

# Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed

MADS BRYDE ANDERSEN\*

*Artiklen diskuterer nogle af den nordiske formuerets særpræg, som de bl.a. træder frem i et historisk perspektiv. I den forbindelse drøftes det særligt, om nordisk formueret i højere grad fortjener betegnelsen "pragmatisk" snarere end betegnelsen "principfast" og hvilke øvrige kendetegn, der i særlig grad forklarer dette retsområdes udvikling, opbygning og retskildestruktur gennem de seneste to århundreder. Drøftelsen fører til frem til en diskussion om teoriens, lovgiverens og domstolenes rolle i og ansvar for den formueretlige retsudvikling og metode.*

## 1. Problemstillingen

I det følgende behandles nogle af de kendetegn, som fra tid til anden har været fremhævet som særlige for nordisk formueret i sin særegne placering mellem den lovregulerede *civil law*-ordning, som vi kender det fra kontinentet, og den domstolsstyrede *common law*, som vi navnlig kender det fra den engelsksprogede verden. Bl.a. drøftes det, om nordisk formueret med rette kan kaldes "pragmatisk", og hvad der i særlig grad forklarer formuerettens opbygning og retskildestruktur, stillet som vi er mellem de to nævnte store retsfamilier.

Artiklen tager udgangspunkt i mit oplæg ved et nordisk seminar ved *Stockholm Centre for Commercial Law* ved Stockholms Universitet i november 2018, der under overskriften "Pragmatisme eller principfasthed" stillede spørgsmålet, om nordisk formueret er båret frem af en særlig form for *pragmatisme*.

Under 2. undersøges det først, hvad der ligger i pragmatismebegrebet efter en almindelig forståelse, i idéhistorisk lys og efter den begrebsafgrænsning, som *Sverre Blandhol* har benyttet i sin doktorafhandling (2005) om

\* Professor, dr.jur, Københavns Universitet.

den nordiske *retspragmatisme*.<sup>1</sup> Jeg konstaterer, at pragmatismebegrebet har mange afskygninger, men at dets essentielle kendetegn består i, at retlige ræsonnementer anerkendes, selv om de bygger på præmisser, der ikke umiddelbart kan læses ud af retsgrundlaget og af dets ledsagende retskilder (herunder forarbejder og retspraksis).

Herefter ser jeg under 3. på tre udvalgte eksempler fra nordisk formueret, som kan siges at involvere forskellige indslag af ”pragmatisme” i form af konkret hensyntagen frigjort fra formelle hovedregler, idet jeg spørger, om nordisk formueret på disse områder efterlader parter med en mindre grad af forudsigelighed end andre formueretssystemer. Undersøgelsen af disse tre eksempler finder ikke støtte for den antagelse, at nordisk formueret i særlig grad skulle efterlade retslivets aktører med en usikkerhed, der adskiller nordisk formueret fra retsordninger i andre dele af verden.

Derpå følger under 4. en drøftelse af, hvilken rolle geografien, sproget og det nordiske ”sindslag” (hvis et sådant findes) kan tænkes at have haft for nogle af de indslag, man finder i den fællesnordiske ret, herunder den udstrakte brug af typeforudsætninger og tillidsforventninger.

I forlængelse heraf ser jeg under 5.-7. nærmere på den rolle, henholdsvis den juridiske teori, lovgiveren og domstolene gennem tiderne har spillet for udviklingen af nordisk ret og for den nordiske formueretlige metode og argumentationsform. Resultaterne af disse undersøgelser afrundes under 8.

Som emnet er afgrænset, er det særdeles omfattende. Derfor opgiver jeg enhver ambitionen om fuldstændighed. Mit ærinde er alene at påpege nogle væsentlige pointer gennem udvalgte eksempler fra den nordiske formueret og særligt iøjnefaldende kendetegn ved vor retshistoriske og retskulturelle udvikling.

Jeg retter en stor tak til de gode kolleger, der efter gennemlæsning af tidligere versioner af dette manuskript har bidraget til at reducere fejl og tvetydigheder, ikke mindst i den historiske fremstilling, herunder mine professorkolleger i retshistorie, Lars Bjørne og Henrik Stevnsborg.

<sup>1</sup> Sverre Blandhol: ”Nordisk Rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode”. Djøf Publishing (2005). Nærværende artikel er indleveret til offentliggørelse i TFR, hvori den forventes bragt i en muligt revideret version.

## 2. Pragmatismebegebet i forskellige variationer

### a. Begrebsindholdet

I *Ordbog over det Danske Sprog* oversættes adjektivet ”pragmatisk” til ”sagkyndig, erfaren, almennyttig og lærerig” eller ”saglig og hvilende på kendsgerninger”. *Gyldendals fremmedordbog* føjer hertil: ”forretningsvant; som især lægger vægt på det praktisk gennemførlige”.

*Ordbog over det Danske Sprog* giver derimod substantivet ”pragmatisme” flere betydninger: Én handler om at se begivenhederne i årsagssammenhæng og benyttes specielt om pragmatisk historieskrivning. En anden henviser til en filosofisk lære, som hævder, at gyldigheden af en erkendelse består i dens værdi og hensigtsmæssighed som livsfremmende.

Som *Blandhol* redegør for i kapitel 1 i sin i note 1 nævnte afhandling (s. 29 ff.), finder man bl.a. den filosofiske pragmatisme udtrykt i amerikansk filosofi med *Charles Sanders Peirce* og *William James* som fremtrædende skikkelser. Denne idéhistorie beskrives ligeledes af *Jens Ewald*<sup>2</sup> og af *Jørgen Dalberg-Larsen*.<sup>3</sup>

En kort karakteristik af denne amerikanske pragmatisme får man i dette citat fra bogen *William James' essay "Pragmatism"* (1907):

“A pragmatist turns his back resolutely and once for all upon a lot of inveterate habits dear to professional philosophers. He turns away from abstraction and insufficiency, from verbal solutions, from bad a priori reasons, from fixed principles, closed systems, and pretended absolutes and origins. He turns towards concreteness and adequacy, towards facts, towards action and towards power. That means the empiricist temper regnant and the rationalist temper sincerely given up. It means the open air and possibilities of nature, as against dogma, artificiality, and the pretence of finality in truth.”

Efter denne karakteristik består den filosofiske pragmatismes grundlæggende kendetegn i fravalget af *forbundne* eller *abstrakte* argumentationsmønstre. Den pragmatisk tænkende prioriterer i stedet de *konkrete* resultater og måler deres brugbarhed. Reflekterer konklusionen den fornødne *adequacy* (der i sammenhængen nok kan oversættes til rimelighed eller måske ”sunde for-

<sup>2</sup> Se herved *Jens Ewald* i *Jens Ewald & Sten Schaumburg-Müller: Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære* (2004), s. 69 ff., og i *Torsten Iversen m.fl. (red.): Festskrift til Bent Iversen* (2019), s. 15 ff.

<sup>3</sup> Se i det hele *Jørgen Dalberg-Larsen* i ”Pragmatisk retsteori” (2001).

nuff” eller ”*common sense*”), kan den forsvares. I så fald må de formelle ræsonnementer vige.

Der kan være grund til at slå fast, at denne pragmatismeforståelse *ikke* tager sigte på retlige afgørelser (hvor der kan bestå en særlig pligt til at følge et formelt ræsonnement), men på *almene* filosofiske ræsonnementer. Fordi de retlige grundlag for en afgørelse kan fremtræde meget forskelligt (herunder med vekslende indslag af obligatoriske betingelser), kan man ikke uden videre overføre den filosofiske forståelse til juraen.

Ikke desto mindre benyttes pragmatismebegrebet også i *juridisk* terminologi i den mere rummelige ”sund fornuft”-betydning. Således definerer *Bo von Eyben*<sup>4</sup> begrebet som ”sagligt, praktisk betonet” med tilføjelsen af, at pragmatisk metode ”lægger vægt på resultatets praktiske rimelighed, reglens eller fortolkningens hensigtsmæssighed”. Tilsvarende beskriver *Alf Ross*<sup>5</sup>, hvordan pragmatisk faktor har betydning for fortolkningen.

Ønsket om at sikre konkret rimelighed mv. genfindes med stor sandsynlighed i de fleste retssystemer og inden for tilsvarende mangfoldige områder af den menneskelige tænkning. Det gælder navnlig på retsområder uden tvingende (herunder præceptiv) lovgivning, og dermed i store dele af den almindelige formueret. Ingen formueretsjurist ønsker at blive kategoriseret som en formalist eller principrytter, der anvender reglerne uden forståelse for tilfældets konkrete omstændigheder, så længe prisen for denne pragmatisme ikke retfærdiggør en retsanvendelse, hvor retsanvenderen hiter på regler til den konkrete sag ud af den blå luft.

Derimod er det ikke udtryk for ”pragmatisme” at udfylde en retlig standard, eftersom formålet med retlige standarder netop *er* at inddrage konkrete forhold. Her varetages hensynet til principfasthed ved, at retsanvenderen sikrer konsekvens og konsistens i skønsudøvelsen, så man undgår retsusikkerhed.

Det er værd at bemærke, at de forfattere, der har forsøgt at definere pragmatismebegrebet, ikke forholder sig til, hvordan det specifikke *retsgrundlag*, der giver anledning til den pragmatisk slutning, fremtræder. Der males med den helt brede pensel. Men forudsætningen for at karakterisere en retsanvendelse som pragmatisk må være, at den fører til et resultat, der ikke umiddelbart fremgår af retsreglen, dens forarbejder og eksisterende praksis mv., som

<sup>4</sup> *Bo von Eyben* i Juridisk Ordbog, 14. udg. (2016).

<sup>5</sup> *Alf Ross*: ”Om ret og retfærdighed” (1953), s. 168 ff. Se også *Gomard* i U 2000B, s. 345 ff., om ”Idealisme, pragmatisme og realisme i dansk ret og retsvidenskab”.

måske ligefrem modsiges af en ordlydsfortolkning, og som derfor rummer et vist overraskelseselement.

Klart er det dog også, at den pragmatiske retsanvender når frem sit resultat, fordi andre og måske mindre principielle hensyn gør sig gældende.<sup>6</sup> Pragmatikeren overskrider altså ikke det mandat, der afgrænses af retsgrundlaget, men konkluderer blot, at den konkrete interesseafvejning vejer tungere end den formelle ordlydsfortolkning. Om man vil beskrive en sådan form for retsanvendelse som ”pragmatisk”, som udtryk for inddragelse af hensyn til ”forholdets natur” eller som udtryk for ”sund fornuft”, er nok en smagssag.

Der findes talrige andre forståelse af pragmatismebegrebet end de nævnte og talrige andre undersøgelser af pragmatismens betydning for både retsanvendelsen og retsudviklingen.<sup>7</sup> Jeg har selv anvendt pragmatismesprogbrugen om den opgave for retsvidenskaben, der ligger i at lukke forståelseskloften mellem lægmandens retfærdighedsfølelse og juristens begrundelse for et resultat.<sup>8</sup> I et festskriftsbidrag sonder *Lars Adam Rehof* mellem den principrettede pragmatisme, som i et forsøg på at følge ”ånden” i en retsregel, målrettet og resultatorienteret leder frem mod hensigtsmæssige afgørelser, og den kasuistiske pragmatisme, der søger konkrete løsninger i enkeltsager, uanset om sagsforholdet lægger op til en principiel stillingtagen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Der findes talrige eksempler herpå i retspraksis om aftalefortolkning, hvor formålsbetragtninger ofte leder frem til andre resultatet end en ordlydsfortolkning. *Jens Evald* (2004), s. 81, anfører som eksempel på en sådan (måske) ”pragmatisk” argumentation dommen i *U 1985.766 H*, der bortfortolkede en betingelse i en pantebrevsgaranti, hvorefter senere transporter på det garanterede pantebrev skulle tinglyses. Hvor landsretten opretholdt betingelsen efter en ordlydsfortolkning og frifandt forsikringselskabet, fandt Højesteret, at garantien var gældende, da det ikke fandtes rimeligt, at den manglende tinglysning, som ikke indebar en væsentlig tilsidesættelse af forsikringselskabets interesser, skulle medføre frigørelse.

<sup>7</sup> I sin førnævnte bog ”Pragmatisk retsteori” (2001) har *Jørgen Dalberg-Larsen* fx præsenteret den amerikanske pragmatisme med særligt dens mulige betydning for nutidens nordiske retsteori og retsvidenskab. *Jonas Christoffersen* reflekterer over emnet (bl.a. med henvisning til Blandhol), i Henrik Udsen m.fl. (red.): Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018), s. 757 ff., Jura og politik – tanker om formalisme, idealisme og pragmatisme.

<sup>8</sup> Se *Mads Bryde Andersen*: ”Grundlæggende aftaleret” (4. udgave, 2013), s. 51. Bl.a. anfører jeg: ”Vel spiller begrebsopbygninger også en rolle for en pragmatisk anskuelse. Men pragmatikeren vil altid bedømme teorier, begreber og regler efter deres anvendelighed, dvs. konsekvenser (jf. også *Blandhol* a.st., s. 66). Med en sådan pragmatisme er der vide rammer for, hvordan man vil indrette sin aftaleret og sin aftaleretlige lovgivning. Retspragmatismen har bl.a. haft betydning for udviklingen af de uskrevne retsgrundsætninger, der spiller så stor en rolle i formueretten og aftaleretten...”

<sup>9</sup> Se *Lars Adam Rehof* i Peter Blume m.fl. (red.): ”Suum Quique – retsvidenskabelige afhandlinger” (1991), s. 30 ff. (s. 31). Rehof antager (s. 32), at dansk retspraksis kan anskues som

Som illustreret ved det seminar i Stockholm, der danner grundlaget for dette bidrag, har *Sverre Blandhols* afhandling haft en vis betydning for nordiske formueretsjurister. Derfor kan der grund til særligt at se på, hvordan Blandhol afgrænser sit begreb *retspragmatisme*.

På s. 51 ff. opstiller Blandhol et antal delvis overlappende kendetegn, der i det væsentlige reflekterer indholdet af det førnævnte citat fra *William James*. Navnlig fremhæves et *afkald på fundamentale sandheder*, en *antifundamentalisme* og *antiformalisme*, og en (moderat) *skepticisme overfor grundlæggende principper og sandheder*. Pragmatismens *metodiske* greb kendetegnes dernæst ved en *problemorientering*, *erfaringsorientering*, *konsekvensorientering* og *pluralisme*. Hertil føjer sig en retorisk sprog anvendelse.

Blandhol efterprøver ikke sin begrebsafgrænsning med praktiske eksempler på pragmatisk, henholdsvis formalistisk, retsanvendelse. Han anvender primært begrebet til at beskrive nogle strømninger i nordisk retstænkning i 1800-tallet, der er hovedemnet for hans afhandling. Dens idéhistoriske beskrivelse fremhæver han (bl.a. på s. 20 og 73 f.), at pragmatismen falder sammen med det nybrud, man også har betegnet som *retsrealismen* eller den *nordiske realisme*. Afhandlingen er derfor ikke særligt afgrænset til formueretten.

Skal vi nærme os en forståelse af pragmatismebegrebet, er det derfor relevant at se på, hvordan den pragmatisk tænkning gjorde sig gældende under dette nybrud. Herom i det følgende.

## b. Pragmatismen som metodisk projekt

Med den store danske jurist og politiker *Anders Sandøe Ørsted* (1778–1860) blev dansk jura løsrevet fra sin doktrinære forankring i romerretten og den almene filosofi<sup>10</sup> og hen imod en mere praktisk og erfaringsorienteret viden-

udtryk for *kasuistisk* pragmatisme. Sondringen kan vel siges at pege på relevante kriterier, men den synes ikke at være slået igennem.

<sup>10</sup> Se hertil *Thor Inge Rørvik* i Ola Mestad (red.): ”Frihetens forskole – professor Schlegel og Eidsvollsmennenes læretid i København” (2013), der under overskriften ”Juristfilosofferne” påpeger, at filosofi og retsvidenskab i Danmark-Norge gennem store dele af 1700-tallet på en række punkter var tæt knyttet til hinanden som videnskabelige discipliner. *Rørvik* anfører, at denne udvikling allerede var startet i midten af 1700-tallet. Ved Københavns Universitet opretholdtes forventningen om, at enhver studerende burde besidde en filosofisk grundviden ved det krav om at gennemføre og bestå et særligt filosofisk grundkursus (kaldet ”Filosofikum”) ved indledningen af studiet. Som mange andre indarbejdede akademiske traditioner forsvandt dette krav som et af udslagene af det såkaldte ungdomsoprør i 1968 og årene derefter.

skab. Som udtrykt i *Ditlev Tamm*s doktorafhandling fra 1976, s. 14, indtog Ørsted – bl.a. under inspiration af tysk retsteori – momenter som ”den naturlige retsfølelse, fornuften, samfundets tarv, retsgegenstandenes natur eller folkets sæder”. Se videre *Tamm* a.st. s. 395 ff., og særligt om inspirationen fra *Savigny* s. 346 ff.<sup>11</sup> Ørsteds store bidrag til den formueretlige udvikling var derfor først og fremmest *metodisk*. Som angivet i titlen på *Tamm*s afhandling gjorde Ørsted dermed ”lovkyndighed” til ”retsvidenskab”.

Formueretlige spørgsmål havde tidligere været løst naturretligt og med væsentlige indslag af romerretlig tænkning, som bl.a. forelå dokumenteret med *Corpus Iuris Civilis*.<sup>12</sup> Fordi retskildelæren dermed var relativt fri, kunne datidens formueret strengt taget udvikle sig med langt større indslag af pragmatisme. I en pragmatisk forståelsesramme trak *Ørsteds* nye metode de enkelte hensyn og overvejelser frem til analyse, så man kunne drøfte og navnlig efterprøve disse momenters betydning for den retlige konklusion på videnskabeligt grundlag.

*Blandhol* påpeger denne pointe (bl.a. s. 14) ved at fremhæve, hvordan den romerske tradition (i modsætning til den mere formelt-logisk orienterede græske) netop anskues som ”en praktisk kyndighed som besvarer konkrete problemer ved hjælp af forskellige typer av argumenter”. Han udbygger sin pointe i bogen ”De beste grunner. Reelle hensyn i juridisk argumentasjon” (2013), hvori han bl.a. med udgangspunkt i et domsmateriale på 38 norske højesteretsdomme påviser, hvordan reelle hensyn kan føres tilbage til en særlig form for naturretslære, der har rødder i aristotelisk og romerretligt tankegods. Med *Ørsted*, og senere *Schweigaard*, fik dette juridiske ræsonnement en mere fremtrædende rolle, således som vi kender det i moderne fortolkning og retsanvendelse.

Denne nye retsvidenskab blev i anden halvdel af 1800-tallet cementeret ved en *encyklopædisk* tradition, hvor forskellige professorer generelt og systematisk analyserede og præsenterede retsreglerne med henblik på praktisk anvendelse. Nye grundsætninger og tænkemåder voksede hermed frem, som fx fandt udtryk i den nordiske retsstridighedslære, forudsætningslæren og viljes- og tillidsteoriene. Senere udviklede disse tanker sig til de systemer af

<sup>11</sup> Ørsteds dynamiske fortolkninger af retskildematerialet ansås dog ikke som ukontroversielt. Ifølge *Thor Inge Rørviks* indlæg om ”Juristfilosofferne” i Ola Mestad (red.): Frihetens Forskole. Professor Schlegel og eidsvollsmennenes læretid i København (2014), s. 165, fandt Schlegel, at Ørsted havde nedværdiget retsvidenskaben til politik og dermed overskredet en grænse.

<sup>12</sup> Se hertil *Tamm* (1976), s. 219 ff.

begreber, principper og grundsætninger der i dag træder frem som ”almindelige dele” i bl.a. nordisk erstatnings- og obligationsret.

Selv om man med rette kan beskrive Ørsted og hans eftertid som pragmatisk i den forstand, at de lod praktiske erfaringer og konsekvenshensyn få en dominerende rolle i retsanvendelsen, gjorde den videnskabeliggørelse, som dette nybrud indebar, på mange måder retsanvenderen til genstand for strengere metodiske krav, der på mange måder resulterede i den stringente retsanvendelse, vi i dag kender også på ulovbestemte områder.

### c. Sammenfatning

Begrebet ”pragmatisme” står i dag uden faste grænser, men med en nogenlunde identisk kerne. Den uklare afgrænsning kan forklares med, at begrebet tjener forskellige formål i forskellige sammenhænge. Alle synes dog enige om, at den ”pragmatiske” retsanvendelse i højere grad begrundes sit resultat ud fra *konkrete* hensyn til rimelighed og proportionalitet mv. i den foreliggende sag, end til ønsket om at følge *generelle* principper for deres egen skyld. I nogle tilfælde vil begge typer af hensyn begrunde samme resultat. Men i andre tilfælde kan det tænkes, at hensynet til en part modsiges af generelle hensyn, som fx hensynet til forudsigelighed i retsanvendelsen.

Fordi pragmatismebegrebet har en så uklar afgrænsning, er der efter min opfattelse ikke grundlag for at sige, at *nordisk ret* i almindelighed, *fellesnordisk formueret* i særdeleshed, eller *udvalgte dele* af den nordiske ret i dag kendetegnes ved at være mere ”pragmatisk” end andre retsordninger.<sup>13</sup> Som sagt vil jurister fra de fleste retsordninger sikkert mene, at deres retsordning er pragmatisk, eller at de selv er pragmatiske i deres retsanvendelse. For uanset hvilken retsorden, man befinder sig i, forventes retsanvenderen jo ikke at arbejde som en maskine.

Alligevel kan man pege på strukturer i vort retskildegrundlag, der fremstår markant anderledes end i *common law* og *civil law*-retsordninger. Fordi vi ikke arbejder ud fra en generel kodifikation af formueretten, har vi ikke opbygget en *regelpositivisme* svarende til den, man kan finde på *civil law*-ordninger. Og fordi vi heller ikke bygger vore retsprincipper på *leading cases*

<sup>13</sup> Som nævnt beskæftiger Blandhol sig ikke specielt med formueretten, eller mod særlig formueretlige temaer. Hans undersøgelse er idéhistorisk og dermed fokuseret på de generelle programmerklæringer mv. Mine bemærkninger er derfor ikke vendt mod Blandhols resultater.



som hjemmelsgrundlag, har der heller ikke udviklet sig en heraf følgende *domspositivisme*.

Men spørgsmålet er, om dette særlige retskildegrundlag og den heraf følgende retsanvendelse i sig selv er pragmatisk, altså om den i højere grad end i *common law* eller *civil law* prioriterer den konkrete hensynsafvejning over mere formelle regelhensynet. Dette spørgsmål behandles i det følgende.

### 3. Retskildegrundlag og retsanvendelse

#### a. Retskildegrundlaget

Med nordisk rets placering mellem *common law* og *civil law*, kan det være nærliggende at tro, at der i nordisk ret gælder et retskildemæssigt princip om ”frit valg på alle hylder”. Men er dette nu også tilfældet?

Som enhver kender af nordisk formueret vil kunne tiltræde, er svaret herpå nej. Og svaret skyldes ikke fraværet af hverken nedfældede lovbøger eller bindende præjudikater. Det skyldes, at vi i nordisk ret har indarbejdet en tradition for retlige ræsonnementer, som må formodes at give en ligeså stor træfsikkerhed som den, der er udviklet i de store retsfamilier.

Ligesom andre formueretlige systemer har også de nordiske formuerets-systemer udviklet sig i nær forbindelse med privat *sædvanedannelse* og parters *aftalepraksis*. Strengt taget behøver man ingen formueretlig *lovgivning* for at opretholde en formueretligt *retsordning* og til at give denne praksis juridisk gyldighed. Hvis blot man har velfungerende domstole og en tænksom juridisk doktrin, kan der tilbydes svar på hovedparten af det praktiske livs problemer. Den nødvendige forudsigelighed sikres da ved fortolkning og tilpasning af disse sædvaner, typeforudsætninger og aftaler mv.

At denne rollefordeling – med retsvidenskaben i en analyserende og vejledende rolle – fungerer fint, kan man konstatere ved at læse formueretlige fremstillinger fra tiden før vedtagelsen af den fællesnordiske formueretslovgivning. Et eksempel herpå er *Ernst Møllers* lille bog ”Forudsætninger. Bidrag til Belysning af Principerne for Retshandlers Afhængighed af Fyldestgørelsen af Parternes Forudsætninger – på Grundlag af dansk (og norsk) Formueret Inter Vivos” (1894).

På områder, hvor der ingen udfyldende lovgivning gælder, må man i nordisk formueret ofte udlede de relevante retsgrundlag af skreven og uskreven ret og med inddragelse af almene teorier, grundsætninger og hensynsafvejninger.

Denne struktur kan virke fremmedartet på en jurist uddannet i enten *civil law* eller *common law*. *Civil law*-juristen vil savne sit fintmaskede system af principper, hovedregler og undtagelser, og *common law*-juristen vil savne sine *leading cases*, der slår de enkelte retsprincipper fast. Men selv om der fx ikke længere er nordisk retsenhed på køberettens område, vil en nordisk formueretsjurist nemt kunne udpege de elementer af sin købelov, der udtrykker almindeligt gældende regler, og de, der er særskilt køberetlige (og herunder navnlig *forbrugerkøberetlige*).

En tilsvarende forståelse af de grundlæggende regler finder man på områder, der reguleres af de uskrevne *retsgrundsætninger*, der med uskarpe konturer har udviklet sig på forskellige områder af den nordiske formueret, ofte i en løbende vekselvirkning mellem juridisk teori og domstolspraksis.

Nogle af disse grundsætninger savner klarhed. I læren om restitutionskrav diskuterer man, om der foreligger en *berigelsesgrundsætning*, hvis indhold ingen dog har lykkedes med at identificere, på trods af flere vægtige afhandlinger<sup>14</sup> og retspraksis i alle de nordiske lande. Denne del af nordisk ret befinder sig utvivlsomt i en brydningsfase. I det af *Ole Lando m.fl.* redigerede ”Restatement of Nordic Contract Law” (2016) er der ikke optaget principper herom. Retsområdet befinder sig utvivlsomt i en – langsom – udviklingsfase, svarende den der har ført til fremkomsten af andre uskrevne grundsætninger.

Også læren om *bristende forudsætninger* volder ofte tvivl. Denne lære blev anerkendt i dansk aftaleret efter inspiration fra den anerkendte tyske formueretsjurist *Windscheid*.<sup>15</sup> Som anført i *Ernst Møller*,<sup>16</sup> blev Windscheids tankegange dog ikke uden videre adopteret. Forudsætningslæren blev senere skrevet ind i BGB § 313 om ”Störung der Geschäftsgrundlage”. Herfra vandt den gradvis indpas i dansk ret, navnlig med *Ussings* forfatterskab.

Selv om aftalelovsfædrene valgte at holde forudsætningslæren ude af aftalelovens ugyldighedskapitel,<sup>17</sup> er læren en etableret del af nordisk aftaleret,

<sup>14</sup> Se herved de disputatser, som to af efterkrigstidens store formueretsjurister forsvarede samme år, nemlig *A. Vinding Kruse*: Restitutioner – et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret (1950) og *Jan Hellner*: Om obehørig vinst særskilt utanför kontraktsförhållanden: ett civilrättsligt problem i komparativ belysning (1950).

<sup>15</sup> Se *Bernhard Windscheid*: ”Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung” (1850).

<sup>16</sup> Se *Ernst Møller*: ”Forudsætninger” (1894), bl.a. s. 5 f. med henvisninger til yderligere litteratur.

<sup>17</sup> Dette skridt er på mange måder bemærkelsesværdigt, når samme aftalelovsfædre i en anden henseende (nemlig i lovens *kapitel I* om aftalers indgåelse) allerede i § 1 i den fæl-

hvor den måske rummer et af de mest skønsbetonede dermed måske også mest pragmatiske indslag. Det skønsbetonede knytter sig til den betingelse, hvorefter det givet sagens omstændigheder skal anses for rimeligt at lægge risikoen for forudsætningslærens bristen på løftegiver. Men helt samme mekanisme kendes også fra tysk ret, hvor forudsætningslæren har hjemmel i BGB § 313 med en helt tilsvarende skønsbetingelse.<sup>18</sup> Efterlader nordisk aftaleret uklarhed på dette område, gælder det så også tysk ret.

Grundsætningstænkning er dog ikke ukendt i *common law*, hvor formueretlige grundsætninger dog først får retskildestatus, når nye *leading cases* kommer til. Fremkomsten af sådanne nye præjudikater vil ofte være begrundet med overvejelser, som med den skitserede sprogbrud kan beskrives som ”pragmatiske”, fordi de ikke følger af hidtidige præjudikater. I sine ofte citerede indledningsord til hovedværket ”The Common Law” (1881), s. 5, skriver *Oliver Wendell Holmes* (der som bekendt både var en fremtrædende juridisk forfatter og højesteretsdommer, og i øvrigt eksponent for datidens amerikanske ”pragmatisme”), at ”The life of the law has not been logic: it has been experience”.

Omsat til nutidens retsordninger kan disse ord netop oversættes til, at retspraksis på ulovbestemte retsområder udvikler sig ud fra de erfaringer, der viser sig i det praktiske retsliv. Denne forståelse stemmer helt med den kerne i pragmatismebegrebet, som jeg skitserede oven for på s. 51 ff. Men hvor *common law*-juristen vil vente på, at dette næste præjudikat afsiges og dermed skaber retsgrund for fremtidige sager, vil den nordiske formueretsjurist i højere grad turde vove pelsen og argumentere for det selv samme resultat, før præjudikatet foreligger. Heri kan nok ligge en forskel mellem formueretten i en retsordning baseret på *common law* og i nordisk ret.

Sammenholder man dette træk ved nordisk ret med retsanvendelsen i *civil law*-systemer, synes der også her at være samme rum for en pragmatisk begrundet retsudvikling. Også i fx tysk ret vil udfaldet af talrige retsproblemer bero på regler, der trods deres status som lovgivning er så upræcise, at døren er åbnet for ræsonnementer og hensynsafvejninger. Et eksempel herpå er ”Treu und Glauben”-reglen i BGB § 242. Som nævnt oven for på s. 52 er retsanvendelse inden for rammerne af sådanne standarder ikke i sig selv

lesnordiske aftalelov foretog en udtrykkelig reservation for de tilfælde, hvor sædvane mv. foreskrev en anden regulering på ulovbestemt grundlag.

<sup>18</sup> Udtrykt gennem ordene ”... soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“

udtryk for pragmatisme. Forskellen består også her alene i, hvilket retskildegrundlag, der skaber grundlaget for reglen.

Sammenfattende må man konkludere, at *retsgrundlaget* for de afgørelser, der afgøres i nordisk formueret, vel fremstår atypisk og anderledes, hvis de anskues af en iagttager med baggrund i *civil law* eller *common law*, men at disse forskelligheder er rent retskildemæssige. Som reglerne foreligger, åbner de ikke i sig selv for en større grad af retsikkerhed end den, man vil finde i andre retssystemer, herunder på områder, hvor retten er i bevægelse.

## b. Hjemmel for undtagelser

På et andet punkt adskiller nordisk ret sig fra de retsordninger, man finder i både *common law*- og *civil law*-ordningerne: Domstolene har lejlighedsvis fundet grundlag for at fravige den retsstilling, der ellers måtte anses for fastslået, hvis særlige omstændigheder har gjort sig gældende.

Et *første* eksempel herpå fra dansk ret er den ”*forhandlergrundsætning*”, der fraviger den i øvrigt gældende faste hovedregel om vindikation, som har været i kraft siden Danske (og Norske) Lov, hvor den er udtrykt i artiklerne 6-17-5, 5-7-4 og 5-8-12. Ifølge denne fraviges hovedreglen om vindikation, hvis ejeren af en genstand uforsigtigt har overdraget genstanden til en anden part, som han må formode vil sælge den videre. Grundsætningen er gradvis udviklet gennem domstolenes praksis. I dag anses den som et uproblematisk element i dansk ejendomsret.

Et *andet* eksempel er danske domstoles retspraksis om objektivt erstatningsansvar uden lovhjemmel. Det er et fast princip i både dansk og anden nordisk erstatningsret, at erstatningspligt enten forudsætter *culpa* eller lovhjemmel. Alligevel har danske domstole valgt at indføre erstatningsansvar uden lovhjemmel inden for helt særlige områder, herunder navnlig ved skader forvoldt ved større bygge- og anlægsarbejder og ved svigt i maskiner, materialer og tekniske installationer. Ligeledes har domstolene gennem retspraksis udviklet et objektivt produktansvar, der på mange måder minder om det, der er indført ved EU's produktansvarsdirektiv (85/374/EØF).

Det er fast antaget i den erstatningsretlige litteratur,<sup>19</sup> at disse ulovbestemte objektive ansvarsformer indført gradvis og med vekslende begrundelser. De potentielle skadevoldere har dermed kunnet indrette sig på den nye retsstilling, bl.a. gennem forsikringstegning, ligesom forsikringssselskaberne

<sup>19</sup> Se senest *Andreas Bloch Ehlers*: Grundlæggende erstatningsret (2019), s. 126 ff., og *Bo von Eyben & Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret, 9. udg. (2019), s. 198 ff.

gradvis har kunnet indkalkulere risikoen i deres præmiefastsættelse. I dag nyder dette ansvar anerkendelse som en etableret del af dansk erstatningsret.

Et tredje eksempel, fra svensk ret, angår adgangen til at rejse krav mod tredjeparter for tab som følge af almindelig formueskade. Ifølge kapitel 2, anden § i den svenske *skadestandslag* (1972:207) skal ”Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott ... ersätta skadan”. Som dokumenteret af *Jan Kleineman*<sup>20</sup> har svensk retspraxis dog ofte bortset fra dette krav om lovhjemmel, der kan ses som en reminiscens af den nu forladte nordiske ”retsstridighedslære”. Disse fravigelser har fundet grundlag i passende analogier fra lovkravet på områder, hvor der i øvrigt antages at bestå et særligt pligtforhold.<sup>21</sup>

Der findes utvivlsomt talrige andre eksempler fra nordisk ret, hvor hovedregler gennem domstolenes praksis er blevet fraveget, fordi særlige grunde har gjort sig gældende. Disse undtagelser er udviklet gennem en afgørelsespraksis, der gradvis har bevæget sig frem, efterhånden som de konkrete retstilfælde har vist sig. Retsudviklingen kan dermed beskrives som erfaringsbaseret og evolutionær, helt i tråd med *Oliver Wendell Holmes*' ovenfor citerede ord fra 1881. Og den synes ikke at have ført til en retsusikkerhed, der er anset for problematisk.

Eksempler som disse viser, at domstolene lejlighedsvis fraviger hidtil gældende regler, når de konkrete omstændigheder i sagen taler for det. I det omfang disse fravigelser bliver stående som gældende ret, indebærer denne praksis imidlertid ingen retsusikkerhed, men derimod en regeludvikling. Selv om den tabende part i en sådan sag vil føle sig ramt, fordi denne praksisændring reelt indtræder med tilbagevirkende kraft, lever man med dette element af retsusikkerhed, uden hvilken retsudviklingen ville være frosset fast. I valget mellem ”pragmatisme” og ”formalisme” vælger man altså det første.

### c. Særlige skønselementer

Man kan endelig spørge, om netop tilstedeværelsen af de retsregler, der giver anledning til særlige skønsmæssige vurderinger, gør nordisk ret særligt pragmatisk.

<sup>20</sup> Se *Jan Kleineman*: ”Ren förmögenhetsskada, särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart” (1987), navnlig s. 40 ff.

<sup>21</sup> Illustrativ for denne udvikling i dansk ret er i øvrigt *U 2000.365 H*, hvor Højesteret fastslog betingelserne for at kunne rette direkte krav om erstatning for ikke-økonomisk skade for rådgiveres og pengeinstitutters medvirken til såkaldt selskabstømning.

Et eksempel herpå findes i den *loyalitetspligt*, der anerkendes i nordisk aftaleret, men som (efter et bevidst valg) er ukendt i *common law*. Det ligger ligeledes klart, at nordisk formueret gennem tiderne har udviklet talrige undtagelser, der med udgangspunkt i generalklausuler om fx urimelighed, god skik, ”*bona fides*”, ”lov og ærbarhed” mv. gør det muligt at modificere aftaleretlige forpligtelser, når særlige hensyn (fx ønsket om at undgå misbrug) gør sig gældende.

At man ikke i *common law* har truffet dette valg, skyldes ønsket om at motivere aftaleparter til *selv* at præcisere de pligter, som de underlægger sig ved aftale. Nordisk formueret har her valgt en anden retning, af grunde som måske kan forklares med de faktorer, som jeg vender tilbage til under 4.c. Dette valg har ført til en anden retskildeordning, men ikke til en her liggende særlig form for pragmatisme.

#### d. Sammenfatning

Sammenfattende er det vanskeligt at finde støtte for den antagelse, at nordisk formueret i særlig grad skulle efterlade retslivets aktører med en større *rets-usikkerhed* end den, der gælder i andre dele af verden, eller at nordiske retsanvendere i højere grad end andre skulle inddrage *pragmatiske faktorer* i deres retsanvendelse. Der findes næppe den formueretlige retsordning, der ikke rummer en eller flere betingelser, som efterlader retsanvenderen med et skøn, fx i fortolkningen af tvetydige lovbestemmelser og aftalevilkår. Sådan må det nødvendigvis være ved regulering af aftaler og transaktioner, hvis nærmere karakter regelgiveren ikke kender til, når det tilmed ligger klart, at udfaldet af den konkrete retsanvendelse vil bero på tilfældets omstændigheder.

Det ligger på den anden side klart, at nordisk formueret på en række områder har fundet frem til løsninger, der ikke tvinger retslivets aktører til at iagttage den formalisme, der kendes under andre retsordninger. Aftaleparterne i et *common law*-retssystem er i mange henseender tvunget til at agere meget formelt, fx ved at vedtage symbolske modydelser for at sikre krav om ”*consideration*” eller indskrive selv iøjnefaldende delaftaler, for at undgå indsigelser om, at de ikke har fundet vej til aftaledokumentets ”four corners”. Her kan aftaleparter i *civil law*-systemer og i nordisk ret i højere grad gå ud fra, at domstolene vil udfylde aftalerne (pragmatisk) ved at inddrage typeforudsætninger mv. Som eksemplet er denne konsekvens af de forskellige retsordninger dog i højere grad illustrativ for nogle særpræg ved *common law*-aftaleret end for nordisk aftaleret.

## 4. Betydningen af ”det nordiske” i nordisk formueret

### a. Geografien

Selv om hvert af de fem nordiske lande har sit retssystem, er det bemærkelsesværdigt, at de i vid udstrækning har valgt så ensartede løsninger i deres formueretsordninger, at der i mange henseender kan siges at bestå et retsfællesskab mellem dem, der minder om det, der består mellem forskellige stater tilhørende *common law*-familien. Forklaringen på dette fællesskab ligger i flere faktorer, hvoraf den geografiske placering umiddelbart springer mest i øjnene.

At et lands *geografi* påvirker dets kultur ligger klart, fordi retten skabes af mennesker i det samkvem mellem mennesker, der skaber sædvaner og retlig påvirkning mv. I formueretten får netop sædvaner mv. ofte stor betydning for retsudviklingen.<sup>22</sup>

Et blik på et kort over Nordeuropa kan dog hverken forklare nordisk samhørighed som noget eksklusivt. Hvor Danmark, som det eneste nordiske land, er forbundet med det kontinentale Europa, befinder Sverige og Norge sig på den Skandinaviske halvø. Finland har langt større landegrænser med Rusland end med Sverige. Og både Island, Færøerne og Grønland befinder sig så langt borte fra det øvrige Norden, at alene rejsetiden til søs vil vanskeliggøre den daglige fysiske kontakt, der normalt skaber grobund for sædvanedannelse. Skulle kontinenternes placering, vandvejenes forløb og de geologiske formationer være afgørende, kunne Danmark ligeså godt være påvirket af retsudviklingen i Tyskland (hvilket Norden da også er), Finland af det russiske og Island af det britiske.

En anden egenskab ligger ved, at de nordiske stater lejlighedsvis har været under samme statsledelse. Et groft overblik over de sidste 800 års historie (som illustreret ved figuren nedenfor) viser hvor forskellige statsforbund, de nordiske lande gennem tiderne har indgået med hinanden – i nogle tilfælde frivilligt, men ofte efter indbyrdes krige.

<sup>22</sup> Se herved *Mads Bryde Andersen*: ”Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret”, Trykt i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.): *Aftaleloven 100 år (2015)*, s. 64 ff.

Århundrede	De nordiske lande							
21	Danmark (EU)	Island	Færøerne	Grønland	Norge	Sverige (EU)	Åland (EU)	Finland (EU)
20	Danmark					Sverige	Åland	Finland
19	Danmark				Sverige-Norge		Storhertugdømmet Finland	
18	Danmark-Norge					Sverige		
17								
16								
15	Kalmarunionen							
14	Danmark	Norge			Sverige			
13								
12		Den islandske fristat	Norge					

Fordi Norden ikke siden Kalmarunionen har stået samlet, har nordisk ret dog aldrig udviklet sig som en enhed. Kun i de år, hvor *Danmark, Norge og Island*, henholdsvis *Sverige og Finland*, har været under samme krone (og dermed samme lovgiver), er både lovgivning og præjudikater udgået fra den enevældige kongemagt – men selv da med passende, lokale modifikationer. Da Danmark den 30. november 1918 anerkendte Island som en selvstændig stat i personalunion med Danmark, bekræftedes den nationale retsudvikling, som allerede forinden var under opbygning. Og selv i årene før 1814, hvor Norge opnåede selvstændighed fra Danmark, anerkendtes en lokal norsk retsdannelse. Dette kom bl.a. til udtryk gennem den særlige norske tilpasning i form af Christian V's *Norske Lov* af 15. april 1687.

Transportmulighederne påvirker betydningen af den geografiske placering. Historisk har søfarten spillet en væsentlig rolle for kulturpåvirkningen mellem de nordiske lande og for de udenrigspolitiske samarbejdsforhold. Siden vikingetiden har søvejen været det væsentligste bindeled til den store verden. De nordiske lande har altid været søfartsnationer, selv om Norden kun i begrænset omfang (nemlig med Bergen og på et tidspunkt Stockholm) indgik i det *Hansa*-forbund, der udviklede sig i det 13. og 14. århundrede. Helt frem til udviklingen af det moderne industrisamfund i 1900-tallet skete de største kulturpåvirkninger snarere via vandvejene. Det var også her, mange store militære konflikter udkæmpedes.

Den geografiske afstand har dog aldrig været afgørende for, hvor beslutningstagere (og jurister) mødtes. Uanset afstanden fandt man sin inspiration på *kontinentet*, navnlig ved de store tyske universiteter, og ikke i de nordiske



broderlande.<sup>23</sup> I 11-1200-tallet tog danske retslærde til Europas ældste, og stadig virksomme, universitet i *Bologna* for at studere jura. Det var først hen imod slutningen af 1800-tallet, hvor en række storpolitiske faktorer (i Danmark fx tabet af de sydlige besiddelser i 1864) gjorde det nærliggende at tænke nordisk og at gå i dialog med andre nordiske jurister på de nordiske modersmål.

*Ole Fenger*<sup>24</sup> har påpeget, at der slet ingen kontakt var mellem svenske, norske og danske jurister før 1850'erne. Selv om de første juridiske fakulteter så dagens lys i slutningen af 1400-tallet, hvor Danmark (og dermed også Norge) fik sit eget universitet, blev dette universitet ikke en *akademisk* ramme for fællesnordisk idéudveksling, formentlig fordi man – forståeligt – ikke kunne tilbyde de akademiske miljøer, der var opbygget sydpå. Finland fik i 1640 sit første universitet med Åbo Akademi, men uden hverken international eller nordisk slagkraft.

Hvor datidens store jurister havde fået deres teoretiske dannelse efter læn-gerevarende studieophold i udlandet, rejste *Ørsted* aldrig udenlands for at studere. Han nøjedes med at holde sig orienteret i den relevante litteratur.<sup>25</sup> Hans brug af anden argumentation i retsanvendelsen spillede en betydelig rolle for den naturretligt inspirerede formueret, der udviklede sig i 1800-tallet og frem mod begyndelsen af 1900-talet.

Fra midten af 1800-tallet gjorde *jernbanedriften* rejser inden for Norden og sydpå over kontinentet effektive. Hermed skabtes en tradition for løbende kontakt mellem de nordiske jurister. Det blev nu også praksis, at universitetsjurister blev udannet i Tyskland, Frankrig eller England. I takt hermed øgedes omfanget af den juridiske litteratur i Norden mærkbart. Juraen blev, som *Bjørne* beskriver det, professionaliseret.<sup>26</sup>

Denne udvikling skete i takt med, at de industrialiserede samfund modnedes, hvilket også medførte ændringer i statsdannelserne og samfundsforståelsen. Hvad der før var bystater, delstater og landområder, blev nu integreret i hele nationer. Det skete navnlig i *Tyskland* (der blev samlet i 1871) og *Italien* (der blev samlet året forinden).

<sup>23</sup> Se hertil *Bjørne* (1995), s. 10.

<sup>24</sup> Se *Ole Fenger: Romerret i Norden* (1977), s. 148. Se også *Bjørne*, bind I (1998), s. 9 f., der når til samme konklusion.

<sup>25</sup> Se *Tamm* (1976), s. 41, der anfører, at *Ørsteds* eneste udlandophold gik til et privat kursted med ægtefællen og fandt sted i foråret 1814.

<sup>26</sup> Se hertil *Bjørne* (1998), s. 1 ff. og 12 f.

I dag er alle forbundet via globale kommunikationsnet med fri adgang til dialog og informationssøgning i juridisk litteratur og dokumentation. Dermed befinder alle dele af verden sig i et eller andet naboskab til hinanden. Selv om vor tilstedeværelse i denne ”globale landsby” tilbyder uendelige påvirkningsfaktorer har globaliseringen næppe (endnu) påvirket vore hjemlige retstraditioner. Vi lærer megen ny *jura* i udlandet og henter megen inspiration i forretningsmodeller og aftaleløsninger fra udlandet. Men vore begreber og retskildeforståelse stammer fra vore hjemlandes retsordninger og vor nationale kultur.

## b. Sproget

Gennem tiderne har de nordiske lande – med undtagelse af dele af Finland samt reelt hele Grønland – først og fremmest kommunikeret med det ”norrøne” *sprog*, der frem til i dag ligger til grund for dansk, færøsk, islandsk, norsk og svensk. Selv om det i praksis opleves som stadigt vanskeligere for nordboer at forstå hinandens modersmål, skaber den fælles sproglige ramme et kulturelt familieskab, som uden tvivl virker samlende. Gør vi os umage, kan dansktalende godt forstå svensk og norsk – og omvendt. Vanskeligere ligger det med islandsk og færøsk.

At sproget virker som kulturbærer kan næppe bestrides, fordi sprogfærdigheder understøtter socialt, forretningsmæssigt og politisk samkvem. I dag hersker der fx en udbredt forståelse af, at nogle indvandreregrupper problemer med at integrere sig i værtslandets kultur kan forklares med den manglende beherskelse af dets sprog.

I et historisk perspektiv er det dog langt fra givet, at sproget har spillet en afgørende rolle for udviklingen af den fællesnordiske retstænkning. De retslærde har nemlig altid skullet benytte andre sprog end deres eget. Ved det danske hof talte man tysk helt frem til 1864, hvor Danmark tabte sine tyske landsdele. Kendskabet til tysk bidrog også til at gøre Tyskland til et nærliggende sted for udenlandsstudier. Og en stor del af den filosofiske og juridiske litteratur, der inspirerede 1700-tallets og 1800-tallets jurister var netop forfattet på tysk.

Hertil kommer, at latin fungerede som *lingua franca* for de retslærde. Den dag i dag indgår talrige latinske retsbegreber importeret i nordisk juridisk terminologi, fx *condictio indebiti*, *culpa*, *de lege ferenda*, *de lege lata*, *inter vivos*, *restitution*, *vis major* og mange andre. I dag har engelsk i nogen grad overtaget denne rolle. Navnlig i virksomhedshandler har engelske udtryk

som fx ”M&A” (mergers and acquisitions), corporate finance, disclosure og due diligence vundet indpas på en måde, der helt har fortrængt de tilsvarende danske begreber. Internationale dialoger mellem retslivets praktikere foregår i praksis altid på engelsk – tilmed ofte også i inter-nordiske sammenhænge. Næppe heller dette sprogvvalg har påvirket hverken retsopfattelser eller begrebsdannelse.

Ser man bort fra den særlige sproganvendelse, der udmøntes i den juridiske begrebsopbygning, har sproget betydning for retsudviklingen i to henseender. På et helt generelt plan (og altså også *uden for* formuerettens område) understøtter sproget for det første de politiske processer (i form af debatter og meningsudvekslinger), der fører til ny *lovgivning*. For det andet sætter sproget rammerne for en *retsanvendelse*, der jo forudsætter et ”retssprog”. I tillæg til denne anden faktor kommer det førnævnte forhold, at sproget understøtter det samkvem, der udvikler *sædvaner og typeforudsætninger* mv.

Begge disse faktorer har utvivlsomt haft betydning for udviklingen af de fællesnordiske lovsystemer, der så dagens lys fra slutningen af 1800-tallet og frem til efterkrigsårene. Som jeg har påpeget andetsteds<sup>27</sup> var den nordiske indsats bl.a. begrundet i ønsket om at effektivisere lovgivningsindsatsen: Skulle man give sig i kast med at kodificere formueretten, kunne man ligeså godt spare ressourcer ved at koordinere indsatsen. Denne holdning forklarer, at man jo langt fra opnåede en fuld harmonisering. Efter gennemførelsen af de nordiske aftalelove var der forskelle i både terminologi og indhold, landene i mellem.

### c. Sindelag og arbejdsmoral mv.

At et lands klima har betydning for dets kultur står næppe til diskussion. Som ramme for den daglige livsførelse sætter klimaet jo ofte rammerne for menneskets livsbetingelser og dermed for de daglige opgaver.

Allerede *Montesquieu* påpegede dette nære samspil i tredje del af sit hovedværk fra 1757 *De l'Esprit des Lois*.<sup>28</sup> Blandt sine mange iagttagelser om forskellige folkeslags særlige kulturtræk fremhævede *Montesquieu* bl.a. (s. 251), at de nordeuropæiske folk på Romerrigetets tid levede ”uden opdragelse og næsten uden love” – en pointe, som måske kan læses i samspil med hans

<sup>27</sup> Se *Mads Bryde Andersen*: ”Den almindelige aftaleret som lovgivningstema”, TfR 2019, s. 56, med henvisning til *Björne* (1998), s. 10 ff.

<sup>28</sup> *Charles Louis de Secondat de Montesquieu*: ”Om Lovenes Ånd”, oversat til dansk af Merete Klenow With og udgivet på Gads Forlag i 1998. Se denne udgivelses bind 1, s. 247 ff., navnlig 14. og 18. bog.

senere iagttagelse (s. 303) om, at landområder med ufrugtbar jord skaber et naturafhængigt folk, der fokuserer på sit arbejde, mens landområder, der svømmer i rigdom, frygter plyndring og hære.

I sin indledende karakteristik finder man blandt andet følgende beskrivelse (s. 250):

”Under de nordlige himmelstrøg vil man finde folkeslag som kun har få laster, dyder nok og megen oprigtighed og frimodighed. Gå længere sydpå, og man skulle tro at man fjerner sig fra selve dyden; de voldsomme lidenskaber mangedobler forbrydelserne, enhver forsøger i forhold til de andre at få alle de fordele som kan begunstige deres egne lidenskaber.”

De ”nordiske” folk, som her omtales, begrænser sig ikke til de folkeslag, som boede på de territorier, der i dag afgrænses af de fem nordiske lande. Karakterstikken omfatter også andre områder af Nordeuropa, herunder Tyskland, hvis etik og retsordning da også på mange måde stemmer overens med de nordiske. Disse folk var allerede beskrevet af den romerske historiker *Publicus Cornelius Tacitus* i bogen ”Germania” (færdiggjort år 109 efter vor tidsregning).

Det strenge klima har gennem tiderne tvunget nordboerne til hårdt arbejde og samarbejde: Vore boliger har skullet sikres mod lave temperaturer og stærk blæst. Den ikke altid frodige jord har skullet opdyrkes under krævende og skiftende klimaforhold. Nordisk litteratur tilbyder talrige beskrivelser af disse levevilkår, fx nobelpristageren *Knut Hamsuns* ”Markens grøde” (1917).

Det forekommer mig nærliggende at antage, at folkeslag, der må samarbejde for at sikre overlevelse, naturligt udvikler en loyalitetskultur og heraf følgende etik om at tage passende hensyn til hinanden. Dette samspil er velkendt i nordisk formueret med den aftaleretlige loyalitetslære og den udstrakte anvendelse af forudsætningstankegange og tillidsprincipper. *Boel Flodgren* med rette påpeget,<sup>29</sup> at disse tankegange rummer nogle grundlæggende fællestræk ved nordisk aftaleret.

Løser man et problem i fællesskab, kommer man umærkeligt til at tænke parallelt og dermed mere effektivt. Og kender man hinandens behov og ønsker, kan man indgå aftaler med få ord i tillid til, at modparten arbejder

<sup>29</sup> Se *Boel Flodgren*: ”Tillit i avtalsrätten – några intryck från senare svensk rättspraxis” i Henrik Udsen m.fl. (red.): Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018), s. 403 ff. (særligt s. 408 ff.).

hen imod samme mål som en selv ud fra ensartede forventninger. Klart er det i hvert fald, at enighed om aftalevilkår opnås lettere i dialoger med kulturfæller end i multikulturelle relationer.

På denne meget indirekte måde kan geografien og klimaet *muligvis* forklare visse grundtræk i nordisk formueretskultur. Klart er det i hvert fald, at den nordiske kultur rummer nogle komponenter, der kan få betydning for, hvordan man indgår aftaler med hinanden:

I statskundskaben måler man en faktor, der betegnes som *social tillid*. I sådanne undersøgelser scorer de nordiske lande generelt højt.<sup>30</sup> Vi regner med andre ord med, at andre optræder redeligt. Denne antagelse bekræftes ved, at de nordiske lande år efter år (sammen med New Zealand, Singapore og Schweiz) scorer højest, når den internationale organisation *Transparency International* offentliggør sit International Corruption Index.<sup>31</sup>

Denne hæderlighed kan også have sammenhæng med *velfærdsordningerne* i de nordiske lande. Uden et effektivt, ukorrumpert og på mange måder tillidsbaseret skattesystem, ville det ikke være muligt at opretholde disse ordninger. Den heraf følgende forståelse af, hvilke opgaver, der (med lovhjælp) varetages af det offentlige og hvilke, der (på grundlag af privat aftaleindgåelse og sædvanedannelse) reguleres privat, kan også have medvirket til at give den nordiske formueret sit særpræg.

#### **d. Sammenfatning**

Geografien alene har altså ikke haft den særlige betydning for udviklingen af de nordiske kulturer, som selve naboskabet ellers kunne give grund til at tro. Talrige andre faktorer har spillet ind med ligeså stor vægt. Inspirationen til at udvikle den fællesnordiske formueret er ikke kommet på tværs af de nordiske lande, men snarere ”på langs”, nemlig sydfra. Først via romerretten og den kanoniske ret. Siden via de inspirationskilder, der strømmed nordpå fra universitetsmiljøerne i syd. I denne udvikling har retsvidenskaben spillet en særlig rolle:

<sup>30</sup> Se herved *Ole Borre*: ”Social tillid i Danmark”. Tidsskriftet *Politica*, nr. 2 (2005), s. 133–149, *Peter Thisted Dinesen & Kim Mannemar Sønderskov*: ”Hvorfor stiger tilliden?”. Tidsskriftet *Politica*, nr. 1 (2012), s. 87–110, og *Gert Tinggaard Svendsen*: ”Tillid” (2012).

<sup>31</sup> Se senest <https://www.transparency.org/cpi2018>.

## 5. Retsvidenskabens rolle

Som sagt fremtræder nordisk formueret som blandingsprodukt med skiftende indslag af kodificeret lovgivning og uskrevne retsgrundsætninger. Denne struktur skyldes blandt andet den rolle, retsvidenskaben har spillet de sidste 200 år.

Teorien har altid haft (og har fortsat) en helt særlig opgave og et helt særligt ansvar på formuerettens område, fordi den primære hjemmel for obligationsretlige krav typisk foreligger i parternes løfter og aftaler mv. og i sædvaner og typeforudsætninger mv. I det omfang en retsordning bygger på *uskrevne grundsætninger* mv., påhviler det den juridiske teori at identificere og analysere de underliggende begreber og hensynsafvejninger. Teorien kan dermed få en væsentlig rolle som retningsgiver for, hvornår der kan være grundlag for at fravige de principielle løsninger, når særlige hensyn gør sig gældende. En sådan rolle har den fx spillet ved udviklingen af det ulovbestemte danske erstatningsansvar.<sup>32</sup>

Som bekendt skyldtes den *fællesnordiske lovgivning* et kreativt møde mellem dygtige og energiske formueretsprofessorer, bl.a. omkring De Nordiske Juristmøder, der tog deres begyndelse i 1872.<sup>33</sup> At dette harmoniseringsarbejde hørte op igen et halvt århundrede senere, skyldtes netop fraværet af tilsvarende skikkelser (idet forgængerne ikke havde sikret sig deres generati-onsskifte) i kombination med omvæltningerne i 1930'ernes og 1940'ernes Europa. Indsatsen med at fastholde og udvikle den fællesnordiske lovgivning blev i stedet lagt i hænderne på skiftende embedsmænd, der for det første ikke nødvendigvis besad samme personlige engagement, og som for det andet, i deres daglige arbejde ofte måtte prioritere sager med større politisk bevågenhed.

Det var altså hverken lovgiveren, domstolene eller universitetsmiljøerne, der *som sådanne*, var drivkræfter, men et antal retsvidenskabsmænd, der ydede deres bidrag – ofte ud fra meget forskellige forudsætninger, med meget forskellige begrundelser og i meget forskellige rammer.

<sup>32</sup> Denne tanke blev på et tidligt tidspunkt lagt frem af *Henry Ussing* i ”Skyld og skade” (1914), af *Jørgen Trolle* i ”Risiko og skyld i erstatningspraksis”, 2. udg. (1969), bl.a. s. 44 ff., og af *Henning Skovgaard* i ”Offentlige myndigheders erstatningsansvar” (1983), navnlig s. 224 ff.

<sup>33</sup> Se herved i det hele *Henrik Tamm*: *De nordiske juristmøder 1872–1972* (1972).

Mange af disse profiler påtog sig også roller som folkevalgte eller som ministre.<sup>34</sup> Tilsvarende profiler var fraværende i 1900-tallet. Den store danske formueretsjurist *Julius Lassen* (1847–1923) indtog ingen politiske roller, men var til gengæld stærkt engageret i det fællesnordiske lovarbejde. Det samme gælder hans ligeså navnkundige svenske professorkolleger *Tore Almén*.<sup>35</sup>

Universitetsfolkene påtog sig denne opgave som (med-)lovgivere i nogle år, der var præget af det *moderne gennembrud*, der fandt sted i løbet af 1800-tallet inden for andre fagområder, frembåret af den liberalisering af samfundene, der udviklede sig i disse år, og hvor relationerne mellem jurister fra forskellige kulturer forstærkedes.

Som led i kodifikationsindsatsen fik man lejlighed til på ny at overveje de spørgsmål, der havde givet anledning teoretisk debat i den formueretlige teori. Se bl.a. s. 75 ff. i det danske lovudkast, der knytter kommentarer til den bestemmelse, der senere fandt vej til § 32 i de fællesnordiske aftalelove. Navnlig udspandt der sig en intens diskussion mellem tilhængere af *viljes- og forventningsteoriene*, hvis delargumenter man kan genfinde i moralfilosofiens determinismediskussion. Ingen erklærer sig som kompromisløse tilhængere af hverken denne ene eller anden teori. De praktiske løsninger enedes man typisk om med argumenter bygget på konkrete retstilfælde. Tankevækkende er det i øvrigt, at man som nævnt s. 58 f. fravalgte en regulering af forudsætningslæren i den fællesnordiske aftalelov.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Hen imod slutningen af 1800-tallet spillede blandt andre *Johan Henrik Deuntzer* (1845–1918), *A. F. Krieger* (1817–1893) og *Johannes Nellemann* (1831–1906) både roller som professorer, ministre og folkevalgte. Nellemann virkede fx som justitsminister i Estrups provisorieregering fra 1875–1896. Disse mænd var, hvad *Bjørne* (2002), s. 18 f., med et udtryk fra Rune Slagstad betegner som ”*professorpolitikere*” – dvs. teoretikere, der også tog et politisk ansvar, enten som ministre eller folkevalgte. Se også *Bjørne* (1998), s. 22. Kun *Krieger*, der i 1855 udgav en bog om ”Den slesvigske Formueret”, kan henregnes til kredsen af formueretsprofessorer. Han var afgået ved døden, før købeloven og aftaleloven blev forberedt og bidrog derfor ikke til denne del af retsudviklingen. I Norge gjorde navnlig *Anton Martin Schweigaard* (1808–1870) og *Francis Hagerup* (1853–1921) sig gældende. *Hagerup* var formand for Høyre fra 1899–1902 og Norges statsminister i to omgange mellem 1895 og 1905, ligesom han var både justitsminister og finansminister. *Schweigaard* indtrådte aldrig i en regering, men som sad i Stortinget fra 1842–1869, hvor han blev regnet for en af sin tids mest indflydelsesrige politikere. Også senere skikkelser i nordisk formueret kan nævnes, herunder *Fredrik Stang* (1867–1941), der i en kort periode var folkevalgt og på et tidspunkt justitsminister.

<sup>35</sup> Se herved *Anders Knutsson* i SvJT 2019, s. 191 ff.

<sup>36</sup> Se herved s. 64 i det danske Udkast til Lov om Aftaler og Andre Retshandler på Formuerettens Område.

Efter afslutningen af 2. verdenskrig flyttede *retsvidenskaben* umærkeligt blikket fra *syd* (dvs. fra det Tyskland, der reelt havde været fødekæden for den nordiske retsenhed) mod *vest*<sup>37</sup> (dvs. med det primær fokus på Storbritannien og USA), selv om *common law*-ordningerne med deres helt anderledes struktur egentlig var dårligere egnet til at levere de svar, som tysk ret tidligere tilbød. Dette skift i fokus indtrådte i takt med, at interessen for tysk dalede mærkbart i efterkrigsårene. Derfor orienterede teoretisk interesserede jurister sig i mindre grad i tyske fremstillinger end før. Følgelig fik de synspunkter i nordisk formueret, der havde rod i retsprincipper fra tysk ret, ikke samme gennemslagskraft som tidligere.

I dag er engelsk reelt blevet hovedsproget for nordiske jurister, der arbejder internationalt. Relativt få læser og forstår tysk. Med engelsk som reelt fælles ”andetsprog”, træder også de nordiske sprog ofte i anden række. Og med den stigende specialisering samarbejder man oftere med ikke-nordiske end med nordiske kolleger. Disse forhold har begrænset den nordiske fællesskabsfølelse. Skal den holdes ved lige, kræves derfor en særlig indsats – ikke mindst fra universitetsmiljøerne. For selv om også nordboer kan have vanskeligt ved at forstå hinandens sprog i daglig tale, er de fleste skandinavisktalende jurister i stand til ubesværet at læse tekster på de øvrige skandinaviske sprog.

Ved siden af denne opgave står retsvidenskaben imidlertid med en anden, og nok så væsentlig opgave. Fordi stadig mere formueretlig lovgivning enten overlader betydelige skønsmålinger til domstolene eller indeholder komponenter, der som følge af et EU-retligt udspring ikke nødvendigvis harmonerer med hjemlig formueretlig tænkning, ligger der en stor opgave i at systematisere og analysere dette materiale. Denne opgave er ikke blevet mindre, efter at domstolene bl.a. som følge af lovgivningsmæssige valg, har fået en stigende betydning for retsudviklingen.

Nærmere herom i det følgende.

## 6. Lovgiverens rolle

Inden vi fik de fællesnordiske aftalelove var den væsentligste retskilde Danske og Norske Lov, der var vedtaget af den enevældige konge Christian V for henholdsvis Danmark (1683) og Norge (1687). Den *svenske* enevoldskonge, Karl XI nedsatte i 1680'erne den kommission, der senere – under frihedsti-

<sup>37</sup> Se om denne udvikling *Torsten Iversen* i Henrik Udsen m.fl. (red.): Festskrift til Mads Bryde Andersen (2018), s. 503 f.



den – førte til den svenske 1734-årslag. Disse lovsystemer blev aldrig udsat for lovrevisioner (bortset fra tilfælde, hvor enkelte bestemmelser blev ophævet), og før Ørsted blev de heller ikke genstand for selvstændige reflekterende kommentarer mv.

Derimod kom lovbestemmelserne heller ikke til at fastlåse retsudviklingen. På samme måde som tilfældet er med den på mange forældede fællesnordiske aftalelov, blev de stående som en fleksibel ramme, som retsanvendelsen kunne udfolde sig inden for.

I sit firebindsværk om *Den nordiska retsvidenskapsens historia* lader retshistorien Lars Björne perioden før 1815 være emnet for første bind om ”*Patrioter og institutionalister*”. At datidens jurister følte sig som ”*patrioter*”, hang sammen med deres grundlæggende tro på, at landets egen ret stemte bedst med naturretten.<sup>38</sup> At de også var ”*institutionalister*” skyldtes retskildegrundlaget, som i mangel af lovgivning og retspraksis navnlig byggede på romerretten, bl.a. i den såkaldte *pandektvidenskab*, der navnlig fandt udtryk i *Corpus Iuris Civilis*.<sup>39</sup>

Statsretligt var perioden før ca. 1815 præget af den *enevældige kongemagt*, der gennem næsten 200 år sad i Danmark og Sverige, for Danmarks vedkommende fra 1660.<sup>40</sup> Den dansk-norske konge havde uindskrænket regerings- og domsmagt frem til 1814 (for Norge) og 1849 (for Danmark). I Sverige og Finland virkede enevælden fra 1682 i forskellige variationer, men aldrig helt stabilt, frem til 1809.

Selv om *enevælden* var udemokratisk, skabte den rammerne for en embedsmandstradition, der sikrede juridisk dannelse. Den enevældige danske konge *præsiderede* i formel forstand i Højesteret, men i praksis fik højesteretsdommernes vota afgørende betydning i ”upolitiske” sager. Samme forskydning af magten fra kongen til embedsmændene gjorde sig gældende i administrationen og lovgivningsarbejdet. Dermed fik de embedsmænd, der rådgav kongen, stor betydning for retsudviklingen. Som anført af Alf Ross<sup>41</sup> har enevælden formentlig også haft betydning for udviklingen af den *retspo-*

<sup>38</sup> Björne (1995), s. 3.

<sup>39</sup> Se herved Björne (1995), s. 23 ff., og Thøger Nielsen: ”Studier over ældre dansk formueretspraksis” (1951), s. 16 ff.

<sup>40</sup> I Danmark havde Frederik III bekræftet sin enevældige magt med kongeloven af 1665, der ifølge Rasmus Glenthoj i Ola Mestad (red.): Frihetens forskole – professor Schlegel og Eidsvollsmennenes læretid i København (2013), s. 68, er det eneste eksempel på en enevældig grundlov i Europa.

<sup>41</sup> Se Alf Ross: Ret og Retfærdighed (1953), s. 126.

*sitivistiske* tradition, der har gjort sig gældende både på kontinentet og i de nordiske lande.

I takt med enevældens afskaffelse, den øgede liberalisering, demokratiseringen og udviklingen af det komplekse industrisamfund modnedes juraen. Det er netop i den danske enevældes sidste år, at Ørsted fik sin store betydning, jf. bemærkningerne herom på s. 54 ff. Den betydning fik han både i kraft af sit forfatterskab og af sit praktiske virke som administrator og lovgiver hos den enevældige kongemagt, og som dommer og retspolitikker. Og dette forløb indtrådte i takt med udviklingen af demokratiet.

I slutningen af 1800-tallet meldte spørgsmålet om en kodificering af formueretten sig i Norden efter tysk forbillede. Her havde emnet løbende været til debat op gennem 1800-tallet, startende i perioden efter Napoleonskrigene.<sup>42</sup> Tanken var nærliggende, fordi store dele af den formueretlige tænkning netop var importeret herfra, men modstanden var stor.

Som anført af *Tamm* (1976), s. 356 ff., havde allerede *Ørsted* været betænkelig ved en kodifikation af formueretten, i tråd med Danske Lov. Han frygtede, at en kodifikation netop ville fjerne retsanvendelsen fra den praktiske fornufts erfaringsmateriale.<sup>43</sup>

Men begivenhederne i andet halvdel af århundredet ændrede dette syn. Ved nederlaget mod Tyskland i 1864 mistede Danmark en tredjedel af sine landområder. I årene herefter genrejste nationen sig med imponerende kraft. Muligvis har også afståelsen af Norge et halvt århundrede forinden gjort sig gældende som en motiverende faktor i Danmark. Det forhold, at man allerede havde taget skridt til at kodificere på en række formueretlige områder, har sikkert også spillet ind.

Tanken om at gennemføre en samlet formueretlig kodifikation blev præsenteret af *Julius Lassen* i en festtale ved Københavns Universitets reformationsfest i 1899.<sup>44</sup> Lassen fandt, at der var brug for en ny "Danske Lov",

<sup>42</sup> Se hertil *Tamm* (1976), s. 344 ff., bl.a. med omtalen s. 350 f. af kodifikationsidéens udspring hos *Jeremy Bentham*.

<sup>43</sup> En tilsvarende bekymring var også udtryk af *Savigny* i den bog "Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", der med sit program for en ræsonnerende formueret baseret på de nedarvede grundbegreber også kan ses som grundlaget for "den historiske skole". Se hertil *Bjørne*, bind I (1998), s. 3, og *Tamm* (1976), s. 346 ff.

<sup>44</sup> Talen blev straks bragt i Berlingske Tidende – et tankevekkende udtryk for, hvilken almen interesse, der dengang herskede om formueretlige lovgivningsspørgsmål. Den er siden aftrykt i den af *Frantz Dahl* redigerede antologi "Jul. Lassen – Udvalgte Afhandlinger" (1924), s. 11 ff. Reaktionen på Lassens tale omtales af *Tamm* (2015), s. 28 ff., og af *Sverre Blandhol* (2015), s. 39 ff.

der ville skabe større sikkerhed i rets anvendelsen, navnlig på formuerettens område. Synspunktet vandt støtte i Sverige, hvorimod reaktionen i Norge var mere forbeholden.

I og for sig havde der jo intet været i vejen for så at indføre en civillovbog i Sverige og Danmark, men ikke i Norge. Men i en samtid, der tænkte meget ”nordisk” i formueretten, lå denne mulighed ikke lige for. Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt, at modstanden netop kom fra Norge, der få årtier forinden havde været en del af Danmark og dermed havde udviklet sin aftaleret efter danske traditioner. Men måske netop dette tilhørsforhold på et uerkendt plan har gjort sig gældende i det dengang unge kongerige.

De nordiske lande videreførte i stedet arbejdet med at gennemføre *enkeltlove* på områder, der hver for sig havde vundet politisk opbakning fra de relevante nationale *interesseorganisationer*.<sup>45</sup> Som jeg anfører andetsteds,<sup>46</sup> blev aftaleloven fx født af et ønske herom fra både handel, industri og retsvidenskab. En sådan støtte er let at mobilisere på specifikke områder, som let kan overskues. Den er noget sværere at mobilisere om et projekt, der er mere generelt og uoverskueligt – navnlig når teoriens støtte er splittet.

Denne historie viser, at den for en udenforstående kaotiske regelstruktur, som præger den fællesnordiske formueret – med enkelte retsområder kodificeret og andre og lignende henskudt til dommerskabsret – ikke er udslag af nogen bevidst retspolitisk linje om at overlade domstolene en særlig adgang til at træffe konkrete afgørelser. Rene tilfældigheder spillede ind, da idéen om at indføre en civillovbog blev opgivet i begyndelsen af 1900-tallet.

Tilsvarende tilfældigheder har gjort sig gældende, da man for 35 år siden opgav at videreføre den fællesnordiske køberet, fordi man i begyndelsen af 1980'erne ikke kunne samle enighed om en ny fællesnordisk købelov baseret på FN's købelovskonvention (CISG). Som man kan læse i *Inge Lorange Backers* rapport: Styrket nordisk lovsamarbejd – Muligheder og udfordringer, udarbejdet for Nordisk Ministerråd (24. januar 2018), betød denne beslutning, at det nordiske lovsamarbejde reelt gik i stå. Norden var i formueretlig henseende blevet delt, efter at Danmark som det eneste land var blevet EU-medlem og dermed kunne forventes at skulle implementere en særlig EU-lovgivning på området. Den umiddelbare interesse i at spare ressourcer gennem fælles anstrengelser, fordi vi i Norden har angrebet retlige problemstillinger nogenlunde *ensartet*, ansås ikke længere afgørende. Det fællesnordi-

<sup>45</sup> Se herved mine bemærkninger i TfR 2019, s. 57 f.

<sup>46</sup> Se herved mine bemærkninger i TfR 2019, s. 51 ff.

ske fodslag forsvandt, og Danmark blev som det eneste nordiske land stående med sin dengang fællesnordiske købelov fra 1905, eftersom der som bekendt aldrig kom en EU-købelov.

Sammenligner man nutidens retssystem med det, der forelå i 1800-tallet, træder en række markante forskelle frem:

I dag gennemføres *lovgivning* inden for en række vidt forskellige samskudsområder og i et langt højere tempo end tidligere. En del af denne lovgivning, navnlig inden for forbrugerområdet, tager sigte på aftaleforhold. Men med enkelte undtagelser – hvortil generalklausulen i aftalelovens § 36 indtager hovedrollen sammen med den konkurrence- og markedsføringsretlige lovgivning – er hele denne lovgivning speciel og sektorbestemt. I Danmark gælder det fx lejelovgivningen, funktionærlovgivningen og lovgivningen om benzinforhandleraftaler. En væsentlig del af den er dernæst gennemført i kraft af EU-initiativer. Det gælder fx lovgivning om handelsagenter, om timesthareaftaler og om forskellige typer af forbrugeraftaler.

Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt,<sup>47</sup> at denne vidtgående ændring af aftaleloven og aftalerechten gennemførtes uden det sagkyndige forarbejde, som der ellers havde været tradition for i nordisk formueret.

Ligeledes er det værd at bemærke, at lovgiveren gennem det seneste halve århundrede, navnlig på grundlag af EU-regler, har gennemført stadig flere generalklausuler med potentielt vidtrækkende betydning for aftaleparter. Det gælder ikke mindst inden for det konkurrenceretlige område og inden for forbrugerretten. At der som følge heraf i stigende grad kan opstå usikkerheder, må anskues som udtryk for et politisk valg med almene (navnlig EU-retlige) konsekvenser.

Med denne tendens er den del af retsudviklingen, der manifesterer sig i skreven lovgivning, reelt flyttet fra universiteterne til ministerierne. I en verden, hvor (også) formueretlige lovregler ses som potentielle handelshindringer eller retspolitiske beskyttelsesforanstaltninger, snarere end som handelsbegunstigende rammebetingelser, begrænses de nationale lovgiveres råderum tilmed, primært af EU-initiativer. De lovinitiativer, der opnår bærekraft, er ofte specialløsninger båret af organisationsinteresser og baseret på politiske kompromiser. Der er i mindre grad tale om juridisk grundregulering i alles interesse, der gerne skulle kunne holde i et hundredårs perspektiv.

<sup>47</sup> Som fremhævet af *Lennart Lyngge Andersen*: ”Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til rimelighedskontrol” (2018), navnlig s. 128 ff.

Dermed er obligationsrettens almindelige dele kommet under pres i alle de nordiske lande.

Hertil kommer, at retsvidenskabsmandens forventede rolle i lovgivningsprocesserne har ændret sig. I dag er stort set ingen universitetsjurister *politisk* aktive. Dette fravær af retsvidenskabelig kompetence i vore besluttende forsamlinger har dog næppe mærkbare skadevirkninger for den formueretlige retsudvikling, netop fordi formueretlige lovreformer i dag er en sjældenhed. Men nutidens formueretsfolk ser sig ikke naturligt som deltagere i de retspolitiske processer, der bringer ny formueretlig lovgivning til verden. Enkelte inviteres ind i de lovforberedende udvalg, der lejlighedsvis nedsættes for at forberede en sådan ny lovgivning eller som særskilte eksperter, der fremlægger tanker om en sådan lovgivning. Andre involverer sig lejlighedsvis i ”frivilligt arbejde” med henblik på at frembringe sådanne tanker.

Enkelte universitetsjurister melder sig lejlighedsvis med synspunkter i den retspolitiske debat, fx med kommentarer til konkrete lovinitiativer eller domspraksis eller med forslag til, hvordan lovgivningen kunne ændres.<sup>48</sup> Denne rolle er desværre sjælden, men ikke desto mindre væsentlig, ikke mindst i lyset af den begrænsede rolle, formueretten spiller i det politiske system og i de ansvarlige ministerier. En forklaring på dette fravær i retspolitiske debatter kan ligge i frygten for at blive anset for kontroversiel eller som part i en politisk stridighed. For jo stærkere man markerer et synspunkt, desto større er risikoen for, at man skaffer sig modstandere.

I de senere år har man set flere eksempler på, at formueretsjurister fra universiteterne i forskellige lande indgår i *retspolitiske* projekter for i fællesskab at præsentere den uskrevne formuerets almindelige og specielle dele til brug for et internationalt publikum. Et væsentlig eksempel herpå er den omfattende *Draft Common Frame of Reference*, som en ”Study Group on a European Civil Code udsendte” sammensat af formueretsjurister fra hele Europa udsendte i 2009. I samme forbindelse er det værd at på ny omtale det *Restatement of Nordic Contract Law* som en nordisk kreds af formueretsjurister udsendte i 2016. Initiativer som disse kan være med til at samle de formueretlige traditioner, ikke blot i Norden men også uden for.

<sup>48</sup> Et eksempel herpå er det forslag, som daværende formueretsprofessor og senere højesteretsdommer *Jørgen Nørgaard* fremsatte i U 1992B, s. 105 ff., om at ændre § 36 i den danske aftalelov, således at denne bestemmelse også gav ændring til at ændre urimelige aftaler. Forslaget førte til den lovændring, der fandt sted i 1994, jf. lovbemærkningerne i Folketingstidende 1994/95, tillæg A, sp. 337 f., der henviser til Nørgaards artikel.

## 7. Domstolenes rolle

Som påpeget af *Björne*,<sup>49</sup> havde det betydning for retsudviklingen i 1800-tallet, at man i begyndelsen af 1800-tallet fik adgang til *trykt retspraksis*. Inden da blev domme sjældent offentliggjort. Den nye indsigt i retsanvendelsens praktiske problemer, som bl.a. *Ørsted* var eksponent for, blev muliggjort via *tidsskifter og domssamlinger*, der ikke alene fremlagde retsvæsenets svar på tidens aktuelle tvister, men som også gav rum for debatter mellem både praktikere og teoretikere.<sup>50</sup>

Fordi dommene ingen begrundelser angav, var deres retskildeværdi dog begrænset i de tidlige år. Først efter at lov af 8. marts 1856 pålagde Højesteret at ledsage sine domme med præmisser, opnåede denne væsentlige retskilde sin slagkraft, og med udgivelsen af Højesteretstidende i 1857 året efter (hvor dommene ofte var forsynet med en forklarende note) forandredes selve grundlaget for den retsvidenskabelige virksomhed. Efter endnu en lovændring, nr. 112 af 7. april 1937 blev Højesteret pålagt også at offentliggøre dissenser.

Domstolenes rolle for den formueretlige retsudvikling er vokset gennem de forløbne 150 år. I dag er domsmaterialet enormt, og det er via digitale søgeværktøjer gjort let tilgængeligt for både forskere og praktikere. Betydningen af domspraksis er i øvrigt steget i takt med, at lovgivningen har givet domstolene stadig flere skønsbeføjelser, enten ved ganske enkelt at undlade lovregulering eller ved i loven at indføre generalklausuler. I praksis er domstolene derfor i dag den primære retskildeleverandør på formuerettens område, hvor det uden for områder for præceptiv regulering forekommer forholdsvis sjældent, at den formueretlige lovgivning sætter rammerne for gældende ret. I hvert fald hører det nærmest til undtagelsen, at danske domstole i deres præmisser henviser til specifikke formueretlige regler, fx i købeloven og aftaleloven.

Navnlig de nordiske højesteretter vedkender sig denne rolle, efter at deres status – populært sagt – er ændret fra at være appeldomstole til præjudikatdomstole. Dette skift er bl.a. udtrykt af den forhenværende præsident for den danske Højesteret, *Børge Dahl*.<sup>51</sup> Med den stigende betydning for retsudviklingen følger også stigende temaer for debat og kritik. Den svenske

<sup>49</sup> Se *Björne* (1998), s. 311 ff.

<sup>50</sup> Se også min artikel i U 2017B, s. 1 ff.

<sup>51</sup> Se *Børge Dahl* i Børge Dahl m.fl. (red.): Festskrift til Jens Peter Christensen (2016), s. 619 ff.

Högsta domstolens praksis på formuerettens område, har således allerede givet anledning til debat i svensk juridisk teori.<sup>52</sup>

Der er ingen tvivl om, at retsvidenskaben har en væsentlig rolle at spille for retsudviklingen ved domstolene. Flere medlemmer af den danske Højesteret har ved forskellige lejligheder fremhævet den inspirationskilde, som den juridiske litteratur kan være i rettens voteringer.<sup>53</sup> Tilsvarende må det antages, at også en etableret retspraksis fra landets øverste domstol, der pr. definition fastslår gældende ret, kan være genstand for en relevant juridisk analyse, der ud fra tilsvarende hensynsafvejninger leder frem mod forslag om at ændre retsgrundlaget. Det giver i den forbindelse anledning til inspiration, at vore øverste domstole lejlighedsvis selv er parate til at revurdere forholdsvist nylygt afsagte domme.<sup>54</sup>

## 8. Afrunding

Redegørelsen ovenfor har forsøgt at tegne et billede af, hvordan formueretten i de nordiske lande har udviklet sig gennem de seneste 200 år, strukturelt, i sin retskildeanvendelse og med et blik på udvalgte retsområder.

Det er velkendt, at formueretten i de nordiske lande har udviklet sig parallelt med den følge, at vi i dag står med fem retsordninger, der hver for sig udgør særskilte retssystemer, men med en række retskildemæssige lighedspunkter, en nogenlunde ensartet begrebsanvendelse og med en udstrakt enighed om grundlæggende værdier. Redegørelsen har vist, at disse lighedspunkter kun i beskedent omfang har sammenhæng med de ydre faktiske og historiske faktorer, der har gjort sig gældende i Norden. De faktorer, der

<sup>52</sup> Se herved *Bertil Bengtssons* kritiske bemærkninger i *Juridisk Tidskrift* 2012-13, s. 743, og i *SvJT* 2014, s. 432, *Christina Ramberg*: "Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten" (2017), navnlig s. 78 ff., om "Risken för Maktmissbruk", og *Lars Heuman*: "Metoder för rättstillämpning och lagtolkning – Generaliseringer, logik och argumentation" (2018), navnlig s. 414 ff.

<sup>53</sup> Se herved *Jan Schans Christensen* i *Børge Dahl m.fl.*: *Festskrift til Jens Peter Christensen* (2016), s. 754, og *Jens Peter Christensen* i *U* 2017B, s. 313, der navnlig fremhæver værdien af de argumenter, der udvikles i teorien.

<sup>54</sup> Se fx *U* 2018.651 H, der med en bemærkning om, at sagens indstævnte og landsretten i den indankede kendelse "med rette havde udlagt Højesterets kendelse i *U* 2014.462 HK anderledes og under hensyn til den forudsigelighed om den gældende retstilstand, der bør gælde i et retssamfund" undlod at ophæve et fogedforbud under henvisning til, at forbuddet ikke var nedlagt mod rette adressat. Afgørelsen er kommenteret af *Trine Baumbach* i *U* 2018B, s. 36 ff.

markant ændrede den nordiske formueret og gav den sine fælles træk, tog fart i slutningen af 1800-tallet og skyldtes i vid udstrækning tilfældigheder.

Til denne kreds af tilfældigheder kan nok henregnes det forhold, at der i slutningen af 1800-tallet viste sig en *politisk vilje* til at lovgive nordisk, og at der fandtes et antal passionerede *universitetsfolk*, der engagerede sig i dette arbejde – med relevant støtte fra de hjemlige interesseorganisationer og politiske systemer.

Antallet af formueretlige universitetsjurister udgør i dag kun en beskedent del af det samlede antal universitetsjurister i Norden. Tilkomsten af en række nye specialdiscipliner har således ført til lærestole i talrige nye og specialområder, der ofte har levet deres eget liv uafhængigt af eksisterende, klassiske discipliner. Og trods den udstrakte retsenhed i Norden, er det en kendsgerning, at kun få af disse formueretsjurister involverer sig i fællesnordisk arbejde.

Derfor kan vi ikke skrue tiden tilbage til perioden i slutningen af 1800-tallet, hvor mange toneangivende universitetsfolk også var politisk aktive, hvor de lejlighedsvis benyttede deres politiske magt til også at reformere den formueretlige lovgivning, og hvor justitsministerierne endnu ikke havde opbygget ressortkompetence af betydning. I dag forventes nordiske retsvidenskabsfolk end ikke at deltage i lovforberedende arbejde. Nyere retsvidenskab er mere situationsbaseret og mindre systematisk.

Skal den nordiske formueretstænkning udvikle sig i nutidens globale verden, påhviler der de nordiske formueretsjurister en særlig opgave, ikke blot som undervisere og teoretikere, men også som leverandører af de ”retspolitiske” inspirationskilder, der fører til nye retsopfattelser, ny retspraksis og – når dette undtagelsesvis er tilfældet – ny lovgivning.

## Litteratur

Mads Bryde Andersen: ”Grundlæggende aftaleret”, 4. udg. (2013).

Mads Bryde Andersen: ”Den almindelige aftaleret som lovgivningstema”, TfR 2019, s. 51 ff.

Lars Björne: ”Patrioter och Instrumentalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia Del I. Tiden före år 1815” (1998).

Lars Björne: ”Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia Del II. 1815–1870” (1998).

Lars Björne: ”Den Konstruktiva Riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia Del III 1871–1910” (2002).



- Lars Björne: "Realism och skandinavisk realism. Den nordiska rättsvetenskapens historia Del IV 1911" (1998).
- Sverre Blandhol: "Bedre stykkevis og delt, enn fullt og helt? Avtalelovene og den nordiske rettspragmatisme". Trykt i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.): *Aftaleloven 100 år*. Djøfs Forlag (2015), s. 37 ff.
- Sverre Blandhol: "De beste grunner. Reelle hensyn i juridisk argumentasjon". Gyldendal Juridisk (2013).
- Sverre Blandhol: "Nordisk Rettspragmatisme. Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode". Djøf Publishing Copenhagen, (2005).
- Jørgen Dalberg-Larsen: "Pragmatisk retsteori". Djøfs Forlag (2001).
- Jens Evald: "Ragnar Knoph. En juridisk biografi". Djøfs Forlag (2003).
- Jens Evald & Sten Schaumburg-Müller: "Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære". Djøfs Forlag (2004).
- Ole Fenger: "Romerret i Norden". Berlingske Leksikonbibliotek (1977).
- William James: "Pragmatism" (1907), optrykt i bogen "Pragmatism – A New Name for Some Old Ways of Thinking Together with Four Selected Essays from The Meaning of Truth". Longmans, Green & Co., New York, London, Toronto (1909, genoptrykt i 1959).
- Ole Lando et al. (editors): "Restatement of Nordic Contract Law", Djøf Publishing (2016).
- Ola Mestad (red.): "Frihetens forskole – professor Schlegel og Eidsvollsmennenes læretid i København". Oslo (2013).
- Ditlev Tamm: "De nordiske aftalelove – mellem "megaloman chauvinisme" og til nordisk pragmatisme". Trykt i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.): *Aftaleloven 100 år*. Djøfs Forlag (2015), s. 17 ff.
- Ditlev Tamm: "Fra Lovkyndighed" til "retsvidenskab". Djøfs Forlag (1977).
- Ditlev Tamm: "Retsvidenskaben i Danmark". Djøfs Forlag (1992).

