

Europeisering av nordisk tingsrett?

KÅRE LILLEHOLT*

1. Nordisk tingsrett og Europa

I denne artikkelen skal vi sjå litt nærare på kor stor avstanden er mellom dei nordiske reglane om overgang av rett til lausøyreting og dei tilsvarende reglane i kontinental europeisk rett. Dei kontinentale reglane skal få vera representerte gjennom den sams referanseramma for europeisk privatrett (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR), som byggjer på terminologi og systematikk som i hovudsak svarar til den vi finn på kontinentet.¹ Kva ville konsekvensane blir av ei gjennomføring av reglane i DCFR? Vi skal sjå at avstanden til nordisk rett kanskje ikkje er så stor som vi somtid kan få inntrykk av.

Arbeidet med DCFR har ført til eit nytt ordskifte om den nordiske tingsretten (*sakrätten*). Diskusjonane var friske i *Study Group on a European Civil Code* (som førebudde dei aktuelle delane av DCFR) og kanskje litt meir uhøgtidlege og respektklause enn alle sette pris på.² Vi har dessutan fått doktoravhandlingar, studentavhandlingar, bokkapittel og ei mengd med artiklar om emnet, og da spesielt om spørsmåla kring rettsovergangen for lausøyreting.³

* Professor vid Institutt for privatrett vid Universitetet i Oslo.

¹ Sjå nokre merknader om dette i Göran Millqvist, *Sakrättens grunder. En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 7. utg., Stockholm 2015 s. 25–35.

² Sjå til dømes Wolfgang Faber og Brigitta Lurger (red.), *National reports on the transfer of movables in Europe. Volume 5: Sweden, Norway and Denmark, Finland, Spain*, Munich 2011 s. 17–18 note 41 (Martin Lilja), som viser til utsegner frå ein anonym «Austrian member» av Study Group. Kanskje har nordiske juristar litt lettare for å «driva med det heliga» (Albert Engström)?

³ Eit lite utval skal nemnast her: Johan Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen. Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism*, Stockholm 2013 (doktoravhandling); Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 (doktoravhandling); Jo Ørjasæter, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragment», *Marius*, bd. 448, 2015 (masteravhandling); Wolfgang Faber, «Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective», i *Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, (red. Wolfgang Faber og Brigitta Lurger), Munich 2008 s. 97–122; Claes Martinson, «Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom», *Svensk Juristtidning*, bd. 93, 2008 s. 668–687; Claes Martinson, «How Swedish Lawyers Think About 'Ownership' and 'Transfer of Ownership' – Are we Just Peculiar or Actually Ahead?», i *Rules for the Transfer*

DCFR er resultatet av eit samarbeid mellom juristar frå dei fleste landa i Europa, dei nordiske landa medrekna (med eit unntak for Island). Tanken var å formulere modellreglar som kan vera akseptable på tvers av landegrensene. Samtidig er modellreglane nettopp ei referanseramme som gjer det enklare å drøfte og samanlikne dei nasjonale reglane. Det er ikkje tale om ein «kjerne» (*common core*) av europeisk rett eller ei form for *restatement* etter amerikansk mønster. Tingsretten er inkludert i form av reglar om overføring av eigedomsrett til lausøyreting og dessutan reglar om etablering av sikringsrettar i lausøyre og reglar om overføring av krav på yting.

Ei harmonisering av tingsretten på EU-nivå får vi neppe med det første. Kommisjonen tok fatt i kontrakts- og obligasjonsrettsdelen av DCFR og fekk utarbeidd ein kortversjon som utkast til ei forordning om sams europeisk kjøpsrett.⁴ Utkastet møtte sterk motstand frå nokre av medlemslanda og vart skrinlagt. I dag er det i EU stort sett tale om flikking på forbrukarkjøpsreglane og dessutan ei regulering av kontraktar om digitalt innhald.⁵ I nokon grad har direktivet om finansiell trygdgjeving ført til harmonisering av reglane i EØS-området,⁶ og for EU-landa får insolvensforordninga indirekte verknader for tingsretten.⁷ Nyleg har vi fått eit utkast til forordning om lovvalet med tanke på tredjepartsverknader av overføring av krav.⁸ Med vidare internasjonal rekkjeyidd har vi fått harmonisering av sikringsrettar gjennom Cape Town-konvensjonen.⁹ Ei meir generell harmonisering må vi etter alt å dømme vente lenge på. Likevel kan det vera verdt å ta DCFR som eit utgangspunkt når vi samanliknar med nordisk rett.

Modellreglane i DCFR om overgang av rett til lausøyreting byggjer på det som gjerne blir omtala som ei einskapleg tilnærming (*unitary approach*) til overgang av eigedomsretten: Alle element av eigedomsretten går over samla og samtidig, mellom partane og i forholdet til tredjepartar. I dei nordiske landa har vi lenge hatt dels ei «relasjonell» tilnærming (overgangen kan få verknad til ulike tidspunkt overfor ulike grupper av tredjepartar), dels ei «funksjonell» tilnærming (ikkje alle element av retten til tingen treng gå over samla og på same tidspunkt mellom avhendar og ervervar). Ofte – og mellom anna i kommentarane til DCFR – blir den relasjonelle og den

of Movable. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, (red. Wolfgang Faber og Brigitta Lurger), Munich 2008 s. 69–95; Kåre Lilleholt, «Ownership of Goods in the Draft Common Frame of Reference», i *Festskrift till Torgny Håstad*, (red. Göran Lambertz, Stefan Lindskog, og Mikael Möller), Uppsala 2011 s. 447–454.

⁴ KOM(2011) 635 endeleg.

⁵ Sjå seinast KOM(2017) 637 endeleg og KOM(2015) 634 endeleg.

⁶ Direktiv 2002/47/EC.

⁷ Forordning 2015/848.

⁸ KOM(2018) 96 final.

⁹ Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town 2001).

funksjonelle tilnærminga omtala under eitt med stikkordet «funksjonell» (*functional approach*).¹⁰

Dei nordiske synsmåtane utvikla seg frå slutten av 1800-talet. Særleg viktig var Carl Torps bidrag til den relasjonelle tilnærminga: «Der kan og bør ikke opstilles en almindelig Regel om, hvad der kræves til Stiftelse af Ejendomsret, altsaa til Opnaaelse af fuld Retsbeskyttelse i de forskellige Tilfælde af Retskollision.» Avtalen skapte vern overfor avhendarens kreditorar, meinte Torp, medan fråtaking av innehaving gav vern overfor omsetningservvervarar.¹¹ Frederik Vinding Kruse opponerte mot skiljet mellom ein «obligatorisk» kjøpskontrakt og ein «tingleg» overdragingsrettshandel og meir generelt mot eit systematisk skilje mellom tinglege og obligatoriske rettar.¹² I tillegg kom så påpeikinga av at eigedomsretten – som andre subjektive rettar – berre er summen av dei rettslege posisjonane eigaren har, og dermed berre eit framstillingsteknisk hjelpemiddel som knytter saman vilkår og følgjer.¹³ Dermed kunne ein ikkje vita om alle «funksjonane» til kvar tid var på same hand. «Uppenbarligen bör... förfaras så, att de olika konkreta spörsmålen om köparens och säljarens befogenheter vid skilda stadier av mellanhavandet först undersökas och problemet om äganderättens övergång därmed sönderdelas i dess elementer.»¹⁴ Detaljane går vi ikkje inn på her,¹⁵ men vi kjem tilbake til nokre sider av dette nedanfor.

¹⁰ Sjå til ordbruken Christian von Bar og Eric Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Munich 2009 s. 4379–4382 og til dømes Wolfgang Faber, «Functional method of comparative law and argumentation analysis in the field of transfers of movables: Can they contribute to each other?», *European Property Law Journal*, bd. 2, 2013 s. 22–53.

¹¹ *Forhandlingerne paa det tiende nordiske Juristmøde i Kjøbenhavn den 27de, 28de og 29de august 1902*, Kjøbenhavn 1902 s. 140–141, jf. vedlegg VI.

¹² Frederik Vinding Kruse, «Ejendomsrettens Overgang», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1924 s. 315–436, særleg 323–334 og s. 340–368.

¹³ Sjå først og fremst Alf Ross, *Ejendomsret og ejendomsövergang. Med særligt henblik paa dansk retspraksis*, København 1935 s. 12–14; Alf Ross, «Tû-Tû», i *Festskrift til professor dr. juris Henry Ussing 5. mai 1951*, (red. O.A. Borum og Knud Illum), København 1951 s. 468–484; Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, København 1953 [1971] s. 206–211.

¹⁴ Östen Undén, *Svensk sakrätt. I. Lös egendom*, Lund 1927 s. 145.

¹⁵ Sjå oppsummerande Sjur Brækhus, *Omsetningskollisjoner. Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 s. 3–24. Sjå elles Lars Björne, *Realism och skandinavisk realism. Den skandinaviska rättsvetenskapens historia. Del IV. 1911–1950*, Stockholm 2007 s. 469–495.

2. Modellreglane om overgang av eigedomsrett samanlikna med nordisk rett

2.1 Hovuddrag av reguleringa i DCFR

I DCFR finn vi reglane om *acquisition and loss of ownership of goods* i åttande boka. Reguleringa omfattar avleidde (derivative) erverv av rett til lausøyreting, reglar om ekstinktive godtruerverv og reglar om hevd av rett til lausøyreting. Dessutan er det reglar om rettsendring på grunn av bearbeiding, samanføring og samanblanding og ei omfattande regulering av det statiske vernet av rettar til og innehaving av lausøyreting.

Vilkår for overgang av eigedomsrett er at tingen finst og kan overførast, at avhendaren har rett til å overføre tingen og ervervaren krav på overføring, at den avtala tida for eigedomsovergang er komen, eller – der partane ikkje har avtala noko om tida for eigedomsovergang – at tingen er levert (VIII.–2:101).

Hovudregelen er at eigedomsretten går over på same tidspunkt partane imellom og overfor tredjepersonar, og litt indirekte går det fram at alle element av retten går over samla, så langt avhendarens rett til å overføre rekk (VIII.–2:201). Nokre avvik frå dette utgangspunktet er det, som vi skal sjå. Tanken er å gjennomføre ei einenskapleg tilnærming, i motsetnad til den nordiske «funksjonelle» tilnærminga.¹⁶

2.2 Rettsovergangen mellom avhendar og ervervar

Etter modellreglane er altså hovudregelen at alle element i eigarens rett til tingen går over frå avhendar til ervervar samla og på same tidspunkt (på eit avtala tidspunkt og elles ved levering). Definisjonen av eigedomsretten svarar til den som er vanleg både i nordiske land og andre land, sjå definisjonen i VIII.–1:202:

«'Ownership' is the most comprehensive right a person, the 'owner', can have over property, including the exclusive right, so far as consistent with applicable laws or rights granted by the owner, to use, enjoy, modify, destroy, dispose of and recover the property.»

Ein slik definisjon står ikkje i motstrid med synspunktet om at eigedomsretten berre er summen av dei elementa eigarposisjonen er samansett av (sjå ved note 13). Skilnaden frå nordisk rett ligg i hovudregelen om samla overgang.

¹⁶ von Bar og Clive (red.), *DCFR Full Edition* s. 4379, jf. 4427–4429.

Kritikk har vore reist mot framstillinga av retten som eit koplingsord, som ei framstillingsteknisk samanknytning mellom vilkåra for å bli eigar og verknadene av å vera eigar,¹⁷ men ei slik forståing står ikkje i motsetnad til ei einskapleg tilnærming til innhaldet av eigarens rettslege posisjon. Vi kan tvert imot seie at innfallsvinkelen koplingsord kan føre til at vi blir *for* einskaplege i tankegangen: Det er ikkje utan vidare sikkert at verknadene av å bli rettshavar alltid er dei same. Vi kan minnst Folke Schmidts skepsis overfor tanken om at leidningane ut frå – den no nostalgiske – telefonsentralen er gjevne på førehand, og rettsverknadene dermed klårgjorde.¹⁸

Også etter nordisk rett kan eigaren typisk råde fysisk og rettsleg over tingen, det er eigaren som har krav mot den som med urette bruker eller fjernar tingen eller skadar tingen, og det er eigaren som har krav på skadebot frå skadevaldarar, eventuelt forsikringsselskap, og vederlag frå ein ekspropriant – for å nemne dei kanskje viktigaste elementa. Synspunktet er at ikkje alle desse rettslege posisjonane – elementa av eigedomsretten – *nødvendigvis* er samla på same hand. Partane kan regulere spørsmålet. Partane kan til dømes vera samde om at ervervaren kan bruke tingen på eit tidspunkt der han enno ikkje har rett til å disponere rettsleg over tingen. Kven som har retten til ei forsikringsutbetaling på eit gjeve tidspunkt, er avhengig av kontrakten, eventuelt av forsikringsvilkår eller lovgjeving. Typisk ønskjer partane at alle elementa av eigedomsretten *til slutt* skal liggje hos ervervaren, men det kan vera ein overgangsperiode, kort eller lang.

Når vi da samtidig ser det slik at eigedomsretten ikkje er noko anna eller meir enn summen av slike element som no er nemnde, blir konklusjonen at vi anten 1) ikkje treng fastsetje eit særskilt punkt for overgang av eigedomsretten, eller vi må 2) bestemme oss for å kalle ervervaren for eigar når eitt eller fleire bestemte element av retten er hamna på hans hand, eventuelt eit tidspunkt fastsett på anna vis.¹⁹ Den første varianten – at vi avstår frå å fastsetje eit bestemt skjeringspunkt – har dominert den nordiske rettsteorien i lange tider. Modellreglane legg altså til grunn den andre varianten.

Den praktiske skilnaden mellom modellreglane og den nordiske tilnærminga blir ikkje så stor. Ofte skjer levering omtrent samtidig med inngåing av kjøpekontrakten, utan at noko element av eigarposisjonen blir liggjande hos avhendaren. For dei store kjøpa finn vi gjerne detaljerte kontraktsvilkår om levering og for eksempel forsikring. Vil partane ha særlege ordningar med bruksrett eller fordeling av inntekter og kostnader, står dei fritt til å avtala det. Heller ikkje etter modellreglane skal overgang av eigedoms-

¹⁷ Sjå særleg Baldersheim, *Til tingsrettens teori* s. 65–89.

¹⁸ *Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtio års jubileum 1957*, Stockholm 1957 s. 206–207 (Folke Schmidt); referansen er inspirert av Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 1. utg., Oslo 1976 s. 166.

¹⁹ Sjå til dette særleg Brækhus, *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 5–10.

retten påverke risikoovergang, retten til å halde tilbake tingen, fordelinga av avkasting og utgifter eller «a right to use or an obligation not use or otherwise deal with the goods» (VIII.–2:201 andre ledd). Med andre ord blir det også her i all hovudsak eit teoretisk spørsmål om eigedomsretten er gått over eller ikkje.

Den funksjonelle tilnærminga vart av nokre forfattarar i stridens hete stilt opp mot ei «substansiell» tilnærming:

«... Dersom det sproglige uttrykk fører til, at man ræsonnerer som om 'rettigheden selv' er noget fra dens 'virkninger' forskelligt, foreligger et typisk eksempel på det man i logikken kalder en *hypostase*, dvs. det tankeskema, hvorefter man 'ved siden af' eller 'bagved' visse funktionelle sammenhæng indtænker en ny realitet eller substans som 'bærer' af eller årsag til disse sammenhæng. Muligvis har denne sprogets magt over tanken sin rod i en tradition, der fører tilbage til primitive magiske forestillinger.»²⁰

For desse forfattarane var «substansiell» neppe eit honnørord; det var nok heller tale om bitande sarkasme. Paradoksalt nok kan vi i dag finne «substansiell» som ei nøytral (og kanskje til og med føretrekt) nemning for den kontinentale einskaplege tilnærminga.²¹ Våre kontinentale kollegaer vil neppe gå med på at dei opererer med «substansielle» omgrep.

2.3 Rettsovergang og vern overfor kreditorar

Overgangen av eigedomsrett skal etter modellreglane ha verknad overfor tredjepersonar (VIII.–2:201 første ledd), likevel med unntak for omstøytingsreglar i insolvenstilfelle og reglar om skadebotkrav mot nokon som skadar tingen (tredje ledd i same artikkelen). At overgangen av eigedomsretten skal ha verknad for ervervarens vern overfor avhendarens kreditorar, går fram med reine ord av kommentarane til reglane.²²

I dansk og finsk rett er regelen at ervervaren har vern mot avhendarens kreditorar alt frå kontraktsinngåinga, så sant tingen er individualisert.²³ Samanliknar vi med modellreglane, ser vi at partane her lett kan oppnå same løysing, men da må dei koma i hug å avtala særskilt at vernet oppstår ved kontraktsinngåinga (eventuelt avtala at «eigedomsretten» går over på dette tidspunktet). I motsett fall er ikkje ervervaren verna før ved levering.

²⁰ Ross, *Om ret og retfærdighed* s. 215 (note utelaten, kursiv i original); jf. Ross, *Ejendomsret og ejendomsovergang* s. 15; Brækhus, *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 6–8.

²¹ Sjå særleg Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* s. 20 (og gjennomgåande i framstillinga).

²² von Bar og Clive (red.), *DCFR Full Edition* s. 4576.

²³ Peter Mortensen, *Indledning til tingsretten. Tredjemandskonflikter vedrørende løsøre*, 2. utg., København 2009 s. 225–226; Faber og Lurger (red.), *National reports on the transfer of movables in Europe. Volume 5: Sweden, Norway and Denmark, Finland, Spain* s. 344 (Miki Kuusinen).

Ei slik ordning kan partane avtala alt etter dagens reglar; det synest ikkje vera noko i vegen for at ervervaren godtek å stå tilbake for kreditorar i tidsrommet fram til levering.

For svensk rett er avviket frå modellreglane meir påtakeleg. Her gjeld ein klår hovudregel om overlevering som vilkår for vern overfor avhendarens kreditorar, og dette vilkåret kan ikkje partane avtala seg ut av.²⁴ Eit unntak gjeld for forbrukarkjøparens vern mot næringssejlarens kreditorar (*konsumentköplagen* § 49). Spørsmål om å endre hovudregelen om overlevering blir diskutert.²⁵

Den norske løysinga er noko meir usikker og samansett. I dag er den vanlegaste oppfatninga at ervervaren som hovudregel må gje frå seg den fysiske kontrollen over tingen for at ervervaren skal ha vern overfor avhendarens kreditorar, men at det gjeld fleire unntak. Eitt av desse unntaka er situasjonen der avhendaren er klar til å levere, men tingen blir verande hos avhendaren i ervervarens interesse (til dømes fordi ervervaren ikkje ønskjer levering enno). Regelen er ikkje lovfesta, det finst lite av rettspraksis, og i litteraturen blir nyansane etter kvart mange.²⁶ Ei lovregulering i tråd med modellreglane ville i det minste innebera ei klårgjering av akkurat dette rettsspørsmålet (men ei løysing i samsvar med den danske hadde vore meir attraktiv).

Godtek vi først at partane kan avtala at ervervaren skal ha vern utan levering, blir det mest ein formell skilnad om vi kallar dette eit vilkår om vern mot kreditorar eller vilkår om overgang av eigedomsretten. Alt i dag er det vanleg med kontraktsvilkår som etter sin ordlyd gjeld overføring av eigedomsrett, men som reelt – ut frå den nordiske forståinga – gjeld vernet mot avhendarens kreditorar.²⁷

Modellreglane byggjer på eit skilje mellom kontrakten om overføring av eigedomsrett og sjølve overføringa. Det kan verke uvant for nordiske juristar. På den andre sida blir det understreka i kommentarane at det *ikkje* er tale om to rettslege disposisjonar; det kjem ingen «overføringsrettshandel» i tillegg til kontrakten om overføring.²⁸ Leveringa – eller tilsvarande oppfyltingshandlingar – er faktiske handlingar, ikkje nye disposisjonar. Dette siste er i samsvar med det som i dag synest vera oppfatninga i dei nordiske

²⁴ Millqvist, *Sakrättens grunder* s. 130–133.

²⁵ SOU 2015:18.

²⁶ Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utg., Oslo 2018 s. 300–307 med vidare tilvisingar. Sjå særleg for ei omfattande drøfting, Hilde Hauge, *Løsøreerverters kreditorvern*, Bergen 2016.

²⁷ Sjå til dømes dei norske standardvilkåra for utføringsentreprisar NS 8405) punkt 40 og fabrikkasjonskontraktane NTK 15 og NF 15 art. 22.1; jf. Knut Kaasen, *Tilvirkningskontrakter. Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*, Oslo 2018 s. 566–573.

²⁸ von Bar og Clive (red.), *DCFR Full Edition* s. 4417–4424.

landa.²⁹ I og med at det ikkje er nokon overføringsdisposisjon, blir det rimeleg nok heller ikkje tale om eit «abstraksjonsprinsipp» etter tysk mønster (som går ut på at overføringa kan vera gyldig enda om den underliggjande kontrakten om å overføre kan vera ugyldig).

Når vi talar om vernet overfor tredjepartar, er det i praksis lite bruk for å sjå på dei ulike elementa av retten (funksjonane). Her er det oftast eit spørsmål om alt eller ingenting: Normalt oppnår ervervaren også etter nordisk rett vern overfor avhendarens kreditorar for alle elementa samtidig, og tilsvarende er det for vernet overfor omsetningservervarar.³⁰ Det er med andre ord den relasjonelle, ikkje den funksjonelle tilnærminga (i snever tyding), som er av interesse i samanlikninga med den einskaplege tilnærminga.

2.4 Rettsovergang og vern overfor omsetningservervarar

Vernet overfor omsetningservervarar gjeld prioriteten mellom to eller fleire kolliderande rettar som er utleidd frå same avhendar. Dobbeltsalet er det klåraste tilfellet: Avhendaren gjer kontrakt med først den eine og så den andre om overføring av same lausøyreting. I modellreglane kjem reglane om dette nokså indirekte fram: Etter VIII.–2:301 skal den av fleire ervervarar som først oppfyller alle vilkår for erverv av eigedomsretten, gå først, men – og det er hovudpoenget her – det er eit tilleggsvilkår om at ein yngre ervervar skal vera i aktsam god tru. Han vinn ikkje fram dersom han rimeleg kan forlangast å kjenne ein eldre rett til å få eigedomsretten overført. Den eldre ervervaren skal kunne rette kravet på tingen direkte mot den yngre ervervaren, utan å gå vegen om avhendaren (andre ledd i føresegna).

Regelen er ikkje formulert som ein regel om godtruerverv, men som ein særregel om overgang av eigedomsretten. Bakgrunnen er eit synspunkt om at ervervar nummer to – utan vilkåret om god tru – ville bli *eigar*, og at eit krav frå ervervar nummer 1 i beste fall ville bli eit «obligatorisk» krav på utlevering, eventuelt eit skadebotkrav. Eit slikt krav ville ikkje ha separatis-trett dersom ervervar nummer to gjekk konkurs. Gjennom godtruvilkåret kjem ein utanom den konsekvensen.

I norsk og svensk rett er det godteke at ervervar nummer ein har ein rett til tingen (utan at det er nødvendig av avgjera om det er ein tingleg rett), og at ervervar nummer to dermed berre kan nå fram på grunnlag av reglane om godtruerverv.³¹ Danmark har ikkje tilsvarende generelle reglar om godtruerverv av lausøyreting. Hovudregelen er først i tid best i rett. I

²⁹ Sjå merknader i Kåre Lilleholt, *Kontraksrett og obligasjonsrett*, Oslo 2017 s. 51–52 med vidare tilvisingar.

³⁰ Brækhus, *Omsetning og kreditt* 3 og 4 s. 10.

³¹ Millqvist, *Sakrättens grunder* s. 65; Lilleholt, *Allmenn formuerett* s. 227.

spesielle tilfelle kan ervervar nummer to vinne fram, men da gjerne ut frå det synspunktet at første ervervar ikkje reelt var eigar.³² I Finland òg synest utgangspunktet vera først i tid best i rett i desse tilfella.³³

Den særlege reguleringa i modellreglane er interessant fordi synspunktet om tingleg rett ikkje blir utslagsgjevande. Resultatet svarar godt til nordisk rett: Kontrakten gjev grunnlag for ein rett til tingen, og denne retten har vern overfor den seinare ervervaren som er i vond tru, uavhengig av om retten skal karakteriserast som tingleg.

I nordisk rett er ikkje skiljet mellom rettar som er tinglege (som er *sakrätter*) og andre rettar (som ofte blir omtala som «obligatoriske») viktig med tanken på overgang av eigedomsretten. I *andre* samanhengar er situasjonen meir samansett. I Sverige kan vi finne resonnementet som at visse rettar ikkje kan få vern mot tredjepersonar *fordi* dei er «obligatoriske» rettar. Bruksrett til lausøyreting er eit praktisk eksempel.³⁴ Dette er ikkje eit vanleg resonnement i dansk eller norsk rett. Her kan det heller bli tale om å karakterisere retten som tingleg dersom retten *har* vern, eit spørsmål som må avgjerast ut frå det samla rettslege materialet.³⁵

2.5 Rettsovergang og andre relasjonar

Den einskaplege tilnærminga i DCFR til overgang av eigedomsretten har sine grenser. Eit stykke på veg går dette fram med reine ord i reguleringa. I forholdet mellom avhendar og ervervar skal overgang av eigedomsretten ikkje ha verknad for risikoen for hendeleg skade, rett til tilbakehalding av eiga yting eller reglane om fordelinga av inntekter og utgifter (VIII.–2:201 andre ledd). I forholdet til tredjepartar skal overgangen av eigedomsrett ikkje vera avgjerande for reglane om omstøyting i insolvenstilfelle og reglane om kven som kan krevje skadebot av ein skadevaldar (VIII.–2:201 tredje ledd). Ei tilpassing er òg gjord med at heving i tilfelle der avhendaren sit med tingen på grunnlag av tilbakehalding, ikkje skal innebera tilbakeføring av eigedomsretten. Eventuell tidlegare overgang av eigedomsretten fell bort med tilbakeverknad (VIII.–2:201 fjerde ledd).

På den andre sida er tanken at overgangen av eigedomsretten skal leggjast til grunn også på andre område av privatretten, til dømes reglane om ugrunna

³² Mortensen, *Indledning til tingsretten* s. 191–198.

³³ Faber og Lurger (red.), *National reports on the transfer of movables in Europe. Volume 5: Sweden, Norway and Denmark, Finland, Spain* s. 364–365 (Miki Kuusinen).

³⁴ Sjø diskusjonen i Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6. utg., Stockholm 2000 s. 428–439.

³⁵ Om vern for bruksrett til lausøyreting, sjå Poul Gade, *Finansiell leasing. Leje og leasing af erhvervsløsøre*, København 1997 s. 389–406; Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utg., Oslo 2016 s. 770.

fordel og reglane om deliktsansvar. I kommentarane til modellreglane er det vedgått at dette er avhengig av reguleringa på kvart av desse andre områda.³⁶ Innanfor den samla reguleringa i DCFR kan ein ta konsekvensane av dette synet, men da er det altså eit sjølvstendig rettspolitisk val for kvar regel. At til dømes skatteretten kan operere med andre definisjonar av eigedomsrett, blir òg konstatert.³⁷ Heller ikkje dei kontinentale rettsordningane har reglar som inneber at overgang av eigedomsretten skjer samla med verknad for alle rettsområde.

3. Modellreglar og nasjonale likskapar og skilnader

Vi ser at ei eventuell endring av reglane om overgang av rett til lausøyreting i samsvar med DCFR i første rekkje ville få verknader for reglane i svensk og norsk rett om overlevering som vilkår for vern overfor avhendarens kreditorar. Dette er reglar som er omdiskuterte i alle fall. For dansk og finsk rett måtte ervervarar som ønskte vern alt frå kontraktsinngåinga, bli meir påpasselege med å få det i inn kontraktsvilkåra. Vidare kunne stillinga for ein ervervar i god tru bli noko styrkt i dobbeltsalstiffella i dansk og finsk rett. Dette ville vera små justeringar. Bortsett frå dette er det tale om systematikk og terminologi som er uvand for nordiske juristar, men som utan større vanskar kan forståast som rasjonell. Modellreglane føreset ingen «substans» eller andre metafysiske element i eigarterminologien.

DCFR er mellom dei mest omfattande modellregelprosjekta vi har sett. Som nemnt under 1, har målet vore å finne reglar som kan vera akseptable på tvers av landegrensene. Vi kan ikkje undrast på at det i slike samanhengar er fleire syn på kor like eller ulike dei nasjonale reglane er, og kva løysingar som er dei beste, både materielt og systematisk. Framheving av dei gode sidene med eigne løysingar er vi godt kjende med, ikkje berre i den nordiske litteraturen.³⁸

I dei nordiske landa var tonen til dels sterkt polemisk gjennom store delar av 1900-talet i diskusjonen om nytt og gammalt syn på innhaldet av subjektive rettar og – meir indirekte – diskusjonen av ulike nasjonale løysingar. Litt av den same høge temperaturen kan vi finne i det nye ordskiftet kring den nordiske tingsretten og samanlikninga med annan europeisk rett.

Om skilnadene nasjonale rettsordningar imellom er små eller store, er eit spørsmål om kva vi ventar. Vi kan sjå flaska som halvtom eller halvfull,

³⁶ von Bar og Clive (red.), *DCFR Full Edition* s. 4576–4577.

³⁷ von Bar og Clive (red.), *DCFR Full Edition* s. 4577.

³⁸ Sjå til dømes Fritz Baur, Jürgen F. Baur og Rolf Stürner, *Sachenrecht*, 18. utg., München 2009 § 64 margnr. 151 («Etwas mehr deutsches Selbstbewußtsein bei der gemeinsamen Arbeit an einem europäischen Sachenrecht als Rahmenordnung wäre nicht schädlich»).

alt etter som. «Die primäre Funktion der Rechtsvergleichung ist – wie die aller wissenschaftlicher Methoden – Erkenntnis.»³⁹ Gleda over nye funn bør vera den same anten resultata går den eine eller andre vegen. Andre lands rett gjev inspirasjon og innsikt som kan nyttast både i arbeidet med nasjonal rett og i arbeidet med modellreglar.

Kor langt *harmonisering* av rettsreglar er mogleg eller ønskjeleg på det eine eller andre rettsområdet, kan folk vera usamde om. Somme meiner for eksempel at ulikskapar i historie og kultur gjer reell harmonisering meir eller mindre umogleg.⁴⁰ Andre er meir optimistiske. Ikkje minst viser økonomisk og politisk samkvem at rettslege skilnader ikkje treng vera uoverkomelege hindringar. Framtida får vise om harmoniseringstiltaka kjem vidare.

Arbeidet med tingsretten i DCFR viser at den nærare *grunngevinga* for løysingar kan vera «funksjonell» på eit vis nordiske juristar lett kan kjenne seg att i:⁴¹ Vi finn inngåande argumentasjon for kva som bør gjelde i forholdet mellom avhendar og ervervar og overfor dei ulike gruppene av tredjepartar. Dessutan blir valet av terminologi og systematikk grunngeve – for eit val må nok gjerast.

Kanskje kan vi håpe på ein fordomsfri diskusjon om den nordiske tingsretten, basert på grundig kunnskap om andre lands rett, heller enn ein reprise på polemikken frå 1900-talet.

³⁹ Konrad Zweigert og Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen 1996 s. 14.

⁴⁰ Ikkje minst kjenner vi sterkt spissformulerte oppfatningar frå Pierre Legrand (som i Pierre Legrand, «Antivonbar», *The Journal of Comparative Law*, bd. 1, 2007 s. 13–40).

⁴¹ Sjå dei omfattande kommentarane til modellreglane. Sjå òg Faber, *European Property Law Journal*, 2013.

