retsforhold. IPR-reglerne knytter imidlertid ikke direkte retsvirkninger til de forhold, de angår, og omdanner dem altså ikke til retsforhold, hvoraf følger, at de retlige begreber, hvoraf IPR-reglerne betjener sig for at angive deres genstand, kun

land som USA, hvor mange af retsreglerne netop er »judge-made law«, vil opfatte forholdet, således som Cook gør.

¹³⁴) Ago p. 313 ff.

kan være tekniske hjælpemidler, hvorved reglerne søger at angive mere eller mindre omfattende typer af livsforhold for på denne måde at undgå at skulle foretage en iøvrigt uoverkommelig opremsning af disse livsforhold ¹³⁵⁾.

Herved opstår kvalifikationsproblemet, som Ago definerer som spørgsmålet om, »dans quel ordre juridique doivent être recherchées, et quelles sont, plus particulièrement, les règles matérielles sur le fondement desquelles on doit établir si un rapport donné reçoit ou non une qualification juridique qui le fasse rentrer dans le catégorie envisagée par une règle de droit international privé déterminée« ¹³⁶⁾. Ago henviser til, at dette problems eksistens skyldes, at der til det samme faktiske forhold ikke behøver at svare det samme retsforhold i de forskellige retssystemer, hvorfor dommeren, alt efter hvilket lands opfattelse han lægger til grund, vil kunne blive tvunget til at skulle anvende forskellige af sit eget lands IPR-regler. Da Ago imidlertid — jfr. ovenfor — går ud fra, at en regel kun har retlig karakter, når den ses som et led i et retssystem, må det også følge heraf, at den kvalifikation, som den pågældende regel giver et faktisk forhold, kun kan have retlig karakter, når den ses i relation til dette retssystem. Den logiske slutning heraf må være, at dommeren må se bort fra de kvalifikationer, som fremmede lande måtte give forholdet, idet disse kvalifikationer ikke har retlig karakter for ham, og i stedet holde sig til den kvalifikation, som hans eget lands materielle retsregler giver et sådant forhold. Ago fastslår herefter, at indholdet af den retlige kvalifikation, hvorved IPR-reglerne angiver deres anvendelsesområde eller genstand, må være »tout cet ensemble de rapports qui trouveraient leur règlement juridique, s'ils n'avaient la particularité d'être étrangers à

¹³⁵⁾ Jfr. Gihl p. 339, hvor det hedder: »I stället för att beskriva dessa sakförhållanden såsom sådana har den internationellt-privaträttsliga regeln betecknat dem *såsom* förhållanden av juridisk natur, *såsom* rättsligt kvalificerade. De *tänkas* vara rättsligt kvalificerade«.

¹³⁶⁾ Ago p. 317.

la vie réelle nationale, dans les règles substantielles qui donnent aux faits envisagés par elles la qualification indiquée par la règle de rattachement»¹³⁷⁾.

Ago vil selvfølgelig ikke bestride, at disse begreber *kan* have et andet indhold end de tilsvarende begreber i intern *lex fori*, men han mener, at dette kun kan være tilfældet, hvis lovgiveren udtrykkelig har truffet bestemmelser i så henseende.

Ved sin gennemgang af de tidligere kvalifikationsteorier bemærker Ago først, at kvalifikationsproblemet, da det er et spørgsmål om fortolkningen af IPR-reglerne, skarpt må holdes ude fra det efterfølgende spørgsmål om bestemmelsen af, hvilke af retsreglerne i *lex causae* dommeren skal anvende ved sagens endelige bestemmelse, idet en sammenblanding af disse to spørgsmål medfører urigtige resultater. Som et eksempel herpå anfører han, at *lex causae*-teorien beror på en sådan sammenblanding, idet det problem, som tilhængerne af denne teori tænker på, i virkeligheden først opstår, *efter* at den kompetente IPR-regel er fastslået, hvortil kommer, at teorien også efter Agos opfattelse er en cirkelslutning. Noget andet er, at dommeren, når han ved hjælp af IPR-reglen har udpeget *lex causae*, naturligvis må bedømme det faktiske forhold efter opfattelsen i dette retssystem, men dette er ikke noget kvalifikationsspørgsmål.

Overfor den gængse *lex fori*-teori anfører Ago, at denne i reglen opererer med *kvalifikationskonflikter*, men sådanne konflikter eksisterer i virkeligheden ikke, idet dommeren ikke kan tage hensyn til fremmede kvalifikationer, da disse ikke har retlig betydning for ham. Ago nævner her tilfældet med det holografiske testamente. Her må dommeren undersøge, om testamentet er gyldigt, både hvad angår formen, og hvad angår testators habilitet, og han vil da finde, at der i hans eget lands internationale privatret er to forskellige IPR-regler, der må bringes i anvendelse, således at han afgør alle de spørgsmål, som efter domstolslandets opfattelse er formsspørgsmål efter *lex loci*

¹³⁷⁾ *ibid* p. 318.

actus, medens alle de spørgsmål, som — ligeledes efter opfattelsen i domstolslandet — er habilitetsspørgsmål, skal afgøres efter testators nationale lov, in casu altså hollandsk ret. Herved vil dommeren imidlertid ikke komme til at anvende den hollandske art. 992, idet de fakta, som denne retsregel vedrører, ikke er henvist til bedømmelse efter hollandsk ret, men derimod til *lex loci actus*, og forudsat at testator iøvrigt har været habil, vil testamentet altså være gyldigt.

Når tilhængerne af *lex fori*-teorien ofte har ment sig nødsaget til at gøre undtagelser fra hovedreglen, mener Ago, at dette må skyldes en sammenblanding af spørgsmålet vedrørende bestemmelsen af den kompetente IPR-regel og spørgsmålet om anvendelsen af *lex causae*, og han forkaster derfor alle disse undtagelser.

Hvad endelig angår den komparative teori, bemærker Ago, at denne især begrundes ved, at de retlige begreber i IPR-reglerne ikke blot må omfatte retsinstitutterne i *lex fori*, men også de herfra afvigende eller endog ukendte retsinstitutter i alle fremmede lande, men dette kan ikke være rigtigt, når man går ud fra, at den internationale privatrets grundlag ikke er retsforhold, men derimod rene faktiske forhold, hvad f. eks. en så fremtrædende repræsentant for den komparative teori som Rabel også selv gør¹³⁸). Det er derfor uforståeligt, hvorfor man skal være nødsaget til ved hjælp af retssammenligning at indordne de forskellige retsfænomener i alle lande under IPR-reglernes retlige begreber, således som det hævdes af Rabel. Fortolkerens opgave må tværtimod bestå i at indordne de faktiske forhold under de teknisk-juridiske udtryk i IPR-reglerne. Ganske vist har Rabel hævdet, at det f. eks. ikke vil være muligt for en italiensk dommer at kvalificere en mellem tyske ægtefæller i Tyskland indgået arvepagt (*Erbvertrag*), idet et sådant retsinstitut er ganske ukendt i Italien, men dette mener Ago ikke er rigtigt, idet han henviser til, at den italienske dommer udmærket vil kunne bedømme de fakta, hvoraf arvepagten består, juridisk.

¹³⁸) Jfr. ovenfor p. 72.

Hvis dette nemlig ikke var tilfældet, ville den italienske dommer ikke være i stand til at bedømme den retlige betydning af en tilsvarende arvepagt indgået i Italien mellem italienske ægtefæller, hvilket naturligvis er en absurd tanke. Ago hævder, at den italienske dommer ud fra de interne italienske regler, der — bortset fra testamenter — forbyder dispositioner over endnu ikke falden arv, vil komme til det resultat, at en sådan arvepagt mellem italienere er ugyldig. Dette ville også være tilfældet med det tyske Erbvertrags, hvis dette skulle bedømmes efter de interne italienske regler, men da en sådan aftale udviser fremmede elementer, vil dommeren undersøge, om den ikke ifølge italiensk international privatret skal bedømmes efter fremmed ret, og han vil derfor, ud fra den betragtning at de interne italienske regler, der bevirker en sådan aftales ugyldighed, må betragtes som arveretlige, anvende den italienske IPR-regel vedrørende sådanne forhold (art. 8 i indledningsbestemmelserne til Codice Civile), hvorved han vil blive henvist til at bedømme aftalen efter tysk ret og altså anse den for gyldig, med mindre ordre public-synspunkter spiller ind¹³⁹).

Ago vil ikke a priori afvise, at der kan tænkes tilfælde, hvor det ikke vil være muligt for dommeren at kvalificere bestemte livsforhold, men det problem, der herved opstår, er ikke specifikt for den internationale privatret, idet det blot er et udtryk for, at der er huller i lovgivningen, og problemet må derfor løses på samme måde som den, hvorpå dommeren normalt løser et sådant problem.

Endvidere kan der også være tilfælde, hvor dommeren må undersøge den fremmede lov. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis sagens parter har henholdt sig til et bestemt fremmed retsinstitut, men denne undersøgelse skal kun tjene til støtte for bestemmelsen af de fakta, som indgår i de faktiske forhold, der skal kvalificeres efter *lex fori*, hvorimod undersøgelsen aldrig kan have til formål at indordne det fremmede retsinstitut som sådan under de retlige begreber i IPR-reglerne.

¹³⁹) Ago p. 333 f.

Med hensyn til det problem, der opstår ved fortolkningen af de udtryk, hvorved IPR-reglerne angiver tilknytningsfaktorerne, bemærker Ago, at dette problem er ganske analogt med kvalifikationsproblemet¹⁴⁰⁾. Han gør først opmærksom på, at visse af disse udtryk er rent faktiske begreber som f. eks. det sted, hvor en ting er beliggende, eller det sted, hvor en retssag foregår. De fleste af IPR-reglernes angivelser af tilknytningsfaktorerne fremtræder imidlertid som retlige begreber, og efter Agos mening har dette forhold forledt den hidtidige teori til at antage, at selve tilknytningsfaktorerne er disse retlige begreber. Dette er imidlertid urigtigt, idet de retlige begreber kun er tekniske hjælpemidler, ved hvilke IPR-reglerne betegner et bestemt faktum eller en vis gruppe fakta, der indgår som led i den til bedømmelse foreliggende sag, og det er dette faktum eller denne gruppe af fakta, der udgør den egentlige tilknytningsfaktor. De retlige begreber, der angiver tilknytningsfaktorerne, har altså nøjagtig den samme funktion som de retlige begreber, hvorved IPR-reglerne angiver deres genstand, og dette kan vises ved et ræsonnement, der fuldstændig svarer til det ovenfor ved kvalifikationsproblemet gengivne. Løsningen på problemet bliver derfor også den samme som løsningen på kvalifikationsproblemet. Dommeren kan kun give de begreber, hvorved IPR-reglen angiver tilknytningsfaktorerne, det samme indhold som disse begreber har i *lex fori*, med mindre lovgiveren positivt har fastsat andet, hvilket f. eks. er tilfældet for så vidt angår begrebet *domicil* i den italiensk—schweiziske traktat af 3. januar 1933 om anerkendelse og eksekution af domme, idet dette begrebs indhold er nærmere bestemt i traktaten på en måde, der afviger fra såvel den italienske som den schweiziske opfattelse¹⁴¹⁾.

Ago mener, at denne regel må gælde uden undtagelse og altså også i tilfælde, hvor tilknytningsfaktoren er en persons statsborgerforhold. Dette strider tilsyneladende med den ellers overalt herskende opfattelse, hvorefter

¹⁴⁰⁾ Ago p. 354 ff.

¹⁴¹⁾ *ibid.* p. 358 note 2.

ethvert land har enekompetence til at bestemme, om en person har indfødsret i landet. Ago vil da heller ikke bestride rigtigheden af dette, men hævder, at den hidtidige teori har forvekslet to spørgsmål, nemlig fortolkningen af, hvad der ligger i IPR-reglens udtryk »statsborgerskab« eller »den stat, personen hører til«, og den senere verificering af, at det faktiske forhold, som tilknytningsfaktoren dækker over, er realiseret i et bestemt land, hvilken verificering ikke alene nødvendiggør anvendelsen af det pågældende lands indfødsretslov, men ofte også anvendelsen af andre af dette lands love, idet det nemlig vil kunne være påkrævet, hvis indfødsretsloven f.eks. knytter erhvervelsen af statsborgerskabet til et ægteskabs gyldighed eller til den pågældende persons legitime afstamning, at anvende landets ægteskabsretlige regler eller faderskabsregler ¹⁴²⁾.

IX. *Niederers analyse af kvalifikationsproblemet.*

I en vis modsætning til alle de hidtil nævnte forfattere står schweizeren Werner Niederer, der i en særdeles skarpsindig afhandling ¹⁴³⁾ har foretaget en dybtgående undersøgelse af kvalifikationsproblemet natur og herved er kommet til det resultat, at dette problem ikke kan løses rent logisk-begrebsmæssigt, men kun ud fra en saglig bedømmelse af IPR-reglernes funktionelle formål i hvert enkelt tilfælde.

Niederer mener i overensstemmelse med den traditionelle opfattelse, at den internationale privatrets opgave består i at afgrænse de forskellige materielle retssystemer indbyrdes og udpege det eller de til bedømmelsen af et konkret tilfælde kompetente retssystemer. Herved kommer han også til den traditionelle opfattelse af kvalifikationsproblemet, som han definerer som »die allgemeine

¹⁴²⁾ Ago p. 358 ff., jfr. Gihl p. 401.

¹⁴³⁾ »Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts«, 1940.

Problematik, die sich bezüglich der begrifflichen Definition eines kollisionsrechtlichen Verweisungs- oder Anknüpfungsbegriffes ergibt«¹⁴⁴). Da det for den praktiske rets-anvendelse altid er nødvendigt at foretage en sådan definition eller fortolkning for overhovedet at kunne subsumere de foreliggende fakta under den rette IPR-regel, opstår der altså altid et kvalifikationsproblem, så snart dommeren vil anvende IPR-reglerne.

Problemet har således bestået fra det øjeblik, den første IPR-regel blev opstillet, men Niederer mener, det er meget forståeligt, at dets eksistens først blev opdaget, da den internationalistiske opfattelse af den internationale privatret (Savigny, v. Bar, Mancini) i slutningen af forrige århundrede måtte vige for den nu herskende nationalistiske og positivistiske opfattelse, idet denne naturligvis måtte accentuere »der logischen Unvereinbarkeit zwischen internationaler, überstaatlicher, — oder genauer »interrechtlicher« *Funktion*, und nationaler, innerstaatlicher, — oder genauer »innerrechtlicher« *Entstehung* der Kollisionsnorm; — m. a. W. als Resultat des Unvereinbarkeit zwischen der notwendigen begrifflichen Bindung der Kollisionsnorm an ein *einziges* bestimmtes Rechtssystem und dem gleichzeitig *verschiedene* Rechtssysteme erfassenden funktionellen Postulat der Kollisionsnorm«¹⁴⁵).

Efter Niederers mening er det imidlertid kun få af de moderne forfattere, der har indset, at problemet netop ud fra en positivistisk opfattelse ikke blot — således som almindelig antaget — er et internationalprivatretligt *specialproblem*, men derimod selve denne retsdisciplins *grundproblem*.

Den, der har æren af først at gøre opmærksom herpå, er efter Niederers opfattelse schweizeren Burckhardt, der i en mindre artikel betitlet »Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts«¹⁴⁶) opstillede det spørgsmål, om det er muligt »eine inhaltlich feststehende Norm

¹⁴⁴) Niederer p. 49.

¹⁴⁵) *ibid.* p. 37-38.

¹⁴⁶) Artiklen findes i Festgabe für Eugen Huber 1919 p. 263 ff.

für die Abgrenzung aller Privatgesetzgebungen überhaupt zu finden, eine Norm nämlich, die sich überall als anwendbar und überall als gleich richtig erwiese«¹⁴⁷⁾). Han udleder nødvendigheden af en sådan afgrænsning af den samtidige eksistens af flere forskellige retssystemer og mener, at selve afgrænsningens opgave egentlig er af folkeretlig natur. Da folkeretten imidlertid — i det mindste på dens nuværende stade — ikke opstiller sådanne almenyldige afgrænsningsnormer, undersøger han, om de nationale IPR-regler kan gøre dette, men kommer ud fra et strengt positivistisk standpunkt til det resultat, at der er en absolut *logisk* hindring herfor¹⁴⁸⁾). Denne hindring består i, at de forskellige retssystemer ikke giver de retlige begreber, der indgår i deres interne retsregler, det samme indhold, hvorfor en afgrænsning imellem de forskellige retssystemers regler ikke vil være mulig, da det enkelte lands internationale privatret ikke er i stand til at skabe den fornødne fælles begrebskodex. Så snart de forskellige retssystemers begreber afviger fra hinanden i *kvalitativ* henseende¹⁴⁹⁾), må en IPR-regel, der skal foretage en afgrænsning mellem de retsregler og retsinstitutter, hvori begreberne indgår, komme til kort, idet en sådan regel nødvendigvis må udtrykke sig ved hjælp af de retlige begreber fra det ene retssystem og derfor ikke fuldstændig vil kunne dække de andre retssystemers derfra afvigende begreber. Heraf følger, at den internationale privatrets

¹⁴⁷⁾ Burckhardt p. 276.

¹⁴⁸⁾ Burckhardt finder også en anden hindring, som han betegner som en saglig hindring, men denne har ingen betydning i nærværende forbindelse.

¹⁴⁹⁾ Hvis afvigelserne kun er *kvantitative*, mener Burckhardt, det er muligt at foretage en afgrænsning. Som eksempler herpå nævner han, at det ikke spiller nogen rolle, at to lande anvender en forskellig myndighedsalder, når blot selve myndighedsbegrebet er det samme, og ligeledes, at det er uden betydning, om en bestemt frist — f. eks. en forældelsesfrist — har forskellig længde i landene, når blot selve det retsinstitut, hvorefter fristen udgør en del, er fælles i alle andre henseender. Jfr. dog tvivlende overfor berettigelsen af en sådan undtagelse Niederer p. 33.

opgave overhovedet er uløselig, »denn entweder weichen die Normen, deren Geltungsbereich es abgrenzen will, voneinander ab, dann lässt sich, so scheint es, keine auf beide passende Abgrenzungsnorm formulieren; oder sie weichen nicht voneinander ab, dann bedarf es einer solchen Norm auch nicht; die Abgrenzung ist, wo man ihrer bedarf, nicht möglich, und wo sie möglich ist, überflüssig« ¹⁵⁰).

Burckhardt indrømmer ganske vist, at der findes begreber, der er fælles for alle retssystemer, idet de ikke er udledt af det positive indhold i de enkelte landes love, men derimod enten hidrører fra selve rettens begreb eller udgør svar på spørgsmål, som ethvert retssystem må besvare. Eksempler herpå er begreber som retsstridig handling, retsevne og handleevne. Det nødvendige korrelat til denne almengyldighed er imidlertid disse begrebers formelle karakter, idet deres reelle indhold varierer fra land til land. Således forstår enhver positivretlig lov ved retsevne »der Fähigkeit, die Rechte zu haben, die es selbst vorsieht, und kein Gesetz die Fähigkeit, überhaupt irgendwelche unbestimmte und unbestimmbare Rechte zu haben« ¹⁵¹). Det er derfor ikke muligt ved anvendelsen af sådanne formelle begreber at foretage en virkelig afgrænsning mellem de enkelte retssystemers regler. Burckhardt resumerer til slut sit synspunkt således: »Redet also das internationale Privatrecht in der Begriffssprache der Gesetze, die es abgrenzen soll, so bleibt es in der Begriffswelt des einen oder anderen befangen und nur diesem verständlich; redet es aber die Sprache allgemeingültiger Rechtsbegriffe, die allen positiven Gesetzen gemeinsam sind, so reicht es nicht bis zum positiven Recht hinab, und es vermag den tiefer liegenden positiven Rechtsstoff nicht zu scheiden« ¹⁵²).

Overfor Burckhardts betragtninger fremhæver Niederer, at disse kun er rigtige, hvis man betragter de enkelte posi-

¹⁵⁰) Burckhardt p. 278.

¹⁵¹) *ibid.* p. 288.

¹⁵²) *ibid.* p. 290.

tive retssystemer som selvstændige logiske norm- og begrebssystemer, der ikke kan underkastes nogen vurdering ud fra højere værdiforestillinger. Hvis man derimod betragter den positive ret som et udtryk for en *almengyldig ret*, hvis man vurderer de givne positive retsregler ud fra et over disse regler stående *almengyldigt retspostulat*, vil man også have en absolut målestok, hvormed de enkelte landes positive ret kan vurderes, således at man i hvert enkelt tilfælde kan afgøre, om en given retsregel er »rigtig« eller »urigtig«, og i så fald vil et internationalprivatrethtligt begreb, selv om det er taget fra et enkelt lands positive ret, ikke være uforståeligt for den almengyldige begrebsorden, »er (d. v. s. det retlige begreb i IPR-reglen) stände nicht mehr beziehungslos da im Hinblick auf die allgemeingültigen Rechtsbegriffe, die einer sinn- und wertbezogenen allgemeingültigen Fragestellung entspringen, sondern er wäre diesen gegenüber qualifizierbar als »genau« oder »ungenau«, als »vollständig« oder »unvollständig«, alt »zu beschränkt« oder »zu ausgedehnt« usw., alles im Hinblick auf das allgemeingültige Postulat einer allgemeingültigen Ordnung«¹⁵³). Ganske vist er det muligt, at der ikke kan opstilles virkelig almengyldige postulater, men Burckhardts logiske hindring for sammenligningen mellem de forskellige retssystemers retlige begreber falder dog bort, så snart man opgiver den værdi- og vurderingsfri retsmetode.

Men er det nu tilladeligt at betragte den positive ret ud fra sådanne værdiforestillinger? Niederer mener ja, idet han hævder, at al juridisk tænkning er bundet til værdiforudsætninger, til postulater om retfærdighed. Jura er ikke begrebsmatematik. De retlige begreber er kun udtryk for en vis række værdidomme, og heraf følger, at kvalifikationsprocessen som enhver anden juridisk tankeproces er bundet til disse værdiforudsætninger eller værdidomme. Den konsekvens, der må drages heraf, er, at »die Frage nach der Qualifikation der kollisionsrechtlichen Begriffe deckt sich mit der Frage nach dem *funktionellen*

¹⁵³) Niederer p. 32.

Postulat der Kollisionsnorm. Das Qualifikations-Problem ist gar nichts anderes als das Problem der objektiven Sinn- und Wertsetzung im Kollisionsrecht. Ohne Zurückgreifen auf das der international-privatrechtlichen Regel inwohnende Rechts-Postulat gibt es keine Qualifikation, die eine internationale Funktion dieser Regel gestatten würde«. Kvalifikationsproblemet er kun uløseligt, så længe man søger rent logisk-begrebsmæssigt at sammenligne to begreber fra forskellige retssystemer. »Die einzige Vergleichsmöglichkeit von Rechtsbegriffen, die »die Sprache der abzugrenzenden Gesetze sprechen«, mit Rechtsbegriffen anderer (z. B. allgemeingültiger) Rechtsbegriffs-Systeme ist das diesen Begriffen zugrunde liegende *Postulat*, das auf Zweck und Sinn bezogene *Werturteil*. Nur das Werturteil kann uns den Massstab liefern, der eine Vergleichung von Rechtsbegriffen verschiedener Rechtssysteme erst möglich macht«¹⁵⁴⁾.

Niederer mener da også, at de hidtidige forfattere, selv om de måske ofte selv tror, at deres løsninger er rent logiske, dog har været nødsaget til at inddrage visse postulative argumenter. Således begrundet f. eks. Bartin sin undtagelse til fordel for *lex rei sitae* i det rent saglige — men ikke logiske — argument, at dette kræves af omsætningssikkerheden, og ligeledes beror hans seneste og efter hans egen opfattelse logiske formulering af *lex fori-teorien*¹⁵⁵⁾ i virkeligheden på et hypotetisk valg, som først kan træffes ud fra saglige overvejelser, der ikke er formelt erkendelige ud fra den positive ret. Også kravet om et vist slægtsskab (Ähnlichkeitswert) mellem de hjemlige og de fremmede retlige begreber, som Melchior og en del andre tilhængere af *lex fori-teorien* opstiller, er i virkeligheden ensbetydende med indførelsen af en saglig vurdering og sammenligning af disse begreber og dermed altså af et vist retspostulat.

Alle disse undtagelser fra den absolutte og logiske *lex fori-teori* bunder da også i, at disse forfattere har indset,

¹⁵⁴⁾ Niederer p. 89.

¹⁵⁵⁾ Jfr. ovenfor p. 33 f.

at en sådan teori er umulig at gennemføre, men herved har den udvidede *lex fori*-teori faktisk nærmet sig så stærkt til den komparative teori, at det ikke er rigtigt at opstille disse to teorier som egentlige modsætninger, men snarere at anse den komparative teori for en forbedret og mere differentieret udarbejdelse af en fælles kvalifikationsteori. Niederer tilslutter sig alligevel ikke denne teori, da han hævder, at den ikke giver nogen egentlig brugbar løsning på problemet, men i hovedsagen indskrænker sig til at påvise, at en kvalifikation efter *lex fori* eller *lex causae* vil være forkert. Dette skyldes, at de retningslinier, som de enkelte forfattere (Rabel, v. Steiger, Meriggi) opstiller for kvalifikationen, er holdt i så almindelige vendinger, at de egentlig kun kan anses for at være en fastslåelse af, »dass die Qualifikation nicht rein begriffstheoretisch (wertfrei), sondern nach Massgabe von Wert- und Zwecksetzung geschehen müsse«¹⁵⁶).

Niederer søger derfor at angive, efter hvilke saglige synspunkter kvalifikationsproblemet kan løses, eller hvad der for ham er det samme, hvilke retlige postulater, der må opstilles, for at den internationale privatret kan gennemføre sin opgave. Han rejser her først det spørgsmål, om det overhovedet er muligt at opstille almengyldige postulater på dette område, og kommer i tilslutning til Burckhardt til det resultat, at dette næppe vil være muligt, idet ethvert retssystem har sine egne postulater, hvortil yderligere kommer, at de interesser, der ligger til grund for et retsinstitut, varierer fra land til land og naturligvis må give sig udslag i den internationale privatret. Der kan derfor ikke opstilles et almengyldigt hierarki af internationalprivatretlige postulater, og man må derfor

¹⁵⁶) Niederer p. 92. Jfr., at v. Steiger (p. 68) taler om »Durch Prüfung der dem kollisionsrechtlichen System als ganzem zugrunde liegenden Gedanken, Abwägung der in Betracht fallenden Interessen und Würdigung der besondern Natur und Ausgestaltung der Norm selber, muss die Zweckbestimmung der Normen von Fall zu Fall fortschreitend, ermittelt und der ihnen inwohnende Sinn immer deutlicher herausgearbeitet werden«.

nøjes med at angive de problemgrupper (Fragenkomplexe), der indvirker på ethvert kvalifikationstilfælde. Niederer mener, der er tre sådanne problemgrupper, som dommeren i det konkrete tilfælde må afveje indbyrdes for at gennemføre en saglig rigtig kvalifikation. Disse tre grupper kalder han:

- 1) Der sich aus dem allgemeinen funktionellen Postulat des Kollisionsrecht ergebende Fragenkomplex.
- 2) Der sich aus den allgemeinen politischen Interessen des verweisenden Staates (Rechtssystemes) ergebende Fragenkomplex, og
- 3) Der sich aus den allgemeinen individuellen Interessen der beteiligten Privaten ergebende Fragenkomplex.

Ved afvejningen af disse grupper vil dommeren ofte se, at de står i en vis modsætning til hinanden, men hvilken gruppe, der skal have fortrinet, kan ikke siges generelt, men kun afgøres ud fra hvert enkelt tilfældes særlige omstændigheder.

Den konklusion, Niederer således er kommet til, er, at »das Qualifikations-Problem ist kein rein theoretisches, kein rein logisches Problem, sondern es ist identisch mit der Frage nach Sinn und Wert der Kollisionsnorm. Es ist keiner logischen, allgemeingültigen Lösung fähig, sondern es kann nur *sachlich* in jedem Einzelfall gelöst werden«¹⁵⁷⁾, og problemet er som følge heraf heller ikke blot et specialproblem, men derimod selve den internationale privatrets grundproblem.

Ud fra den forudsætning, hvorunder Niederers undersøgelse er foretaget, nemlig at den internationale privatrets opgave er at trække grænserne mellem de enkelte retssystemers anvendelsesområde, må man uden tvivl give ham ret i det resultat, hvortil han når, men det vil ses, at hverken hans eller Burckhardts fremstilling rammer Agos ovennævnte teori, der jo netop forkaster opfattelsen af den internationale privatret som en »grænseret«.

¹⁵⁷⁾ Niederer p. 107.

X. Den dansk-svenske teori.

A. De danske forfattere (*Federspiel, Borum og Holten Eggert*).

Medens den internationalprivatretnlige teori udenfor Norden således har beskæftiget sig i vidt omfang med kvalifikationsproblemet, er det først i de sidste 10—15 år, problemet er blevet taget op til bredere behandling i de nordiske lande og her først og fremmest i Sverige.

I dansk litteratur er det, når bortses fra nogle kortfattede bemærkninger hos Federspiel og Borum¹⁵⁸⁾, kun Holten Eggert, der har beskæftiget sig med spørgsmålet¹⁵⁹⁾.

Federspiel behandler problemet i nær tilknytning til Kahns fremstilling, og som følge heraf anvender han ikke udtrykket kvalifikation, men taler om lovkonflikter. Han kommer da også til de samme tre former for lovkonflikter som Kahn, ligesom han, uden dog at give nogen nærmere begrundelse, hævder, at dommeren for at løse disse konflikter kun kan gå frem efter opfattelsen i *lex fori*.

Borum, der går ud fra, at det, der skal kvalificeres, enten er et retsforhold eller en tilknytningsfaktor, hævder, at kvalifikationerne kun kan ske efter *lex fori*¹⁶⁰⁾, med mindre denne lov kun kommer i betragtning som domstolsstedets lov, idet der da efter hans opfattelse er meget, der taler for at følge den kvalifikation, som det eller de nærmest interesserede fremmede lande giver forholdet. Løvrigt mener han, i lighed med hvad hovedparten af *lex fori*-tilhængerne hævder, at det må være tilstrækkeligt, at et fremmed retsinstitut har væsentlig samme indhold som det hjemlige institut.

Da Borums behandling af hele problemet imidlertid er sammenpresset til 4 små sider, er det klart, at det ikke er

¹⁵⁸⁾ Federspiel p. 182 ff. og Borum, Lovkonflikter p. 75 f.

¹⁵⁹⁾ Holten Eggert: »Nogle bemærkninger vedrørende »la question des qualifications« i NTIR 1943 p. 88 ff. og p. 143 ff.

¹⁶⁰⁾ Jfr. også Borum, Personalstatuttet p. 99, note 11, hvor det hedder: »Spørgsmålet må som ethvert andet spørgsmål om »qualifications des lois« udelukkende afgøres efter *lex fori*«.

muligt at foretage en egentlig kritisk gennemgang af hans teori, idet han på disse 4 sider kun gengiver sin konklusion uden nærmere at redegøre for de præmisser, ud fra hvilke han kommer til denne konklusion.

Eggert opfatter kvalifikationsproblemet på den traditionelle måde som en konflikt mellem den måde, hvorpå forskellige lande kvalificerer et foreliggende retsforhold. Han kommer efter en kortfattet gennemgang af de forskellige teorier til det resultat, at man for dansk rets vedkommende bør sondre mellem primær og sekundær kvalifikation. Ved disse udtryk mener han, at dommeren først må finde den kompetente IPR-regel ved en primær kvalifikation efter *lex fori* eller, som Eggert udtrykker det, ved »at henføre det foreliggende retsforhold til en af de af dansk ret anerkendte juridiske kategorier«¹⁶¹). Når dommeren på denne måde har bestemt IPR-reglen og derigennem *lex causae*, skal han, før han kan anvende denne lov, foretage en sekundær kvalifikation af det foreliggende retsforhold efter opfattelsen i *lex causae*, idet denne lov skal anvendes »under hensyntagen til alle i henhold til denne gældende materielle og formelle regler samt de ved praksis fastslåede fortolkninger af disse«¹⁶²). Dette resultat støtter Eggert for så vidt angår den primære kvalifikation dels på, at *lex causae*-teorien er uigennemførlig, da denne lov ikke kendes, før IPR-reglen har været anvendt, og dels på en forkastelse af Becketts komparative teori, som han hævder, er »mindre rationel og vanskelig anvendelig i praksis, ikke mindst fordi den i sin generalisering ikke tager tilbørligt hensyn til den nødvendige differentiering efter kvalifikationens objekt«¹⁶³). Med hensyn til at lade den sekundære kvalifikation ske efter *lex causae* henviser han til Cheshires teori og til Bartins »qualifications en sous-ordre«, men som det vil fremgå af det nedenfor anførte, har han tilsyneladende misforstået disse forfattere, idet

¹⁶¹) Eggert p. 151.

¹⁶²) *ibid.* p. 152.

¹⁶³) *ibid.* p. 147.

han giver den sekundære kvalifikation et ganske andet indhold, end den har hos dem.

Dette kommer klart frem i flere af de eksempler, Eggert anfører på sin teoris anvendelse i praksis, idet han søger at løse lovkonflikterne ved at indføre et renvoissynspunkt, hvilket atter hænger sammen med, at han ved sekundær kvalifikation ikke forstår afgrænsningen af de retsregler i *lex causae*, der skal anvendes på det af IPR-reglen henviste retsforhold, men derimod, at dommeren, før han anvender de materielle retsregler i den af IPR-reglen udpegede *lex causae*, skal undersøge, om denne lov opfatter retsforholdet på samme måde som *lex fori*, idet han, såfremt dette ikke er tilfældet, ikke må anvende loven, da dette vil være at pådømme en sag »efter et retssystem, som selv erklærer sig inkompetent«¹⁶⁴⁾, hvorfor han i stedet for skal acceptere den fremmede opfattelse, hvorved han i reglen vil blive henvist til at anvende *lex fori*. Af de eksempler, Eggert nævner herpå, skal her kun anføres et enkelt. Ved et ved en dansk skifteret behandlet bo efter en i Danmark domicileret person, giver afdødes datter, der på grund af ægteskab er blevet italiensk statsborger, arveafkald til fordel for sin broder. Hendes italienske mand protesterer imidlertid herimod, idet han henviser til, at hustruen, som efter italiensk ret er ude af rådighed over sit bo, ved arveafkaldet faktisk har disponeret over en del af dette, hvilken disposition imidlertid kun kan være gyldig, såfremt manden samtykker deri. Skifteretten må nu kvalificere det foreliggende arveafkald, og dette kan kun ske på grundlag af *lex fori*, d. v. s. dansk ret, der efter Eggerts mening vil betragte det som arveretligt og ikke som ægteskabsformueretligt, hvorfor afkaldet vil være gyldigt, idet arvestatuttet er dansk ret. Eggert tænker sig imidlertid, at den danske domstol kvalificerer spørgsmålet som ægteskabsformueretligt og derfor vil bedømme dets gyldighed efter italiensk ret, men forinden denne kan anvendes, hævder han, at domstolen bør undersøge, hvorledes spørgsmålet kvalificeres i Italien, og hvis den kom-

¹⁶⁴⁾ Eggert p. 156.

mer til, at det her betragtes som arveretligt, bør den acceptere den italienske renvoi til dansk ret og altså alligevel anse afkaldet for gyldigt.

Dette besynderlige resultat begrundes han for det første ved, at en domstol bør anvende *lex fori* i så vid en udstrækning som muligt, og for det andet ved, at »det er urigtigt at anvende materielle retsregler i et retssystem, hvis formelle regler selv erklærer de materielle regler for inkompetente ved udtrykkeligt at henvise kompetencen til et andet retssystem«¹⁶⁵).

Heroverfor kan det imidlertid fremhæves, at Eggert på denne måde gør *lex causae* til den for kvalifikationen *afgørende lov*, hvorfor hans teori kun rent formelt er en *lex fori*-teori, men reelt en *lex causae*-teori. Hertil kommer yderligere, at forfatteren ved den ovenfor citerede udtalelse rent faktisk modsiger sig selv, idet de danske formelle regler, d. v. s. de danske IPR-regler, jo netop har erklæret dansk ret for inkompetent ved bedømmelsen af spørgsmålet, hvorfor en anerkendelse af den italienske renvoi til dansk ret og deraf følgende anvendelse af denne vil betyde, at dommeren i lige så høj grad som ved anvendelsen af italiensk materiel ret pådømmer sagen »efter et retssystem, som selv erklærer sig for inkompetent«. Man står her atter overfor den åbenbare brist, som renvoilæren er behæftet med, nemlig at det ikke er muligt logisk at begrunde, hvorfor den fremmede lovs tilbagevisning af kompetencen til *lex fori* kun er en tilbagevisning til dennes *materielle retsregler*, medens den oprindelige henvisning fra *lex fori* til den fremmede ret ikke blot er en henvisning til denne lovs materielle retsregler, men også til de fremmede *IPR-regler*.

Eggerts formulering af det spørgsmål, der foreligger til afgørelse i hans eksempel, er iøvrigt næppe helt eksakt. Sagen drejer sig ganske vist om gyldigheden af et arvekald, men Eggert gør ikke opmærksom på, at denne gyldighed er tvivlsom på grund af afgiverens mulige *inhabilitet*. Dette forhold spiller imidlertid en rolle, idet dom-

¹⁶⁵) Eggert p. 163.

riens modstandere så ofte fremførte argument, at det ikke er muligt at kvalificere fremmede retsinstitutter, der er ukendte i *lex fori*, ligesom han mener, at teorien, når den vil nøjes med at bygge på en vis identitet mellem de fremmede og de hjemlige retsinstitutter, faktisk giver plads for et helt vilkårligt skøn, da det jo ikke er muligt at fastsætte en objektiv grænse for graden af den identitet, der må forlanges. Endelig henviser han til Becketts udtalelse om, at *lex fori*-teorien mere end nogen anden teori vil føre til kvalifikationskonflikter¹⁷¹⁾, hvilken udtalelse han ganske slutter sig til.

At Malmström således således forkaster *lex fori*-teorien medfører dog ikke, at han tilslutter sig *lex causae*-teorien. Ganske vist mener han ikke, at denne teori, hvis den opfattes på Wolffs måde, er logisk uigennemførlig, men han henviser dels til, at den også vil kunne føre til vilkårlige resultater, fordi der uberettiget lægges vægt på rene terminologiske forskelle, og dels til de vanskeligheder, der opstår på grund af de lovakkumulationer og lovvakui, som teorien giver anledning til, idet han mener, at Wolffs opfattelse, hvorefter disse problemer kan løses ved en fornuftig fortolkning af de pågældende retssystemers interne regler, er for optimistisk og iøvrigt også kan føre til helt vilkårlige resultater.

I stedet for at henvise dommeren til at kvalificere efter opfattelsen i en bestemt lov søger Malmström delvis i tilknytning til Rabel at vise, at der egentlig ikke eksisterer noget for den internationale privatret særegent kvalifikationsproblem. Når dommeren skal anvende sine egne IPR-regler, må han fortolke disses begreber efter de i almindelighed gældende fortolkningsprincipper, men han kan ikke her være bundet til det indhold, som de tilsvarende interne begreber har, hvilket indhold iøvrigt efter Malmströms opfattelse langt fra kan siges at foreligge klart, idet grænserne mellem de interne retlige begreber ikke er skarpe.

Som følge heraf er det fejlagtigt, når den herskende

¹⁷¹⁾ Jfr. ovenfor p. 75.

mer til, at det her betragtes som arveretligt, bør den acceptere den italienske renvoi til dansk ret og altså alligevel anse afkaldet for gyldigt.

Dette besynderlige resultat begrundes han for det første ved, at en domstol bør anvende *lex fori* i så vid en udstrækning som muligt, og for det andet ved, at »det er urigtigt at anvende materielle retsregler i et retssystem, hvis formelle regler selv erklærer de materielle regler for inkompetente ved udtrykkeligt at henvise kompetencen til et andet retssystem«¹⁶⁵).

Heroverfor kan det imidlertid fremhæves, at Eggert på denne måde gør *lex causae* til den for kvalifikationen *afgørende lov*, hvorfor hans teori kun rent formelt er en *lex fori*-teori, men reelt en *lex causae*-teori. Hertil kommer yderligere, at forfatteren ved den ovenfor citerede udtalelse rent faktisk modsiger sig selv, idet de danske formelle regler, d. v. s. de danske IPR-regler, jo netop har erklæret dansk ret for inkompetent ved bedømmelsen af spørgsmålet, hvorfor en anerkendelse af den italienske renvoi til dansk ret og deraf følgende anvendelse af denne vil betyde, at dommeren i lige så høj grad som ved anvendelsen af italiensk materiel ret pådømmer sagen »efter et retssystem, som selv erklærer sig for inkompetent«. Man står her atter overfor den åbenbare brist, som renvoilæren er behæftet med, nemlig at det ikke er muligt logisk at begrunde, hvorfor den fremmede lovs tilbagevisning af kompetencen til *lex fori* kun er en tilbagevisning til denes *materielle retsregler*, medens den oprindelige henvisning fra *lex fori* til den fremmede ret ikke blot er en henvisning til denne lovs materielle retsregler, men også til de fremmede *IPR-regler*.

Eggerts formulering af det spørgsmål, der foreligger til afgørelse i hans eksempel, er iøvrigt næppe helt eksakt. Sagen drejer sig ganske vist om gyldigheden af et arvekald, men Eggert gør ikke opmærksom på, at denne gyldighed er tvivlsom på grund af afgiverens mulige *inhabilitet*. Dette forhold spiller imidlertid en rolle, idet dom-

¹⁶⁵) Eggert p. 163.

meren, når han skal bedømme et arveafkalds gyldighed, ikke blot må undersøge, om afkaldet er materielt gyldigt, men også de herfra principielt forskellige spørgsmål, om afgiveren har haft habilitet til at afgive et sådant afkald, og om dette opfylder de formkrav, der eventuelt stilles til det. Dette er ikke andet, end hvad der gælder ved enhver viljeserklæring, men i et tilfælde, hvor sagen udviser fremmede elementer, er det ikke udelukket, at disse tre spørgsmål skal afgøres efter hver sit lands lov. Når Eggert, som nævnt i eksemplet ovenfor, mener, at den danske dommer vil kvalificere det foreliggende spørgsmål som et arveretligt spørgsmål, og derfor vil anvende dansk ret som arveladerens sidste domicillov, er dette næppe rigtigt. Ganske vist mener Eggert tilsyneladende, at hans resultat støttes af en højesteretsdom fra 1902¹⁶⁶), men dette er næppe rigtigt. Den pågældende sag drejede sig ikke om et arveafkald fremsat under skiftet, men derimod om et afkald afgivet direkte overfor arveladeren. Endvidere var det klart, at arvingen — der ligesom i Eggerts eksempel var arveladerens italiensk gifte datter — var fuldt habil, idet hendes mand også havde tiltrådt afkaldet. Det valg, dommeren stod overfor, var derfor ikke et valg mellem at kvalificere det foreliggende spørgsmål som arveretligt eller som ægteskabsformueretligt, men derimod et valg mellem en arveretlig kvalifikation og en kontraktsretlig kvalifikation, og der kan derfor næppe være tvivl om, at højesterets valg af den arveretlige kvalifikation er det rigtige resultat efter opfattelsen i dansk ret¹⁶⁷). I Eggerts eksempel er der derimod faktisk mulighed for tre forskellige kvalifikationer af habilitetsspørgsmålet. Dette kan enten betragtes som et arveretligt spørgsmål eller som et ægteskabsformueretligt spørgsmål eller endelig som et almindeligt habilitetsspørgsmål, hvilket atter vil sige, at dommeren skal anvende enten arveladerens domicillov

¹⁶⁶) UfR 1902 B p. 216, jfr. også skiftekommissionens oprindelige afgørelse, som højesteret forkastede, i UfR 1901 p. 243.

¹⁶⁷) Jfr. Borum, Personalstatuttet p. 538 f. og Lewald i Recueil 1925-IV (bind 9) p. 59-60.

eller loven på det første ægteskabelige domicil eller endelig datterens domicillov på det tidspunkt, hvor afkaldet blev givet. Det naturlige vil vel nok i et sådant tilfælde være at anvende den ægteskabsformueretlige kvalifikation, idet spørgsmålet nærmest må siges at være, om datteren *i sin egenskab af hustru* er inhabil ¹⁶⁸).

B. *De svenske forfattere.*

1. Malmström.

I svensk ret var Malmström den første, der mere indgående beskæftigede sig med spørgsmålet ¹⁶⁹). Han forkaster lex fori-teorien, idet han hævder, at denne vil kunne føre til ganske vilkårlige resultater, fordi »föga genomtänkta terminologiska differenser, på tillfälligheter beroende rubriceringar och doktrinära juridiska konstruktioner genom lex fori-teorien lätt kunna få oanade och omotiverade efterverkningar« ¹⁷⁰). Efter Malmströms mening er det forkert at opfatte forholdet således, at der foreligger fikse og færdige retlige kvalifikationer (samlemapper) i ethvert retssystem, og i denne forbindelse henviser han til, at det vil være urimeligt at antage, at der f. eks. foreligger en klar svensk kvalifikation af forældelsesinstituttet. Han nævner endvidere, det af lex fori-teo-

¹⁶⁸) Fransk ret kvalificerer dog reglerne om hustruens »incapacité« som et egentligt habilitetsspørgsmål, der i overensstemmelse med C. C. art. 3, stk. 3, skal bedømmes efter hendes nationale lov. Dette skyldes, at de franske interne regler i art. 215-226 ikke blot umyndiggør hustruen i formueretlig henseende, men går langt videre, således at hun i vidt omfang må betragtes som personlig umyndig, jfr. Borum, Personalstatuttet p. 199 f.

¹⁶⁹) Malmström, »Det s. k. kvalifikationsproblemet inom internationell privaträtt«, 1938 (Uppsala Universitets årsskrift 1938, nr. 5). Før Malmströms afhandling havde Bagge behandlet et enkelt kvalifikationsspørgsmål, nemlig forældelsesspørgsmålet, i en artikel i »Festskrift tillägnad Marks von Würtemberg« 1931 p. 19 ff., ligesom emnet var blevet strejft af Ramel i hans »Studier i svensk internationell arvsrätt«, 1930.

¹⁷⁰) Malmström p. 19.

riens modstandere så ofte fremførte argument, at det ikke er muligt at kvalificere fremmede retsinstitutter, der er ukendte i *lex fori*, ligesom han mener, at teorien, når den vil nøjes med at bygge på en vis identitet mellem de fremmede og de hjemlige retsinstitutter, faktisk giver plads for et helt vilkårligt skøn, da det jo ikke er muligt at fastsætte en objektiv grænse for graden af den identitet, der må forlanges. Endelig henviser han til Becketts udtalelse om, at *lex fori*-teorien mere end nogen anden teori vil føre til kvalifikationskonflikter¹⁷¹⁾, hvilken udtalelse han ganske slutter sig til.

At Malmström således ganske forkaster *lex fori*-teorien medfører dog ikke, at han tilslutter sig *lex causae*-teorien. Ganske vist mener han ikke, at denne teori, hvis den opfattes på Wolffs måde, er logisk uigennemførlig, men han henviser dels til, at den også vil kunne føre til vilkårlige resultater, fordi der uberettiget lægges vægt på rene terminologiske forskelle, og dels til de vanskeligheder, der opstår på grund af de lovakkumulationer og lovvakui, som teorien giver anledning til, idet han mener, at Wolffs opfattelse, hvorefter disse problemer kan løses ved en fornuftig fortolkning af de pågældende retssystemers interne regler, er for optimistisk og iøvrigt også kan føre til helt vilkårlige resultater.

I stedet for at henvise dommeren til at kvalificere efter opfattelsen i en bestemt lov søger Malmström delvis i tilknytning til Rabel at vise, at der egentlig ikke eksisterer noget for den internationale privatret særegent kvalifikationsproblem. Når dommeren skal anvende sine egne IPR-regler, må han fortolke disses begreber efter de i almindelighed gældende fortolkningsprincipper, men han kan ikke her være bundet til det indhold, som de tilsvarende interne begreber har, hvilket indhold iøvrigt efter Malmströms opfattelse langt fra kan siges at foreligge klart, idet grænserne mellem de interne retlige begreber ikke er skarpe.

Som følge heraf er det fejlagtigt, når den herskende

¹⁷¹⁾ Jfr. ovenfor p. 75.

teori har villet udskille kvalifikationsproblemet som et præliminært spørgsmål. »Resultatet blir, att en konkret internationellt-privaträttslig fråga förvandlas till en för-
 ening av dubbla, på olika plan förlagda kollisionsspro-
 blem«¹⁷²⁾, men dette er et alt for stift og indviklet system. Hvorfor, spørger Malmström, »skola ej dessa i lex fori givna kollisionssregler få tolkas fritt efter samma metoder, som äro de av rättssamfärdselns praktiska behov påkal-
 lade vid lagtolkning i allmänhet....? Varför skulle man här applicera ett speciellt snävt schema, även om det ginge att konsekvent tillämpa«¹⁷³⁾. I denne forbindelse hen-
 viser han til, at man også indenfor den interne ret kan komme ud for kvalifikationsspørgsmål. F. eks. kan det ud-
 mærket tænkes, at gavebegrebet varierer alt efter hvilken intern retsregel, der anvendes. Hvis der da senere udfær-
 diges regler om en vis form som en betingelse for en gaves gyldighed, kan der, i de konkrete tilfælde, hvor disse form-
 regler skal anvendes, opstå spørgsmål om, hvorvidt der overhovedet foreligger en gave. Man må da kvalificere det foreliggende tilfælde, men ud fra hvilket af den in-
 terne rets gavebegreber? Svaret herpå beror efter Malm-
 ströms opfattelse ikke på en logisk konstruktion, men på en vurdering af formreglernes funktion ud fra et sam-
 fundsmæssigt synspunkt.

På tilsvarende måde kan dommeren fortolke IPR-reg-
 lerne. Han må ganske vist holde sig inden for den ramme, som reglens ordlyd og lovgiverens åbenbare hensigt med den angiver, men indenfor denne ramme står han frit og kan i praksis ikke undlade at tage hensyn til de fremmede retssystemers opbygning og måde at betragte sagen på, uden at han dog på nogen måde er bundet heraf.

Malmström mener derfor, at kvalifikationsproblematik-
 ken må afløses af »ett fritt diskuterande av olika tolk-
 ningsalternativ under beaktande av vad som kan anses vara de ifrågakommande reglernas allmänna funktion«¹⁷⁴⁾.

¹⁷²⁾ Malmström p. 32.

¹⁷³⁾ ibid. p. 33.

¹⁷⁴⁾ ibid. p. 37.

Det er derfor ikke muligt at give klare regler for dommerens fortolkning, da denne først og fremmest må tage hensyn til det praktisk hensigtsmæssige. Dette kan ganske vist synes at føre til usikre og vilkårlige resultater, men Malmström mener ikke, man behøver at være alt for pessimistisk, idet dommeren ved fortolkningen bør tage i betragtning, at det praktisk hensigtsmæssige tilsiger en så vidtgående formindskelse af divergenserne mellem de hjemlige og de fremmede IPR-regler som muligt, hvoraf følger, at dommeren ikke må forsøge at »till det yttersta pressa fram osäkra, icke klart belagda eller eljest uppenbara »syften« och »funktioner« ur de olika nationella enskilda rättsinstituten och därur i tveksamma fall härleda deras internationella räckvidd«¹⁷⁵).

Malmström påpeger endelig, at det er en forudsætning for hele den traditionelle opfattelse af problemet, at der foreligger faste IPR-regler, d. v. s. enten regler givet ved lov eller regler, som gennem teori og praksis har vundet fast anerkendelse. Hvis der derimod ikke foreligger sådanne regler, hvilket jo på grund af den internationale privatrets endnu lidet udviklede stade ofte er tilfældet, må dommeren selv opstille de for hvert enkelt konkret tilfælde fornødne regler, og under disse omstændigheder mener han, at det er absurd at tænke sig, at dommeren først opstiller en rent abstrakt IPR-regel og derpå kvalificerer den konkrete sag for at se, om denne falder ind under den af ham opstillede regel. Grænsen mellem de tilfælde, hvor der foreligger en fast IPR-regel, og de tilfælde, hvor en sådan ikke foreligger, er imidlertid ikke skarp, idet der kan tænkes utallige overgangstilfælde, og Malmström mener, dette er et yderligere bevis for rigtigheden af hans teori om, at opstillingen af et egentligt kvalifikationsproblem er en unødvendig komplicering af fortolkningen og anvendelsen af IPR-reglerne.

Malmströms opfattelse er i svensk ret blevet tiltrådt af

¹⁷⁵) Malmström p. 38.

Undén og Denmark¹⁷⁶⁾, hvorimod Ramel¹⁷⁷⁾ har taget afstand fra den, idet han nærmest tilslutter sig en lex fori-teori byggende på Raapes ovenfor nævnte synspunkter¹⁷⁸⁾.

2. R a m e l.

Overfor Malmström og Rabel hævder Ramel, at deres teorier har til forudsætning, at den internationale privatret er international og ikke national ret, hvilket efter hans mening er forkert. Den internationale privatret skal studeres efter en positivistisk metode, således at der kun tages hensyn til lovgivning, sædvane og retspraksis. Ved et sådant studie vil det vise sig, at den internationale privatret er national ret, og også at den er formel ret, idet den ikke selv medvirker ved den egentlige bedømmelse af de konkrete tilfælde. Af dette mener Ramel, at man kan slutte, at fortolkningen af IPR-reglerne må være afhængig af den interne ret, idet »båda härflyta ur samma stats suveræna vilja och det icke finnes någon anledning antaga, att densamma givit sig till känna på olikartat sätt i vartdera av bägge dessa fall«¹⁷⁹⁾. Dette støtter han også på det rent praktiske argument, at lovgiveren, da han opstillede reglen, ikke på forhånd havde foretaget en retssammenlignende undersøgelse af den art, som Rabel går ind for, men blot antaget, at der i de fremmede retssystemer fandtes lignende retsinstitutter som i hans egen interne ret. Lovgiveren har derfor blot indsat sine egne intern-retlige begreber i IPR-reglerne, hvorfor disse begreber, når der opstår tvivl, må fortolkes efter opfattelsen i

¹⁷⁶⁾ Jfr. Undéns anmeldelse af Malmströms afhandling i TfR 1940 p. 215 og Denmark i SvJT 1943 p. 679-83.

¹⁷⁷⁾ Ramel: »Ytterligare bidrag till kvalifikationsproblemet i internationell privaträtt« i NTIR 1944 p. 5 ff. Også Borum tager for så vidt afstand fra Malmström, idet han ikke mener, at dennes eliminering af kvalifikationsproblemet som et selvstændigt præliminært spørgsmål virker overbevisende, men Borum siger dog, at »i realiteten er Malmströms opfattelse ikke væsentlig forskellig fra lex fori-teorien forstået på fornuftig måde«, jfr. Lovkonflikter p. 79.

¹⁷⁸⁾ Jfr. ovenfor p. 62 ff.

¹⁷⁹⁾ Ramel p. 19.

intern *lex fori*, hvoraf følger, at det kun er muligt at lade udenlandske love og retsinstitutter indgå i IPR-reglerne, når disse love og institutter udviser væsentlig lighed med de tilsvarende interne love og institutter ¹⁸⁰⁾.

I de tilfælde, hvor der ikke er tilstrækkelig lighed, mener Ramel dog ikke, at dommeren bør opgive at bedømme sagen. Han indrømmer, at dette problem ikke forekommer ved Rabels og Malmströms teorier, idet begge disse forfattere netop drager de fremmede love med ind i fortolkningen af IPR-reglerne, men dette forhold får ham ikke til at forkaste *lex fori*-teorien, idet han mener, at problemet kan løses på en anden måde end den, de nævnte forfattere har foreslået. Ganske vist kan der ikke findes en løsning i intern *lex fori*, men på den anden side *skal* løsningen alligevel gives ud fra *lex fori*, og dette paradoks vil han løse på følgende måde: Der foreligger i virkeligheden blot et kompetencespørgsmål, for hvilket der endnu ikke er givet særlige IPR-regler i *lex fori*, hvorfor det egentlige problem er at udfylde dette hul i domstolslandets internationalprivatretnlige system. Dette må gøres ved, at dommeren undersøger alle de retssystemer, til hvilke det retsforhold, hvori det pågældende fremmede retsinstitut indgår, har tilknytning, og derefter udvælger det retssystem til *lex causae*, for hvilket der kan anføres de stærkeste grunde ¹⁸¹⁾, hvilket naturligvis ikke behøver at være det system, hvori det nævnte retsinstitut indgår. Imidlertid kan det tænkes, at den af dommeren således fundne *lex causae* heller ikke har regler om retsinstituttet, og i så fald vil dommeren ofte være nødsaget til at anvende det retssystem, hvori instituttet indgår, for i det givne tilfælde at nå et endeligt resultat. Ramel vil ikke benægte, at det er en tiltalende tanke at opnå en i alle lande fuldstændig ensartet regulering af de internationale

¹⁸⁰⁾ Ramel p. 21. I denne forbindelse henviser Ramel også til Melchior's udtryk om, at der må udkræves en vis »Ähnlichkeitswert«, jfr. ovenfor p. 58.

¹⁸¹⁾ Ramel synes her påvirket af Savignys sætning om retsforholdenes »sæde«.

retsforhold, hvilket Rabels teori jo skulle bevirke, men han mener, at en sådan harmoni må nås ved internationale overenskomster og ikke ved den konkrete praktiske retsanvendelse.

Det er vanskeligt at se, at Ramels teori kan forenes med lex fori-teorien, idet han jo netop søger løsningen alle andre steder end i lex fori¹⁸²). I virkeligheden går hans teori ud på helt og holdent at undgå kvalifikationsproblemer, idet han pålægger dommeren i stedet for at anvende en IPR-regel — hvorved problemet jo automatisk opstår — at finde det retssystem, til hvilket retsforholdet har den største tilknytning, ved at undersøge alle de fremmede retssystemer, der overhovedet kan komme i betragtning. Når lex causae herved er fundet, har dommeren ganske vist også dermed en IPR-regel, der dækker det foreliggende retsforhold, men det kan formodentlig næppe være Ramels mening, at dommeren derefter skal gå tilbage til lex fori og gennem en kvalifikation finde frem til den opstillede IPR-regel, hvilket jo for det første vil være en fuldstændig overflødig komplicering og for det andet også efter Ramels egen opfattelse et umuligt forlangende, da den *interne* lex fori jo stadig ikke kender det fremmede retsinstitut, selv om dette nu indgår i en af *IPR-reglerne* i lex fori.

Ramel begrænser iøvrigt kvalifikationsproblemet, idet han uden egentlig begrundelse vil holde fortolkningen af tilknytningsfaktorerne udenfor, ligesom han ikke mener, at spørgsmålet om en genstands egenskab af løs eller fast ejendom er et kvalifikationsspørgsmål, da dette forhold altid skal afgøres efter lex rei sitae.

Med hensyn til anvendelsen af retsreglerne i den af den fundne IPR-regel udpegede lex causae, hævder han, at dommeren skal tage *hele den fremmede lovgivning* i be-

¹⁸²) Når Ramel anfører (p. 33), at dommerens undersøgelse af de forskellige fremmede retssystemer sker »med tillstånd av lex fori«, kan dette naturligvis ikke være bevis for, at der foreligger en lex fori-teori, idet denne »tillstånd« jo er et rent og skært postulat.

tragtning, uanset hvorledes denne kvalificerer retsforholdet, idet han på denne måde vil kunne undgå de tidligere omtalte lovkumulationer og lovvakui. Ramel søger at vise dette ved nogle eksempler, hvoraf her blot skal nævnes hans behandling af Bartins Maltasag¹⁸³). Ramel tænker sig, at *lex fori* har en ægteskabsretlig IPR-regel, der henviser til staten A's lov og en arveretlig IPR-regel, der henviser til staten B's lov. Hvis *lex fori* nu kvalificerer enkens krav som ægteskabsretligt, skal dommeren anvende hele staten A's ret, uanset om denne kvalificerer enkens krav som arveretligt, således at dommeren altså i virkeligheden anvender de retsregler, som i staten A anses for arveregler. Hvis nu staten B, som er kompetent til at påkende de arveretlige krav, selv kvalificerer enkens krav som arveretligt, opstår der tilsyneladende en lovkumulation, men dette er ikke tilfældet, idet dommeren overhovedet ikke skal anvende B's ret, da han jo har kvalificeret kravet som ægteskabsretligt.

Det vil ses, at Ramels betragtningsmåde er den samme som Rabels, men der er den fejl ved hans eksempel, at han tilsyneladende overser, at der kan blive tale om en anvendelse af såvel den ægteskabsretlige som den arveretlige IPR-regel, idet enken kan rejse krav i begge henseender, og herved vil der alligevel kunne opstå vanskeligheder, hvis disse to krav skal afgøres efter hver sin lov, og disse love ikke harmonerer indbyrdes. Herom må dog henvises til den senere fremstilling¹⁸⁴).

3. Gihl.

Den svenske forfatter, der senest har beskæftiget sig med kvalifikationsproblemet, er Torsten Gihl¹⁸⁵). Som nævnt slutter han sig ganske til Agos opfattelse, hvorfor det blot vil være en overflødig gentagelse at foretage en nærmere gennemgang af hans fremstilling af problemet, men det skal dog bemærkes, at Gihl i modsætning til Ago

¹⁸³) Jfr. ovenfor p. 26 f.

¹⁸⁴) Jfr. nedenfor p. 201 ff.

¹⁸⁵) Gihl p. 335 ff.

har gjort spørgsmålet om anvendelsen af den fundne *lex causae* til genstand for en nærmere undersøgelse. Han benægter, at denne anvendelse giver anledning til et kvalifikationsproblem, idet dommeren efter hans opfattelse blot skal anvende *hele den fremmede ret* på de foreliggende fakta, hvorved han mener, at de vanskeligheder, som møder de forfattere, der går ind for, at henvisningen til fremmed ret er en henvisning til bestemte retsregler i denne, af sig selv skulle falde bort. Om dette synspunkt, der jo som nævnt også deles af Rabel og Ramel, så er rigtigt, er et andet spørgsmål, som skal undersøges nærmere nedenfor.

KAPITEL II.

KVALIFIKATIONSBEGREBETS DEFINITION OG AFGRÆNSNING

Som det vil ses af den foregående fremstilling, er de teorier, der i tidens løb er blevet fremsat for at løse kvalifikationsproblemet, af vidt forskelligt indhold, ligesom der langt fra kan siges at være enighed om problemets betydning for den internationale privatret. Der behøver blot her at henvises til de diametralt modsatte opfattelser af problemet, som forfattere som Pillet og Niederer står som eksponenter for. Disse forskelle skyldes vel først og fremmest de ofte stærkt divergerende opfattelser, forfatterne har af den internationale privatrets opgave og genstand, men beror uden tvivl også på en forskellig opfattelse af selve kvalifikationsbegrebet, hvilket atter hænger sammen med, at det kun er et fåtal af forfatterne, der har forsøgt nøjagtigt at afgrænse og definere dette begreb. Det er næppe helt uberettiget, når Niederer udtaler: »Es ist nun etwas verdächtig, dass seit Bartin die ganze Doktrin ständig von »qualifizieren« und von »Qualifikation« spricht und schreibt, während nur sehr selten genau definiert wird, was »Qualifikation« eigentlich heisst«¹⁾.

I det følgende skal jeg da forsøge at give en afgrænsning og definition af kvalifikationsbegrebet, hvilket imidlertid efter min mening forudsætter en bestemmelse af den internationale privatrets opgave og genstand.

¹⁾ Niederer p. 38. Jfr. også Rabel p. 242, der, efter at have givet en kort definition af begreberne kvalifikation og kvalifikationskonflikt, udtaler: »Wenigstens dürfte damit der fassbare Kern einer Lehre umschrieben sein, deren Grenzen und Tragweite allerdings keineswegs feststehen«.

I. Den internationale privatrets opgave.

Hvad er nu den internationale privatrets opgave, hvad er det for formål, der søges opnået ved anvendelsen af IPR-reglerne?

På dette punkt har der i tidens løb været fremsat mange forskellige teorier, men opfattelsen i dag kan dog i hovedsagen henføres til to teorier. Ifølge den ene, til hvilken hovedparten af forfatterne slutter sig, skal den internationale privatret drage grænserne i rummet mellem de enkelte retssystemers anvendelsesområde, dens opgave er at løse de konflikter, der opstår, når flere landes love på en gang synes at gøre krav på at komme til anvendelse på et og samme forhold. Som et karakteristisk udtryk for denne opfattelse kan anføres Maury's udtalelse: »Le droit international privé est l'ensemble des normes dont la fonction est la réglementation juridique de la vie sociale internationale, c'est-à-dire des rapports présentant un ou plusieurs éléments extranationaux et dont le moyen technique, l'objet immédiat, est la détermination des domaines de compétence des divers ordres juridiques étatiques quant aux faits de cette vie sociale internationale«²⁾.

Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at en så fremtrædende repræsentant for denne teori som Martin taler om den modsætning, der er mellem IPR-reglernes *nationale oprindelse* — hvorom der bortset fra enkelte und-

²⁾ Maury p. 376. Jfr. også Gutzwiller p. 1537, hvor det hedder: »Die in Deutschland ... herrschende Meinung sieht im IPR Abgrenzungsrecht (»Grenzrecht«). Seine Vorschriften treten als »Grenznormen« den Sachnormen gegenüber. Sie sind Zuständigkeitsbestimmungen. Die Aufgabe besteht ausschliesslich in der möglichst korrekten Aufteilung der Bereiche der einzelnen Privatrechtsordnungen«. Det skal dog bemærkes, at denne definition ikke ganske dækker Gutzwillers eget synspunkt, idet han foruden den »grænseretlige« opgave også mener, at den internationale privatret skal give en løsning »die dem Wesen der streitigen Rechtsverhältnisse entspricht. Neben dem grenzrechtlichen IPR steht das der »Natur der Sache« entsprechende«.

tagelser er almindelig enighed — og deres *internationale funktion* som grænsedragende regler mellem de enkelte retssystemer³⁾. Bartin indrømmer, at denne modsætning ikke kan fjernes ved rent logiske overvejelser, men han mener imidlertid heller ikke, at dette er nødvendigt, da den internationale privatret efter hans opfattelse alligevel kan opfylde sin grænsedragende opgave, såfremt de enkelte stater vedkender sig den af folkeretten flydende forpligtelse til i visse tilfælde at begrænse anvendelsen på deres eget territorium af deres egne materielle retsregler til fordel for en fremmed stats regler. Denne forpligtelse er ganske vist kun en obligatio naturalis, idet det følger af det af Bartin hyldede suverænitetsprincip, at enhver stat selv er enekompetent til at bestemme, hvor disse grænser skal trækkes, men efter hans opfattelse er dette forhold på grund af gensidigheden i forpligtelsen uden betydning.

Bartin søger således at løse det paradoks, som han selv er klar over, at hans opfattelse indebærer, ved at henvise til en folkeretlig regel. Men er dette berettiget? Eksisterer der overhovedet en sådan regel, og kan den i bekræftende fald løse den af Bartin nævnte modsætning? ⁴⁾.

³⁾ Jfr. Bartin, Principes p. 112, hvor det hedder: »Il y a, de toute évidence, entre son (d.v.s. den internationale privatret) objet et les moyens dont nous disposons pour le fixer, une opposition qui va, semble-t-il, jusqu'à la contradiction. Par son objet, le droit international privé nous apparaît comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle de droit privé: règles de séparation de leurs domaines respectifs, règles de répartition de leurs compétences respectives, tout cela suppose des règles supérieures, par leur autorité comme par leur but, à ces souverainetés mêmes. Et il se trouve que les moyens qui les fournissent, dans chaque Etat, restent des moyens nationaux, de même autorité comme de même origine que les lois et les juridictions dont elles prétendent, sur le territoire de cet Etat, définir les limites et circonscrire le pouvoir«.

⁴⁾ Bartin er naturligvis langt fra ene om at antage eksistensen af en sådan folkeretlig forpligtelse.

Det er klart, at reglen, om den overhovedet eksisterer, kun kan være en folkeretlig sædvaneregul, idet der ikke traktatsmæssigt er fastsat nogen for alle stater i folkeretssamfundet bindende forpligtelse i så henseende, men som det skal vises nedenfor, er det et spørgsmål, om ikke denne postulerede sædvaneregul er en fiktion. For at en regul kan anerkendes som en folkeretlig sædvaneregul, må det kræves, at reglen følges af alle stater, og at dette sker ud fra en opfattelse af at være retligt forpligtet dertil. Såfremt disse betingelser ikke er opfyldt, kan der ikke tales om en egentlig sædvane, men højest om en vis mere eller mindre udbredt skik og brug, som ikke er retligt forpligtende ⁵⁾).

Hvis man nu undersøger Bartins »sædvaneregul«, vil man for det første se, at alle stater i dag har en international privatret. Ganske vist har man henvist til, at Sovjetunionen har vist en tendens til på talrige punkter at udelukke enhver anvendelse af fremmed ret, men heroverfor må det fremhæves, at Sovjet aldrig *fuldstændig* har udelukket den fremmede lovs anvendelse til fordel for sin egen ⁶⁾, og at tendensen — som i sig selv er ubestridelig — har sin ganske naturlige forklaring i, at det sovjetiske retssystem, netop fordi det virker i et samfund med en ganske anden økonomisk og social opbygning end den i de fleste andre lande herskende, ofte ud fra et ordre public-synspunkt må forkaste anvendelsen af de kapitalistiske landes retsregler. Jeg mener derfor ikke, at denne indvending er holdbar.

Medens således den første betingelse for eksistensen af en sædvaneregul er til stede, er det betydelig mere tvivlsomt, om den anden betingelse også er opfyldt, om sta-

⁵⁾ Jfr. til det følgende især Ago p. 288 f., Gihl p. 303 f. og Maury p. 354 f.

⁶⁾ Jfr. vedrørende den russiske internationale privatret Stoupnitzky i *Revue Darras* 1927 p. 427 og i *Répert.* VII p. 109; A. N. Makarow: »Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique russes (U. R. S. S.)« i *Recueil* 1931-I (bind 35) p. 477 ff., samt A. Kiralfy i *International Law Quarterly* 1951 p. 120.

terne opstiller IPR-reglerne ud fra en opfattelse af at være folkeretligt forpligtet dertil. Der er med rette blevet henvist til, at der ikke kan anføres blot et eneste tilfælde, hvor der er blevet rejst bebrejdelser overfor en stat, fordi den ikke har opfyldt en sådan folkeretlig forpligtelse ⁷⁾). End ikke overfor Sovjetunionen er det nogensinde blevet hævdet, at dets praksis skulle være folkeretsstridig, og dette forekommer at være et meget stærkt indicium for, at staterne ikke selv opfatter sig som folkeretligt forpligtede. Hertil kommer også, at reglen er så vag og ubestemt, at det i sig selv er utænkeligt, at den, om den virkelig eksisterede, ikke skulle være blevet gjort til genstand for en nærmere præcisering ved indbyrdes forhandlinger mellem staterne, således at der i alt fald var blevet opstillet et vist mindstemål for det hensyn, som skulle tages til fremmed ret, for at den folkeretlige forpligtelse kunne siges at være opfyldt, men en sådan præcisering har aldrig fundet sted ⁸⁾).

Man må formodentlig derfor forkaste Bartins opfattelse og nøjes med at konstatere, at alle stater i vore dage har fundet det formålstjenligt eller måske ligefrem nødvendigt at opstille visse regler, som muliggør anvendelsen af fremmed ret på sådanne sager, som udviser fremmede elementer af en vis i reglerne nærmere bestemt karakter, idet disse sager eller rettere de livsforhold, som disse sager vedrører, falder ganske uden for det hjemlige milieu, således at en anvendelse af de hjemlige regler ved den retlige bedømmelse af sagerne vil være en uretfærdighed overfor parterne, som muligvis er gået ud fra ganske andre forudsætninger og fra en helt anden retsopfattelse end den, der er herskende i domstolslandet.

Skulle man imidlertid komme til det resultat, at Martin har ret i at antage eksistensen af en sådan folkeretlig

⁷⁾ Jfr. Melchior p. 36.

⁸⁾ Man kan selvfølgelig sige, at der ved de forskellige Haager-Konventioner er foretaget en nærmere præcisering af den folkeretlige forpligtelse, men disse konventioner binder jo efterhånden kun et ganske ringe antal nationer.

sædvaneregel, ses det ikke, hvorledes denne skulle kunne sætte dommeren i stand til at komme uden om den modsætning, der ligger i at antage, at de regler, der skal opfylde den internationale opgave at afgrænse de enkelte landes legislative kompetence, er nationale regler. Selv om landene er folkeretligt forpligtede til at indrette deres lovgivning således, at der tages et vist hensyn til de andre landes retsregler, bliver de regler, som opstilles for at opfylde denne forpligtelse, alligevel ved med at være nationale regler, og de vil derfor rent logisk kun kunne afgrænse anvendelsesområdet for vedkommende lands egne retsregler, men vil aldrig kunne trække grænserne for anvendelsen af andre retssystemers regler.

Det er da også på dette punkt, at den anden hovedteori sætter ind. Denne teori er især udarbejdet af de italienske forfattere og har fundet sit hidtil klareste udtryk hos Ago, hvis opfattelse allerede er blevet gengivet ovenfor⁹⁾, men som dog her skal uddybes noget nærmere.

Ago går ligesom hovedparten af de moderne forfattere ud fra den især af Triepel og Anzilotti udviklede dualistiske opfattelse af forholdet mellem folkeretten og den nationale ret, hvorefter disse udgør fuldstændig adskilte retssystemer¹⁰⁾. De nationale retssystemer er altså autonome og originære retssystemer, og heraf slutter Ago, at disse systemer kun kan anerkende en regel som retsregel, hvis den kan udledes af en af deres egne retskilder. Hvis nemlig et retssystem anerkendte en regel, der ikke var udledt af en af dets egne retskilder, men derimod af en fremmed (f. eks. folkeretlig) retskilde, som en retsregel, ville deri ligge, at retssystemet anerkendte den fremmede retskildes evne til at skabe regler, som også indenfor retssystemet selv var gældende ret, men i så fald var retssystemet ikke længere autonomt og originært, men derimod afhængigt af det pågældende fremmede retssystem. Det

⁹⁾ Jfr. ovenfor p. 83 ff.

¹⁰⁾ Jfr. Triepel, »Les rapports entre le droit interne et le droit international« i *Recueil* 1923 (bind 1) p. 77 ff. og Anzilotti, »Cours de droit international I« (1929) p. 49 ff.

må derfor være en logisk følge af dualismen, at de nationale regler, når de betragtes ud fra folkeretten, ikke har retlig karakter, idet disse regler ikke kan udledes af de folkeretlige kilder, men derimod kun af de nationale retskilder, som jo netop er forudsat uafhængige af folkeretten. De nationale regler er derfor for folkeretten kun rene fakta, og dette har da også den faste mellemfolkelige domstol givet udtryk for, idet den i en dom af 25. maj 1926 udtaler: »au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont des simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives«¹¹⁾. Dette betyder naturligvis ikke, at folkeretten er afskåret fra at tage stilling til de nationale regler, men den kan kun betragte dem som rene fakta.

Af dette kan man også omvendt slutte, at folkerettens regler ikke betragtes som retsregler af den nationale ret, men Ago hævder yderligere, at man også må kunne slutte, at ethvert nationalt retssystem ikke kan betragte reglerne i et andet retssystem som retsregler, idet dette også vil stride mod retssystemernes karakter af originære og autonome systemer. Ganske vist er det blevet hævdet, at folkeretten pålægger staterne gensidigt at anerkende hinanden og dermed også hinandens retssystemer, men dette er ulogisk, når det tages i betragtning, at de nationale retssystemer ikke har retlig karakter for folkeretten. Agos konklusion er derfor, at der ikke kan tales om konflikter mellem retssystemerne — der kan ikke eksistere en konflikt mellem noget retligt og noget faktisk — og at den internationale privatrets opgave derfor ikke kan være at løse sådanne konflikter eller — hvad der er det samme — at drage grænserne mellem de forskellige retssystemers anvendelsesområde, og han kommer derfor, som nærmere udviklet i det forrige kapitel, til det resultat, at den internationale privatrets opgave kun kan være at opstille en specialret for reguleringen af sådanne sager, som i forhold

¹¹⁾ Publications de la Cour permanente de Justice internationale, serie A, nr. 7, p. 19.

til landets eget materielle liv udviser fremmede træk, og denne opgave, mener han, den internationale privatret løser ved, at IPR-reglerne gør retskilderne i det fremmede retssystem, til hvilket de henviser, til nationale retskilder, således at de retsregler, der udledes af disse retskilder, også bliver nationale retsregler og derved i stand til med gyldighed at anvendes på de foreliggende sager.

Ud fra den dualistiske opfattelse forekommer Agos teori logisk uangribelig. Men herved opstår spørgsmålet, om det ikke vil være rigtigere at gå ud fra en monistisk opfattelse af forholdet mellem folkeretten og den interne ret. Denne teori er da også blevet særdeles skarpsindigt udarbejdet af forfattere som Kelsen og Verdross, og det kan næppe benægtes, at rent logisk er den ene teori lige så antagelig som den anden, men, som det rigtigt er blevet fremhævet af Ross¹²⁾, er det ikke nok, at teorierne er logisk mulige, man må også undersøge, om resultatet stemmer med de socialpsykologiske realiteter, og overfor en sådan undersøgelse bryder den monistiske teori sammen. Den nationale legislative kompetence opfattes ikke som afledt af folkeretten, men derimod som en selvstændig kompetence, hvilket bedst ses af det forhold, at der vil kunne forekomme interne retsregler, som er i strid med folkeretten. Ganske vist begår staten et folkeretsbrud ved at opstille sådanne regler, men så længe reglerne ikke er ophævet på den sædvanlige konstitutionelle måde, foreligger der gældende ret, som statens domstole vil bringe i anvendelse uanset uoverensstemmelsen med folkeretten.

Når man således bringes til at opgive den monistiske teori til fordel for den dualistiske, må man efter min opfattelse også anerkende de slutninger angående den internationale privatrets opgave og funktion, som Ago drager af dualismen. Disse slutninger er vel først og fremmest logiske, men de synes også at stemme med den faktiske opfattelse, der indenfor ethvert land kun anser landets egne retsregler, d. v. s. de regler, der kan udledes af de i landet anerkendte retskilder, for gældende ret, medens

¹²⁾ Ross, Lærebog i folkeret, 3die udg., 1951 p. 70.

fremmede retsregler kun betragtes som noget rent faktisk eksisterende, der kan gøres til genstand for studium og sammenligning med de hjemlige regler, men som ikke udgør gældende ret¹³⁾).

Endelig viser det sig, at man også fra en helt anden side kan inddrage et argument, som ganske vist ikke direkte taler for Agos teori, men som derimod klart viser det uholdbare i at opfatte den internationale privatret som en »grænseret«. Der tænkes her på Niederers og Burckhardts ovenfor nævnte undersøgelser¹⁴⁾), hvori det klart er vist, at den internationale privatret, så længe den er national ret, rent logisk ikke vil være i stand til at trække grænserne mellem de enkelte retssystemers anvendelsesområde, idet dette umuliggøres af forskellene i indholdet af de retlige begreber, hvormed retssystemerne opererer. Denne efter min mening fuldstændig rigtige opfattelse bevirkede ganske vist ikke, at de to forfattere gik over til Agos teori, men det forekommer dog at være et meget stærkt argument imod »grænseteorien«, at denne som vist er logisk uigennemførlig.

II. *Den internationale privatrets genstand.*

Efter at den internationale privatrets opgave således er bestemt i overensstemmelse med Agos teori, er det, inden vi går over til selve kvalifikationsbegrebet, nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om, hvad IPR-reglernes genstand egentlig er, hvad det er for forhold, disse regler regulerer.

Heller ikke på dette fundamentale punkt kan der siges at være enighed mellem forfatterne. Den overvejende del af de ældre forfattere opfattede reglernes genstand som retsforhold eller retligt relevante fakta, og selv iblandt nyere forfattere er en sådan opfattelse ikke sjælden. Dette synspunkt har da tilsyneladende også sin naturlige begrund-

¹³⁾ Jfr. Gihl p. 8 f.

¹⁴⁾ Jfr. ovenfor p. 94 ff.

delse i IPR-reglernes egen opbygning, idet disse regler altid angiver deres anvendelsesområde ved hjælp af retlige begreber, der vel ikke behøver at være særlig omfattende, men som oftest antager karakter af systematiske samlebegreber, som f. eks. »de arveretlige forhold«, »aftaler«, »formueforholdet mellem ægtefæller« eller »erstatningsansvaret ved skadegørende handlinger«. Det er forståeligt, at brugen af sådanne retlige begreber har ført til den antagelse, at det, dommeren skal anvende IPR-reglerne på, er retsforhold, der udviser fremmede elementer af den ene eller anden art. Denne antagelse støttes yderligere af den især i engelsk-amerikansk ret udviklede lære, hvorefter den internationale privatret skal beskytte fremmede velerhvervede rettigheder (vested rights)¹⁵⁾.

En nærmere gennemtænkning af spørgsmålet vil imidlertid vise, at denne opfattelse ikke er holdbar. Et retsforhold eller et retligt relevant faktum kan kun bestå i kraft af, at et bestemt positivt retssystem ved at knytte resvirkninger til et faktisk forhold eller et rent faktum giver disse et retligt indhold, d. v. s. ophøjer dem til henholdsvis retsforhold og retsfakta. Dommeren skal ved anvendelsen af IPR-reglerne finde frem til det fremmede retssystem, hvis regler — efter at være transformeret til national ret — skal anvendes ved bedømmelsen af sagen, og denne bedømmelse består netop i at fastslå, om der overhovedet foreligger et retsforhold, d. v. s. om der iblandt det af IPR-reglerne udpegede retssystems regler findes en eller flere regler, der knytter retsvirkninger til de foreliggende omstændigheder. Heraf følger imidlertid, som allerede påvist af v. Bar¹⁶⁾, at det vil være en cirkelslut-

¹⁵⁾ Som tilhængere af denne teori kan nævnes englænderne Dicey og Schmitthoff samt amerikaneren Beale.

¹⁶⁾ Jfr. v. Bar: *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, 2den udg. 1889, I, p. 107, hvor det hedder: »Man darf aber ... nicht ausgehen von dem Begriffe des Rechtsverhältnisses; dies würde ein fehlerhafter Zirkel sein; denn um zu wissen, ob bestimmte Thatsachen ein Rechtsverhältniss darstellen oder hervorbringen, muss man dieselben an einem bestimmten Gesetze oder Rechte als der massgebenden Norm messen, d. h. zuvor *das Recht*

ning at antage, at disse omstændigheder i sig selv er retsforhold eller retsfakta, idet vi jo herved ville forudsætte, at vi før anvendelsen af IPR-reglerne har vidst, efter hvilket retssystem omstændighederne skulle bedømmes.

Ved en første betragtning synes disse argumenter ikke at ramme teorien om de velerhvervede rettigheder, som jo blot går ud på, at dommeren skal anerkende de rettigheder, som allerede er lovligt skabt i henhold til fremmed ret, men det ses let, at denne teori er en fiktion og som sådan umulig at basere den internationale privatret på. Hvorledes skal dommeren vide, om der foreligger en velerhvervet rettighed? Dette kan naturligvis kun ses ved at foretage en undersøgelse af den fremmede ret, som den pågældende part i sagen påberåber sig til støtte for sin rettighed, men det er meget vel tænkeligt, at dette fremmede lands ret i virkeligheden er uden relevans for dommerens afgørelse af sagen, idet hans eget lands IPR-regler, som han naturligvis må rette sig efter, anser et ganske andet af sagens momenter end det eller de momenter, der viser hen til det pågældende fremmede land, for den rigtige tilknytningsfaktor, hvorved sagen henvises til bedømmelse efter loven i et helt andet land, hvilken lov ikke anser den pågældende part for at have nogen rettighed eller i det mindste ikke den samme rettighed¹⁷⁾.

Det er da også bemærkelsesværdigt, at Dicey — eller rettere Morris, der har forestået den seneste udgave af Diceys bog¹⁸⁾ — selv har foretaget en vis modifikation af denne teori, idet hans General Principle No. 1 nu lyder:

»Any right which has been acquired under the law of any civilised country *which is applicable according to* oder Gesetz kennen, von dem sie beherrscht werden, und dies gerade kennen wir einstweilen noch nicht«.

¹⁷⁾ Teorien om de velerhvervede rettigheder er iøvrigt blevet underkastet en dybtgående og sønderlemmende kritik af Arminjon i hans Haag-forelæsning »La notion des droits acquis en droit international privé«, der er trykt i Recueil 1933-II (bind 44) p. 5 ff. Jfr. også Maury p. 376 ff., Cheshire p. 46 ff. og Gihl p. 313 f., der alle forkaster teorien.

¹⁸⁾ 6te udg. 1949.

the English rules of the conflict of laws is recognised and, in general, enforced by English courts, and no right which has not been acquired *in virtue of an English rule of the conflict of laws* is enforced or, in general, recognised by English courts.«

I en note til denne regel bemærker Morris, at alle de fremhævede ord ikke fandtes i de tidligere udgaver af bogen, men er indsat af hensyn til den kritik, som teorien har været underkastet, men det synes, som om Morris ikke har indset, at han ved at indsætte disse ord rent faktisk har frataget teorien ethvert reelt indhold. Det eneste, reglen i dens nuværende udformning siger, er, at en engelsk domstol, når den ved en af sine IPR-regler er blevet henvist til at træffe afgørelsen i en sag efter reglerne i et fremmed land, normalt vil dømme efter disse fremmede regler. Dette kan atter udtrykkes således, at reglen blot siger, at en engelsk domstol, når den skal dømme efter fremmed ret, dømmer efter denne, og herved ses det klart, at reglen er en ren tautologi.

De fleste moderne forfattere mener da også, at IPR-reglernes genstand er rent faktiske forhold og omstændigheder, men som tidligere nævnt har forfattere som Lewald og v. Steiger opponeret herimod, idet de hævder, at det, IPR-reglerne henviser til bedømmelse ved et af tilknytningsfaktorerne nærmere udpeget bestemt retssystem, hverken er retsforhold eller faktiske forhold, men derimod de *retsspørgsmål*, som rejser sig af de faktiske forhold ¹⁹⁾.

¹⁹⁾ Som nævnt ovenfor p. 43 er Falconbridge inde på en lignende tanke, men der synes at være den forskel på hans opfattelse og Lewalds og v. Steigers, at han mener at kunne gøre en sontring mellem IPR-reglernes genstand, som også for ham kun er noget faktisk («a factual situation»), og det, der kvalificeres, hvilket er »the juridical question raised by the factual situation«, jfr. Falconbridge p. 243 og p. 556. Også Cheshire taler om at kvalificere retsspørgsmål (p. 61), men det fremgår ikke klart af hans fremstilling, om han også opfatter retsspørgsmål som selve IPR-reglens genstand.

Som begrundelse for, at genstanden ikke kan være retsforhold, henviser begge forfattere til, at dette som vist ovenfor ville være en cirkelslutning. Overfor den anden opfattelse, at genstanden er faktiske forhold, nøjes Lewald med at anføre, at denne teori har overset, at den bedømmelse af de faktiske forhold, som skal ske på grundlag af den kompetente lov, kun kan foretages under hensyntagen til det eller de retsspørgsmål, som forholdet rejser, og som han mener er præciseret i IPR-reglens retlige begreb, hvorfor det forekommer ham rigtigst at sige, at genstanden er dette eller disse retsspørgsmål.

I modsætning til Lewald søger v. Steiger at give en nærmere begrundelse for dette synspunkt. Han nævner først Rabels og Wolffs opfattelse, hvorefter genstanden er »Lebensverhältnisse«, hvilket, han utvivlsomt med rette mener, er et udtryk for, at disse forfattere opfatter genstanden som *abstrakte* faktiske forhold, men heroverfor fremhæver han, at sådanne »Lebensverhältnisse« vel er lovgiverens materiale, men ikke dommerens, idet denne henvises af IPR-reglerne til »Fälle bestimmter Art auf Grund der einen oder andern Rechtsordnung zu entscheiden. Das Kriterium liegt im Verweisungsbegriff und ist immer rechtlicher Natur. Zweifellos hat auch die Kollisionsnorm zum *Ziel*, die tatsächlichen Beziehungen unter Menschen zu ordnen. Aber *Gegenstand* der Norm, der Anknüpfung, ist nicht ein noch ungeformter »Urstoff«, sondern ein rechtlich bereits qualifizierter Fall«²⁰⁾. Ved lignende overvejelser kommer han til det resultat, at genstanden heller ikke kan være det *konkret* foreliggende faktiske forhold. Dommeren skal nemlig aldrig bedømme faktiske omstændigheder som sådan, men derimod et foreliggende tilfælde (Fall) bestående af de faktiske omstændigheder og de sig deraf rejsende retsspørgsmål. Hvis A stævner B til betaling af et beløb, fordi B tidligere har modtaget det med løfte om tilbagebetaling, skal dommeren først undersøge, om det af A hævdede faktiske forhold foreligger, hvorefter han skal afgøre om B er *forpligtet*

²⁰⁾ v. Steiger p. 13.

til at betale beløbet tilbage. »Als Richter wird er angerufen, um diese *Rechtsfrage* zu beurteilen«, og dette må også gælde, selv om der ikke er tale om en ren national og intern sag, men derimod om en internationalprivatretlig sag.

Man må utvivlsomt give Lewald og v. Steiger ret i, at dommeren, når han skal træffe afgørelse i en konkret sag, d. v. s. når han ved hjælp af materielle retsregler skal angive de retsvirkninger, der skal knyttes til de foreliggende fakta, ikke blot kan nøjes med at tage selve disse fakta i betragtning, men også må vide, i hvilken henseende det er, at parterne ønsker dem retligt vurderet. Dette følger af, at der til den samme gruppe af fakta kan knyttes mange forskellige retsvirkninger. Hvis en dommer således får forelagt et tilfælde, hvor en person er død og har efterladt sig dels en enke og nogle børn og dels et bo, må han, før han kan bedømme disse fakta, vide, om det, sagens parter er uenige om, og derfor ønsker hans afgørelse af, er, hvorledes boet skal deles mellem de efterladte, eller om det ikke er et helt andet spørgsmål, der ønskes besvaret, som f. eks. spørgsmålet om, hvilken arveafgift der skal betales af boet. Dommeren må altså være klar over, hvad det er for et stridsspørgsmål, der foreligger mellem parterne, hvad enten striden nu skyldes, at de ikke er enige om, hvad der rent faktisk er passeret, eller at den vedrører den retlige bedømmelse af visse givne fakta, eller endelig — hvad der desværre ofte er tilfældet — at de hverken er enige om det faktiske eller de retlige konsekvenser, dette medfører. Noget andet er, at det kun yderst sjældent, for ikke at sige aldrig, vil volde dommeren vanskeligheder at fastslå, hvad det er for et eller eventuelt flere af de spørgsmål, som de foreliggende fakta kan give anledning til, parterne er uenige om, idet dette vil fremgå såvel af parternes påstande som af deres procedure.

Det er imidlertid ikke rigtigt at betegne dette stridsspørgsmål som et retsspørgsmål, idet spørgsmålet, således som det foreligger for dommeren, er et *rent faktisk spørgsmål* uden nogen retlig karakter. Først i det øjeblik dommeren sætter spørgsmålet i relation til et retssystem, får

det en retlig karakter. Dommeren vil nemlig, ud fra sit kendskab til det retssystem han skal anvende ved bedømmelsen, bestemme, hvilken retlig karakter den herskende opfattelse i *dette retssystem* giver det foreliggende spørgsmål. Han vil f. eks. sige: Da jeg skal bedømme det af de foreliggende fakta rejste spørgsmål om, hvorledes der skal forholdes med en afdød persons efterladenskaber efter de i landet X gældende retsregler, må jeg karakterisere spørgsmålet som et arveretligt spørgsmål, fordi de retsregler, der giver svaret på spørgsmålet, og som jeg altså skal anvende ved bedømmelsen af sagen, efter opfattelsen i landet X må henføres til den gruppe af retsregler, som i dette lands retlige systematik betegnes som de arveretlige regler. Det er dog også muligt, at dommerens ræsonnement har en noget anden form, idet han eventuelt siger: Ifølge opfattelsen i landet X — efter hvis retsregler jeg skal bedømme sagen — må spørgsmålet om, hvorledes der skal forholdes med en afdød persons efterladenskaber, karakteriseres som et arveretligt spørgsmål, og jeg skal som følge heraf anvende landets arveretlige regler. Da hele denne tankeproces i reglen foregår rent ubevidst og automatisk, vil det kun i de færreste tilfælde være muligt for dommeren at gøre rede for, om han har ræsonneret på den ene eller den anden måde, men dette er sådan set også uden betydning, idet formodningen taler for, at der i mange tilfælde foreligger en art vekselvirkning mellem de to tankeprocesser.

Hvad, der derimod er af vital betydning, er, at dommeren, hvis han i stedet skal bedømme sagen efter landet Y's retsregler, muligvis vil finde, at det rejste spørgsmål ikke der betragtes som et arveretligt spørgsmål, men f. eks. som et spørgsmål vedrørende det ægteskabelige formueforhold ²¹⁾. I modsætning til de faktiske spørgsmål er

²¹⁾ Jfr. Gihl p. 373, som klart udtrykker dette ved at sige: »Om ett förhållande betecknas som en »arvsfråga« är därmed sagt, att det ur ett visst rättssystems synpunkt är en arvsfråga, d. v. s. att om förhållandet skulle med hänsyn till sina juridiska konsekvenser bedömas av detta rättssystem skulle detta ske enligt dess

retsspørgsmålene nemlig ikke noget de faktiske forhold i sig selv iboende, men kan først bestemmes, når man har sat de faktiske forhold og det heraf opståede faktiske spørgsmål i relation til et bestemt retssystem. Da man imidlertid netop anvender IPR-reglerne for at bestemme det til den retlige bedømmelse kompetente retssystem, må det også heraf være klart, at disse reglers genstand ikke kan være retsspørgsmål. En sådan opfattelse er, lige så vel som den opfattelse, at IPR-reglernes genstand er retsforhold, en åbenbar cirkelslutning.

Det kan derfor fastslås, at IPR-reglernes genstand, det de henviser til bedømmelse ved den fremmede lov, ikke kan være andet end rent faktiske forhold og de heraf opståede faktiske spørgsmål. Da disse spørgsmål imidlertid også er noget for dommeren faktisk foreliggende, synes det berettiget at anvende det udtryk, at IPR-reglernes genstand er rent faktiske omstændigheder. Om dette så skal opfattes på den måde, at det er abstrakte faktiske omstændigheder eller den konkrete sags faktiske omstændigheder, er et spørgsmål uden særlig betydning. Det mest korrekte vil vel nok være at betragte reglernes genstand som abstrakte faktiske omstændigheder, men for den praktiske retsanvendelse, for den dommer, der skal dømme i en konkret sag, vil det naturligvis være sagens konkrete fakta og de faktiske relationer mellem sagens parter, der er af betydning. Når dommeren ser, at visse af disse fakta er fremmede for hans eget land, bør han undersøge, om dette fremmede indslag er af en sådan betydning, at sagen ikke med rimelighed bør bedømmes efter de almindelige materielle retsregler, men derimod underkastes den specialregulering, som følger af anvendelsen af IPR-reglerne. At der eventuelt fra den ene eller fra begge parter side i påstandene eller under proceduren bliver henvist til bestemte fremmede retsregler er sådan set uden betydning, idet dommeren jo først *efter* anvendelsen af

arvsrättsregler. Ur ett annat rättssystem synpunkt är det måhända något annat, t. ex. en fråga hörande under den äktenskapliga förmögenhetsrätten», jfr. også samme forfatter p. 321 f.

IPR-reglerne ved, om vedkommende fremmede retsregler overhovedet får betydning for sagens afgørelse. Sådanne henvisninger vil derfor kun kunne tjene som et blandt mange andre indicier for, at sagen frembyder fremmede elementer ²²⁾).

III. *Kvalifikationsbegrebets definition.*

Som udgangspunkt for en undersøgelse af begrebet kvalifikation i den internationale privatret vil det være naturligt først at spørge, hvad det vil sige at kvalificere. Hvad er det for en virksomhed, den person foretager, der kvalificerer?

Rent sprogligt betyder det at kvalificere, at der tildeles »noget« en vis værdi, en kvalitet. Der opstår derfor, når man vil undersøge, hvad der indenfor den internationale privat ret forstås ved at kvalificere, to spørgsmål, nemlig:

- 1) hvori består dette »noget«, der tildeles en vis værdi, og
- 2) hvad er det for en værdi, der tildeles?

For at man kan svare på disse spørgsmål, må man undersøge, hvilken fremgangsmåde dommeren (eller de andre retsmyndigheder) anvender ved international-privatretlige sager, d. v. s. sager, der udviser elementer, der er fremmede for det hjemlige liv. Når en dommer står overfor et sådant tilfælde, vil han undersøge, om de fremmede elementer er af en sådan karakter, at det for at opnå et rimeligt og retfærdigt resultat vil være nødvendigt i stedet for som ellers at bedømme sagen efter domstolslandets materielle retsregler at foretage denne bedømmelse efter reglerne i et fremmed retssystem ²³⁾. Afgø-

²²⁾ Jfr. også Gihl i TfR 1947 p. 147, note 1, der henviser til, at den internationale privatrets genstand heller ikke kan være de retlige krav eller påstande (rättsanspråk), som parterne gør gældende under sagen, idet de retlige karakteriseringer, som parterne giver deres påstande, kun er en motivering for påstandene, men egentlig ikke har noget at gøre med disse, hvilket ses ved, at dommeren udmærket kan følge påstandene ud fra en ganske anden retlig motivering.

²³⁾ Da jeg, som tidligere nævnt, må slutte mig til Agos teori

relsen af dette spørgsmål er imidlertid i reglen ikke overladt til dommerens forgodtbefindende, men afhænger af, hvad der kan udledes af de i landet opstillede IPR-regler, og dommerens undersøgelse vil derfor gå ud på at bestemme, under hvilken af disse regler den foreliggende sag henhører. Kort sagt, han må søge at subsumere den konkrete sag under den rigtige IPR-regel.

Denne subsumption giver imidlertid anledning til en særlig vanskelighed, som skyldes IPR-reglernes specielle struktur. Ligesom alle andre retsregler angiver disse regler også deres genstand eller anvendelsesområde, men der er det særlige ved denne angivelse, at den altid fremtræder som et *retligt begreb* af mere eller mindre omfattende karakter. Som vist ovenfor består IPR-reglernes genstand imidlertid ikke i noget retligt, men derimod i rent faktiske omstændigheder. Man kan derfor slutte, at de retlige begreber i IPR-reglerne blot er en omskrivning for reglernes egentlige genstand; de dækker over en vis gruppe af fakta og faktiske relationer mellem menneskene, som lovgiveren finder det hensigtsmæssigt at underkaste en fælles internationalprivatretlig regulering. De retlige begreber er, for at bruge Agos udtryk, teknisk-juridiske hjælpemidler, som er nødvendiggjort af umuligheden af at opstille IPR-regler for enhver tænkelig faktisk situation.

Ved den praktiske retsanvendelse skal dommeren altså subsumere den konkrete sags faktiske omstændigheder under den IPR-regel, hvis retlige begreb omfatter disse faktiske omstændigheder, men denne subsumption kan

om den internationale privatrets opgave og funktion, er det egentlig ukorrekt at sige, at dommeren anvender fremmed ret. Dommeren anvender altid kun national ret, men i de internationalprivatretlige tilfælde er det ikke de sædvanlige materielle retsregler, der anvendes, men derimod de til national ret transformerede fremmede retsregler, hvilken transformering, som nævnt ovenfor p. 86-87 med note 133, sker ved, at IPR-reglerne tildeler de fremmede retskilder karakter af nationale retskilder. For nemheds skyld anvendes dog her og i den følgende fremstilling det udtryk, at dommeren anvender den fremmede ret eller dennes retsregler.

ikke ske umiddelbart, da de to led, der står overfor hinanden — de retlige begreber og de faktiske omstændigheder — ikke er kommensurable. Det er derfor nødvendigt at bringe disse led i subsumptionsprocessen på en mere lige fod, før man kan foretage den sammenligning og logiske indordning af det specielle under det almene, hvori subsumptionen består. Den herfor fornødne omdannelse kan tilsyneladende ske på to måder. Dommeren kan enten give de faktiske omstændigheder et retligt indhold eller en retlig værdi, kort sagt *kvalificere dem retligt*, eller han kan søge ved fortolkning at opløse de retlige begreber og derved bestemme, hvad det er for typer af faktiske livsforhold, de dækker over. Da hele subsumptionsprocessen, hvoraf den her nævnte omdannelsesproces jo kun er et led, i praksis ofte foregår rent ubevidst og automatisk, vil det i reglen være umuligt at sige, om dommeren i et konkret tilfælde har kvalificeret de faktiske omstændigheder eller fortolket de retlige begreber eller eventuelt anvendt begge disse metoder på en gang, men det må sikkert antages, at det i langt de fleste tilfælde er det sidstnævnte, der sker, altså at der både kvalificeres og fortolkes.

Vi er nu i stand til med sikkerhed at besvare det første af de to ovenfor stillede spørgsmål. Det, dommeren kvalificerer, er *den konkrete sags faktiske omstændigheder*. For så vidt angår det andet spørgsmål, hvad det er for en værdi, der tildeles disse faktiske omstændigheder, ved vi, at det er en retlig værdi, men hvad der ligger heri må undersøges nærmere.

Af enkelte passager hos Ago og Gihl²⁴⁾ kan det synes, som om disse forfattere er inde på den tanke, at den retlige værdi skulle bestå i retsvirkninger, som dommeren altså skulle knytte til de foreliggende faktiske omstændigheder. En sådan opfattelse må dog forkastes, og i virkeligheden deles den heller ikke af de to forfattere. Hvis den retlige værdi bestod i retsvirkninger, ville det jo sige, at dommeren ved den kvalificering, som må gå

²⁴⁾ Jfr. således Ago p. 316-317 og Gihl p. 337-338.

forud for udpegelsen af *lex causae*, skulle foretage en egentlig retlig bedømmelse af den foreliggende sag, men dette er en absurd tanke, idet det jo ville betyde, at dommeren i en internationalprivatretlig sag skulle foretage to retlige bedømmelser af de samme faktiske omstændigheder.

Det er da heller ikke nødvendigt at foretage en egentlig bedømmelse af sagens fakta for at kunne subsumere disse under den rette IPR-regel. Når dommeren kvalificerer, skal han blot bestemme, af hvilken retlig natur den foreliggende sag eller det foreliggende spørgsmål er. Han skal f. eks. blot karakterisere ²⁵⁾ de foreliggende faktiske omstændigheder som et arveretligt forhold eller et kontraktsforhold o. s. v., og meningen med sådanne karakteriseringer eller *retlige kvalifikationer* må være, at den retlige bedømmelse af de faktiske omstændigheder efter dommerens opfattelse skal ske efter sådanne retsregler, som i den retlige systematik henføres til henholdsvis gruppen de arveretlige regler og gruppen de kontraktsretlige (obligationsretlige) regler. Man vil imidlertid bemærke, at dommeren også kan formulere dette på en anden måde, idet han f. eks. vil sige, at det *spørgsmål*, som de foreliggende faktiske forhold giver anledning til, må karakteriseres (kvalificeres) som et arveretligt spørgsmål eller et kontraktsretligt (obligationsretligt) spørgsmål, fordi det skal bedømmes efter henholdsvis arveretlige eller kontraktsretlige regler. Reelt set er der ingen forskel på disse

²⁵⁾ Efter dansk sprogbrug ville det måske egentlig være bedre at anvende udtrykkene karakterisere og karakterisering i stedet for kvalificere og kvalificering, idet de førstnævnte udtryk bedre synes at angive, hvad det er for en proces, der er tale om. I denne forbindelse kan der også henvises til Malmström p. 12, hvor det hedder om udtrykket kvalifikation: »Uppenbarligen är termen i själva verket föga upplysande, och det medges ofta, att den icke är idealisk«. Endvidere kan der også henvises til, at man i de engelsktalende lande næsten fuldstændig har forladt udtrykket »qualification« til fordel for udtryk som »classification« eller »characterization«.

to formuleringer, men den sidste vil ofte forekomme mere naturlig end den første.

Når dommeren på denne måde har kvalificeret de faktiske omstændigheder, vil den øvrige del af subsumptionen under IPR-reglerne sædvanligvis give sig af sig selv, idet disse regler jo netop angiver deres genstand ved udtryk som »arveforholdene« eller »de kontraktsretlige forhold« o. s. v. I visse tilfælde kan der imidlertid opstå vanskeligheder af den simple grund, at der i domstolslandets internationale privatret ikke findes regler, der dækker visse typer af livsforhold. Dette kan f. eks. i dansk ret ofte være tilfældet, idet de egentlige lovfæstede IPR-regler endnu er så få, og idet vor forholdsvis sparsomme domspraksis langt fra byder mulighed for at opstille et helt system af IPR-regler. Dette forhold vil jeg imidlertid foreløbig se bort fra og altså kun holde mig til de tilfælde, hvor der allerede foreligger fastslåede regler, hvad enten disse nu er givet ved lov eller har udkrystalliseret sig gennem en fast praksis. Jeg skal dog senere komme tilbage til de modifikationer i kvalifikationslæren, som disse huller i det internationalprivatretlige system medfører ²⁶⁾.

Vi ved nu også, hvad der skal forstås ved en kvalifikation. Dette kan ikke være andet end *den retlige natur, som dommeren må give de faktiske forhold eller det foreliggende faktiske spørgsmål, for at han kan udpege den kompetente IPR-regel*. Man vil imidlertid ved at betragte den måde, hvorpå ordet bruges i teorien, se, at det også ofte anvendes som ensbetydende med selve den virksomhed, dommeren udøver, når han kvalificerer. Eksempelvis definerer Niboyet »la qualification« som »la détermination de la nature juridique d'une institution« ²⁷⁾, og Malmström erklærer, at »uttrycket »qualification« har . . . innebörden rättslig karakterisering, åsyftande såväl själva tankeoperationen som dess resultat« ²⁸⁾.

Det må imidlertid ud fra et terminologisk synspunkt

²⁶⁾ Jfr. nedenfor p. 211 f.

²⁷⁾ Niboyet i Répert. X p. 369.

²⁸⁾ Malmström p. 12.

forekomme uheldigt, at et og samme udtryk på en gang skal kunne betyde en vis virksomhed og resultatet af denne virksomhed, idet dette uden tvivl vil kunne føre til misforståelser. Som følge heraf mener jeg, at man bør forbeholde udtrykket *kvalifikation for resultatet af dommerens virksomhed* og i stedet anvende ordet *kvalificering for selve denne virksomhed*. Til støtte for en sådan terminologi taler også, at man — i det mindste efter dansk sprogbrug — normalt ikke forbinder nogen virksomhed med ordet »kvalifikation«, medens ordet »kvalificering« langtfra snarere henleder tanken på en sådan virksomhed, og hertil kommer yderligere, at det, hvis man lader kvalifikation være ensbetydende med dommerens kvalificerende virksomhed, er uforståeligt og sprogligt misvisende, når den herskende opfattelse — og som det nedenfor skal vises med fuld føje — betegner kvalifikationsproblemet som et problem ved fortolkningen af IPR-reglernes retlige begreber, idet det at fortolke jo netop er det stik modsatte af at kvalificere ²⁹⁾. Ved en fortolkning tillægges der ikke det, der fortolkes, en vis værdi; fortolkeren søger tværtimod at opløse fortolkningsobjektet i dets bestanddele. Hvis man derimod ved en kvalifikation forstår den retlige natur, som dommeren tillægger de faktiske omstændigheder, falder denne sproglige indvending væk, idet de retlige begreber i IPR-reglerne da i sig selv også er kvalifikationer, hvorfor et problem, der opstår ved fortolkningen af disse retlige begreber, udmærket kan kaldes for et kvalifikationsproblem.

Ud fra disse betragtninger vil da denne terminologi blive anvendt i den følgende fremstilling.

²⁹⁾ Ikke desto mindre definerer en forfatter som Wigny (p. 394) det at kvalificere som »définir la portée juridique des termes employés dans une règle de droit«, hvilket naturligvis hænger sammen med, at han først og fremmest opfatter kvalifikationsproblemet som et fortolkningsproblem.

IV. Kvalifikationsprocessen og det heraf opståede kvalifikationsproblem.

Hvorledes foregår nu kvalificeringen? Som ovenfor nævnt består den i, at dommeren tillægger de foreliggende faktiske omstændigheder en retlig natur, men, som det allerede er påpeget tidligere, kan dette ikke ske rent abstrakt, men kun ved at man sætter de faktiske omstændigheder i relation til et positivt retssystem, og herved opstår da det spørgsmål, hvad det er for et positivt retssystem, dommeren anvender ved kvalificeringen.

Man står her tilsyneladende overfor et paradoks. IPR-reglerne forudsætter, at de faktiske omstændigheder, som de angår, allerede er retligt kvalificerede, men dette kan rent logisk ikke være tilfældet, idet man jo ikke, før man har anvendt IPR-reglerne og udpeget *lex causae*, ved, hvilket retssystem de faktiske omstændigheder skal sættes i relation til. Når man har fundet *lex causae*, ville det ganske vist være let nok at kvalificere sagens fakta, men på dette tidspunkt nøjes man ikke hermed, idet man jo foretager den endelige retlige bedømmelse af sagen efter retsreglerne i denne lov. Den kvalificering, der skal til for at bestemme den kompetente IPR-regel, må imidlertid nødvendigvis gå *forud* for anvendelsen af *lex causae*, og man kan derfor ikke komme til noget andet resultat, end at denne kvalificering og den kvalifikation, der derved gives de faktiske omstændigheder, må være *fiktiv*, d. v. s. den er en kunstig tankeoperation, som sætter dommeren i stand til at udpege den kompetente IPR-regel. Men selv denne fiktive kvalificering forudsætter, at dommeren ved, hvilket retssystem han skal lægge til grund, og herved opstår det spørgsmål, som siden Martin lancerede ordet, er blevet kaldt *kvalifikationsproblemet*. Dette problem består altså i at fastslå, *hvilket retssystem det er, dommeren skal sætte de foreliggende faktiske omstændigheder i relation til for at kunne give disse omstændigheder den retlige kvalifikation, som er nødvendig for udpegelsen af den kompetente IPR-regel*. At dette ikke er et spørgsmål uden praktisk betydning ses af, at den kvalifikation, der

gives de samme fakta — som vist ved talrige eksempler i forrige kapitel — kan variere fra land til land, hvilket atter medfører, at dommeren, alt efter hvilket retssystem han vælger til basis for kvalificeringen, vil kunne komme til at skulle anvende forskellige af sit eget lands IPR-regler med den deraf følgende mulighed for forskelligt udfald af sagen.

Af den i det forrige kapitel givne oversigt over de i de forskellige lande herskende teorier fremgår det imidlertid, at kvalifikationsproblemet i reglen i dag opfattes som et problem vedrørende fortolkningen af de retlige begreber, der angiver IPR-reglernes genstand. Dette synes imidlertid ikke at stemme med det resultat, vi er kommet til ovenfor, idet problemet der fremtræder som et problem ved dommerens kvalificering af sagens fakta. Det er dog kun tilsyneladende, at der er en uoverensstemmelse, idet en nærmere undersøgelse vil vise, at der i virkeligheden kun foreligger *et* problem, som blot er set fra hver sin side i subsumptionsprocessen.

I det foregående afsnit henvistes der til, at dommeren, når han skal foretage den omdannelsesproces, som er en forudsætning for, at han kan subsumere sagens fakta under de retlige begreber i IPR-reglerne, kan gå frem på to måder. Han kan enten kvalificere de nævnte fakta og derved give dem det fornødne retlige indhold, eller han kan ved fortolkning opløse de retlige begreber og fastslå, hvilke faktiske abstrakte livsforhold de dækker over. Indtil nu er det kun den første af disse metoder, vi har beskæftiget os med, men nu vender vi os til den anden metode, fortolkningen af de retlige begreber.

Ved denne fortolkning opstår der et lignende problem som ved kvalificeringen. Da der er tale om retlige begreber, må det være retlige begreber fra et *bestemt* retssystem, idet de retlige begreber for den praktiske retsanvendelse lige så lidt som retsreglerne kan tænkes abstrakt og uafhængigt af ethvert retssystem. Det vil derfor ikke være muligt at foretage en fortolkning af disse begreber, før man ved, fra hvilket retssystem de hidrører. Ganske vist er det i reglen de samme retlige begreber, der går igen

i alle retssystemer, og som følge heraf kan retsteorien operere med begreberne løsgjort fra de enkelte retssystemer, men vender man sig til den praktiske retsanvendelse, vil sådanne abstrakte begreber være uden værdi, idet begreberne ikke har eller i det mindste ikke behøver at have det samme indhold i de forskellige lande ³⁰⁾). Dette hænger sammen med den historisk betingede forskellige opbygning af de enkelte retssystemer, som ikke blot har givet sig udslag i forskellige retsregler, men også i en forskellig retlig systematik. Kernen i de retlige begreber er måske nok fælles i alle lande, men begrebernes afgrænsning divergerer ofte stærkt fra land til land, hvilket jo også blot er et udtryk for, at landene kvalificerer de samme fakta på forskellig måde.

Under disse omstændigheder er det klart, at dommeren, før han kan fortolke de retlige begreber, der angiver IPR-reglernes anvendelsesområde, må vide, fra hvilket retssystem disse begreber hidrører. Det må endvidere være klart, at dette retssystem må være det samme som det retssystem, hvis regler dommeren anvender ved kvalificeringen af sagens fakta, idet han ellers ikke vil kunne gennemføre subsumptionen rigtigt. Kvalifikationsproblemet består derfor i at finde det retssystem, som både er bestemmende for kvalificeringen af sagens fakta og for fortolkningen af de retlige begreber i IPR-reglerne, og problemet er altså derfor både et kvalifikationsproblem og et fortolkningsproblem.

V. *Kvalifikationsproblemer ved IPR-reglernes tilknytningsfaktorer.*

I den foregående undersøgelse er der kun taget stilling til de vanskeligheder, der opstår ved dommerens udpe-

³⁰⁾ Jfr. også i denne forbindelse Burckhardts ovenfor p. 95 f. refererede teori om umuligheden af en almengyldig international privatret, som jo netop byggede på forskellene på de enkelte landes retlige begreber.

gelse af den kompetente IPR-regel, og kvalifikationsproblemet er blevet fremstillet som et særligt problem, der opstår i forbindelse med den for denne udpegelse nødvendige subsumption af de konkrete fakta under IPR-reglerne. Det skal nu undersøges, om ikke problemet har et videre omfang, om ikke der, selv efter at den kompetente IPR-regel er fundet, vil kunne opstå kvalifikationsproblemer, og man vil her ganske naturligt fæstne opmærksomheden ved dommerens anvendelse af tilknytningsfaktoren og den derpå følgende anvendelse af de materielle retsregler i den af tilknytningsfaktoren udpegede fremmede *lex causae*.

For så vidt angår tilknytningsfaktorerne antog allerede Kahn, at disse lige så vel som de retlige begreber, der angiver IPR-reglernes genstand, kunne give anledning til lovkonflikter, og i sin grundlæggende fremstilling af hele kvalifikationsteorien anlagde Bartin heller ikke nogen sontring mellem disse to bestanddele af IPR-reglerne, men viste ved sine eksempler, at han mente, at problemet også kunne opstå ved tilknytningsfaktorerne. De fleste senere forfattere har da også fulgt Bartin, og selv om nogle af dem af systematiske grunde behandler problemet særskilt ved tilknytningsfaktorerne, er der dog i reglen ingen tvivl om, at der også for dem foreligger et egentligt kvalifikationsproblem her. Enkelte forfattere har dog bestridt rigtigheden af dette synspunkt, og blandt disse er det især Wolff, der nærmere har søgt at begrunde dette. Wolff hævder, at det er urigtigt at antage, at der kan opstå et spørgsmål om, på grundlag af hvilket retssystem dommeren skal bestemme tilknytningsfaktorens indhold, idet dette er »eine einfache Frage der *Auslegung derjenigen internationalprivatrechtlichen Norm*, die der Richter anzuwenden hat. Wendet der deutsche Richter *eigenes* internationales Privatrecht an . . . so hat er demnach zu prüfen, was das deutsche Recht unter »Wohnsitz« . . . oder unter dem »Lageort« oder unter dem »Ort, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird« . . . versteht, wie das deutsche internationalprivatrechtliche Gewohnheitsrecht den

»Erfüllungsort« bestemt³¹⁾). Hvis dommeren derimod anvender fremmede IPR-regler, hvilket sker i alle renvoi-tilfælde, må han også fortolke tilknytningsfaktorerne i disse fremmede regler i overensstemmelse med opfattelsen i det pågældende fremmede land.

Når man vil afgøre, hvilket af disse standpunkter der er det rigtigste, vil det være hensigtsmæssigt først at undersøge, hvad tilknytningsfaktorerne egentlig består af. Ved at betragte IPR-reglerne vil man se, at de kriterier, disse betjener sig af for at angive tilknytningen til et bestemt land, i reglen fremtræder som retlige begreber, som f. eks. en persons statsborgerforhold eller domicil, stedet for en kontrakts indgåelse eller opfyldelse eller for en skadegørende handlings foretagelse etc., men af og til anvender IPR-reglerne dog ikke sådanne retlige begreber, men rent faktiske begreber, som en persons opholdssted, eller stedet, hvor en legemlig ting er beliggende, eller hvor en retssag føres³²⁾).

Er det nu således, at det særlige moment i sagen, der angiver forbindelsen med et fremmed land, skiftevis kan være noget retligt og noget faktisk? Ago og Gihl³³⁾ hævder, at dette er den almindelige opfattelse, men samtidig bestrider de rigtigheden heraf, idet de henviser til, at tilknytningsmomentet altid må være *noget faktisk*, nemlig visse faktiske momenter, der indgår som led i den til bedømmelse foreliggende sag, og som viser den forbindelse der er mellem denne sag og et bestemt fremmed land, hvad enten denne forbindelse nu består i, at en af eller begge sagens parter har en nær tilknytning til det fremmede

³¹⁾ Wolff, IPR p. 40. Jfr. iøvrigt Wolff, PIL p. 136.

³²⁾ Det er derfor urigtigt, når v. Steiger hævder (p. 6), at »der Anknüpfungsbegriff ist stets ein Rechtsbegriff«. Jfr. her også Federspiel p. 315, der udtrykkelig fastslår, at en persons opholdssted — i modsætning til hans domicil — er et faktisk begreb, jfr. også Ago p. 355, Lewald p. 85, Falconbridge p. 555 og Gihl p. 397 f.

³³⁾ Ago p. 356 ff. og Gihl p. 396 ff., jfr. også ovenfor p. 93 f.

land, eller at alle eller i det mindste nogle af de faktiske handlinger, der skal bedømmes, er foregået i det fremmede land, eller at den ting, hvorom sagen drejer sig, er beliggende der o. s. v. Når den gængse teori ikke har indset dette, skyldes det efter disse forfatteres opfattelse, at den har forvekslet selve tilknytningsmomenterne med de udtryk, hvormed disse momenter er angivet i IPR-reglerne. Disse udtryk er ligesom de retlige begreber, hvorved IPR-reglerne angiver deres genstand, imidlertid kun tekniske hjælpemidler, ved hvilke reglerne angiver visse typer af faktiske momenter, og rigtigheden af dette ses let, når det erindres, at det, der foreligger for dommeren, er rent faktiske omstændigheder. Det er derfor umuligt at antage, at det retlige begreb i IPR-reglen kan være det egentlige tilknytningsmoment, idet dette retlige begreb jo overhovedet ikke indgår i de faktiske omstændigheder, men kun er et led i IPR-reglen.

Der kan næppe være tvivl om, at Ago og Gihl har ret, når de hævder, at den egentlige tilknytning udgøres af noget faktisk. Det er derimod tvivlsomt, om de også har ret i, at den herskende doktrin indtager et andet standpunkt. Ganske vist er det rigtigt, at man ved udtrykket tilknytningsfaktor — eller de hertil svarende udtryk som »the connecting factor«, »der Anknüpfungsbegriff« eller »la circonstance de rattachement« — sædvanligvis forstår den bestanddel af IPR-reglen, der angiver det i det konkrete tilfælde relevante kriterium for forbindelsen mellem den foreliggende sag og det fremmede land, men heri behøver ikke at ligge, at doktrinen antager, at den egentlige tilknytning består i disse faktiske og retlige begreber. Det må imidlertid indrømmes, at de fleste forfatteres fremstilling på dette punkt er uklar, og man må sikkert derfor give Ago æren af først at have foretaget den dybtgående analyse, der viser forholdets virkelige natur. Som en følge af denne analyse vil Ago heller ikke anvende udtrykket »la circonstance de rattachement« for de pågældende faktiske og retlige begreber i IPR-reglerne, men da det synes hensigtsmæssigt at have et kortfattet udtryk for disse begreber, vil jeg i den følgende fremstilling i overens-

stemmelse med den sædvanlige sprogbrug bevare udtrykket tilknytningsfaktorerne for disse begreber i IPR-reglerne, og i stedet anvende udtrykket *tilknytningsmomenterne* om de faktiske momenter i de foreliggende sager, der realiserer den egentlige tilknytning til de forskellige fremmede lande.

Når dommeren ved hjælp af en kvalificering af sagens fakta har fundet den kompetente IPR-regel, kender han også tilknytningsfaktoren, som jo kun er et led i denne regel. I de tilfælde, hvor denne faktor er et faktisk begreb, volder det heller ingen vanskeligheder at udpege *lex causae*, idet dommeren blot skal bestemme, i hvilket land de særlige faktiske momenter, der abstrakt er angivet i det faktiske begreb i IPR-reglen, er realiseret. Han skal således blot undersøge, i hvilket land den pågældende person har sit opholdssted, eller i hvilket land den omstridte legemlige³⁴⁾ ting er beliggende.

Hvis tilknytningsfaktoren derimod er et retligt begreb, må dommeren først skaffe sig klarhed over, hvad det er for et tilknytningsmoment, der er dækket af dette begreb, før han kan undersøge, i hvilket land dette moment er realiseret, og derved udpege dette lands ret som *lex causae*. Dommeren må altså først foretage en *fortolkning* af tilknytningsfaktoren, og denne fortolkning forudsætter atter, at han ved, fra hvilket lands retssystem det pågældende retlige begreb er taget, idet de retlige begreber som nævnt ovenfor kan have vidt forskelligt indhold i de forskellige lande.

Man vil altså se, at der her opstår et lignende problem som ved fortolkningen af de retlige begreber, hvorved IPR-reglerne angiver deres genstand. Om man så vil kalde dette problem for et kvalifikationsproblem må bero på

³⁴⁾ Det er kun de *legemlige* tings beliggenhed, der er et faktisk begreb. Ganske vist tildeler retssystemerne ofte også de ulegemlige goder en vis »beliggenhed«, men denne er naturligvis et retligt begreb, der kan variere fra retssystem til retssystem, jfr. ovenfor p. 39 og nedenfor p. 173.

ens egen personlige smag ³⁵⁾). Det må indrømmes, at der er den principielle forskel, at der ved fortolkningen af de tilknytningsfaktorer, der er retlige begreber, ikke skal foretages nogen kvalificering af sagens fakta, men på den anden side kan det kvalifikationsproblem, der opstår ved udpegelsen af den kompetente IPR-regel, jo også betragtes som et problem ved fortolkningen af IPR-reglernes genstands-angivende begreber, og i denne henseende er der altså lighed mellem de to problemer.

Jeg mener derfor, at Wolffs skarpe adskillelse af de to problemer er misvisende. Wolff har måske, som det vil fremgå af det følgende kapitel, ret i, at der ikke i virkeligheden foreligger noget egentligt problem ved fortolkningen af tilknytningsfaktorerne, men i så fald vil man med lige så fuld føje kunne sige, at der heller ikke er noget egentligt problem ved fortolkningen af de andre retlige begreber i IPR-reglerne eller ved kvalificeringen af sagens konkrete fakta. Herom må der iøvrigt henvises til fremstillingen nedenfor, men det bør lige bemærkes, at Wolffs standpunkt uden tvivl skyldes, at han vil løse det, han forstår ved det egentlige kvalifikationsproblem, efter opfattelsen i *lex causae*, medens han, for så vidt angår fortolkningen af tilknytningsfaktorerne, vil gå frem efter opfattelsen i *lex fori*, og under sådanne omstændigheder er det klart, at han må anse de to problemer som væsensforskellige.

Personligt vil jeg derfor foretrække fortsat at kalde dette problem for et kvalifikationsproblem, især også da en sådan udtryksmåde vil være i overensstemmelse med opfattelsen hos det store flertal af forfatterne.

VI. *Kvalifikationsproblemer ved anvendelsen af lex causae?*

Vi har nu set, at der opstår et kvalifikationsproblem såvel ved bestemmelsen af den kompetente IPR-regel som

³⁵⁾ Jfr. også Robertson p. 106.

ved anvendelsen af tilknytningsfaktorerne, men er mulighederne for sådanne problemer begrænset til disse to stadier i dommerens afgørelse af den internationalprivatretlige sag?

I kapitel I blev det nævnt, at de angelsaksiske forfattere Robertson og Cheshire mente, at der også opstod et sådant problem ved anvendelsen af *lex causae*. Dette begrundedes med, at dommeren, før han kan anvende denne lov, må foretage en afgrænsning (delimitation) blandt alle retsreglerne i *lex causae* og kun anvende de retsregler, der må kvalificeres som henhørende under det retlige begreb, hvormed den anvendte IPR-regel angiver sin genstand. Hvis dommeren altså har anvendt en IPR-regel, der siger, at de arveretlige forhold skal afgøres efter loven på arveladerens sidste domicil, mener Robertson og Cheshire, at dommeren, efter at have udpeget *lex causae*, skal kvalificere denne retsordens regler og kun anvende de regler, der må kvalificeres som arveretlige, og det problem, der opstår i denne forbindelse, er, om denne kvalificering skal ske efter opfattelsen i *lex fori* eller i *lex causae*.

Bartin er som tidligere nævnt³⁶⁾ inde på en lignende tanke, idet han taler om »qualifications en sous-ordre«, hvorved han forstår de kvalifikationer, som det efter hans opfattelse er nødvendigt at foretage, efter at dommeren ved hjælp af en første kvalifikation har bestemt den kompetente IPR-regel og dermed *lex causae*. Af de to eksempler, Martin giver herpå, og hvoraf det ene — eksemplet med hvervgivningsforholdet — er refereret ovenfor, ses det imidlertid, at han ikke tænker på det samme som Robertson og Cheshire. I hvervgivelseseksemplet er der ikke tale om en afgrænsning af de kompetente retsregler i *lex causae*, men derimod om en bestemmelse af indholdet af et retligt begreb, som indgår i en af de *materielle retsregler* i *lex causae*, nemlig begrebet »hvervgiver«. Dette er imidlertid ikke et kvalifikationsproblem, men derimod et *præjudicielt spørgsmål*, som må afgøres før den materielle retsregel kan anvendes. Hvad angår den nærmere forbin-

³⁶⁾ Jfr. ovenfor p. 33 f.

delse mellem disse præjudicielle spørgsmål og kvalifikationsproblemet må der dog henvises til den senere fremstilling ³⁷⁾).

Bartins andet eksempel ³⁸⁾ vedrører C. C. art. 999, i hvilken det bestemmes:

»Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.«

Reglen gælder altså kun for testamenter oprettet af franskmænd i udlandet. Bartins eksempel vedrører begrebet »acte authentique«. Han tænker sig, at en franskmænd opretter et testamente i England for to vidner. Efter engelsk ret må et sådant testamente betragtes som autentisk, medens der efter fransk ret (C. C. art. 971) yderligere kræves en offentlig myndigheds medvirken for at et testamente anses for autentisk. Hvis nu en fransk domstol skal bedømme gyldigheden af et sådant i England oprettet testamente ³⁹⁾, opstår det spørgsmål, hvad der skal forstås ved autentisk form. Hvis man i overensstemmelse med fransk ret vil forlange, at en offentlig myndighed har medvirket, vil testamentet være ugyldigt, medens det, hvis man nøjes med den engelske opfattelse af, hvad der konstituerer et autentisk testamente, vil være gyldigt. Bartin henviser til, at fransk retspraksis og doktrin er enige om, at det i et sådant tilfælde er tilstrækkeligt, at testamentet i det pågældende fremmede land betragtes som autentisk, og dette mener han også er det eneste rigtige, men på den anden side indebærer det efter hans opfattelse, at dommeren kvalificerer begrebet »autentisk form« efter opfattelsen i *lex causae*. Dette er dog en se-

³⁷⁾ Jfr. nedenfor p. 212 ff.

³⁸⁾ Bartin, Recueil p. 599 f. og p. 605 f.

³⁹⁾ Det forudsættes, at testamentet ikke opfylder de betingelser, der stilles i C. C. art. 970 til det holografiske testamentes gyldighed — testamentet er f. eks. ikke nedskrevet af testator selv — idet domstolen i modsat fald må anse det for gyldigt, jfr. art. 999.

kundær kvalifikation, idet dommeren ved den primære kvalifikation har bestemt, at der foreligger et spørgsmål om gyldigheden af et af en franskmand i udlandet oprettet testamente, hvorved dommeren har fundet frem til reglen i art. 999, som Bartin altså betragter som en IPR-regel.

Det kan vel ikke bestrides, at art. 999 er en IPR-regel, men den indtager en særlig stilling i forhold til de almindelige IPR-regler, idet den ikke nøjes med at henvise en bestemt type af faktiske livsforhold til bedømmelse efter loven i et fremmed land, men også direkte gennem begrebet »acte authentique« bestemmer, hvad det er for fremmede retsregler, der skal anvendes. Det er derfor klart, at dommeren i et sådant specielt tilfælde må kvalificere de fremmede retsregler for at afgøre, hvilke af disse der angår autentiske testamenter, og det er ligeledes klart, at denne kvalificering kun kan ske efter opfattelsen i det fremmede land, idet dette dels synes at fremgå af reglen selv, og dels følger af, at en klassificering efter fransk ret vil føre til det meningsløse resultat, at en franskmand i udlandet vil være afskåret fra at oprette autentisk testamente i alle de lande, hvor det ikke er muligt at oprette testamenter for offentlige myndigheder. Bartin har altså ret i, at der her foreligger et tilfælde, hvor der må foretages en kvalificering af de fremmede retsregler, men han gør ikke opmærksom på, at dette skyldes den ganske særlige form, som art. 999 har, hvorfor der ikke kan generaliseres fra dette særtilfælde til de almindelige IPR-regler.

Bartins eksempler viser altså ikke, at der eksisterer et generelt kvalifikationsproblem ved anvendelsen af *lex causae*, men er det ikke lykkedes Robertson og Cheshire at vise, at dette er tilfældet?

Svaret herpå må blive nej, og grunden til dette er, at de to forfattere med urette betragter IPR-reglernes henvisning til *lex causae*, som en henvisning til bestemte retsregler i dette retssystem. Dette hænger atter sammen med, at de begge betragter det, der henvises, som noget allerede retligt kvalificeret. For Cheshire er dette ret naturligt, idet han mener, at IPR-reglernes genstand er noget retligt, nemlig »the juridical question«. Robertson er der-

imod klar over, at IPR-reglernes egentlige genstand er rent faktiske omstændigheder («the factual situation»). Han forledes imidlertid af IPR-reglernes særlige struktur til at tro, at det, der henvises, ikke er disse faktiske omstændigheder, men derimod de retlige kvalifikationer, som dommeren giver dem, når han skal bestemme den kompetente IPR-regel. Herved overser han imidlertid, at denne første kvalifikation er rent fiktiv. Det er en retlig kvalificering, dommeren foretager for at kunne bestemme IPR-reglen, og den har ikke andet formål. Hvorledes skulle de konkrete fakta forøvrigt pludselig være blevet retligt kvalificerede? De er jo — når bortses fra den rent fiktive kvalificering — endnu ikke blevet sat i relation til noget retssystem og kan som følge deraf ikke være andet end rene fakta uden retligt indhold. IPR-reglernes funktion er blot, at de henviser de sager, der udviser fremmede elementer, til bedømmelse ved et fremmed retssystem, og dette vil atter sige, at det er en henvisning til *hele dette retssystems interne retsregler* ⁴⁰⁾ og ikke blot til enkelte af disse. Dom-

⁴⁰⁾ I denne forbindelse opstår spørgsmålet, om man ikke snarere burde opfatte henvisningen som en henvisning til *hele* det fremmede retssystem, d. v. s. også til dets IPR-regler, således at dommeren altså også burde tage disse i betragtning ved bedømmelsen af de faktiske omstændigheder. Dette spørgsmål, som i den internationale privatret sædvanligvis kaldes renvoispørgsmålet eller renvoiproblemet, hører til et af de mest omdebatterede og omstridte spørgsmål indenfor denne retsdisciplin. Det vil her føre for vidt at gå nærmere ind på problemet, men det skal dog bemærkes, at renvoiteorien for det første er logisk uholdbar, da det fremmede lands IPR-reglers henvisning til et andet land vel også må betragtes som en henvisning til dette lands IPR-regler, hvorved man let vil komme til det resultat, at det ene land henviser til det andet, der atter enten tilbageviser kompetencen eller henviser til et tredje land, hvis IPR-regler f. eks. atter henviser til det første land. Man står her overfor en cirkel, som rent logisk ikke kan brydes. For det andet må det indvendes imod renvoiteorien, at den medfører, at domstolslandet overlader det til et fremmed land at afgøre, efter hvilket retssystem de foreliggende faktiske omstændigheder skal bedømmes, men dette strider afgjort imod hele den internationale privatrets natur.

meren skal så vidt muligt⁴¹⁾ bedømme det faktiske forhold på nøjagtig samme måde som den, hvorpå en dommer i det pågældende fremmede land ville bedømme — ikke selve det foreliggende forhold — men derimod et til dette ganske svarende forhold, som blot ikke ud fra det fremmede lands synsvinkel indeholder fremmede elementer⁴²⁾. Det må under disse omstændigheder være ligegyldigt, hvorledes det faktiske forhold kvalificeres i det fremmede land. Man kan måske nok sige, at der ved anvendelsen af de fremmede retsregler gennemføres en kvalificering af sagens fakta, men denne kvalificering er ensbetydende med den endelige retlige bedømmelse af forholdet, d. v. s. tilknytningen af retsvirkninger til sagens faktiske omstændigheder, og den giver ikke anledning til noget kvalifikationsproblem, idet det er klart, at denne bedømmelse eller, om man vil, kvalificering kun kan ske efter reglerne i den nu givne *lex causae*⁴³⁾.

Der bliver altså ikke tale om en kvalificering af retsreglerne i *lex causae*, og hele anvendelsen af disse regler falder derfor udenfor kvalifikationsproblemet. Noget andet er, at det er et spørgsmål, om der ikke eventuelt vil kunne opstå vanskeligheder ved den endelige retlige bedømmelse, fordi det ofte vil være nødvendigt at foretage denne bedømmelse ikke blot efter en enkelt lov, men efter flere love. En international-privatretlig sag skal jo altid

⁴¹⁾ Det forbehold, der ligger i ordene »så vidt muligt«, hen-tyder dels til muligheden for reprobering på grund af ordre public og dels til den mulighed, der er for, at den hjemlige domstol på grund af sine processuelle regler ikke vil være i stand til at træffe en afgørelse, der er fuldstændig identisk med det fremmede lands. Et eksempel på dette sidste foreligger i den kendte amerikanske sag *Slater v. Mexican National Railway* 194 U. S. 120.

⁴²⁾ Jfr. Cook p. 20 f. Denne forklarer forholdet således, at dom-meren skal anvende »the rule of decision which the given foreign state or country would apply, not to this very group of facts now before the court of the forum, but to a *similar but purely domestic group of facts involving for the foreign court no foreign element*« (Cooks fremhævelser).

⁴³⁾ Jfr. Gihl p. 379 f.

afgøres under anvendelse af mindst to love, idet dommeren foruden den fremmede *lex causae* også altid anvender sine egne processuelle regler, men det er ikke alene dette forhold, der tænkes på, idet dette, som det nedenfor skal vises, ikke skulle give anledning til vanskeligheder. Når dommeren derimod skal foretage den *materielle* bedømmelse efter retsreglerne i flere forskellige retssystemer, hvad enten dette nu er to eller flere fremmede retssystemer eller *lex fori* og et fremmed retssystem, synes der let at kunne opstå vanskeligheder med at tilpasse disse retsregler efter hinanden. At der overhovedet kan opstå sådanne tilfælde skyldes, at det, IPR-reglerne dækker over, og som altså henvises til *lex causae*, ofte ikke er alle de faktiske omstændigheder, men kun en vis gruppe af dem. Som eksempel herpå kan nævnes de IPR-regler, der angår en handlings form eller en persons habilitet. Dommeren må altså i sådanne tilfælde anvende flere IPR-regler på en gang, og som følge heraf er der mulighed for, at disse regler henviser de delspørgsmål, de regulerer, til hver sin retsorden. Det herved opståede problem om tilpasningen eller koordineringen af retsreglerne fra de forskellige kompetente retssystemer er ikke noget kvalifikationsproblem, men da det alligevel hænger sammen med IPR-reglernes anvendelse af retlige kvalifikationer til at angive deres genstand, forekommer det naturligt også at underkaste dette særlige problem en nærmere undersøgelse. Forinden dette kan ske, vil det dog være hensigtsmæssigt først at foretage en vurdering af de forskellige teorier vedrørende kvalifikationsproblemet's løsning.

KAPITEL III

KVALIFIKATIONSPROBLEMETS LØSNING

I det første kapitel vistes det, at der i tidens løb har været fremsat tre forskellige hovedteorier til løsningen af kvalifikationsproblemet. Det vistes ligeledes, at der ikke er nogen skarp grænse mellem disse teorier, hvorfor det i visse tilfælde kan være svært, for ikke at sige umuligt, at afgøre, om en bestemt forfatter må siges at hylde den ene eller den anden teori. Et eksempel herpå er v. Steiger, hvis teori nærmest må siges at stå midt imellem den »udvidede« lex fori-teori og den komparative teori¹⁾.

Ved vurderingen af de enkelte teorier vil jeg foretrække at begynde med lex causae-teorien for derpå at behandle den komparative teori og den dermed nært sammenhængende »udvidede« lex fori-teori og endelig slutte med den egentlige lex fori-teori.

I. *Kritik af lex causae-teorien.*

Som nævnt var det Despagnet, der først fremsatte lex causae-teorien. Bortset fra hans kritiske bemærkninger mod lex fori-teorien støttede han sin teori på det argument, at dommeren, såfremt han ikke anvender kvalifikationer i lex causae, men derimod kvalificerer efter lex fori, ikke kan siges virkelig at anvende den fremmede lov, men tværtimod kan komme ud for at anvende en lov, som ikke selv anser sig for kompetent.

¹⁾ Jfr. ovenfor p. 79 ff.

Lige siden Despagnet fremsatte denne teori, har det store spørgsmål været, om teorien overhovedet er gennemførlig, om den ikke i virkeligheden indebærer en cirkelslutning. Hvorledes skal man kunne kvalificere efter en lov, som man ikke kender, før man har kvalificeret og derved bestemt den kompetente IPR-regel? Dette bevirker da også, at en forfatter som Niederer med få ord affærdiger teorien som »logisch völlig unhaltbar«²⁾.

Der kan ikke være tvivl om, at Niederer har ret heri, hvis teorien forstås således, som Despagnet har fremsat den, men spørgsmålet er, om ikke det er lykkedes Wolff at bryde den onde cirkel ved hans henvisning til de omtydninger eller ændrede formuleringer af IPR-reglerne, som han går ind for. Som tidligere nævnt³⁾ hævder Wolff, at en regel om, at det ægteskabelige formueforhold skal bedømmes efter ægtemandens nationale lov ved ægteskabets indgåelse, i virkeligheden betyder: når to personer er gift med hinanden, gælder alle de regler i ægtemandens nationale lov ved ægteskabets indgåelse, som efter opfattelsen i denne lov er af ægteskabsformueretlig karakter. Ved at opfatte reglerne på den her angivne måde mener Wolff at være kommet uden om den tilsyneladende cirkelslutning, der ligger i at ville kvalificere efter *lex causae*, og flere forfattere, som f. eks. Rabel, Lewald, Maury og Malmström, giver udtryk for, at dette er rigtigt⁴⁾. Det er imidlertid vanskeligt at se, at disse forfattere har ret, idet de overser, at *Wolffs omformulerede regler også angiver deres genstand ved hjælp af retlige begreber*. Dette er måske ikke umiddelbart indlysende, men en analyse af Wolffs ovennævnte eksempel vil vise det klart. For at denne regel skal kunne fungere, må det nemlig være en forudsætning, at der, når to personer er gift med hinanden, kun vil kunne opstå ægteskabsformueretlige spørgsmål, men denne forudsætning slår ikke til, idet der jo,

²⁾ Niederer p. 25.

³⁾ Jfr. ovenfor p. 67 f.

⁴⁾ Jfr. Rabel p. 254, Lewald p. 74, Maury p. 484 f. og Malmström p. 25.

når to personer er gift med hinanden, f. eks. også kan opstå spørgsmål, der vedrører det personlige forhold mellem dem, eller spørgsmål om opløsning af ægteskabet. Wolff vil muligvis indvende, at der for disse andre spørgsmål findes andre omformulerede regler, og dette er selvfølgelig rigtigt, men herved overser han, at et og samme forhold af det ene retssystem måske betragtes som ægteskabsformueretligt, medens det af et andet retssystem betragtes som ægteskabspersonretligt. Dette er jo ikke andet end selve årsagen til kvalifikationsproblemet. Før dommeren derfor kan vide, hvilken af Wolffs omformulerede regler han skal anvende, må han først bestemme, om de foreliggende fakta giver anledning til et ægteskabsformueretligt eller et ægteskabspersonretligt spørgsmål, d. v. s. *han må først kvalificere disse fakta*. Jeg må derfor give Gihl ret, når han afviser Wolffs teori ved at sige: »en orimlig tankegång blir icke rimlig därför att den formuleras annorlunda« ⁵⁾).

Den onde cirkel eksisterer altså stadig, og dette må også gælde, selv om *lex causae*-teorien opfattes som foreslået af Wigny ⁶⁾, idet det eneste punkt, hvorpå denne forfatters lære adskiller sig fra Wolffs, er, at Wigny ikke taler om ændrede formuleringer af IPR-reglerne, men derimod om, at der bag hver IPR-regel findes eller kan opstilles en særlig hjælpenorm eller kvalificeringsnorm. Wigny betoner selv, at denne hjælpenorm ikke udpeger *lex causae*, men at udpegelsen sker helt selvstændigt. Heroverfor kan man imidlertid for det første hævde, at eksistensen af sådanne hjælpenormer beror på en ren fiktion, og for det andet fremgår det af Wignys ovenfor ⁷⁾ nævnte eksempel med C. C. art. 3, stk. 3, at hans hjælpenormer ikke er andet end Wolffs omformulerede regler og derfor rammes af de samme indvendinger som de, der lige er blevet anført mod Wolff. Hovedfejlen hos de to forfattere er, at de ikke er opmærksomme på, at de af dem opstillede omformulerede

⁵⁾ Gihl p. 363.

⁶⁾ Wigny p. 404 f.

⁷⁾ Jfr. ovenfor p. 68.

regler eller hjælpenormer ligesom de egentlige IPR-regler *angiver deres genstand ved hjælp af retlige begreber, hvorfor en anvendelse af dem forudsætter en kvalificering.*

Et enkelt af Wolffs egne eksempler vil vise dette klart ⁸⁾. Ifølge tysk ret kan en ægtefælle, når der ved den anden ægtefælles død findes livsarvinger, og der er oprettet ægtepagt om Gütergemeinschaft, undlade at skifte og i stedet forlange reglerne i BGB §§ 1483 ff. om det fortsatte formuefællesskab (fortgesetzte Gütergemeinschaft) bragt i anvendelse, og dette gælder også, selv om livsarvingerne er myndige. Denne regel betragtes almindeligt i tysk ret som henhørende under den ægteskabelige formueret. I hollandsk ret findes et lignende institut, men dette kan kun bringes i anvendelse, hvis livsarvingerne er umyndige, og dette institut betragtes derfor som et udslag af forholdet mellem forældre og børn. Wolff tænker sig nu, at et i Tyskland domicileret tysk ægtepar har oprettet ægtepagt om formuefællesskab. Senere flytter ægtefællerne til Holland, hvor de naturaliseres. Ved mandens død er der en myndig søn, og det spørgsmål forelægges nu en hollandsk domstol, om enken kan undlade at skifte med sønnen. Hvis dette spørgsmål skal bedømmes efter tysk ret, vil svaret være ja, medens det, hvis hollandsk ret er afgørende, må blive nej. IPR-reglerne i de to lande er ens, idet hvert land vil bedømme den ægteskabelige formueret efter mandens nationale lov ved ægteskabets indgåelse, medens forholdet mellem forældre og deres ægte børn ifølge begge landes internationale privatret skal bedømmes efter faderens eller, såfremt han er død, efter moderens nationale lov på det for den foreliggende sag afgørende tidspunkt.

Wolff ræsonnerer nu som så. Efter begge landes ret skal den ægteskabelige formueret bedømmes efter tysk ret, medens forholdet mellem forældre og deres børn skal bedømmes efter hollandsk ret. Da imidlertid den hollandske domstol »has to accept the German classification of German rules it will hold that the German continuance of

⁸⁾ Wolff, PIL p. 156 f.

community takes place and that the views of Dutch municipal law on its similar system are immaterial«.

Det er imidlertid let at se, at denne argumentation er urigtig. Hvoraf udleder Wolff, at den hollandske domstol må anerkender den tyske kvalifikation? Hvis han besvarer dette spørgsmål ved at henvise til, at den tyske kvalifikation netop gør tysk ret til *lex causae*, kan man indvende, at den hollandske kvalifikation jo netop gør hollandsk ret til *lex causae*, hvorfor man lige så godt kan pålægge den hollandske domstol at følge sit eget lands kvalifikation. Wolff ser imidlertid uden videre bort fra denne sidste kvalifikation, men dette giver han ikke nogen logisk begrundelse for, hvad han forøvrigt heller ikke vil være i stand til. Det er også åbenbart, at hans omformulerede regler ikke kan føre til noget andet resultat. I det foreliggende tilfælde står den hollandske dommer over for følgende to regler: »når to personer er gift med hinanden, gælder alle de regler i ægteemandens nationale lov ved ægteskabets indgåelse, som efter opfattelsen i denne lov er af ægteskabsformueretlig karakter« og »når to personer, der er gift med hinanden, har et barn, gælder alle de regler i faderens eller, hvis han er død, moderens nationale lov på det for sagen afgørende tidspunkt, der efter opfattelsen i denne lov vedrører forholdet mellem forældre og børn«. Af disse to regler har Wolff altså ment, at dommeren bør vælge den første, men den begrundelse, han giver herfor, nemlig at dommeren må akceptere den tyske kvalificering af de tyske regler, er ikke holdbar, idet dommeren ved at akceptere denne kvalificering samtidig har negligeret sit eget lands, Hollands, kvalificering af de hollandske regler. Efter *lex causae*-teorien skal dommeren i det foreliggende tilfælde egentlig anvende både tysk og hollandsk ret, men da dette på grund af de modstridende resultater er udelukket, vil det sige, at dommeren for overhovedet at kunne komme videre må træffe et valg, hvilket atter vil sige, at han, *før* han kan bestemme sig for en af Wolffs regler, må afgøre, om det foreliggende forhold er et ægteskabsformueretligt forhold eller et forhold vedrørende forældrenes stilling til deres børn. Wolffs omformulerede regler

bryder altså ikke den onde cirkel og kan derfor i virkeligheden kun betragtes som overflødige kompliceringer af dommerens anvendelse af IPR-reglerne.

Selv om der altså ikke kan være tvivl om, at *lex causae*-teorien er logisk uholdbar, synes det i praksis ikke at være udelukket at kvalificere efter *lex causae*. Inden dommeren træffer sin afgørelse, har sagen i reglen været procederet, og under denne procedure må det antages, at parterne eller disses sagførere også udførligt har behandlet spørgsmålet om, efter hvilket lands ret bedømmelsen skal foretages. Dommeren vil derfor normalt straks, uden at han behøver at foretage en retlig bedømmelse, kunne se, hvilke lande der overhovedet kan være tale om, at sagens fakta har tilknytning til. I det store flertal af sager vil der kun være tale om to eller måske tre lande, og dommeren vil derfor kunne undersøge, hvorledes de faktiske omstændigheder kvalificeres i de enkelte lande og derved finde frem til det land, hvis kvalificering netop vil medføre, at den til denne kvalificering svarende IPR-regel i *lex fori* vil udpege det pågældende lands ret som *lex causae*.

Man må altså indrømme, at *lex causae*-teorien, omend den strider mod den logiske fremgangsmåde, synes realistisk. Teorien må imidlertid alligevel forkastes, idet der kan rejses meget vægtige argumenter imod den.

For det første vil den nemlig ofte ikke føre til noget resultat. Dette beror på, at den tit medfører, at den endelige retlige bedømmelse på en gang synes at måtte foretages efter flere landes eventuelt indbyrdes modstridende regler, idet hvert enkelt af de lande, som overhovedet kan komme på tale, kvalificerer forholdet på en måde, der medfører, at det pågældende lands ret selv udpeges som *lex causae* af den til kvalifikationen svarende regel i domstolslandets internationale privatret. Et klart tilfælde af dette er Wolffs ovenfor nævnte eksempel med den tysk-hollandske enkes krav på fortsættelse af formuefællesskabet. Omvendt giver teorien også ofte anledning til, at der overhovedet ikke synes at være nogen til den retlige bedømmelse kompetent lov, idet hvert enkelt af landene kvalificerer forholdet på en måde, der bevirker, at de ikke ud-

peges som *lex causae* af den til kvalifikationen hørende IPR-regel. Et eksempel på dette vil man få ved blot at vende om på Wolffs eksempel, således at en tysk domstol skal bedømme en oprindelig hollandsk, men senere naturaliseret tysk enkes krav. I et sådant tilfælde skal den ægteskabelige formueret bedømmes efter hollandsk ret og forholdet mellem forældre og deres børn efter tysk ret, men hollandsk ret vil afvise kompetencen, da den jo netop ikke kvalificerer forholdet som ægteskabsformueretligt, og tilsvarende vil tysk ret afvise kompetencen, da den ikke på sin side kvalificerer sagen som vedrørende forholdet mellem forældre og børn.

Vi står her overfor de allerede af Kahn påpegede tilfælde af lovkumulation og lovvakuum. Wolff er selv opmærksom på, at sådanne uheldige tilfælde kan forekomme⁹⁾, men mener, at dommeren må kunne komme uden om dem ved en fornuftig fortolkning og sammenstilling af de materielle retsregler i de to lande. Denne fremgangsmåde synes imidlertid forbundet med store vanskeligheder — hvad Wolffs egne eksempler også klart viser — og det resultat, dommeren når, vil uden tvivl ofte forekomme rent vilkårligt. Med mindre der derfor kan opstilles logisk tvingende grunde for *lex causae*-teorien, synes man at burde opgive en teori, der fører til sådanne vanskeligheder, idet de to andre muligheder, der står til dommerens rådighed, nemlig en kvalificering efter *lex fori* eller efter komparativ ret, ikke fører til lovkumulationer eller lovvakui.

Wolff og med ham også de andre tilhængere af *lex causae*-teorien mener at se en sådan tvingende grund i det forhold, at man kun ved denne teori vil kunne forhindre, at en lov anvendes, som ikke selv anser sig for kompetent¹⁰⁾. Denne teori bygger altså på den opfattelse,

⁹⁾ Wolff synes dog ikke at være klar over, hvor hyppigt disse tilfælde vil kunne forekomme. Han er således tilsyneladende ikke opmærksom på, at hans eksempel med det fortsatte formuefællesskab giver anledning til en lovkumulation.

¹⁰⁾ Jfr. Wolff, IPR p. 48, hvor det hedder: »indem sie (d. v. s. det tyske internationalprivatrethlige system) sich der ausländischen

at det er den internationale privatrets opgave at sætte dommeren i stand til at bedømme sagen på nøjagtig samme måde, som en dommer i *lex causae* ville bedømme *netop denne sag med alle dens foreliggende fakta*, men det ses let, at denne opfattelse er urigtig, idet den tillægger den internationale privatret en opgave, som denne retsdisciplin i et meget stort antal tilfælde ikke vil være i stand til at løse. Dette skyldes, at sagen, når den betragtes fra det fremmede lands standpunkt, i reglen også vil udvise elementer, der er fremmede for dette land, idet man vel tør gå ud fra, at det første land, det egentlige domstolsland, ikke vil anse sig for kompetent til at påkende en sag, hvis fakta ikke på en eller anden måde har en vis tilknytning til landet selv¹¹⁾). For det fremmede land vil sagen altså så godt som altid have en vis tilknytning til domstolslandet, og dette betyder, at den hjemlige dommer, hvis han vil bedømme sagen nøjagtig således, som hans fremmede kollega gør, også må tage de fremmede IPR-regler i betragtning. Disse regler vil imidlertid ofte tilbagevise kompetencen, og i så fald er man midt i den *circulus vitiosus*, som *renvoilàren* skaber. Det ene lands regler henviser til det andet, der atter viser kompetencen tilbage til det første o. s. v. Det vil altså i alle sådanne tilfælde egentlig være umuligt at sige, hvorledes den fremmede dommer afgør sagen, idet dennes afgørelse beror

Einordnung unterwirft, verhindert sie, das ausländisches Recht dem Geiste dieses Rechts zuwieder angewendet wird«.

¹¹⁾ Det må dog indrømmes, at værnetingsreglen i rpl. § 248, stk. 2 åbner mulighed for, at danske domstole påkender en sag, som ikke har nogen som helst forbindelse med Danmark, idet det ikke er nogen betingelse for reglens anvendelse, at den sagsøgte her i landet beroende gods har noget med sagen at gøre. Denne mulighed må dog anses for rent teoretisk, idet reglen kun gælder i sager vedrørende formueretsforhold, og i sådanne tilfælde er det utænkeligt, at f. eks. en i England bosat englænder skulle sagsøge en anden i England bosat englænder ved en dansk domstol for brud på en kontrakt, som er indgået og skal opfyldes i England, blot fordi sagsøgte er i besiddelse af gods her i landet, som iøvrigt ikke vedrører den mellem parterne indgåede kontrakt.

på, hvorledes man selv afgør sagen. Selvfølgelig kan man nøjes med at undersøge, hvorvidt den fremmede dommer anerkender renvoi fra ens eget land, og derpå indrette sin afgørelse efter dette ¹²⁾, men herved har man uden logisk begrundelse antaget, at den fremmede dommer ved anvendelsen af sine IPR-regler ikke forfølger det samme mål, som man opstiller for anvendelsen af de hjemlige IPR-regler, nemlig at disse skal sætte dommeren i stand til at afgøre sagen nøjagtig således, som en dommer i det fremmede land ville afgøre den ¹³⁾.

Det vil altså ofte ikke være muligt at sige, hvorledes den fremmede dommers afgørelse i sagen vil være, og som følge heraf må man, som nævnt ovenfor ¹⁴⁾, antage, at den internationale privatret kun pålægger dommeren så vidt muligt at afgøre sagen på samme måde som den, hvorpå den fremmede dommer vil afgøre en tilsvarende sag, som blot ikke ud fra det fremmede lands synspunkt indeholder fremmede elementer. Under disse omstændigheder vil det imidlertid også være klart, at den fremmede kvalifikation må være uden betydning, idet dommeren, når han har fundet *lex causae*, blot skal bedømme de foreliggende faktiske omstændigheder efter de materielle retsregler i dette retssystem, hvilken bedømmelse naturligvis er ganske uafhængig af den i det fremmede land iøvrigt rådende retlige systematik.

Foruden det her nævnte argument kan det også anføres mod *lex causae*-teorien, at den medfører, at de retlige begreber i domstolslandets IPR-regler vil være uden fast

¹²⁾ Dette er den såkaldte dobbelte renvoiteori, som især har vundet indpas i engelsk international privatret, efter at den er blevet fastslået ved en række domstolsafgørelser, hvoraf de vigtigste er *Collier v. Rivaz* (1841), 2. Curt. 855; *In re Annesley* (1926) Ch. 692, jfr. *Morris* p. 4; *In re Ross* (1930) 1 Ch. 377, jfr. *Morris* p. 6 og *In re Askew* (1930) 2 Ch. 259, jfr. *Morris* p. 10. Det er ganske naturligt, at Wolff er en ivrig tilhænger af denne teori, jfr. PIL p. 187 ff., men se for en sønderlemmende kritik af teorien, *Cheshire* p. 96 ff.

¹³⁾ Jfr. også *Cook* p. 22 f.

¹⁴⁾ Jfr. ovenfor p. 150.

indhold, idet dette vil blive bestemt af den i hvert enkelt tilfælde kompetente fremmede lov. Det må imidlertid siges at være en absurd tanke, at lovgiveren ved indsættelsen af sådanne begreber som »arveretlige forhold«, »aftaler«, »forholdet mellem forældre og børn« etc. i de af ham opstillede IPR-regler skulle have tænkt sig, at disse begreber kunne have et vekslende indhold fra sag til sag.

En tredje indvending mod *lex causae*-teorien er, at denne teori strider mod den i begyndelsen af forrige kapitel hævdede opfattelse af den internationale privatrets opgave. Da grundlaget for denne opfattelse er de enkelte retssystemers egenskab af autonome og originære systemer, er det klart, at dommeren overhovedet ikke kan have nogen interesse i de fremmede retssystemers kvalifikationer, idet disse ud fra hans synspunkt ikke har retlig karakter, d. v. s. ikke kan udledes af de retsregler, der hidrører fra de i hans land anerkendte retskilder. Først i det øjeblik, det fremmede retssystem er blevet udpeget som *lex causae*, får dette retssystems regler relevans for dommeren, men på dette tidspunkt er der i virkeligheden ikke længere tale om *fremmed* ret, idet de fremmede regler ved hjælp af IPR-reglerne er blevet transformeret til nationale regler.

Det er bemærkelsesværdigt, at medens teorien om kvalificering efter *lex causae*, for så vidt angår bestemmelsen af den kompetente IPR-regel, har fundet — om ikke mange — så dog nogle tilhængere, er det kun en enkelt forfatter, Neuner, der går ind for, at fortolkningen af tilknytningsfaktorerne skal ske på grundlag af *lex causae*¹⁵⁾. Imod denne opfattelse kan man imidlertid også anføre de tre ovennævnte argumenter, og der skal derfor ikke her gøres nærmere rede for Neuners teori.

Lex causae-teorien må altså i det hele forkastes, og man må sikkert give Ago ret, når han hævder¹⁶⁾, at denne teori beror på en sammenblanding af to principielt forskellige

¹⁵⁾ Neuner: »Die Anknüpfung im internationalen Privatrecht« i ZAIPR 1934 p. 81 ff.

¹⁶⁾ Ago p. 322 og ovenfor p. 90.

stadier i afgørelsen af den internationalprivatretnlige sag, nemlig bestemmelsen og anvendelsen af den kompetente IPR-regel og den derpå følgende anvendelse af de fremmede retsregler.

II. Kritik af den komparative teori og den »udvidede« *lex fori*-teori.

Wolffs *lex causae*-teori fremkom uden tvivl som en reaktion mod den især i slutningen af 20'erne næsten enerådende *lex fori*-teori, og på tilsvarende måde må man sikkert også betragte den fra Rabel udgående komparative teori. Dette ses tydeligt af det hovedargument, som Rabel og hans senere tilhængere giver for deres teori, nemlig at *lex fori*-teorien vil være ganske uanvendelig i de ikke få tilfælde, hvor dommeren står overfor et fremmed retsinstitut eller en fremmed retsregel, som enten er fuldstændig ukendt i domstolslandets interne ret¹⁷⁾, eller som i det mindste afviger stærkt fra de tilsvarende institutter eller regler i dette land. Hvis dommeren i sådanne tilfælde udelukkende vil give IPR-reglernes retlige begreber det indhold, som de tilsvarende begreber har i intern *lex fori*, vil han efter disse forfatteres opfattelse have afskåret sig fra overhovedet at tage hensyn til de pågældende fremmede institutter og retsregler. Rabel hævder derfor, at IPR-reglerne må emanciperes fuldstændig fra de interne regler og må fortolkes, eller måske nærmere formuleres, således, at de bliver i stand til at rumme alle de forskellige retsfænomener verden over, og dette betyder atter, at de retlige begreber i IPR-reglerne ikke kan være identiske med de tilsvarende begreber i et enkelt land — det være sig domstolslandet eller et fremmed land — men må være begreber, der rummer det essentielle i alle de forskellige retssystemers til hinanden svarende institutter og regler. Be-

¹⁷⁾ Beckett bruger (p. 56) det udtryk, at *lex fori*-teorien i sådanne tilfælde »breaks down entirely«.

greberne må altså være et resultat af komparative studier¹⁸⁾).

Til et lignende resultat når, som tidligere nævnt, også de andre tilhængere af den komparative teori, og det er også dette synspunkt, der har fremkaldt den ovenfor som den »udvidede« lex fori-teori betegnede teori. Forskellen mellem denne sidstnævnte teori og den komparative teori er jo i virkeligheden kun et spørgsmål om, hvilken grad af emanciperung fra den interne ret man vil gå ind for, og det er som følge heraf umuligt at fastsætte en skarp grænse mellem de to teorier.

Når man vil vurdere den komparative teori og den »udvidede« lex fori-teori, må man altså først og fremmest undersøge, om det er rigtigt, at dommeren, såfremt han kvalificerer efter lex fori eller, hvad der er det samme, såfremt han giver de retlige begreber i IPR-reglerne det samme indhold som de tilsvarende begreber i intern lex fori, derved afskærer sig fra at bringe de for lex fori ukendte eller stærkt afvigende fremmede retsinstitutter og retsregler i anvendelse. Den letteste måde at foretage denne undersøgelse på er at foretage en analyse af de enkelte stadier i dommerens afgørelse af en international-privatretlig sag. En sådan analyse er allerede foretaget i det forrige kapitel i forbindelse med afgrænsningen af kvalifikationsproblemet, men for en ordens skyld skal resultatet af analysen kort gengives her.

På det første stadie, udfindelsen af den kompetente IPR-regel, er det, der foreligger for dommeren, den konkrete sags fakta, og disse fakta må dommeren kvalificere for at kunne subsumere dem under den rette IPR-regel. På dette stadie ved dommeren altså overhovedet intet om, efter hvilke retsregler — det være sig hjemlige eller fremmede — den endelige retlige bedømmelse skal ske. Det kan derfor ikke være rigtigt, når en forfatter som Beckett flere steder i sin artikel tilsyneladende hævder, at det er eller kan være nødvendigt at kvalificere fremmede rets-

¹⁸⁾ Jfr. ovenfor p. 73 f.

regler eller retsinstitutter for at bestemme den kompetente IPR-regel ¹⁹⁾).

Det andet stadie, anvendelsen af den fundne IPR-regel, består egentlig i to understadier. Dommeren skal først foretage en fortolkning af den i IPR-reglen indeholdte tilknytningsfaktor, således at han kan bestemme, hvad det er for særlige faktiske momenter i den foreliggende sag, denne faktor dækker over. Derefter skal han bestemme *lex causae*, hvilket sker ved, at han undersøger, i hvilket land de af tilknytningsfaktorerne angivne faktiske momenter er realiseret.

Først efter at *lex causae* således er bestemt, kommer det tredje stadie, den endelige retlige bedømmelse på grundlag af de materielle retsregler i *lex causae*. På dette tidspunkt har IPR-reglen imidlertid udspillet sin rolle, idet dommeren blot skal anvende de fremmede retsregler på sagens fakta og herved så vidt muligt søge at nå det samme resultat, som en dommer i det pågældende fremmede land ville komme til, hvis han skulle bedømme, ikke de her foreliggende fakta, men en tilsvarende gruppe af fakta, som blot ikke ud fra det fremmede lands synsvinkel indeholder fremmede elementer. Denne retlige bedømmelse af sagens fakta er altså ganske uafhængig af den kvalificering, dommeren udførte på det første stadie, hvilket atter vil sige, at det er fuldstændig irrelevant, om den kvalifikation, dommeren når til i forbindelse med bestemmelsen af IPR-reglen, falder sammen med den kvalifikation, som er resultatet af anvendelsen af retsreglerne i *lex causae*, eller ej.

Denne analyse, hvis rigtighed er nærmere begrundet i det forrige kapitel, viser, at der ikke er nogen som helst grund til at forlange, at de retlige begreber, hvorved IPR-reglerne angiver deres genstand, skal være så rummelige, at de kan dække alle de forskellige retsinstitutter og retsregler i hele verden. IPR-reglerne vil være fuldtud funktionsdygtige, hvis deres indhold svarer til de tilsvarende begreber i intern *lex fori*, og dette betyder atter, at dom-

¹⁹⁾ Jfr. ovenfor p. 77.

meren ved sin første kvalificering kan holde sig udelukkende til sit eget lands materielle retsregler, til den interne *lex fori*. Den første kvalificering er, som tidligere fremhævet²⁰⁾, kun fiktiv, den er et hjælpemiddel til at bringe dommeren ud af det paradoks, at IPR-reglerne forudsætter, at deres genstand, som jo ikke er andet end den konkrete sags fakta, er retligt kvalificeret. Når dommeren har udnyttet dette hjælpemiddel, har det ikke længere betydning, hvorfor han, når han skal anvende *lex causae*, udmærket kan subsumere de foreliggende fakta under retsregler, der er ganske ukendte i *lex fori*, og på denne måde bringe ukendte fremmede retsinstitutter i anvendelse. Dannelsen af særlige internationalprivatretnlige begreber på grundlag af komparative studier, såvel som en udvidelse af begreberne i intern *lex fori*, er altså blot en overflødig komplicering af dommerens kvalificerings- og fortolkningsvirksomhed.

Hvad er det nu for betragtninger, der har ført tilhængerne af de to teorier til deres antagelse af, at begreberne i IPR-reglerne må gøres videre end begreberne i det retssystem, hvortil IPR-reglerne hører? Det er tilsyneladende ikke det samme forhold, der har været afgørende for alle forfatterne. Medens Beckett som nævnt mener, at der kan blive tale om, at dommeren skal kvalificere fremmede retsregler og retsinstitutter, og Malmström taler om, at han skal kvalificere retlige krav »stödda på utländsk lag«²¹⁾, er Robertson fuldstændig klar over, at det, dommeren skal kvalificere, er den konkrete sags fakta. Når han alligevel går ind for den »udvidede« *lex fori*-teori, skyldes det uden tvivl, at han ikke skelner tilstrækkelig skarpt mellem dommerens udfindelse og anvendelse af IPR-reglen på den ene side og anvendelsen af reglerne i *lex causae* på den anden side. Han gør ganske vist op-

²⁰⁾ Jfr. ovenfor p. 138.

²¹⁾ Malmström p. 20. Sammen med Malmström må sikkert også stilles forfattere som v. Steiger og Cheshire, der begge hævder, at det, der skal kvalificeres, er det retsspørgsmål, som rejser sig af de faktiske forhold.

mærksom på, at der her foreligger en skillelinie, men da han, som tidligere nævnt, mener, at anvendelsen af *lex causae* forudsætter en kvalifikation af dette retssystems regler (»the secondary characterization«) for at afgrænse de regler, som kan henføres under det retlige begreb i den anvendte IPR-regel, er det naturligvis klart, at han må give begreberne i IPR-reglerne et videre indhold end de tilsvarende begreber i intern *lex fori*, da hans dommer ellers vil være afskåret fra at anvende de retsinstitutter og retsregler, der er ukendte i *lex fori*, men hele denne opfattelse beror som tidligere vist på den urigtige antagelse, at dommerens første kvalifikation er bindende på de senere stadier af sagsafgørelsen.

Når man endelig betragter Rabels opfattelse, vil man se, at han både er klar over, at IPR-reglernes genstand er noget faktisk (»Lebensverhältnisse«), og at dommeren ved anvendelsen af *lex causae* skal anvende hele denne lov. Han drager imidlertid ikke den konsekvens af det sidstnævnte forhold, at det altså er fuldstændig ligegyldigt, om kvalifikationerne i *lex fori* og *lex causae* falder sammen eller ej, idet han hævder, at formålet med fortolkningen af IPR-reglernes retlige begreber, må være at give disse begreber et sådant indhold, at de på en gang kan omfatte de foreliggende retsspørgsmål og de fremmede retsinstitutter, der er ukendte i intern *lex fori*²²⁾. Dette beror muligvis på, at han mener, at de faktiske livsforhold ofte vil fremtræde for dommeren »in einer rechtlich beeinflussten Form«, der nødvendiggør en undersøgelse af det pågældende retssystem, der således har sat sit stempel på dem. Som eksempel herpå anfører han, at sagens parter har indgået en aftale af en eller anden art, som er ukendt i *lex fori*, hvorfor denne lov efter hans opfattelse er ude af stand til at kvalificere dette forhold efter sine egne materielle retsregler.

²²⁾ Rabel p. 263, jfr. også p. 267, hvor det hedder: »Es entsteht demnach die wichtige Aufgabe, die Rechtserscheinungen auf Grund der Rechtsvergleichung den kollisionsrechtlichen Tatbeständen einzuordnen, auf sie zu verteilen«.

Det er selvfølgelig rigtigt, at sagens fakta ofte vil blive forelagt dommeren i en vis retlig kvalificeret form. Dette sker, så snart sagens parter under deres procedure støtter deres påstande på henvisninger til bestemte fremmede retsregler og retsinstitutter, men denne retlige kvalifikation må i første omgang være uden betydning for dommeren, da han jo, før han har anvendt IPR-reglerne, overhovedet ikke kan vide, om de pågældende retsregler og retsinstitutter skal anvendes ved sagens afgørelse. Dommeren må derfor i sådanne tilfælde skrælle hele den retlige overbygning væk og søge at fastslå, hvilke fakta der skjuler sig under den, for derpå, når dette er gjort, og de herved fundne fakta synes at vise tilknytning til et eller flere fremmede lande, at subsumere dem under den rette IPR-regel. Denne subsumption forudsætter en kvalificering, og denne må altid kunne foretages efter de interne retsregler i *lex fori*, da det, som især fremhævet af Ago, i reglen er utænkeligt, at en domstol ikke skulle være i stand til at foretage en retlig vurdering — og andet består kvalificeringen jo ikke af — af en vis gruppe fakta, selv om denne gruppe, når den ses i relation til et helt andet retssystem, eventuelt kvalificeres på en ganske særegen måde, der er ukendt i det første land ²³⁾. Det kan derfor ikke være rigtigt, når Rabel hævder, at en domstol i et land, hvor det tyske Erbvertrags er ukendt, skulle være ude af stand til på grundlag af sine egne interne retsregler at kvalificere en sådan i Tyskland indgået aftale, eller når Maury tilsvarende hævder, at f.eks. en fransk domstol skulle være afskåret fra på grundlag af fransk ret at kvalificere det forhold, der ligger til grund for et sovjet-russisk ægteskab i henhold til den russiske lov af 19. november 1926 ²⁴⁾. Det, dommeren kvalificerer, er nemlig hverken det tyske Erbvertrags eller det sovjetrussiske

²³⁾ Der kan ganske vist tænkes tilfælde, hvor det ikke er muligt at kvalificere en vis gruppe fakta efter retsreglerne i et bestemt retssystem, men i så tilfælde foreligger der blot et hul i loven, der må udfyldes på sædvanlig måde.

²⁴⁾ Jfr. Rabel p. 264 og Maury p. 502.

ægteskabsinstitut som sådan, men derimod de faktiske handlinger og relationer mellem parterne og de deraf opståede faktiske spørgsmål. Hvis man hævder, at dommeren ikke kan vurdere disse handlinger og relationer efter sine egne regler, vil man dermed også have hævdet, at dommeren ikke skulle kunne bedømme de samme handlinger og relationer, hvis de udelukkende var foretaget i domstolslandet, hvilket imidlertid klart er en absurd tanke ²⁵⁾).

Den egentlige grund til, at Rabel og alle de andre tilhængere af den komparative teori og af den »udvidede«
lex fori-teori ikke har indset dette, er formodentlig, at de stadig går ud fra, at den internationale privatret er en grænseret, d. v. s. at den skal bestemme de enkelte retssystemers anvendelsesområde i rummet. Som følge heraf mener de, at kvalifikationsproblemet består i en konfrontering af de retlige begreber i lex fori og i lex causae. Da disse begreber jo ofte afviger stærkt fra hinanden, mener de heri at se en *kvalifikationskonflikt*, som de derfor søger at løse ved at gøre IPR-reglernes retlige begreber så vide, at de kan dække alle de forskellige retssystemers til hinanden svarende begreber. Denne grundopfattelse er imidlertid urigtig, idet den strider mod den for den dualistiske opfattelse nødvendige antagelse af de enkelte retssystemers karakter af autonome og originære systemer. De fremmede retssystemer eksisterer kun som noget rent faktisk for den hjemlige dommer, og der kan derfor aldrig blive tale om at foretage en sammenstilling af de hjemlige og de fremmede retlige begreber og dermed heller ikke om kvalifikationskonflikter, idet dommeren ved den første kvalificering ikke har andet at rette sig efter end sine egne materielle retsregler, der som vist også fuldt ud vil være i stand til at varetage denne opgave.

Man kan iøvrigt også fra et helt andet synspunkt betvivle muligheden af den komparative teoris gennemfør-

²⁵⁾ Dette argument er hentet fra Agos gennemgang af Rabels eksempel om det tyske Erbverdrag, jfr. Ago p. 333 og ovenfor p. 91 f.

lighed. Da divergenserne mellem de måder, hvorpå de enkelte retssystemer betragter en vis gruppe fakta, ofte vil være meget store, er det et spørgsmål, om det overhovedet vil være muligt, i det mindste på retsvidenskabens nuværende stade, at finde en fællesnævner for alle disse indbyrdes afvigende retlige begreber. Både Rabel og Beckett er klar over, at der her ligger et problem, hvorfor de da også understreger, at deres teori endnu kun er på begyndelsesstadiet, men de mener dog begge, at det, efterhånden som den komparative retsvidenskab går fremad, vil blive muligt at opstille flere og flere af disse generelle begreber. Jeg stiller mig dog stærkt tvivlende overfor dette, idet det må erindres, at disse generelle eller abstrakte begreber, i det mindste så længe de enkelte retssystemers materielle regler ikke er blevet nærmet mere til hinanden, end tilfældet er i dag, vil være af en ganske formel karakter, og derfor, som især fremhævet af Burckhardt ²⁶⁾, uanvendelige i det praktiske retsliv.

III. *Lex fori-teorien.*

A. *Teoriens begrundelse og indhold.*

Gennem den kritik, der lige er blevet givet af den komparative teori og den »udvidede« lex fori-teori, er det samtidig vist, at dommeren, når han for at bestemme den kompetente IPR-regel kvalificerer den konkrete sags fakta, kun kan foretage denne kvalificering efter det eneste retssystem, som på det tidspunkt står til hans rådighed, d. v. s. efter hans eget lands materielle retsregler.

Dette følger også ganske logisk af, at den internationale privatret er national ret. Når lovgiveren anvender retlige begreber eller kvalifikationer for at angive IPR-reglernes genstand, kan disse begreber eller kvalifikationer ikke tænkes at være hentet andet steds fra end fra det nationale retssystem. Hermed stemmer også den umiddelbare opfattelse, at lovgiveren, når han i IPR-reglerne anvender

²⁶⁾ Jfr. ovenfor p. 97.

begreber som »formueforholdet mellem ægtefæller«, »erstatningsansvar for skadegørende handling«, »en retshandels form« etc., må antages at give disse begreber det samme indhold som det, der tillægges dem i intern ret. Gihl har udtrykt dette særdeles klart ved at sige: »Man får for øvrigt komme i håg, at tillæmpningen af främmande rätt i kraft av den internationellt-privaträttsliga regeln utgör ett undantag från den självklara huvudregeln, att den nationella domstolen tillämpar *lex fori*. Om detta är klart, så är det också klart, vad som är innebörden av den internationellt-privaträttsliga regelns metod att använda en juridisk kvalifikation för att beteckna den kategori av sakförhållanden, som den avser. Regeln åsyftar uppenbarligen med denna kvalifikation de sakförhållanden, som, om de *icke* hade den speciella karaktär, på grund varav de jämlikt den internationellt-privaträttsliga regeln skola bedömas enligt främmande rätt, skulle bedömas enligt de till *lex fori* hörande materiella regler, som gäve dem just den juridiska kvalifikation, som den internationellt-privaträttsliga regeln begagnar«²⁷⁾.

Men vil dette nu sige, at de retlige begreber i IPR-reglerne med *logisk nødvendighed* må være identiske med de tilsvarende interne begreber? Dette mener Ago og Gihl ikke, men de hævder dog, at der må kræves ganske *særlige grunde* for at antage en afvigelse. Nu kan det selvfølgelig altid diskuteres, hvad der er »særlige grunde«, men det synes, som om de to forfattere er tilbøjelige til i for høj grad at ville reducere muligheden for, at de retlige begreber i IPR-reglerne har et andet indhold end i den interne ret.

Det må nemlig erindres, at de retlige begreber i den interne ret langt fra altid er entydige begreber med et for alle tilfælde fastslået indhold. Malmström har således fuldstændig ret i, at begrebet »gave« kan have højst forskelligt indhold alt efter i hvilken lov begrebet forekommer²⁸⁾. Da de materielle retsregler normalt ikke direkte

²⁷⁾ Gihl p. 341.

²⁸⁾ Jfr. ovenfor p. 109.

definerer disse begreber, bliver det teoriens og retspraksis opgave ved fortolkning at bestemme begrebernes indhold. Herved opstår der imidlertid mulighed for, at begreberne får forskelligt indhold, idet fortolkningen først og fremmest må rette sig efter, hvad der har været lovgiverens mening med den retsregel, hvori begrebet indgår. Der kan således f. eks. være stor forskel på det formueretlige gavebegreb og det gavebegreb, som lægges til grund ved anvendelsen af skatte- og afgiftslovene. I alle sådanne tilfælde, hvor man altså ikke har et entydigt begreb fra den interne ret at holde sig til, må retsvidenskaben og retspraksis i fællesskab bestemme, hvad der ud fra internationalprivatretlige synspunkter bør lægges i de retlige begreber i IPR-reglerne, og der er faktisk ikke noget til hinder for, at dette atter bliver noget helt andet end det, man kommer til, ved fortolkningen af de forskellige interne retsregler, hvori det samme begreb forekommer²⁹⁾.

Også andre forhold kan tvinge domstolene til at give de retlige begreber i IPR-reglerne et særligt indhold. På dette punkt frembyder den schweiziske internationale privatret særlig interesse. Før Schweizerisches Zivilgesetzbuch trådte i kraft i 1912, havde hver af kantonerne sin egen fra de andre kantoners ofte stærkt afvigende privatret. I 1891 blev der imidlertid udstedt en Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niederelassenen und Aufenthalter (NAG), hvilken lov skulle regulere de interkantonalen privatretlige spørgsmål. Da denne lov som en forbundslov stod over de enkelte kantoners love, kunne den ikke tage de retlige begreber, hvorved de enkelte bestemmelser i loven opererede, fra en enkelt af disse kantoners ret. Det måtte derfor overlades til retspraksis at fastslå indholdet af disse begreber, som altså på denne måde blev autonome begreber³⁰⁾. Det be-

²⁹⁾ Jfr. Cook p. 154 ff. og p. 211 ff., hvor disse synspunkter fremføres særdeles overbevisende.

³⁰⁾ I en dom af 30/8 1905, Amtliche Sammlung der Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts 31 I p. 287, hvor sagen drejede sig om, hvorvidt en overlevende ægtefælles krav var ægteskabs-

mærkelsesværdige er imidlertid, at denne lov bevarede sin gyldighed, efter at ZBG var trådt i kraft og de interkantonalе spørgsmål dermed bragt ud af verden. Dette skyldes, at det i lovens art. 32 bestemmes, at dens regler også gælder de udlændinge, der er domicileret i Schweiz, medens det i art. 28 bestemmes, at schweizere i udlandet i person-, familie- og arveretlig henseende er underkastet deres kantonale lov, med mindre de i følge den udenlandske lovgivning er underkastet denne. Loven havde altså også internationalprivatretlig betydning, og denne har den bevaret, idet det udtrykkelig er anført i art. 59 i ZGB's Einführungsbestimmungen, at NAG »bleibt für die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Auslande und der Ausländer in der Schweiz . . . in Kraft«. Da denne lov stadig i dag indeholder en meget væsentlig del af de schweiziske IPR-regler, vil man se, at de begreber, disse regler opererer med, er autonome og uafhængige af den interne ret, idet det ikke uden videre kan antages, at lovgiveren, da han senere opstillede ZGB, gav de retlige begreber i denne lov det samme indhold som det, der ved domstolens praksis var givet begreberne i NAG ³¹⁾).

Det ses altså, at det ikke er så helt få tilfælde, hvor det må antages, at begreberne i IPR-reglerne ikke er sammenfaldende med begreberne i intern lex fori. På den anden side må det fastholdes, at selv i de tilfælde, hvor

retligt eller arveretligt, udtalte Bundesgericht da også, at dette ikke kunne afgøres ud fra de kantonale love, men kun ud fra forbundsloven. Da denne ikke selv indeholder en definition, kan der »nur auf allgemein schweizerische Rechtsanschauungen und die Natur der Sache abgestellt werden«.

³¹⁾ Jfr. v. Steiger p. 65 f. og Lewald p. 75 f. Et andet eksempel på, at der kan være forskel mellem de begreber, der anvendes i intern ret, og de begreber, der anvendes i den internationale privatret, kan hentes fra England. I intern engelsk ret er den sædvanlige sondring mellem tingene, sondringen realty-personalty, medens der i engelsk international privatret sondres imellem movables og immovables, og disse to sondringer falder ikke sammen, men går på enkelte punkter på tværs af hinanden, jfr. Cheshire p. 551 ff. og Wolff, PIL p. 512 f.

der er afvigelser, hidrører begreberne i IPR-reglerne alligevel fra *lex fori* og ikke fra et fremmed retssystem eller fra en sammenligning mellem de forskellige retlige begreber verden over. At begreberne har fået et andet indhold end de interne begreber skyldes altså ikke et ønske om, at de skal dække over tilsvarende fremmede begreber.

B. Eventuelle undtagelser fra *lex fori*-teorien?

Hvorledes forholder det sig nu med de undtagelser, som *Bartin* og de fleste andre tilhængere af *lex fori*-teorien har ment at måtte gøre fra deres teori? Det vil erindres, at der her især er tale om to undtagelser, nemlig at *lex rei sitae* bør være kompetent til at kvalificere et godes karakter af fast ejendom eller løsøre, og at en domstol, såfremt det er klart, at *lex causae* kun kan være en af to fremmede love, og begge disse kvalificerer forholdet ens, bør antage denne fælles kvalifikation, selv om den afviger fra opfattelsen i *lex fori*.

1. *Lex rei sitae*.

Hvad angår undtagelsen til fordel for *lex rei sitae*, må det for det første anføres, at denne undtagelse, om den overhovedet bør anerkendes, kun kan gælde for *legemlige goder*, idet ulegemlige godes »beliggenhed« ikke er et faktisk men derimod et retligt spørgsmål, som ofte afgøres forskelligt fra land til land ³²⁾. Spørgsmålet om godets karakter kan imidlertid også opstå ved ulegemlige goder, idet rettigheder som f. eks. panterrettigheder og servitutter over fast ejendom i flere lande behandles i retlig henseende som fast ejendom, medens de i andre lande behandles som løsøre. I alle sådanne tilfælde må man altså kvalificere godet efter *lex fori* ³³⁾.

I de tilfælde, hvor sagen derimod drejer sig om et

³²⁾ Der ses her bort fra, at alle goder måske egentlig kan siges at være løsøre, idet de kan flyttes. Jorden kan f. eks. graves op og køres væk, og ejendommen kan rives ned, og materialerne fjernes o. s. v.

³³⁾ Jfr. *Niboyet* i *Répert.* X p. 379 og ovenfor p. 39.

legemligt gode, synes der ikke at være nogen logisk hindring for at kvalificere efter *lex rei sitae*, idet godets beliggenhed tilsyneladende altid kan fastslås rent faktisk, men dette er, som det straks skal vises, i virkeligheden ikke rigtigt.

Der må dog først foretages en yderligere afgrænsning af problemet. Det må nemlig erindres, at de egentlige tinglige rettigheder over goderne efter så godt som alle landes internationale privatret skal afgøres efter *lex rei sitae*, uanset om der er tale om fast ejendom eller løsøre. I alle sådanne tilfælde, hvor der altså kun findes een IPR-regel, opstår der derfor ved bestemmelsen af den kompetente IPR-regel overhovedet ikke noget spørgsmål om godets karakter, og det forhold, at der eventuelt ved anvendelsen af *lex rei sitae* kan opstå et sådant spørgsmål, fordi denne lov har forskellige materielle regler om fast ejendom og løsøre, vedrører naturligvis ikke det her foreliggende problem, idet den kompetente IPR-regel på dette tidspunkt allerede er bestemt og iøvrigt også har udspillet sin rolle. Problemet opstår altså kun i de tilfælde, hvor der i domstolslandets internationale privatret findes særskilte regler for fast ejendom og løsøre, og dette vil i praksis altid sige de tilfælde, hvor de særlige IPR-regler vedrørende fast ejendom henviser til *lex rei sitae*, medens IPR-reglerne vedrørende løsøre anvender en anden tilknytningsfaktor.

Hvis man nu vil undersøge, om ikke Bartins undtagelse er berettiget i disse særlige tilfælde, hvor der altså er tale om et legemligt gode, og hvor domstolslandets internationale privatret sondrer mellem de to arter af goder, må man for det første gøre sig klart, at det kun er de genstande, som rent faktisk er løsøre, d. v. s. som rent faktisk kan flyttes, der giver anledning til problemer, hvilket skyldes, at visse af disse løsøregenstande af nogle retssystemer betragtes som fast ejendom, medens andre retssystemer fastholder, at de også i retlig henseende skal behandles efter løsørereglerne. Står man derimod overfor et gode, som rent faktisk er fast ejendom, f. eks. et jordstykke eller en bygning, der er fast forbundet med den

grund, den står på, er alle retssystemer enige om, at der også i retlig henseende foreligger fast ejendom, og der opstår derfor i sådanne tilfælde ikke noget problem om godets retlige kvalifikation, da den er givet i sig selv. Problemet indsnævrer sig altså til spørgsmålet, om den retlige kvalificering af genstande, der rent faktisk er løsøre. Disse genstandes beliggenhed kan naturligvis normalt fastslås, men hvis nu genstandene, hvad langt fra er usandsynligt, flyttes fra et land til et andet, opstår der, hvad enten denne flytning sker før processen eller under denne, spørgsmål om, hvilket lands lov der skal betragtes som *lex rei sitae*. Dette er klart et spørgsmål om, hvilket *tidspunkt* der i retlig henseende må anses for afgørende, og dette er atter et retligt spørgsmål, som langt fra behøver at besvares ens af de i sagen involverede retssystemer og som altså ikke kan besvares af *lex rei sitae*, da denne lov jo ikke kendes, før man har besvaret spørgsmålet.

Af det ovenstående fremgår det, at det i visse tilfælde ikke fører til nogen løsning at hævde, at man vil kvalificere efter *lex rei sitae*, og allerede af denne grund må man forkaste Bartins teori, men der kan også anføres andre argumenter imod denne undtagelse fra *lex fori*-teorien.

Bartins hovedargument for undtagelsen er hensynet til omsætningssikkerheden, men dette er i virkeligheden ikke noget gyldigt argument. Hvis man nemlig tænker sig, at man efter *lex rei sitae* har kvalificeret en genstand som løsøre, vil man nemlig i et meget stort antal tilfælde komme til det resultat, at *lex causae* *ikke* falder sammen med *lex rei sitae*, idet det jo er en forudsætning for problemets opståen, at domstolslandet har en særskilt IPR-regel for løsørengenstande, der *ikke* anvender godets beliggenhed som tilknytningsfaktor³⁴⁾, og i alle sådanne tilfælde er det derfor meget vel tænkeligt, at de materielle

³⁴⁾ Der er selvfølgelig den mulighed, at den tilknytningsfaktor, som domstolslandets IPR-regel vedrørende løsøre anvender, i det konkrete tilfælde, netop henviser sagen til det land, hvor tingen er beliggende. I så tilfælde vil *lex causae* altså falde sammen med

retsregler i den udpegede *lex causae* betragter genstanden som fast ejendom, hvilket altså vil sige, at kvalificeringen efter *lex rei sitae* ikke giver parterne den kilde til sikkerhed om godets retlige karakter, som Bartin begrundet sin teori på. Hvis omvendt *lex rei sitae* kvalificerer genstanden som fast ejendom, skal sagen ganske vist bedømmes efter materielle regler i denne lov, men hvis genstanden eventuelt flyttes under processen — og det må jo erindres, at hele problemet kun opstår ved genstande, der rent faktisk kan flyttes — svigter Bartins argument atter, idet man ikke har nogen som helt sikkerhed for, at myndighederne i det land, hvor tingen nu er beliggende, vil anerkende en dom afsagt efter reglerne om fast ejendom i den gamle *lex rei sitae*.

Endelig strider Bartins undtagelse også mod den mest nærliggende opfattelse, nemlig at lovgiveren, når han opstiller en særlig IPR-regel for løsøre, også dermed har tænkt på de genstande, som efter hans egen retsopfattelse bør behandles efter løsørereglerne. Man må derfor i det hele forkaste denne undtagelse fra den almindelige *lex fori*-teori.

2. To fremmede loves sammenfaldende og fra *lex fori* afvigende kvalifikation.

Hvorledes forholder det sig med den anden især af flere angelsaksiske forfattere³⁵⁾ hævdede undtagelse, at dommeren, når det er klart, at *lex causae* kun kan være en af to fremmede love, der begge kvalificerer forholdet ens, bør følge denne kvalifikation, selv om den strider mod opfattelsen i *lex fori*.

Overfor denne teori kan man for det første hævde, at

lex rei sitae, og parterne vil altså ved at se på de materielle regler i den sidstnævnte lov have den sikkerhed om godets retlige karakter, som Bartin taler om, men denne sikkerhed svigter jo atter, hvis det pågældende gode flyttes til et andet land.

³⁵⁾ Denne undtagelse hævdes således af Lorenzen, Beckett, Robertson og Cheshire, ligesom Borum synes at gå ind for en sådan tanke, jfr. Lovkonflikter p. 78.

det ofte vil være svært, før man har anvendt IPR-reglerne, uden videre at udelukke, at sagen skal bedømmes efter *lex fori*, idet der jo i så godt som alle tilfælde vil være en vis tilknytning til domstolslandet, da dette vel ellers overhovedet ikke er kompetent til at påkende sagen. Selv om man imidlertid ser bort fra denne mere formelle indvending, mener jeg, at man alligevel må forkaste teorien, idet denne er i strid med den ovenfor hævdede opfattelse af den internationale privatrets opgave og funktion, som efter min mening er den eneste rigtige måde at betragte denne retsdisciplin på. Den hævdede undtagelse er et typisk udslag af den opfattelse, at kvalifikationsproblemet består i en konfrontering af de fremmede retssystemers retlige begreber med de hjemlige begreber og dermed i løsningen af de heraf opståede »kvalifikationskonflikter«, men som det allerede er vist, er en sådan opfattelse uforenelig med den herskende dualistiske teori. Da de fremmede retssystemer ikke har retlig karakter for dommeren, kan disse systemers retlige begreber og dermed deres kvalifikationer heller ikke have nogen betydning for ham, før han gennem en af sine egne IPR-regler er blevet henvist til at bedømme sagen efter fremmed ret. Det er selvfølgelig muligt, at dommeren, når han kvalificerer de konkrete fakta efter *lex fori*, bliver henvist til at bedømme sagen efter de materielle regler i det ene af de to fremmede lande, medens han, hvis han vælger den kvalifikation, som de to lande er enige om, må anse det andet lands lov som *lex causae*, og Robertson anfører et interessant eksempel herpå ³⁶⁾.

Efter engelsk ret betragtes et brud på forlovelse som et kontraktsbrud, der kan medføre erstatningsansvar efter kontraktsreglerne. I fransk og belgisk ret gives der derimod kun erstatning efter reglerne om erstatning udenfor kontrakt, d. v. s. der gives kun erstatning, hvis bruddet må siges at være et delikt, og erstatningen kan ikke være større end det virkelig lidte tab. Robertson tænker sig nu, at en engelsk dommer skal bedømme et tilfælde, hvor en

³⁶⁾ Robertson p. 76 f., jfr. også Cheshire p. 65.

forlovelse er indgået i Frankrig og hævet i Belgien. Hvis dommeren nu kvalificerer efter den engelske opfattelse, vil fransk ret være *lex causae*, medens en kvalifikation i overensstemmelse med fransk og belgisk ret vil medføre, at sagen skal bedømmes efter belgisk ret som *lex loci delicti*. Robertson mener tilsyneladende, at dommeren i et sådant tilfælde vil kunne komme til et andet resultat, hvis han kvalificerer efter engelsk ret, end hvis han kvalificerer efter fransk-belgisk ret, men det ses let, at dette ikke er tilfældet, idet dommeren, uanset hvilken kvalifikation han vælger, vil komme til det samme endelige resultat, idet det er ligegyldigt, om han anvender de franske eller de belgiske materielle regler, da disse er ens og kun giver erstatning, såfremt der foreligger et egentligt delikt, og der er lidt et tab. Det må jo erindres, at dommeren, selv om han anvender den engelske kontraktsretlige kvalifikation og altså anser fransk ret for *lex causae*, skal bedømme det faktiske forhold efter *hele* den franske ret og ikke blot, således som Robertson fejlagtigt mener, jfr. hans sekundære kvalifikationer, efter de franske kontraktsregler, hvorved muligheden for erstatning jo ville være udelukket. Dommeren skal i et tilfælde som det foreliggende naturligvis anvende de franske erstatningsregler og derfor tilkende den forurettede erstatning, såfremt betingelserne herfor iøvrigt måtte være til stede, og han vil derfor nå til nøjagtig samme resultat, som en anvendelse af belgisk ret ville medføre.

Robertsons eksempel er altså ikke noget argument for hans opfattelse, men er iøvrigt interessant, da det viser, at problemet i virkeligheden er af forholdsvis ringe betydning, idet der er en ret stor sandsynlighed for, at de to fremmede lande, når de kvalificerer forholdet ens, også har ens materielle retsregler, således at det reelt set er ligegyldigt, hvilken af de to kvalifikationer, dommeren vælger. På den anden side kan der vel nok tænkes tilfælde, hvor de to fremmede lande, selv om de kvalificerer forholdet ens, alligevel har indbyrdes afvigende materielle retsregler, men selv i så fald kan der efter min mening ikke gives nogen logisk begrundelse for, at dommeren skal

opgive sit eget lands kvalifikation til fordel for de to fremmede landes.

Man må altså også forkaste den anden undtagelse fra *lex fori*-teorien, idet det ikke er muligt at give nogen rimelig begrundelse for den.

IV. *Kvalifikationsproblemets løsning ved tilknytningsfaktorerne.*

Med hensyn til det kvalifikationsproblem, der opstår ved fortolkningen af tilknytningsfaktorerne, er det ovenfor blevet påvist, at dette problem er af samme karakter som problemet ved bestemmelsen af den kompetente IPR-regel. Der bliver ganske vist ikke her tale om at gennemføre en egentlig kvalificering, idet dommeren, i og med at han kender IPR-reglen, også kender tilknytningsfaktoren, som jo er et led i reglen. Dommeren skal derfor blot fortolke denne faktor for at bestemme de faktiske tilknytningsmomenter, den dækker over, og derpå undersøge i hvilket land disse momenter er realiseret.

I de tilfælde, hvor tilknytningsfaktoren er et retligt begreb, opstår kvalifikationsproblemet, idet dommeren må vide, fra hvilket retssystem det retlige begreb er hentet. Svaret herpå kan imidlertid ikke være tvivlsomt. De retlige begreber kan kun være hentet fra *lex fori*, og dommeren må altså fortolke dem i overensstemmelse med de fortolkningsprincipper, der er gældende i hans eget land. Denne løsning er der da også almindelig enighed om, og dens rigtighed synes umiddelbart indlysende. Det, der foreligger for dommeren, er jo en *national* IPR-regel, og det synes derfor mest nærliggende at fortolke de retlige begreber i denne regel i overensstemmelse med de tilsvarende begreber i intern *lex fori*³⁷⁾. Hertil kommer yder-

³⁷⁾ Det kan selvfølgelig tænkes, at IPR-reglen anvender en tilknytningsfaktor, der er ukendt i den interne ret, men selv i så fald må det antages, at der er tale om et nationalt begreb, der

ligere, at den anden mulige løsning, en fortolkning efter *lex causae*, er uantagelig, da den for det første indebærer en cirkelslutning, og for det andet, selv i de tilfælde hvor den er praktisk realisabel, ofte vil frembringe de uheldige og i reglen uløselige tilfælde af lovkumulationer og lovvakui³⁸⁾. Det er da også bemærkelsesværdigt, at næsten alle forfatterne er enige om, at fortolkningen kun kan ske efter *lex fori*, og at dette synspunkt også deles af Wolff, som jo ellers er tilhænger af *lex causae*-teorien. I denne forbindelse må det dog indrømmes, at Wolff vil holde fortolkningen af tilknytningsfaktorerne helt udenfor kvalifikationsproblemet³⁹⁾.

Langt de fleste af forfatterne gør dog en undtagelse fra denne hovedregel, idet de, når tilknytningsfaktoren er *en persons statsborgerskab*, hævder, at dette ikke kan afgøres efter *lex fori*, men kun efter indfødsretslovgivningen i det eller de lande, i hvilke der kan være tale om, at personen overhovedet kan have statsborgerskab. Denne opfattelse begrundes sædvanligvis ved, at det er en folkeretligt anerkendt regel, at enhver stat er enekompetent til at afgøre, hvem den vil anerkende som sine statsborgere, og rigtigheden af dette synspunkt kan, under hensyn til den fuldstændige enighed på dette punkt såvel i teorien som i de enkelte landes retspraksis, næppe bestrides, omend synspunktet hyppigt giver anledning til de for dommeren så

skal fortolkes efter de nationale fortolkningsprincipper. Gihl nævner (p. 399) som eksempel herpå, at begrebet domicil var praktisk talt ukendt i svensk ret, indtil det ved den Kungl. Förordning av 31/12 1931 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och formynderskap blev indført i den svenske internationale privatret. Jfr. også Robertson p. 111.

³⁸⁾ En tredje løsning, at de retlige tilknytningsfaktorer skulle have et selvstændigt indhold, som dækkede alle landes forskellige opfattelser af de pågældende begreber, kan slet ikke komme på tale, da begreberne derved for det første ville være rent formelle, og da det for det andet også ville kunne medføre lovkumulationer eller lovvakui. Der er da heller ingen forfattere, der har hævdet en sådan opfattelse.

³⁹⁾ Jfr. ovenfor p. 145.

vanskelige tilfælde af dobbeltstatsborgerskab eller statsløshed.

Der synes altså her at foreligge en egentlig undtagelse fra hovedreglen, men dette bestrides dog af visse forfattere som f. eks. Ago og Gihl⁴⁰⁾. Disse forfattere vil ganske vist ikke benægte, at enhver stat selv er kompetent til at bestemme, hvem der er dens statsborgere, men de hævder, at denne undersøgelse af, i hvilken stat personen har indfødsret, ikke er det samme som fortolkningen af tilknytningsfaktoren, men derimod er den *efter* denne fortolkning følgende undersøgelse af, hvor det eller de ved fortolkningen fundne *faktiske* tilknytningsmomenter er realiseret. Fejlen ved den herskende opfattelse er, at den ikke har sondret skarpt mellem denne fortolkning af tilknytningsfaktoren, som også i det her foreliggende tilfælde må ske efter *lex fori*, og den senere undersøgelse af, i hvilket land det særlige permanente tilhørsforhold, som ligger til grund for statsborgerskabet, foreligger. Når en IPR-regel f. eks. anvender et udtryk som »den stat, til hvilken personen hører«, må det faktiske indhold i dette retlige begreb bestemmes ved fortolkning efter *lex fori*. Dette faktiske indhold er ganske vist det samme i næsten alle lande, og fortolkningen vil i reglen foregå rent ubevidst, men dette må man ikke lade sig forvirre af. Efter fortolkningen ved dommeren, at tilknytningsmomentet er det faktiske permanente tilhørsforhold til et bestemt land, og han skal derfor undersøge, overfor hvilket land dette forhold er realiseret. At denne undersøgelse nødvendiggør anvendelsen af fremmede indfødsretslove⁴¹⁾, kan virke forvirrende, men man må erindre, at de fremmede love lige så vel som det fremmede statsborgerskab ikke er af retlig men kun af faktisk karakter for den hjemlige dommer.

⁴⁰⁾ Ago p. 358 ff. og Gihl p. 399 ff.

⁴¹⁾ Ago pointerer også (p. 359 note 1), at det ikke blot behøver at være de fremmede indfødsretslove, der må drages med ind i undersøgelsen, men eventuelt også de fremmede ægteskabs- og børnelove, hvis indfødsretslovene f. eks. forudsætter gyldigheden af et ægteskab eller en persons legitime afstamning.

Det skal indrømmes, at Agos opfattelse ved en første betragtning forekommer meget subtil, men der kan næppe være tvivl om, at hans teori er den logiske konsekvens af det af ham så stærkt — og efter min mening med rette — hævdede synspunkt om de enkelte retssystemers karakter af autonome og originære systemer. Det kan iøvrigt i denne forbindelse også påpeges, at formuleringen af tilknytningsfaktoren i visse tilfælde vil kunne give anledning til tvivl om, hvorvidt der dermed menes personens statsborgerskab eller hans domicil. Et eksempel herpå frembyder den nu ophævede danske veksellov af 7. maj 1880 § 84, idet den udtaler, at »en udlændings evne til at indgå vekselforpligtelser bedømmes efter hans eget lands lov«. Rent sprogligt set vil man vel her nærmest tro, at lovgiveren har tænkt på den nationale lov, men som bekendt er udtrykket »hans eget lands lov« i praksis altid blevet forstået som personens domicillov, og denne fortolkning er naturligvis bygget på den danske opfattelse af udtrykkets indhold. Eksemplet viser altså, at der kan være grund til at foretage den af Ago nævnte sondring. Noget andet er, at Agos fremgangsmåde sikkert aldrig vil kunne føre til noget andet resultat end den af den herskende opfattelse hævdede metode, hvorfor spørgsmålet altså egentlig kun har teoretisk interesse.

V. *Den retlige bedømmelse efter en enkelt fremmed lex causae.*

Efter at det således er vist, at kvalifikationsproblemet kun kan løses ud fra opfattelsen i *lex fori*, skal der foretages en nærmere undersøgelse af dommerens anvendelse af de materielle retsregler i *lex causae*. Denne anvendelse giver ganske vist ikke anledning til noget kvalifikationsproblem, men anvendelsen kan alligevel i visse tilfælde rejse nogle særlige problemer, som det vil være naturligt at behandle i forbindelse med kvalifikationslæren.

A. *Anvendelse af hele den interne ret i lex causae.*

Det er allerede flere gange blevet påvist, at henvisningen til *lex causae* ikke består i en henvisning til enkelte af dette retssystems regler, men derimod i en henvisning af den foreliggende sags *konkrete fakta* til *hele* det fremmede interne retssystem i den forstand, at dommeren skal bedømme sagen på samme måde som den, hvorpå en dommer i det fremmede land ville bedømme de konkrete fakta under forudsætning af, at de for ham var rent interne, d. v. s. uden tilknytning til noget andet land end hans eget.

Denne fremgangsmåde vil i de tilfælde, hvor der kun er en *lex causae*, d. v. s. de tilfælde, hvor den anvendte IPR-regel har hele den konkrete sag med alle dens forskellige faktiske omstændigheder til genstand, ikke volde andre vanskeligheder end de, der altid vil være forbundet med at anvende et fremmed lands ret, hvilket jo først og fremmest er de vanskeligheder, der ligger i at fremskaffe nøjagtige oplysninger om indholdet af denne ret.

Et ofte diskuteret eksempel fra tysk retspraksis⁴²⁾ vil klart vise dette. Både efter tysk og efter østrigsk ret (henholdsvis BGB § 1387 og ABGB §§ 91a, 117 og 672) er manden forpligtet til at yde hustruen forskud på procesomkostninger i forbindelse med visse retssager, i hvilke hun måtte være part, og herunder falder også eventuelle sager om opløsning af ægteskabet. Den pågældende regel betragtes i tysk ret som værende af ægteskabsformueretlig karakter, medens den i østrigsk ret anses for at være en del af underholdspligten og derfor for at være af ægteskabspersonretlig karakter. I det foreliggende tilfælde drejede sagen sig om to østrigske ægtefæller, som senere flyttede til Tyskland, hvor de blev naturaliseret. Manden sagsøgte senere hustruen for en domstol i Wien, hvor han påstod

⁴²⁾ Oberlandesgericht Dresden's dom af 10/3 1909 refereret i Sächsische Annalen 30 (1909) p. 321. Denne domssamling har desværre ikke været tilgængelig for mig, hvorfor mit referat af sagen først og fremmest bygger på fremstillingen hos Lewald p. 81 note 3 og hos Rabel p. 275 f. Jfr. også Wolff, IPR p. 45 og Robertson p. 188.

ægteskabet omstødt. Hustruen anlagde derpå sag mod manden i Tyskland, idet hun påstod ham dømt til at betale hende et forskud på procesomkostningerne, således at hun kunne forsvare sig ved domstolen i Wien. Den tyske 1. instans frifandt manden, til trods for at hans forpligtelse var åbenbar efter begge landes ret, idet domstolen ræsonnerede som følger: Hustruens krav er ægteskabsformueretligt og skal derfor bedømmes efter østrigsk ret, idet EGBGB art. 15 bestemmer, at det ægteskabelige formueforhold skal bedømmes efter mandens nationale lov ved ægteskabets indgåelse. I de østrigske regler om det ægteskabelige formueforhold findes der imidlertid ingen regler om en sådan forskudspligt, og de ovennævnte regler i ABGB kan ikke anvendes, da de er af personretlig karakter, og da de personlige forhold mellem ægtefællerne efter EGBGB art. 14 skal bedømmes ikke efter østrigsk men efter tysk ret som værende ægtefællernes nuværende nationale lov.

Dette abnorme resultat nåede domstolen altså til, fordi den mente, at den, i og med at den for at bestemme den kompetente IPR-regel havde kvalificeret det foreliggende faktiske spørgsmål efter tysk opfattelse som et ægteskabsformueretligt spørgsmål, også måtte lade denne kvalifikation være gældende ved den påfølgende anvendelse af østrigsk ret, hvorfor domstolen kun ville anvende de østrigske retsregler, der efter opfattelsen i Østrig vedrørte formueforholdet mellem ægtefællerne. Hustruen appellerede imidlertid dommen til Oberlandesgericht Dresden, der kom til det resultat, at hun måtte have krav på procesforskud efter de østrigske regler, idet domstolen så bort fra, at disse efter østrigsk opfattelse ikke var af ægteskabsformueretlig karakter. Oberlandesgerichts dom er altså i overensstemmelse med det her forfægtede synspunkt, at dommeren skal anvende hele den materielle fremmede ret på de foreliggende faktiske omstændigheder og altså ganske se bort fra, om de regler, der herved bringes i anvendelse, eventuelt efter opfattelsen i det fremmede land er regler, der vedrører forhold eller spørgsmål af en ganske anden retlig natur end den, dommeren

på grundlag af sit eget lands opfattelse har givet de foreliggende faktiske forhold og faktiske spørgsmål, idet dommerens kvalifikation efter *lex fori* kun har betydning for udpegelsen af den kompetente IPR-regel.

Det må dog indrømmes, at det ikke har været muligt på grundlag af de referater af den tyske dom, som har været tilgængelige for mig, at afgøre, om Oberlandesgericht har ræsonneret på den ovenfor nævnte måde, idet der er den mulighed, at domstolen har ment at måtte kvalificere de fremmede retsregler på grundlag af opfattelsen i *lex fori*. En sådan fremgangsmåde forsvares som tidligere nævnt af Lorenzen⁴³⁾ og ville også i det foreliggende tilfælde føre til det rigtige resultat, men den må alligevel forkastes, da den for det første er et udtryk for, at det, der henvises til *lex causae*, er noget retligt kvalificeret, hvad i sig selv er logisk utænkeligt, og da den for det andet i visse tilfælde kan medføre store vanskeligheder og derfor også vilkårlige resultater, idet dommeren vil kunne komme ud for at skulle bestemme den retlige natur af et retsinstitut, som overhovedet ikke er kendt i hans eget lands interne ret.

Det er iøvrigt bemærkelsesværdigt, at Robertson, til trods for at den tyske underinstans' dom er en klar anvendelse af hans teori om de sekundære kvalifikationer, alligevel forkaster denne dom⁴⁴⁾, idet han uden videre går ind for, at Oberlandsgericht handlede rigtigt ved at anvende »the whole Austrian law«. Robertson, der behandler sagen under sin gennemgang af den primære kvalifikation, synes imidlertid ikke at være klar over, at denne fremgangsmåde er i klar modstrid med den af ham ellers hævdede teori.

B. *Anvendelsen af de processuelle regler i lex fori.*

De tilfælde, hvor dommeren kun skal anvende en enkelt *lex causae*, volder altså ingen særegne vanskeligheder. Ganske vist kan det siges, at dommeren, når han skal bedømme en sag efter fremmed ret, altid vil være nødsaget til

⁴³⁾ Jfr. ovenfor p. 54.

⁴⁴⁾ Robertson p. 189.

at anvende retsregler fra to lande, idet han jo altid skal anvende domstolslandets processuelle regler, men dette forhold giver ikke anledning til vanskeligheder undtagen i de tilfælde, hvor det resultat, som anvendelsen af de fremmede materielle retsregler vil medføre, er af en sådan karakter, at det ikke kan eksekveres efter domstolslandets processuelle regler ⁴⁵⁾, men dette problem, som næppe har større praktisk betydning, falder ganske udenfor det her omhandlede spørgsmål.

Det må ganske vist indrømmes, at netop spørgsmålet om sondringen mellem de materielle og de processuelle regler har spillet en stor rolle i diskussionen om kvalifikationsproblemet, og det er selvfølgelig også rigtigt, at sondringen rejser et sådant problem, idet dommeren naturligvis må bestemme, hvilke af hans eget lands interne retsregler, der som værende af processuel karakter, altid skal finde anvendelse, uanset om den materielle bedømmelse af den foreliggende sag skal ske efter fremmed eller efter national ret, men denne kvalifikation volder normalt ingen vanskeligheder, da den ganske selvfølgelig må foretages efter opfattelsen i *lex fori*. Herom er der i almindelighed også enighed mellem forfatterne, og disse indskrænker sig derfor på dette punkt i reglen til at behandle spørgsmålet om, hvorledes de retsregler, som står på grænsen mellem processen og den materielle ret, bør kvalificeres. Flere af forfatterne har her en vis tilbøjelighed til at antage, at det vil være muligt at trække en skarp grænse mellem det processuelle og det materielle, men en sådan opfattelse må, som det klart er vist af Cook ⁴⁶⁾, forkastes, idet den overser, at grænsen ofte må trækkes på forskellig måde, alt efter i hvilken retlig henseende sondringen har betydning. Cook søger også at opstille et kriterium for dommeren, efter hvilket denne kan afgøre, om en af hans eget lands retsregler i internationalprivatretlig henseende skal betragtes som processuel, idet han henviser til, at medens

⁴⁵⁾ Jfr. den amerikanske dom *Slater v. Mexican National Railway* 194 U. S. 120.

⁴⁶⁾ Cook p. 154 ff.

anvendelsen af fremmed materiel ret normalt begrundes i hensynet til ikke at træffe en afgørelse, der vil være uretfærdig overfor en af eller eventuelt begge parter, er det ikke et sådant hensyn, der ligger til grund for reglen om, at domstolen altid anvender sine egne procesregler. Denne regel er tværtimod opstillet af hensyn til *domstolen selv*, idet det vil være »quite inconvenient for the court of the forum . . . to take over all the machinery of the foreign court for the »enforcement«, as we say, of the »substantive rights«, og under disse omstændigheder hævder Cook, at dommeren kan trække den fornødne grænse ud fra følgende kriterium: »How far can the court of the forum go in applying the rules taken from the foreign system of law without unduly hindering or inconveniencing itself?«⁴⁷⁾

Jeg kan ganske tiltræde dette synspunkt, som jeg finder særdeles rammende. Hvis man undersøger, på hvilken måde grænsen drages i retspraksis, vil man da også se, at de kontinentaleuropæiske domstole i det store og hele synes at være nået til samme resultat som det, der vil følge af en anvendelse af Cooks kriterium. Derimod er de engelsk-amerikanske domstole ofte tilbøjelige til at gå langt videre med hensyn til at anse en hjemlig regel for processuel, end det synes påkrævet efter kriteriet, men i den nyeste tid er der da også rettet skarpe angreb på denne praksis, som jo ikke er andet end et forsøg på ad indirekte vej at sætte IPR-reglerne ud af funktion⁴⁸⁾.

Der kan altså ikke være tvivl om, at der opstår et kvalifikationsproblem, når dommeren skal afgøre, hvilke af hans *eget lands* regler, der i internationalprivatretlig henseende skal betragtes som processuelle, omend det vel må siges, at ordet »problem« her snarere vedrører spørgsmålet om, *hvor* grænsen skal trækkes i praksis, end spørgsmålet om, *hvilket retssystem* opfattelse grænsen skal trækkes, idet der jo her ikke kan være tale om andet end opfattelsen i *lex fori*. Det spørgsmål opstår nu, om

⁴⁷⁾ Cook p. 166.

⁴⁸⁾ Jfr. således foruden Cook også Cheshire p. 825 ff., Lorenzen p. 339 ff. og Robertson p. 255 f.

der ikke også opstår et — om man vil mere ægte — kvalifikationsproblem ved dommerens bestemmelse af, hvilke interne *fremmede* retsregler han ikke vil anvende på grund af deres processuelle karakter. Dette antages da også af flertallet af forfatterne, som mener, at dommeren, inden han kan anvende den fremmede ret, må kvalificere dennes regler og på denne måde udskille de regler, der er af processuel karakter. Med hensyn til spørgsmålet om, efter hvilket retssystem denne kvalificering skal foretages, deler forfatterne sig i to grupper, hvoraf den ene, der omfatter forfattere som Borum, Bagge, Ramel, Lewald og Lorenzen, vil kvalificere efter *lex fori*, medens den anden gruppe, til hvilken man må henvise forfattere som Eggert, Robertson, Cheshire og Wolff, vil kvalificere efter *lex causae*.

Hele denne problemstilling er imidlertid udtryk for en misforståelse, idet der *aldrig* bliver tale om at kvalificere de fremmede retsregler som henholdsvis processuelle eller materielle. I og med at dommeren har bestemt *lex causae*, skal han blot anvende dette retssystems regler på de af sagens faktiske omstændigheder, der ved hjælp af IPR-reglen er blevet henvist til det fremmede retssystem. At han herved eventuelt kommer til at anvende retsregler, som det pågældende fremmede retssystem selv anser for processuelle, må være uden betydning, da formålet med anvendelsen af den fremmede ret jo er så vidt muligt at nå det samme resultat, som den fremmede dommer ville komme til, og da denne ville anvende de pågældende fremmede regler, såfremt han skulle bedømme sagens fakta som en rent intern sag, må den hjemlige dommer også anvende dem. I denne forbindelse bør det måske påpeges, at denne opfattelse naturligvis ikke kan føre til det resultat, at dommeren kommer til at anvende de fremmede regler, der er processuelle i dette ords egentlige forstand, d.v.s. reglerne om selve processens gang, idet sådanne regler overhovedet ikke knytter retsvirkninger til de fakta, der henvises til bedømmelse ved den fremmede ret.

I teorien er det især forældelsesinstituttets karakter af

processuelt eller materielt retsinstitut, der har været debatteret, ligesom dette spørgsmål har foreligget til afgørelse i talrige retssager i de forskellige lande. Grunden til at problemet er blevet rejst er den, at de engelsk-amerikanske forældelsesregler (Statutes of Limitation) normalt betragtes som processuelle, idet de kun anses for at hindre en retlig gennemtvinding af den pågældende fordring, men ikke vedrører selve fordringens gyldighed, der fortsat består. I modsætning hertil antages det almindeligt i de kontinentaleuropæiske lande, at forældelsesreglerne er materielle regler, og da der normalt ikke opstilles en særskilt IPR-regel for forældelsen, antages det, at denne skal bedømmes efter den samme lov, som anvendes ved bedømmelsen af det skyldforhold, om hvis eventuelle forældelse der er tale. Når derfor f.eks. en tysk domstol skal tage stilling til forældelsen af et skyldforhold, der materielt set er underlagt engelsk ret, skal den anvende de engelske forældelsesregler. Dette forhold har, som det allerede flere gange er nævnt i kapitel I⁴⁹⁾, givet anledning til, at såvel de tyske domstole som den herskende doktrin har ment, at dommeren må kvalificere de engelske forældelsesregler og kun anvende dem, såfremt de kvalificeres som materielle, og som det også tidligere er nævnt har denne opfattelse i et enkelt konkret tilfælde, hvor der blev kvalificeret efter opfattelsen i *lex causae*, ført den tyske Reichsgericht til et resultat, hvis logiske omend absurde konsekvens måtte være, at domstolen i et sådant tilfælde måtte anse skyldforholdet som fuldstændig uforældeligt, til trods for at forældelsen var indtrådt såvel efter de fremmede som efter de tyske regler⁵⁰⁾.

Det må imidlertid bestrides, at der overhovedet foreligger et kvalifikationsproblem her. En dansk højesteretsdom fra 1925⁵¹⁾ vil nærmere belyse dette. Den pågældende sag drejede sig om et lån på 2.000 mark, som sagsøgeren,

⁴⁹⁾ Jfr. ovenfor p. 23 f., p. 52 og p. 71.

⁵⁰⁾ RGZ VII p. 21 (⁴/₁ 1882).

⁵¹⁾ UfR 1925 p. 839.

der var bosat i Sønderjylland, i 1900 ydede sin i England bosiddende broder, der i 1903 uopfordret tilstillede sagsøgeren et gældsbrev for lånet. Først i i december 1921 opfordrede sagsøgeren sagsøgte til at tilbagebetale lånet, hvilket denne nægtede under henvisning til, at fordringen var forældet efter engelsk rets 6-årige forældelsesregel. Landsretten gav sagsøgeren medhold, idet den fandt, at det ved fordringens stiftelse havde været parternes forudsætning, at den skulle opfyldes i Danmark, hvorfor dansk ret måtte komme til anvendelse, og fordringen derfor ikke var forældet. Højesteret ændrede imidlertid denne dom, idet retten udtalte: »Da appellant, dengang han udstedte gældsbrevet af 26. maj 1903, havde hjemsted i England og bevarede dette indtil 1913, må der gives ham medhold i, at kravet er bortfaldet som forældet efter engelsk ret, der her må komme til anvendelse«⁵²).

Når Borum har ment, at denne dom er et bevis for, at dansk ret hylder *lex fori*-teorien⁵³), kan jeg ikke være enig med ham. Ganske vist er det rigtigt, at de danske domstole i praksis kvalificerer efter *lex fori*, men dette kan egentlig ikke udledes af denne dom. For at finde den rette IPR-regel har højesteret naturligvis måttet kvalificere de foreliggende fakta og er herved kommet til det resultat, at der forelå et spørgsmål om et lån imellem brødre, for hvilket der var udstedt et gældsbrev. Denne kvalificering er utvivlsomt foregået rent ubevidst og på grundlag af dansk ret, men dette kan egentlig ikke ses af

⁵²) Et lignende tilfælde har foreligget for den svenske højesteret, hvis dom er refereret i NJA 1930 p. 692. Den svenske højesteret anvendte her en amerikansk forældelsesregel (en regel fra staten Massachusetts) til trods for, at den i amerikansk ret opfattes som processuel. Den eneste forskel på den svenske og den danske dom er, at der i den svenske dom udtrykkeligt er gjort opmærksom på, at den amerikanske forældelsesregel efter amerikansk opfattelse er processuel. Dommens præmisser er iøvrigt skrevet af Algot Bagge, der senere har behandlet sagen i en artikel i Festskrift tillägnad Marks von Würtemberg 1932 p. 19 ff.

⁵³) Borum, Lovkonflikter p. 78 og Borum og Karsten Meyer i Répert. VI p. 215.

dommen, da en kvalificering efter engelsk ret ville have ført til det samme resultat. Det er da heller ikke denne kvalifikation, Borum tænker på, men derimod den kvalifikation, som han mener, dommeren må give de engelske forældelsesregler. Det må imidlertid bestrides, at der her overhovedet opstår et spørgsmål om kvalificering af disse regler, og som det vil ses af det ovennævnte citat, rejser højesteret heller ikke et sådant spørgsmål, idet retten indskrænker sig til at fastslå, at kravet er forældet efter engelsk ret, der her må komme til anvendelse. Det, højesteret har gjort, er, at den har fastslået, at et gældsbrev, der er udstedt som led i en familieretlig aftale, bør bedømmes efter skyldnerens domicillov og ikke efter betalingsstedets lov, der jo ellers er den normale regel i dansk international privatret ⁵⁴). Højesteret har derefter simpelt hen bedømt alle de foreliggende fakta og herunder især også det faktum, at der var gået ca. 20 år, siden gældsbrevet blev udstedt, efter engelsk ret og derfor ganske naturligt bragt den engelske forældelsesregel i anvendelse på fuldstændig samme måde, som en engelsk dommer ville have gjort i en intern engelsk sag vedrørende de samme fakta, idet den engelske forældelsesregel jo netop knytter den retsvirkning til det faktum, at der er gået mere end 6 år, siden gældsbrevet blev udstedt, uden at kreditor har foretaget sig noget for at afkræve debitor det skyldige beløb, at kreditor herefter ikke længere kan få debitor dømt til at betale beløbet.

Som man vil se, har den danske domstol slet ikke behovet at kvalificere de fremmede regler som henholdsvis materielle og processuelle, idet domstolen blot skal bringe alle de fremmede regler i anvendelse, som knytter retsvirkninger til de faktiske omstændigheder, der af IPR-reglen er henvist til bedømmelse ved det fremmede retssystem. På tilsvarende måde behøver en engelsk domstol ikke at kvalificere f. eks. de danske regler. At man i England betragter forældelsesreglerne som processuelle vil blot sige, at en bestemt del af de foreliggende faktiske

⁵⁴) Jfr. Borum, Lovkonflikter p. 162.

omstændigheder, nemlig det faktum, at der er gået en vis tid, siden fordringen blev skabt, ikke henvises til bedømmelse ved fremmed ret, idet engelsk ret forbeholder sig altid at afgøre efter sine egne interne retsregler, hvilke retsvirkninger der skal knyttes til dette faktum. Den engelske domstol vil derfor aldrig kunne komme til at anvende de danske forældelsesregler, da de fakta, hvortil disse regler knytter retsvirkninger, slet ikke henvises til bedømmelse efter dansk ret.

Foruden forældelsesinstituttet er det i denne forbindelse især den engelske Statute of Fraud og de dermed beslægtede retsregler i andre lande, der er blevet diskuteret i kvalifikationslitteraturen. Statute of Fraud, der er udstedt i 1677, bestemmer i sin sec. 4, at der, for så vidt angår visse i reglen nærmere angivne kontrakter, ikke kan rejses retligt krav om kontraktens opfyldelse, med mindre der foreligger en skriftlig overenskomst undertegnet af den part, der pådrager sig en forpligtelse, eller af en af ham befuldmægtiget ⁵⁵⁾). Da reglen anvender udtrykket »no action shall be brought«, anses den i England med støtte i Court of Common Pleas dom i sagen *Leroux v. Brown* ⁵⁶⁾ for at være processuel. En tilsvarende regel findes i en række af staterne i USA og anses også der for processuel, medens andre stater anvender det udtryk om de ikke-skriftlige aftaler, at de »shall be void«, hvorfor disse regler anses for at være materielle. Også i Frankrig findes der en beslægtet regel i C. C. art. 1341, jfr. art. 1343, der bestemmer, at der, for så vidt angår kontrakter, hvis genstand overstiger en ikke særlig høj værdi, kun kan føres skriftligt bevis. Denne regel findes i lovens 3. bog, titel III, der angår »des contrats«, men reglen er placeret i et underafsnit, hvis overskrift er »De la preuve testimoniale«, og

⁵⁵⁾ »No action shall be brought . . . unless the agreement upon which such action shall be brought, or some memorandum or note thereof shall be in writing, and signed by the party to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorized«.

⁵⁶⁾ (1852) 12 C. B. 801, jfr. Morris p. 408.

der er derfor rejst tvivl om, hvorvidt reglen skal anses for materiel eller processuel. Cour de Cassation har dog ved sin dom i sagen Benton c. Horeau⁵⁷⁾ klart tilkendegivet, at reglen må anses for materiel, idet retten undlod at anvende reglen på en kontrakt, som efter de franske IPR-regler skulle bedømmes efter engelsk ret.

Spørgsmålet om, hvorvidt en fremmed domstol kan anvende disse regler, må betragtes som ganske analogt med spørgsmålet om anvendelsen af fremmede forældelsesregler. Der skal derfor ikke her gås nærmere ind på det, idet det blot skal fastslås, at der heller ikke her bliver tale om, at den fremmede domstol skal kvalificere disse regler. Såfremt de fakta, hvortil reglerne knytter retsvirkninger, henvises til bedømmelse ved det pågældende lands ret, må den fremmede dommer naturligvis anvende reglerne, medens han i modsat fald ikke vil tage dem i betragtning.

VI. *Den retlige bedømmelse efter de materielle regler i flere landes ret.*

Anvendelsen af den fremmede lex causae volder altså ingen vanskeligheder i de tilfælde, hvor sagen materielt set kun skal bedømmes efter een fremmed ret, ligesom dommerens anvendelse af sine egne procesregler ikke forrykker dette forhold. I mange tilfælde vil det imidlertid være nødvendigt, at dommeren foretager den materielle bedømmelse efter retsregler fra flere retssystemer. Disse kan så igen være flere fremmede retssystemer eller et eller flere fremmede retssystemer og lex fori.

Ved afgørelsen af om denne anvendelse af flere landes retsregler vil skabe særlige vanskeligheder, vil det være hensigtsmæssigt at foretage en sontring imellem de tilfælde, hvor dommeren *samtidig* anvender retsregler fra forskellige lande, og de tilfælde, hvor denne anvendelse sker *successivt*.

⁵⁷⁾ Cour de Cassations dom af 24/3 1880 refereret i Dalloz 1880-I p. 447, jfr. Clunet (1880) p. 480.

A. Samtidig anvendelse af flere landes ret.

Den samtidige anvendelse af retsregler fra flere lande skyldes, at domstolslandet har særlige IPR-regler, der ikke har hele den konkrete sag til genstand, men kun regulerer visse sider eller delspørgsmål af denne sag. Eksempler herpå er IPR-reglerne om en vis retshandlings form, en persons habilitet eller retsevne etc. Normalt vil det jo være sådan, at de fakta, der ligger til grund for sådanne IPR-regler, ikke udgør en selvstændig sag, men blot er dele af alle de faktiske omstændigheder, der foreligger til bedømmelse. Dommeren må derfor skille disse særlige fakta ud og undersøge, efter hvilket lands lov de skal bedømmes, og herved kan der let opstå det forhold, at nogle af disse delspørgsmål skal bedømmes efter et retssystem, medens selve hovedspørgsmålet og eventuelt andre af delspørgsmålene skal bedømmes efter en anden lov. Hvis f. eks. en dansk domstol skal bedømme gyldigheden af en ægtepagt, der er oprettet i Tyskland imellem en i Danmark domicileret mand og en i Tyskland domicileret kvinde, skal domstolen ifølge ægteskabslov II § 53, stk. 1, bedømme selve ægtepagtens indhold, dens form og mandens habilitet efter dansk ret, medens kvindens habilitet skal bedømmes efter tysk ret⁵⁸⁾.

Opstår der nu ikke nogen vanskeligheder ved denne samtidige anvendelse af flere landes love? Det store flertal af forfatterne antager almindeligt, at der her er mulighed for »kvalifikationskonflikter«, men denne opfattelse beror på en misforståelse. Når blot dommeren gør sig klart, hvilke fakta det er, der skal bedømmes efter den ene lov, og hvilke der skal bedømmes efter den anden, synes denne samtidige anvendelse af flere landes love ikke at kunne skabe vanskeligheder. Dommeren skal ud fra *lex*

⁵⁸⁾ Som nævnt ovenfor p. 86 vil det dog ikke være rigtigt at antage, at dansk ret anvendes ifølge en henvisning fra § 53. Paragraffens første led er derfor egentlig overflødigt, idet det må være klart, at en dansk domstol anvender dansk ret, med mindre der udtrykkelig er hjemmel for undtagelser i den danske internationale privatret.

fori bestemme, hvilke fakta det er, der dækkes af IPR-reglernes begreber som »form«, »habilitet« og »indhold«, og derefter anvende de retsregler i de af de enkelte IPR-regler udpegede retssystemer, der knytter retsvirkninger til de pågældende fakta. Under disse omstændigheder vil der ikke være mulighed for konflikter, idet dommeren i intet tilfælde vil komme ud for, at de samme fakta skal bedømmes efter mere end et retssystem.

To eksempler, der har været meget diskuteret i kvalifikationslitteraturen, vil vise dette. Det første er Bartins klassiske tilfælde med det af en hollænder i Frankrig oprettede holografiske testamente. Når en fransk domstol skal bedømme dette testaments gyldighed, står den overfor to franske IPR-regler, der bestemmer, at testamentets form skal afgøres efter loven på oprettelsesstedet (*locus regit actum*), in casu altså fransk ret, medens testators habilitet skal afgøres efter hans nationale lov, in casu altså hollandsk ret. Domstolen skal nu ud fra den franske opfattelse afgøre (kvalificere), hvilke af sagens fakta der vedrører formen, og hvilke der vedrører habiliteten, og derefter anvende henholdsvis de franske og de hollandske retsregler, der knytter retsvirkninger til hver af de to grupper af fakta. Domstolen vil herved komme til det resultat, at det faktum, at det pågældende dokument er oprettet af testator på egen hånd, ikke medfører ugyldighed af den i dokumentet indeholdte disposition, idet dette faktum skal bedømmes efter fransk ret, da det efter opfattelsen i domstolslandet, Frankrig, må kvalificeres som henhørende under begrebet testamentsformen. Hvis endvidere testator opfylder de betingelser, der i Holland stilles til en persons alder og åndelige modenhed til at oprette testamenter, og hvis der ifølge den lov, der efter fransk international privatret er afgørende for testamentets indhold, intet er at indvende herimod, må det i det hele anses for gyldigt. Der bliver altså aldrig tale om, at den franske dommer skal anvende eller kvalificere den hollandske lovebogs art. 992, idet de fakta, som denne regel angår, ikke er henvist til bedømmelse efter hollandsk ret, men derimod skal bedømmes efter fransk ret, og eksemplet viser

altså, at der ikke opstår nogen vanskelighed ved anvendelsen af både de franske og de hollandske regler på hver sin del af de foreliggende fakta ⁵⁹⁾).

Det andet eksempel er den allerede i kapitel I nævnte engelske sag *Ogden v. Ogden* ⁶⁰⁾, der hører til en af de mest omstridte og omdebatterede afgørelser i engelsk international privatret ⁶¹⁾. For en ordens skyld skal sagen kort rekapituleres her. En domicileret englænderinde giftede sig i England med en 19-årig franskmand, der ikke havde sine forældres samtykke, således som det kræves efter C. C. art. 148. Ægteskabet blev kort efter omstødt af en parisisk domstol, hvorpå manden giftede sig igen. Hustruen, der ikke havde givet møde ved den franske rets-sag, søgte at opnå skilsmisse ved High Court, men domstolen afviste sagen på grund af manglende kompetence, da manden var domicileret i Frankrig, der derfor også betragtedes som hustruens domicil. Året efter giftede hun sig igen i England, men to år efter påstod hendes nye mand deres ægteskab omstødt under henvisning til, at det var bigamisk. Det afgørende punkt var altså, om hustruens første ægteskab kunne anses for ugyldigt, og den engelske domstol befandt sig følgelig her overfor to hjemlige IPR-regler, idet ægteskabets form skulle bedømmes efter engelsk ret som *lex loci celebrationis*, medens parternes habilitet skulle bedømmes efter hver parts domicillov ved ægteskabets indgåelse. Domstolen fandt, at spørgsmålet om forældrenes manglende samtykke efter engelsk opfattelse måtte betragtes som et formspørgsmål og derfor måtte bedømmes efter engelsk ret, der ikke tillægger det nogen betydning for ægteskabets gyldighed. Af dommen fremgår det klart, at domstolen var opmærksom på, at manglende samtykke i fransk ret betragtes som en habilitetsmangel, der medfører ægteskabets ugyldighed, men domstolen fandt ikke at kunne tage hensyn hertil. Da den også nægtede at anerkende den franske omstødelsesdom, kom

⁵⁹⁾ Jfr. Ago p. 325 f. og Gihl p. 385.

⁶⁰⁾ (1908) P. 46 (Court of Appeal), jfr. ovenfor p. 44 f. og p. 52 f.

⁶¹⁾ Falconbridge kalder sagen »the storm centre in English conflict of laws« (p. 247).

den til det resultat, at det første ægteskab stadig bestod, og omstødte derfor det andet ægteskab som bigamisk.

Denne dom er blevet skarpt kritiseret af de fleste engelske forfattere, og det må også indrømmes, at resultatet forekommer stødende. På den anden side kan jeg ikke godkende de betragtninger, som forfattere som Falconbridge, Robertson, Cheshire og Wolff anstiller over, hvorledes den engelske dommer burde have afgjort sagen⁶²⁾. Falconbridge, til hvem Cheshire slutter sig, hævder, som tidligere nævnt, at dommeren burde have kvalificeret C. C. art. 148 efter *lex fori*, men »in the light of its context in the French law of marriage«, idet han mener, at dommeren derved ville være kommet til det resultat, at der forelå en habilitetsregel, der altså burde have været anvendt. I denne forbindelse kritiserer han også, at dommeren støttede sig på den ældre afgørelse i *Simonin v. Mallac*⁶³⁾, som ikke angik art. 148, men derimod de mere formelle regler i C. C. art. 151 og 152 om forældrenes samtykke til et ægteskab, der indgås af en mand mellem 25 og 30 år. Dommeren burde efter Falconbridges opfattelse have bemærket den forskel, der er mellem disse franske samtykkeregler, og derfor indset, at art. 148 må kvalificeres som en habilitetsregel, medens art. 151, jfr. 152, netop på grund af deres formelle karakter bør kvalificeres som formregler, og Falconbridge anser da også afgørelsen i *Simonin v. Mallac* for rigtig.

Robertson kan på sin side hverken godkende dommen eller Falconbridges og Cheshires resultat, da han er af den opfattelse, at der her foreligger et spørgsmål om sekundær kvalifikation⁶⁴⁾, hvorfor dommeren skal kvalificere de

⁶²⁾ Falconbridge p. 247 ff., Robertson p. 240 ff., Cheshire p. 81 f. og Wolff, PIL p. 158.

⁶³⁾ (1860) 2 Sw. & Tr. 67 (Divorce Court), jfr. ovenfor p. 45.

⁶⁴⁾ Dette mener Cheshire også, men han vil som nævnt ovenfor p. 55 kun foretage de sekundære kvalifikationer efter *lex causae*, når der er tale om anvendelse af en enkelt *lex causae*, medens han, når der er tale om anvendelse af flere retssystemer på en gang, vil kvalificere disses retsregler efter opfattelsen i *lex*

engelske og de franske retsregler efter opfattelsen i hvert land for sig og anvende alle de regler, der efter fransk ret er habilitetsregler, hvorved han altså ville komme til at anvende art. 148. Man skulle heraf tro, at Robertson også måtte betragte afgørelsen i *Simonin v. Mallac* for urigtig, idet der ikke kan være tvivl om, at også art. 151 og 152 efter fransk ret betragtes som habilitetsregler, hvis overtrædelse medfører ægteskabets ugyldighed ⁶⁵⁾). Robertson hævder imidlertid, at »no incapacity is imposed by the provision, but merely a certain method of procedure« ⁶⁶⁾, og han når derfor, omend altså ud fra andre synspunkter, til samme resultat som Falconbridge og Cheshire.

Hvad endelig angår Wolff, må han naturligvis nå til samme resultat som de øvrige forfattere, da han i overensstemmelse med sin hovedteori vil kvalificere de foreliggende fakta efter *lex causae*, men denne opfattelse må jo i sig selv forkastes som uholdbar.

Overfor de tre andre forfattere må det hævdes, at dommeren ikke på noget tidspunkt skal kvalificere de fremmede (her altså franske) retsregler. En sådan opfattelse forudsætter for det første, at de foreliggende fakta allerede er bindende retligt kvalificeret, når de henvises til *lex causae*, hvilket imidlertid er umuligt, da en sådan kvalifikation kun kan gives af *lex causae*. For det andet medfører forfatterernes opfattelse — og dette gælder også

fori, men i deres sammenhæng med det pågældende fremmede retssystem, og dette er forklaringen på, at han når til samme resultat som Falconbridge.

⁶⁵⁾ At fransk ret betragter disse regler som habilitetsregler, følger dels af C. C. art. 182, der bestemmer, at ægteskaber, der er indgået uden forældrenes samtykke, er anfægtelige, og dels af det faktum, at det ægteskab, som omhandlede i *Simonin v. Mallac*, og som var indgået i England mellem to franske statsborgere, med hjemmel i C. C. art. 170, der bestemmer, at samtykkereglerne også skal overholdes ved franske statsborgeres ægteskaber i udlandet, var blevet omstødt af en fransk domstol, før sagen rejstes i England.

⁶⁶⁾ Robertson p. 241.

Wolffs — at der opstår en lovakkumulation, idet de samme fakta, nemlig manglen af forældrenes samtykke, skal bedømmes både efter engelsk og efter fransk ret. Denne akkumulation fremtræder ganske vist ikke i den akutte form, hvor de to landes lovregler er absolut uforenelige, men rent faktisk giver man her den franske regel overvægten, idet man ser bort fra, at den engelske regel om forældrenes samtykke ikke medfører ægteskabets ugyldighed, og statuerer ægteskabets ugyldighed udelukkende på grund af den franske regel. En sådan metode er uholdbar, og man kommer derfor ikke udenom, at den engelske domstol handlede fuldstændig rigtigt i at se bort fra C. C. art. 148, idet de fakta, denne regel angår, ifølge engelsk international privatret ikke er henvist til bedømmelse efter fransk ret, men derimod skal bedømmes efter engelsk ret, da de i England kvalificeres som formspørgsmål. Den franske regel kommer altså overhovedet ikke på tale ⁶⁷⁾.

Man må derfor også give Gihl ret, når han hævder, at det uheldige i dommen ikke ligger i den måde, hvorpå de engelske domstole anvendte den engelske internationale privatret, men derimod i det forhold, at den *interne* engelske ret kvalificerer spørgsmålet om forældrenes samtykke som et formspørgsmål i stedet for som et habilitetsspørgsmål ⁶⁸⁾. Grunden til dette er naturligvis, at et manglende samtykke efter engelsk ret ikke kan bevirke ægteskabets ugyldighed, men heroverfor kan fremhæves, at det samme gælder i dansk ret om samtykket efter ægteskabslov I §§ 7 og 8, uden at dette dog bevirker, at man i dansk international privatret henfører disse regler til formen for et ægteskab ⁶⁹⁾.

Noget andet er, at det måske ikke så meget er den interne engelske rets kvalifikation af forældrenes samtykke, der bevirker, at dommen forekommer så uheldig, som det forhold, at domstolen nægtede at anerkende den

⁶⁷⁾ Jfr. Gihl p. 375 f.

⁶⁸⁾ *ibid.* p. 376.

⁶⁹⁾ Jfr. Borum, *Personalstatuttet* p. 416 f. og *Lovkonflikter* p. 109 f.

franske omstødelsesdom, i tillid til hvilken kvinden havde indgået det nye ægteskab. Grunden til dette var, at domstolen mente, at en domstol i et fremmed land efter engelsk international privatret kun havde kompetence til at omstøde et ægteskab, hvis ægteskabet var indgået i det pågældende land. Domstolen indrømmede ganske vist, at man i skilsmisssager anerkendte domme afsagt i det land, hvor manden var domicileret i engelsk forstand, men en sådan regel kunne ikke anvendes i omstødelsessager, da den forudsætning, der lå til grund for den, nemlig den i engelsk ret fast antagne regel, at en kvinde, samtidig med at hun gifter sig, erhverver mandens domicil, ikke kunne gælde, når der rejstes sag til omstødelse af ægteskabet, idet resultatet jo kunne blive, at der overhovedet ikke forelå et ægteskab, og hustruen derfor ikke havde erhvervet mandens domicil. Hele denne opfattelse indebærer klart en cirkelslutning, og den må utvivlsomt nu anses for forladt, efter at House of Lords i sagen *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*⁷⁰⁾ har fastslået, at en omstødelsesdom afsagt af en domstol i det land, hvor parterne har deres domicil, må anerkendes i England. Ganske vist var der i denne sag den forskel fra *Ogden v. Ogden*, at hustruen var bosat samme sted som manden (Tyskland) og derfor muligvis kunne anses for at have erhvervet et selvstændigt domicil der, men efter at det i sagen *De Reneville v. De Reneville*⁷¹⁾ er fastslået, at det forhold, at et ægteskab er anfægteligt (*voidable*) efter loven på mandens domicil, ikke bevirker, at hustruen ikke anses for at have erhvervet mandens domicil ved ægteskabets indgåelse, er det klart, at nægtelsen af at anerkende den franske omstødelsesdom i *Ogden*-sagen var urigtig, idet overtrædelse af reglen i C. C. art. 148 klart kun gør ægteskabet anfægteligt⁷²⁾.

⁷⁰⁾ (1927) AC 641 (House of Lords), jfr. Morris p. 109.

⁷¹⁾ (1948) P. 100 (Court of Appeal), jfr. Morris p. 126.

⁷²⁾ Jfr. Dicey p. 381 f. og Morris p. 142 f., hvis fremstillinger begge er udgivet efter dommen i *De Reneville v. De Reneville*. Mere tvivlende *Cheshire* p. 464 og *Hughes* i LQR 1928 p. 217 ff.

B. *Successiv anvendelse af flere landes ret.*

Efter at det således er vist, at heller ikke den samtidige anvendelse af retsregler fra flere forskellige retssystemer på hver sin del af de foreliggende omstændigheder frembyder særegne vanskeligheder, skal det endelig undersøges, hvorledes det forholder sig med de tilfælde, hvor dommeren successivt skal anvende retsregler fra forskellige retssystemer ved sagens bedømmelse.

Det klareste eksempel herpå er de tilfælde, hvor dommeren skal afgøre, hvorledes der skal forholdes med boet efter en afdød, der efterlader sig en ægtefælle. Det vil erindres, at Bartins første eksempel — sagen om de maltesiske ægtefæller — netop angik et sådant tilfælde. Efter den måde, hvorpå Bartin fremstiller sagen, synes det, som om domstolen står overfor et valg mellem at betragte den efterlevende ægtefælles krav som arveretligt eller ægteskabsformueretligt ⁷³⁾, men dette er ikke rigtigt, idet dommeren i virkeligheden skal anvende såvel de ægteskabsformueretlige regler som de arveretlige regler. Ved de førstnævnte regler bestemmes det, hvad hver af ægtefællerne ejer ved den førstes død, og først når dette er afgjort, kommer de arveretlige regler til anvendelse på den del af den samlede ægteskabelige formue, som var afdødes ejendom. Når en domstol nu får forelagt en sådan sag, og denne udviser fremmede elementer, skal domstolen altså anvende IPR-reglerne for at se, om sagen skal bedømmes efter fremmed ret, og dette vil i praksis altid sige, at domstolen skal anvende såvel den IPR-regel, der angår det ægteskabelige formueforhold, som den, der angår de arveretlige forhold. Hvis de tilknytningsfaktorer, disse to regler anvender, henviser til det samme fremmede retssystem, skal dommeren altså foretage hele bedømmelsen efter reglerne i dette retssystem, og i så fald opstår der naturligvis ingen vanskeligheder, men ofte vil dette ikke være tilfældet, idet de to IPR-regler udpeger hver sit retssystem. I et sådant tilfælde skal dommeren altså først anvende

⁷³⁾ Som nævnt ovenfor p. 114 synes Ramel at opfatte forholdet på samme måde.

reglerne i det retssystem A, der regulerer det ægteskabelige formueforhold, og derpå anvende arvestatuttet B's regler på den del af den samlede ægteskabelige formue, som efter A's regler var afdødes ejendom ved dødsfaldet. Spørgsmålet er imidlertid, om ikke denne successive anvendelse af flere landes retsregler kan give anledning til tilpasningsvanskeligheder, idet reglerne jo er opstillet uafhængigt af hinanden.

Gihl har foretaget en nærmere undersøgelse af dette spørgsmål⁷⁴⁾, men synes ikke at mene, at der vil opstå særlige vanskeligheder. Han henviser til, at dommeren først må anvende landet A's regler på de faktiske spørgsmål, som den foreliggende sag har rejst, og som efter opfattelsen i *lex fori* kvalificeres som ægteskabsformueretlige spørgsmål. Disse spørgsmål vil i reglen være følgende: a) hvad var mandens særeje? b) hvad var hustruens særeje? c) hvad var ægtefællernes fælleseje? og d) hvad var hver af ægtefællernes andel i dette fælleseje? Når disse spørgsmål er besvaret, skal dommeren undersøge, om hustruen — for nemheds skyld antages det, at det er hende, der er den længstlevende — ifølge landet B's regler har krav på nogen del af det, som ifølge landet A's regler var mandens særeje og andel i fællesejet. Gihl pointerer, at det ikke spiller nogen rolle, hvorledes landet B kvalificerer hustruens ret. Hvis landet B således f. eks. har en regel, som efter opfattelsen i landet er ægteskabsformueretlig, skal den alligevel anvendes, hvis den bestemmer, hvorledes der skal forholdes med den del af den samlede ægteskabelige formue, som efter reglerne i landet A var mandens ejendom ved dødsfaldet⁷⁵⁾. »Man frågar med

⁷⁴⁾ Gihl p. 381 ff.

⁷⁵⁾ Gihl pointerer derimod ikke, at dommeren, når han skal bedømme det ægteskabsformueretlige spørgsmål efter landet A's ret, heller ikke kan være bunden af den opfattelse, der i dette land er, af de enkelte retsreglers retlige karakter, men af hele hans syn på spørgsmålet om anvendelsen af retsreglerne i *lex causae*, må det naturligvis følge, at dommeren kun skal anvende de retsregler, som virkelig svarer på de faktiske spørgsmål, som er blevet henvist til bedømmelse ved det pågældende lands

andra ord icke: »Vad säger staten B's arvsrätt?«, utan man frågar: »Vad skall enligt staten B's rätt efter mannens fränfälle ske med hans kvarlåtenskap?«⁷⁶⁾).

Gihl anförer forskellige eksempler på anvendelsen af denne fremgangsmåde, hvorefter det mest interessante er hans tredje eksempel. Ifølge landet A's ægteskabsformueretlige regler er hele formuen, der antages at være på 100.000 kr., mandens særlige, medens hustruen ifølge landet B's regler ikke har arveret efter manden, idet alle dennes efterladenskaber skal tilfalde en søn. Hustruen får altså i et sådant tilfælde slet intet, men dette kan, hvad Gihl også indrømmer, virke meget hårdt, idet det jo kan tænkes, at landet A's lov netop ikke har givet hende andel i den ægteskabelige formue, fordi den gennem sine arveregler har sikret hende ret til f. eks. halvdelen af mandens

ret. Noget andet er, at det sikkert vil være vanskeligt at tænke sig, at en retsregel, der virkelig svarer på spørgsmålet om, hvad der var henholdsvis mandens og hustruens ejendom ved tidspunktet for mandens død, skulle kunne opfattes som en arveretlig regel i det pågældende land. Derimod er det mere sandsynligt, at der i dette land findes regler, som anses for ægteskabsformueretlige, men som i virkeligheden ikke er afgørende for, hvad der var mandens, og hvad der var hustruens ejendom ved dødsfaldet. Et eksempel på dette synes den tidligere nævnte regel i den maltesiske Code Rohan at være. Denne regel går jo nemlig videre end til blot at bestemme, hvad der var hver af ægtefællernes andel i den samlede formue, idet den giver den fattige hustru ret til en yderligere fjerdedel af mandens ejendom ved dødsfaldet. For at undgå anvendelsen af en sådan regel burde dommeren i virkeligheden hellere se på, hvorledes formuen skulle deles mellem ægtefællerne, hvis det, der forelå til bedømmelse, ikke var et dødsboskifte, men f. eks. et skifte i anledning af ægteskabets opløsning ved skilsmisse, idet man ved en sådan fremgangsmåde har elimineret det usikkerhedsmoment, som enkens eventuelle arveret udgør. Ganske vist kan det heroverfor indvendes, at dødsfaldet er et vigtigt moment i de foreliggende faktiske omstændigheder, men en sådan indvending er ikke holdbar, idet det spørgsmål, som dødsfaldet giver anledning til, for så vidt ikke er henvist til besvarelse ved det ægteskabelige formuestatut.

⁷⁶⁾ Gihl p. 381-82.

efterladenskaber, in casu altså halvdelen af hele boet, medens landet B's lov måske netop ikke har givet hende nogen andel i mandens efterladenskaber, fordi den i sine ægteskabsformueretlige regler f. eks. har tillagt hende ret til at udtage halvdelen af den samlede formue ved ægteskabets opløsning. Det vil jo ofte være tilfældigt, på hvilken måde retssystemerne vælger at sikre den efterlevende ægtefælle, og i det hele taget er der tit en så nær forbindelse mellem et lands ægteskabsformueretlige regler og reglerne om ægtefællernes indbyrdes arveret, at der vil kunne opstå uheldige resultater, således som det ovennævnte, hvis disse regler, f. eks. fordi ægtefællerne efter ægteskabets indgåelse har erhvervet en anden nationalitet eller et nyt domicil, ikke samtidig skal finde anvendelse, men i stedet kombineres med regler fra et andet retssystem, med hvilke de ikke harmonerer.

Gihl har da også tidligere — i sin første fremstilling af kvalifikationsproblemet⁷⁷⁾ — søgt at undgå disse uheldige resultater. Han hævder nemlig der, at dommeren, forinden han kan anvende de arveretlige regler i landet B, må vide, på hvilken del af den samlede formue disse regler *efter opfattelsen i landet B* skal bringes til anvendelse. Dommeren skal altså fastslå, hvad der ifølge landet B's ret er mandens efterladte ejendom ved dødsfaldet, d. v. s. han skal tage de ægteskabsformueretlige regler i landet B i betragtning.

Denne metode fører i det ovenfor nævnte eksempel til et mere antageligt resultat. Efter landet A's ægteskabsformueretlige regler skal hustruen ganske vist ikke have noget, men efter landet B's ret skal hun have halvdelen af boet, ganske vist ikke i kraft af landet B's arveretlige regler, men i kraft af dette lands ægteskabsformueretlige regler, men dette er ligegyldigt, da metoden fører til det rigtige resultat, nemlig at enken får nøjagtig det samme, som hun ville have fået, hvis bedømmelsen udelukkende var sket efter landet A's eller efter landet B's ret.

⁷⁷⁾ Kvalifikationsproblemet inom den internationella privat-rätten, 1945, p. 33 f.

I det foreliggende tilfælde virker denne metode altså meget tilfredsstillende, men den må alligevel forkastes, da den i mange tilfælde vil føre til, at hustruen får mere, end hun med rimelighed tilkommer, hvad følgende eksempel viser. Ifølge landet A's ægteskabsformueretlige regler har hustruen ret til halvdelen af formuen på de 100.000 kr., men ingen arveret efter manden. Efter landet B's ret er hele formuen mandens særeje, men hustruen har arveret til halvdelen. De to lande har altså, omend på forskellig måde, sikret enken halvdelen af formuen ved mandens død. Gihls metode vil imidlertid medføre, at hun ikke blot får halvdelen af boet, men hele dette, idet hun dels får 50.000 kr. ifølge landet A's ret og dels arver 50.000 kr. ifølge landet B's ret, nemlig halvdelen af det, der efter landet B's ret var mandens efterladte ejendom ved dødsfaldet. Dette er imidlertid et urimeligt resultat, der uberegtiget begunstiger enken på de andre arvingers bekostning.

Gihl har da også i sine nyere fremstillinger opgivet denne metode. Dette er ganske vist ikke sket ud fra en betragtning af, at metoden i mange tilfælde vil give hustruen mere, end det er rimeligt, men derimod ud fra den teoretisk uden tvivl rigtige betragtning, at dommeren, når han skal anvende landet B's arveregler, står overfor det præjudicielle spørgsmål, hvad der skal forstås ved begrebet »mandens ejendom ved dødsfaldet«, som disse regler indeholder. Gihls gamle metode betød jo, at dette præjudicielle spørgsmål blev afgjort efter landet B's egne regler, d. v. s. dets ægteskabsformueretlige regler, men dette er ikke rigtigt. Spørgsmålet er nemlig ikke præjudicielt i forhold til arvestatuttet (landet B), men derimod i forhold til *domstolslandets IPR-regler*, og det skal derfor besvares efter *lex fori* eller efter det lands regler, som udpeges af IPR-reglerne i *lex fori*, og dette vil altså atter sige landet A's ægteskabsformueretlige regler. »Frågan, vad den avlidne ägde vid dödsfallet, vad den avlidnes efterlämnade egendom *in concreto* innefattade, skall ej besvaras av arvsstatuttet, ty den har aldrig underställts arvestatuttet. Den är besvarad förut, den avser frågan, vad

*som skall underställas arvsstatutet, och måste således vara löst innan arvsstatutet tages i anspråk«*⁷⁸⁾.

Gihl når derfor til det tidligere nævnte uheldige resultat, at enken ikke skal have noget, uanset at hun, hvis forholdet kun skulle bedømmes enten efter landet A's ret eller efter landet B's ret, ville have krav på halvdelen af den samlede formue. Som en slags plaster på dette resultat anfører han dog, at der er mulighed for, at hustruen alligevel kan få noget, hvis arvestatutttet ved siden af arve-reglerne også har andre regler, som angår fordelingen af mandens efterladenskaber, selv om disse regler muligvis i arvestatutttet opfattes som ægteskabsformueretlige. Et eksempel herpå mener han at finde i en gammel engelsk dom i sagen *Lashley v. Hog*⁷⁹⁾. Det er muligt, at hans fortolkning af denne dom, der støtter sig til *Falconbridges* og *Cheshires* opfattelse, er rigtig, men man kommer næppe uden om, at denne nødhjælp kun vil være til stede i ganske særlige tilfælde, hvorfor man uden tvivl må hævde, at Gihls nuværende opfattelse, omend der rent logisk næppe kan rettes indvendinger imod den, i praksis dog vil kunne føre til så utilfredsstillende og for retsfølelsen stødende resultater, at det er utænkeligt, at en domstol vil antage dem.

Man må altså i disse tilfælde søge at finde en mere rimelig løsning, og dette kan formentlig kun ske ved, at dommeren efter at have anvendt Gihls nuværende metode sammenholder det herved opnåede resultat med de resultater, der ville være fremkommet ved udelukkende at anvende henholdsvis landet A's ret og landet B's ret på hele den foreliggende sag. Såfremt det herved viser sig, at enken har fået mindre, end hun ville have fået, hvis landet A's eller landet B's ret havde været enekompetent, må der finde en korrigerende retsskæbning sted, således at hun under alle omstændigheder ikke får mindre end det mindste af

⁷⁸⁾ Gihl i TfR 1950 p. 160.

⁷⁹⁾ (1804), 4 Paton, 581. Dommen har desværre ikke været tilgængelig for mig.

de beløb, som den udelukkende anvendelse af enten landet A's ret eller landet B's ret ville medføre.

Hvis det på den anden side viser sig, at hustruen ved den successive anvendelse af de to landes ret har fået mere, end hun ville have fået efter hvert lands ret for sig, er der ingen grund til at foretage en korrigering. Ganske vist begunstiges hun herved på de andre arvingers bekostning, men der vil dog aldrig kunne fremkomme et så grelt eksempel som det ovenfor nævnte, med hvilket jeg begrundede forkastelsen af Gihls gamle metode, idet det må erindres, at jo større hendes andel i den ægte-skabelige formue er efter landet A's ret, des mindre er mandens andel, og det er jo kun på denne andel, at landet B's arveregler skal anvendes. Hertil kommer endvidere den tendens, der er i de fleste landes ret til at sikre den overlevende ægtefælle mest muligt på de andre arvingers bekostning, og dette synes at gøre det ubetænkeligt at se bort fra en korrigering i det foreliggende tilfælde.

Hvis endelig resultatet af den successive anvendelse af de to landes ret ligger imellem de resultater, som anvendelsen af enten landet A's ret eller landet B's ret ville medføre, eller er lig med et af disse resultater, er der naturligvis heller ingen grund til at foretage en korrigering.

Det er tilsyneladende også en metode som den her skitserede, Malmström hentyder til, når han udtaler: »Emellertid har bekräftelse vunnits på vad förut yttrats om svårigheterna att få en rationell samordning till stånd, när äktenskapligt egendomsstatut och arvsstatut utgöras av skilda lager. Det synes mig omöjligt att här undvika att i någon mån från fall till fall fråga efter den rimliga helhetseffekten vid en förenad tillämpning av de båda statuten«⁸⁰⁾. Når Malmström derefter fortsætter: »En fullt tillfredsställande helhetseffekt kan naturligtvis ändock ofta icke ernås«, må jeg også give ham ret heri. Den af mig ovenfor skitserede løsning kan selvfølgelig kritiseres, den er ikke »fullt tillfredsställande«, men den forekommer

⁸⁰⁾ Malmström p. 45.

mig alt taget i betragtning at være den bedst mulige løsning på et i sig selv egentlig uløseligt problem.

Hvad er nu grunden til, at der her ved den *successive* anvendelse af flere landes love fremkommer tilpasningsvanskeligheder, men at dette *ikke* er tilfældet ved den *samtidige* anvendelse af flere landes love? Dette er ganske simpelt, at man ved den samtidige anvendelse af flere landes love i intet tilfælde kommer ud for, at en og samme del af de foreliggende faktiske omstændigheder skal bedømmes efter begge landes love på en gang, medens der ved den successive anvendelse på en vis måde er tale om en dobbeltbedømmelse af et enkelt led i de foreliggende faktiske omstændigheder, nemlig *den ægteskabelige formue*. Da de ægteskabsformueretlige og arveretlige regler, hvert land opstiller, med hensyn til hvorledes der skal forholdes med denne formue ved ægteskabets opløsning på grund af den ene ægtefælles død, udgør et organisk hele, der ofte på afgørende måde divergerer fra de andre landes tilsvarende regler, må det være klart, at der kan opstå vanskeligheder, når man pludselig vil gribe ind i denne helhedsordning og ombytte en del af det ene lands regler med regler hentet fra et andet land. Rent praktisk kan der ikke være tvivl om, at det ville være at foretrække, at man, ligesom man opstiller princippet om formueordningens uforanderlighed, også opstillede et princip om den ægteskabelige arverets uforanderlighed og sammenfald med det ægteskabelige formuestatut, men dette er desværre næppe gennemførligt, da man herved ville bryde med det lige så berettigede princip om successionens enhed.

VII. Retspraksis stilling.

Hvorledes stiller domstolene sig nu til den ovenfor hævdede lære om kvalificering efter *lex fori*? Hvis man undersøger de forskellige landes domspraksis, vil man se, at det kun er i ret få tilfælde, at domstolene overhovedet gør opmærksom på, at der foreligger et problem. På den anden side vil man også se, at de kvalifikationer, dom-

stolene giver de foreliggende fakta for at bestemme den kompetente IPR-regel, i så godt som alle tilfælde falder sammen med de kvalifikationer, som kan udledes af domstolslandets egen interne ret. Fra Frankrig kan der ganske vist fremdrages nogle tilfælde, hvor domstolene har kvalificeret et godes retlige karakter efter opfattelsen i *lex rei sitae*, men disse domme indtager en særstilling og skyldes rimeligvis, at den franske doktrin — når bortses fra Niboyet — har tilsluttet sig Bartins opfattelse.

Hvad angår dansk domspraksis, har det ikke været muligt at finde nogen domme, der klart viser, at dommeren har kvalificeret de foreliggende fakta efter *lex fori*, idet den kvalifikation, der er lagt til grund for bestemmelsen af den kompetente IPR-regel, i alle tilfælde synes at være den samme både efter dansk ret og efter det eller de pågældende fremmede retssystemer. Borum har imidlertid ment at finde et bevis for, at danske domstole hylder *lex fori*-teorien i den ovenfor nævnte højesteretsdom i UfR 1925 p. 839⁸¹⁾, men jeg må, som det ligeledes er nævnt ovenfor, bestride rigtigheden af dette synspunkt, idet det spørgsmål, der forelå til afgørelse i den pågældende sag, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt dommeren skulle anvende de engelske forældelsesregler på en fordring, som ifølge dansk international privatret var underkastet engelsk ret, overhovedet ikke er et kvalifikationsspørgsmål, men blot et spørgsmål om anvendelsen af de interne engelske regler. Det eneste, man tilsyneladende kan fastslå ud fra den danske domspraksis, er, at de danske domstole i intet tilfælde har anvendt en kvalifikation, som ville være i strid med den i intern dansk ret herskende opfattelse af det pågældende forholds retlige natur. Formodningen taler også for, at domstolene, såfremt de ville have kvalificeret efter et fremmed retssystems opfattelse, udtrykkelig ville have nævnt dette i domspræmisserne, og da dette ikke er tilfældet, synes der heri indirekte at ligge et bevis for, at domstolene i praksis altid kvalificerer efter dansk ret.

⁸¹⁾ Jfr. ovenfor p. 189 f.

Dette synspunkt støttes også af to kendelser, der ganske vist ikke angår den for bestemmelsen af den kompetente IPR-regel nødvendige kvalificering, men derimod fortolkningen af tilknytningsfaktorerne. Den første kendelse er en østre landsrets kendelse fra 1935 i en bosondringssag⁸²⁾. Parterne, der i 1923 var rejst til U. S. A., giftede sig i 1927 og bosatte sig i staten Illinois. De indgav senere ansøgning om at blive amerikanske statsborgere, men sagen blev ikke gennemført, og i 1933 vendte de tilbage til Danmark. I 1935 ophævedes samlivet, og manden begærede fællesboet delt i henhold til ægteskabslov II § 38 nr. 3. Hustruen, der havde indført hele boets formue, påstod sagen afvist, da hun hævdede, at det ægteskabelige formueforhold burde bedømmes efter reglerne i Illinois, ifølge hvilke der er legalt særeje mellem ægtefæller, og dette støttede hun på, at parterne måtte anses for at være domicilerede i Illinois ved ægteskabets indgåelse. Østre landsret gav i lighed med underinstansen hustruen medhold, idet den udtalte: »at den imellem ægtefællerne bestående formueordning vil være at bestemme efter loven på mandens domicil ved ægteskabets indgåelse, og at dette, *der vil være at afgøre efter dansk rets regler*, har været i staten Illinois i Nordamerikas forenede Stater«. Denne kendelse er, så vidt vides, det eneste tilfælde, hvor en dansk domstol klart og utvetydigt har tilkendegivet, at et af de begreber, der indgår i en dansk IPR-regel, kun kan fortolkes ud fra dansk ret.

Den anden kendelse, der er afsagt af højesteret i 1948⁸³⁾, angår også begrebet domicil. Sagen drejede sig om et skilsmissebo, og spørgsmålet var atter her, om der eksisterede formuefællesskab eller særeje mellem ægtefællerne. Disse, der begge var danske, blev viet i 1938 i Sidney. Manden havde siden 1936 opholdt sig i Australien, hvor han fungerede som sekretær ved det danske generalkonsulat. Dagen før brylluppet underskrev ægtefællerne en ægtepagt, hvorved de bestemte, at der skulle herske fuldstæn-

⁸²⁾ UfR 1935 p. 1143.

⁸³⁾ UfR 1948 p. 1120.

digt særeje imellem dem. I 1947 blev ægtefællerne skilt og hustruen forlangte nu ægtefællernes bo skiftet, idet hun henviste til, at ægteskabet ikke var gyldigt, idet den ikke var tinglyst. Manden, der stadig var ansat ved konsulatet i Sidney, protesterede herimod, idet han hævdede, at ægteskabet var gyldigt i henhold til ægteskabslov II § 53, stk. 2, måtte bedømmes efter loven på hans domicil, d. v. s. australsk ret, efter hvilken den var gyldig, og højesteret gav ham i lighed med østre landsret, men i modsætning til underretten, medhold heri, idet retten fandt, at manden, der havde opgivet sin bopæl her i landet i 1936, og som ikke havde eksteritorialitetsret, måtte anses for at være domicileret i Australien ved ægteskabet oprettelse i 1938.

Højesteret udtaler ikke i sin kendelse, at den har anvendt det danske domicilbegreb, men der synes ikke at kunne være tvivl om, at dette er tilfældet, idet ægtemanden efter australsk ret givet ikke kunne anses for at have domicil i Australien i 1938, da Australien i lighed med England stiller betydeligt større krav til at anerkende antagelsen af et nyt domicil end f. eks. Danmark gør. Noget ganske andet er, at højesteret ved sin kendelse i betænkelig grad har sluppet på de i dansk ret sædvanligt opstillede krav til domicilændring, men da dette spørgsmål falder udenfor nærværende afhandlings rammer, skal der ikke her gås nærmere ind på det⁸⁴⁾.

Det vil derimod være rigtigt i forbindelse med den lige foretagne undersøgelse af dansk domspraksis at tage stilling til det af Malmström hævdede synspunkt, hvorefter hele kvalifikationsproblematikken falder bort, såfremt dommeren ikke ser sig stillet overfor virkelig fastslåede IPR-regler⁸⁵⁾. Malmström begrundet dette med, at det vil være umuligt at antage, at dommeren, hvis han selv må skabe den nødvendige IPR-regel, skulle opstille denne i en abstrakt form, der ville nødvendiggøre anvendelsen af en særlig kvalifikationsproces. Man kan vel ikke benægte,

⁸⁴⁾ En udførlig kritik i denne henseende af højesterets kendelse er givet af Max Sørensen i *Jus Gentium* 1949 p. 392 ff.

⁸⁵⁾ Malmström p. 36 og ovenfor p. 110.

at der er noget rigtigt i dette synspunkt, og til støtte herfor taler også, at man af og til i dansk domspraksis vil se, at domstolene indskrænker sig til at udtale, at sagen under de foreliggende omstændigheder må bedømmes efter det eller det lands ret, hvilket tyder på, at afgørelsen er truffet rent konkret ud fra en undersøgelse af, til hvilket land sagens faktiske omstændigheder synes at have den nærmeste tilknytning. På den anden side mener jeg, at Malmström tillægger synspunktet større vægt, end det i virkeligheden har. Selvom der i dansk ret kun findes få skrevne IPR-regler, og selvom antallet af i praksis fastslåede sædvaneregler heller ikke er stort, er der alligevel, gennem den teoretiske behandling af denne retsdisciplin i forbindelse med den — omend ikke særlig omfangsrige — domspraksis, blevet opstillet nogenlunde faste regler på mange områder og her da først og fremmest indenfor person-, familie- og arveretten og indenfor søretten, hvor man iøvrigt vel nok finder den rigeste domspraksis. Disse regler er måske ikke særlig talrige, og det tør vel også formodes, at der efterhånden vil blive skabt et mere differentieret system, men i den udformning, hvori de i øjeblikket fremtræder, og hvori de anvendes af domstolene, dækker hver enkelt af dem ret store områder af den interne ret, idet de begreber, hvormed de angiver deres genstand, sædvanligvis er hentet fra den retlige systematik's overbegreber som »de arveretlige forhold«, »forholdet mellem forældre og børn« o. s. v.

VIII. *Det præjudicielle spørgsmål og kvalifikationsproblemet.*

I den tidligere fremstilling er der i enkelte tilfælde henrykt til det præjudicielle spørgsmål. Dette spørgsmål falder egentlig udenfor selve kvalifikationslæren, men da det af og til forveksles med kvalifikationsproblemet, vil det være rigtigt her til slut at foretage en undersøgelse af forbindelsen mellem de to problemkomplekser, men for-

inden denne undersøgelse kan gennemføres må hele problemstillingen ved det præjudicielle spørgsmål kort skitseres.

Ved et præjudicielt spørgsmål forstår man i almindelighed den omstændighed, at den retlige bedømmelse af et vist forhold (hovedforholdet eller hovedspørgsmålet) er afhængig af, hvorledes et andet forhold retligt bedømmes. Det klassiske eksempel på dette er, at en persons arveret er betinget af, at han er af legitim afstamning, hvilket atter kan afhænge af, om hans forældres ægteskab er gyldigt indgået, hvilket igen atter kan afhænge af, om et tidligere ægteskab er lovligt opløst. Sådanne præjudicielle spørgsmål kan selvfølgelig opstå i rent nationale sager, men volder der normalt ingen vanskeligheder. Når spørgsmålene derimod opstår i en internationalprivatretlig sag, kan der let opstå tvivl om, efter hvilket retssystem det præjudicielle spørgsmål skal bedømmes. Skal det være efter *lex fori* eller efter den for hovedspørgsmålet gældende *lex causae*, og skal det være efter et af disse retssystemers interne regler, spørgsmålet skal afgøres, eller skal dommeren også tage hensyn til de i vedkommende retssystem gældende IPR-regler?

Mange af de forfattere, der har behandlet dette problem, har indskrænket det til kun at angå de præjudicielle spørgsmål, der opstår i forbindelse med anvendelsen af de materielle retsregler i den fundne *lex causae*, men det er klart, at problemet også kan opstå på andre stadier i dommerens afgørelse af den internationalprivatretlige sag. Således kan der f. eks., før dommeren kan anvende sit eget lands IPR-regel om det ægteskabelige formueforhold, opstå det spørgsmål, om der overhovedet foreligger et gyldigt ægteskab. Når problemet fremtræder på denne måde som et præjudicielt spørgsmål for anvendelsen af en IPR-regel, synes der ikke at kunne være tvivl om, at det kun kan løses efter *lex fori*, hvilket i reglen vil sige efter den lov, som udpeges af den i *lex fori* værende IPR-regel, hvis genstand er det pågældende præjudicielle forhold. Således må dommeren, når spørgsmålet om, hvorvidt et ægteskabs gyldighed er præjudicielt i forhold til hans anvendelse af

IPR-reglen om det ægteskabelige formueforhold, ganske naturligt bedømme dette præjudicielle spørgsmål efter den lov, som udpeges af den eller de IPR-regler i *lex fori*, der angår spørgsmålet om indgåelse af ægteskab. De forholdsvis få forfattere, der har taget stilling til spørgsmålet på dette stadie, synes da også at være enige heri⁸⁶⁾, og denne løsning er jo også den eneste logisk mulige, idet dommeren endnu ikke ved, efter hvilket lands lov hovedspørgsmålet skal bedømmes.

Når spørgsmålet derimod opstår i forbindelse med anvendelsen af retsreglerne i den fundne *lex causae*, ophører enigheden mellem forfatterne, idet nogle går ind for, at spørgsmålet må afgøres efter IPR-reglerne i *lex fori*⁸⁷⁾, medens andre hævder, at det må være IPR-reglerne i den for hovedspørgsmålet kompetente lov, der er afgørende⁸⁸⁾. Endelig har en forfatter som Lewald ytret tvivl om, hvorvidt der overhovedet kan opstilles en fast regel for afgørelsen af disse præjudicielle spørgsmål⁸⁹⁾.

Jeg skal ikke her gå nærmere ind på alle de argumenter, som fremføres af tilhængerne af de to teorier, men visse hovedpunkter skal dog kort omtales. Så vidt jeg kan se, må man som hovedregel afgøre de præjudicielle spørgsmål efter samme ret som hovedspørgsmålet, d. v. s. efter *lex causae* eller efter det retssystem, som udpeges af den til det præjudicielle spørgsmål hørende IPR-regel i *lex causae*. Dette følger af, at spørgsmålet opstår, fordi den materielle retsregel i *lex causae*, der skal anvendes ved bedømmelsen af hovedspørgsmålet, forudsætter afgørelsen af et andet retsspørgsmål, og det synes derfor mest rimeligt og naturligt at overlade denne afgørelse til *lex causae*

⁸⁶⁾ Jfr. således Gihl i TfR 1950 p. 140 f. og Raape, Recueil p. 486.

⁸⁷⁾ Således Raape, Recueil p. 492 f., Cheshire p. 128, Morris i 62 LQR p. 89 (1946), Dicey p. 76, Maury p. 558 ff., Madsen-Mygdal, Ordre Public og Territorialitet, 1946 p. 385.

⁸⁸⁾ Således Gihl i TfR 1950 p. 141 ff., Wolff, PIL p. 206 ff. og IPR p. 69 ff., Robertson p. 135 ff., Wengler i ZAIPR p. 148 ff. og Melchior p. 245 ff.

⁸⁹⁾ Lewald p. 64, note 4.

eller, såfremt retsspørgsmålet ud fra denne lovs synsvinkel indeholder fremmede elementer, til IPR-reglerne i *lex causae*. Hvis man således tænker sig, at hovedspørgsmålet er et arveretligt spørgsmål, er det f. eks. muligt, at arvereglerne i *lex causae* bestemmer, at den afdødes ægtefødte børn skal arve. Der kan imidlertid herved opstå tvivl om, hvorvidt en person, der er søn af afdøde, kan betragtes som ægtebarn, idet dette f. eks. afhænger af, om hans forældres ægteskab har været gyldigt. Det præjudicielle spørgsmål, som må besvares, før man kan anvende arve-reglen, er altså, om den eventuelle arvings forældres ægteskab var gyldigt, og dette spørgsmål kan uden tvivl bedst besvares af det retssystem, i hvilket den regel findes, for hvis anvendelse spørgsmålet er præjudicielt. Hvis nemlig dommeren i forum ville afgøre spørgsmålet efter sine egne IPR-regler, ville han muligvis komme til et andet resultat end en dommer i det fremmede land, hvis retssystem er kompetent, for så vidt angår hovedspørgsmålet, og i så fald er der stor sandsynlighed for, at den endelige bedømmelse af hovedspørgsmålet ville falde anderledes ud end den bedømmelse, som en dommer i det pågældende fremmede land ville være kommet til, hvorved man altså har modarbejdet formålet med anvendelsen af IPR-reglerne, som jo netop er, at sagen så vidt muligt bedømmes på samme måde som den, hvorpå en dommer i det fremmede land ville bedømme den ⁹⁰⁾.

Raape har heroverfor anført, at dette vil kunne medføre, at et ægteskab, som ifølge IPR-reglerne eller de in-

⁹⁰⁾ Det er vanskeligt at sige, hvorledes de præjudicielle spørgsmål ved anvendelsen af retsreglerne i *lex causae* behandles i praksis af domstolene. For det første er det langt fra sikkert, at et præjudicielt retsspørgsmål overhovedet får betydning for denne anvendelse, idet der jo i mange tilfælde overhovedet ikke vil være strid mellem parterne om, hvorledes spørgsmålet skal besvares, og for det andet vil det i de tilfælde, hvor spørgsmålet rejses, ofte være således, at såvel *lex fori* som *lex causae* når til det samme resultat. Der kan derfor kun nævnes meget få tilfælde fra doms-praksis, hvor det præjudicielle spørgsmål har vist sig i den akutte form, at f. eks. det ægteskab, om hvis gyldighed spørgsmålet

terne regler i *lex fori* er gyldigt, pludselig skal betragtes som ugyldigt, blot fordi spørgsmålet om ægteskabets gyldighed opstår som et præjudicielt spørgsmål for anvendelsen af et fremmed lands arveregler⁹¹). Dette argument hviler imidlertid, som påpeget af Gihl og Robertson⁹²), på den urigtige opfattelse, at dommeren i og med, at han afgør det præjudicielle spørgsmål om ægteskabets gyldighed efter IPR-reglerne i *lex causae* og altså *ex hypothesi* kommer til, at der ikke foreligger et gyldigt ægteskab, også dermed skulle have udtalt sig om ægteskabets retlige gyldighed som sådan. Det, dommeren har gjort, er tværtimod blot, at han har fastslået det *rent faktiske*, at ægteskabet *ifølge opfattelsen i lex causae* ikke er gyldigt, og derpå lagt dette faktum til grund for anvendelsen af arvereglen i *lex causae*.

Hvorvidt der, således som forfattere som Wengler og Melchior hævder, bør anerkendes undtagelser fra hovedreglen om de præjudicielle spørgsmåls afgørelse efter den for hovedspørgsmålet gældende *lex causae*, vil det føre for vidt at gå nærmere ind på her, hvorfor der herom må henvises til speciellitteraturen.

drejer sig, betragtes som fuldt gyldigt efter den ene lov, men ugyldigt efter den anden. Der kan dog nævnes en engelsk og en tysk dom, nemlig *In re Stirling* (1908) 2 Ch. 344 og *OLG Karlsruhe* dom af 20/3 1931, refereret i *IPRechtspr.* 1931 p. 184. I begge disse domme anvendte domstolen IPR-reglerne i *lex causae*.

⁹¹) Raape, *Recueil* p. 492-93, hvor det hedder: »Si une femme a été, du vivant du mari, sa femme légitime, si elle a eu tous les droits d'une épouse mais a aussi rempli fidèlement tous ses devoirs, deviendra-t-elle soudain, après la mort du mari, sa concubine, parce qu'un autre statut de conclusion du mariage, celui qui est indiqué par l'Etat du statut successoral, décide maintenant de la validité de son mariage différemment du statut appliqué jusqu'à présent? C'est un résultat impossible«, og senere p. 494: »Il n'y a pas deux mariages et deux parentés, les uns dans la vie et les autres dans la mort. Il n'y en a toujours qu'un. Ainsi seulement on satisfera la justice, ainsi seulement on répondra à l'idée philosophique fondamentale de ce genre de droit successoral«.

⁹²) Gihl i *TfR* 1950 p. 149, Robertson p. 142 ff.

Hvorledes er nu forholdet mellem kvalifikationsproblemet og det præjudicielle spørgsmål? Kvalifikationsproblemet er, som vi har set, et problem, der opstår ved fortolkningen af de retlige begreber i IPR-reglerne. Dette problem har derfor naturligvis intet at gøre med de præjudicielle spørgsmål, der kan opstå ved anvendelsen af de materielle retsregler i *lex causae*. Men kan man ikke opfatte kvalifikationsproblemet som et præjudicielt spørgsmål for anvendelsen af domstolslandets IPR-regler? Svaret herpå må blive nej. Ganske vist kan man sige, at kvalificeringen er noget forudgående, noget præjudicielt i forhold til bestemmelsen af IPR-reglen, men herved vil man have anvendt ordet »præjudicielt« i en anden betydning end den ellers juridisk gængse. Ved kvalificeringen eller ved fortolkningen af de retlige begreber foretager dommeren ikke en retlig bedømmelse af et forhold, hvoraf den retlige bedømmelse af *et andet og derfra forskelligt* forhold er afhængigt, men dette er jo netop kendetegnet på det præjudicielle spørgsmål. Det, der har givet anledning til forveksling af de to problemer, er formodentlig, at der ved afgørelsen af det præjudicielle spørgsmål også kan blive tale om anvendelse af IPR-regler, hvorved der atter opstår et kvalifikationsproblem, men dette sidstnævnte kvalifikationsproblem har for så vidt intet at gøre med det kvalifikationsproblem, der opstår ved dommerens bestemmelse af den for hovedspørgsmålet kompetente IPR-regel. De fakta, der foreligger til kvalificering i de to tilfælde, falder ikke sammen.

KONKLUSION

De resultater, der er nået i den forudgående fremstilling, kan kort sammenfattes således:

De enkelte retssystemer er autonome og originære systemer, og deres retsreglers gyldighed er som følge heraf ikke begrænset i rummet, men har universel gyldighed. Dette betyder dog ikke, at domstolene i de forskellige lande udelukkende anvender deres eget lands materielle retsregler på enhver sag, der forelægges dem til bedømmelse, idet en sådan fremgangsmåde vil kunne føre til urimelige og for parterne uretfærdige resultater i de tilfælde, hvor de fakta, hvoraf sagen består, udviser en nærmere tilknytning til et andet land og dermed til det i dette rådende sociale, kulturelle og økonomiske liv end til domstolslandets tilsvarende indre liv. Da man imidlertid ikke har ment at kunne lade det bero på den enkelte dommers eget, frie skøn, om han i et konkret tilfælde bør bedømme en sag med visse fremmede elementer efter andre regler end de sædvanlige, er der i alle civiliserede lande blevet opstillet regler, IPR-reglerne, der i abstrakt form søger at give dommeren den fornødne vejledning, idet de udpeger de — til national ret transformerede — fremmede regler, efter hvilke han skal foretage den endelige bedømmelse, d. v. s. de regler, efter hvilke en dommer i det af IPR-reglerne udpegede fremmede land ville bedømme et tilsvarende sæt fakta, som blot ikke ud fra den fremmede dommers synspunkt udviser fremmede elementer.

Da det af let forståelige grunde ikke har været muligt at opstille sådanne IPR-regler for enhver tænkelig kombination af fakta med fremmede elementer, har lovgiveren

måttet give de af ham opstillede IPR-regler en særlig struktur, idet han har måttet angive de fakta og faktiske forhold, som de enkelte regler dækker over, ved hjælp af retlige samlebegreber hentet fra den almindelige retlige systematik. Dette medfører imidlertid, at den dommer, der skal dømme i en konkret sag, først må give de foreliggende fakta en retlig kvalifikation, d. v. s. en retlig natur eller et retligt indhold, før han kan bestemme, under hvilken IPR-regel disse fakta skal subsummeres, og da dette kun kan gøres ved at sætte dem i relation til et bestemt retssystem, opstår det såkaldte kvalifikationsproblem, d. v. s. spørgsmålet om, *hvilket retssystem dommeren skal lægge til grund for sin kvalificerende virksomhed.*

Det er blevet vist, at dette retssystem kun kan være *lex fori*, idet der på det her nævnte tidspunkt overhovedet ikke er andre retssystemer, der står til dommerens disposition. På den anden side har den kvalifikation, som gives de foreliggende faktiske omstændigheder, ikke anden opgave end at sætte dommeren i stand til at udpege den kompetente IPR-regel, hvorfor den mister sin betydning, så snart denne opgave er løst. Kvalificeringen er kun et hjælpemiddel, en fiktiv tankeoperation, hvorved dommeren bestemmer, til hvilken gruppe i hans eget lands retlige systematik de interne retsregler hører, som han ville have bedømt de foreliggende fakta efter, hvis de ikke indeholdt de fremmede elementer, der nødvendiggør den specialregulering, som der jo i virkeligheden er tale om.

Af dette følger det også klart, at kvalifikationsproblemet, når det ses fra den modsatte side i subsumptionsprocessen, d. v. s. fra de retlige begreber i IPR-reglerne, antager karakter af et fortolkningsproblem, nemlig problemet om fra hvilket retssystem de pågældende retlige begreber er hentet, og dette kan naturligvis atter kun være *lex fori*.

Vi har endvidere set, at kvalifikationsproblemet også fremtræder på et senere stadie i dommerens afgørelse af den international-privatretnlige sag, nemlig ved anvendelsen af de i den fundne IPR-regel indeholdte tilknytningsfaktorer, idet disse ofte er retlige begreber, og som sådan

må fortolkes, før dommeren kan bestemme, hvilke særlige momenter i de foreliggende fakta det er, der realiserer den relevante tilknytning til et fremmed land.

Når dommeren har fundet *lex causae*, bliver der derimod ikke tale om flere kvalifikationsproblemer. Normalt vil anvendelsen af de interne retsregler i *lex causae* ikke give anledning til vanskeligheder, idet dommeren blot skal anvende de retsregler, der knytter retsvirkninger til de faktiske omstændigheder, ganske uanset til hvilken gruppe i den retlige systematik disse retsregler efter opfattelsen i det fremmede land må henføres. Kun i de tilfælde, hvor domstolslandets IPR-regler medfører, at en foreliggende sags fakta successivt skal bedømmes efter flere forskellige retssystemer, kan der opstå tilpasningsvanskeligheder, hvorfor dommeren i sådanne tilfælde må søge ved en vurdering af begge de to retssystemers interne regler at opnå et så rimeligt helhedsresultat som muligt.

Konklusionen af det ovenfor nævnte må herefter blive, at der i *alle tilfælde*, hvor dommeren skal anvende en IPR-regel, først må gives de foreliggende fakta en retlig kvalifikation i overensstemmelse med opfattelsen i *lex fori*. I de fleste tilfælde vil dette ske rent ubevidst, men af og til kan der opstå tvivl om, hvilken af flere mulige kvalifikationer *efter lex fori* der er den rigtigste, og det ville måske egentlig være rigtigere at forbeholde ordet »kvalifikationsproblem« for disse tvivlstilfælde, idet det problem, om hvilket ordet ellers normalt anvendes, i virkeligheden næppe fortjener betegnelsen af et problem. Det samme gælder spørgsmålet om fortolkningen af tilknytningsfaktorerne. Også her kan der vel af og til opstå tvivl, men det kan *aldrig* være en tvivl om, fra hvilket retssystem de pågældende retlige begreber er hentet.

Hvad endelig angår anvendelsen af *lex causae*, kan der i særlige tilfælde opstå vanskeligheder, men disse har ikke karakter af kvalifikationsproblemer, og de »kvalifikationskonflikter«, som de fleste forfattere taler om, eksisterer i virkeligheden ikke, da der ikke på noget tidspunkt bliver tale om at sammenholde den kvalifikation, som *lex fori* giver de foreliggende fakta, med den derfra eventuelt af-

vigende kvalifikation, som de fremmede retssystemer ville tildele de samme fakta, hvis disse skulle kvalificeres af dem.

Noget andet er, at der er det rigtige indhold i talen om »kvalifikationskonflikter«, at den lovteknisk nødvendige anvendelse af retlige begreber til at angive IPR-reglernes genstand og tilknytningsmomenterne medfører, at de samme fakta kan blive underkastet en forskellig retlig bedømmelse, alt efter ved hvilket land retssagerne anlægges, og uanset om alle de pågældende lande har fuldstændig ens IPR-regler. Dette forhold er imidlertid, som særdeles klart vist af Niederer, en uundgåelig følge af den internationale privatrets karakter af national ret, og vil først kunne undgås, når staterne enes ikke blot om selve IPR-reglerne, men også om det indhold, der skal gives de retlige begreber, der indgår i disse regler, d. v. s. når man engang har løst den store opgave, som ligger i at løfte den internationale privatret op fra dens nuværende stade af national ret til at være virkelig *international ret*. En stor opgave, på hvilken løsningen vel i dag forekommer som en utopi, men som dog engang *må* løses og vel også *vil blive* løst til fremme af det internationale samkvem og forståelsen mellem menneskene.

SAGREGISTER

A

Acte authentique 147 f.
 Ago, Roberto
 Definition af kvalifikationsproblemet 89.
 Dualismen 121 ff.
 Forkastelse af teorien om kvalifikationskonflikter 90 f.
 Internationale privatrets opgave 83 ff., 121 ff.
 IPR-reglernes funktion 86 f.
 Kritik af den komparative teori 91 f., 167 f.
 Kvalifikationsproblemet ved tilknytningsfaktorerne 93 f., 142 f.
 Kvalifikationsteori 87 ff., 170.
 Statsborgerskabet som tilknytningsfaktor 93 f., 181 f.
 Undtagelser fra lex fori-teorien 91.
 Anerkendelse af fremmede domme 199 f.
 Anglo-amerikanske teori 41 ff.
 Anzilotti 42, 121.
 Arminjon, P.
 Begrundelse af lex-teorien 39 f.
 Genstanden for kvalificeringen 39.
 Teorien om velerhvervede rettigheder 126 note 17.
 Arveafkald 104 ff.
 Arvepagt 91 f., 167 f.

B

Bagge, Algot.
 Forældelsesreglernes kvalificering 188, 190 note 52.
 v. Bar, Ludvig.
 IPR-reglernes genstand 125 m. note 16.
 Bartin, E.
 Despagnets kritik 35 ff.
 Holografiske testamente 28 f.
 Internationale privatrets opgave 117 ff.
 Kvalifikationsgenstanden 39.
 Lex fori-teorien 29 ff.
 Malta-sagen 26 ff.
 Qualifications en sous-ordre 33 f., 146 ff.
 Senere modifikationer af lex fori-teorien 32 ff.
 Suverænitetsteorien 30 f., 34 f., 118.
 Undtagelser fra lex fori-teorien 31 f., 174 f.
 Beckett, W.
 Eggerts kritik 103.
 Forkastelse af lex fori og lex causae-teorierne 75 f.
 Kvalifikation på grundlag af analytical jurisprudence 76 f.
 Benton ctr. Horeau 193.
 Borum, O. A.
 Forældelsesreglernes kvalificering 190 f., 209.

Kritik af Malmströms teori
111 note 177.
Lex fori-teorien 102.
Burckhardt, W.
Internationale privatret som
grænseret 95 ff., 124, 140
note 30.

C

Characterization 42, 135 note
25.
Cheshire, G. C.
IPR-reglernes genstand 127
note 19, 148.
Kritik af Cheshires teori om
sekundær kvalifikation
148 f.
Ogden-sagen 197 f.
Processuelle reglers kvalifika-
tion 55 f.
Sekundære kvalifikation
55 ff., 188.
Classification 43 note 47,
135 note 25.
Cook, W. W.
IPR-reglernes funktion 150
note 42.
Kriterium for dommerens an-
vendelse af egne proces-
suelle regler 186 f.
Local law-teorien 87 note 133.

D

Dansk retspraksis 106, 189 f.,
209 ff.
Dennemark 111.
De Reneville v. de Reneville
200.
Despagnet, F.
Kritik af Bartins teori 35 f.
Lex causae-teorien 36 f.
Dicey, A. V.
Teori om velerhvervede ret-
tigheder 126 f.
Dobbeltrenvoiteorien 160 m.
note 12.

Domicilbegrebet 21 note 3, 179
note 37, 210 f.
Dualismen 121 f., 168.

E

Eggert, Holten.
Forkastelse af lex causae-teo-
rien og den komparative
teori 103.
Inddragelse af renvoissyns-
punkter i kvalificeringen
104 f.
Kritik af Holten Eggert 105 f.
Sondring mellem primær og
sekundær kvalifikation
103 ff.
Erstatning for hævet forlovelse
61 f., 177 f.
Erstatning for ægteskabsbrud
62, 64.

F

Falconbridge, V. D.
Internationale privatrets gen-
stand 43, 127 note 19.
Kritik af Falconbridge 46 f.,
52 f.
Kvalifikationsgenstanden 43,
127 note 19.
Kvalifikationsproblemet ved
tilknytningsfaktorerne 48 f.
Ogden-sagen 44 ff., 52 f., 197 f.
Opdeling af kvalifikations-
processen på sagens stadier
42 ff.
Via media 43 ff.
Federspiel, Holger.
Teori om lovkonflikter 102.
Folkerettens forhold til den in-
ternationale privatret 96,
118 ff.
Forskud på procesomkostninger
183 f.
Fortgesetzte Gütergemeinschaft
155 f.
Forældelsesinstitutet 23 f., 52,
53 f., 60, 71, 75, 188 ff., 209.

Forældres samtykke til indgåelse af ægteskab 44 ff., 76, 196 f.

Fransk retspraksis vedrørende holografiske testamenter 29 note 20.

G

Gemma 72 note 107.

Gihl, Torsten.

Internationale privatrets genstand 132 note 22.

Kritik af Gihl's løsning af problemet ved den successive anvendelse af flere landes ret 206 f.

Kvalifikationsproblemet ved tilknytningsfaktorerne 142 f., 181 f.

Kvalifikationsteori 114 f., 170. Ogden-sagen 199.

Successiv anvendelse af flere landes ret 202 ff.

H

Holografisk testamente 28 f., 36, 90 f., 195 f.

Hvergivers ansvar 33 f.

I

International privatret.

Genstand 22, 43, 59, 66, 72, 79, 124 ff.

Karakter af grænseret 82, 84, 94, 95 f., 101, 117 f., 122, 124, 168.

Karakter af national ret 83 f., 111, 117 f.

Opgave 30, 83 ff., 95 f., 117 ff., 159 f.

IPR-reglerne.

Emanciperung fra intern lex fori 73 f., 81, 162.

Funktion 86 ff.

Mangel på IPR-regler 110, 136, 211 f.

Italiensk teori 82 ff.

K

Kahn, F.

IPR-reglernes genstand 22, 39.

Kritik af Reichsgericht's behandling af forældelsesreglerne 23 f., 53 f.

Kvalificering af tilknytningsfaktorerne 20 f., 48, 51, 141.

Lex fori-teori 21 f.

Lovkumulation og lovvakuum 23 f., 53, 158.

Teori om Gesetzeskollisionen 20 ff.

Undtagelser fra lex fori-teorien 22.

Kelsen 123.

Komparative teori 41, 51, 71 ff., 91, 100, 162 ff.

Kvalificering

Begreb 132 f., 138 ff.

Fast ejendom — løsøre 31 f., 34, 38 f., 173 ff.

Formspørgsmål — habilitetsspørgsmål 28 f., 36, 44 ff., 52 f., 195, 196 f.

Fremmede retsregler 44, 46 f., 58, 73, 76, 91 f., 107 f., 111 f., 165 f.

Genstand 35, 39, 43, 49, 59, 102, 133 f.

Retsreglerne i lex causae 51 f., 55 f., 74 f., 103, 145 ff.

Kvalifikationsbegrebet 132 ff.

Kvalifikationskonflikter 27 f., 75, 90 f., 168, 194 f.

Kvalifikationsproblemet.

Definition 18, 89, 94 f., 138, 219.

Fortolkningsproblem 40 f., 50, 57, 72, 81, 88, 90, 111, 137, 139 f.

Malmströms forkastelse af problemet 108 f.

Opdeling på sagens stadier 42 ff., 49 ff., 163 f.

Subsumptionsproblem 63 f., 66, 80, 133 ff., 138 f.

Tilknytningsfaktorerne 20 f.,
48 f., 51, 93 f., 140 ff., 179 ff.,
210 f., 219 f.

L

Lashley v. Hog 206.
Legemlige goders kvalificering
174 ff.
Leroux v. Brown 192.
Lewald, H.
 Inddeling af IPR-reglerne 59 f.
 IPR-reglernes og kvalificerin-
 gens genstand 59, 127 f.
 Kvalifikationsteori 60 f.
 Præjudicielle spørgsmål 214.
Lex causae, anvendelse af reg-
lerne i 51 ff., 54 f., 74 f., 90,
113 f., 146 ff., 164, 182 ff.
Lex causae-teorien 36 f., 61,
66 ff., 108, 152 ff.
 Er teorien en cirkelslutning
 21, 37 f., 40 f., 47, 67 f., 90,
 103, 153 ff.
Lex-fori-teorien
 Kritik af teorien 67, 72, 75 f.,
 107 f.
 Teoriens begrundelse 21 f.,
 24 f., 29 f., 33, 38 ff., 43 ff.,
 50 ff., 57 f., 59 f., 88 f., 102 ff.,
 169 ff.
 Undtagelser 22, 31 f., 38 f., 40,
 42, 47, 50, 51, 91, 102, 173 ff.
Lex loci celebrationis 45, 52.
Lex loci contractus 21, 48.
Lex rei sitae 31 f., 34, 38 f., 40,
42, 47, 50, 173 ff.
Local law theory 87 note 133.
Locus regit actum 28, 29 note
20, 36, 90.
Lorenzen, E. C.
 Kritik af Robertson's teori om
 sekundær kvalificering 54.
 Kvalifikationsteori 41 f.
Lovkonflikter 20 ff., 23 f., 82, 84,
102, 103.

Lovkumulation 23, 47, 53, 59,
69 f., 108, 157 f., 180, 199.
Lovvakuum 23 f., 47, 53, 59, 70 f.,
108, 157 f., 180.

M

Malmström, Åke.
 Kvalificeringens genstand 165.
 Kvalifikationsteori 107 ff.
 Manglende IPR-regler 110,
 211 f.
Malta-sagen 26 f., 114, 201 f.
Martin, In re 17 note 4.
Maury, J.
 Internationale privatret som
 grænseret 117.
 Kvalifikationsteori 40 f.
Melchior, G.
 Kravet om »Ähnlichkeit« mel-
 lem de hjemlige og frem-
 mede retsregler 58, 99.
 Kvalifikationsteori 57 ff.
 Præjudicielle spørgsmål 216.
Mellemsfolkelige domstol 122.
Meriggi, Lea 78, 100.
Monismen 123.
Morris, J. H. C.
 Teorien om de velerhvervede
 rettigheder 126 f.

N

Neuner, R. 161.
Niboyet, J. P.
 Undtagelser fra lex fori-
 teorien 38 f.
Niederer, W.
 Analyse af kvalifikations-
 problemet 94 ff.
 Forkastelse af lex causae-
 teorien 153.
Niedner 83 f.

O

Ogden v. Ogden 44 ff., 52 f., 76,
196 ff.
Ordre public 59, 150 note 41.

P

Partsviljen 32, 34, 39.
Pillet, A. 37 f., 116.
Primær kvalifikation 51 f., 103 f.
Processuelle regler 23 f., 52 f.,
55 f., 71, 185 ff.
Præjudicielle spørgsmål 47, 146,
212 ff.

Q

Qualifications en sous-ordre
33 f., 103, 146 f.

R

Raape, Leo.
Kritik af Raape 64 f.
Kvalifikationsteori 62 f.
Præjudicielle spørgsmål 215 f.
med note 91.
Rabel, Ernst.
Agos kritik af Rabel 91 f.
Anvendelse af reglerne i lex
causae 74 f.
IPR-reglernes genstand 72.
Komparative teori 72 ff.
Kritik af Rabels teori 162 f.,
166 ff.
Ramel, E.
Kvalifikationsteori 111 ff.
Realty-Personalty, Engelske
sondring 172 note 31.
Reichsgerichts anvendelse af
forældelsesreglerne i IPR-
sager 23 f., 54, 189.
Renvoiproblemet 49, 75, 104 f.,
149 note 40, 159.
Retspraksis 208 ff.
Robertson, A. H.
Kritik af Robertson's teori
53 f., 165 f.
Ogden-sagen 52 f., 197 f.
Sekundære kvalifikationer
51 f., 148 ff., 166, 197 f.
Udvidede lex fori-teori 49 ff.
Undtagelse fra lex fori-teori
50, 177 f.

Rosa Anton ctr. Bartholo (Mal-
tasagen) 26 f., 114, 201 f.
Ross, Alf 123.

S

Salvesen v. Administrator of
Austrian property 200.
Samtidig anvendelse af flere lan-
des ret 194 ff.
Savigny 23, 95.
Schnell 83 f.
Schweiziske internationale pri-
vatret 171 f.
Sekundær kvalifikation 51 f.,
54 f., 103 f., 148 f., 166, 197 f.
Simonin v. Mallac 45 f., 197 f.
Sovjetrussiske ægteskaber 50,
167.
Sovjetunionens internationale
privatret 119.
Statsborgerskabet som tilknyt-
ningsfaktor 22, 51, 93 f., 180 f.
Statute of Fraud 192 f.
v. Steiger, W.
IPR-reglernes genstand 79,
127 f.
Kvalifikationsteori 79 ff.
Subsumption 63 f., 66, 79, 133 ff.,
138 f.
Successiv anvendelse af flere
landes ret 201 ff.
Suverænitetsidéen 22, 30 f., 34 f.,
38, 40, 118.

T

Testamenters genkaldelse ved
ægteskab 16 f.
Testamentets oprettelse 147 f.
Testamentsform 28 f., 36, 90 f.,
195 f.
Testationshabilitet 28 f., 36, 90 f.,
195 f.
Tilknytningsfaktorerne 93 f.,
140 f., 164, 179 ff., 210 f.
To fremmede loves sammenfal-
dende og fra lex fori afvigen-
de kvalifikation 42, 50, 176 ff.

Triepel 121.
Tyske teori 57 ff.

U

Udlændinges værneting 159
note 11.
Udvidede lex fori-teori 41, 50 f.,
54, 74, 99, 162 ff.
Ulegemlige goders kvalificering
39, 173.
Undén 111.

V

Velerhvervede rettigheder, Be-
skyttelsen af 126 f.
Verdross 123.
Værdiforestilling, Retten som
97 f.

W

Wengler 216.
Wigny, P.
Begrundelse for lex causae-
teorien 68, 154.
Komparative teori 78.
Wolff, Martin.
IPR-reglernes genstand 66.
Kritik af Wolffs teori 153 ff.
Kvalifikationsproblemet ved
tilknytningsfaktorerne
141 f. 145, 180.
Lex causae-teori 66 ff.
Ogden-Sagen 197 f.

Æ

Ægtefællers arveret 26 f., 69 f.,
114 f., 201 ff.
Ægteskabelige formueforhold
26 f., 69 f., 114 f., 201 ff., 210 f.