

FESTSKRIFT

UDGIVET AF

KØBENHAVNS UNIVERSITET

I ANLEDNING AF

HANS MAJESTÆT KONG FREDERIK IX'S

50 ÅRS FØDSELSDAG

DEN 11. MARTS 1949



HENRY USSING

RETSTRIDIGHED

STREJFLYS OVER NORDISK

RETSLÆRE

KØBENHAVN

BIANCO LUNOS BOGTRYKKERI

1949



TIL KONGEN

*P*å denne højtidsdag bringer Københavns Universitet Deres Majestæt sin hyldest og lykønskning med en varm tak for den bevågenhed, hvormed Deres Majestæt omfatter Universitetet. Deres Majestæts første lykkelige regeringsår har, trods verdenspolitisk uro, stået i en fredelig genopbygnings tegn. Til denne genopbygning har også Universitetet viet sine kræfter i bevidsthed om sit særlige ansvar for vore unges dygtiggørelse. Måtte det fremdeles forundes vort folk i enighed at fortsætte genopbygningen, så Deres Majestæts kommende regeringsår vil se et materielt og åndeligt blomstrende Danmark i fredeligt samarbejde med andre nationer i en verden, hvor tillid og tryghed hersker.

København, den 11. marts 1949.

På Universitetets vegne

N. M. Hansen

HENRY USSING

RETSTRIDIGHED

STREJFLYS OVER NORDISK

RETSLÆRE

✱

KØBENHAVN

BIANCO LUNOS BOGTRYKKERI

1949

INDHOLD

	Side
I. Opgaven	7
II. Hvad forstås ved gældende ret?	8
III. Retstridighedslærens udvikling.	21
IV. Retstridighedsbegrebet	32
V. Lundstedts principielle kritik	38
VI. Særlige retmæssighedsgrunde	42
VII. Kan der dannes almindelige grundsætninger om, hvad der er retstridig adfærd?	46
VIII. Retstridighed, der beror på, at handlingen truer person eller ting	55
IX. Betydningen af, at der handles med forsæt til at skade andre	82
X. Kan ansvar for undladelse afgrænses ved hjælp af retstridighedsbegrebet? ..	84
XI. Beror en handlings retsfølger på, at den er retstridig i forhold til et bestemt gode?	86
XII. Resultater	96
XIII. Nordisk og tysk lære	107
Forkortelser	111

I

OPGAVEN

Retsvidenskaben er med dette århundrede kommet ind i en brydningstid. Der er strid om dens opgave og metoder. Der er opstået en hel litteratur om opfattelsen af retten. Striden herom og om retsvidenskabens metode får betydning også for retslitteraturens største gren, fremstillingerne af »gældende ret«. Forfatterens syn på retsproblemet kan påvirke hans metode. Det viser sig navnlig ved behandlingen af en række af retsvidenskabens hovedproblemer, men næppe noget sted tydeligere end i retstridighedslæren.

Begrebet *retstridighed* har i et par menneskealdre spillet en fremtrædende rolle for retsvidenskaben i Norden, i Tyskland og i Schweiz. Det er blevet brugt og opdyrket videnskabeligt i flere grene af retten, først og fremmest i strafferetten og i læren om skadeserstatning samt i den almindelige retslære.

Omkring århundredskiftet mente de fleste nordiske jurister, at nordisk retsforskning havde nået varige værdifulde resultater på dette punkt. Men i den sidste menneskealder er der netop her i Norden fra flere sider rettet kraftige angreb på den herskende lære. Mange mener, at den må opgives helt, men andre holder fast ved den ialfald i hovedsagen. Derfor er der grund til at tage spørgsmålet op.

Et kort skrift kan ikke gå ind på alle sider af problemet. Forfatteren kender kun lidt til retsfilosofien og den almindelige retsteori og afstår derfor fra at skildre og kritisere deres brug af begrebet retstridighed. — Nogle nordiske forskeres herhenhørende udviklinger vil dog blive berørt i det omfang, hvori undersøgelsen kræver det. — Der ses også helt bort fra folkeretten.

Opgaven skal være at prøve *retstridighedsbegrebets værdi for en systematisk fremstilling af gældende ret*. Der tænkes først og fremmest på dansk ret. Derfor er materialet fra lovgivning og retspraksis overvejende dansk. Men da alle de nordiske landes ret hører til samme type, skulle undersøgelsen i hovedsagen kunne regnes for at gælde nordisk ret i det hele. Den kan ses som et bidrag til en almindelig retslære, der kun vil være en sammenfatning af hovedlinierne i et lands gældende ret.

Fremstillingen vil overvejende blive knyttet til skandinavisk litteratur. Pladsen tillader ikke at gå nærmere ind på den mægtige retstridighedslitteratur, der er skrevet på tysk. Men det allermeste heraf er draget med ind i overvejelserne, og hvad der efter mit skøn har væsentlig værdi for en almindelig retstridighedslære bygget på gældende ret i et nordisk land, omtales på vedkommende steder. Til sidst gøres der også kort rede for, hvorledes nordisk lære står til tysk.

I det følgende fremstilles først, hvad der forstås ved gældende ret (II). Derefter skildres udviklingen af nordisk retstridighedslære (III), der gives en foreløbig bestemmelse af retstridighedsbegrebet (IV), og efter en omtale af A. V. *Lundstedts* principielle kritik af retstridighedslæren (V) tages der fat på en granskning af lærens praktiske indhold (VI-XI). Endelig samles resultaterne af undersøgelsen (XII-XIII).

II

HVAD FORSTÅS VED GÆLDENDE RET?

Når jurister taler om en fremstilling af »gældende ret«, har de en rent praktisk forståelse af, hvad der menes, men i konturerne er betydningen af ordene usikker, og de fleste jurister ville ikke kunne give en definition af gældende ret. Praktiske jurister ville dog nok overvejende mene, at gældende ret først og fremmest er de regler, som domstolene nu for tiden lægger til grund ved deres afgørelse af retsspørgsmål.

I nogle retninger er ordenes betydning forholdsvis klar.

Ved et lands eller retsområdes »gældende ret« forstår juristen det, der er ret — eller samtlige retsregler — i landet eller retsområdet i øjeblikket. Udtrykket gældende tilkendegiver først og fremmest, at der tænkes på, hvad der er ret nu, i modsætning til, hvad der

var ret tidligere, eller hvad der først bliver ret i fremtiden. Men »gældende« udsiger tillige, at en regel er ret i modsætning til regler, der ikke er ret i sædvanlig forstand, men antages at høre til den ideale ret, den »rigtige ret« eller naturretten.

Udtrykket gældende ret foretrækkes her for »positiv ret«, der ofte bruges i samme betydning¹⁾. Ordet positiv karakteriserer sproglig retten som »sat« og bruges derfor også i en snævrere betydning, der ikke omfatter regler, der udledes af »sagens natur«, almindelige retsgrundsætninger el. lign. Positiv ret egner sig kun til at bruges i flæng med gældende ret, når man hylder en positivistisk retsteori, der betragter al ret som fastsat af statsmagten. Selv om man ser bort herfra, er der iøvrigt en nuance i de to ords betydning. Positiv vækker først og fremmest tanken om modsætningen til en ikke gældende, ideal ret. »Gældende« vækker derimod i første række tanken om øjeblikkets ret modsat andre tiders. Men begge udtryk rummer begge elementer²⁾.

Hvad det vil sige, at noget »er ret«, er så stort et spørgsmål, at der ikke kan være tale om at tage stilling til det her³⁾. Den, der fremstiller visse retsregler som gældende ret i et land, kan gøre det uden at tage stilling til retsbegrebet. Rent praktisk kan det vel siges, at retten er en særegen gruppe af regler, som menneskers

¹⁾ F. ex. C. Goos Den almindelige Retslære I s. 1. Ikke sjældent bruges udtrykket »positiv gældende«. Se iøvrigt om udtrykkene Alf Ross Virkelighed og Gyldighed s. 24 f, Th. Geiger Debat med Uppsala om moral og ret s. 133, 167 f.

²⁾ Geiger afslutter sin undersøgelse l. c. 180 med at hævde, at der bør skelnes mellem retsreglernes positivitet og deres gyldighed. Det er klart, at gyldighed ofte, navnlig i retsfilosofien, betyder noget andet end, at reglen er positiv eller gældende ret. Men når man med Geiger (l. c. s. 133), lader udtrykket positiv ret omfatte al aktuel ret, og ikke tager udtrykket i den ovenfor i teksten berørte snævrere betydning, og man samtidig forstår gyldighed, som Geiger gør det l. c. s. 173 ff — eller som jeg forstår det ndfr. — ser jeg ikke, der bliver nogen forskel. Den aktuelle ret kan ikke bestemmes alene ved formal-juridiske kriterier som dem, Geiger nævner l. c. s. 157. De således bestemte regler er kun aktuel ret, når de opfylder den reale gyldighedsbetingelse. Se også Ross i Juristen 1946. 248. Om udtrykket gældende ret kan også henvises til *Undén* i TFR 1933. 287 samt fremstillingen i det følgende.

³⁾ Herom må først og fremmest henvises til Ross Virkelighed og Gyldighed, især kap. V, samt Theorie der Rechtsquellen, hvor Ross indtog et andet standpunkt. Af anden nyere dansk litteratur må nævnes Th. Geiger Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1947), III, Debat med Uppsala kap. 3, Knud Illum Lov og Ret kap. 2.

adfærd i vidt omfang følger. Det er ikke enhver regel af denne art, der er en retsregel. Men den, der vil fremstille de retsregler, der gælder om en gruppe livsforhold, er i almindelighed ikke i tvivl om, hvilke regler han skal medtage i sin fremstilling. Han lader sig først og fremmest lede af den almindelige opfattelse af, hvad der kan kaldes ret, og den vil på de fleste punkter give tilstrækkelig vejledning.

I et nutidssamfund finder vi en statsmagt organiseret i henhold til regler, der anses for retsregler, og vi ser, at visse organer i henhold til disse regler fastsætter retsregler — love, anordninger etc. —, og at andre organer, navnlig domstolene, anvender retsreglerne på konkrete livsforhold. Efter en forhandling, der foregår i henhold til retsregler, fastslår domstolene, hvad retsreglerne bestemmer om de dem forelagte tilfælde, og dersom en retsregel findes at være tilsidesat, fastsætter de i henhold til retsregler ofte, at der skal indtræde en eller anden sanktion, f. ex. at den, der har tilsidesat reglen, skal straffes eller betale erstatning. Og dertil beskikkede personer drager i henhold til andre retsregler omsorg for gennemførelsen af domstolenes afgørelser.

Det er et gammelt stridsspørgsmål i retslæren, om retsbegrebet kun omfatter de menneskelige adfærdsregler, der hævdes ved magt eller tvangsmidler, d. v. s. de regler, hvortil andre retsregler knytter »sanktioner« eller retlige reaktioner, f. ex. ved at foreskrive straf eller erstatningsansvar for den, der tilsidesætter retsreglen, ved at åbne adgang til at hævde retsreglen med magt el. lign.¹⁾ Dette problem skal ikke drøftes her. Der er uden tvivl regler, som plejer at blive kaldt retsregler, skønt retsordenen ikke indeholder sanktionsregler til værn for dem. — Det gælder navnlig adskillige regler om samfundsmagtens højeste organer, ikke mindst om rigsdagen og dens medlemmer. Som eksempel kan nævnes den danske grundlovs § 40: »Den ordentlige Rigsdag sammentræder den første Tirsdag i Oktober, dersom Kongen ikke har indkaldt den til at møde for-

¹⁾ Jfr. *Goos* Den almindelige Retslære § 2, hvor det s. 40 siges, at retten er en norm, der hævdes ved ydre magt, *V. Bentzon* Alm. Retslære § 37. Se imidlertid om *Goos's* senere standpunkt *Ross* Virkelighed og Gyldighed s. 57 i noten. At det, vi kalder retsordenen, forudsætter et organiseret sanktionssystem, anser jeg for klart, jfr. hertil *Geiger* Vorstudien III. Det er et rent praktisk systematisk spørgsmål, om regler, hvortil der ikke er knyttet retlige reaktioner, skal kaldes retsregler.

inden.« — Den omtalte sprogbrug følges dog ikke altid, og selv bortset herfra behøver retsvidenskaben ikke at følge sprogbrugen ved sin begrebsdannelse.

Her er det dog ikke nødvendigt at tage stilling til, om det må foretrækkes at lade retsbegrebet omfatte regler, der ikke har sanktion. Det er tilstrækkeligt at fastslå, at der i det følgende kun vil blive taget sigte på retsregler, hvortil der er knyttet retlige tvangsmidler. Denne begrænsning skyldes afhandlingens praktiske formål, som ikke er at yde bidrag til den almindelige retsteori, men at drøfte visse spørgsmål, der har betydning for den systematiske fremstilling af gældende ret. Når man ser bort fra visse grene af den offentlige ret, beskæftiger fremstillinger af gældende ret sig alene med de regler, hvortil der er knyttet retlige tvangsmidler. Fremstillingens hovedformål er normalt dels at vejlede domstole og andre retsanvendende samfundsorganer i deres virksomhed, som i hovedsagen består i at afgøre, om betingelserne for at anvende retlige tvangsmidler er til stede, og efter omstændighederne at skabe retlig adgang til iværksættelse af tvangen, dels at oplyse andre mennesker om, hvilke regler der håndhæves af domstole og andre retsanvendende myndigheder.

Kun når undersøgelsen begrænses således, bliver det muligt at behandle retstridighedsproblemet i en kortere afhandling. Det vil også fremgå af det følgende, at retstridighedsbegrebet alene inden for denne ramme kan finde en nyttig funktion ved udredningen af gældende ret.

Når der i *der følgende* tales om retsregler, *tænkes der altså kun på regler, hvortil der er knyttet retlige tvangsmidler*, idet andre retsregler giver adgang til, navnlig ved samfundsorganers hjælp, at få iværksat reaktioner over for tilsidesættelse af retsreglerne.

For disse retsreglers vedkommende bliver spørgsmålet da, hvad der menes, når der tales om »*gældende*« regler.

For et par menneskealdre siden ville vistnok de fleste jurister have svaret, at gældende ret er de faktisk eksisterende retsregler. Retsordenen blev beskrevet som et faktisk eksisterende system af regler eller normer for menneskers adfærd. C. Goos kalder den positive ret for en bestående kendsgerning¹⁾. Det, vi forstår ved

¹⁾ Den alm. retskære I s. 12. Mod denne opfattelse bl. a. A. V. Lundstedt Obligationbegreppet II. 1 s. 91 ff, G. Astrup Hoel Den moderne retsmetode s. 133.

en retsregel, er imidlertid ikke en kendsgerning, men en forestilling, sædvanligvis en forestillet menneskelig handleregel. Bag denne forestilling ligger der forskellige kendsgerninger, f. ex. at en vis regel er udtalt i en lov eller i en eller flere dommes præmisser, at visse embedsmænd og almindelige mennesker mere eller mindre regelmæssig følger bestemte handlemønstre og at de gennemgående opfatter sig som forpligtet hertil på en særlig måde. På disse og mange andre kendsgerninger kan vi bygge en forventning om, at dommere og andre mennesker i den kommende tid, i overensstemmelse med deres hidtidige indstilling, i vidt omfang vil følge nye love, der er blevet til på »lovlig« måde.

Disse kendsgerninger — og mange andre — interesserer ikke blot sociologer, men også jurister, og de er det grundlag, hvorudfra juristen forsøger at fastlægge de regler, der kaldes gældende ret.

Når retsordenen opfattes som et forestillet sæt af regler for menneskers adfærd, kan gældende ret siges at være de retsregler, der forestilles som gældende.

Hvad der indlægges i ordet *gældende*, er vistnok meget forskelligt, og ofte er forestillingerne uklare. Men de fleste danske jurister i nutiden vil, hvis de tænker over, hvad de kalder gældende ret, formentlig komme til det resultat, at det drejer sig om noget rent juridisk. De indlægger efter min mening ikke i udtrykket noget om, at retsreglerne har en metafysisk gyldighed, eller særlig, at de er etisk forpligtende. Adskillige jurister har vel tænkt over disse problemer, og mange har vel også taget personlig stilling til dem, men det er ikke en slig højere gyldighed, de har for øje, når de taler om gældende ret¹⁾.

Det er imidlertid ikke let at bestemme nærmere, hvad juristen forstår ved gældende ret. Selve udtrykket peger i retning af, at der tænkes på regler, som gør sig gældende i livet eller har en vis evne til at gøre sig gældende, med andre ord til at afløde praktiske virkninger. Men det er vanskeligt at danne noget fast begreb på grundlag heraf. Når man kun tænker på retsregler i den ovenfor beskrevne forstand, kan der dog vistnok opstilles et skarpere kendetegn på, hvad det vil sige, at en regel er gældende. En sådan rets-

¹⁾ I samme retning *Geiger* Debat med Uppsala s. 167 f. Om gyldighedsforestillingen kan iøvrigt navnlig henvises til *Ross Virkelighed og Gyldighed*, TFR 1940. 241 ff., *Karl Olivecrona Law as fact*, *Fr. Castberg* Rettsfilosofiske grundspørgsmål (begge 1939).

regel vil jeg kalde gældende, når det må ventes, at domstole og andre retsudøvende organer vil lægge den til grund for deres afgørelse, hvis de får retsspørgsmålet forelagt under den nuværende retstilstand, d. v. s. før der indtræder begivenheder, der kan medføre, at de erklærer en anden regel for gældende.

Det er ikke sædvanligt at bestemme »gældende ret« på denne måde. Mange vil vistnok straks afvise den tanke, at det skulle være afgørende, hvad der *må ventes* lagt til grund, og vil hævde, at gældende ret er de regler, som dommeren er retlig *forpligtet* til at følge og lægge til grund for sine afgørelser. Men denne opfattelse kan ikke gennemføres, da den søger at bestemme gældende ret ved at henvise til gældende ret¹). Den retlige forpligtelse, der tales om, måtte bero på gældende ret. Når man ofte mener at kunne arbejde med kriteriet, er det, fordi man alene har en bestemt gruppe regler for øje og går ud fra, at der bag dem står sanktionsregler, som er retsregler.

Selv med denne forudsætning ville kriteriet dog ikke give en brugbar afgrænsning. Hvis det skal konstateres, at dommeren har en retlig forpligtelse til at følge visse regler, må forpligtelsen vise sig i, at dens tilsidesættelse udsætter dommeren for retlige reaktioner såsom straf eller erstatningsansvar. Det turde imidlertid kun være klare og grove tilsidesættelser af »gældende ret«, der praktisk kan tænkes at medføre slige reaktioner. Hvis gældende ret skulle bero på muligheden af sanktioner over for dommeren, ville dens indhold derfor blive meget magert. Og en slig afgrænsning af gældende ret ville ikke have praktisk interesse for andre end den dommer, der ønskede at vide, hvor frie tøjler han kunne give sine individuelle tilbøjeligheder uden at kunne risikere ubehagelige reaktioner.

Det ville derimod være logisk uangribeligt at lægge vægt på, om dommeren var etisk forpligtet til at anvende reglerne, og der ville være en vis realitet i dette kriterium. Forventningen om, at

¹) Allerede i en forelæsning fra 1892, trykt i TfR 1907. 249 ff, gjorde *Herman Scheel* opmærksom herpå (s. 258). Når han bestemmer gældende ret som de regler, statens retshåndhævende organer bør håndhæve, sigter han til en etisk pligt. Mod den i teksten nævnte opfattelse også *Lundstedt* Obligationsbegreppet II. 1 s. 95 ff. Hans note s. 97 viser, at han i virkeligheden ikke kan afvise et praktisk bestemt begreb om gældende ret.

dommeren vil følge gældende ret, beror vel på mange forskellige omstændigheder. Men til dem hører, at man normalt kan regne med, at dommerne selv føler sig forpligtet til at følge gældende ret, og at den i samfundet herskende opfattelse betragter dem som forpligtet dertil.

Det er imidlertid klart, at retslitteraturen ikke har synderlig brug for begrebet gældende ret, hvis dets indhold skulle være afhængigt af den enkelte dommers pligtfølelse. Og ved at bygge på den i samfundet herskende etiske opfattelse af dommerens forpligtelse ville man formentlig heller ikke ramme det, som juristen forstår ved gældende ret, og hvad retslitteraturen har brug for.

Hvis man går induktivt til værks og spørger juristerne, om de regner den eller den retsregel for gældende, tror jeg, svarene vil stemme godt med min opfattelse, hvorefter det afgørende er, om reglen må ventes lagt til grund ved kommende retsafgørelser. I alle tilfælde vil jeg forstå gældende ret på denne måde i det følgende.

Inden for denne forståelses ramme findes der iøvrigt flere afskygninger.

Når man har de enkelte regler for øje, er det nærliggende til gældende ret kun at henregne de regler, hvorom det med stor sikkerhed kan forudsiges, at de vil blive lagt til grund. Følges denne opfattelse, kommer gældende ret navnlig til at omfatte dels de regler, der utvivlsomt kan udledes af en lovregels ord, dels dem, hvorom man på grundlag af oplysninger om retspraksis, sædvane og almindelig anerkendt opfattelse eller andre kendsgerninger med stor sikkerhed kan slutte, at de vil blive lagt til grund for retsafgørelser.

En jurist, der følger denne forståelse af udtrykket gældende ret, må om ethvert tvivlsomt spørgsmål sige, at der endnu ikke findes nogen gældende retsregel derom. Men dette er ingen grund til at forkaste sprogbugen.

Sagen ligger imidlertid anderledes, når udtrykket gældende ret bruges om retsanvendelsen. Om dommeren siger man, at han afgør retstvister efter gældende ret. Denne karakteristik er vel nok en arv fra en ældre opfattelse, der gik ud på, at retsordenen var fuldstændig og indeholdt regler for et hvilket som helst tilfælde. Den

regel, hvorefter dommeren afgjorde sagen, eksisterede forud som en del af retsordenen, og dommerens opgave var blot at finde reglen¹⁾.

Denne lære blev her i landet bekæmpet af *Viggo Bentzon*²⁾, der hævdede og godtgjorde, at vore dommere i talrige tilfælde selv danner de regler, de afgør sagerne efter. I vidt omfang skaber dommerne ny ret.

Den ældre lære er nu forladt ialfald i Danmark, men lever endnu her og der i udlandet. Nogle forsvarer den som en (efter deres mening) nødvendig konstruktion, som skal forklare, at dommeren kan afgøre en sag efter en regel, der ikke hidtil var fastslået som gældende ret.

Selv ud fra nutidens opfattelse, der erkender, at domstolene kan skabe ny ret, siges det imidlertid ofte, at dommeren afgør sagerne efter gældende ret. På de områder, hvor der ikke forud er fastslået en regel, betyder sætningen da blot, at dommeren ved opstillingen af en ny regel går frem efter visse retningslinier, som retsvidenskaben søger at bestemme nærmere i læren om retskilderne³⁾.

På lignende måde forholder det sig med de fleste fremstillinger af gældende ret på et vist fagligt område, f. ex. dansk obligationsret eller arveret. Der er næppe nogen fremstilling, der begrænses til en redegørelse for de regler, der ifølge kendsgerninger som de omtalte med en til vished grænsende sandsynlighed kan ventes lagt til grund. Noget andet er, at afvigelsen fra denne fremstillings-type kan være større eller mindre.

Forfatteren kan begrænse sig til en rent videnskabelig, beskri-

¹⁾ Som et udslag af den ældre opfattelse kan nævnes en ytring af *Getz* i Juridiske Afhandlinger s. 52, hvor han tager afstand fra »at gjøre loven, efterat det tilfælde, hvorpå den skal anvendes, er indtruffet«. Se iøvrigt om *Bergbohm* Lundstedt Obligationsbegreppet II. 1 s. 32 ff.

²⁾ Jfr. *V. Bentzon* i Svensk Juristtidning 1929. 533, Retskilderne navnlig s. 68, 73 f, 148 ff. *H. Scheel* tog afstand fra læren i det s. 13 i noten nævnte foredrag. Fremdeles *Fr. Stang* i TfR 1908. 338 ff (Fra spredte Retsfelter I s. 170 ff), *W. Sjögren* i Tidskrift for Retsvidenskab 1916.325 ff, *Ernst Möllers* citat af *Kohler* i Tinglysning på den side, der står foran s. 1. — Om *Austin's* lære se *Lundstedt* i Obligationsbegreppet II. 1 s. 45.

³⁾ Jfr. *Bentzon* Retskilderne, særlig s. 146 f, hvor han søger at bestemme »den sidste ydre vejledning, hvorom der ved afgørelser efter forholdets natur kan blive spørgsmål«.

vende redegørelse, om man vil en historisk fremstilling. Han gengiver da foreliggende love og domme, giver måske visse oplysninger om lovenes forarbejder og om de forskellige opfattelser, der er fremsat i litteraturen, men indlader sig ikke på en vurdering af materialet¹). En slig fremstilling går i enkelte retninger ud over den ovenfor beskrevne ramme. Den vil f. ex. omtale lovens »motiver« samt domme fra underret eller landsret, der endnu ikke er udtryk for en sikker praksis, skønt der ikke derfra kan drages sikre slutninger om domstolenes fremtidige stilling.

På den anden side kan en forfatter søge at give en sammenhængende systematisk fremstilling af retsreglerne på et vist fagligt område og derunder efter en juridisk vurdering tage stilling til omtvistede spørgsmål og til problemer, der hidtil ikke har været rejst²). Forfatterens formål er nemlig at give vejledning for fremtidige afgørelser, og denne vejledning har størst praktisk interesse for andre jurister, hvor det ikke på forhånd kan siges med sikkerhed, hvorledes domstolene vil stille sig. Forfatteren regner nemlig med, at domstolene ikke vil afvise sagen, fordi dommerne ikke finder nogen sikkert gældende regel at afgøre sagen efter, men at de uden hensyn hertil vil tage sagen op til afgørelse.

Imellem disse to yderpunkter ligger vistnok alle fremstillinger af gældende ret.

I nogle af dem — særlig ofte i lovkommentarer — holder forfatteren sig nærmest til den første linie eller går kun ud over det beskrivende, når han mener på et eller andet punkt fra foreliggende kendsgerninger at kunne slutte, at der er meget stor sandsynlighed for, at domstolene vil godkende en bestemt regel. Går en forfatter denne vej, vil der ofte være talrige spørgsmål, hvorom han intet siger, eller hvorom han må konstatere, at det er usikkert, om domstolene vil vælge den ene eller den anden løsning.

I andre værker — og vel i de fleste selvstændige systematiske fremstillinger — begrænser forfatteren sig ikke til de sikre regler. Han tager tværtimod stilling også til de vigtigste hidtil ikke afgjorte spørgsmål, eller dog de spørgsmål, hvorom der har vist sig uenig-

¹) Sml. *O. A. Borum* i *Juristen* 1948. 381 f (også som særtryk: *Retsvidenskabens teori og politik*).

²) Sml. *Borum* l. c. s. 382.

hed. Er han selv i tvivl, vil han ialfald bestræbe sig for at give domstolene en vis vejledning ved at fremhæve betragtninger, som han mener er egnede til at blive taget i betragtning ved afgørelsen.

Når en forfatter således går ind for bestemte løsninger, må de opfattes som råd eller forslag til udformning af gældende ret¹⁾.

Forfattere af denne type ser vel ikke som deres mål at finde ud af, hvad der kan ventes lagt til grund som gældende ret. Men de fleste af deres undersøgelser kunne faktisk bringes ind under dette formål.

Hvilke regler domstolene sandsynligvis vil følge i et kommende retstilfælde, kan på de fleste tvivlsomme punkter ikke afgøres uden praktisk juridisk vurdering. — Selv hvor der findes en klar lovregel, hvis ord dækker tilfældet og giver en bestemt løsning, kan det tænkes, at dommeren vil tilsidesætte reglen, enten fordi den er gået af brug, eller fordi en indskrænkende tolkning holder tilfældet uden for lovreglens rækkevidde. — Og ved de fleste diskutabile retsspørgsmål har det værdi for domstolene at få fremdraget materiale og overvejelser, der kan få betydning ved afgørelsen, derunder at blive gjort opmærksom på det foreliggende spørgsmåls berøring med andre spørgsmål. En litterær fremstilling, der bringer alt dette frem, har derfor værdi for domstolene.

Men selv hvor en forfatter forsvarende en bestemt regel, kan hans undersøgelse som oftest for en praktisk bedømmelse ses under samme synsvinkel. Hvis forfatteren har den indstilling, som ventes hos en dommer, og han søger at overveje problemet ud fra denne indstilling, falder hans egne overvejelser praktisk sammen med et skøn om, hvilken løsning domstolene må ventes at give, når de får problemet alsidig belyst.

Ligesom skønnet om, hvorledes dommerne vil stille sig, kan være usikkert, kan forfatterens overvejelser munde ud i, at spørgsmålet er tvivlsomt, og forfatteren kan efter omstændighederne udtale sig om, hvilken løsning han hælder til, og om hvor stærk tvivlen er.

Når dommerne finder, at en forfatter har den almindelige dommerindstilling, kan også hans vurderinger få en vis vægt over for dommerne. Men værdien af en litterær fremstilling beror —

¹⁾ *Bentzon Retskilderne* s. 149. En sådan forfatters fremstilling af gældende ret bygger ofte på lignende synspunkter som en undersøgelse *de lege ferenda*.

foruden på stoffets ordning — i hovedsagen på, om forfatteren formår at belyse problemet ved at fremdrage forhold, som en dommer ikke uden videre kan ventes at få øje på.

Forfatterens selvstændige indsats får vel oftest betydning på punkter, hvor der hidtil ikke har været fastslået en bestemt regel som gældende. Men nu og da kan en forfatter give stødet til, at domstolene fraviger, hvad der hidtil er blevet regnet for gældende ret. En forfatter, der har den skildrede indstilling, vil dog kun gå ind for en ny regel, når han venter at kunne få tilslutning til den i den almindelige retsbevidsthed og at kunne få den optaget af domstolene uden lovændringer, ialfald i en nær fremtid.

En fremstilling af »gældende ret« omfatter derfor ikke udelukkende fastslået ret, men alle de regler, som forfatteren anser for egnede til at lægges til grund for retsafgørelser og optages i retsordenen under øjeblikkets forhold.

Men når en bestemt regel kaldes gældende, forstår jeg derved, at der er meget stor sandsynlighed for, at den vil blive lagt til grund for domstolenes afgørelse.

Ofte stilles det krav til forfatterne, at de skal give klar besked om, hvad der er gældende ret, og hvad der er deres personlige meninger. Også denne udtryksmåde er vistnok præget af den ældre opfattelse, hvorefter gældende ret var en kendsgerning, der kunne udforskes¹⁾.

Hvis en forfatter ikke begrænser sig til at fremstille gældende ret, men går ind for sådanne reformer, som ikke foreløbig kan ventes gennemført uden ny lovgivning, bør han gøre det klart, hvad der kun er udviklinger *de lege ferenda*²⁾. Men selve fremstillingen af gældende ret kan ikke skilles ud fra forfatterens meninger om, hvad der er gældende ret, når dermed simpelthen menes de regler, der må ventes lagt til grund af domstolene i en kommende retstvist. Der er vel nok nogle regler, som forfatteren anser for sikkert gældende, men fra dem er der en ganske jævn overgang til de »nye« regler, forfatteren gør sig til talsmand for som gældende ret, d. v. s. anbefaler domstolene at følge. Og der findes ikke nogen bestemt

¹⁾ Når *Borum* l. c. s. 387 udtaler, at »erkendelsen« af gældende ret er en erkendelse i egentlig objektiv forstand, kan han ikke have den systematiske, tolkende og udfyldende fremstilling af gældende ret for øje, jfr. også s. 381 ff.

²⁾ Jfr. *Borum* l. c. s. 386.

målestok, hvorefter det kan afgøres, om sandsynligheden for en regels anvendelse i retspraksis er tilstrækkelig stor¹⁾).

I princippet kan der derimod drages en skarp skillelinie mellem det, som er oplysninger om kendsgerninger, og som derfor kan tænkes fastslået videnskabelig, og fremstillingens øvrige indhold, som præges mere eller mindre af juridiske vurderinger²⁾). Inden for den sidste gruppe vil en udførlig fremstilling normalt give oplysning om, hvad der støtter de forskellige løsninger. Men dette sker langt fra altid, bl. a. fordi forfatteren i mange tilfælde ikke er i stand til at give afgørende rationelle grunde for sin løsning, men bygger på sit umiddelbare retsskøn. Og i mere kortfattede fremstillinger af gældende ret er det praktisk uigennemførligt at fremhæve grundene for de forskellige løsninger.

Fra et videnskabeligt synspunkt må kræves, at forfatteren ikke vildleder læseren, f. ex. vækker det indtryk, at hans løsningsforslag allerede er fastslået ret, eller at de er fundet ved en rent videnskabelig undersøgelse af kendsgerninger.

De udviklede synspunkter skal endnu konfronteres med *Theodor Geigers* udtalelser om gældende ret.

Geiger har været inde på problemet flere gange. I »Debat med Uppsala om moral og ret« s. 173 ff søger han at danne et videnskabelig holdbart *juridisk* gyldighedsbegreb og kommer til det resultat, at en retsregels gyldighed »fornuftigvis« må betyde dens »virkningschance«, den overvældende sandsynlighed for, at den fremkalder en vis virkning i den ydre verden, nemlig alternativt at borgeren følger normen eller at han bliver udsat for sanktioner. Retsnormens juridiske gyldighed ligger ikke i selve realisationen af reglen, men i normens virknings-*kraft*, og normen mister ikke sin gyldighed, fordi der er enkelte undtagelsestilfælde, hvor hverken reglen realiseres eller sanktion indtræder. Retsreglens gyldighed ligger i, at den med største sandsynlighed afstedkommer visse virkninger, nemlig enten realisering eller sanktion.

¹⁾ Praktisk kan en forfatter dog nogenlunde arbejde med den sondring, *Bentzon* i *Retskilderne* s. 150 kræver klart gennemført, nemlig sondringen »mellem den sætning, som skildrer ulvivlsomt gældende dansk ret, og den som i større eller mindre grad kun er en »doctrina militans«, er forfatterens mening om, hvorledes der efter vor ret burde dommes«.

²⁾ Jfr. *Borum* I. c. s. 386 ff.

I »Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts« s. 30 ff og 157 ff går Geiger ind på spørgsmålet, om en *sociolog*, der videnskabelig undersøger retten som noget rent faktisk, kan tale om en regels gyldighed. Også her finder han gyldigheden i normens virkningschance (Wirkungschance). Men gyldigheden opfattes ikke som den meget høje chance. Den siges at være relativ. Gyldigheden kan udtrykkes som en brøk, der angiver, i hvor stor en del af samtlige tilfælde reglen får virkning. Gyldigheden er simpelthen effektivitetsbrøken. Den kan i princippet tænkes bestemt. Drejer det sig om en regels gyldighed i fortiden, kan den tænkes udregnet på grundlag af statistik, og med henblik på fremtidig gyldighed kan der tænkes opstillet en sandsynlighedsbrøk.

Gyldigheden bestemt med henblik på den umiddelbare fremtid svarer nærmest til, hvad Geiger kaldte gyldighed i juridisk forstand, blot at gyldigheden nu er gjort relativ.

Geigers udviklinger er inspirerende også for jurister, men jeg tror ikke, juristerne skal optage hans særlige gyldighedsbegreb.

Spørgsmålet om, hvor effektive retsreglerne er, har ganske vist stor interesse også for juristerne, ikke mindst når de overvejer, om der skal gives en lov, og hvorledes den skal formes. Forsåvidt kan jurister arbejde efter samme linie som sociologerne. Men som oftest er konstateringen af effektivitetsbrøken i Geigers forstand ikke det, der har størst interesse for juristen.

Geiger skelner med hensyn til retsreglernes virkning mellem tre muligheder: 1) at normen følges, 2) at den ikke følges, og at dette medfører social reaktion, 3) at den ikke følges, og at dette ikke medfører nogen social reaktion. For Geiger er effektiviteten en brøk, der kommer frem ved at lægge tilfældene under nr. 1 og 2 sammen. For juristen bliver hans praktiske interesse afgørende for, hvad han ønsker oplysning om. Drejer det sig om den reaktion, vi kalder straf, samler juristens hovedinteresse sig om spørgsmålet, i hvor stor del af tilfældene reglen følges, d. v. s. hvor stor gruppe 1 er sammenlignet med gruppe 2 og 3. Drejer det sig om en norm, der foreskriver betaling af almindelig gæld, falder hovedskillelinien mellem de tilfælde, hvor betaling opnås, uden eller ved anvendelse af retsordenens tvangsmidler, og de tilfælde, hvor gælden ikke bliver betalt, enten fordi der ikke sættes reaktion i gang, eller fordi reaktionen er forgæves. Er reaktionen erstatning, beror det på skadens art, hvilke tilfældegrupper der har hovedinteressen.

Dette skal ikke forfølges nærmere. Rent bortset fra om Geigers gruppdeling har interesse for juristerne, er der nemlig ingen tvivl om, at en systematisk fremstilling af gældende ret ikke vil bruge udtrykket »gyldighed«, som Geiger gør det, heller ikke som han gjorde det i den førstnævnte undersøgelse. Det skyldes fremstillingens praktiske formål.

Når hovedformålet er at fremstille de regler, som egner sig til at blive lagt til grund for afgørelsen af kommende retstvister, bliver der i almindelighed ikke brug for en skildring af retsreglernes indflydelse på almindelige menneskers adfærd. På de fleste områder søger forfatteren ikke at beskrive, hvorledes mennesker bærer sig ad i de talrige tilfælde, der ikke forelægges domstole eller andre retsanvendende myndigheder. Forskellen mellem sociologiens og retsvidenskabens fremgangsmåde kan sammenlignes med forskellen mellem den rent videnskabelige undersøgelse af menneskelegemet og den kliniske lægevidenskab. Den typiske fremstilling af gældende ret indeholder reglerne for behandlingen i den juridiske klinik.

De praktisk juridiske fremstillinger vil derfor medtage en regel som gældende ret, når det må ventes, at domstolene vil lægge den til grund i tilfælde, hvor et under reglen faldende livsforhold bringes frem til deres afgørelse. Reglen kaldes gældende ret og medtages på linie med andre regler, selv om dens effektivitetsgrad i livet er lav. Først når den manglende respekt for en regel medfører, at domstolene ikke mere vil lægge den til grund for deres afgørelser, vil den juridiske forfatter sige, at reglen ikke mere gælder. Den siges da at være faldet bort ved *desuetudo*.

III

RETSTRIDIGHEDSLÆRENS UDVIKLING

Allerede A. S. Ørsted opstillede det som en betingelse for skadeserstatningspligt, at den skadevoldende handling var »objektivt retstridig«¹⁾. Men en egentlig lære om retstridighed blev først fremsat i sidste trediedel af forrige århundrede.

¹⁾ Håndbog i Lovkyndighed V (1832) s. 5. Se iøvrigt om Ørsteds indsats her Ollgaard A. S. Ørsteds betydning s. 326 f, Goos samme værks 3. afd. III s. 80 ff, især 95 ff.

Urettens problem havde længe optaget tyske filosoffer og strafferechtsforskere. I 1867 tog *Adolf Merkel* spørgsmålet op til indtrængende behandling i et skrift, som vandt stor beundring i datiden og blev udgangspunktet for den tyske retstridighedslære¹⁾. Hans værk har nu kun historisk interesse. Det var udslag af en forældet metode. Hans hovedtesis var bestemt ved deduktion fra uretsbegrebet og derigennem atter fra hans opfattelse af retten som et indbegreb af påbud og forbud.

Kort efter blev retstridighedsproblemet taget op af to nordiske forfattere, *Carl Goos* i Danmark og *Bernhard Getz* i Norge, som uafhængigt af hinanden udviklede beslægtede teorier²⁾. Deres lære var helt forskellig fra Merkels og havde til hovedformål at bruges i det praktiske arbejde med gældende ret. Goos udviklede først sin lære i sine forelæsninger over den almindelige retslære, et fag, der let frister til abstrakte spekulationer. Det tjener ham derfor til stor hæder, at han ikke lod sig påvirke af Merkel, men ved sin søbre undersøgelse holdt senere dansk retsvidenskab fri for den ørkesløse strid om Merkels lære, som i en menneskealder optog talrige tyske forfattere.

Goos kom til sin lære ad to veje. Han gik ud fra sine forgængeres opfattelse, hvorefter betingelserne for straf og erstatning måtte deles i den objektive betingelse retstridighed og den subjektive, at handlingen kunne tilregnes vedkommende person. Ved kritisk at granske denne sondring kom han til det resultat, at den ikke var gennemført rationelt. Hans andet udgangspunkt var hans almindelige syn på retsordenen.

Han delte retsreglerne i to hovedgrupper³⁾. Den principale del

¹⁾ »Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen« i *Kriminalistische Abhandlungen* I.

²⁾ *Goos* fremsatte sin lære i 1870 i sine forelæsninger over den almindelige retslære, som det er oplyst af *Torp* i *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft* XXIII (1903) s. 86 note 3 og af *Hagerup* i *TFR* 1909. 298. Goos's lære er derfor ikke — som nogle yngre forfattere har ment — inspireret af *von Bar's* lære om det retlige årsagsforhold. Hans *Die Lehre vom Kausalzusammenhange* fremkom først 1871. Trykte fremstillinger af Goos's lære findes i *Strafferettens alm. del* (1878) og i *alm. retslære* (1885). *Getz* fremsatte sin lære i en prøveforelæsning Om den såkaldte delagtighed i forbrydelser, trykt i *Norsk Retstidende* 1876. 1 ff samt i *Juridiske Afhandlinger*, udg. af *Hagerup*.

³⁾ Se *Indledning til den danske Strafferet* (1875) s. 10 ff. Allerede her træder kærnen i den ny lære frem.

er retsanordningen, som anordner ret i de forskellige livsforhold, idet den drager grænser for handlefriheden eller pålægger handlepligt for visse tilstandes eller kravs skyld, der ved således at tages under retsordenens beskyttelse erkendes for rettigheder, enkeltmands eller samfundets. Den anden del er retshåndhævelsen, som er den virksomhed, der sigter til at virkeliggøre retsanordningens normer mod forekommende retsbrud. I retsbrudet ligger en krænkelse af retsordenens indhold, nemlig den retstridige handling eller undladelse og det heraf flydende indgreb i rettigheden (retsforstyrrelsen).

Begrebet retsbrud lagde Goos også til grund for forbrydelsens begreb.

Kravet om handlingens retstridighed opfattede Goos med *Ørsted* som objektivt. Men han påviste, at retstridighedsbetingelsen havde langt større betydning, end man hidtil havde antaget. Den måtte indeholde en væsentlig del af de begrænsninger, tidligere forfattere havde indlagt i betingelsen uagtsomhed. Og den objektive afgrænsning af handlefriheden var særlig klart nødvendig ved en retshåndhævelse, der ikke forudsatte subjektive betingelser, f. ex. ved nødværge.

Læren skal nu skildres kort.

Goos opstillede den sætning, at al »Retshaandhævelse« forudsætter et objektivt retsbrud, hvorved han forstod en forstyrrelse i et retsbeskyttet gode, som i retlig forstand må siges at være bevirket ved en persons retstridige handling. Den retstridige handling opfattede han som den handling, der overskrider de af retsordenen dragne grænser for handlefriheden, og han søgte nærmere at bestemme, hvorledes grænserne måtte drages. En handling er ikke retstridig, blot fordi den viser sig at medføre et indgreb i et retsbeskyttet gode; men det må kræves, at den overskrider de for godets skyld dragne grænser for handlefriheden. Om handlingen er retstridig må derfor bero på selve handlingens egenskaber og kan ikke afhænge af, hvilke følger den i det enkelte tilfælde viser sig at få. Den blotte omstændighed, at handlingen udsætter et retsgode for fare, er langt fra i alle tilfælde tilstrækkelig til at gøre handlingen retstridig. I mange tilfælde beror handlefrihedens grænser på en »Afvejelse af Retssikkerhedens Krav paa den ene Side, den af Livet krævede Handlefrihed paa den anden Side,

en Afvejelse, hvis Udslag ikke beror paa logiske Bestemmelser¹⁾).

Han udvikler nærmere, at afgrænsningen må foretages på forskellige måder, men går kun nærmere ind på spørgsmålet om *afgrænsningen af handlefriheden overfor de selvstændige, udvortes retsgoders integritet*²⁾. Først undersøger han de »almindelige i Forholdets Natur hjemlede Grundsætninger«³⁾. Herom opstiller han enkelte særlige regler, bl. a., at handlingen ikke er retstridig, når den kun har evne til at forårsage skade ved tilstød af fremtidige uberegnelige begivenheder. Inden for de ved disse særlige regler dragne grænser, må det⁴⁾ komme an på »en Afvejelse af de to modstaaende Hensyns fornuftige Krav, paa den ene Side Fordringen paa en saadan Handlefrihed, som er fornøden for Opnaaelsen af Livsvirkomhedens berettigede Formaal, paa den anden Side en saadan Betyggelse for Rettighederne, som er Betingelse for en virkelig Retssikkerhed. Den uendelig vekslende Mangfoldighed, som fremtræder i først nævnte Henseende, medfører uundgaelig, at Udslaget af denne Afvejelse maa blive højst forskjelligt og at det vilde være et frugtesløst Forsøg, i én eller flere Sætninger, hvis Anvendelse blot skulde bero paa en logisk Subsumtion, at angive Grænselinjen. For enkelte bestemte Grupper af Livsforhold er det vel naturligt, at der efter Haanden under Erfaringens Indflydelse afsætter sig fastere Regler, som i ringere Grad blive paavirkede af ethvert individuelt Tilfældes konkrete Beskaffenhed; men til Gjengjæld bringer Livsudviklingen idelig ny Forhold frem, som paa ny rejse Spørgsmaalet, og de paa den en Gang vundne Erfaring og Kundskab byggede Regler skifte jævnlig under Indflydelsen af fremskridende Indsigt og rigere Erfaring, jfr. f. Eks. Lægevidenskabens. Hvad der under denne i Forholdets Natur grundede Umulighed af faste, intet Skjøn forudsættende Mærker, maa være Ledetraaden, kan efter Retslivets Krav paa en objektiv, almén tilgængelig, for alle lige Norm ikke være tvivlsomt. Det er det, som efter en almindelig Dom hos den større eller mindre Kreds, der efter det paagjældende Livsforholds Beskaffenhed kan komme i Betragtning, er en fornuftig og berettiget

¹⁾ Strafferet alm. Del s. 79.

²⁾ samme værk s. 158 ff.

³⁾ samme værk s. 161 ff.

⁴⁾ samme værk s. 190 ff.

Handlemaade under den objektivt foreliggende Situation, som maa bestemme Afgjørelsen. Det er den »Livets Regel« (Bar), som her maa følges. Den handler retmæssig, som har denne Dom for sig. Han har handlet, for at bruge Romerrettens Udtryk, som en bonus pater familias. Hans Handlemaade er objektivt forsvarlig. Gaar Dommen derimod imod ham, har han handlet uforsvarlig; der foreligger culpa i objektiv Forstand.

Den Opgave, som i forekommende Tilfælde maa løses i Henhold til det angivne Kriterium, er først den, om Handlingen over Hovedet kan være berettiget lige over for Rettighedernes Ukrænkelighed, dernæst, naar dette maa besvares bekræftende, om Betingelserne for dens Lovlighed.

I først nævnte Henseende medfører Livsvirksomhedens uendelige Forgrening og Handlingernes højst forskellige Betydning og Interesse for Livsformaalene et idelig vekslende Udslag af Afvejelsen, bevægende sig fra det ene Yderpunkt, at Handlingen er uretmæssig, naar den blot medfører nogen, om end fjærn og lidet sandsynlig — kun inden for de udviklede Grænser liggende — Fare for Forstyrrelse i en andens Retsgode, til det andet Yderpunkt, at Handlingen er retmæssig, skjønt den uundgaalig maa have en saadan Forstyrrelse til Følge. Ved hint Yderpunkt staa de Handlinger, hvilke efter den almindelige Dom ikke ere til nogen Nytte. Derefter kommer Rækken af de i og for sig nyttige Handlinger. Det stiller sig idelig saa ved disse, at de maa være lovlige, uagtet de medføre en Fare, der ikke ligger udenfor det, hvortil der i Retslivet tages Hensyn. Thi farlige i denne Forstand ere mange af Livets dagligdags Sysler og manges Erhvervs Virksomhed, som dog Livet ikke kan undvære. Bedømmelsen in concreto retter sig paa den ene Side efter Handlingens større eller mindre Nytte (»Vigtighed«), paa den anden Side efter Skadens større eller mindre Sandsynlighed. I samme Grad, som Nyttens stiger, stige Fordringerne til den Sandsynlighed for Skade, som maa til for at paalægge Pligten at undlade Handlingen. Igjennem denne Skala naas der endelig til det Punkt, hvor Handlingen maa erklæres for berettiget, uagtet Skaden er uundgaalig, fordi denne Skade ikke kan komme i Betragtning imod andre Onder, som Handlingen er egnet til at afværge. Derpaa beror f. Eks. den Berettigelse, der kan være for Lægen til at amputere et Lem for at frelse en saarets Liv, eller den Ret, en Skibsfører kan have til at sætte et Skib paa Land for at undgaa, at det forliser med Mand og Mus, o. s. fr.

I de Tilfælde, hvor Handlingen over Hovedet er lovlig trods Udsigten til, ja efter Omstændighederne Visheden om Skade, vil imidlertid Betingelsen altid være, at der ved i Værk Sættelsen handles forsvarlig og i Agt tages saadanne Forsigtigheds Regler, som maa kræves af en fornuftig og kyndig Mand. Dette er da i disse Tilfælde det andet Spørgsmaal, som maa besvares fra det angivne Synspunkt i Henhold til, hvad Erfaringens almindelig erkjendte Lære eller den særegne Kunsts godkjendte Regler tilsige¹⁾).

Derefter gør Goos rede for »Lovgivning og Retsanvendelse« og fastslår, at den med forholdets natur stemmende løsning må anses for gældende ret udenfor »de enkelte Forhold«, for hvilke lovgivningen »fastsætter mere præcise Regler«²⁾).

Dette er hovedindholdet af Goos's lære om retstridighed, der beror på, at handlingen medfører fare for en forstyrrelse af de nævnte ydre retsgoder³⁾).

Den lære, *Getz* udviklede, faldt i alt væsentligt sammen med Goos's, skønt den ikke var opbygget på Goos's almindelige synspunkter. Den behøver derfor ikke at skildres særskilt her. Enkelte afvigelser fra Goos berøres i det følgende⁴⁾).

Den ny lære vandt hurtigt sejr i Danmark og Norge. Den fik også betydelig tilslutning i Sverige, men her blev den aldrig eneherkende⁵⁾).

De forskellige forfattere var selvfølgelig ikke enige på alle punkter, men lige op til *Fredrik Stangs* fremstilling af læren i »Erstatnings-

¹⁾ Fremstillingen i *Goos* Den alm. Retslære I s. 327 ff drejer sig kun om handlefriheden overfor andre menneskers liv og helbred, men svarer ellers til strafferettens. Andre sider af læren om retsbrud omtales i Retslære II kap. VI.

²⁾ Strafferet alm. del § 11, særlig s. 226.

³⁾ På flere her ikke omtalte punkter fremsatte Goos meninger, der blev forladt af senere danske forfattere. Se bl. a. næste note.

⁴⁾ Den vigtigste vedrorte medvirken (delagtighed). Goos's lære herom er kort omtalt i min Erstatningsret s. 196. Den forbigås i det følgende, da den allerede blev forladt af *Jul. Lassen* i hans diputats Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed (1879). Lassen var først begyndt på en afhandling om meddelagtighed og var uafhængigt af *Getz* kommet til lignende resultater.

⁵⁾ I TFR 1909. 298 nævner *Hagerup* de talrige nordiske forfattere, der da havde givet læren tilslutning. Til listen kan fra det næste tiår føjes navnlig *Fr. Stang* samt *H. Ussing* i Skyld og Skade. En i hovedsagen afvisende vurdering gav *V. Sjögren* i Om rättsstridighetens former (1894) s. 134 ff.

ansvar« (1919) betragtede de danske og norske forfattere, der kom ind på emnet, sig som tilhængere af Getz's og Goos's lære, der ofte kaldtes den nordiske retstridighedslære.

Kort efter at Stang havde udsendt sit værk, kom der fra flere sider kraftige angreb på retstridighedslæren. Det meste af kritikken vil blive omtalt i forskellige senere afsnit, men da angrebene viser, at der er uenighed om, hvad de forskellige forfatters lære gik ud på, skal der straks søges skabt klarhed herover.

Per Augdahl, der åbnede rækken af angreb på læren i 1921¹⁾, har gjort gældende, at der er uklarhed med hensyn til »følgende kardinale spørgsmål:

1) Er det alene meningen at angi en *tendens* i vor positive ret, en tendens som mere eller mindre gennemført kan påvises i en række af de specielle normer, som regulerer handlefriheden i de forskellige livsforhold?

2) Eller er det meningen, at allerede synspunktet i sig selv skal være en norm, en generel og positiv retsregel?»

»Trods al uklarhed« mener Augdahl at kunne spore en bevægelse fra den under 1 nævnte synsmåde til den, der er nævnt under 2, en udvikling, der er sket gradvis og vistnok så at sige ubevidst, men som efter hans skøn sætter en nok så dyb kløft mellem den oprindelige lære og de nyeste fremstillinger af den.

Denne opfattelse kan ikke godkendes.

Det må indrømmes, at det ikke er let at fastslå, hvilken stilling *Getz* indtog. Han fremhæver den absolutte nødvendighed af at have en norm at gå efter og finder denne i den almindelige opfattelse, som igen har sit organ i skik og brug. Ville man ikke antage denne norm, »måtte dommeren, således som vistnok kun altfor ofte sker, selv veje de hensyn, hvorpå den objektive norm skulle være bygget, hvilket er at gøre loven, efterat det tilfælde, hvorpå den skal anvendes, er indtruffet«.

På grundlag af disse og andre udtalelser mener Augdahl at kunne slutte, at *Getz* med læren nærmest har villet angive tendensen i en række specielle normer. Dette kan jeg ikke være enig i. *Getz* fremhæver vel, at der er udviklet faste regler om enkelte klasser af måder at forvolde skade på, først og fremmest om undladelser.

¹⁾ Ret og Retskrænkelse, Kristiania 1921, især s. 11 f og 15 ff.

Men som han siger: »i det store hele taget kommer man nu vistnok dog ei langt på denne vei«. Normalt må handlefrihedsgrænsen drages efter den almindelige opfattelse og skik og brug. Og når han siger, at de praktiske hensyn, sandsynligheden for, at et retsbeskyttet gode krænkes, og handlingens interesse for det menneskelige samfund, fører til at kræve en vekslende sandsynlighed for at erklære handlingen retstridig, er dette sikkert først og fremmest en skildring af, hvad den almindelige opfattelse og skik og brug faktisk fører til efter hans praktiske vurdering.

Der bliver dog tilbage en vis uklarhed om disse objektive kilders forhold til afvejelsen af fare og interesse. Det ses, når Getz — ligesom Goos — hævder, at en i det ydre retmæssig handling ikke bliver retstridig ved at foretages i den hensigt at fremkalde den skadende følge. Getz støtter nemlig ikke dette på, at den almindelige opfattelse fører hertil, men udleder det som en ligefrem konsekvens af den fundne grundsætning, hvorefter der kræves en efter omstændighederne varierende grad af sandsynlighed, for at handlingen skal være forbudt af hensyn til sine mulige følger.

Hvad man nu end mener om Getz's stilling, er der ialfald ingen uklarhed hos Goos på dette punkt. Augdahl gengiver ordret de vigtigste dele af det sted, hvor Goos udvikler sin klassiske formel udførligst¹⁾, og erklærer derefter, at der her må være tale om et legislativt princip, noget som til hans skuffelse dog ikke er klart udtalt. Dette kan kun forklares ved, at Augdahl ikke har læst Goos's fremstilling i sammenhæng med fornøden omhu. De stykker, han citerer, findes i et afsnit (s. 162—192), i hvilket Goos udvikler »de almindelige, i forholdets natur hjemlede grundsætninger« om »handlefrihedens grænser lige overfor de selvstændige udvortes retsgoders integritet« (s. 161). Det udvikler altså først og fremmest den ideale ret. Men i det følgende afsnit (§ 11) siger Goos, at den med forholdets natur stemmende løsning også må anses for gældende ret uden for »enkelte forhold«, for hvilke lovgivningen »fastsætter mere præcise regler« (s. 226). Goos tilføjer, at »lovgivningen« anerkender det.

Allerede Goos står derfor klart på det standpunkt, som efter Augdahl skulle tilhøre den senere udvikling. Og de senere forfattere slutter sig i så henseende til Goos.

¹⁾ Strafferettens alm. Del s. 190 ff, der er gengivet fuldstændigere ovenfor.

At den almindelige grundsætning om retstridighed kun finder anvendelse, hvor lovgivningen ikke indeholder afvigende bestemmelser, stod fast for alle hovedforfatterne. — Det var en selvfølge efter datidens positivistiske syn, der først rokkedes af *Viggo Bentzon*. — Den eneste, der ikke siger det udtrykkeligt, er *Jul. Lassen*, hvis samlede fremstilling dog ikke efterlader nogen tvivl om, at han mener det samme.

Ragnar Knoph erkender da også¹⁾, at de fleste forsvarere af »interesseafvejelsesprincippet« er på det rene med, at princippet må vige for lov eller sædvaneret. Om Torp siges dog, at han vistnok mener, de specielle positive normer må vige, når de kolliderer med den almindelige regel om handlefriheden²⁾. Denne opfattelse af Torps standpunkt er imidlertid urigtig. Torp fremhæver flere gange udtrykkelig lovgivningens principale betydning³⁾. Knophs opfattelse støttes på Torps nødretslære. Den fornægter imidlertid ikke princippet om lovgivningen som principal retskilde, men går alene ud på at tolke nødretsreglen i den danske straffelov af 1866 § 41 således, at den ikke er udtømmende, hvorefter følger, at der udenfor dens grænser kan indrømmes nødret, hvor det stemmer med forholdets natur. Man kan mene, at Torps tolkning er urigtig⁴⁾, men man har ikke ret til at tillægge Torp den mening, at specielle lovregler i almindelighed kan sættes ud af betragtning, når de ikke giver et fuldkomment udtryk for det almindelige synspunkt.

Den herskende nordiske retstridighedslære gik derfor netop ud på, at den almindelige afvejelse kun er subsidær i den forstand, at den må stå tilbage for lovregler og sædvaneret⁵⁾.

Noget andet er, at forfatterne ytrer forskellige meninger om, hvor stort et område den almindelige grundsætning har efter gældende ret. Uenigheden herom viser sig navnlig i to retninger.

Der er for det første strid om, hvorledes området for den almindelige grundsætning praktisk skal afgrænses overfor de særlige regler. Nogle er tilbøjelige til at opstille færre og snævrere særregler end andre og vil til gengæld give den almindelige afvejelse

¹⁾ Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett s. 243.

²⁾ I. c. s. 241 f. I samme retning allerede *Hagerup* i TfR 1909. 330.

³⁾ Således Strafferettens alm. Del s. 251 f, 279.

⁴⁾ Se herom ndfr. s. 43 note 3.

⁵⁾ Sml. *Knoph* I. c. s. 243, 249 f.

større råderum. Bedst kendt er den strid, *Torp* rejste ved at hævde, at nødretsproblemet måtte løses efter den almindelige grundsætning¹⁾. — På dette punkt fulgte herskende lære *Goos's* modsatte mening²⁾. — Men det har også for andre grupper af tilfælde været omtvistet, om der burde dannes særregler eller tilfældene burde henføres under den almindelige grundsætning³⁾. Uenigheden på dette punkt hænger vel nok for en del sammen med, at forfatterne har haft forskelligt syn på det vanskelige retskildeproblem, hvor stor en plads friere retsdannelse burde have⁴⁾.

Dernæst har det været omtvistet, om den almindelige grundsætning gælder for handlinger, der skader eller truer et hvilket-somhelst retsgode, eller den har et snævrere område.

Goos fremsatte kun sin grundsætning som gældende for et bestemt område. Den regel, han udvikler i strafferetten, bestemmer kun handlefrihedens grænser overfor de selvstændige udvortes retsgoders integritet, og selv for dette område siger han klart, at reglen ikke gælder uden begrænsninger, men at den kun finder anvendelse, hvor der ikke er udviklet fastere regler enten i lovgivningen eller ad anden vej. *Getz* begrænser ikke sin undersøgelse på tilsvarende måde, men hans eksempler viser, at han først og fremmest har haft samme gruppe tilfælde for øje.

*Jul. Lassen*⁵⁾ og *Carl Torp*⁶⁾ lader derimod den almindelige grundsætning, som bygges på *Goos's* lære, omfatte alle tilfælde, hvor der spørges om handlefriheden overfor de retsgoder, som retsordenen anerkender, og *Fredrik Stang*⁷⁾ følger samme linie.

Denne mægtige udvidelse af den almindelige grundsætning vandt dog ikke tilslutning hos alle. *Viggo Bentzon* vendte tilbage til *Goos's* linie og opstillede kun de almindelige grundsætninger om ret-

¹⁾ TfR 1897. 45 ff, Strafferettens alm. Del s. 264 ff.

²⁾ *Goos* Den alm. Retsslære II s. 507 ff. Se iøvrigt ndfr. s. 43 note 3.

³⁾ Se herom ndfr. VIII s. 70 f og 76.

⁴⁾ Se herom ndfr. s. 68 f.

⁵⁾ *Lassen* I § 28.

⁶⁾ *Torp* Strafferet alm. del §§ 23 og 24. Det er iøvrigt ikke helt klart, hvorledes lærens område afgrænses. *Jul. Lassen* talte om forstyrrelse af retsgoder, *Torp* i Strafferetten om »bestaaende Retsgoder«, men i TfR 1928. 252 bruger han snævrere udtryk som »bestemte bestaaende Retsgoder« og »et konkret Retsgode«. Hans ytringer sammesteds viser iøvrigt, at han selv indser, at den heri liggende begrænsning er uklar.

⁷⁾ *Stang* Erstatningsansvar § 7.

stridighed for, hvad han kaldte integritetskrænkelser, d. v. s. krænkelser af de ydre retsgoder ved ødelæggelse eller beskadigelse¹). Og i min disputats »Skyld og Skade« (1914) gav jeg udtryk for tvivl overfor den videregående lære. Det fremhævedes, at det kun på integritetskrænkelsernes område stod fast, at afvejelsen var overladt til domstolenes frie skøn²). Den opfattelse, at lærens værdi lå på dette område, er også baggrunden for min fremstilling af erstatningsretten, hvor jeg kun udnytter retstridighedslærens praktiske indhold i den udførlige undersøgelse af reglerne om integritetskrænkelser³).

Sammenligner man nordisk lære med den tyske, er hovedforskellen, at vore forfattere forsøgte på at forme almindelige grundsætninger, der praktisk kunne vejlede ved afgørelsen af, hvilken adfærd der er retstridig. Tysk litteratur fra den omtalte periode gav mange værdifulde bidrag til at bestemme, under hvilke betingelser retstridighed var udelukket af særlige »Rechtfertigungsgründe«. Men bortset herfra var forfatterne optaget af striden om selve retstridighedsbegrebet, og de blev stående ved et rent formelt begreb.

Først en menneskealder efter at Goos havde fremsat sin lære, tog tysk retsforskning fat på opgaven at finde almindelige grundsætninger om, hvilke handlinger der er retstridige. Det var nyere retninger inden for strafferetsvidenskaben, der rejste spørgsmålet, og en række forfattere udviklede en lære om *materiel retstridighed*⁴). Denne lære fik imidlertid kun praktisk interesse for udbygningen af de særlige »Rechtfertigungsgründe«. Bortset herfra er tysk teori i hovedsagen blevet stående ved det standpunkt, dansk teori indtog før Goos. En handling, der medfører indgreb i en rettighed eller i retsgoder som liv eller helbred, anses som retstridig i alle tilfælde, hvor der ikke foreligger en af de særlige »Rechtfertigungsgründe«.

¹) Almindelig Retslære (1904) §§ 44-46, især s. 130 og 133.

²) Se s. 18, jfr. s. 4. og s. 11 note 1.

³) Erstatningsret (1937) § 4.

⁴) Dette begreb synes først at være brugt af *von Liszt*. Se iøvrigt om hele denne retning *Ernst Heinitz* *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit* (1926). Hvis de deri givne oplysninger er rigtige, blev *von Liszt*'s lære fremsat i 1903, altså omtrent samtidig med, at *Carl Torp* kort fremstillede nordisk lære i *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* XXIII s. 84-105.

Dette standpunkt betragtes i almindelighed som godkendt i Bürgerliches Gesetzbuch § 823, stk. 1, hvorefter erstatningspligt rammer den, som, forsætlig eller uagtsomt, retstridig krænker en andens liv, legeme, sundhed, frihed, ejendom eller rettighed¹⁾.

IV

RETSTRIDIGHEDSBEGREBET

Udtrykket »widerrechtlich« synes at have fundet indgang i tysk retssprog omkring 1800²⁾. Snart efter bruges også ordet »rechtswidrig«³⁾. De to udtryk er vistnok altid blevet opfattet som enstydig. Hvad de betød, blev imidlertid ikke klart fastslået. Tilsyneladende bruges de forskelligt af de to hovedretninger i datidens litteratur, den såkaldte naturret og den i Tyskland gældende romerske ret. Naturretsforfatterne bruger navnlig udtrykket »widerrechtliche Beschädigung«⁴⁾. Her synes widerrechtlich først og fremmest at dække over den tanke, at beskadigelsen krænker skadelidendes ret, d. v. s. en rettighed, som han havde. I fremstillingerne af tysk-romersk ret knyttes udtrykket hyppigt til handling og tages oprindelig som enstydigt med *injuria*, der atter forstås som (retlig) skyld, omfattende *dolus* og *culpa*. Samtidig synes det retstridige at blive opfattet som det, der strider mod loven, d. v. s. retsreglerne⁵⁾. Allerede i 1815 indfører en forfatter en sondring mellem »subjektive Wider-

¹⁾ Se f. eks. *Oertmann* Kommentar zum BGB, II, Schuldverhältnisse, 5. Aufl. § 823 Anm. 7, *Enneccerus* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Schuldverhältnisse, 12. Bearb. von *H. Lehmann*, § 228. II, *Nagler* i Festschrift für Karl Binding 1911, II s. 368 f.

²⁾ Jeg har ialtfald fundet det brugt i værker fra 1806 og 1809, se note 5 og 4 ndfr., og allerede 1811 har ordet vundet indgang i lovsproget. Det bruges i den almindelige borgerlige lovbog for Ostrig §§ 1294 og 1301, der handler om pligten til at betale skadeserstatning.

³⁾ Således *Fr. Hänel* Versuch einer . . . Darstellung der Lehre von dem Schadenssatze nach heutigem Römischem Rechte (1823) § 9.

⁴⁾ *Hugo* Lehrbuch eines civilistischen Cursus, II, Naturrecht, 3. udg. (1809) i overskriften til §§ 339-42. Om naturrettens opfattelse kan iøvrigt henvises til *Alf Ross* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren s. 325 ff.

⁵⁾ Se *Hugos* nævnte værk, IV, Pandecten, 4. udg. (1810) § 196, *Hänel* l. c. § 9 jfr. § 11, *Franz Schoeman* Lehre vom Schadenssatze (1806) I s. 46. *Joh. Chr. Hasse* Die Culpa des römischen Rechts (1815) nævner i § 1 som den almindeligste betydning

rechtlichkeit«, der svarer til erstatningsrettens skyld (*culpa* i vid forstand), og »objektive Widerrechtlichkeit«, der adskiller sig fra den subjektive ved, at de »subjektive« skyldelementer er skåret bort¹⁾.

Udtrykket *retstridig*²⁾ er vistnok indført af A. S. Ørsted. Han bruger det i skiftende betydning, oprindeligt som ensbetydende med skyld³⁾, men i sin fremstilling af reglerne om skadeserstatning i håndbogen optager han udtrykket »objektivt retstridig« om handlinger, som den handlende har været uberettiget til, og som modsætning til retmæssig handling, lovlig handling⁴⁾. Udtrykket må forstås på lignende måde som det tilsvarende hos Hasse. Når senere danske forfattere skriver retstridig (uden tillægsord), mener de objektivt retstridig i Ørsteds forstand.

I senere tysk litteratur har der været ført megen strid om den rette forståelse af ordet widerrechtlich.

Sproglig betyder ordet — ligesom det danske retstridig — det, der strider mod retten. Men da ordet ret betyder to ting, dels retsorden, d. s. v. alle gældende retsregler eller, hvad man kalder den objektive ret, dels rettighed, der også kaldes subjektiv ret, får ordet retstridig også to betydninger. Det kan betyde dels, hvad der strider mod retsordenens regler, dels hvad der strider mod en eller anden rettighed. Ordet er da også blevet brugt snart i den ene, snart i den anden betydning, ikke sjældent i begge på eengang ud fra den

af culpa »ein Vegehen gegen Recht und Gesetz, eine widerrechtliche Handlung«, se også s. 20 »Wenn ist schädliches Thun widerrechtlich, oder was dasselbe sagt, wenn ist es Culpa?«.

¹⁾ Hasse l. c. §§ 10 og 11. Der ses ialfald bort fra, om handlingen ikke kan lægges den handlende til last på grund af hans utilregnelighed eller ringere åndelige udrustning iøvrigt.

²⁾ Ordet skrives således af vore vigtigste forfattere, men i de sidste menneskealdre skriver mange »retsstridig«, se herom U 1933 B. 334 f, 1934 B. 14 f, hvortil kan føjes, at *Vinding Kruse* i Retslæren I skriver retstridig. Det er sandsynligt, at ordet er dannet som modstykke til retmæssig, inspireret enten af tysk »widerrechtlich« eller af fransk »contraire au droit«, der havde været i brug længe før 1800. »Rechtswidrig« har jeg ikke set brugt før 1823, jfr. s. 32 note 3, altså nogle år efter at Ørsted havde brugt retstridig. Det franske udtryk har samme dobbelte betydning som de andre ord. — Dette til berigtigelse af udtalelserne i *Per Augdahl* Nødverge s. 29.

³⁾ Således i *Eunomia* II s. 75 i noten, sml. udviklingen i *Archiv for Retsvidenskaben* III s. 18.

⁴⁾ Håndbog over den danske og norske lovkyndighed, V, (1832) s. 5.

opfattelse, at det, der strider mod retsordenens regler, også strider mod en retlighed og omvendt.

I nyere tysk litteratur er det almindeligt at forstå widerrechtlich som stridende mod retsreglerne.

Blandt tilhængerne af dette retstridighedsbegreb var det imidlertid længe omstridt, om det retstridige var det samme som skyld eller noget i den retning, eller om det svarede til, hvad man kalder objektivt retstridigt.

Den subjektive retning havde i forrige århundrede ikke ringe tilslutning inden for strafferetten. Dens fader var *Adolf Merkel*¹⁾, der begrundede sin lære med, at retten var et indbegreb af påbud og forbud, og at dens bud kun kunne krænktes ved tilregnelige menneskers vilje. I dette århundrede er det objektive retstridighedsbegreb dog blevet herskende også inden for strafferetten. I civilretten har det været fremherskende, lige siden *August Thon* i 1878 tog afstand fra Merkels lære. Det retstridige forhold bestemmes nu i almindelighed som et forhold, der misbilliges eller forkastes af retsordenen²⁾.

Merkels lære fik ikke tilslutning hos os, og de stridigheder, den affødte, forplantede sig heldigvis ikke til *nordisk litteratur*.

Spørgsmålet om retstridighed betyder stridende mod objektiv ret eller stridende mod en subjektiv ret, kom heller aldrig i forgrunden hos os. Det berøres hverken af de danske hovedforfattere eller af de ældre norske forfattere. *Goos* og hans nærmeste efterfølgere brugte fortrinsvis definitioner som denne: »retstridig er den handling eller undladelse, som overskrider de retlige grænser for handlefriheden«³⁾. *Getz* brugte flere steder udtrykket forbudt i stedet for retstridig, og flere senere forfattere definerer den retstridige handling som den handling, der er forbudt af retsordenen⁴⁾. Der er ingen tvivl om, at *Goos* og hans efterfølgere betragtede det ret-

¹⁾ Ovfr. s. 22 note 1.

²⁾ Se bl. a. *Nagler* i Festschrift für Karl Binding (1911) s. 315. *Aug. Thon* Rechtsnorm und subjektives Recht taler ikke om Widerrechtlichkeit, men fastslår, at visse af de såkaldte uretsfølger indtræder uden subjektive betingelser, hvormed praktisk er bevist, hvad der skulle opnås ved at antage en objektiv uret. Blandt nyere civilretsforfattere må nævnes *H. A. Fischer* Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts (1911).

³⁾ Tilsvarende også *Fredrik Stang* Erstatningsansvar s. 100.

⁴⁾ Se *Getz* i Juridiske afhandlinger, f. ex. s. 52 og 53, *Vinding Kruse* i TfR 1925. 273 ff, *Stang* Erstatningsansvar s. 101 f, *Knoph* Hensiktens betydning s. 17.

tridige som noget, der stred mod retsreglerne. Men ialfald den retstridige handling, der afføder erstatningsansvar, anså de tillige som stridende mod skadelidendes ret¹⁾.

Goos og hans nærmeste efterfølgere brugte navnlig udtrykket retstridig om handlinger, hvis retstridighed beroede på, at handlefriheden blev begrænset af hensyn til andre menneskers retsgoder. *Torp* anså endog denne brug af ordet som den tekniske i vor litteratur²⁾. Senere forfattere både fra Danmark og Norge bruger imidlertid retstridig i samme vide betydning som den, hvori herskende tysk lære nu tager widerrechtlich, altså om alt hvad der strider mod retsreglerne³⁾.

Om alle de nævnte definitioner gælder det imidlertid, at de ikke egner sig til at bruges i det praktiske retsliv. Teorierne siger ikke, hvorledes det skal afgøres, om en bestemt handling er i strid med retsreglerne, forbydes, misbilliges eller forkastes af retsordenen, eller hvorledes grænserne for handlefriheden udfindes. Udtrykket forbudt af retsordenen dækker egentlig kun de tilfælde, hvor der kan påvises et udtrykkeligt forbud mod en handling. Men der er enighed om, at retstridighedsbegrebet omfatter langt flere handlinger.

Disse vanskeligheder førte mig i sin tid ind på den tanke at bestemme det retstridige som enhver handling eller undladelse, som retsordenen modvirker på en eller anden måde, f. ex. ved straf, erstatning eller forebyggende retsmidler. Denne definition var dog ufyldestgørende. En vis art handlinger kan modvirkes gennem retsregler, uden at man betragter handlingerne som retstridige. Det overså jeg ikke, men jeg mente, at de retstridige handlinger havde

¹⁾ Således bl. a. *Jul. Lassen* I § 27, § 28. I. Sml. *Goos* Den alm. Retslære II s. 512 f.

²⁾ *Strafferet* alm. del 215 note 3, TfR 1928.252. Han vil selv fastholde den af historiske grunde, skønt den kan kritiseres. *Torps* udtalelser om *Goos* er dog unøjagtige. *Goos* bruger flere steder retstridig i en videre betydning således i *Alm. Retslære* s. 348 f om forsøgs- og meddelagtighedshandlinger. Hans fremstilling synes også at forudsætte, at undladelser, der kan straffes som delicta sui generis, er retstridige. Han kalder dem retsbrud. Dette udtryk bruges også om krænkelser af præventive love, se *Strafferet* alm. del s. 159 i noten, jfr. s. 38 f. Flere steder bruges udtrykket »retstridige i sig selv« om de handlinger, der er retstridige efter *Torps* terminologi, således *Retslære* I s. 348, hvor de stilles i modsætning til handlinger, der er »i og for sig retmæssige« eller »isoleret betragtet retmæssige«. Se fremdeles *Bentzen* *Alm. retslære* s. 129.

³⁾ Skyld og Skade § 1, *Stang* l.c. § 7. I og III, *Knoph* l. c. § 1.

det særkende, at retsordenen søgte at modvirke den enkelte handling og om muligt at forhindre den helt. Heller ikke dette kriterium er dog fyldestgørende. Det karakteristiske for den modvirkning, der betinger retstridighedsdommen, kan derimod søges i, at den almindelige gennemførelse af de modvirkende retsregler af almenheden føles eller opfattes som en misbilligelse eller fordømmelse af handlingen¹⁾. Heraf følger atter, at den enkelte retstridige handling for den almindelige opfattelse allerede i det øjeblik, da den foretages, står som utilladelig eller — om man vil — som forbudt.

Hvorvidt retstridighedsbegrebet skal være »subjektivt« eller »objektivt«, har nordisk teori heller ikke spildt megen kraft på. Med en enkelt undtagelse²⁾ har vore forfattere afvist det subjektive retstridighedsbegreb, der identificerer retstridighed og skyld eller dog til retstridighed kræver personlig tilregnelighed. Men blandt tilhængerne af det objektive begreb har der været uenighed. De fleste danske forfattere har foretrukket at lade retstridighedsbedømmelsen ske på rent objektivt grundlag, d. s. v. på grundlag af samtlige relevante kendsgerninger, som forelå i handlingens øjeblik³⁾. Norske forfattere tager som grundlag de kendsgerninger, som den handlende eller en fornuftig person i hans sted kunne iagttage i handlingens øjeblik⁴⁾.

Efter denne oversigt over hidtidig terminologi skal det nu fastslås, *hvorledes ordet retstridig bruges i det følgende.*

Når udtrykket skal bruges i en fremstilling af gældende ret, må dets betydning bestemmes således, at udtrykket får værdi for fremstillingen. Dette kræver klarhed over undersøgelsens formål⁵⁾.

¹⁾ Fremstillingen herom i Skyld og Skade er uklar, se herom og om kritikken Erstatningsret s. 83.

²⁾ *Vinding Kruse* i Retslæren I s. 302 f jfr. 340, hvor det udtrykkelig kræves, at den handlende er tilregnelig.

³⁾ Således *Goos* Strafferet alm. del s. 168 ff, Lassen I § 28.I, *Torp* Strafferet alm. Del. s. 257, hvor »relevante« er et forbehold om, at sætningen ikke afgør, om der skal tages hensyn til den handlendes forsæt eller hensigt, se herom ndfr. IX. Torps klare sondring afværgede uheldige følger af, at objektiv og subjektiv bruges i skiftende betydning, jfr. herom *Vinding Kruse* Retslæren I s. 298.

⁴⁾ Således *Platou* Privatrechts alm. del s. 523, *Stang* l. c. s. 109 smh. m. s. 79 ff, *Knoph* l. c. s. 31 ff. I samme retning allerede den danske forfatter *C. Kraft* Om Hovedprincipperne for den formueretlige Anordning (1881) s. 84 ff.

⁵⁾ Jfr. *G. Astrup Hoel* Den moderne retsmetode s. 139.

Målet er at undersøge, om der kan gives en almindelig retstridighedslære, og det vil atter sige, om en almindelig retstridighedslære kan kaste lys over spørgsmål, der er fælles for flere grene af retssystemet.

Det praktiske problem, retstridighedslæren sysler med, vedrører betingelserne for en række retlige reaktionsregler, der modvirker menneskelig adfærd således, at vedkommende handling stemples som utilladelig i den almindelige opfattelse. De reaktioner, der har denne karakter, vil jeg betegne som retshåndhævelse.

Til dem hører ialfald straf, erstatningsansvar efter culpapreglen eller snævrere regler, samt retsligt forbud, d. v. s. forbud ved dom eller ved et fogedforbud, der ikke ophæves som ulovligt. I reglen anses også forskellige slags afværgende retshåndhævelse og navnlig nødværge som betinget af angrebets retstridighed. De fleste landes love giver kun hjemmel for nødværge over for retstridige angreb. Den danske straffelovs § 13 bruger udtrykket »uretmæssigt«, der tolkes som retstridigt. Men det må betragtes som dansk rets regel, at et forsvar, der medfører skade, kan være retmæssigt over for visse angreb, der ikke er retstridige i herskende læres forstand, således ialfald over for dyrs angreb¹⁾.

Blandt de andre slags retshåndhævelse, som private borgere kan få iværksat ved domstolenes hjælp, kan nævnes mortifikation af ærefornærmende sigtelser og af nedsættende ytringer, der ikke kan straffes som ærefornærmelser²⁾, samt forfatterens ret til at kræve foranstaltninger, som hindrer brug af eksemplarer af hans værk, der er trykt i strid med forfatterloven, eller materiale til eftergørelse³⁾.

Vigtigst af retshåndhævelsesbetingelserne er de betingelser, der vedrører den menneskelige adfærd, hvortil de retlige reaktioner knyttes. Men det er ikke alle betingelser vedrørende denne adfærd, der er fælles. Der er stor forskel på de krav, der stilles i, hvad man plejer at kalde subjektiv retning. Straf kræver oftest forsæt og i alle tilfælde en individuel skyld. Erstatningsansvar kræver ikke individuel skyld, men ialfald en adfærd, der gennemsnitlig er skyld. Retsligt forbud og visse andre reaktioner kan efter herskende lære anvendes selv over for en person, hvis handling måtte kaldes

¹⁾ Jfr. *Krabbe* Borgerlig Straffelov (4. udg.) s. 152 II, Erstatningsret s. 57.

²⁾ *Krabbe* l. c. s. 639 f.

³⁾ Jfr. L. 149 26 april 1933 § 16.

forsvarlig, når den blev bedømt på grundlag af de kendsgerninger, der var tilgængelige for hans iagttagelse i handlingens øjeblik eller for en anden person i hans sted. Alt dette har retstridighedslærens tilhængere selvfølgelig indset. Men de mener, at der bliver et vist fælles grundlag tilbage, og dette er netop handlingens retstridighed.

Vil man herefter vælge en bestemt betydning, synes det hensigtsmæssigst at bestemme det retstridige som den for al retshåndhævelse fælles betingelse vedrørende den menneskelige adfærd, hvortil der knyttes retlig reaktion.

Denne bestemmelse falder ikke helt sammen med den definition, der blev nævnt ovenfor, hvorefter den menneskelige adfærd kaldtes retstridig, når den efter gældende ret kan mødes med retlige reaktioner og derfor i den almindelige opfattelse betragtes som utiladelig. Men da det endelige valg af definition ikke kan foretages, før de vigtigste praktiske spørgsmål er undersøgt, og da den nys nævnte definition uden skade kan bruges i den følgende fremstilling, vil jeg foreløbig lægge den til grund. Ved undersøgelsens slutning (ndfr. XII) skal der så tages stilling til, om det er hensigtsmæssigt at ændre definitionen.

V

LUNDSTEDTS PRINCIPIELLE KRITIK

Når retstridighedsbegrebet bestemmes på den nys nævnte måde og dermed gøres afhængigt af, at handlingen eller undladelsen giver adgang til retlige reaktioner, der almindelig opfattes som misbilligende eller fordømmende, bliver begrebet rent formelt. Det giver ingen oplysning om, under hvilke betingelser en handling eller undladelse er retstridig. Det synes derfor ikke at kunne bruges til andet end som led i en overskrift over en undersøgelse af de forskellige retlige reaktioner, der opfattes som en misbilligelse eller forkastelse af uønskværdig menneskelig adfærd.

I litteratur og lovgivning bruges retstridighedsbegrebet imidlertid på en helt anden måde, nemlig til at betegne en betingelse for forbud eller nødværge, for at pålægge straf eller erstatningsansvar. Spørgsmålet bliver derfor, hvad meningen er hermed. Er der overhovedet

nogen mening i at sige, at retstridighed er en betingelse for erstatningsansvar eller straf?

Dette benægter *Lundstedt* energisk. Først udvikler han, at der ikke er nogen mening i at kalde en handling retstridig, medmindre samfundet til sit krav om undladelse knytter visse skadelige retsvirkninger, en vis reaktion, og at den reaktion, som må ligge i selve retstridigheden ikke kan være andet end tvangen til at betale erstatning. Men deraf følger, at der ingen mening er i at sige, at retstridighed er en betingelse for erstatningsansvar. Thi for at afgøre, om handlingen er retstridig, må man først vide, om den pådrager erstatningsansvar¹⁾.

Der er forskellige overdrivelser heri²⁾, men i hovedsagen har *Lundstedt* ret. Et retstridighedsbegreb af denne type er tomt. Det er imidlertid ikke noget, *Lundstedt* har opdaget. Erkendelsen deraf ligger vel bagved den i tysk litteratur almindelige karakteristik af herskende læres retstridighedsbegreb som formelt³⁾. Og dengang jeg i 1914 uden direkte forbillede som den første i vor litteratur gav en definition af retstridighed, der lagde vægten på, om retsordenen modvirkede handlingen ved et eller andet retsmiddel, var jeg ialfald på det rene hermed og gav udtryk herfor⁴⁾.

Men tilbage står spørgsmålet, om der er mening i at opstille et sådant begreb.

Herom må først siges, at retslitteraturen ofte bruger rent formelle definitioner. Som klassisk eksempel kan nævnes *Jul. Lassens* bestemmelse af det romerske begreb *possessio* som det forhold, der er udrustet med den possessoriske interdiktsbeskyttelse. Formålet med slige definitioner er at sætte navn på noget, som senere bestemmes reelt. Og brugen af slige formelle definitioner kan være praktisk, hvor den reelle undersøgelses resultater ikke kan samles i en enkel definition.

¹⁾ TfR 1923. 60, Nordiska Juriststämman, 1926, s. 210, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, I, s.181 ff. Hovedtanken er allerede udviklet i Principinledning (1920) s. 13-15.

²⁾ Se bl. a. *Andenæs* Straffbar unnløstelse s. 183 f.

³⁾ Allerede Graf zu *Dohna* udtaler tanken i Die Rechtswidrigkeit (1905) s. 19. Der kan også findes beslægtede udtalelser hos franske forfattere.

⁴⁾ Skyld og Skade s. 14. Om min ældre definition se iøvrigt Erstatningsret s. 83 med omtale af *Lundstedts* kritik.

I og for sig er der altså ikke noget diskvalificerende i, at retstridighed defineres rent formelt. Men det er på den anden side klart, at dette retstridighedsbegreb ikke kan bruges til bestemmelse af de nærmere betingelser for de forskellige retlige reaktioner. Dette er da også blevet gjort gældende ikke blot af *Lundstedt*, men af en række andre nordiske forfattere¹⁾. — Hvis retstridighed skal være en betingelse for en eller flere sanktioner, må begrebet have et materielt indhold, d. v. s. der må kunne opstilles regler om, under hvilke betingelser en menneskelig adfærd er retstridig. Derfor bliver en undersøgelse af, om dette er muligt, afgørende for dommen om begrebets værdi.

Lundstedt har iøvrigt angrebet retstridighedslæren i almindelighed udfra andre synspunkter.

Han har gjort gældende, at en handlings retstridighed efter herskende lære betyder, at handlingen strider mod fra samfundet udgående retlige forbud eller befalinger. På dette grundlag fælder han hele læren ved at henvise til, at der ikke eksisterer retlige bud eller befalinger²⁾.

Dette angreb er forfejlet ialfald for nordisk retstridighedslæres vedkommende.

Retstridighedslæren behøver ikke at støtte sig til den opfattelse, at alle retsregler er befalinger, og grundlæggerne af den danske lære byggede ikke på den.

Det er således klart, at *Goos* ikke hyldede befalingsteorien, og det hænger sandsynligvis sammen hermed, at han ikke brugte udtrykket »forbudt« i sin retstridighedsdefinition, men valgte udtrykket »overskrider de retlige grænser for handlefriheden«³⁾.

Lundstedts kritik kan få en vis berettigelse derved, at adskillige forfattere definerer retstridig som forbudt⁴⁾. Men brugen af denne definition giver ikke udenvidere føje til at antage, at de pågældende forfattere bygger på teorien om, at loven er en befaling til borgerne. De fleste af dem har sikkert ikke tænkt på at lægge

¹⁾ Således skarpt *G. Astrup Hoel* Den moderne retsmetode (1925) s. 140 f, *Alf Ross* Virkelighed og Gyldighed kap. XIII, især s. 365 f, 337, *Andenæs* l. c. s. 175 ff, *Vinding Kruse* Retslæren I s. 285 f. Imod *Lundstedt Torp* i TIR 1928. 244 ff.

²⁾ Se bl. a. *Nordiska Juriststämman* s. 207 ff, *Die Unwissenschaftlichkeit* I s. 176 ff.

³⁾ Jeg holdt mig med vilje klar af befalingsteorien i *Skyld og Skade* § 1.

⁴⁾ Jfr. ovenfor s. 34 note 4.

denne teori til grund og har navnlig ikke ladet teorien få indflydelse på deres behandling af de praktiske retsspørgsmål.¹⁾

Med større ret kan det hævdes, at retstridighedsbegrebet er påvirket af en opfattelse af retten, som ikke kan lægges til grund for retsvidenskabelige undersøgelser. *Goos* byggede på den opfattelse, at retsordenen havde en ideel, etisk gyldighed, og lignende anskuelser har sikkert andre tilhængere af retstridighedslæren haft²⁾. Retsvidenskaben kan imidlertid ikke tage stilling til, om der kan opstilles gyldige etiske regler, og om disse regler godkender den gældende retsorden. Det er problemer, hvorom enhver retsforsker kan have sin mening eller tro, og hans personlige syn kan få betydning for de standpunkter han tager i sit praktiske virke, f. eks. som lovgiver. Men i en retsvidenskabelig undersøgelse må forfatteren se bort herfra.

Imidlertid har hverken *Goos* eller hans efterfølgere tabt følingen med gældende ret. I virkeligheden har deres arbejde først og fremmest været rettet på at skabe klare linier i fremstillingen af gældende ret, og deres resultater er i det store og hele næppe blevet skadelig påvirket af deres syn på rettens væsen. Dette vil fremgå af det følgende.

Også i andre retninger kan de ældre forfatters metode kritiseres. Derfor må de grundsætninger, de opstillede, granskes med vågen kritik. I det følgende skal de prøves. Opgaven skal være at undersøge, hvorvidt der kan dannes almindelige regler om, hvilke handlinger der er retstridige.

Undersøgelsen følger ikke sædvanlig systematik, men søger at belyse de vigtigste praktiske problemer. Først omtales reglerne om nødværge og andre særlige omstændigheder, der udelukker de sædvanlige retlige reaktioner (VI). Dernæst rejses spørgsmålet, om der kan opstilles grundsætninger, der gælder for alle slags handlinger, om, hvad der er retstridigt (VII). Derefter prøves nordisk læres bidrag til at bestemme, hvilke handlinger der er retstridige, fordi

¹⁾ *Lundstedt* fremfører en række andre argumenter mod retstridighedslæren, men det er overflødigt at omtale dem, da de alle hviler på samme synspunkt som hovedargumentet.

²⁾ Herom henvises navnlig til *Ross Virkelighed og Gyldighed* kap. XIII. Mod opfattelsen af retten som en realitet, der kan konstateres, også *G. Astrup Hoel* Den moderne retsmetode s. 133 ff.

handlingen kan medføre legemlig skade på person eller ting (VIII). Fremdeles omtales det særlige spørgsmål, om en ellers retmæssig handling bliver retstridig blot ved, at den foretages med skadeforsæt, (IX) samt spørgsmålet om undladelsers retstridighed (X). Endelig efterprøves læren om, at retstridigheden må bestemmes i forhold til bestemte goder (XI).

VI

SÆRLIGE RETMÆSSIGHEDSGRUNDE

Arbejdet på at bestemme, hvad der praktisk ligger i retstridighedsbetingelsen, er blevet taget op lidt efter lidt. Det begyndte med, at forfatterne, navnlig i strafferetten, undersøgte de fra ældre tid kendte særlige grunde, der udelukker straf eller erstatning.

Fra gammel tid har straffelovene indeholdt regler om *nødværge*¹⁾. Da retstridighedsbegrebet kom i brug, fandt man ud af, at nødværgehandlingen ikke var retstridig, og det hævdedes selv af dem, der i retstridighed så en rent objektiv ansvarsbetingelse.

Denne lære var et fremskridt i forståelsen af grunden til, at straf (og anden retshåndhævelse) var udelukket. I visse tilfælde kan ansvarsfrihed for den, der udøver nødværge, tænkes begrundet i, at den ham truende fare ophæver hans tilregnelighed. Men man var nået til erkendelsen af, at straf faldt bort i nødværgesituationen, selv om situationen ikke berøvede den handlende evnen til fornuftlig beslutning.

Allerede vore gamle love giver udtryk for, at nødværge er lovligt²⁾. Det er derfor ikke så mærkeligt, at vore juridiske forfattere, såsnart retstridighedsspørgsmålet dukkede op, udtalte sig for, at nødværgehandlingen ikke var retstridig³⁾.

¹⁾ Se herom f. ex. *Per Augdahl* Nødværge, særlig § 3.

²⁾ *Jydske Lov* III. 22, der handler om drab, slutter således: »Den, der værgede sig, være sageslos, for enhver har med fuld ret lov til at værgе sig selv.« I *Danske Lov* hedder det i 6-12-1: »Det skal være een hver, som voldeligen overfaldes tilladt at værgе sig selv, sit eget liv, eller sit eget gods«.

³⁾ *A. S. Orsted* opfattede forholdet på denne måde. Dette ses bl. a. af *Eunomia* III s. 1 f. og 4, hvor nødværge nævnes som et af de tilfælde, hvor der ikke foreligger manddrabsforbrydelse, og dette begrundes med, at det til manddrab kræves, at

Denne opfattelse blev efterhånden almindelig både i Tyskland og i Norden, og den blev fastholdt i litteraturen, skønt flere nyere straffelove ikke optog læren, men nøjedes med at fastslå, at nødværgehandlingen ikke kunne straffes.

Læren om, at nødværgehandlingen var tilladt eller retmæssig, beroede reelt på, at nødværgesituationen medførte, at der efter en retlig vurdering overhovedet ikke var grund til at misbillige handlingen og søge den forebygget ved en sanktionsregel.

På lignende måde anvendtes retstridighedslæren efterhånden på andre særlige omstændigheder, hvorom det var fastslået, at de udelukkede straf.

I de såkaldte *nødretstilfælde*, d. v. s. ialfald hvor en skadevoldende handling er nødvendig til afværgelse af overhængende fare for en persons liv eller helbred, anerkendtes det således, at straf var udelukket, men det var længe omtvistet, om nødretshandlingen var retmæssig. Dette hang måske sammen med, at man indså, at der kunne være tale om at give den skadelidende krav på erstatning for den skade, nødretshandlingen påførte ham.

Her i landet betragtede allerede A. S. Ørsted nødretshandlinger som retmæssige¹). Efter retstridighedslærens fremkomst tog *Carl Torp* nødretsproblemet op. Han tolkede reglen i Dansk Straffelov af 1866 § 41 således, at den ikke udelukkede anerkendelsen af en videregående nødret ud fra almindelige retsgrundsætninger, og hævdede, at der ikke var brug for nogen særlig nødret, da nøds-handlingers retmæssighed kunne udledes af de almindelige grund-sætninger om handlefriheden²). Denne lære blev dog afvist af vore andre forfattere³), og efter at straffeloven af 1930 har givet en ny

handlingen var »uretmæssig«, eller at »man har været uberettiget til at berøve en anden livet«. Se også *J. E. Larsen* Samlede skrifter, II afd., II bind, Førelæsninger over den danske Obligationsret § 171. Iøvrigt kan henvises til *Per Augdahl* Nødverge s. 3 f.

¹) Se Archiv for Retsvidenskaben III s. 65—67. I Håndbog over den danske og norske Lovkyndighed, IV s. 1 siger han, at den, der betjener sig af en andens ting for at redde liv, ikke gør brud på ejendomsretten. Og i V s. 6 siges, at nødshandlingen »undtagelsesvis tilstedes«, og at handlingens »relative lovlighed« er betinget af, at det tab, som derved tilføres en uvedkommende, efter mulighed erstattes.

²) TTR 1897.45 ff, Strafferet alm. del § 23. IV.

³) Herom *Lassen* I § 28. V. 3 m. henvisninger, Skyld og Skade s. 146, Erstatningsret s. 58.

og smidigere nødretsregel i § 14, har Torps lære kun historisk interesse.

Efterhånden viste det sig, at der var trang til — uden støtte i lovgivningen — at udelukke straf også i andre grupper af tilfælde, og man fandt da et middel hertil i retstridighedslæren. Når en eller anden omstændighed udelukkede handlingens retstridighed, ansås det for en følge deraf, at den også udelukkede straf.

Denne brug af retstridighedsbegrebet har sikkert gjort nytte. Efter datidens opfattelse havde det næppe uden den været muligt at få godkendt forskellige nye objektive strafudelukkelsesgrunde, som den almindelig opfattelse krævede anerkendt. Men i nutiden kunne en slig fremgangsmåde ikke godkendes.

Den dækkede imidlertid over en slags analogi i vid forstand. Når det allerede i nogle tilfælde af den omtalte art var godkendt, at strafbarheden faldt bort, var det lettere at få samme betragtning gennemført i andre tilfælde. Dette er noget, der vistnok gør sig gældende i praksis endnu den dag i dag. Men retstridighedslæren nøjedes ikke med at påberåbe sig denne analogi i synspunkter.

Lærens praktiske resultat var en indskrænkende tolkning af straffelovens regler — og af regler, der hjemlede andre sanktioner. — En tolkning bliver imidlertid efter vor opfattelse ikke mere berettiget ved at klædes i en eller anden teoris udtryk. Tværtimod kan det indvendes mod denne fremgangsmåde, at den tilslører de virkelige vanskeligheder og frister til at deducere løsninger af praktisk juridiske problemer fra et princip, der er opstillet uden tilstrækkelig grundig prøvelse af livsforholdene.

Der var imidlertid visse realiteter bag ved retstridighedsbegrebets brug på disse områder¹⁾. Den almindelige opfattelse krævede straf udelukket i en række tilfælde, der dækkedes af straffebestemmelsernes gerningsbeskrivelser. Bortset fra de tilfælde, hvor vildfarelse hos den handlende eller andre subjektive forhold var grunden til straffrihed, beroede udelukkelsen af straf i virkeligheden på, at der overhovedet ikke fra almene synspunkter var grund til at »forbyde« handlingen. Når straf udelukkes af denne grund, er det imidlertid lige så klart, at handlingen heller ikke skal kunne mødes med nødværge eller forbydes ved dom, og at den heller

¹⁾ Se navnlig *Al/ Ross Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* s. 353 ff.

ikke kan medføre erstatningsansvar efter culpareglen¹⁾). At retstridighed opstilles som en almindelig betingelse for de omtalte retlige reaktioner, er altså udtryk for, at reaktionerne udelukkes overfor visse handlinger ud fra den praktiske overvejelse, at der ikke er grund til at modvirke dem ved retsregler, der stempler dem som utilladelige.

I nutiden må det i princippet afgøres ved tolkning af straffelovens bestemmelser, om visse typer af situationer kan holdes udenfor straffereglerne, skønt de dækkes af deres ord. Kun hvor det ved lov eller retspraksis er blevet fastslået som gældende retsregel, at strafbarhed i alle tilfælde er betinget af retstridighed, forandres forholdet. Så må det antages, at domstolene har en adgang til at begrænse straffebudenes område ved fra dem at undtage situationer, i hvilke der under hensyn til retsordenens øvrige regler findes tilstrækkeligt grundlag for at erklære handlingen for retmæssig.

Skønt arbejdet med de særlige retmæssighedsgrunde har været præget af synspunkter, der ikke kan godkendes, har litteraturen faktisk i samvirke med domstolene givet værdifulde bidrag til nærmere bestemmelse af, hvilke objektive omstændigheder der medfører, at de forskellige retlige reaktioner er udelukket. Den største indsats er gjort inden for strafferetten, men civilretsforfatterne har ydet deres bidrag, navnlig ved at fremdrage situationer, hvor retmæssigheden kunne støttes på civilretlige synspunkter såsom *negotiorum gestio*.

De særlige retmæssighedsgrunde er blevet behandlet indgående i tysk litteratur, medens kun få af dem er undersøgt grundigt af nordiske forfattere.

En række tyske strafferetsforskere har iøvrigt forsøgt at samle

¹⁾ Uden tvivl gælder det om flere retmæssighedsgrunde, at betingelserne for, at de udelukker straf og erstatning, ikke er de samme. Se herom *Andenæs Straffbar unnlattelse* s. 183 ff, *Hoel Den moderne retsmetode* s. 137 f. Ofte forer dette forfatterne til i vedkommende relation at udforme retstridighedsbegrebet anderledes for strafferetten end for erstatningsretten. Man tvinges også til at gå denne vej, når man opstiller retstridighed som den eneste objektive ansvarsbetingelse vedrørende handlingen. Men der er ingen nødvendighed herfor, og mig forekommer det at give bedre overblik at fastholde et fælles retstridighedsbegreb og så ved siden af retstridighedsbetingelsen kræve de fornødne andre betingelser opfyldt og efter omstændighederne lade dem være forskellige for de forskellige reaktioner. Jfr. ndfr. s. 106.

de særlige retmæssighedsgrunde under et fælles synspunkt og har hertil brugt begrebet *materiel retstridighed*. Men læren herom har næppe interesse for nordisk ret¹⁾.

De fleste særlige retmæssighedsgrunde har navnlig praktisk betydning ved handlinger, som samfundet reagerer imod, fordi de medfører skade, eller fare for skade, på person eller ting. Men ialfald nogle af dem — således skadelidendes samtykke — kan få betydning også i andre grupper af tilfælde. For så vidt er det en rimelig systematik at fremstille de vigtigste regler om de særlige retmæssighedsgrunde i den almindelige lære om retstridighed.

På det nu behandlede område er retstridighedsbetingelsen først og fremmest et navn, der tjener til fælles overskrift for undersøgelsen af de forskellige særlige retmæssighedsgrunde. Men udtrykket retstridighed har værdi ved at give en foreløbig forestilling om arten af det praktiske problem, der foreligger: at det i alle tilfælde drejer sig om typer af handlesituationer, hvor de grunde, der bærer de forskellige retshåndhævelsesregler, falder bort, fordi handlingen overhovedet ikke findes at burde søges modarbejdet ved nogen af de reaktioner, der opfattes som udtryk for, at handlingen er utilladelig.

VII

KAN DER DANNES ALMINDELIGE GRUNDSÆTNINGER OM, HVAD DER ER RETSTRIDIG ADFÆRD?

I tysk litteratur har det lige op til vore dage været sædvanligt at bruge retstridighedsbetingelsen udelukkende som et forbehold om de særlige »Rechtfertigungsgründe«. Dette er sket ikke blot inden for strafferetten, men også i civilretten, hvilket navnlig skyldes formuleringen af Bürgerliches Gesetzbuch § 823, stk. 1²⁾.

Her i Norden tog udviklingen en anden retning takket være *Goos* og *Getz*. Tanken om at udelukke ansvar på grund af handlingens retmæssighed uden for de særlige tilfælde, der er omtalt i

¹⁾ Den er berørt ovfr. III s. 31 ved note 4. Om sammenfatningsforsøgene se *Nagler* i *Festschrift für Karl Binding*, 1911, II s. 375 ff.

²⁾ Jfr. ovfr. s. 32 ved note 1.

VI, glimtede frem allerede hos A. S. Ørsted¹⁾). Men først Goos og Getz gik ind på problemet.

Retstridighedslæren blev af Goos kun udviklet med henblik på handlinger, der skader eller truer personers eller tings integritet. Men de fleste forkæmpere for læren, deriblandt *Jul. Lassen* og *Carl Torp* samt *Fredrik Stang*, udstrakte retstridighedslæren til alle handlinger, der bliver retstridige, fordi de skader et retsbeskyttet gode eller sætter det i fare²⁾).

Denne udvidelse af læren var efter mit skøn et misgreb. De forhold der har betydning for afgrænsningen af handlefriheden på de forskellige livsområder, er så uensartede, at det på forhånd er usandsynligt, at de kan bringes ind under en fælles regel. Til belysning heraf nævnes et lille udvalg af de handletyper, som læren skulle omfatte:

Handlinger, der kan medføre skade på helbred ved psykiske midler, krænkelse af blufærdigheden, frihedsberøvelse, fremsættelse af trusler, fremkaldelse af retlige dispositioner ved svig eller urigtige oplysninger iøvrigt, ærefornærmelser og anden adfærd, der nedsætter en person i andres øjne, unddragelse af besiddelse og brug af ting, retlige dispositioner over ting eller andre formuerettigheder, indgreb i forfatterret, kunstnerret, patentret eller varemærkeret, konkurrencehandling, boykot og anden adfærd, der påvirker folks opfattelse, således at de afbryder bestående kontraktsforhold eller bliver utilbøjelige til at indlade sig i aftaler med visse andre.

På nogle af disse områder ligger de praktiske forhold således, at der gælder regler, som er beslægtet med dem, der er udviklet om person- og tingsskade. Dette gælder ialfald om egentlig frihedsberøvelse. Med hensyn til skade på helbred voldt ved psykiske midler er retsværnet klart svagere i visse retninger af hensyn til den personlige frihed i livsvandel, og selv bortset herfra er rettens værn tilsyneladende svagere.³⁾

¹⁾ Den træder frem i flere af de eksempler, Ørsted giver i *Nyt juridisk Archiv* XX (1818). 123 ff og i *Haandbog i Lovkyndighed* V s. 5. Her nævnes bl. a. den, der ved sin vindskibelighed og dygtighed gør en anden afbræk i hans næring.

²⁾ Se *Lassen* I § 28, *Torp* Strafferet Alm. del. § 23, *Stang* Erstatningsansvar § 7. Linien fra Goos blev dog fort videre af enkelte, se óvfr. s. 30—31.

³⁾ Jfr. *Torp* I. c. s. 253, min Erstatningsret § 6.I, *Vinding Kruse* Retslæren I s. 381 f og 385 i noten.

Hvor en person, S, uden hjemmel råder over formuegoder, som tilhører en anden, E, er der overhovedet intet retstridighedsproblem — uden for særlige tilfælde — hvis begrebet med herskende dansk lære gøres rent objektivt. Når det konstateres, at den pågældende rettighed tilhørte E, og der ikke foreligger nogen omstændighed, der kunne begrunde en beføjelse for S til at foretage den pågældende rådighedshandling, er det dermed givet, at S's handling var retstridig. Det er også klart, at E ville kunne få S's handling forbudt, hvis iøvrigt de faktiske betingelser for et forbud var til stede¹⁾).

Hvis retstridighedsdommen — med norsk lære — bygges på samme grundlag som dommen om uagtsomhed i normale tilfælde, bliver afgørelsen også med hensyn til disse handlinger afhængig af en dom om handlingens forsvarlighed i det enkelte tilfælde. Når S har forbrugt E's ting, som S har købt af en tyv, bliver det afgørende for spørgsmålet, om S skal betale erstatning, om han har udvist sædvanlig agtpågivenhed, d. s. v. om han har gjort, hvad en ordentlig mand efter forholdene ville gøre for at kontrollere sælgerens adkomst, og dette kan atter afhænge af, om der foreligger omstændigheder, der ville vække en forstandig købers mistanke.

Forholdet ligger atter anderledes, hvis det skal afgøres, om en konkurrencehandling eller boykotopfordring er retstridig, skønt den ikke rammes af lovregler, der knytter reaktioner til bestemte handlingstyper. I mange tilfælde er det klart for den handlende, at handlingen vil påføre den angrebne person tab, og bortset fra visse grupper af tilfælde, f. ex. hvor angriberen bruger urigtige oplysninger i den tro, at de er rigtige, opstår heller ikke spørgsmålet om agtpågivenhed med hensyn til at iagttage de foreliggende kendsgerninger. Alligevel er det ofte tvivlsomt, om handlingen kan mødes med retlige reaktioner. Svaret på dette spørgsmål må findes ved retlige overvejelser. Det er et rent retsspørgsmål, der må løses som alle andre retsspørgsmål. Hvis der ikke i gældende ret allerede er fastslået en regel, der dækker tilfældet, må der dannes en regel efter

¹⁾ Det samme gælder, hvis S uden særlig beføjelse offentliggør et skrift, hvortil E har forfatterretten. Ifølge forfatterlov nr. 149 26 april 1933 § 16 kan E da, når S handlede i begrundet god tro, kræve de ulovlig trykte eksemplarer tilintetgjort eller udleveret efter vurdering, hvis deres ejer ikke giver dem i offentlig forvaring, indtil forfatterretten ophører.

almindelige retskildegrundsætninger. Ved overvejelserne herom tages der som oftest ikke hensyn til styrken af de to parter interesser i det enkelte tilfælde, heller ikke til den enkelte handlings skadevne¹⁾. Gennemgående lægges der vægt på en vurdering af de forskellige handletyper.

Den praktiske forskel mellem de sidstomtalte tilfælde og handlinger, der kan medføre person- og tingsskade, træder klart frem, hvis man vil forme en retsregel om betingelserne for erstatningsansvar. Drejer det sig om konkurrencehandling eller boykot, kan der ikke være tale om at opstille den regel, at erstatningsansvar rammer den, der »er skyld i skaden«, eller den, som har voldt skaden »ved uforsvarlig adfærd« eller »med forsæt eller uagtsomhed«. Slige regler ville være vildledende. De er ubrugbare, fordi det ikke en gang er hovedreglen, at forsætlig skadetilføjelse medfører retlige reaktioner.

På områder som disse kan man heller ikke finde samme støtte i moralopfattelsen som med hensyn til person- og tingsskade. Der savnes ofte en moralregel, der har almindelig tilslutning. Problemerne er i høj grad tidsprægede. Derfor finder man ingen løsning i de fra gammel tid fastslåede moralregler. Ofte øges vanskelighederne ved at danne nye moralregler, fordi forskellige befolkningsgrupper mener, at deres interesser er modsatte.

Spørgsmålet om konkurrencen bør være fri, er et stort økonomisk og socialt problem. Dets løsning må i hovedlinierne overlades til lovgivningsmagten. Men selv om den ikke opstiller nærmere regler om konkurrencen, bliver der inden for den faktiske omsætnings rammer efterhånden dannet en vis handelsmoral, som retsreglerne kan knyttes til. Danmark og Norge har efter tysk forbillede i deres love om konkurrence indføjet en såkaldt generalklausul. I dansk lov om uretmæssig konkurrence § 15 lyder den således: »I erhvervsøjemed foretagne handlinger, der strider mod redelig forretningsskik, medfører erstatningsansvar og kan ved dom forbydes«²⁾.

¹⁾ Jfr. min Erstatningsret § 6. VII. B, hvor der dog under nr. 5 nævnes en vigtig begrænsning.

²⁾ Den danske lovs regel omtaler *Hardy Andreassen* Varemærkeretten i konkurrenceretlig Belysning, især s. 171 ff. Om den norske se *Ragnar Knoph* Åndsretten § 54.

Derimod findes der ingen almindelige regler om boykot i dansk lovgivning. Det er derfor tilfaldet domstolene at skabe regler herom. Men navnlig den retlige regulering af boykot i forholdet mellem arbejderes og arbejdsgiveres organisationer hører for en stor del til det politiske livs mest omstridte spørgsmål. Domstolene har derfor med grund været tilbageholdende med at skride ind over for boykothandlinger, når de ikke i lovgivningen eller andre forud fastslåede retsregler fandt fornødne holdepunkter for en bestemt regel. I dansk retspraksis er det dog i princippet fastslået, at domstolene uden støtte i lovgivningen kan erklære boykothandlinger for retstridige og forbyde dem eller pålægge erstatningsansvar for det tab, handlingen medfører for den boykottede¹⁾.

Både i boykotsager og på adskillige andre områder finder man ofte udtrykket retstridig brugt i domme²⁾. Det falder tilsyneladende særlig naturligt her, hvor opgaven netop er at danne en handleregel uden lovgivningens hjælp og uden sikker støtte i den almindelige moralopfattelse, og hvor man heller ikke kan ty til erstatningsrettens sædvanlige udtryk som uagtsomhed eller uforvarsomt forhold. På adskillige af disse områder rejser sig også det spørgsmål, om der kan nedlægges retsligt forbud mod handlingen, og i forbudssager bruges ordet retstridig almindeligt³⁾.

Udtrykket bruges her — som iøvrigt også på andre områder — i tilslutning til litteraturen som betegnelse for en »objektiv« reaktionsbetingelse. Når dommene lader deres resultat afhænge af, om handlingen var retstridig, er det derfor et udslag af, at det praktiske problem ikke er, om psykiske eller andre individuelle forhold bevirker, at handlingen ikke kan tilregnes den pågældende, men om handlingen bedømt som type afviger fra en retlig handleregel, være sig en, der allerede er fastslået, eller en, der først fastlægges ved dommen.

De nævnte eksempler turde være tilstrækkelige til at vise, at det er umuligt ved en enkelt eller nogle få almindelige sætninger at bestemme, hvilke handlinger der er retstridige. Sålænge under-

¹⁾ Se herom Erstatningsret § 6.VII.

²⁾ Blandt de talrige eksemplarer kan nævnes H i U 1926. 643, 1927. 27.

³⁾ Eksempler er H i U 1925. 551 (om boykot), 1927. 294 og 646 (om salg af mærkevarer til en pris, der er lavere end den mindstepris, hovedforhandleren har fastsat). Se iøvrigt *E. Munch-Petersen* *Tvangsfuldbyrdelse* s. 351 f.

søgelsen udstrækkes til hele området, kan der ikke siges meget andet end, hvad der følger af selve spørgsmålsstillingen. Når det drejer sig om retstridighed af hensyn til visse goder eller interesser, må en handlingstypes retstridighed bero på, at handletypen har en vis evne til at skade slige goder eller interesser. — Skadeevne omfatter her også den blotte fremkaldelse af større eller mindre fare for skade. —

En simpel iagttagelse af gældende ret viser imidlertid, at det langt fra er alle handletyper med skadeevne, der er retstridige, og at handlinger af visse typer endog som hovedregel er retmæssige, selv hvor den, der foretager handlingen, indser, at den vil skade andre, medens handlinger af andre typer normalt bliver retstridige, såsnart de fremkalder en noget større fare.

Retstridighedslæren har forsøgt at samle erfaringerne i visse almindelige grundsætninger, der skulle gælde for alle livsområder, hvorom der ikke er fastslået særlige regler i lovgivningen eller på anden måde. Men dens forskellige formuleringer er enten så vage, at de ingen vejledning giver, eller også misvisende.

Til den første gruppe kan vel nok regnes den almindelige sætning, *Carl Torp* stillede i spidsen: at grænsen mellem retstridig og retmæssig handlen må bestemmes under hensyn til på den ene side enkeltes krav på en inden for visse grænser tilsikret handlefrihed, på den anden side samfundets krav på en virksom retsbeskyttelse for de bestående retsgoder¹⁾. Sætningen kan opfattes som en henvisning til at søge løsningen udfra forholdets natur med en kort antydning af de mest fremtrædende praktiske hensyn. Jeg ville dog foretrække at opgive ethvert forsøg på at sammenfatte de afgørende hensyn i en enkelt sætning.

Torps derefter følgende inddeling af handlingerne i tre grupper ville heller ikke møde afgørende betænkeligheder, hvis den blot skulle fremdrage typiske eksempler hentet fra gældende ret. Men Torps lære om, at grænsen for handlefriheden i den tredje gruppe handlinger — d. v. s. i hovedgruppen — bestemmes ved en afvejelse af de modstående hensyn, kan ikke opfattes således, selv om Torp ender med at fastslå, at det »altså« er den på livets erfaringer byggede almindelige fornuftige dom om handlingens forsvarlighed under givne forudsætninger, som er afgørende for dens retmæssighed²⁾.

¹⁾ Strafferet alm. del s. 252. — *Goos's* er gengivet ovfr. s. 24.

²⁾ Strafferet alm. del s. 256.

Ved sine sætninger om afvejelsen har Torp tilsyneladende alene tænkt på handlinger, der fremkalder fare for person- eller tings-skade. Allerede for deres vedkommende er hans sætninger ufyldstgørende, som det vil fremgå af det følgende (VIII). Men for mange andre handlingstyper er sætningerne ligefrem misvisende, og det er også uheldigt at henvise til den almindelige fornuftige dom eller — som *Jul. Lassen* ville — til en afvejelse foretaget af en *bonus paterfamilias*¹⁾.

Ialfald for adskillige handlingstyper får dommeren en dårlig vejledning i slige formler. En vægtig grund hertil er, at der er mange handlingstyper, hvorom der ikke findes en nogenlunde fast almindelig moralsk vurdering. — Ikke sjældent skifter vurderingen efter den sociale gruppe, det politiske parti eller den religion, den pågældende slutter sig til. — Når retstridighedsproblemet er et spørgsmål om visse betingelser for iværksættelse af retshåndhævelse, er det klart, at de praktiske problemer er retsproblemer og må løses på samme måde som andre retsspørgsmål. Men dette vil sige, at dommeren må søge vejledning i den almindelige lære om retskilderne.

Angrebene mod den nordiske lære har imidlertid ofte været uretfærdige, idet de særlig har bygget på de korte formuleringer, som bruges her og der, f. ex. at det er nytte og skade eller fare, der skal afvejes. Det turde imidlertid være klart, at slige vendinger kun var korte omskrivninger af de udførligere og forsigtigere hovedsætninger.

Den sidste menneskealders kritik har fortrinsvis rettet sig mod sætningen, at det afgøres ved en *interesseafvejning*, om handlingen er retstridig²⁾. *Fredrik Stang* er vistnok den første af hovedforfatterne, der bruger udtrykket *interesseafvejning*³⁾. Udtrykket er sandsynligvis kommet ind i nordisk retssprog fra den tyske retning, der kaldes »Interessenjurisprudenz«.

¹⁾ *Lassen* I § 28 ved note 4 b.

²⁾ Således *Augdahl* Ret og Retskrænkelser især s. 63 f, *N. Cohn* Juridisk Tidsskrift 1923. 133 ff, *Knoph* Hensiktens Betydning s. 227 ff, *Lundstedt* i TfR 1923.75, *Ross* Virkelighed og Gyldighed s. 359 f, 369 ff, *Vinding Kruse* Retslæren I s. 311 ff, der gentager TfR 1941. 447 ff.

³⁾ Han bruger det bl. a. i Erstatningsansvar s. 106. I Skyld og Skade brugte jeg flere gange udtrykket *interesseafvejelse*, men jeg har sandsynligvis lånt det fra andre nordiske forfattere.

Det ville være spildt umage nærmere at gennemgå, hvad der kan kritiseres i Stangs fremstilling. Der turde forlængst være opnået enighed om tre ting: Afvejelsen kan ikke begrænses til interesserne hos de to parter, den handlende og den, hvem handlingen udsætter for skade, men almene hensyn må inddrages i overvejelserne og er ofte afgørende. Det kan ikke engang opstilles som hovedreglen, at retstridighedsspørgsmålet afgøres ved at veje interesserne (private og almene) i det enkelte tilfælde¹⁾. Afvejelsen kan heller ikke begrænses til de økonomiske hensyn, men må omfatte alle hensyn, der egner sig til retlig relevans. Men når disse sætninger anerkendes, giver det ikke nogen virkelig vejledning at henvise til en interesseafvejning.

Den i nyere tysk strafferetslitteratur udviklede lære om *materiel retstridighed*²⁾ er heller ikke nået til at forme andet end vage grundsatninger, som skal udtrykke retshåndhævelsens praktiske mål og iøvrigt præges mere eller mindre af vedkommende forfatters syn på retsordenen.

Resultatet bliver da, at der ikke kan formes almindelige grundsatninger om, hvornår handlinger bliver retstridige³⁾. Denne opfattelse var baggrunden for min fremstilling i erstatningsretten. I §§ 5 og 6, der handler om ansvarsgrundlaget ved andre krænkelse end person- og tingsskade, som voldes ved fysiske midler, optog jeg derfor ikke nogen af den ældre læres almindelige sætninger om, hvornår en handling er retstridig, men fremhævede, at de praktiske vanskeligheder ofte bestod i afgørelsen af, hvilke handlinger der måtte anses for uønskværdige fra et samfundsmæssigt

¹⁾ Enkelte ytringer i *Stang* Erstatningsansvar kan vække dette indtryk, således s. 115 og 116. Stang fremhæver imidlertid s. 105 note 14, at det først og fremmest er nytten for samfundet, der har betydning. Den sætning fra »Skade voldt af flere«, s. 244, som *Augdahl* nævner l. c. s. 52, vedrører direkte kun spørgsmålet om skadelidendes egen skyld, hvor sætningen snarere kan forsvares. *Torp* fremhæver Alm. Del. s. 254, at der ikke spørges om den enkelte handling's nyttighed bl. a. ved bedømmelsen af konkurrencehandling eller videnskabelig, litterær og kunstnerisk kritik, men tager ikke klart stilling med hensyn til sin hovedgruppe.

²⁾ Jfr. ovfr. s. 31 ved note 4.

³⁾ *Vinding Kruse* synes i hovedsagen at mene det samme, se Retslæren I bl. a. s. 333 og 331, hvor han med føje kritiserer brugen af ordet interesseafvejning. Han opstiller vel en almindelig retstridighedslære, der til retstridighed kræver fem betingelser, se s. 340, men den femte, der kaldes ny og et hidtil ukendt moment, er en tom henvisning til, om handlingen bor modvirkes af retsordenen efter retlige hensyn.

synspunkt, og at udsondringen af dette spørgsmål til særskilt undersøgelse netop var, hvad man nåede ved at behandle retstridighedsspørgsmålet for sig.

Flere af kritikerne giver iøvrigt deres angreb et videre sigte. De betragter retstridighedslæren som helhed eller dens formulering hos Torp og Stang som udtryk for den opfattelse, at *alle retsregler hviler på en interesseafvejelse*¹⁾, og retter derfor deres skyts først og fremmest mod denne opfattelse.

Heroverfor må straks siges, at den nævnte opfattelse ialfald ikke har præget den nordiske retstridighedslære som helhed. Efter mit skøn er det ikke engang godtgjort, at nogen af hovedforfatterne har hyldet opfattelsen. — Det bevises ikke af, at enkelte forfattere på nogle punkter har hævdet regler, som efter andres opfattelse tilsidesatte almene retshensyn²⁾. — Og en retstridighedslære af den nordiske type kan hyldes selv af den, der forkaster en almindelig interesseafvejningsteori.

Til dem hører jeg. I min Erstatningsret har jeg ikke drøftet interesseafvejningsteorien, som jeg ikke finder det nødvendigt at gå ind på i en kort lærebog³⁾. Men min fremstilling, navnlig i §§ 5 og 6, viser, at jeg ikke har godkendt teorien for erstatningsrettens vedkommende. Og heraf fremgår det tilstrækkelig tydeligt, at jeg også afviser en almindelig interesseafvejningsteori, idet teorien vel rummer forholdsvis større værdier for erstatningsretten end for de fleste andre grene af retssystemet.

I en undersøgelse af retstridighedsspørgsmålet ville det ikke være urimeligt at gå ind i en virkelig kritik af den omtalte teori. Men da teorien hænger sammen med hele retskildeproblemet, kan det forsvares at overlade kritikken til retskildelæren. Denne vej går jeg her, bl. a. for ikke at sprænge rammerne for dette skrift⁴⁾.

¹⁾ Se henvisningerne s. 52 note 2, bl. a. *Augdahl* l. c.

²⁾ Det gælder navnlig *Torp* og *Stang*, se om den sidste *Augdahl* s. 52 ff og om *Torp* *Vinding Kruse* Retslæren I s. 312 ff.

³⁾ En af grundene til, at jeg i erstatningsretten ikke nævnte teorien, var at vore studenter ikke kendte den fra retskildelæren. Den nævnes heller ikke i *Vinding Kruse* Retslæren I s. 158 ff, hvor drøftelsen af teorien egentlig hører hjemme. Jeg må derfor afvise kritikken i Retslæren I s. 356 i noten mod, at jeg forbigik teorien.

⁴⁾ *Vinding Kruses* særlige indsats på dette punkt, navnlig de grundsætninger, han udvikler om interessekollisioner Retslæren I s. 322 ff, må jeg også give afkald på at kritisere her.

Foreløbig kan det da fastslås, at der ikke kan opstilles nogen almindelig regel til afgørelse af, hvornår en handling er retstridig. Skal retstridighedslæren føres videre fremad, må undersøgelserne ialfald foreløbig vendes bort fra spekulationer om almindelige retstridighedsgrundsætninger. Arbejdet må sættes ind på at kulegrave de enkelte dele af marken og søge fastslået reaktionsbetingelserne for hver enkelt handlingstype¹⁾.

VIII

RETSTRIDIGHED, DER BEROR PÅ, AT HANDLINGEN TRUER PERSONER ELLER TING

Skal den almindelige retstridighedslære overhovedet gå ind på enkelte handlingstyper, må den ialfald fremdrage de praktisk vigtige handlinger, der bliver retstridige, fordi handlingen tilføjer andres person eller ting legemlig skade eller fremkalder fare herfor. Det er disse handlinger, som Goos tog sigte på med sin lære om retstridighed. De skal omtales i dette afsnit og de to næste (IX-X).

I det følgende ses der bort fra de særlige retmæssighedsgrunde og fra de tilfælde, hvor lovgivningen eller en i gældende ret hjemlet konkret bestemmelse udtrykkelig forbyder eller tillader en handling, eller hvor en lovregel knytter straf til en handling uden hensyn til, om den medfører skade på person eller ting. Det der skal undersøges er, om der kan opstilles almindelige regler, som man kan falde tilbage på, hvor der ikke findes grundlag for at opstille en særlig regel. Foreløbig ses der bort fra tilfælde, hvor en person handler med det forsæt at volde andre skade.

Som baggrund for undersøgelsen bruges i første række den almindelige retsregel, hvorefter erstatningsansvar rammer den, der er skyld i skaden (*culpareglen*). Erstatningsansvar er den retlige reaktion, som oftest kommer i betragtning, og erstatningsrettens uagtsomheds-

¹⁾ Herpå pegede N. Cohn i Juridisk Tidsskrift 1923. 147 ff, og jeg har så småt fulgt linien i min Erstatningsret §§ 4 og 6. I samme retning *Vinding Kruse* Retslæren I s. 333.

begreb er det bedste udgangspunkt for en bestemmelse af, hvilke handlinger der kan mødes med retlig reaktion.

For den almindelige retstridighedslære knytter hovedinteressen sig til *uagtsomhedsproblemet*. Derfor skal det tages op først (her i VIII).

Før *Getz* og *Goos* var det den almindelige lære, at en handling, der forårsager person- eller tingsskade, var retstridig, medmindre der forelå en af de særlige retmæssighedsgrunde. Den praktisk fornødne begrænsning af ansvaret indlagde man i de subjektive betingelser, hvorefter der ialfald skulle være udvist uagtsomhed.

Heroverfor fremsatte *Goos* sin opfattelse.

Uagtsomhed er til stede, når den handlende har været sig de objektive forhold, hvorpå retsforstyrrelsens karakter af et retsbrud beror, bevidst, eller han dog burde have været sig dem bevidst. Men hvis der intet andet objektivt kriterium er for retsbrudet end kausaliteten og enhver handling, der forårsager en person- eller tingsskade, er retstridig (bortset fra de særlige retmæssighedsgrunde), fører kravet om skyld i virkeligheden ikke til nogensomhelst begrænsning af ansvaret. Enhver menneskelig handling kan i mer eller mindre fjerne led blive medvirkende til en skades indtræden. Denne almindelige erfaring har eller kan og bør enhver have, der ikke befinder sig i en personlig utilregnelighedstilstand. Ansvarsfrihed af denne grund vil altså aldrig finde sted¹⁾.

Det er ikke nødvendigt at efterprøve alle led i denne argumentation. Når man på en gang går ud fra de ældre forfatteres retstridighedsbegreb og fra *Goos's* uagtsomhedsbegreb, der er rensat for en stor del af, hvad uagtsomhedsbetingelsen indeholder i den ældre litteratur og i det almindelige juridiske sprog, er det klart, at der ikke opnås en praktisk tilstrækkelig begrænsning af ansvarsområdet.

Det afgørende spørgsmål er, hvilke elementer der indgår i det juridiske uagtsomhedsbegreb og særlig i det uagtsomhedsbegreb, erstatningsretten arbejder med, da det er dette begreb, der har interesse for retstridighedslæren. Også til besvarelse af dette spørgsmål har den nordiske lære ydet værdifulde bidrag.

Hovedelementet i uagtsomheden er ikke et eller andet psykisk forhold hos den handlende, f. ex. at han har indset, at hans handling var farlig for personer eller ting. Det kan derimod siges at være,

¹⁾ *Goos* Den danske strafferets alm. del. s. 73 f.

at selve den ydre handling eller adfærd afviger fra et forestillet handlemønster. Dette handlemønster dannes efter retlige grund-sætninger, og uagtsomhedens grundelement kan derfor siges at være en adfærd, der fraviger en retlig handleregel. Når den ydre handling ikke afviger fra den retlige handleregel, foreligger der ikke uagtsomhed, selv om handlingen blev iværksat i en moralsk forkastelig letsindighed, uden fornøden overvejelse. Grunden hertil er, at det fra et alment synspunkt normalt kun har interesse at modvirke og »forbyde« visse handletyper, der bestemmes efter handlingens ydre beskaffenhed.

Det er juristernes opgave at afgrænse disse handletyper fra de handletyper, som der ikke er grund til at »forbyde« ved retlige reaktionsregler. Denne afgrænsning finder et adækvat udtryk i, at der dannes visse handleregler. Og disse regler er retlige og må i princippet fastlægges på samme måde som andre retsregler.

Uagtsomhedens grundelement kan herefter siges at være en ydre adfærd, som en retlig vurdering finder utilladelig¹⁾. Og det svarer til retstridighedsbetingelsen, som den forstås i nordisk teori, eller er ialfald nær beslægtet med den.

Den forskel, der kan være, beror på, at der vælges forskellige grundlag for den retlige vurdering.

Grundlaget for den vurdering, der indgår i erstatningsrettens uagtsomhedsdom, er efter herskende opfattelse de kendsgerninger, som den handlende kendte, samt dem, som en forstandig person (en *bonus paterfamilias*) i den handlendes sted ville have iagttaget. På tilsvarende måde bestemmes retstridighedsbegrebet af norske forfattere²⁾. Men efter de fleste danske forfattere — og efter nu herskende tysk lære — er grundlaget for retstridighedsdommen rent objektivt i den forstand, at det udgøres af samtlige i handlingsøjeblikket eksisterende relevante kendsgerninger, derunder også dem, som da hverken kendtes af eller kunne være iagttaget af noget menneske³⁾. Denne uenighed vil blive omtalt i et senere afsnit (XII).

¹⁾ Det væsentlige er, at dommen fældes ved en vurdering i henhold til retsordenens regler, jfr. *Vinding Kruse Retslæren* I s. 290 »et moralsk-retsligt Vurderingsbegreb«, og at dommens grundlag ikke omfatter psykiske eller andre individuelle forhold hos den handlende, som kunne føre til at udelukke retlig reaktion. *Stang Erstatningsansvar* 130 udtrykker tekstens tanke på den måde, at uagtsomhed indeholder en overskridelse af grænsen for den retlige handlefrihed — foruden et psykisk element.

²⁾ Se henvisninger ovfr. s. 36 note 4.

³⁾ Foran s. 36 note 3.

Foreløbig skal det blot fastslås, at den begrænsning af ansvaret, som uagtsomhedsbetingelsen medfører, kun for en del beror på, at handlingen ikke bedømmes på rent objektivt grundlag i ovennævnte forstand. I mange tilfælde har skadevolderen en rigtig erkendelse af de faktiske forhold, og hvis han ikke mangler personlig tilregnelighed, ville han derfor ikke kunne påberåbe sig subjektive ansvarsfrihedsgrunde. Alligevel undgår han ofte erstatningsansvar, fordi der overhovedet ikke findes grund til retlig modarbejdelse af handlingen ved at henhøre den under culpareglen.

Dette kan belyses med et par eksempler fra dansk retspraksis.

En fodgænger faldt den 24. febr. 1946 kl. 11,30 på et fortov i København, der var glat som følge af is og sne. Det antoges, at fortovet var blevet behørig rengjort og gruset den pågældende morgen ved ottetiden, og at der havde været snefald på stedet fra kl. 8,30 til kl. 14,30. Herefter fandtes den mand, der havde grusningspligt, ikke erstatningsansvarlig som følge af udvist forsømmelighed. Når retten her ikke finder forsømmelighed, beror det ikke på, at den grusningspligtige var uvidende om de faktiske forhold eller ude af stand til at strø grus, men på, at retten tolker reglen om grusningspligt således, at den under de foreliggende omstændigheder ikke krævede, at der blev foretaget fornyet grusning allerede inden ulykken. — Dommen er afsagt af højesteret 15. januar 1948¹⁾. —

En sag, der blev afgjort af højesteret 18. juni 1926²⁾, drejede sig om et tilfælde, hvor en stor, lastet lægter under slæbning gennem Hadsundbroen tørnede mod broens afviserværk, idet lægteren skar ud til siden, lige før den nåede broen. Sagsøgerne støttede deres erstatningskrav for skade på broen navnlig på to påstande: at der var begået fejl ved manøvreringen fra skibenes side, særlig ved at farten var blevet sagtnet kun en kilometer før broen, og at der var benyttet for lang slæbetrosse. Skibenes rederi blev imidlertid frifundet, da der ikke sås at være udvist uagtsomhed. I Vestre Landsrets dom, hvis begrundelse højesteret tiltrådte, hedder det: »Efter det oplyste må der imidlertid gås ud fra, at den omstændighed, at opløbet til gennemsejling er sket i den nys angivne afstand fra broen, ikke har været til hinder for, at lægteren under gennemsejlingen kunde styres. Derhos må det antages, at slæbetrossens

¹⁾ U. 1948. 359.

²⁾ U. 1926. 670.

længde, der var godkendt af lodsens, har været passende under hensyn til, at en kortere trosse vilde bringe lægteren for nær til slæbedamperen og da let føre den ind i damperens skruevand, således at den ikke kunde styres. Da der ej heller på anden måde ses at være udvist nogen uagtsomhed ved førelsen af slæbedamperen og lægterne, findes der ikke at kunne pålægges de sagsøgte noget erstatningsansvar«. Heller ikke her blev resultatet begrundet med noget subjektivt. Det konstateres, at der på de to særlig fremhævede punkter ikke var begået nogen fejl. Udtrykkene herom lyder nærmest som en bedømmelse på rent objektivt grundlag, men dette kan bero på, at rederiet ikke har påberåbt sig subjektive undskyldningsgrunde hos nogen af de handlende personer.

For at en handling skal medføre erstatningsansvar som uagtsom, kræves normalt, at den skal have frembragt en vis fare, og at faren var kendt af den handlende eller kunne opdages af en forstandig person i hans sted¹⁾. Om dette krav er opfyldt, er et faktisk spørgsmål. Men for at fastslå uagtsomhed må dommeren vide endnu to ting: 1) hvor stor energi skal der sættes ind på at undersøge faremuligheden? 2) hvornår skal erkendelsen af handlingens farlighed føre til, at den undlades? Disse spørgsmål kan kun besvares ved hjælp af en vurderingsmålestok, som indgår i gældende ret.

I tilfælde som de omtalte er det et retligt skøn, der går ind i dommen om en handlingens forsvarlighed. Her hvor det drejer sig om erstatningsansvar for skade på person eller ting, træder det retlige element i bedømmelsen ikke så klart frem. Den målestok, der benyttes i de fleste tilfælde, er »sædvanlig agtpågivenhed« eller den adfærd, som en *bonus paterfamilias* udviser²⁾. Men i slige udtryk ligger der i virkeligheden en sammenligning med en retlig regel, skønt denne for en del henviser dommeren til en ikke retlig standard. At det drejer sig om en retlig bedømmelse, viser sig tydeligt i, at slige standarder ikke følges ufravigeligt af domstolene. Disse øver en vis censur og nægter f. ex. undertiden at følge en, »dårlig« sædvane.

Foruden det skildrede grundelement indeholder uagtsomhedsbetingelsen visse »subjektive« elementer, idet særlige forhold hos den handlende, navnlig hans psykiske forhold, kan medføre, at hand-

¹⁾ Se nærmere om disse spørgsmål min Erstatningsret § 4.

²⁾ Se min Erstatningsret s. 28 f.

lingen ikke anses for uagtsom. Bortset fra ung alder og fornuftmangel er det dog omtvistet, om erstatningsrettens uagtsomhedsbegreb giver plads for »subjektive« (individuelle) ansvarsfrihedsgrunde¹⁾. — I strafferetten får uagtsomhedsbetingelsen et mere udpræget subjektivt indhold. —

De individuelle ansvarsfrihedsgrunde skal dog ikke omtales her, da de ikke har nogen interesse for en almindelig retstridighedslære.

Uagtsomhedsbetingelsen indeholder altså en afvigelse fra en retlig handleregel, og fra et praktisk synspunkt er denne afvigelse hovedelementet i erstatningsrettens uagtsomhedsbetingelse. Da udtrykket retstridighed i dets almindelige betydning kan dække dette element, er det ikke så mærkeligt, at man er kommet ind på at bruge udtrykket herom. Praktisk betyder det, at uagtsomhedsbegrebet opløses i to bestanddele, 1) et krav til den ydre adfærd, 2) visse krav med hensyn til skadevolderens person²⁾.

Den nordiske retstridighedslære bestemmer i almindelighed den retstridige handling, som den handling, der overskrider de retlige grænser for handlefriheden³⁾. Denne beskrivelse falder meget nær sammen med den ovenfor givne bestemmelse af uagtsomhedens grundelement.

På det begrænsede område, vi sysler med her i VIII, er den nordiske læres praktiske indhold, at retstridig er det samme som, hvad der regnes for uagtsomt i de normale tilfælde, d. v. s. i de talrige erstatningssager, *hvor der ikke fremdrages individuelle forhold hos skadevolderen*, som kunne føre til at antage, at hans adfærd ikke var uagtsom⁴⁾.

Den nordiske lære blev dog ikke stående herved, men søgte at kaste lys over, hvornår en handling er retstridig (og normalt uagtsom). Her skal gangen i litteraturen ikke skildres, men der skal gøres kort rede for de vigtigste resultater, som nordisk retsvidenskab har nået indtil dette øjeblik.

Efter det, der blev sagt ovenfor, kan den praktiske afgræns-

¹⁾ Se herom mln Erstatningsret § 11.

²⁾ Jfr. Skyld og Skade s. 18, *Stang* Erstatningsansvar s. 8, 99 f. Sml. hermed *Andenæs* Straffbar umlåtelse s. 177.

³⁾ Jfr. ovenfor s 34 ved note 3.

⁴⁾ *Goos* Strafferet alm. Del s. 191 betegnede den retstridige handling som »culpa i objektiv forstand«.

ning af, hvad der er retstridigt, gives med udtryk, som domstolene bruger i erstatningssager.

Skal der gives en almindelig formel, vælger jeg den, at en handling er retstridig, når den medfører en sådan fare for skade på personer eller ting, at den er uforsvarlig efter den på livets erfaringer byggede almindelige, fornuftige dom. Adskillige domme i erstatningssager bruger da også udtrykket forsvarlig eller lignende udtryk¹⁾.

I litteraturen sammenfattes reglen ofte i den efter romerrettens forbillede opstillede sætning, at der foreligger skyld (uagtsomhed), når der ikke er handlet med den agtpågivenhed, som en god mand (en *bonus paterfamilias*) eller en omhyggelig og fornuftig mand plejer at udvise²⁾. Denne sætning er vel retvisende, når det drejer sig om almindelige livsforhold, men er næppe fyldestgørende for mere specielle livsforhold. Her må målestokken i almindelighed være en god mand, der er bevandret på det pågældende specielle område, f. ex. en god skipper, automobilfører, flyver o. s. v.

I de praktisk hyppigste tilfælde — hvor det drejer sig om handlinger, der jævnlig foretages af mange forskellige personer, kan der formentlig opstilles en regel, der giver klarere vejledning. Her må afgørelsen normalt bero på, om den handlende har tilsidesat den agtpågivenhed, som sædvanlig udvises i livsforhold af den pågældende art. Da det er af stor værdi at have faste regler, bør denne norm — »livets regel« — lægges til grund overalt, hvor dommeren ikke finder det klart, at den afviger fra, hvad der må anses som forsvarligt. Men der kan være tilfælde, hvor den må fraviges. Fremskridt i videnskab og teknik, forandringer i samfundsforholdene eller andet kan medføre, at en gammel sædvane bliver uforsvarlig, og der går som oftest nogen tid, før der dannes en ny sædvane. Men selv bortset herfra kan det tænkes, at der findes slappe og uforsvarlige sædvaner i visse forhold, navnlig på områder, hvor særlige, snævre personkredse færdes. I slige tilfælde må domstolene kunne pålægge erstatningsansvar og derved give stødet til en bedre sædvane.

Hvor der ikke kan oplyses fæstnede sædvaner, f. ex. fordi det

¹⁾ Således i U. 1940. 273, 1938. 1036, 1937. 87.

²⁾ Eller som det hedder i *Jul. Lassen* I § 29 ved note 9: når handlingen er af en sådan beskaffenhed, at en god mand i den handlendes situation af hensyn til det krænkede retsgode ville have undladt dens foretagelse. Jfr. også V. *Bentzon* Alm. Retslære 140 I, 152, 150.

drejer sig om meget specielle eller helt nye livsforhold, må dommeren falde tilbage på den almindelige fornuftige dom om handlingens forsvarlighed efter livets erfaring. Dette kunne synes at være betænkeligt, fordi reglen henviser til et ret frit skøn. Men netop på det livsområde, vi sysler med, synes skønnet at være forholdsvis sikkert. Dette beror bl. a. på, at den retlige vurdering her falder sammen med den almindelige morals vurdering, og at den moralske vurdering af handlingerne er ret sikker og godkendes af praktisk talt alle¹).

Til trods herfor bliver dommerens skøn dog usikkert, når det drejer sig om sjældnere forhold eller om livsforhold, som dommeren overhovedet ikke har erfaring i. I nogle tilfælde kan dommeren søge støtte i sagkyndige udtalelser, men selv denne hjælp kan svigte, hvor det drejer sig om handlinger, som aldrig før er foretaget, eller som hidtil kun er udført i så få tilfælde, at erfaringen om dem endnu er ringe. I slige tilfælde kan en dommer endog finde det tvivlsomt, om ikke enhver foretagelse af handlinger af den pågældende art er uforsvarlig.

På disse områder kan retstridighedslæren få praktisk betydning²) ved at give dommeren vejledning om, hvad han skal tage hensyn til ved den retlige bedømmelse, og hvilken vægt de forskellige omstændigheder har.

Retstridighedslæren har uden tvivl taget sit udgangspunkt i en analyse af konkrete retstilfælde, som er afgjort ved domstolene, eller hvis bedømmelse anses for nogenlunde sikker. På grundlag af denne analyse har læren opstillet visse grundsætninger, som det menes, dommen om handlingens forsvarlighed faktisk følger, selv om dommeren ikke er sig dette bevidst. Og teorien antager da, at de således fundne grundsætninger kan bruges også i de tilfælde, hvor dommeren ikke er sikker på sit skøn. Dette er kun en hypotese, men dens rigtighed er efter min mening så sandsynlig, at hypotesen kan tages i brug i retslivet.

Først skal det da søges fastslået rent praktisk, hvad en iagttagelse af retslivet på disse områder viser.

¹) Allerede i Begrebet vis major (1890) s. 30 f fremhævede *V. Bentzon* den styrke, culpamålestokken får ved normalt at falde sammen med den moralske dom, i hvis brug vi har en exempløs øvelse.

²) Jfr. min Erstatningsret s. 29.

Gennemgår man domme, der tager stilling til, om der foreligger en uagtsomhed, der kan medføre erstatningsansvar, viser det sig på den ene side (1) at uagtsomhed forudsætter, at handlingen medførte en fare for skade på personer eller ting, på den anden side (2) at mange handlinger, der medførte en slig fare, dog ikke anses for uagtsomme.

Vedrørende det sidste punkt går den nordiske lære ud på, at grænsen for det uagtsomme (retstridige) ikke sættes ved en bestemt størrelse af skadechancen, men at den skadechance, der kræves til uagtsomhed, i nogle grupper af tilfælde er større end i andre. Læren hævder, at kravene til skadechancen må bestemmes ved en afvejelse af de praktiske hensyn. Dette skal nu belyses nærmere.

Til uagtsomhed kræves som grundbetingelse, at handlingen har en vis skadeevne.

Den må være farlig, d. v. s. have en vis tendens til at fremkalde skade. Den behøver ikke med sikkerhed at medføre skade, men må ialfald fremkalde mulighed for skade.

Om en handling er farlig, afgøres i almindelighed ved en skønsmæssig dom bygget på livets erfaringer. I visse forhold kan erfaringerne i tidens løb behandles statistisk, og skadechancen kan da tænkes udregnet. I det praktiske retsliv har dette dog hidtil ikke spillet nogen rolle. Men grundlaget for den skønsmæssige bedømmelse af faren er i virkeligheden, at man i tanken generaliserer det konkrete tilfælde og overvejer, hvorvidt der måtte påregnes at indtræde skade, når der blev foretaget et stort antal handlinger mage til den, der skal bedømmes, samt hvor stor en del af handlingerne der ville medføre skade. En handling kan derfor siges at være farlig, når det antages, at den efter sin art (d. v. s. når handlingen generaliseres) begunstiger skadens indtræden. Denne bestemmelse af farebegrebet støtter sig til grundtankerne i læren om adækvat forårsagelse¹⁾.

Selv om spørgsmålet om uagtsomhed først rejses, efter at hand-

¹⁾ Se om læren C. Bonnevie Adækvanslæren og beslektede Retsfelter (1942) og de fleste nyere fremstillinger af erstatningsretten, f. ex. Skyld og Skade s. 19, 177, Erstatningsret § 19. IV. Her er det ikke nødvendigt at tage stilling til, om læren som helhed egner sig til at bruges for gældende dansk rets vedkommende. I den nyeste tid er læren blevet angrebet fra flere sider.

lingen har voldt skade, som det jo sker i erstatningssager, må dommeren for at bedømme faren tænke sig tilbage til det øjeblik, da den skadevoldende handling blev foretaget.

Til uagtsomhed kræves imidlertid, at faren ikke er helt ubetydelig. De handlinger, der kun medfører en meget lav skadechance, antages at være forsvarlige uden videre. Grænsen kan vistnok drages således, at det er forsvarligt at foretage alle handlinger, som er så ufarlige, at man overhovedet ikke regner med skademuligheden, så at intet fornuftigt menneske ville undlade handling af hensyn til skademuligheden.

Til belysning heraf kan nævnes en dom af Østre Landsret¹⁾. En murmester, der havde en bygning under opførelse i en københavnsk forstadsgade, havde ladet sine folk lægge nogle tomme cementposer på byggepladsen. Den stærke blæst førte en stor, tom papirpose med sig og førte den ind i forhjulet på en forbikørende cykel, hvilket medførte, at forhjulet satte sig fast, og cyklisten styrtede og kom til skade. Da cyklisten søgte murmesteren til erstatning, blev murmesteren frifundet med den begrundelse, at det ikke kan betragtes som uforsvarligt at henlægge tomme cementposer på en byggeplads, ligesom det må anses for aldeles upåregneligt, at en tom cementpose selv under stærk blæst skulle kunne medføre en skade som den her forvoldte²⁾.

Den her nævnte betingelse udtrykkes ofte således, at skaden skal have været forudseelig³⁾. Denne vending er efter min mening

¹⁾ U. 1946. 459.

²⁾ Det sidste led, »ligesom«, er tilføjet på en sådan måde, at det naturligst forstås som en ny ansvarsfrihedsgrund, der i så fald må være manglende adækvans. Men tilføjjelsen viser, at handlingen betragtedes som praktisk talt ufarlig.

³⁾ Således endnu *Overgaard Norsk Erstatningsrett* s. 101 f. I tilsvarende betydning bruger *Vinding Kruse Retslæren* I s. 377 og 395 den vending, at handlingen »kunne forudses at medføre skade«. — S. 361 forklarer han sin forståelse af ordet forudse i overensstemmelse hermed. — På de nævnte steder fremstiller Vinding Kruse en tænkt, fremtidig lovordning. S. 340, hvor man taler om gældende ret, kræver han, at skaden er forudseelig. Men dette udtryk, der sproglig ikke ses at have andet indhold end det før nævnte, tages tilsyneladende i en snævrere betydning, som det fremgår af udviklingen s. 377 nederst og af, hvad jeg nævner på s. 65 ved note 4. — *Jul. Lassen* brugte I § 36 ved note 10-11 udtrykket forudset til at afgrænse de følger, erstatningsansvaret omfattede, men tog det her i en betydning, der var snævrere end Vinding Kruses, vistnok snarest i den sædvanlige betydning. Lassens følgende bemærkninger ville være overflødige og misvisende, hvis de forudseelige følger om-

uheldig, da ordet forudseelig her bruges i en betydning, der afviger fra den sædvanlige, og derfor let kan blive misforstået¹⁾. Dette er dog mindre væsentligt.

Derimod har det betydning, at nogle forfattere har bestemt betingelsen således, at den også praktisk får et andet indhold. Der er ikke grund til at dvæle ved fremstillingerne fra tiden, før adækvanslæren fremkom²⁾, og heller ikke ved *Jul. Lassens* ældre formel, som blev ændret af ham selv³⁾. Men for få år siden har *Vinding Kruse* i sin redegørelse for gældende ret hævdet, at der kræves en højere grad af fare, for at der skal kunne tales om skyld. Han opstiller som en betingelse herfor, at skaden er en sådan følge af handlingen, som kunne forudses af et menneske i handlingsojeblikket som sandsynlig⁴⁾. Denne lære, som bestemmer skyld (der omfatter uagtsomhed) omtrent på samme måde, som forsæt ofte bestemmes, f. ex. af *Krabbe*⁵⁾, må bestemt afvises. Det er ikke til at forstå, hvorledes *Vinding Kruse* er kommet til sin lære. Han mener åbenbart selv, at den praktisk er utilfredsstillende, og indfører derfor i sit forslag til en kommende erstatningslov en regel, der svarer til den, der er opstillet ovenfor i teksten. Og han har ikke påvist, at dansk retspraksis stemmer med hans lære. I vir-

fattede alle følger, som vi nu plejer at kalde påregnelige. *Lassens* udtryksmåde afspejler hans mindre heldige definition af uagtsomhed, der omtales ndfr. i note 3.

¹⁾ Skyld og Skade s. 154.

²⁾ *Goos's* fremstilling blev iøvrigt kritiseret allerede af *Kraft*, Hovedprincipperne i den formueretlige anordning s. 84 ff, og blev forladt af de fleste senere forfattere, jfr. også Skyld og Skade s. 19, 154 note 11.

³⁾ Den gamle formel findes endnu i *Lassen* I § 29. II, s. 266, men dette sted ændrede *Lassen* ved rettelserne s. 998, efter at jeg over for ham havde kritiseret den gamle formel.

⁴⁾ Dette må antages at være den afgørende formulering af betingelsen, da den findes på det vigtigste sted i fremstillingen, s. 293. Den genfindes andetsteds, f. ex. s. 377 nederst. Det må formodes kun at være en omskrivning af den, når *Vinding Kruse* beskriver uagtsomhed med noget afvigende udtryk. Nogle steder kræves det, at den handlende burde have forudset, at handlingen ville medføre den skade, der skete (s. 290), sml. s. 360 »burde have indset«, eller at skaden kunne forudses at ville medføre skade (s. 292 og 341), udtryk, der læst bogstavelig stiller skærpede krav og reelt svarer til den skæve formel, *Jul. Lassen* oprindelig gav, jfr. note 3. Et andet sted bruges omvendt det svagere udtryk »måtte forudse skaden på dette gode som en naturlig og rimelig følge af handlingen«, se s. 302, hvor der direkte tales om den skyld, der kræves til straf, men det tilføjes, at samme betingelser formentlig normalt bør kræves til erstatning.

⁵⁾ Borgerlig straffelov, 4 udg. s. 134.

keligheden viser nyere domme om skadeserstatning klart, at praksis stiller langt ringere krav til farens størrelse.

Til belysning heraf skal blot nævnes en enkelt dom af Østre Landsret¹⁾. En forpagter havde tilladelse til at opstille bistader på en godsejers mark. Da marken skulle slås dagen efter, fjernede han staderne en aften ved 11-tiden og kørte dem til sin ejendom, der ligger henimod 2 kilometer fra stadepladsen. Da man næste dag ved middagstid begyndte at slå på det sted, hvor staderne havde stået, overfaldt en bisværm høstfolkene og flere heste. Forpagteren blev dømt til at betale erstatning herfor. Det var oplyst, at han om morgenen kl. 3¹/₂ havde lukket bierne ud, hvilket var nødvendigt, hvis de ikke skulle dø. Bierne styrtede straks ud, og forpagteren blev noget ængstelig for, at de skulle flyve tilbage til marken og forårsage skade dér. Han slog sig imidlertid til ro med, at afstanden til marken var ca. 2 km., og at han aldrig havde været ude for tilbageflyvning over mere end 1 km. I en sagkyndig erklæring hed det, at skaden må betragtes som hændeligt uheld, idet der har været lidt uforsigtighed og uvidenhed både hos ham og hos høstfolkene, og at afstanden »må have beroliget ham, da biavlere normalt ikke regner med honningudbytte af marker i denne afstand«. Dommen lagde ham til last, at han ikke pr. telefon eller på anden måde havde advaret godsejeren, da han havde set bierne flyve ud af kuberne på en unormal hurtig måde.

Det kan ikke fastslås nøjagtig, hvor lav skadechancen skal være, for at uagtsomhed må udelukkes blot under henvisning til farens lave grad. Dette hænger sammen med, at spørgsmålet sjældent foreligger rent til afgørelse. De allerfleste retssager drejer sig om handlinger, som der er ialfald nogen positiv grund til at lade foregå uden retlig reaktion.

Ikke enhver handling, der medfører en fare, man må regne med, er uforsvarlig. Dette er den nordiske læres vigtigste sætning. Efter mit skøn er det klart, at dansk retspraksis ikke finder uagtsomhed udvist, hver gang handlingen frembringer en fare, der overstiger den nysnævnte grænse. Og en gennemgang af retspraksis viser formentlig også, at *den grad af sandsynlighed for skade, som kræves til uagtsomhed, ikke er den samme i alle tilfælde.*

¹⁾ U. 1945. 197. Andre domme findes sammesteds s. 1044, 1946. 176 og 495.

Gradsforskellen kan vel tildels forklares ved, at domstolene lægger vægt ikke blot på faregraden, men også på størrelsen af den skade, der må regnes med. Afgørende for dommen om handlingens forsvarlighed er det, hvor store betænkeligheder handlingens farlighed fremkalder, og dette beror dels på, hvor stor en skade man må regne med, at handlingen kan medføre, dels hvor stor sandsynligheden for skadens indtræden er. Som betegnelse for begge disse elementer bruger jeg udtrykket *handlingens skadeevne*, der kort kan bestemme som produktet af den mulige skades værdi og sandsynlighedsgraden¹⁾.

At skadens størrelse varierer, er dog ikke tilstrækkeligt til at forklare den forskel, som i retspraksis gøres med hensyn til faregraden. Rigtigheden heraf kan imidlertid ikke godtgøres, fordi det i de allerfleste tilfælde er praktisk umuligt at måle faregraden eller skadeevnen. Foreløbig kan der ikke fremføres andre bevisdata, end at nordiske juristers bedømmelse af retspraksis har overtydet dem om lærens rigtighed. Men læren finder formentlig yderligere støtte i en overvejelse af de praktiske hensyn, der kan få betydning fra et lovgiversynspunkt.

Forklaringen på, at der kræves en vekslede faregrad, finder Goos, som det fremgår af det foran i III gengivne stykke fra hans strafferet, i at livet kræver en vis handlefrihed, der må bestemmes efter, hvad der er nødvendigt for opnåelsen af livsvirksomhedens berettigede formål. Goos udvikler nærmere, at forskellen beror på, om handlingerne efter den almindelige dom er nyttige, og om deres nytte (»vigtighed«) er større eller mindre. Handlingen kan endogså blive berettiget, skønt skaden er uundgåelig, fordi skaden ikke kan komme i betragtning imod andre onder, som handlingen er egnet til at afværge.

Goos's nærmeste efterfølgere holdt sig med hensyn til dette punkt i hans spor. Dette gælder både *Jul. Lassen*, der selv opfattede sin fremstilling i håndbogen som en kort gengivelse af Goos's lære, og *Carl Torp*. Også Torp begynder med næsten ordret at gengive Goos's kendte formel og søger kun at føre læren fremad i enkelte retninger.

Derimod fjerner den fremstilling, *Fredrik Stang* gav i Erstatningsansvar § 7, sig mere fra Goos og kan kritiseres i flere retninger.

¹⁾ Jfr. Erstatningsret s. 32.

Det kan se ud til, at det var Stangs lære, der gav stødet til den kritik, Per Augdahl og Ragnar Knoph rejste.

Knoph gør gældende, at teorien altfor ensidig har begrænset sig til en afvejelse af nytte og fare. I virkeligheden spiller mange andre hensyn med ind¹⁾.

Af disse fremhæver *Knoph* handlingens subjektive side, særlig hensigtens betydning, interessen i at gøre retsreglerne abstrakte og absolutte og i at lade dem træde frem med størst mulig klarhed og sikkerhed samt i det hele det tekniske hensyn, et hensyn, som teorien »principielt nægter at tage hensyn til«.

Augdahl fremhæver navnlig, at hensynet til nødvendigheden af faste retsregler ikke er kommet til sin ret i nordisk teori²⁾.

De to forfattere har ubestridelig ret i, at slige hensyn har væsentlig betydning. Men dette er efter mit skøn ikke blevet fornægtet af *Goos* eller hans vigtigste efterfølgere.

De udtryk, hvormed vore ældre forfattere gengav hovedreglen, er så almindelige, at de også giver plads for slige hensyn. Og hovedforfatterernes enkeltundersøgelser viser, at de ikke overså disse hensyn. *Goos* fremhæver i selve det stykke, *Augdahl* citerer, »retslivets krav på en objektiv, almén tilgængelig, for alle lige norm«, og i adskillige enkeltundersøgelser fremhæver han hensyn som de nævnte, ja nogle steder vil mange mene, at han tillagde dem for stor betydning³⁾. Hos *Torp* kommer hensynet til værdien af faste regler

¹⁾ Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett s. 235 ff, 245 og 257, se også *Vinding Kruse* Retslæren I s. 341 f. Det ser iøvrigt ud, som om *Vinding Kruse* for de tilfælde, vi sysler med, person- og tingsskade bortset fra nødretstilfælde m. m., mener, at der overhovedet ikke bør tages hensyn til handlingens værdi, jfr. s. 337 f og udtalelsen s. 293 nr. 2 om, at handlingen kan tilregnes som forsætlig eller uagtsom, når hans ovenfor s. 65 nævnte forudseelighedsbetingelse er opfyldt, sml. også s. 292. På den anden side taler han s. 317 ff om en abstrakt interesseafvejning i disse tilfælde, jfr. nedenfor s. 74, og s. 340 siges det også med henblik på dagliglivets ret ufarlige handlinger, at retstridighed kræver endnu en betingelse, *Vinding Kruses* femte betingelse, der er omtalt ovfr. s. 53 note 3. I det følgende nævnes dog ingen udslag heraf på det område, vi nu behandler. En grund til vanskeligheden ved at fastlå *Vinding Kruses* mening er, at han behandler person- og tingsskade sammen med andre skader.

²⁾ Ret og retskrænkelse s. 20 ff, 35 ff, 51 f, 70.

³⁾ Se navnlig udviklingen om undladelser og om nødret i Alm. Retslære I s. 350 f, II s. 507 ff. Det er derfor uberettiget, når *Augdahl* l. c. s. 30 siger, at *Goos's* nødretslære ikke stemmer godt med hans almindelige principper for handlefrihedens grænser.

frem på flere punkter, således ved at han udskiller to handlingsgrupper, hvorom der opstilles skarpe regler¹⁾. — Sammenhængen viser, at disse regler ikke betragtes som brud på det almindelige princip, men som stemmende dermed. — Ligeledes kan henvises til hans drøftelse af spørgsmålet, om *dolus* udvider det retstridiges område, af reglerne om undladelser samt til hans skarpe udtalelse, at der ved afvejelsen må tages hensyn til den vigtighed, det kan have, at der på visse områder hersker størst mulig sikkerhed for, at en given regel, hvis hævvelse har interesse udover det enkelte tilfælde, overholdes²⁾.

I princippet har der således altid været enighed om, at også tekniske hensyn o. lign. måtte tages i betragtning. Noget andet er, at ikke alle forfattere har tillagt dem samme vægt. Dette kan dog ikke vække forundring. Det vil sikkert gentage sig til alle tider. Stort set kan man vel sige, at de tekniske hensyn faldt støt i kurs ialfald i de første årtier, efter at retstridighedslæren var fremsat. Derfor er det ikke så mærkeligt, at en vis reaktion satte ind³⁾.

Den rejste kritik viser også, at det havde været ønskeligt, om det var blevet understreget, at det ikke drejer sig om en enkel afvejelse af fare og nytte. Dette gælder navnlig over for Goos's efterfølgere, der udvidede lærens område. Selv med hensyn til person- og tingsskade er det dog rådeligst ikke at sammenfatte de afgørende hensyn i en enkelt formel. I min Erstatningsret søgte jeg derfor ikke derpå, men jeg ombyttede ordet nytte med videre udtryk, f. ex. »positiv værdi fra samfundets synspunkt«, og jeg tilføjede, at der selvfølgelig måtte tages hensyn til de formål, retsordenen iøvrigt forfølger, og tillige overalt arbejdes med de hensyn, som hører ind under rettens teknik. Der måtte således ses på, om forholdet overhovedet egnede sig til at have retlig relevans, og på om reglerne måtte tilskæres mere eller mindre skarpt

¹⁾ Strafferets alm. del s. 253 f. — Se til det følgende samme værk s. 259 ff, 276 ff og 272.

²⁾ I Skyld og Skade s. 107 fremhævede jeg, at afvejelsen er meget sammensat og rummer meget mere end en afvejelse af interesserne hos de to personer, den enkelte handling berører.

³⁾ For *Knophs* vedkommende er der dog næppe tale om en reaktion i realiteten. På selve sit hovedfelt, hensigtens betydning, har han fulgt den gamle strøm videre, idet han i modsætning til sine fleste forgængere ikke vil lade sig standse af de tekniske betænkkeligheder ved at bygge på den handlendes hensigt.

for at få større fasthed og blive lettere at håndtere, og bevisbyrdespørgsmålet måtte inddrages i overvejelserne¹⁾.

Der er også rejst indvendinger mod Goos's lære i andre retninger.

Goos fremstillede det²⁾, som om faregraden kunne svinge fra en ganske lav fare til 100 %. Denne lære tog *Bentzon* afstand fra ud fra en iagttagelse af retslivet³⁾. Han hævdede, at det normalt var utilladt at udsætte andres retsgoder (person eller ting) for en fare af en vis højere grad, og at det normalt kun i nødretstilfælde var retmæssigt at fremkalde større fare. Både i Skyld og Skade og i min Erstatningsret tog jeg tanken op og gav den skarpere udtryk, da jeg mente, det drejede sig om noget vigtigt⁴⁾. Nu er jeg tilbøjelig til at dæmpe udtrykkene lidt og vil derfor forme tanken således:

Trangen til et effektivt værn mod person- og tingsskade fører til som hovedregel at betragte enhver handling, som medfører en fare, der overstiger en ret lav grad, som uforsvarlig. Dette gælder, selv om den enkelte handling ville have stor værdi også fra et alment synspunkt, f. ex. fordi en meget stor økonomisk interesse kunne varetages derved, samtidig med at den truede persons interesse i at undgå handlingen var forholdsvis ubetydelig efter en almen vurdering. Sætningen må fastholdes også, hvor faren kun truer andres ting. Ligesom ikke engang almenvellet kan gøre det berettiget at fratage en mand en formuerettighed — ifølge dansk grundlovs § 80 kræves der særlig lovhjemmel hertil — således kan hverken private personers eller samfundets interesse i almindelighed gøre det berettiget at beskadige ting i privat ejendom eller blot udsætte dem for større fare.

Et fast værn for personers og tings integritet er så vigtigt, at denne hovedregel må fastholdes med stor styrke. Den har dog undtagelser i lovgivningen, og der må også uden lovhjemmel kunne opstilles visse begrænsninger i reglen. Men de nævnte hensyn kræver, at der kun gøres brud på reglen i særlige grupper af tilfælde, som er så sjældne eller udskiller sig så klart fra de almindelige tilfælde, at hovedregelens værdi ikke svækkes væsentlig.

¹⁾ Erstatningsret s. 30.

²⁾ Strafferet alm. Del s. 191 f.

³⁾ Almindelig retslære I s. 150, 153.

⁴⁾ Skyld og Skade s. 107 f, Erstatningsret s. 31. Se iøvrigt om Goos *Augdahl* l. c. s. 31.

De konkrete løsninger, *Goos* går ind for i sine eksempler, må sikkert billiges. Den læge, der for at frelse en tilskadekommen persons liv foretager en nødvendig amputation af et lem, handler ikke uforsvarligt (retstridigt). Men dette bør efter min mening betragtes som en følge af, at der her foreligger en særlig grund, der udelukker retlig reaktion. Når tilfældet føres ind under den almindelige regel, skjuler man, at handlinger, der udsætter person eller ting for fare, normalt bliver retstridige, såsnart faren går ud over en ret lav grad. Og dette kan atter let føre til, at hovedreglen tilsidesættes ubetænksomt i tillid til, at man bruger en almindelig grundsætning.

Der er endnu en grund til, at det er vigtigt at fastslå hovedreglen. Afgørelsen af, hvilke særlige grunde der kan udelukke ansvar, skønt handlingen er meget farlig, bør ikke altid ske efter den almindelige opfattelses dom og bør navnlig næppe bygges på den almindelige moralopfattelse. Denne er ofte mindre sikker i slige usædvanlige situationer end, hvor det drejer sig om almindelige handlinger. Derfor bør afgørelsen ske ud fra retlige overvejelser. Til belysning heraf nævner jeg blot spørgsmålet om euthanasi.

Til begge sider må visse grupper af tilfælde altså skilles ud. Men for den store mellemgruppe af farlige handlinger har den nordiske lære formentlig ret i, at dommen om handlingens forsvarlighed beror på en afvejelse af de forskellige relevante hensyn.

Der er imidlertid et underspørgsmål, hvis betydning den nordiske lære fra først af ikke fik øje på, og som den derfor ikke tog stilling til. Det er problemet, om der ved afvejelsen skal lægges vægt på *den enkelte handlings værdi*, eller kun på den almindelige værdi, det har, at handlinger af den pågældende art kan foretages ansvarsfrit.

Inden selve dette spørgsmål tages op, må det slås fast, at handlingens *skadeevne* bedømmes konkret. Med hensyn til person- og tingsskade er dette blevet hævdet lige fra retstridighedslærens første dage. Det blev navnlig antaget af *Goos*¹⁾. Han sonderer i strafferetten mellem forskellige grupper af handlinger og siger, at der er »visse forhold, hvor det spørgsmål, om en handling har evne til at forårsage og derfor er retstridig, ikke bliver afhængig af situa-

¹⁾ Strafferet alm. Del s. 158 ff. Jeg ser ingen grund til at opfatte *Getz* anderledes. *Knoph* Hensiktens betydning s. 234 siger, at *Goos* og *Getz* antagelig har tænkt på en afvejelse in abstracto, men han taler her om nytte og skade under eet.

tionen i det individuelle tilfælde, men beror på en for alle retsbrud af en vis art fælles og ved arten bestemt gennemsnitsregel«, således ved angreb på viljesfriheden. I modsætning hertil gives der andre tilfælde, »hvor vel et vist minimum er den fælles betingelse for at antage evne til at forårsage i retlig forstand, men hvor der inden for denne grænse ved at bestemme handlingens retstridighed end videre kan blive at tage hensyn til den større eller mindre nærhed af farens realisation i det enkelte tilfælde. Således er forholdet altid dér, hvor det kommer an på en fysisk kausalitet, altså ved de grænser for handlefriheden, som må drages af hensyn til integriteten af selvstændige, udvortes retsgoder, såsom medmenneskers liv, legeme og ejendom« — altså netop på det område, som hans almindelige regel skal gælde om.

De senere forfattere havde uden tvivl samme opfattelse. Jeg har også i hovedsagen sluttet mig til den, men dog gjort opmærksom på, at retlige synspunkter kan føre til at gøre visse brud med hovedreglen. Der er adskillige individuelle momenter, der ikke egner sig til at være retlig relevante. Ved handlinger, der medfører fare for andres person, tager man således ikke hensyn til det enkelte menneskes større eller mindre »værdi« for samfundet¹).

Derimod var læren oprindelig uafklaret med hensyn til det andet element i afvejelsen, handlingens værdi (nytte eller nødvendighed).

Ingen af de ældre forfattere rejser det almindelige spørgsmål, om der skal tages hensyn til den enkelte handlings værdi eller anlægges en generaliserende betragtning. Men spredte udtalelser viser, at de vigtigste forfattere i nogle grupper af tilfælde selv har taget hensyn til den enkelte handlings værdi, i andre derimod ikke.

Spørgsmålet er navnlig draget frem af *Augdahl* og *Knoph*²), men deres opfattelse af de ældre danske forfatters mening er næppe helt rigtig.

¹) Erstatningsret s. 33. Ved fare for tingsskade har det — når der ikke tænkes på de særlige retmæssighedsgrunde — sjældent praktisk betydning, om der kun skal regnes med den økonomiske skade eller også tages hensyn til anden værdi ved tingen, f. ex. affektionsinteresse. Hvis det er synligt for skadevolderen, at den truede ting har en særlig værdi for ejeren, synes det klart, at man ialfald ikke nøjes med at tage hensyn til tingens bytleværdi. I TfR 1897. 65 f har *Torp* udtalt sig i modsat retning om nodretshandlinger.

²) *Augdahl* Ret og Retskrænkelse især s. 11 og 65 ff, *Knoph* l. c. s. 234 ff. Se fremdeles *N. Cohn* i Juridisk Tidsskrift 1923. 137 ff.

Forskellige eksempler hos *Goos* viser klart, at der er tilfælde, hvor han vil tage hensyn til den konkrete nytte. — Herom kan henvises til slutningen af det lange stykke, der er gengivet ovfr. i III. — Men disse eksempler drejer sig om forsætlig skade i nødtilfælde og hører efter min opfattelse hjemme under de særlige retmæssighedsgrunde. På den anden side er der tilfælde, hvor *Goos* tilsyneladende ikke tager hensyn til den konkrete handlings værdi. Han fremhæver, at der under erfaringens indflydelse afsætter sig fastere regler, som i ringere grad påvirkes af det individuelle tilfældes konkrete beskaffenhed, og at der ikke bliver brug for nogen afvejelse, medmindre handlingen medfører nogen, omend fjern og lidet sandsynlig fare.

Jul. Lassens to første udgaver af Haandbogen viser, at han oprindeligt heller ikke havde øje for problemet. *Bentzon* berører derimod det almindelige spørgsmål, om afvejelsen er en konkret bedømmelse, men går ikke ind på det særlige spørgsmål, om nytten i det enkelte tilfælde bør vejes¹⁾). Dette problem pegede jeg på i Skyld og Skade, men da jeg ikke havde til opgave at udvikle retstridighedslæren og heller ikke mente, at det var nødvendigt at løse spørgsmålet af hensyn til mit eget arbejde, nøjedes jeg forsigtigt med om de dagligdags handlinger, hvis fare ligger nær ved undergrænsen, at sige, at det var tvivlsomt, om der in concreto kunne kræves en overvejende interesse hos den handlende, og at man muligvis burde hævde, at disse handlinger i kraft af deres generelle nytte er anerkendt som retmæssige en gang for alle²⁾). Disse ord fangede *Jul. Lassens* opmærksomhed. I sidste udgave af håndbogen gjorde han derfor opmærksom på, at her var et punkt, der trængte til nærmere undersøgelse. Og for at markere, at nytten også efter hans opfattelse i nogle tilfælde måtte bedømmes abstrakt, i andre konkret, skrev han, at farlige handlinger kunne være »tilladelige

¹⁾ Alm. Retsslære s. 128 ff. — *Torp* opstiller i sin *Stralleret* alm. Del s. 253 ff en hel gruppe handlinger, hvor der ikke engang spørges om den konkrete fare, men handlingen tillades uden hensyn til farens og skadens størrelse. Der spørges heller ikke om den konkrete nytte ved helt ufarlige handlinger. Dernæst fremhæver han s. 272, at der må tages hensyn til vigtigheden af, at der på visse områder er størst mulig sikkerhed for overholdelsen af en given regel. Bortset fra slige særlige forhold får man imidlertid det indtryk, at den konkrete nytte er afgørende for den store mellemgruppe af farlige, men forsvarlige handlinger.

²⁾ S. 126, jfr. s. 114 ff og dertil *Augdahl* l. c. s. 51 f.

på grund af deres nødvendighed eller nyttighed i almindelighed eller i det enkelte tilfælde for den handlende¹⁾).

Det blev Augdahl og Knoph, der virkelig tog problemet op.

Knoph fremhæver, at retsordenen på den ene side ønsker at forme sin regel så abstrakt som mulig, på den anden side at give hver enkelt handling en sådan behandling, som den ideelt og isoleret set fortjener, og at man tillige må tage i betragtning de tekniske hensyn, værdien af, at retsreglerne fremtræder med størst mulig klarhed og sikkerhed. Afgørelsen beror på et kompromis mellem disse og endnu flere hensyn, og derfor kan retsordenen ikke ensidig se på de konkrete interesser²⁾).

Det fremgår heraf, at *Knoph* ikke mener, der kan opstilles faste regler om, hvornår der tages hensyn til den konkrete nytte. Det mente derimod *Augdahl*. Han bliver ikke træt af at fremhæve, at faste retsregler er en absolut nødvendighed for den retslige orden og sikkerhed, og vil derfor lægge vægt på, om en retsregel i det store og hele fører til overvejende gode eller overvejende uheldige resultater³⁾. Udfra disse betragtninger synes han at ville hævde, at nytten som hovedregel bør vejes in abstracto, og at der kun bør tages hensyn til den konkrete nytte, hvor det er hjemlet ved positiv undtagelsesbestemmelse, f. ex. nødretsreglen⁴⁾.

Augdahls opfattelse har senere fået tilslutning af *Vinding Kruse* med hensyn til den store mængde af det daglige livs handlinger⁵⁾. Hans eksempler viser, at han ialfald fortrinsvis tænker på handlinger, der medfører fare for personer eller ting. Han siger, at retsordenen tillader alle disse dagligdags handlinger som på forhånd retmæssige, fordi deres samfundsmæssige nytte i livets milliontilfælde langt overstiger den skade, de forvolder i et meget lille promilleantal af tilfælde.

Augdahl har uden tvivl fået fat på noget meget væsentligt, men kritikken kan gøres endnu skarpere. Vore ældre civilretsforfattere

¹⁾ Det sidste står i *Lassen* I s. 245. I § 35 note 57 siges det, at der tiltrænges en nærmere redegørelse for eller revision af min grænselinie mellem på den ene side handlinger, der er retmæssige ifølge samfundshensyn, og på den anden side dem, som alene er retmæssige ifølge den handlendes overvejende interesse.

²⁾ Hensiktens betydning s. 235 ff.

³⁾ Ret og retskrænkelser s. 20 ff., 40 f., 46, 59.

⁴⁾ L. c. s. 51, 69 ff. Hans almindelige betragtninger uddybes af *Ross* i *Virkelighed og Gyldighed* s. 374 f.

⁵⁾ Retslæren I s. 317 ff.

var for tilbøjelige til at fæste blikket på det enkelte konflikttilfælde, som forelå til afgørelse, og havde ikke øjet tilstrækkelig åbent for de almindelige virkninger, som opretholdelsen af visse retsregler har. Dette er med styrke gjort gældende af A. V. Lundstedt, særlig også med henblik på den såkaldte culparegel og dermed på retstridighedslæren¹⁾. Hans synspunkt har værdi ved overvejelsen af de praktiske, legislative grunde til retsreglerne, en overvejelse, der jo ofte har stor betydning også for gældende ret.

Hvor stor en vægt synspunktet har på det område, der sysselsætter os, kan dog først afgøres, når det udredes, hvilke praktiske hensyn der ligger bag ved sanktionsreglerne og særlig erstatningsreglerne.

En granskning af de praktiske hensyn fører nu efter mit skøn til det resultat, at den sætning, Augdahl var tilbøjelig til at opstille, er for skarp.

Tænkes der på gældende dansk ret, er der ingen tvivl om, at der også uden støtte i lovgivningen tages hensyn til den enkelte handlings positive værdi ved nogle af de særlige retmæssighedsgrunde.

Under den danske straffelov af 1866 blev dette anerkendt ved flere domme med hensyn til de nødretshandlinger, der ikke dækkedes af den snævre regel i straffelovens § 41. Selv om man forkastede *Torps* nødretslære, kunne § 41 ikke udelukke, at handlinger, der ikke med sikkerhed gjorde skade, men kun frembragte en vis fare, ansås for retmæssige på grund af den konkrete nødstilstand. Når brandvæsenets eller politiets vogne rykker ud i fuld fart, kan deres kørsel være så hurtig, at man ikke ville anse den som forsvarelig, hvis der ikke forelå en nødstilstand. Alligevel kan kørslen være retmæssig, og dette måtte gælde også under straffeloven af 1866, skønt handlingen ikke dækkedes af § 41. Og når en bjergningsdamper for at bjerger et grundstødt skib, hvis besætning aldeles ikke er i fare, begynder arbejdet ved nattetid, skønt det er sandsynligt, at fiskere har udsat garn i nærheden, og at nogle garn let kan blive ødelagt i mørket, kan denne handling være retmæssig på grund af den konkrete nødstilstand. Heller ikke dette tilfælde faldt ind under § 41²⁾.

¹⁾ Se bl. a. TIR 1923.72, 84 f. jfr. også N. Cohn i Juridisk Tidsskrift 1923.138 f.

²⁾ Jfr. U 1918.316 (og dertil min Erstatningsret s.114), 1910.377, Skyld og Skade s. 468.

Et andet eksempel, der har samme værdi under vor nuværende straffelov, er handlinger, hvis retmæssighed beror på synspunktet uanmodet forretningsførelse (*negotiorum gestio*)¹⁾. Herunder hører efter min opfattelse enhver handling, der bliver berettiget, fordi den er nødvendig for at undgå skade for selve den person, hvis goder handlingen skader eller truer. Et klassisk eksempel er lægens amputation af en bevidstløs persons lem. *Augdahl* vil ganske vist henføre en slig operation under nødretsbegrebet. Men herover for må det med *Goos* hævdes, at man i slige tilfælde ikke kan kræve de sædvanlige nødretsbetingelser opfyldt²⁾. Det nævnte eksempel turde være tilstrækkeligt til at godtgøre både dette, og at handlingens konkrete værdi har afgørende betydning for spørgsmålet om dens retmæssighed.

Der må endvidere tages et vist hensyn til den konkrete værdi af handlingen, når det skal afgøres, om et samtykke kan udelukke en handlingens retstridighed. En handling, der medfører betydelig livsfare, f. ex. en farlig operation, kan blive retmæssig ved patientens samtykke, når der i det enkelte tilfælde er en sådan chance for et heldigt og værdifuldt resultat, at det må anses som forsvarligt at underkaste sig operationen. Men operationen er formentlig retstridig trods samtykket, hvis dens påregnelige værdi ikke kan bringe hensynet til livsfaren til at vige³⁾.

De nævnte eksempler viser, at der ialfald ikke kræves positiv hjemmel for at tage hensyn til handlingens konkrete værdi. De er imidlertid alle hentet fra undtagelsestilfælde, som med god grund kan holdes ude fra den almindelige regel om handlefrihedens

¹⁾ Disse tilfælde henførte jeg under *negotiorum gestio* i *Skyld og Skade* s. 148 f. under henvisning til *Zitelmann* i *Archiv für die civilistische Praxis* 99 (1906) s. 104 ff. Tilsvarende *Ross Virkelighed og Gyldighed* s. 363.

²⁾ *Strafferet Alm.* del s. 192, hvor *Goos* fører tilfældet ind under den almindelige afvejelse, se herom ovfr. s. 70 f. Mod *Goos Augdahl* l. c. 30 f.

³⁾ Jfr. min *Erstatningsret* s. 61 f. Der må formentlig være et vist spillerum for den samtykkendes individualitet. I denne sammenhæng kan nævnes, at handlingens konkrete værdi får særlig stor betydning, når det skal afgøres, om en skadelidende persons adfærd skal betragtes som »egen skyld«, jfr. *Erstatningsret* s. 184. Når spørgsmålet opstår med hensyn til handlinger, der sigter til redning af andre personer, vil ønsket om at fremme og belønne modige redningsforsøg iøvrigt føre til, at man ofte vil benægte egen skyld selv i tilfælde, hvor en almen dom om den konkrete handlingens chancer falder negativt ud.

grænser. Men selv om man ser bort fra alle særlige retmæssighedsgrunde, kan det ikke anbefales at opstille den regel, at der ikke tages hensyn til den konkrete nytte.

Getz omtaler flere tilfælde, hvor der tages hensyn til, om den enkelte handling har en nyttig funktion. Norske Lov 5-10-9 tillader efter lysning at udlægge selvskud for ulve, bjørne eller andre dyr. Men, siger Getz, deraf følger ikke, at man også er angerløs, om man udlægger selvskud, hvor der ikke findes dyr, som der kunne være tale om at skyde på denne måde¹). Disse udtalelser indeholder ialfald, at en handling kan blive retstridig, når den foretages uden nogetsomhelst fornuftigt formål.

Men efter omstændighederne må der ved bedømmelsen også tages hensyn til, hvor stærk en interesse der er knyttet til handlingen i det enkelte tilfælde. Om en mand ansvarsfrit kan opsætte en rævesaks eller lægge gift ud på sin grund, må sikkert for en del bero på, om manden i det givne tilfælde havde fornøden interesse deri, fordi der måtte antages dér på egnen at være ræve eller rotter, der var grund til at bekæmpe på denne måde. Som et andet eksempel — fra *Jul. Lassens* forelæsninger — kan nævnes den såkaldte stakkebrænding. I almindelighed vil stakkebrænding ikke være retstridig, blot fordi den foretages uden påviselig konkret nytte. Men når brandfaren for naboer på grund af blæst overstiger en vis grad, vil man sikkert kun anse den for retmæssig, når blæsten varer i lang tid og hensynet til landbrugets drift eller andre vigtige hensyn kræver brændingen foretaget uden yderligere opsættelse²).

Danske domme, som ved afgørelsen af spørgsmålet om uagtsomhed klart lægger vægt på den skadevoldende handlingens nytte i det enkelte tilfælde, mindes jeg ikke at have set. De fleste domme undersøger kun handlingens farlighed, derunder hvilke forholdsregler der er truffet for at mindske faren. Enkelte domme berører dog spørgsmålet om handlingens nytte eller nødvendighed, men

¹) Juridiske Afhandlinger s. 54. — Dette synes oversat af *Augdahl* l. c. s. 17. — *Getz* nævner endnu et par eksempler, smstds. s. 66.

²) På lignende måde kan forholdet være, hvor en brand opstår ved gnister fra en damptrømler eller anden kørende dampmaskine. Sml. U. 1933. 997, der idømte erstatning og begrundede det med uagtsomhed. Præmisserne antyder, at det kunne have betydning, om det ansås for nødvendigt at fortsætte tromlingen på det farlige sted trods blæsten.

det synes navnlig at være domme, der pålægger erstatningspligt uden klart at sige, om ansvaret støttes på uagtsomhed eller af særlige grunde pålægges, skønt der ikke forelå uagtsomhed¹⁾.

Dansk lovgivning indeholder derimod regler, der kræver hensyn taget til den enkelte handlings værdi. Som eksempel kan nævnes færdselslov nr. 129 af 14 april 1932 § 31 nr. 2 og 3: Køretøjer, der er i brug til vejarbejde, må kun henstilles på eller i nærheden af det sted, hvor de er i brug, *for så vidt det er forbundet med væsentligt besvær at fjerne dem*. — Andre genstande må ikke uden politiets tilladelse henstilles eller henlægges på gade, vej eller plads, *medmindre særlige forhold gør det nødvendigt*.

Resultatet bliver da, at Augdahls skarpe sætning må forkastes på vort område — handlinger, der medfører fare for personer eller ting. — Foreløbig tør jeg ikke sige mere end, at der er talrige handlinger, hvor der ikke spørges om den enkelte handlings værdi, og at dette — bortset fra særlige undtagelsessituationer — gælder om de allerfleste handlinger, der udsætter liv, legeme eller ting for fare. Men reglen må dog efter omstændighederne fraviges ved handlinger, som ikke hører til det daglige liv, og som medfører en fare, der er forholdsvis betydelig, d. v. s. ligger nær ved overgrænsen.

Augdahl og Knoph rejste endnu et problem.

Knoph udvikler, at der er kommet en ejendommelig dualisme ind i teorien, idet den ikke nøjes med at henvise til afvejelsen af nytte og skade, men samtidig henviser til livets regel, den almindelige fornuftige dom, bonus paterfamiliasskønnet el. lign. Denne dualisme, siger Knoph, skjuler teorien dog ved at opstille det postu-

¹⁾ U. 1944.668, 1946.944, hvor det som en af grundene til at pålægge ansvar for skade ved udgravning til kloak blev nævnt, at skaden kunne være undgået ved en bekosteligere fremgangsmåde. U. 1946.728 dommer sporvejene til at erstatte skade voldt ved, at en person på gaden ramtes af en passager, der lige var sprunget på en overfyldt sporvogn, og siger, at det ikke kan fritage sporvejene for ansvar, at det i den overfyldte sporvogn var vanskeligt for konduktøren at få fornødent overblik. Det kan altså ikke medføre ansvarsfrihed, at almenhedens interesse under krigens trange forhold krævede adgang til at overfylde sporvognene. Disse domme nøjes imidlertid med at pålægge erstatningsansvar og siger ikke, at der var udvist uagtsomhed. I forhold til passageren, der også fandtes ansvarlig, antoges det, at sporvejene skulle bære halvdelen af skaden.

lat, at bonus paterfamilias, når han afgiver sit skøn, altid lægger til grund netop de momenter, som efter interesseafvejningslæren er relevante, udelukker alle andre og derefter træffer sin afgørelse som en anden regnemaskine. Dette postulat anser Knoph som urigtigt, da det almindelige skøn bygger på retsfølelsen, hvis kilder ikke kan udtømmes i forstandens kategorier¹⁾.

Det sidste skal jeg ikke bestride, men iøvrigt tager Knoph lovlig håndfast på den ældre lære. Vistnok alle forfattere fremhæver, at selve afgørelsen i vidt omfang træffes ved et skøn, der beskrives med forskellige navne. De grundsætninger om afvejelse, der opstilles, må derfor betragtes som et ufuldkomment forsøg på at bestemme, hvad der ligger bagved skønnet. Dette kommer klart frem hos enkelte²⁾. Min mening om forholdet mellem afvejelsen og skønnet har jeg allerede fremsat ovfr.³⁾.

I modsætning til Knoph, der sætter bonus paterfamiliasskønnet i højsædet, synes *Augdahl* at ville dette skøn til livs⁴⁾. Man kan, siger han, ikke bygge afgørelsen på en fornuftig dom eller afvejelse. Det ville være det samme som at overlade alt til et frit subjektivt skøn. Man kan heller ikke umiddelbart som målestok for den enkelte handling anvende »den almindelige dom« eller den dermed enstyrdige regel, at man skal handle som en bonus paterfamilias. Derved ville man få en etisk (moralisk), ingen retslig bedømmelse. Den almindelige dom hviler nemlig på et meget kompliceret grundlag og retter sig efter en hel række omstændigheder, som for en stor del overhovedet ikke lader sig indordne under regler og heller ikke forøvrigt egner sig til at have retslig relevans. Læren sammenblander altså ret og moral.

Over for denne sidste påstand skal først siges, at den nordiske lære utvivlsomt ikke har sigtet til den almindelige moralske dom. Dette fremgår tilstrækkelig af, at hovedforfatterne erklærer alle subjektive momenter for uvedkommende. Det er altså givet, at der ved bedømmelsen ses bort fra en række momenter.

¹⁾ Hensiktens betydning s. 244 ff. Se også *Augdahl* l. c. især s. 29, *N. Cohn* i Juridisk Tidsskrift 1923. 141 ff.

²⁾ Således hos *Bentzon* Alm. Retslære s. 143, 149 f og i min *Skyld og Skade* s. 19.

³⁾ s. 59 ff.

⁴⁾ l. c. s. 12 ff, 16, 18, 29, 36, 42 f, 63 ff.

Som det fremgår af hvad der er sagt ovfr. s. 48 ff, har også jeg den mening, at man ikke på alle livsområder kan henvise til den almindelige dom eller lignende. Men man kan gøre det på det område, vi sysler med her i VIII.

Augdahl har dog en anden mening. Han hævder, at den almindelige dom overhovedet kun er egnet til at afgøre, om faren er en sådan, som man regner med¹⁾. En lignende opfattelse har *Vinding Kruse*²⁾. Han gør gældende, at den gode borgers *skøn* alene hører hjemme på visse bestemte områder, nemlig den rent *faktiske* bedømmelse, navnlig af (a) den *konkrete årsagssammenhæng*, af *den enkelte handlings muligheder for skade*, og (b) i *nodretstilfælde* af de udsatte goders indbyrdes værdi.

Dette turde dog være for snævert, når det drejer sig om at afgøre, hvorvidt en handling, der medfører fare for person eller ting, er forsvarlig. De praktiske eksempler, hvormed *Vinding Kruse* underbygger sin opfattelse, hører da også hjemme på andre livsområder. Det er boykot- og konkurrencehandlinger³⁾.

Iøvrigt har ingen af hovedforfatterne henvist til den gode borgers *skøn*. *Goos* henviser til en *almindelig dom* om, hvad der er en fornuftig og berettiget handlemåde, til »livets regel«, og viser derved en tydelig bestræbelse for at gøre skønselementet så lille som muligt, og han søger også på anden måde at begrænse det. Når der henvises til en *bonus paterfamilias*, er det da i reglen heller ikke hans *skøn*, der erklæres for afgørende, men hvorledes han ville have handlet⁴⁾. Nu må grundlaget for hans handling selvfølgelig være en bedømmelse af forholdene, og hvor dommen ikke finder vejledning i tidligere fæstnede regler, sædvanlig fremgangsmåde el. lign., indeholder den et *skøn*. Men til trods herfor giver henvisningen til, om en *bonus paterfamilias* ville have foretaget handlingen, efter min mening et fastere grundlag for afgørelsen af de enkelte tilfælde end *Vinding Kruses* lære, der vil opløse dommen i et *skøn* om det faktiske

¹⁾ *Augdahl* Ret og retskrænkelse s. 17.

²⁾ *Retslæren* I s. 334 ff.

³⁾ *Vinding Kruses* udtalelser herom hænger formentlig sammen med den af ham givne formulering af forudseelighedsbetingelsen, hvorom ovfr. s. 65. Hvis den var rigtig, ville der — bortset fra særlige tilfælde som *nodret* — ikke blive plads for andre hensyn. Se også ovfr. s. 68 note 1.

⁴⁾ Jfr. ovfr. s. 59 ved note 2.

og en retlig afvejelse. Dommen om handlingens forsvarlighed er en enhed i det praktiske liv, og den er sikrere end det blotte skøn om handlingens farlighed. Dette beror på, at vi alle øves i at dømme om vore handlingers forsvarlighed.

Det kan indvendes, at den handlendes dom om handlingens forsvarlighed i reglen kun er en moralsk dom. Men her, hvor det drejer sig om at afgøre, hvornår almindelige handlinger bliver uagtsomme (retstridige) af hensyn til den fare, de medfører for personer eller ting, og hvor det forudsættes, at der ikke fremdrages individuelle, »undskyldende« omstændigheder hos skadevolderen, falder den almindelige moralske vurdering formentlig næsten helt sammen med den retlige¹). Uden for dette område gælder det langt fra altid, og det er en af grundene til, at det dér er betænkelige at bygge på den almindelige dom om handlingens forsvarlighed.

Når det endelig er blevet gjort gældende, at retstridighedslæren vækker den forestilling, at retstridighedsspørgsmålet afgøres ved en matematisk afvejelse af nytte og skade — *Knoph* siger endog, at dommeren efter læren træffer afgørelsen som en anden regnemaskine — så skyder det langt over målet. Der er vel her og der, navnlig hos *Torp* og *Stang*, vendinger, som, læst for sig, kan vække, det indtryk, at afvejelsen er forholdsvis enkel. Men de må ses i belysning af andre udtalelser, hos *Torp* således af de indledende sætninger, der nøje slutter sig til dem, Goos havde dannet — og de vækker på ingen måde det indtryk, at afvejelsen er en enkel regneopgave. Goos fremhæver i selve hovedstykket, der er gengivet foran i III, de uendelig skiftende forhold og umuligheden af at angive grænselinien ved regler, der knyttes til faste mærker, som ikke forudsætter et skøn, endsige regler, der kun kræver en logisk subsumption. Og disse tanker gentager han gang på gang²).

¹) Jfr. ovfr. s. 62.

²) Strafferet alm. del. s. 165, 196 og 226. Se også om *Torp* ovfr. s. 51. Om at det ikke er nytte og skade alene, der vejes, se ovfr. s. 68 f.

IX

BETYDNINGEN AF, AT DER HANDLES
MED FORSÆT TIL AT SKADE ANDRE

De ledende nordiske forfattere fastholdt kravet om objektiv retstridighed selv ved handlinger, der foretages med forsæt til at skade andre. Læren mente herved at nå en værdifuld betryggelse for handlefriden. Her vil spørgsmålet kun blive drøftet med henblik på person- og tingsskade.

Den ældre lære gik ud fra, at en tilregnelig skadevolder, der med forsæt forårsagede skade på en andens person eller ting, ifaldt erstatningsansvar, hvor der ikke forelå en af de særlige »retmæssighedsgrunde«. Heroverfor hævdede Goos, ikke blot at der ikke kunne pålægges erstatningsansvar, når handlingen var objektivt retmæssig, men tillige at handlingen ikke kunne mødes med nødværge eller forbydes med dom, og at den heller ikke kunne straffes undtagen efter forsøgsreglerne.

Goos hævdede endog, at en handling, der objektivt holdt sig inden for handlefrihedens grænser, ikke kunne pådrage ansvar, selv om handlingen blev foretaget i særlig ond hensigt. Det ville efter hans mening være en modsigelse at pålægge ansvar her¹⁾. Denne lære mødte straks modsigelse²⁾, og det er nu almindelig anerkendt, at den beroede på et fejlsyn. Om forsæt eller kvalificerede former deraf, f. ex. skadehensigt, kan medføre, at sanktioner knyttes til handlinger, der ville gå fri for sanktion, hvis de var foretaget uden forsæt, er et praktisk retsspørgsmål.

En lang tid var det dog den overvejende anskuelse i dansk og norsk litteratur, at man for gældende ret måtte godkende den retsregel, Goos's lære førte til³⁾. I den sidste menneskealder, navnlig efter *Ragnar Knophs* undersøgelser, anerkendes det dog af mange, at skadehensigt kan gøre visse handlinger retstridige⁴⁾. Dette spørgs-

¹⁾ Strafferet alm. del s. 76 ff.

²⁾ Se *Kraft* Om hovedprincipperne i den formueretlige anordning s. 96 ff.

³⁾ Dette hævdede navnlig *Torp* Strafferet alm. del s. 260 ff.

⁴⁾ *Ragnar Knoph* Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, jfr. dertil min anmeldelse i U. 1922 B. 272 ff., *N. Cohn* i Juridisk Tidsskrift 1922. 194 ff., A. K. i Tidsskrift for Retsvidenskab 1925. 306 ff. Imod Knoph *Torp* i TFR 1928. 251 ff.

mål kan ikke tages op til nærmere undersøgelse her. For dansk rets vedkommende er der endnu ikke fastslået klare retningslinier ved lov eller retspraksis. Men efter mit skøn kan det ventes, at vore domstole vil tillægge skadehensigt betydning ialfald i visse grupper af tilfælde¹⁾.

Selv blandt dem, der vil tage skadehensigten i betragtning, er der imidlertid enighed om, at den ældre lære bør fastholdes som hovedregel. Det må anses for hovedreglen i dansk ret, at en ellers retmæssig handling ikke bliver retstridig ved at foretages med skadeforsæt.

Denne hovedregel må støttes på praktiske, legislative hensyn og kan selvfølgelig tænkes opstillet, selv om man ikke udformer retstridighedsbegrebet på rent objektivt grundlag som herskende dansk lære. Den kan navnlig også forenes med en lære, der lader retstridighedsbedømmelsen ske på grundlag af, hvad der var synligt for en person i den handlendes sted. Derfor hævdes reglen da også af norske forfattere, der forstår retstridighed på den sidstnævnte måde.

De praktiske resultater kan selvfølgelig også forsvares uden at ty til retstridighedsbegrebet. De beror på, at der i almindelighed ikke er grund til at reagere over for de pågældende handlinger. Trods skadeforsættet er de nemlig enten helt ufarlige eller medfører så ringe fare, at de er utjenlige midler til at skade andre mennesker.

Den nordiske lære har imidlertid indlagt sig fortjeneste ved at gøre det klart, at man ikke uden videre kan gå ud fra, at der indtræder ansvar, hvor der handles med skadeforsæt.

Fremdeles min Erstatningsret § 9. *Stang* Erstatningsansvar § 7. VI, *Øvergaard* Norsk Erstatningsrett § 8. VII. A. *Karlgrén* Skadeståndsläran s. 68, *C. H. Ek* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrett S. 151 ff, 195 f.

¹⁾ Se min Erstatningsret § 9.

KAN ANSVAR FOR UNDLADELSE AFGRÆNSES VED HJÆLP AF RETSTRIDIGHEDSBEGREBET?

I de fleste lande og i Danmark er det hovedreglen, at en undladelse ikke medfører straf eller erstatningsansvar. Dette forklarer retstridighedslæren med, at undladelser normalt ikke er retstridige. Ansvar kan derfor kun indtræde i de grupper af tilfælde, hvor særlige forhold gør undladelse retstridig — eller som det ofte udtrykkes, medfører en pligt til at handle¹⁾).

Denne lære kan kritiseres i flere retninger. De fors varede praktiske resultater kan ikke begrundes ved at opstille retstridighed som en ansvarsbetingelse. Og det er uheldigt, når læren er blevet fremstillet, som om den gav en virkelig rettesnor for domstolenes afgørelser. Derfor er det heller ikke underligt, at læren er blevet angrebet hårdt i den sidste menneskealder²⁾).

Hvis man bygger på et formelt retstridighedsbegreb som det, der er skitseret ovfr. i IV, er det klart, at det ikke kan bruges til praktisk afgrænsning af ansvaret. Det samme gælder om pligtbegrebet, som i denne sammenhæng tages i særlig retlig betydning. Det er gældende dansk ret, at der kan pålægges erstatningsansvar for undladelse, selv om undladelsen ikke kan straffes og det heller ikke kan påvises, at fastslåede retsregler knytter andre sanktioner til undladelsen. Men for disse almindelige tilfælde bliver sætningens indhold i virkeligheden, at en undladelse medfører erstatningsansvar, når den er egnet til at pådrage erstatningspligt og derfor opfattes som utilladelig.

Læren dækker dog over visse realiteter.

¹⁾ Jfr. *Goos* Strafferet alm. del s. 185 ff, *Lassen* I § 28 ved note 22, *Torp* Strafferet alm. del s. 276 ff. — Undladelsspørgsmålet har jeg nylig undersøgt mere indgående i TFR 1947. 242 ff, hvortil henvises.

²⁾ Se navnlig *Lundstedt* Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. I s. 16 ff, 40 ff, II s. 52 ff og deroverfor *Thyrén* Den moderna straffrättens grundåskådningar s. 34 ff, Anmärkningar vid en skrift av professor A. V. Lundstedt s. 7 f. Fremdeles *Andenæs* Straffbar unnløtelse § 14, *Ross* Virkelighed og Gyldighed s. 183 f, *Krabbe* Borgerlig Straffelov s. 81, 94 f.

I første række har forfatterne villet »forklare« den praktiske forskel, der er på ansvarets rækkevidde ved undladelser og ved handlinger (aktiv optræden). Det er herskende lære i Danmark og i mange lande, at den, der undlader at afværge et tab for den ham uvedkommende N. N., ikke ifalder erstatningsansvar, blot fordi han har set eller ved sædvanlig agtpågivenhed ville have set den fare, der truede N. N., og det var ham muligt — og ønskværdigt fra et samfundssynspunkt — at han foretog en handling til afværgelse af skaden. Hvis det skal overvejes, om A ifalder erstatningsansvar, fordi han rolig ser på, at N. N. uden at mærke det taber noget på gaden, vil enhver jurist indrømme, at det ikke er afgørende, om A har skadet N. N. (med forsæt eller uagtsomt). Ansvar kræver strengere betingelser, og de må bestemmes ved retlige overvejelser. Det sidste vil atter sige, at dommeren — hvor der ikke findes holdepunkter for en bestemt løsning — først og fremmest må undersøge, i hvilket omfang det er ønskeligt ved regler, der knytter retlige sanktioner til undladelse, at tilskynde folk til at varetage andres interesser.

Dermed rører vi ved en anden realitet. Retstridighedslæren er et udtryk for, at der trods forskellen er noget fælles i ansvarsgrundlaget ved handling og undladelse. Ansvar må i begge grupper af tilfælde antages at hvile på den opfattelse, at der er grund til at værne visse interesser ved sanktionsregler, der stempler foretagelse eller undladelse af visse handlinger som utilladelig og tilskynder til ønskværdig adfærd.

Dette synspunkt får størst betydning indenfor erstatningsretten, da dansk lovgivning ikke indeholder almindelige regler om erstatningsansvar for undladelse og det derfor tilfalder domstolene at fastslå reglerne. Derfor kan der tænkes dannet almindelige grundsatninger om, hvornår undladelser medfører erstatningspligt¹⁾.

Spørgsmålet om straf for undladelse må i første række løses ved tolkning af straffelovens forskellige regler²⁾. Men hvor den sproglige forståelse af teksten ikke giver et klart svar, kan det nævnte almindelige synspunkt få betydning.

Det almindelige synspunkt kan dog kun hjælpe til at fastslå om visse grupper af undladelser, at undladelsen ikke medfører

¹⁾ Se herom min afhandling i TfR 1947. 269 ff.

²⁾ Herom henvises til *Andenæs Straffbar unnladelse*.

retlig reaktion. Derimod kan man ikke drage den slutning, at alle andre undladelser medfører sanktioner. Det kan tænkes, at en af de andre undladelser alligevel ikke medfører nogen sanktion, fordi man kommer til det resultat, at ingen af de sanktioner, gældende ret kender, kan bruges. Spørgsmålet om en sanktion skal omfatte en vis type af undladelser, kræver altså også en overvejelse særlig med henblik på vedkommende sanktion.

XI

BEROR EN HANDLINGS RETSFØLGER PÅ, AT DEN ER RETSTRIDIG I FORHOLD TIL ET BESTEMT GODE?

De ledende nordiske forfattere brugte retstridighedslæren til at forklare visse begrænsninger i adgangen til at påkalde retsordenens sanktion. Spørgsmålet blev navnlig drøftet inden for erstatningsretten.

Jul. Lassen siger, at den objektive betingelse for erstatningsansvar efter Culpareglen er en forstyrrelse af et retsgode forårsaget ved en *i forhold til dette gode retstridig handling*¹⁾.

Deri ligger først og fremmest, at erstatningskrav kun kan rejses af den person, over for hvem den skadevoldende handling var retstridig. *Jul. Lassen* fremhævede derfor, at den handling, der først og fremmest forvolder et retsbrud overfor A, meget vel middelbart kan være retstridig også overfor B, så at også dennes skade bliver et retsbrud, Oprindeligt nævnte han som eksempler herpå, at et drab var et retsbrud også overfor den person, som den dræbte skulle forsørge, og overfor anstalten, hvori A's liv var forsikret²⁾. Afgørelsen af, om en fordringshaver har retsbeskyttelse over for trediemands handlinger, bygger han på, om trediemands

¹⁾ *Lassen* I s. 243. Tilsvarende *Stang* Erstatningsansvar s. 101. Læren gør herved retstridighed til et relationsbegreb. Ialfald den retstridighed, der betinger erstatningsansvar, beror på, at handlingen er retstridig i forhold til skadelidende eller i forhold til det skaderamte gode.

²⁾ Håndbog I, 1. udg. § 28 ved note 19. Disse eksempler udskod han i senere udgaver, og m. h. t. livsforsikring ændrede han reelt standpunkt, se 3. udg. § 28 note 20. Om det tab, et drab tilføjer den dræbtes ægtefælle og børn, siger *Fr. Stang* Erstatningsansvar s. 245, at drabet ikke anses som retstridigt overfor dem.

handling var retstridig over for fordringshaveren. Og når der spørges, hvem der kan kræve erstatning for ødelæggelsen af en ting, har man villet finde svaret ved at undersøge, hvem ødelæggelsen var retstridig overfor¹⁾.

Fremdeles medfører den opstillede grundsætning, at den person, der ifalder erstatningsansvar efter culpereglen, kun skal erstatte skade på de goder, som handlingen var retstridig overfor²⁾. Heraf følger, at en uagtsom skadevolder ikke altid bliver forpligtet til at erstatte alle handlingens skadelige følger. *Jul. Lassen* siger, at det kun er den retstridigt tilføjede skade, der kan fordres erstattet, og at man derfor må se bort fra de følger af den retstridige handling, hvis indtræden i handlingens øjeblik ikke kunne beregnes af mennesker, men som kun skyldes uberegnelige omstændigheder³⁾.

Denne lære kan efter min mening ikke godkendes. Den bygger på iagttagelser fra mange hyppigt forekomne situationer, men den regel, læren opstiller, hviler på en forhastet generalisation.

For at godtgøre dette må vi først fastslå, hvad læren egentlig indeholder. I virkeligheden er det uklart, hvad der menes med, at handlingen er retstridig i forhold til en bestemt person eller et bestemt retsgode. Meningen må dog antages at være, enten at handlingen er i strid med en rettighed, der tilkommer personen, eller at den er retstridig, netop fordi den udsætter vedkommende person eller gode for fare.

Jul. Lassen forudsætter, at den handling, der pådrager ansvar, strider mod skadelidendes ret⁴⁾. Det kan han gøre, fordi han bygger på Goos's rettighedsbegreb og derfor kalder enhver retsbeskyttet interesse for en ret. Men når rettighedsbegrebet bestemmes således, kan det ikke bruges til at afgrænse området for erstatningsansvaret. Det følger nemlig af selve rettighedsbegrebet, at enhver handling, der efter culpereglen pådrager A erstatningsansvar over for B, er

¹⁾ Se om det første *Lassen* I § 75 og deroverfor min Dansk Obligationsret alm. del, 3. udg. § 47. V. B og om det sidste *Stang* Erstatningsansvar s. 124 og § 21. XI. Se fremdeles om visse boykothandlinger ndfr. s. 91, ved note 2.

²⁾ *Lassen* I s. 243 f smh. m. 252, 255 og 346, jfr. også *Torp* Strafferet alm. del s. 311.

³⁾ *Lassen* I s. 345 f.

⁴⁾ Se *Lassen* I s. 243 f, jfr. 240. Dette var opfattelsen fra naturretens tid, jfr. *Ross* Virkelighed og Gyldighed s. 325 ff. Se også *N. Cohn* i Juridisk Tidsskrift 1923. 149 f.

i strid med B's ret. Men så er det meningsløst at opstille som en ansvarsbetingelse, at A's handling er i strid med B's ret.

Tager man begrebet rettighed i en snævrere betydning, må det på den anden side fastslås, at en person undertiden kan kræve erstatning, skønt den skadevoldende handling ikke var i strid med hans ret¹⁾).

Tilbage står spørgsmålet, om det altid er en betingelse for erstatningsansvar, at den skadevoldende handling var retstridig, netop fordi den udsatte det skaderamte gode for fare.

Dette må bestrides. Men det er forståeligt, at man er kommet ind på tanken, fordi sætningen synes at give rigtige resultater i de fleste tilfælde. Der er ingen tvivl om, at en handlingens retstridighed i mangfoldige tilfælde beror på, at handlingen skader eller truer en bestemt persons goder eller et bestemt gode.

Om adskillige handlingstyper siges det gerne, at handlingens retstridighed beror på, at handlingen er i strid med en anden persons rettighed. Denne formulering kan bruges i det praktiske retsliv, når E har en bestemt rettighed, som er anerkendt i lovgivningen eller gennem retspraksis, og de særlige regler om denne rettigheds beskyttelse medfører, at S's handling kan rammes med retlig sanktion.

Udtryksmåden dækker særligt godt handlinger, der er i strid med en forfatters eller kunstners »ophavsret« eller opfinderens ret ifølge et patent. Spørgsmålet om S handler retstridigt ved at bruge E's værk eller opfindelse på en vis måde, beror på, om E's ret giver ham beføjelse til at få nedlagt forbud mod S's brug eller til at kræve anden reaktion iværksat over for S, og dette afhænger atter af, om lovene om vedkommende rettighed må tolkes således, at E har »eneret« til den omstridte brug.

Henvisningen til E's rettighed kan også bruges i mange andre tilfælde. Når det skal afgøres, om grundejeren E kan kræve naboen S's fabriksvirksomhed forbudt, fordi den medfører ulemper for E's grund, siger man gerne, afgørelsen beror på, hvilke grænser der må drages for de to parter ejendomsret. Praktisk betyder dette, at der gælder visse særlige regler om forholdet mellem naboer, og at man derfor må afgøre tilfældet efter dem og ikke efter de almindelige regler om handlefriheden, som retstridighedslæren opstiller.

¹⁾ Jfr. *Ragnar Knoph* i TfR 1922. 219 ff, min Erstatningsret s. 34 f med flere henvisninger.

På tilsvarende måde kan der for andre situationer udvikles særlige regler om bestemte rettigheder. Men når spørgsmålet bliver, om E kan kræve erstatning, fordi S på gaden ved uagtsom brug af sin cykle har beskadiget E's tøj eller ødelagt ruden i E's butik, falder ingen på at sige, at afgørelsen beror på reglerne om ejendomsrettens grænser, men man støtter sig til den almindelige erstatningsregel. Det er også den, der anvendes på de allerfleste tilfælde af personskade. Hvor handlingen ikke truer anerkendte rettigheder, giver det ingen vejledning at tale om krænkelse af en persons ret¹⁾.

Spørgsmålet bliver da, hvad det er, der gør handlingen retstridig, hvor grænsen for handlefriheden ikke kan udledes af reglerne om bestemte anerkendte rettigheder.

I mange tilfælde beror retstridigheden uden tvivl på, at handlingen skader eller truer et bestemt gode eller en enkelt persons goder. Klare eksempler på det sidste er alle de handlinger, der var farlige for en bestemt person, men overhovedet ikke for andre.

Det er derimod ofte vanskeligt at fastslå grunden til retstridigheden, hvor handlingen truer flere personers goder. Hvis man i slige tilfælde spørger, om S's handling var retstridig over for E, d. v. s. om den var retstridig, netop fordi den truede E's goder, kan svaret kun findes ved at undersøge, om S's handling ville kunne rammes af en retlig reaktionsregel, selv om de faktiske forhold var forandret således, at det udelukkende var faren for E's goder, der talte for at erklære handlingen for retstridig.

I mange tilfælde kan dette spørgsmål undersøges tilfredsstillende. Således hvis S har påtaget sig at tilvirke en ting for E og at levere den senest på en bestemt dag, men leveringen forsinkes, fordi den arbejder, S har betroet arbejdet, forsømmer sin tjeneste nogle dage. Her er arbejderens udeblivelse fra arbejdet ikke retstridig af hensyn til E. Hvis S havde tilladt ham at tage ferie, ville den overhovedet ikke være retstridig. Derfor kan E ikke kræve erstatning af arbejderen.

I dette og talrige andre tilfælde fører herskende lære til rigtige resultater. Men det er ikke engang i slige tilfælde nødvendigt at bruge læren for at nå de rigtige resultater.

N. Cohn har ganske vist gjort gældende, at det er umuligt at

¹⁾ Udtryksmåden er dog brugt i ældre domme, se f. ex. om boykot U 1891. 187 (Hof- og Stadsretsdom, hvis resultat blev stadfæstet ved H i U 1892. 98).

forklare de fra alle sider anerkendte resultater uden at bygge ansvaret på, at skadevolderens handling var i strid med en bestemt rettinghed¹⁾. Han belyser sin påstand med det eksempel, at en tyv, mens han skaffer tyvekosterne bort, kommer til at påkøre en mand uden at have udvist nogen uforsigtighed under kørslen. Alle vil være enige om, at tyven ikke skal betale erstatning til den påkørte. Herskende lære forklarer dette med, at handlingen ikke var retstridig i forhold til den påkørtes liv og lemmer. Cohn forklarer det med, at tyvens handling vel indeholder et indgreb i den bestjålnes ejendomsret, men ikke noget angreb på fodgængerens personlige ret til værn mod legemsskade. Denne sidste ret er dog kun en konstruktion, der udtrykker den regel, at en påkørt person får et erstatningskrav, når der tilføjes ham legemsskade ved den kørendes uforvarselige forhold. Overalt hvor man indrømmer et erstatningskrav, opkonstruerer man en tilsvarende rettinghed, hvis der ikke findes en rettinghed, som er anerkendt i lovgivningen eller ved andre fastslåede retsregler. Men dette giver ingen virkelig forklaring eller begrundelse af, i hvilke tilfælde der indtræder erstatningsansvar.

Den realitet, der ligger bag ved begge teorierne, er, at culpa-reglen har den samfundsmæssige funktion at modvirke handlinger, der skaber visse farer for andre. Men hvis man vil nå dette mål ved at knytte ansvar til forvoldelse af visse skader, må ansvaret knyttes til handlinger, som synligt fremkaldte fare for de pågældende skader. Det ville være et uegnet forebyggelsesmiddel at knytte ansvar for en handling til andre skader, som upåregneligt og tilfældigt fulgte af den pågældende handling. Når en handling retstridighed må antages at bero på, at den fremkalder fare for visse goder, kan den derfor kun medføre ansvar for skade på disse goder. Denne sætning er tilstrækkelig til at forklare resultatet i det eksempel, Cohn nævner, og de andre tilfælde, som sædvanlig løses ved hjælp af den ældre lære.

På den anden side er der talrige tilfælde, hvor brugen af den ældre lære møder hindringer.

Ofte er det vanskeligt at eliminere alle andre interesser end E's. Når en handling f. ex. er retstridig, fordi den udsætter E's person for skade, er det ikke let at afgøre, om handlingen tillige

¹⁾ Juridisk Tidsskrift 1923. 150 ff. Se til det følgende også min Erstatningsret s. 148 ff og *Andenæs Straffbar umlatelse* s. 183 ff.

er retstridig af hensyn til E's hustru og børn eller hans arbejdsgiver. Det er nemlig vanskeligt at tænke sig hensynet til E borte. I særlige tilfælde kan det dog falde bort, og her er det formentlig dansk rets hovedregel, at hensynet til de nævnte trediemænd ikke kan gøre handlingen retstridig. Hvis to flykonstruktører, E og S, i forening foretager en farlig prøvellyvning, kan det tænkes, at deres handling kan karakteriseres som »egen skyld« i retlig forstand og som moralsk uforsvarlig over for deres hustruer og børn. Men i dansk ret vil E's hustru ikke kunne få nedlagt forbud mod, at S medvirker til prøvellyvningen, eller få S dømt til at erstatte det tab, hun lider ved, at E kommer til skade eller dør.

Når hensynet til E ikke falder bort, giver retsordenen på den anden side undertiden også trediemænd krav på erstatning. Hovedexemplet herpå er reglen om, at en person, der er ansvarlig for en andens død, kan dømmes til at betale erstatning til den, der ved dødsfaldet har mistet en forsørger¹⁾. Men herfra kan det ikke slutes, at skadevolderens handling var retstridig på grund af den fare, den medførte for, at andre personer skulle miste forsørgelse.

Disse eksempler viser ialfald, at den almindelige lære ofte er vanskelig at bruge i det praktiske retsliv. Men der er, såvidt jeg kan se, endog tilfælde, hvor dommene bruger retstridighedslærens ord, skønt de i virkeligheden ikke bygger på afgørelsen på en prøvelse af, om hensynet til den, der kræver en retlig reaktion iværksat, er tilstrækkeligt til at gøre handlingen retstridig. Dette kan belyses ved et eksempel fra boykotområdet. Når en fagforening under en strejke offentliggør navnene på arbejdsvillige arbejdere, anses dette for retstridigt såvel over for de arbejdsvillige som over for arbejdsgiveren. Under henvisning hertil har flere domme fastslået, at arbejdsgiveren kan nedlægge forbud mod offentliggørelsen²⁾. Det turde imidlertid være en illusion, at dommenes resultat forklares herved. De dommere, der har afsagt dommene, er næppe nået til resultatet ved at forestille sig et tilfælde, hvor hensynet til de arbejdsvillige arbejdere faldt bort. De er sikkert gået den vej direkte at overveje det praktiske spørgsmål, om der er grund til i slige

¹⁾ Lov om Straffelovens ikrafttræden nr. 127 af 15 april 1930 § 15.2^a, hvorom Erstatningsret s. 157 f. Til den følgende sætning i teksten kan ses *Stang* Erstatningsansvar s. 245 (ovfr. s. 86 note 2).

²⁾ Se f. ex. U 1925.551 H og E. *Munch-Petersen* Tvangsfuldbyrdelse s. 352 note 30.

tilfælde at indrømme arbejdsgiveren ret til at nedlægge forbud og kræve erstatning, og det ønskelige resultat har de så smykket med teoriens ord.

Endelig er der visse tilfælde, hvor læren ville føre til urigtige resultater. I visse situationer må der pålægges erstatningsansvar efter culpereglen, selv om faren for det skaderamte retsgode alene ikke var tilstrækkelig til at gøre handlingen retstridig¹).

Mangen handling overskrider de grænser for handlefriheden, som må drages af hensyn til beskyttelsen af anerkendte retsgoder, ikke fordi handlingen truer et enkelt retsgode eller nogle bestemte retsgoder, men fordi den udsætter en ubestemt mængde goder for fare. Som eksempel kan nævnes den handling at sætte et køretøj eller lægge varer eller vejmateriale på en vej eller gade uden at afmærke det, skønt mørket er ved at falde på. Det kan belyses ved et eksempel.

A lægger nogle brædder på fortovet uden for sit hus. I mørket falder B over dem og brækker et ben. Efter den herskende lære skulle B's ret til erstatning være afhængig af, at A's adfærd var retstridig netop af hensyn til hans person eller hans ben. Det ville den imidlertid kun være, hvis faren for B alene var tilstrækkelig til at gøre det retstridigt at lade brædderne ligge på fortovet. Når dommeren skulle afgøre dette, måtte han tænke sig brædderne lagt på en vej, der var så lidt befærdet, at kun en enkelt person kunne ventes at passere stedet efter mørkets frembrud. Men i et sligt tilfælde ville dommerens resultat sandsynligvis blive, at handlingen ikke var retstridig, fordi faren var for ringe. Hvis han tog den ældre lære alvorlig, måtte han da nægte B erstatning. Hvad man nu end mener om det tænkte tilfælde, hvor handlingen kun var farlig for een person, turde det være klart, at det i praksis ikke falder nogen dommer ind at spekulere over, om faren for B alene kunne have gjort handlingen retstridig. Dommeren overvejer derimod, om der kan ventes så megen færdsel, at det er uforsvarligt at lade brædderne ligge ubelyst efter mørkets frembrud. Og når han har besvaret dette spørgsmål med ja, fordi det kan ventes, at adskillige personer passerer stedet, tilkender han B erstatning. Hermed stemmer også dansk retspraksis²). Det ses bl. a. af

¹) Dette har jeg kort fremhævet i Erstatningsret s. 152, 154 f samt i TfR 1947. 245 f.

²) Sml. Østre Landsrets dom i U 1920. 650.

følgende retstilfælde, som nylig er afgjort af højesteret. En gårdejer, der havde ærinde hos en anden landbruger, kørte med sin hestevogn ind på den andens brolagte gårdsplads. Mens han et øjeblik forlod vognen, flyttede hestene sig, og den ene hest blev dødelig kvæstet ved at falde ned i en brønd, hvis dæksel ikke kunne bære vægten af hesten. Ejeren af brønden idømtes erstatning. Rettens flertal, fem dommere, begrundede ansvaret med, at *færdsel* over dækslet efter brøndens beliggenhed *måtte påregnes*, at dækslet ikke var forsvarligt efter alt det foreliggende, og at dets tilstand måtte antages at have været årsag til uheldet. Fire dommere stemte for frifindelse under hensyn til, at der *ikke kunne regnes med færdsel af køretøjer eller dyr* hen over dækslet¹⁾. Ingen af dommerne interesserede sig for, om handlingen var retstridig i forhold til gårdejeren, eller netop fordi dækslet var for farligt for hans hest.

På tilsvarende måde ligger forholdet i reglen, hvor erstatning kræves for skade, som en vejfarende lider som følge af vejs eller gades uforsvarlige tilstand, f. ex. fordi en udgravning ikke er tilstrækkelig sikret²⁾, eller fordi en stige eller byggelevator blæser om,³⁾ eller en cementvase falder ned⁴⁾. Ligeledes hvor en besøgende i et almindeligt beboelseshus lider skade ved at falde ned ad en trappe, der er farlig⁵⁾.

Som et tænkt eksempel kan nævnes skade, som et fly volder ved at styrte ned under en farlig prøvflyvning. Om skadelidende kan kræve erstatning af piloten (som forudsættes ikke at være ejer af maskinen), vil efter omstændighederne afhænge af, om flyvningen foregik over en åben mark, hvor der kun færdedes en enkelt person, eller over et terræn, hvor mange mennesker var samlet.

¹⁾ U 1945. 456. Tilsvarende U 1947. 449 H om en af sne skjult kalkgrav på en byggeplads.

²⁾ Dommene lægger derfor kun vægt på, om forholdene var forsvarlige, og taler ikke om deres retstridighed over for den skadelidende eller om faren særlig for ham. I vanskeligere tilfælde fremhæves færdselens intensitet, f. ex. U 1943. 794 H: »i betragtning af, at det har drejet sig om en udgravning, der frembød en ganske usædvanlig fare for færdselen på den ret stærkt befærdede cyclesti«.

³⁾ U 1928. 263 H, 1937. 829 (Østre Landsret), der fremhæver hensynet til den offentlige sikkerhed.

⁴⁾ U 1929. 604 (Østre Landsret): anbragt »ud mod en stærkt befærdet offentlig vej i en højde af 3-4 m.«

⁵⁾ Et eksempel er U 1922. 1027 H: »ikke truffet betryggende foranstaltninger til at hindre muligheden af en ulykke«.

Det skulle hermed være godtgjort, at erstatningskrav i mange tilfælde kan rejses af en person, skønt hensynet til ham alene ikke var tilstrækkeligt til at gøre handlingen retstridig. Når retstridigheden beror på, at en handling udsætter flere for fare, kan erstatningskrav i almindelighed rejses af den af dem, hvem skaden rammer. Og dette må gælde, selv om kredsen er mere eller mindre fast afgrænset. Ansvar er derfor kun betinget af, at skaden har ramt en person, som hørte til den kreds af personer, handlingen udsatte for fare.

Opstillingen af denne regel løser selvfølgelig ikke praktisk tvivlsomme spørgsmål, f. ex. spørgsmålet om en grundejer, hvis ejendoms tilstand er farlig for personer, der færdes på den, også ifalder ansvar over for en person, der handler retstridigt ved at færdes på det farlige sted eller betræder det for at begå en forbrydelse.

Efter det vundne resultat turde det være klart, at den ældre lære heller ikke kan løse spørgsmålet om begrænsningen af den erstatning, som en enkelt skadelidende har krav på i tilfælde, hvor han har fået flere forskellige goder skadet ved samme handling. Afgørelsen kan ikke bero på, hvilke af goderne handlingen var retstridig overfor. I de fleste tilfælde er det praktisk umuligt at afgøre, om den skadevoldende handling var retstridig i forhold til de enkelte goder. Og der er uden tvivl tilfælde, hvor erstatningspligten omfatter skade på et gode, skønt hensynet til dette gode alene ikke var tilstrækkeligt til at gøre handlingen retstridig. Den ældre lære kan derfor heller ikke løse det vanskelige spørgsmål om afgrænsningen af, hvilke følger af den uforsvarlige handling erstatningspligten omfatter¹⁾.

Hvor en handling var retstridig, fordi den udsatte en større kreds af goder for fare, kan erstatningsansvar efter det udviklede kun være betinget af, at skaden har ramt et gode, der hører til den kreds af goder, som ansvarsreglen må antages at værne, fordi det var den dem (kredsen) truende fare, som gjorde handlingen retstridig.

¹⁾ Den ovenfor s. 87 nævnte sætning hos *Lassen*, der kræver, at skaden er »retstridigt tilføjet«, er uklar, men må formentlig betyde, at handlingen skal have været retstridig over for det pågældende skaderamte gode. *Krabbe* Borgerlig Straffelov s. 95 bruger udtrykket »ikke retstridig forvoldt« til at forklare, at en undladelse, der er et *delictum sui generis*, ikke pådrager erstatningsansvar. Meningen hermed må vel være en lignende som hos *Lassen*, men det er mig ikke muligt at se, at det kan forklare resultatet.

Når den ældre lære forkastes, er begrundelsen af en frifindelse i en erstatningssag ved en henvisning til, at handlingen ikke var retstridig i forhold til skadelidende eller det skaderamte gode, ikke fyldestgørende, medmindre sagsøgeren alene har støttet sit krav på, at handlingen var retstridig derved. En domfældelse bør på den anden side ialfald ikke støttes på, at handlingen var retstridig over for sagsøgeren eller dennes gode, medmindre det kan fastslås, at hensynet netop til ham eller til det skaderamte gode var tilstrækkeligt til at gøre handlingen retstridig.

Den ældre læres opståen kan forklares ved, at der kræves en begrænsning af erstatningsansvaret, og at læren imødekommer trangen hertil på en måde, der tilfredsstiller retsfølelsen i talrige tilfælde. En lille smule fantasi må dog afsløre, at der er mange andre tilfælde, hvor læren ikke ville give brugbare resultater.

Trangen til at begrænse ansvaret og udlede begrænsningen af en enkel regel har iøvrigt ført engelske domstole til at opstille en grundsætning, som fra et praktisk synspunkt må sidestilles med læren om relativ retstridighed, selv om de engelske domme ikke bruger udtryk, der svarer til retstridighed. Når et erstatningskrav støttes på, at indstævnte har forvoldt skaden ved sin forsømmelse (*negligence*), tilkender domstolene som hovedregel kun erstatning, når skadevolderen har tilsidesat en omsorgspligt (*duty to take care*), som påhvilede ham over for den skadelidende¹⁾.

Ved afgørelsen af, om et *fogedforbud* er lovligt, kan den ældre lære snarere fastholdes. Efter retsplejeloven § 646 er adgangen til at nedlægge fogedforbud betinget af, at handlingen eller foretagendet *strider mod forbudsrekvirentens ret*. Men dette udtryk blive i retspraksis tolket ret frit. Dommene kræver ikke oplyst en ret, der hører til de allerede anerkendte arter af subjektive rettighe-

¹⁾ Se f. ex. *Salmond Law of Torts*, 10th ed. by *Stallybrass*, § 120: »There is no liability for negligence unless there is in the particular case a legal duty to take care, and this duty must be one which is owed to the plaintiff himself and not merely to others.« Denne grundsætning, der er fastslået ved talrige domme, volder iøvrigt mange vanskeligheder og tvivlsspørgsmål. Der er også danske domme, der frifinder en sagsøgt med den begrundelse, at han ikke havde pligt. Se f. ex. U 1932. 20 H, der ophævede et forbud mod salg til priser, der lå under et radiofirmas mindstepriser, da det ikke var godtgjort, at der var sket brud på en pris aftale, som modparten »var pligtig at respektere«.

der¹⁾. Og herskende lære tolker lovordene som en henvisning til den almindelige retstridighedslære og kræver derfor kun, at handlingen er retstridig i forhold til det gode, der skal værnes ved forbudet²⁾.

Når man heri indlægger, at rekvirentens interesse alene skal være tilstrækkelig til at gøre handlingen retstridig, kan læren næppe siges at give urigtige resultater. En handling, som kun er retstridig, fordi den samtidig truer talrige goder, kan en enkelt af de truede personer formentlig ikke kræve retslig forbudt efter dansk ret. Men herskende læres kriterium er heller ikke let at arbejde med på forbudsområdet. I tvivlsomme tilfælde vil domstolene næppe lade sig lede af, om handlingen i andre relationer betragtes som retstridig over for rekvirenten, men lægge vægt på, om det efter dansk rets grundsætninger findes rigtigt at give rekvirenten ret til at få forbud nedlagt. Hvis retstridigheden udledes af, at handlingen strider mod en bestemt rettighed, der tilkommer den angrebne person, kan der imidlertid ikke indvendes noget imod at begrunde forbudet med, at handlingen er i strid med rekvirentens ret.

XII

RESULTATER

I afsnit VI-XI er retstridighedslærens betydning for en fremstilling af gældende ret belyst fra forskellige sider.

Udsondringen af retstridighedskravet fra de øvrige betingelser for retshåndhævelse har gavnet analysen af betingelserne, fordi det er praktisk nødvendigt at dele undersøgelsen i flere stykker og en hensigtsmæssig deling netop kan udskille de elementer, som retstridighedslæren plejer at sysle med. En sådan deling af undersøgelsen har der navnlig vist sig trang til med hensyn til de særlige retmæssighedsgrunde. Bortset herfra har den ialfald haft den indirekte betydning, at undersøgelsen af de individuelle, subjektive ansvarsbetingelser blev givet under eet for alle handlingstyper.

¹⁾ Se f. ex. U 1935.1124 (Østre Landsret), hvor en handlende efter påstand af Danmarks apotekerforening kendtes uberettiget til i sine annoncer at anvende ordet »apotekerpriser«, da dette måtte anses retstridigt over for apotekerstanden.

²⁾ Jfr. den nysnævnte dom og *E. Munch-Petersen* Tvangsfuldbyrdelse s. 152.

I lovgivning og retspraksis har man gjort brug af retstridighedsbegrebet i en række tilfælde.

Det bruges ved bestemmelsen af betingelserne for retsligt forbud og nødværge. Her er brugen udtryk for, at disse retsmidler ikke er betinget af, at den handling, der forbydes eller afværges, kan tilregnes den handlende som skyld.

Fremdeles hvor en straffelov vil fremhæve, at handlinger af en vis type kan foretages under sådanne omstændigheder, at der ikke kan være tale om at møde dem med retshåndhævelse. Eksempler herpå er dansk straffelov §§ 193 og 279.

I erstatningssager taler dommene navnlig om retstridighed ved handlingstyper som konkurrence og boykot. Baggrunden herfor er, at de danske ord, hvormed culpereglen plejer at blive gengivet, ikke kan bruges i domme om slige handlinger, fordi afgørelsen ikke kan støttes til folks almindelige moralske dom, men beror på, om handlingen skal anses som »tilladelig« efter retlige overvejelser.

Fremdeles bruges udtrykket — eller det praktisk tilsvarende udtryk pligt — i sager om ansvar for undladelse. Dette må forklares på lignende måde som i de to foregående tilfælde. Sagen er den, at undladelse og slige handlinger som hovedregel ikke kan mødes med retshåndhævelse, normalt ikke engang i tilfælde, hvor vedkommende person optræder med skadeforsæt, og at konstateringen af retstridighed tjener som grundlag for at pålægge ansvar i de grupper af tilfælde, hvor domstolene kommer til det resultat, at ansvar bør pålægges. Brugen af retstridighedsbegrebet er derfor udtryk for, at ansvarsgrænsen fastsættes efter forholdets natur. Retstridighedslæren har søgt at give praktisk vejledning om, hvorledes grænsen skal drages.

Endelig er handlingens retstridighed blevet brugt af domstolene til at afgøre, hvem der kan påkalde retshåndhævelse over for en handling, og hvilke følger af handlingen ansvaret omfatter. Denne sidste brug af udtrykket er noget for sig selv.

I alle de øvrige tilfælde betyder brugen, at handlingen bedømmes efter en retlig regel. Derfor er det naturligt, at retstridighedsbegrebet navnlig bruges på områder, hvor betingelserne for retshåndhævelse ikke er fastslået i lovgivningen eller andre sikre retsregler.

Retstridighedsbegrebet har efter det udviklede en dobbelt funk-

tion. I straffesager tjener det til at udelukke ansvar i særlige tilfælde, som går ind under de enkelte straffebestemmelseres gerningsindhold. — En tilsvarende funktion har det i sager om erstatning for skade på person eller ting eller på visse andre goder, der nyder et lignende værn fra retsordenens side. — Hvor ansvaret har hjemmel i en lov, betyder retstridighedslæren, at vedkommende lovbud tolkes med forbehold om undtagelse af de tilfælde, hvor der foreligger en særlig retmæssighedsgrund¹⁾. I alle slige forhold er retstridighed ikke en positiv ansvarsbetingelse, hvis tilstedeværelse dommeren må konstatere.

Helt anderledes forholder det sig i sager om forbud mod eller erstatning for boykotopfordringer og andre handlinger, der ikke som hovedregel er retstridige, blot fordi de har en ikke helt ringe skadeevne. Her tjener retstridigheden til at begrunde retshåndhævelsen, d. v. s. retstridighed er en positiv betingelse, hvis tilstedeværelse må konstateres af dommeren.

Retstridighedsbegrebet er således blevet brugt i det praktiske retsliv. Men retstridighedslæren har værdi også på punkter, hvor det ikke træder klart frem i det praktiske retsliv.

Goos og *Getz* stræbte først og fremmest efter at sikre handlefriheden et område, hvor den kunne udfolde sig trygt. De lagde derfor vægt på, at læren førte til at udelukke ansvar for normale, objektivt forsvarlige handlinger, selv om handlingen var foretaget med skadeforsæt.

Efter min mening er det vigtigere, at deres lære banede vej for en dybere forståelse af uagtsomhedsbegrebet. Hovedindholdet af erstatningsrettens uagtsomhedsbegreb er netop det, læren kaldte den retstridige handling, en handling, der overskrider de retlige grænser for handlefriheden. I tidens løb har nordiske forfattere også gjort et stort arbejde for at bestemme de grænser for handlefriheden, der beror på trangen til at værne personers og tings integritet.

Endelig har læren gjort det muligt at forklare, at en farlig handling kan bedømmes retligt på grundlag af forholdene i selve handlingens

¹⁾ At reservationsproblemet er retstridighedslærens egentlige felt, hævder *Ross* Virkelighed og Gyldighed s. 353 ff, 358, 362 ff. Han overser herved retstridighedsbegrebets anden funktion, der omtales straks ndfr. Se endvidere *Andenæs* Straffbar unnlattelse § 14.

øjeblik, og den har påvist, at et retstridighedsbegreb bygget på en sådan bedømmelse kan bruges som grundlag for erstatningsansvar efter culpareglen.

Ialfald indenfor visse grene af retssystemet har læren således bragt videnskaben fremad.

Tilbage står det vanskelige spørgsmål, om *en almindelig retstridighedslære* har værdi.

Der er ialfald noget, der taler herfor.

Læren fremdrager slægtskabet mellem de forskellige retlige reaktioner, som jeg kalder retshåndhævelse. De retsregler, der hjemler disse reaktioner, har alle den funktion at modvirke den menneskelige adfærd, hvortil de knytter retlig reaktion, og at stemple den som utilladelig i den almindelige opfattelse. Ved at opstille retstridighed som en særlig reaktionsbetingelse peger man på reglernes nævnte funktion og bringer derved undersøgelsen ind på et frugtbart spor.

Overalt hvor lovgivningen og andre fastslåede retsregler levner plads for en friere retsdannelse gennem domstolene, samler hovedinteressen sig om spørgsmålet, hvilken adfærd der, under hensyn til gældende ret, er tilstrækkelig grund til at knytte retshåndhævelse til. Dette spørgsmål kan vel kun løses endelig ved særskilte undersøgelser om hver enkelt reaktionstype, men en almindelig lære kan ialfald søge at bestemme den adfærd, hvorom det uden en slig speciel undersøgelse kan fastslås, at der ikke er grund til at modvirke den med retshåndhævelsesregler.

Det er vanskeligere at afgøre, om der kan opstilles almindelige regler, hvorefter grænsen kan drages mellem retstridig og retmæssig adfærd på livsområder, hvor de retlige reaktioner ikke ved allerede fastslåede regler er knyttet til bestemte kendsgerninger.

Så meget er dog klart, at der ikke kan formes en enkelt almindelig regel herom. Om afgrænsningen i al almindelighed kan det vel siges, at den må ske i overensstemmelse med dansk rets almindelige grundsætninger for fastsættelse af retsregler, altså efter de grundsætninger, der søges udformet i læren om retskilderne. Og man kan pege på det ovenfor nævnte almindelige synspunkt og udfra det sige, at en handling ikke uden støtte i fastslåede retsregler kan anses for retstridig, medmindre den skader et gode, som findes egnet til retsbeskyttelse, eller sætter det i fare. Men det må da til-

føjes, at opfyldelsen af denne betingelse ikke er tilstrækkelig til at gøre handlingen retstridig.

Iøvrigt kan der kun være tale om at opstille snævrere regler.

Der kan ialfald gives en undersøgelse af nogle *særlige omstændigheder, der udelukker retstridighed*, f. ex. samtykke fra den angrebne person, nødværge, redning i nød. Det er naturligt at gå ind på de særlige retmæssighedsgrunde, forsåvidt de har betydning for — og der kan opstilles regler for — hele området eller dog for flere områder, der iøvrigt behandles i hver sin del af systemet.

Bortset fra de særlige retmæssighedsgrunde kan det ikke bestemmes ved almindelige regler, hvad der er retstridigt. Men det er naturligt at belyse, hvor store forskelle der er, ved at fremdrage nogle vigtige handlingstyper. Det kan også forsvares at gå nærmere ind på reglerne om skade på personers og tings integritet, da undersøgelsen herom har interesse både for erstatningsretten og strafferetten. På dette område har nordiske forfattere udviklet retningslinier, der formentlig har værdi for det praktiske retsliv. Efter mit skøn er det dog hensigtsmæssigt at give hovedundersøgelsen om dette emne i erstatningsretten, da fremstillingen derved får et fastere grundlag.

En almindelig retstridighedslære kan også rejse det spørgsmål, om der fra regler om een slags reaktion kan drages slutninger til betingelserne for andre reaktioner.

Hvis nogen vil give en fremstilling af retstridighedsproblemet efter de skitserede linier, opstår spørgsmålet, *hvorledes retstridighedsbegrebet skal bestemmes*. Svaret må findes gennem praktiske overvejelser.

Vil man begynde med en definition af den retstridige adfærd, må definitionen blive terminologisk og formel. Man kan f. ex. vælge at bestemme retstridighed, som det er sket ovfr. s. 38. Men da udtrykket retstridighed er et teknisk, retsvidenskabeligt begreb, kan der ikke indvendes noget imod, at en forfatter vælger en anden definition.

Der kan navnlig være tale om at præcisere, hvilke kendsgerninger der skal tages til grundlag for dommen om handlingen.

I så henseende forekommer det mig klart, at bedømmelsen må ske på grundlag af forholdene i det øjeblik, da handlingen blev foretaget — eller da en handling blev undladt. — Det var en af Goos's største fortjenester, at han så, at hovedinteressen knytter

sig til en bedømmelse af handlingen på grundlag af forholdene i handlingens øjeblik — altså uden at der skeles til, hvorledes det senere er gået, om der er sket skade eller ej¹⁾.

Derimod kan der være forskellige meninger om, hvilke af de ydre kendsgerninger der skal inddrages i bedømmelsen. Dette spørgsmål har en tid været heftig omstridt i tysk litteratur. Nogle ville bygge afgørelsen på de kendsgerninger som den handlende kendte eller burde have kendt efter en individuel bedømmelse. De identificerede med andre ord retstridighed med skyld i straffetlig betydning. Andre hævdede, at retstridighedsbedømmelsen måtte ske på objektivt grundlag. Denne strid var temmelig gold. I nyere tysk teori er det objektive standpunkt blevet herskende.

De ledende danske forfattere hævdede samme standpunkt. Om en handling var retstridig, skulle i princippet afgøres på grundlag af samtlige relevante kendsgerninger, der forelå i handlingens øjeblik. Norske forfattere har derimod foretrukket at lade bedømmelsen bero på de relevante kendsgerninger, der var synlige for den handlende eller for en person i hans situation.

I den nyere tid antages det iøvrigt, at der efter omstændighederne også skal tages hensyn til den handlendes forsæt, navnlig hvor det har karakteren af skadchensigt, jfr. ovfr. IX. Når det moderne retstridighedsbegreb kaldes objektivt, betyder det derfor kun, at der ved handlingens bedømmelse ikke tages hensyn til særlige individuelle »undskyldningsgrunde«, d. v. s. omstændigheder vedrørende den handlendes person, som kan udelukke ansvar til straf og erstatning, skønt handlingen fra et alment synspunkt anses for uønskværdig (utilladelig)²⁾.

Hvilket grundlag man skal bruge, må bero på rent praktiske overvejelser. Hvis opgaven er at bestemme betydningen af ordet

¹⁾ Dette har der været enighed om i nyere nordisk litteratur indtil for nylig, da *Vinding Kruse* i *Retslæren* I s. 340 jfr. s. 392, optog som et element i retstridighedsbegrebet, at der er sket skade. I tysk litteratur moder man visse rester af den opfattelse, at skadens indtræden får betydning for afgørelsen af, om handlingen er retstridig, se ovfr. s. 32 ved note 1, der viser, at opfattelsen ligger til grund for BGB § 823, stk. 1 efter herskende tolkning. Se fremdeles *Robert von Hippel* *Deutsches Strafrecht* II (1930) s. 184 f, hvor det kræves, at handlingen er et indgreb i retsbeskyttede interesser: »Dieser Erfolg kennzeichnet das sachtliche Wesen des Unrechts«.

²⁾ Jfr. *Nagler* i *Festschrift für Karl Binding*, 1911, s. 333 ff: Bedømmelsen fældes uden hensyn til skyld- og viljeselementer.

retstridig i en lov, må svaret findes ved en tolkning af loven. Men en almindelig retstridighedslære er friere stillet. Den kan udforme begrebet på den måde, som findes mest praktisk fra et teknisk synspunkt.

Hvis man definerer retstridighed som den adfærd, der efter retsreglerne kan medføre en af de omtalte reaktioner, kan ingen af de nævnte løsninger følges over hele linjen. Grænsen måtte drages på den førstnævnte måde — altså på rent objektivt grundlag — i alle tilfælde, hvor der var mulighed for at opnå retsligt forbud mod handlingen eller for at bruge visse andre reaktioner¹⁾. Men på de fleste andre områder måtte grænsen drages på den anden af de to måder, da den videst rækkende af de øvrige reaktioner, erstatningsansvaret, er knyttet til en adfærd, der fremtrådte som uforsvarlig set fra den handlendes plads.

I en almindelig retstridighedslære er det imidlertid uhensigtsmæssigt at gå nærmere ind på, hvilke »subjektive« betingelser der stilles for de forskellige reaktioner. Og man kan holde disse spørgsmål uden for undersøgelsen, når man — vilkårligt, om man vil — vælger et bestemt bedømmelsesgrundlag²⁾. Går man denne vej, må valget stå mellem de to ovenfor nævnte muligheder, det rent objektive bedømmelsesgrundlag, som dansk teori har brugt, og de kendsgerninger, der var synlige for en person i den handlendes situation, hvad norsk teori lægger vægt på.

Dansk teoris løsning har det fortrin, at nogle af reaktionerne netop kræver retstridighed i denne objektive forstand, og at alle de andre reaktioner kræver retstridighed i samme forstand samt

¹⁾ Således nødvendige efter en udbredt opfattelse, se bl. a. *Torp* Strafferet alm. del s. 287 ff, sml. *Krabbe* Borgerlig Straffelov s. 152, men derimod *Augdahl* Nødverge s. 32 ff. Fremdeles mortifikation af ærefornærmende sigtelser og nedsættende ytringer, som ikke er ærefornærmelser. Ifølge *Krabbe* l. c. s. 639 f kan mortifikation af sigtelser ske, når sigtelsen er ubeføjet som ubevislig. Endelig kan nævnes forfatterens befojelse ifølge forfatterlovens § 16 med de begrænsninger, der gøres i bestemmelsens sidste stykke, se ovfr. s. 37 ved note 3. — Det i teksten fremstillede standpunkt gik jeg ind for i *Skyld og Skade* s. 16 f, der var skrevet, for *Jul. Lassen* udsendte den afhandling, der nævnes i næste note. Se iøvrigt om spørgsmålet *Krabbe* l. c. s. 92 f.

²⁾ Dette hævdede *Jul. Lassen* i »Nogle bemærkninger om definitioner i retslitteraturen« (Festskrift för Friherre R. A. Wrede, 1921, s. 28 f, U 1923 B. 314 f) for tilfælde, hvor der gives en rent terminologidefinition. Se iøvrigt allerede *Bentzen* Alm. Retslære s. 126 f, 143. At det drejer sig om et hensigtsmæssighedsspørgsmål, fremhæver *Vinding Kruse* Retslæren I s. 301 f.

visse yderligere betingelser. Vore domme viser også, at det falder naturligt at arbejde med det rent objektive begreb ialfald på visse områder. — Det er formentlig dér, hvor de almindelige adfærdsbetegnelser som uagtsom og uforsvarlig ikke kan bruges. —

Den norske løsning fører til, at retsligt forbud og visse andre, sjældnere reaktioner ikke kræver retstridig adfærd i den valgte tekniske betydning, men noget mindre. På den anden side har læren den praktiske styrke, at retstridighedsbegrebet kan bruges direkte i et af de praktisk vigtigste tilfælde, nemlig ved afgørelsen af spørgsmålet, om der skal idømmes erstatningsansvar efter culpareglen, når der ikke foreligger særlige, individuelle undskyldningsgrunde.

Selv ved anvendelsen af culpareglen kan man dog ikke se helt bort fra en bedømmelse på objektivt grundlag. I sjældne tilfælde kan det tænkes, at en handling er uforsvarlig (retstridig) set fra den handlendes situation, men at en senere bedømmelse fører til at anse handlingen som forsvarelig, fordi det nu har vist sig, at der forelå visse kendsgerninger, som var skjult for den handlende, eller fordi videnskaben nu er kommet til nye resultater vedrørende naturlovene. Dersom handlingen alligevel har medført skade, indtræder der efter den almindelige mening ikke erstatningsansvar¹⁾. Godkender man denne opfattelse, har det rent objektive retstridighedsbegreb den fordel, at resultatet stemmer med selve hovedreglen, medens den norske lære må opstille en særlig undtagelse for at dække resultatet.

Hvad man nu end mener om valget mellem det danske og det norske standpunkt, forekommer det mig indlysende, at det ville være uhensigtsmæssigt at forme retstridighedsbegrebet subjektivt, som det til dels blev gjort i ældre tysk teori. Den vej er *Vinding Kruse* imidlertid gået²⁾. Til retstridighed kræver han tilstedeværelsen også af de individuelle omstændigheder, der betinger skyld (culpa), navnlig, at den handlende er tilregnelig. Dette er særlig uhensigtsmæssigt i en almindelig retslære, da fremstillingen dér må søge sin værdi i, at den omfatter noget, der er fælles for alle eller dog flere vigtige retshåndhævelsesarter. Men til det, der er fælles, hører netop ikke de individuelle forhold, der betinger skyld. Man siger vel, at både straf og erstatningsansvar forudsætter skyld, men de krav,

¹⁾ Jfr. Skyld og Skade s. 17.

²⁾ Retslæren I s. 301 f, 340.

der stilles på de to områder, er vidt forskellige. Og andre retlige reaktioner er ikke betinget af skyld.

Selv inden for de enkelte fagområder synes det objektive retstridighedsbegreb iøvrigt at måtte foretrækkes. Et vægtigt indicium herfor giver den omstændighed, at det nu har vundet magten også i den tyske strafferetslitteratur. Nyere tyske strafferetsforskere fremhæver, at skyldspørgsmålet ikke kan rejses, før den objektive retstridighed står fast¹⁾, og at først begrebet objektiv retstridighed giver den rette forståelse af forsætsbegrebet, idet forsættet må omfatte retstridigheden²⁾. Det kan vel også betragtes som herskende lære, at handlingens objektive retmæssighed ialfald udelukker straf for fuldbyrdet forbrydelse³⁾.

Inden for erstatningsretten har det objektive begreb ikke blot praktisk betydning i de sjældne tilfælde, der blev nævnt ovenfor, men dets brug gør det lettere at finde en praktisk systematik. Det er hensigtsmæssigt at udskille de ansvarsfrihedsgrunde, der beror på særlige subjektive forhold, d. v. s. alle de undskyldende individuelle omstændigheder vedrørende den person, der søges draget til ansvar, navnlig hans vildfarelse om de faktiske forhold og hans ringere udrustning i legemlig eller åndelig henseende. Disse spørgsmål kan behandles under eet for alle handlingstyper. De øvrige sider af ansvarsgrundlaget må derimod undersøges særskilt for hver enkelt handlingstype. Med tiden kan typerne vel tænkes samlede i visse grupper, men der er efter min mening ingen mulighed for at nå frem til en for alle typer fælles regel om, hvad der er retstridigt. For nogle handlingstypers vedkommende kan der opstilles retlige standarder, f. ex. »sædvanlig agtpågivenhed« eller »redelig forretningsskik«, og slige standarders indhold kan belyses nærmere af retsvidenskaben. Men med hensyn til andre handlingstyper står dommeren uden slige hjælpemidler overfor den opgave at bestemme, hvad der er retstridigt, og netop her lader vore domme ofte sagens afgørelse bero på, om den udviste adfærd var retstridig.

Når retstridighedslæren tager sigte på gældende dansk ret, må der også tages hensyn til, hvorledes udtrykket retstridig bruges i lovgivning og domme.

¹⁾ Nagler i Festschrift für Karl Binding, 1911, s. 339 f, von Hippel l. c. s. 187.

²⁾ Nagler l. c. s. 343, jfr. Krabbe l. c. s. 135 f.

³⁾ Sml. Torp Strafferet alm. del s. 494.

Retstridig er et teknisk juridisk udtryk, hvis nærmere betydning almindelige lægfolk ikke er på det rene med. Af denne grund ville det efter min mening være ønskeligt ikke at bruge det i lovgivningen. Enkelte love har imidlertid brugt det. Den første er vistnok lov nr. 52 af 5 april 1888 § 8, hvorefter den sigtede, der ikke dømmes i en straffesag, skal bære de omkostninger, der er forårsaget ved tilregneligt retstridigt forhold fra hans side. De beslægtede bestemmelser i Retsplejelovens §§ 1010 og 1011 bruger udtrykkene »tilregnelige og retsstridige handlinger eller undladelser«. Aftalelovens §§ 28 og 29 foreskriver, at en viljeserklæring, der retstridig er fremkaldt ved tvang, ikke er bindende for den tvungne. Og straffeloven bruger udtrykket retstridig i § 193 og § 279. Om alle disse bestemmelser må det antages, at retstridig betyder, hvad der er i strid med retsreglerne, og at ordet i overensstemmelse med herskende lære sigter til objektiv retstridighed forstået som en retstridighed, der ikke kræver de særlige subjektive skyldbetingelser. — De tre første lovbestemmelser viser klart dette sidste ved at stille tilregnelig op som en ny betingelse ved siden af retstridig. — Derimod kan det næppe uden nærmere undersøgelse af hver enkelt bestemmelse fastslås, om retstridighedsdommen tænkes fældet på rent objektivt grundlag eller på grundlag af de kendsgerninger, der var synlige for en person i den handlendes sted. Afgørelsen har ialfald betydning for Aftalelovens §§ 28 og 29.

Vore domme bruger retstridighedskriteriet på lignende måde, som det fremgår af, hvad der er oplyst ovenfor. Alt taget i betragtning mener jeg, at det i en almindelig retstridighedslære er hensigtsmæssigt at lade bedømmelsen ske på rent objektivt grundlag. Begrebet bliver derved et teknisk skolebegreb. Men det gør ingen skade, når det fremhæves, at retstridig i denne forstand er et sådant hjælpebegreb, og at der derfor ikke behøver at være knyttet nogen retlig reaktion til en adfærd, der karakteriseres som objektivt retstridig¹).

En forfatter, der vælger dette standpunkt, behøver ikke i en fremstilling af erstatningsretten at splitte den praktiske undersøgelse af begrebet culpa ved først at fremstille det »objektivt« retstridige. Ialfald på det praktisk vigtigste område, skade på person eller ting, er det sikkert hensigtsmæssigt straks at følge den norske linie, som

¹) Jfr. *Jul. Lassen* i den s. 102 i note 2 nævnte afhandling.

jeg har gjort det i min erstatningsret¹⁾). I de allerfleste erstatningssager behøver dommeren ikke at gruble over, om handlingen var retstridig i objektiv forstand. Han vil straks bedømme handlingen på det grundlag, der er afgørende for den almindelige culpado, men det er netop det grundlag, norsk retstridighedslære har valgt²⁾).

Nogle forfattere har villet bestemme retstridighedsbegrebet forskelligt i forskellige forhold og har f. ex. villet danne et strafferetligt og et civilretligt begreb. Om man skal gå denne vej, er et rent teknisk spørgsmål. Men hvor lovgivningen ikke tvinger til andet, forekommer det mig klart, at det må foretrækkes at opstille et almindeligt retstridighedsbegreb og bruge det overalt³⁾).

Det kan omtvistes, om en retstridighedslære efter de skildrede linier har så megen værdi, at der overhovedet er grund til at forme en almindelig retstridighedslære. Men der ses ikke at kunne rejses andre indvendinger af betydning imod den. Det må blot fremhæves, at de almindelige grundsætninger kun tjener til at bestemme de grupper af handlinger, som bortset fra modstående særregler ikke er retstridige, og som derfor ikke kan mødes med nogen af de retlige reaktioner, der er udtryk for en modarbejdelse af handlingen som utilladelig⁴⁾). Om de handlinger, som ikke er retmæssige efter de almindelige grundsætninger, kan derimod ikke siges, at de medfører ialfald en eller anden retlig reaktion. Det kan tænkes, at en slig handling ikke kan mødes med nogen reaktion. Spørgsmålet, om handlingen medfører retlig reaktion, må undersøges særskilt for hver enkelt art af reaktioner. De fleste reaktioner er knyttet til visse yderligere betingelser, og disse er ikke alle subjektive⁵⁾).

¹⁾ Erstatningsret § 4, jfr. § 10.

²⁾ Sml. *Bentzon* Alm. Retslære s. 158, 161.

³⁾ Jfr. herom *Nagler* i. c. s. 362 f, Skyld og Skade s. 14 f, *Ragnar Knoph* Hensiktens betydning s. 27 ff. Se imidlertid *Stang* Erstatningsansvar s. 105 note 13, *Andenæs* Straffbar unnløtelse § 14, især s. 185 ff. Om *Stangs* udtryk »halvt retmæssige handlinger« se U 1920 B. 227, *Knoph* l. c. 30 f. Se iøvrigt *Nagler* l. c. s. 350 ff.

⁴⁾ Sml. *Bentzon* Alm. Retslære s. 126, 155 f, 160, 163.

⁵⁾ Jfr. Erstatningsret s. 80 og *Andenæs* l. c. § 14, især s. 183 ff. Dette gælder også om erstatningsansvar. Exempler: Et strafbart forhold, der følges af skade på det beskyttede gode, medfører ikke altid erstatningsansvar, sml. Erstatningsret s. 37 og 55 om krænkelse af visse ideelle goder og om undladelse, der er et *delictum sui generis*. Se endvidere om drab efter den dræbtes begæring *Krabbe* Borgerlig Straffelov s. 543.

XIII

NORDISK OG TYSK LÆRE

Inden for den snævre plads, der stod til rådighed, har jeg ikke i større omfang kunnet inddrage litteratur fra lande uden for Skandinavien, ikke engang tysk og schweizisk litteratur, der tæller langt flere værker om retstridighed end nordisk litteratur. Til sidst skal forholdet mellem nordisk og tysk lære dog berøres.

En meget stor del af *tyske* forfatteres undersøgelser har til formål at bestemme retstridighedsbegrebet. Nogle af de ældre forfattere tog deres udgangspunkt i spekulationer om retsreglernes væsen. For nutiden har deres undersøgelse ingen interesse. Andre forfattere indså, at retstridighedslæren måtte opbygges på gældende retsregler, men set med nutidens øjne er de fleste af deres mere almindelige undersøgelser mærkelig golde. Man drøftede vidt og bredt, om retstridighed skulle være en subjektiv betingelse eller ej, og om det skulle betegne strid mod retsreglerne eller strid mod en subjektiv rettighed.

Efter at den tyske borgerlige lovbog i § 823, stk. 1 havde opstillet retstridighed som en af betingelserne for erstatningsansvar uden for kontraktforhold, måtte retsvidenskaben først og fremmest fastslå, hvorledes denne betingelse skulle forstås. Undersøgelserne herom fortsatte de gamle stridigheder om ordets betydning.

Både straf og erstatning efter de almindelige erstatningsregler anses for betinget af retstridig adfærd. Men i Tyskland indlægger de fleste forfattere kun heri, at der er en række særlige omstændigheder, der udelukker retstridighed, de såkaldte »Rechtfertigungsgründe«. Væsentlige bidrag til praktisk afgrænsning af, hvilken adfærd der er retstridig, har tysk litteratur derfor kun givet vedrørende de særlige retmæssighedsgrunde. Bortset herfra står tysk litteratur med hensyn til person- og tingsskade og krænkelse af de andre goder, BGB § 823, stk. 1 nævner, endnu på det samme standpunkt som dansk litteratur før *Goos*. Handlingen dømmes ialfald til dels efter, om den medfører skade. Hvis den har medført skade, anses den for retstridig, medmindre der foreligger en af de særlige retmæssighedsgrunde.

Den omtalte forskel mellem tysk og dansk opfattelse er imidlertid

mere teoretisk end praktisk. Tysk ret kommer nemlig ialt væsentligt til samme resultater som nordisk ret med hensyn til de handlinger, der kan straffes eller medføre erstatningsansvar efter § 823, stk. 1. Den fornødne begrænsning af ansvaret indlægges for uagtsomheds-tilfældene i uagtsomhedsbegrebet, og i forsæts-tilfældene udledes den af kravet om adækvat forårsagelse.

Den tyske lære har visse holdepunkter i BGB § 823, stk. 1, og rent teknisk kan den tyske opstilling bruges, ja, det kan siges, at den er enklere end nordisk læres. Alligevel må nordisk lære efter mit skøn foretrækkes. Den giver en bedre forståelse af uagtsomhedsbegrebet, idet den peger på, at uagtsomhed i hovedsagen er en afvigelse fra en retlig handleregel, og den forsøger ialfald at fremdrage de væsentligste retshensyn. Med al anerkendelse af, at tyske forfattere bedst kan afgøre, hvorledes tyske love skal tolkes, kan jeg iøvrigt ikke se, at BGB § 823 er til hinder for at optage den nordiske lære for dens område. Hvis man fordomsfrit spørger, om en handling, hvorved en person tilfældigt, altså uden forsæt eller uagtsomhed, skader en anden person eller hans ting, kan siges at være misbilliget eller forkastet af retsordenen — det som efter herskende tysk lære er afgørende for handlingens retstridighed — synes det mig klart, at også en tysker måtte besvare spørgsmålet benægtende i alle de tilfælde, hvor det ikke er den handlendes ukendskab til de faktiske forhold eller andre individuelle undskyldningsgrunde, der fritager ham for ansvar. En sådan handling kunne ialfald næppe mødes med nødværge eller forbydes ved dom eller overhovedet afløse andre reaktioner, der indicerer handlingens retstridighed.

På tilsvarende måde forholder det sig med spørgsmålet, om forsæt kan gøre handlingen retstridig. Man må foretrække nordisk læres forklaring på, at forsæt i almindelighed ikke medfører ansvar, når den ydre handling bortset fra forsættet ville være retmæssig. Den fremhæver, at de pågældende handlinger overhovedet ikke egner sig til at modvirkes ved retshåndhævelsesregler, og at de heller ikke kan mødes med andre retlige reaktioner.

Uden for det område, BGB § 823 dækker, støder overførelsen af nordisk lære på andre hindringer. Tysk ret er selv på erstatningsrettens område ret stærkt bundet af lovgivningen og giver derfor ikke domstolene så frie hænder til at pålægge erstatningsansvar,

hvor det findes påkrævet, som dansk ret. Derfor har BGB måttet skabe et værn ialfald for de mest påtrængende tilfælde ved § 826, der hjemler erstatningsansvar for den, der forsætlig tilføjer en anden person skade på en måde, der støder an mod »die guten Sitten«. Denne regel er blevet brugt over for mange slags handlinger, derunder strejker og boykotopfordringer¹⁾ og — navnlig før konkurrenceloven af 1909 — illoyale konkurrencehandlinger²⁾.

I tilknytning til bestemmelsen har Reichsgericht iøvrigt antaget, at en adfærd, der strider imod moralen (die guten Sitten), kan kræves forbudt ved dom, og at dette kan ske, selv om handlemåden ikke kan tilregnes den pågældende som skyld³⁾.

Den omtalte forskel på dansk og tysk ret medfører, at der i Tyskland bliver mindre brug for retstridighedsbegrebet end hos os. Den giver derfor en vis forklaring på, at tysk lære afviger fra dansk og norsk.

Til gengæld har tysk litteratur ofret langt flere kræfter end nordisk på at undersøge retstridighedsbegrebet, derunder også, om der er andet end menneskelig adfærd, der kan være retstridigt⁴⁾ — et spørgsmål, som jeg anser for rent teknisk og uden reel betydning. —

Nyere tysk lære betoner stærkt, at det er retsordenen, der afgør, hvad der er retstridigt. Men også i Tyskland er man klar over, at spørgsmålet ikke løses ved lovgivning og anden »gesetztes Recht« alene. Hvis retstridighedsspørgsmålet ikke kan løses ved hjælp af fastslåede regler, må retsudøvelsen udfylde hullerne mellem reglerne⁵⁾. Skønt det drøftes, hvorledes retsordenens misbilligelse udfindes, får man iøvrigt ikke virkelig klarhed herover. Men en lignende indvending kan ganske vist rettes mod det meste af dansk og norsk retstridighedslitteratur.

I *Schweiz* blev retstridighedsbegrebet allerede i 1881 brugt i

¹⁾ Se *Paul Oertmann* Bürgerliches Gesetzbuch, II, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., § 826 Anm. 4.

²⁾ *Oertmann* l. c. s. 1409 f, *Hardy Andreassen* Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning s. 70 ff.

³⁾ Denne praksis bekæmpes af *Oertmann* l. c. § 826 Anm. 5.

⁴⁾ Alle stridsspørgsmålene behandles udforligt af *Nagler* i Festschrift für Karl Binding, 1911, s. 273 ff, og endnu i Festgabe für Reinhard von Frank, 1930, I s. 339 skriver han 20 sider om retstridighedsbegrebet.

⁵⁾ Således *Nagler* på førstnævnte sted s. 358-85, hvor han giver et stort stykke retskildelære, der næsten lige så godt kunne være skrevet af en samtidig nordisk forfatter.

Obligationsrettens almindelige erstatningsregel, den, som er gået over i den gældende art. 41, stk. 1 i noget ændret form, og som stadig indeholder en almindelig culparegel. Siden da har civilretsforfatternes retstridighedslære navnlig sigtet på at bestemme, hvorledes »widerrechtlich« her skal forstås. Da lovreglen omfatter alle slags handlinger, lægger den ikke samme bånd på domstolene som den tyske lovbogs regler, og retstridighedsbegrebet har derfor fået langt større praktisk betydning end i Tyskland. Det bruges ikke blot til at dække de særlige retmæssighedsgrunde, men betragtes som en positiv ansvarsbetingelse og får derfor lignende funktioner som hos os.

Selve lovfæstelsen af retstridighedsbetingelsen synes imidlertid at have haft en sørgerlig evne til at holde liv i de gamle stridigheder om begrebet. I den sidste menneskealder blomstrer de i Schweiz mere end nogensinde. Iøvrigt står litteraturen under indflydelse af tysk lære. Navnlig i den sidste menneskealder har schweiziske forfattere dog ydet adskillige selvstændige bidrag til at løse de praktiske problemer. Nogle af dem har herunder fremsat synspunkter, der nærmer sig til den nordiske læres, men tankerne er endnu ikke uddybet, og interessen hos de fleste jurister fanges stadig for en stor del af striden om begrebets rette udformning.

Alt i alt har tysk og schweizisk ret vel sat et mægtigt arbejde ind i retstridighedslæren og gennemarbejdet adskillige problemer grundigere end nordisk retsvidenskab. Men nordisk videnskab kan godt være sin linie bekendt. Den har efter mit skøn ydet en indsats, som må beundres og vil have betydning, selv om man i fremtiden skulle opgive at forme en almindelig retstridighedslære.

FORKORTELSER

H: Højesteretsdom.

Lassen I: Jul. Lassen Haandbog i Obligationsretten,
Alm. Del, 3. udg. 1917—20.

TfR: Tidsskrift for Retsvidenskab.

U: Ugeskrift for Retsvæsen.