

RAGNAR KNOPH

HENSIKTENS BETYDNING  
FOR GRENSEN  
MELLEM RETT OG URETT



KRISTIANIA  
OLAF NORLIS FORLAG  
1921

NIKOLAI OLSENS BOKTRYKKERI, KRISTIANIA.

# INNHold.

	Side.
Innledning. . . . .	5
Kap. I.	
§ 1: Rettsstridens begrep. . . . .	11
§ 2: Terminologiske og systematiske forklaringer. . . . .	35
Kap. II.	
§ 3: Lover. . . . .	47
§ 4: Forvaltningsakter. . . . .	80
Kap. III.	
§ 5: Visse rettshandler og andre viljesytringer. . . . .	105
§ 6: Streik, lockout og boikott. . . . .	120
§ 7: Nødverge- og nødshandlinger. . . . .	139
§ 8: Forsøkshandlinger. . . . .	150
§ 9: Utøvelse av subjektive rettigheter. . . . .	169
§ 10: Fortsettelse. Fremmed rett. . . . .	174
§ 11: Fortsettelse. Norsk rett. . . . .	193
§ 12: Fortsettelse. Særlig om chikanereglene . . . . .	209
§ 13: Generell behandling av skadehensikten. . . . .	224
§ 14: Generell behandling av den forbryderske hensikt. . . . .	261
Kap. IV.	
§ 15: Konklusjoner. . . . .	273
§ 16: Slutningsbemerkinger. . . . .	293

## Innledning.

Det lar sig ikke nekte, at moderne rettsvidenskap gjennomgående har stillet sig kjølig til studiet av rettens mest abstrakte og grunnleggende begreper.

De siste decenniens rettslitteratur har jo — hvor mange tendenser og retninger den enn kan fremvise — dog stort sett vært preget av reaksjonen mot den konstruktive rettsvidenskaps overdrevne dyrkelse av «begrepsjurisprudensen». Den moderne rettsforskning er praktisk og utilitaristisk, og dette dens karakterpreg gir sig ikke minst uttrykk i en avgjort tilbøielighet til å se videnskapens hovedopgave i konkrete detaljundersøkelser av rettslivet, mens studiet av de grunnleggende rettsbegreper, som dog hele rettsvidenskapen hviler på, ikke har stått høit i kurs.

Efter mitt skjønn er dette en svakhet ved den moderne rettsvidenskap. Men den innvending jeg således må rette mot de «realistiske» retninger som i den siste menneskealder har behersket rettsvidenskapen, rammer ikke disse retningers prinsipielle program, men bare de feilaktige konsekvenser som er trukket av dette.

Rett gjennomført vil nemlig dette program ikke på nogen måte stå hindrende iveien for abstrakte rettsstudier; det er nemlig meget langt fra, at disse studier er uten praktisk betydning for rettslivet. Det er sant at den måte som de abstrakte rettsbegreper blev studert på i «begrepsjurisprudensens» glansperiode, gjennom tåkede spekulasjoner på metafysisk grunnlag, gav det praktiske rettsliv stener for brød; og det er derfor forklarlig, at mange nyere rettsforskere som fikk øinene op for dette forhold, helt mente å kunne kaste studiet av de abstrakte rettsbegreper overbord. Men det er ikke mindre uomtvistelig, at retten, for å fylle også sin praktiske opgave, trenger begreper som hviler på vid abstraksjon, og som kan samle i sig som et hulspeil tusener av underbegreper og rettsregler, og kaste stråler tilbake på felter som før lå i skyggen.



Ikke minst Ihering — som jo var blandt dem som i første rekke gav begrepsjurisprudensen dødsstøtet — har påvist nettop den *praktiske* betydning av rettslig begrepsdannelse og konstruksjon, og fremhevet hvilken verdi de abstrakte rettsbegreper har, både i pedagogisk henseende og som direkte rettsskapende<sup>1)</sup>. Men begrepene må vinnes på den rette måte, ikke gjennom livsfjern, abstrakt spekulasjon, men på grunnlag av et solid erfaringsmateriale, som er vunnet ved en omhyggelig iakttagelse av det praktiske rettsliv.

Bare de almenbegreper som er vokset frem av rettslivet, virker befruktende tilbake på dette.

Et av de mest grunnleggende begreper rettsordnen kjenner, er rettsstridens, urettens, begrep.

Mange vil kanskje nekte at dette er så. Med en viss rett vil man kunne henvise til, at rettsstriden ikke er et begrep som den almindelige sprogbruk, også blandt ikke-jurister, er fullt fortrolig med; og den beskjedne plass som rettsvidenskapen helt inntil den siste tid har innrømmet rettsstridsbegrepet, synes også ved første øiekast å gi støtte for den opfatning, at dette begrep er av forholdsvis underordnet betydning for rettsordnen.

Efter min opfatning er dette dog ikke på nogen måte tilfelle. Skal rettsordnen kunne regulere de menneskelige samlivsforhold på en slik måte at der skapes en sikker og trygg ytre ramme, hvori den menneskelige kultur best mulig kan utvikle sig, må den se en av sine hovedoppgaver i å trekke faste grenser for den menneskelige handlefrihet, altså i å foreskrive borgerne hvad de skal gjøre, og hvad de ikke skal gjøre. Det er grensen mellom rett og urett som herved blir fastsatt, og rettsstridens eller urettens begrep betegner alt det, som ligger på den ene side av denne grense.

Visstnok foretar rettsordnen også andre inndelinger og vurderinger av de menneskelige handlinger. Men grensen mellom rett og urett, som jo avgjør om en handling står i harmoni eller disharmoni med rettsordnens krav, om den skal bekjempes eller beskyttes av denne, skulde man tro måtte være rettens fundamentale sonndring, og at derfor rettsstridens begrep måtte spille en dominerende rolle i rettsvidenskapen.

Når dette ikke har vært tilfelle, er grunnen denne: Rettsordnen kan ikke nøie sig med å trekke op rettsstridsgrensen og stole på at borgerne lojalt vil respektere den. Rettens bud, som ikke har den

---

<sup>1)</sup> Geist des römischen Rechts II, s. 334 ff.

fordel at de trer frem med gudens autoritet, vilde rekke kort hvis de ikke var utstyrt med en eller annen sanksjon : hvis ikke visse ubehagelige følger ramte den som handlet mot rettsbudet. Av slike følger er straff og erstatning de mest kjente, men ikke de eneste. Undertiden nøier således rettsordnen seg med å nekte de borgere rettsbeskyttelse som handler mot dens bud, således f. eks. når den erklærer en forbudt rettshandel ugyldig.

Nu er det en kjensgjerning at mennesket har en avgjort realistisk tilbøielighet, og det kan derfor ikke forbause, at rettsordnens undersætter i høiere grad har hatt sin oppmerksomhet henvendt på de sanksjoner som ledsaget rettsnormene, enn på disse bud selv. En medvirkende grunn til at disse siste er trått i bakgrunnen for den almindelige rettsbevissthet, er fremdeles dette, at en flerhet av de sanksjoner som pleier å stå bak normene, også kan bli aktuelle, selv om ingen normovertredelse foreligger. Erstatningsplikt f. eks., pålegges ofte uten hensyn til om en rettsstridig handling er begått, og en rettshandels ugyldighet behøver ikke å bety at den også er forbudt. Når nu disse samme rettsfølger i andre tilfeller har til oppgave å gi en rettsnorm ettertrykk, er det forståelig at blikket også her fester sig ved normovertredelsens følger som det betydningsfulle, mens selve normen trer i bakgrunnen for tanken.

Nettop fordi den almindelige rettsopfatning har den nevnte tilbøielighet, må det etter mitt skjønn være en oppgave for rettsvidenskapens dyrkere, å betone rettsstridsgrensens fundamentale betydning så energisk som mulig. Rettsvidenskapen hverken kan eller vil vedkjenne sig den mening, at ikke uretten selv er av betydning, men bare den urett som drar følger etter sig. Tvertimot må videnskapen søke å bidra til at en helt motsatt opfatning kan slå rot blandt borgerne, nemlig den at rettsbudene skal adlydes i kraft av deres indre autoritet, ikke p. gr. a. deres ytre sanksjoner. Ved å betone rettsstridsgrensens betydning, bidrar rettsvidenskapen til på denne måte å styrke rettsnormenes autoritet.

Det er dog langt fra at rettsvidenskapen i tidligere tid har sett en oppgave i å trekke rettsstridsbegrepet frem til en central plass i rettsordnen. Tvertimot var dette begrep trengt så langt i bakgrunnen at man nesten greide sig det foruten. Et karakteristisk utslag av denne skjeve vurdering av begrepet ser jeg i den kjensgjerning, at den juridiske verden nesten følte det som en ny og merkelig opdagelse, da Binding i sine «Normen» sterkt og energisk festet blikket på den norm som lå gjemt i ethvert straffebud, hevdet at man her stod overfor fullt selvstendige rettssetninger av grunn-

leggende betydning, og krevet at disse, som trakk op grensen mellom rett og urett, skulde få den belysning og tillegges den betydning som rettelig tilkom dem.

I nordisk rettsvidenskap er i de siste halvhundre år rettsstridens begrep behandlet grundigere og visstnok mere dyptgående enn noget annet sted; særlig gjelder vel dette den danske rettsvidenskaps behandling av emnet. Før denne tid var begrepet også i Norden temmelig negligert. I 1870-årene blev det imidlertid av fremtredende videnskapsmenn trukket frem fra sin ufortjente tilbaketrukkethet, og forståelsen av den betydning som må tillegges begrepet, er nu i gledelig stigning.

Som et resultat av den behandling som rettsstridsbegrepet har vært gjenstand for, er det i nordisk teori praktisk talt enstemmighet om at dette begrep bestemmes *helt objektivt*, og at således grensen mellom rett og urett utelukkende trekkes efter ytre og objektive merker. Hos oss har Getz i sin avhandling: «Om den saakaldte delagtighed», uttalt og begrunnet denne setning, og i dette votum har de senere forfattere som har behandlet emnet, erklært sig enig «i det vesentlige og resultatet».

Den herskende lære om rettsstridens objektivitet lider dog efter min mening av så vidt betenkelige svakheter, at den iallfall ikke uten omhyggelig prøvelse bør anerkjennes som rettsvidenskapens siste ord.

Det er jo de menneskelige handlinger som rettsordnen vurderer, når den trekker op grensen mellom rett og urett. Men disse handlinger har som bekjent både en ytre og en indre side. Denne siste unddrar sig visstnok den umiddelbare erkjennelse, og dette forklarer, at både moralen og retten på et primitivt utviklingsstadium var tilbøielige til å identifisere handlingens ytterside med handlingen selv, og til å avsi sin dom over den på dette grunnlag.

For moralens vedkommende, og delvis også for rettens, er dog dette et tilbakelagt standpunkt. Den moderne etikk er til det ytterste subjektiv: Det er mot handlingens innerside at dens undersøkelse fortrinnsvis er rettet, og det er momenter av sjelelig art som er avgjørende for moralens dom om en handling. Og dette subjektive standpunkt er vel å merke ikke moralfilosofernes privilegium; det aksepteres av almenheten, og ligger til grunn for den almindelige, moralske opfatning i samfundet.

Også rettsordnen har i stor utstrekning fått øinene op for at den sjelelige side ved handlingen er av betydning også for dennes

*rettslige karakteristik.* I stigende grad har alle lands straffere rett antatt subjektiv farve, og også på andre rettsfelter dukker der op flere og flere regler, hvis anvendelse er knyttet til kriterier av indre og psykisk natur. Jeg peker f. eks. på den brede plass en manns «gode tro» tillegges i nutidens rett, ikke minst i den moderne rettshandelslære.

Overfor denne utvikling vilde det efter mitt skjønn være en anomali, om rettsordnen når det dreiet sig om den mest grunnleggende dom om en handling, nemlig dommen om dens rettsstrid eller rettmessighet, skulde være blitt stående på det primitive, objektive standpunkt, som bare hadde øie for den ytre side av handlingen, og anså enhver undersøkelse av den sjelelige process som har frembragt denne, som sig uvedkommende.

Et sådant standpunkt vilde også røpe en svakhet og ufullkommenhet ved rettsordnen. Fra alle hold erkjennes det nemlig i nutiden, at en handlinges innerside og idethele det sinnelag hvorav den er sprunget frem, ikke er uten prinsipiell interesse for rettsordnen. Tvertimot viser jo bl. a. strafferettens utvikling i subjektiv retning, at rettsordnen mer og mer blir sig denne interesse bevisst.

Hvis derfor den positive rett allikevel har funnet at den må frakjenne de indre sider ved handlingen enhver innflytelse på rettsstridsspørsmålets avgjørelse, må grunnen være, at hensyn av teknisk art, som krever at rettens regler skal være lette å konstatere og praktisere, har tvunget den til å renonsere på en uttømmende vurdering av handlingen, hvorunder alle dens rettslig betydningsfulle eiendommeligheter vilde komme til sin rett, og isteden felle sin dom på grunnlag av en enkelt side av handlingen, yttersiden.

Læren om den objektive rettsstrid betyr derfor til en viss grad rettsordnens resignasjon, erkjennelsen av at dens forutsetninger og ufullkomne virkemidler avskjærer den adgangen til å gripe og vurdere de menneskelige handlinger i hele deres rike individualitet, en erkjennelse altså, som med nødvendighet innebærer, at rettsordnens grunnleggende dom om en handling felles på et ufullstendig og derfor falsk grunnlag.

Resultater som disse gir efter min mening full opfordring til å underkaste rettsstridsbegrepet en fornyet undersøkelse, på grunnlag av dets forskjellige anvendelser i rettslivet. Visstnok er der i teorien enstemmighet om å bestemme begrepet objektivt, men såvidt jeg kan se, har ingen av de forfattere som har gitt bidrag til rettsstridens karakteristik, basert sine uttalelser på virkelig fylldige detaljundersøkelser av rettsstridsgrensen i hele dens lengde.

Bare når det ved en slik gjennomgåelse har vist sig, at den positive rett ikke på noget punkt lar subjektive, sjelelige momenter hos handlingsmannen få avgjørende innflytelse på handlingens forhold til rettsstridsgrensen, er det berettiget og nødvendig å godta den objektive rettsstridslære, skjønt denne, som jeg foran har fremhevet, i ikke liten grad betyr en fallitterklæring for rettsordnen.

Det er en undersøkelse av denne art jeg vil forsøke i det følgende. For å lette arbeidet, behandler jeg dog ikke de subjektive forholds innflytelse på rettsstridsgrensen i sin almindelighet. Jeg nøier mig med å undersøke om ikke handlingsmannens *hensikt* under tiden kan få betydning, når handlingens rettsstrid skal avgjøres. Hvis det nemlig kan påvises at hensikten, som jo er et subjektivt fenomen, i flere tilfeller er avgjørende for en handlingens forhold til rettsstridsgrensen, er dermed bevist at den objektive rettsstridsteori tok feil, når den mente å kunne fastslå at rettsstriden *alltid* er objektivt bestemt.

Lenger enn til å påvise dette rekker ikke denne avhandlings formål. Det ligger utenfor dens plan å avgjøre om rettsstriden overhodet *nogensinde* blir bestemt helt objektivt, eller om ikke — som bl. a. Merkel, Binding m. fl. har påstått — rettsstrid alltid forutsetter tilstedeværelsen av et subjektivt moment, nemlig skyld, hos gjerningsmannen.

Heller ikke er det min mening å angi uttømmende, *når* subjektive momenter får betydning for rettsstriden, eller *hvilke* disse momenter er.

Som det sees, er det altså bare et meget begrenset område av rettsstridens store og vanskelige teori, som skal søkes belyst i det følgende. Allikevel er det min tro, at en slik undersøkelse ikke er uten betydning for denne teori. Slik som den objektive rettsstridslære trer frem hos oss med sikre og tilsynelatende definitive resultater og sanksjonert av en enstemmig teori, representerer den, hvis den er falsk eller endog bare for generelt formet, en hindring for at rettsstridsbegrepet, såvel de lege ferenda som de lege lata, kan bli tatt op til den fordømsfrie og allsidige diskusjon som dette begrep har krav på.

Kan det derfor bevises at den objektive rettsstridsteori iallfall ikke helt ut dekker vår positive retts opfatning av rettsstriden, er dette et resultat som efter mitt skjønn ikke er av liten betydning for studiet av rettsstridens problem.

---

## I. Kapitel.

Forinnen jeg går over til mitt egentlige emne, har jeg funnet det ønskelig, i dette kapitel å gi en noget nærmere fremstilling av de hovedbegreper som avhandlingen bygger på. I kapitlets første paragraf vil jeg søke skissemessig å fremstille min opfatning av rettsstridsbegrepet, mens den neste vil inneholde enkelte terminologiske og systematiske forklaringer.

### § 1. Rettsstridens begrep.

Underlig nok er rettsstridsbegrepet, som i innledningen nevnt, først i de siste ti-år blitt undergitt nogen større videnskapelig behandling. Det klinger paradoksalt, men forholdet er virkelig det, at rettsvidenskapen først for ca. 50 år siden for alvor blev opmerksom på nødvendigheten av å bringe på det rene, hvilke handlinger som stemmer med rettsordnens krav, og hvilke ikke. Grensen mellom rett og urett hadde man før denne tid hverken hatt tid til eller interesse av å trekke op eller belyse. Med håndfast realisme gikk man ut fra, at det var handlingens rettsfølger det kom an på, og disse følger og deres forutsetninger undersøkte man nøie, mens selve grensen mellom rett og urett ikke avvant nogen større interesse.

Nu er forholdet anderledes. Flere forskere, både i Norden og utenfor, har forsøkt å gjøre gammel urett god igjen, og har gjort rettsstridens begrep til gjenstand for sine studier. Eksempelvis må her nevnes Bindings arbeider i Tyskland, Goos's i Danmark, Getz's i Norge. Adskillig lys er ved disse arbeider falt over rettsstridens begrep, men dog ikke tilstrekkelig til at begrepet står klart og fast for den juridiske bevissthet, med sikre konturer og gjennemsiktig i sitt innhold. Forklaringen til dette finner man lett: Videnskapelig sett er rettsstriden et ungt begrep; mens mange av de andre grunnbegreper innen retten har vært studert i århundreder, disse-

kert like til margen av nogen, avpusset i kantene av andre, har rettsstridens begrep, som ikke er av de enkleste, kun vært fremme i det videnskapelige dagslys i en menneskealder. Definitive resultater kan derfor ikke ventes, og er heller ikke ennu tilveiebragt.

Selvsagt er det ikke min mening å ville forsøke på å gi en avsluttende og uttømmende fremstilling av begrepet rettsstrid. Ikke engang nogen vesentlig nye bidrag til dets forståelse kan jeg tenke på, i en så skissemessig fremstilling som den jeg gir i denne paragraf. Men jeg har følt det som en nødvendighet, når selve rettsstridens begrep står forholdsvis tåket for den almindelige juridiske bevissthet, å gjøre rede for den hovedopfatning av begrepet, som nærværende avhandling hviler på.

I. Som Ussing bemerker<sup>1)</sup>, kan ordet «rettsstridig» sproglig sett bety to ting: a) det som strider mot rettsordnen, og b) det som strider mot en subjektiv rett.

Legger man den siste opfatning til grunn, ser man at rettsstridens begrep med nødvendighet avhenger av den bestemmelse av «den subjektive rett», som de forskjellige lands rettssystemer bygger på. Mens man i Frankrike f. eks. taler om «droit» overalt hvor det er overlatt individet en viss handlefrihet, «droit de grève» «droit de coalition», og endog har kunnet hevde, at begrepet «droit» «se confond avec la liberté humaine» (Charles Beudant), tar man i Tyskland og hos oss begrepet «subjektiv rett» i en snevrere betydning, idet det forat en subjektiv rett skal foreligge, kreves en viss monopolstilling for rettighetshaveren, en viss positiv adgang til maktutførelse, og til å forfølge sin rett ved domstolene.

Å innskrenke rettsstridens begrep til de tilfeller, hvor en subjektiv rett i denne snevre mening av ordet var krenket, har imidlertid lite for sig, og har aldri vært hevdet.

En tredje opfatning av rettsstridens begrep er derfor dukket op: Rettsstridig er enhver handling som uten rettshjemmel krenker den angrepnes rettslig beskyttede eksistens<sup>2)</sup>, altså uten hensyn til om han rammes i en av sine subjektive rettigheter, eller i den adgang til fri livsførelse som rettsordnen garanterer ham. Skjønt ordet «rettsstridig» når det tas i denne betydning mister sin sproglige berettigelse — det er jo ikke her nødvendigvis en *rett* som angripes — er det allikevel mellom denne siste betydning av ordet, og den førstnevnte, betydningen «normstridig» altså, at valget må stå.

<sup>1)</sup> Skyld og Skade, s. 12.

<sup>2)</sup> Se herom Augdahl: Nødverge, s. 29 og 30. Jfr. Hagerup: Retsencyclopedi s. 178.

Før dette valg treffes er det av viktighet å bringe på det rene, hvilket forhold det består mellom de to versjoner av rettsstridsbegrepet, m. a. o. om en handling kan være rettsstridig i den ene av disse betydninger, uten å være det i den annen, slik at man står overfor et absolutt valg.

Det er enighet om, at en handling meget godt kan være rettsstridig, i betydningen normstridig, uten derfor på nogen måte å stride mot en subjektiv rett<sup>1)</sup>; og dette gjelder selv om man tar begrepet subjektiv rett i dets videste betydning, som identisk med individets rettslig beskyttede eksistens<sup>2)</sup>. Der gis jo mange normer som enten bare indirekte, eller overhodet ikke har hensyn til individenes rettsbeskyttelse.

Derimot er det omvendt ikke sikkert, at en handling kan være rettsstridig i subjektiv forstand (d. v. s. stride mot en subjektiv rett) uten samtidig å være forbudt av rettsordnen. At så er tilfelle, forutsettes visstnok uten videre av Augdahl<sup>3)</sup> og visstnok også av Jul. Lassen<sup>4)</sup>. De subjektive rettigheter, og i det hele den rettslig beskyttede eksistens, skulde iflg. Augdahl kunne krenkes av hvem- og hvadsomhelst, en sinnsyk, et dyr, en livløs gjenstand. Slår f. eks. lynet ned og dreper min hest, er min eiendomsrett krenket. Hvis denne opfatning er riktig, ser man lett at det blir en fundamental forskjell mellom de to arter rettsstrid, som i praksis kan optre helt uavhengig av hinannen.

I motsetning til denne opfatning uttaler imidlertid Goos (Strafferettens almindelige del s. 132: «uden en retstridig (forbudt) Handling, kan en Forstyrrelse i en Rettighed ikke være noget Retsbrud». Og til Goos slutter Ussing sig, idet han sier: «Hvor Skade bevirkes ved en retmæssig Handling, foreligger der overhovedet ingen Retskrænkelse». Disse forfattere hevder altså, at en handling ikke kan være rettsstridig i subjektiv forstand uten samtidig å være forbudt, d. v. s. rettsstridig i objektiv forstand; efter mitt skjønn har de i almindelighet rett, dog ikke uten en reservasjon, som vil fremgå av det følgende.

---

<sup>1)</sup> Anderledes dog Binding: Die Normen und ihre Übertretung (3. utg.) I, s. 308; B.s opfatning beror dog på den eiendommelige form han gir begrepet subjektiv rett, idet han kjenner en subjektiv lydighetsrett for staten, som krenkes ved borgernes normoverskridelser.

<sup>2)</sup> Motsatt dog Ussing l.c. s. 12.

<sup>3)</sup> L.c. s. 30/31.

<sup>4)</sup> Om Forsøgets Strafbarhed s. 24. L. forutsetter her at «rettsforstyrrelsen» kan bevirkes ved en tillatelig handling.



Det er visstnok mulig at den populære opfatning, som jo preger den almindelige sprogbruk, finner eiendomsretten krenket, når lynet slår ned i hesten, eller et stenras tar med sig laden. Likedan når A gjemmer sin tusenkroneseddel i ovnen, og B tender op ild uten å vite om dette. Det er likeledes sannsynlig at C, når han angripes av en olm økse, føler dette som et angrep på sin rettslig beskyttede eksistens. Men er dette i virkeligheten tilfelle? Sikkert er det naturligvis at eksistensen, d. v. s. interessene, angripes i de tilfeller jeg har nevnt, og det kan gjerne være at det er rettslig beskyttelsesverdige interesser som angripes; ja man kan endog konstatere at de også er rettslig beskyttet i andre relasjoner; men spørsmålet er om de er rettslig beskyttet overfor *dette angrep*, i *denne* relasjon.

At interessen av rettsordnen er anerkjent som rettsgode vil jo si, at rettsordnen tilsier den sin beskyttelse i visse retninger og mot visse angrep. Skal da rettigheten, d. v. s. den rettslig beskyttede interesse, være krenket, kreves det selvsagt at angrepet hører til dem, *overfor hvilke rettsordnen har tilsagt sin beskyttelse*. Denne beskyttelse er nemlig som alle andre menneskelige innretninger dessverre ikke absolutt. Rettsordnens evne til å beskytte er begrenset, og lenger enn dens evne strekker, når heller ikke dens beskyttelse av de i og for sig beskyttelsesverdige interesser. Det er selvsagt ikke min mening å ville påstå, at rettens beskyttelse ikke strekker sig lenger, enn dit dens arm faktisk når i det konkrete tilfelle. Rettsordnen beskytter sine undersåtter mot drap, selv om den ikke kan hindre drap i alle tilfeller. Ikke all beskyttelse behøver å være effektiv.

Men rettsordnen er qua beskytter innskrenket i de midler som den kan beskytte med. Og overalt hvor det på forhånd er gitt, at intet av de midler som står til rettsordnens disposisjon, er i stand til på nogensomhelst måte å øve beskyttelse mot interessekrenkelsener av den art det tales om, ikke alene  *bør*  rettsordnen renonsere, men den  *må* .

For å avgjøre når interessekrenkelsen har karakteren av en rettskrenkelse, og altså er rettsstridig i subjektiv forstand, har man bare en vei å gå: Man må spørre sig selv, om rettsordnens beskyttelse var ment å dekke også en interessekrenkelse som den det in casu tales om. Og for å bringe dette på det rene, må man gjøre sig klart, hvilke midler rettsordnen anvender for å beskytte borgernes interesser.

På to måter kan rettsordnen beskytte disse: a) enten forsøke å hindre interessekrenkelsen, eller b) søke å gjenoprette den skade som er skjedd.

Når rettsordnen søker å hindre interessekrenkelse, kan den na-

turligvis anvende fysiske maktmidler, f. eks. politiets beskyttelse av monarkens liv. Men dette er de sjeldne tilfeller; den måte som rettsordnen i almindelighet anvender, når den vil beskytte en interesse, og derved gjøre denne til et retts gode, er å skape motiver til å avholde sig fra angrep, hos dem der kan tenkes å ville angripe rettsgodet. Motiver av denne art skapes som regel ved at rettsordnen forbyr slike angrep, og atter som regel er forbudet understreket med trussel om straff- eller erstatningsansvar for dem som handler derimot. Dette er den normale fremgangsmåte som rettsordnen anvender, når den vil beskytte rettsgodene; men under særlige omstendigheter nøier den sig med å beskytte interessen på den vis, at den bare truer den som angriper rettsgodet med erstatningsansvar, uten samtidig å forby handlingen.

At det også heri kan ligge et bevisst forsøk fra rettsordnens side på å skape motiver som hindrer handlingens foretagelse, bør ikke kunne betviles (se Vinding Kruse i T.f.R. 1915 s. 273/4; motsatt derimot Ussing l. c. s. 32). En annen sak er, at ikke all erstatningsplikt tillike har dette preventive beskyttelsesformål; undertiden illegges erstatning bare for derved å utbedre den skade som er tilføiet en interesse. I så fall «beskytter» rettsordnen ikke interessen direkte, forsøker ikke å hindre at krenkelsen finner sted. Men den interesse som knytter sig til rettsgodet beskyttes allikevel, idet rettsordnen etterpå søker å utbedre den interessekrenkelse som har funnet sted.

Spør man nu i hvilke tilfeller en interessekrenkelse også representerer en krenkelse av den beskyttelse som rettsordnen gir rettsgodene, må det først og fremst fastslås, at likesom rettens normale beskyttelse gis i den form at de skadelige handlinger forbys, må interessekrenkelsen *normalt* nettop skje ved en slik forbudt handling, hvis den skal ha karakter av rettsstrid i subjektiv forstand. Er nemlig krenkelsen resultat av en handling, som rettsordnen ikke har funnet grunn til å forby av hensyn til rettsgodets sikkerhet, er utvilsomt en interesse krenket, men ikke en *rettslig beskyttet* interesse. I de aller fleste tilfeller må derfor en forbudt handling være årsak i interessekrenkelsen, for at man skal kunne tale om rettsstrid i subjektiv forstand; og hvis rettsordnens beskyttelse av rettsgodene innskrenket sig til det preventive, å forby handlinger som kan skade disse goder, vilde Goos og Ussing hatt ubetinget rett i, at en krenkelse av en subjektiv rett bare kan skje ved en forbudt handling.

Som foran påvist er dette imidlertid ikke så. Også gjennom pålegg om erstatningsplikt kan rettsordnen søke å motvirke de skadegjørende handlinger, og altså beskytte rettsgodene, og gjennom er-

statningsinstituttet kan den søke skaden utbedret, hvilket jo også er en form for beskyttelse av rettighetshaverens interesser. Hvis derfor den interessekrenkelse som det er tale om, visstnok ikke er fremkalt ved en forbudt handling, men rettsordnen allikevel griper inn og gir rettighetshaveren erstatningskrav, kan det med en viss rett sies, at den handling som gir anledning til erstatningsplikten, betyr en krenkelse av den subjektive rett, idet den gir anledning til at retten trer i funksjon med sin beskyttelse, erstatningskravet.

Allikevel vil det sees at denne måte «å stride» mot en subjektiv rett på, er av en ganske annen karakter, enn når det dreier sig om handlinger som rettsordnen *forbyr* av hensyn til rettsgodets beskyttelse. Mens det i sistnevnte tilfelle foreligger strid med den beskyttede rett, i den forstand at rettens forbud mot angrep er krenket, og beskyttelsen således ikke har vist sig effektiv, er dette langtfra tilfelle for de handlingers vedkommende, som bare gir anledning til erstatningsplikt. Her er handlingen — iallfall når erstatningsplikten er blottet for preventive formål — nettop en betingelse for at beskyttelsen skal tre i kraft. Hvis man derfor oppfattet begrepet rettsstridig som alt det som krenker en subjektiv rett, blev begrepet helt uensartet i sitt innhold, idet det måtte spaltes i to. Ved siden av det normale, det praktisk uendelig mere betydningsfulle tilfelle av rettsstrid, hvor interessekrenkelsen skriver sig fra en forbudt handling, måtte man anerkjenne spesialtilfeller av en helt annen art, betinget av erstatningsplikten. Og da denne ofte pålegges efter rent andre hensyn enn dem som leder til å forby den handling som er årsak til skaden, vilde de to elementer i rettsstridsbegrepet være fullstendig inkommensurable, og begrepet dermed dømt til evig heterogenitet. Adjektivet rettsstridig kunde tenkes knyttet til alt som overhodet kan bli årsak i skade: menneskelige handlinger, dyrs bevegelser, naturkrefters blinde inngripen i livsforholdene, alt kunde bli «rettsstridig», hvis rettsordnen lot sitt erstatningsinstitutt tre i funksjon. Men dette er også betingelsen. Hvis hverken den skadegjørende handling er forbudt, eller noget erstatningskrav er innrømmet den skadelidende, er ikke interessekrenkelsen nok til å karakterisere forholdet som rettsstridig i subjektiv forstand.

Et rettsstridsbegrep oppfattet på denne vis, vil som man ser få liten prinsipiell betydning. Rettsregler av særlig stor rekkevidde kan jo umulig tenkes knyttet til et begrep, som skjuler så vesensforskjellige fenomener bak sitt navn. Begrepet vilde vesentlig være redusert til å ha sekundær betydning i erstatningsretten, nogen

grunnleggende betydning for hele rettsordnen vilde det ikke kunne gjøre fordring på.

Det er ikke et rettsstridsbegrep av denne art som lever i folkets rettsbevissthet, som praktiseres av våre domstoler, og som våre lover f. eks. straffeloven, bygger på. Det rettsstridsbegrep som videnskapen i almindelighet opererer med<sup>1)</sup>, og som den almindelige rettsopfatning vedkjenner sig, er identisk med urettens begrep, betegner altså alt det som strider mot den objektive rett. Således oppfatter også våre lover begrepet, om enn det som sagt er så lite behandlet, at det nok kan påvises trekk av en annen opfatning, som ser begrepet fra de subjektive interessers synspunkt.

Slik bør også begrepet oppfattes, skal det få den dyptgående betydning, som man nu mer og mer føler at det tilkommer. Klarere og klarere går det op for rettsbevisstheten, at grensen mellom rett og urett bør stå markert og centralt i rettsordnen. Og til å betegne alt hvad der ligger på den ene side, på urettens side, av denne grense trenger man et begrep. Det er dette som er rettsstridsbegrepets innhold: *Rettsstridig er den handling som rettsordnen forbyr.*

Dette er altså den definisjon av rettsstriden, som efter min opfatning er den rette. Men har det ingen betydning at en handling krenker en subjektiv rett? Jo selvfølgelig, det er ikke rettsordnen likegyldig, om de interesser krenkes, som den har tilsagt sin beskyttelse. I mangfoldige retninger tillegges dette moment betydning, men nogen nødvendig sammenheng mellom den rettsstridige handling og krenkelsen av en rettslig beskyttet interesse, er det ikke.

På den ene side forbyr rettsordnen mange handlinger som ikke behøver å medføre nogen krenkelse av borgernes individuelle interesser. Eksempel: Det er forbudt å skyte efter en mann, selv om skuddet ikke treffer. Det er videre forbudt å gå på venstre side av gaten, når politivedtektene bestemmer at man skal gå på høyre. På den annen side kan det tenkes interesser, som bare nyder rettslig beskyttelse i den form at den skade som er tilføiet dem, erstattes. Borgernes liv og eiendom er beskyttet mot de farlige bedrifter. Dog bare i den form at det gis dem erstatning for skade, ikke i den form at selve angrepet eller selve bedriften er forbudt.

At en rettslig beskyttet interesse er krenket, er derfor uten

---

<sup>1)</sup> Av nyere forfattere bruker dog Morgenstjerne i sin avhandling: Om Erstatningspligt for andres Handlinger Rt. 1887, s. 181 o. fl. st., uttrykket «rettsstridig» i betydningen, stridende mot en subjektiv rett. L. c. s. 181 tales der f. eks. om «rettsstridige», men «pligtmæssige» embedshandlinger.

*prinsipiell* betydning for grensen mellem rett og urett. Ulydigheten er kjernen i rettsstriden.

II. Selv om man er enig i det foran anførte, og således ser det avgjørende kriterium på en handlings rettsstrid deri, at den strider mot rettsordnens bud, vil allikevel enkelte forfattere legge ytterligere et moment inn i begrepet, nemlig at handlingen for å være rettsstridig må *motarbeides* av rettsordnen.

Ussing f. eks., definerer det rettsstridige som «en menneskelig Handling eller Undladelse, der strider mot Løven og derfor modarbeides av denne (l.c. s. 12)». Gir man definisjonen denne form, blir den ikke uriktig; for det er klart at når rettsordnen forbyr en handling, ønsker den at handlingen ikke skal foretas, og motarbeider da selvfølgelig handlingen. Men når dette er så, opnår man bare å gjøre definisjonen pleonastisk ved å føie momentet om motarbeidelse inn i den.

Dette er imidlertid ikke Ussings mening. Gjennom en slutningsrekke, hvis enkelte ledd han ikke helt gjør rede for, kommer han nemlig til å legge hovedvekten på dette siste moment, «motarbeidelsen»<sup>1)</sup>. Ussing forutsetter nemlig ikke bare, at enhver handling som strider mot loven, implicite motarbeides av denne, men også av alle handlinger som motvirkes av rettsordnen, med nødvendighet strider mot denne, og er forbudt<sup>2)</sup>. Ut fra denne sin opfatning ledes Ussing til i rettsordnens motarbeidelse av en handling å se det virkelige kriterium på rettsstriden, ja han går så langt som til å si: «Såsnart en Handling kan modarbeides med et eller andet Middel» (likegyldig om dette virker kompulsivt eller mekanisk) «er den retstridig» (l.c. s. 13). I praktisk henseende fører Ussings opfatning til, at man, når det spørres om en handlings rettsstridighet, ikke behøver å stille sig det ofte tvilsomme spørsmål: Har rettsordnen forbudt denne handling, men man kan nøie sig med å undersøke om handlingen eller dens resultater motarbeides av rettsordnen; og dette er i praksis ofte lettere.

Ussings lære er imidlertid ikke riktig. Dens forutsetning, at «en Handling kun kan modvirkes, naar den er retstridig» er nemlig som også påvist av Vinding Kruse<sup>3)</sup>, langt fra korrekt. Riktignok mener Ussing, at hans setning «i og for sig er indlysende». Imidlertid er den i virkeligheten så lite innlysende, at det ikke bare er fullt

---

<sup>1)</sup> «Om en Handling eller Undladelse er retsstridig, vil efter det anførte bero på, om den modvirkes av Retsordenen» (l. c. s. 13).

<sup>2)</sup> «En Handling kan kun modvirkes, naar den er retstridig» l.c. s. 32.

<sup>3)</sup> T. f. R. 1915, s. 273/74.

tenkelig, at rettsordnen søker å motarbeide en handling ved å gi individet motiver til ikke å foreta den, uten derfor å gå så vidt at den forbyr handlingen, men det er også et forhold, som man kan iaktta i det virkelige rettsliv. Vinding Kruse har f. eks. sikkert rett i, at når rettsordnen pålegger ansvar for farlige bedrifter uten hensyn til skyld, gjør den dette bl. a. av preventive grunner, d. v. s. den søker å motarbeide de hendelige skader som følger med bedriften, ved å opstille ubetinget erstatningsansvar for disse, og dermed gi fabrikanten motiver til å skjerpe sin aktsomhet til den ytterste grense. Jfr. også Skeie i T. f. R. 1907, s. 174/75.

Et annet eksempel på det samme forhold har man efter den i Tyskland herskende lære i B.G.B. § 826. Der statueres her erstatningsplikt for alle handlinger som «in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt». At rettsordnen her ved å pålegge denne plikt, søker å motarbeide slike handlinger, er vel utvilsomt. Og dog antar den herskende tyske teori, uten å være sig nogen indre motsigelse bevisst, at de samme handlinger ikke er forbudt, d. v. s. rettsstridige<sup>1)</sup>.

Da altså en handling godt kan motarbeides av rettsordnen uten å være forbudt av denne, må man velge mellom de to kriterier; og det synes da klart, at det avgjørende for rettsstridigheten ikke kan være motarbeidelsen, men det forbud som rettsordnen har nedlagt<sup>2)</sup>. Til motarbeidelsen av en handling knytter sig ikke fundamentale rettssetninger; grensen mellom det tillatte og forbudte, mellom rett og urett, er derimot av avgjørende betydning for rettsordnen.

Definerer man imidlertid det rettsstridige som det av rettsordnen forbudte, rammes man av en innvending som Vinding Kruse har fremsatt<sup>3)</sup>: En slik definisjon er rent formell, og derfor intet-sigende. Man lærer av denne definisjon intet om selve arten og karakteren av de handlinger som er rettsstridige, og om *hvorfor* de er rettsstridige.

Innvendingen er til en viss grad berettiget; det hadde sikkert vært ønskelig, om man alt i definisjonen av den rettsstridige hand-

---

<sup>1)</sup> Da Ussings lære om den rettslige motarbeidelse som rettsstridens egentlige kriterium ikke er riktig, faller dermed også den innvending til jorden som han, støttet på denne sin lære, s. 13, note 10, retter mot Merkels og Bindings teori om at den rettsstridige handling alltid må være tilregnelig.

<sup>2)</sup> Således også Stang: Erstatningsansvar s. 102, note 7.

<sup>3)</sup> L.c. s. 269.

ling hadde kunnet gi en reell karakteristikk av de handlinger som går inn under begrepet. Den gode definisjon er ikke bare riktig, men også innholdsrik; god er den definisjon som fotografere sitt objekt fra alle kanter, og som utkrystalliserer alle gjensstandens egenskaper, slik at man vinner det best mulige kjennskap til objektet, bare ved å kjenne dets definisjon. En formell definisjon er derfor aldri fullt tilfredsstillende, og bør vanskelig anerkjennes som definitiv. Kunde man derfor legge inn i definisjonen en karakteristikk av handlingen, som fremhevet en indre forskjell mellom denne og den rettmessige handling, og hvorav det fremgikk hvorfor rettsordnen forbød den ene, men tillot den annen, vilde dette være en stor fordel, ja et virkelig epokegjørende fremskritt. Dog vel å merke under forutsetning av at definisjonen virkelig fikk et reelt innhold; ved å føie inn i begrepet en så utvannet setning som f. eks. at handlingen strider mot rettsordnens interesser e. l., opnår man bare å gjøre definisjonen mere voluminøs, hvilket dessverre ikke er det samme som mere innholdsrik.

Jeg tror ikke at man, iallfall på vår videnskaps nuværende stadium, er i stand til å gi en fyldestgjørende, reell definisjon av rettsstriden, og man må da visstnok inntil videre nøie sig med den foran nevnte, formelle. Grunnen hertil er først og fremst den, at de hensyn som leder rettsordnen til som konklusjon å forby en handling, er så mangeartet, at de vanskelig lar sig samle under et generelt synspunkt som virkelig belyser dem alle. Undertiden er det hensynet til private interesser som driver rettsordnen, undertiden det offentliges, statens tarv. Undertiden er det en handlingens farlighet, undertiden dens direkte skadelighet som er det avgjørende. Men dernest må det erkjennes, at vår videnskap ennå ikke på langt nær har bragt klarhet over hvilken måte rettsordnen går frem på, når den erklærer en handling for rettsstridig, og hvorav det altså kan sluttes, at en konkret handling står i strid med rettsordnens krav. Som bekjent er det jo ikke så, at rettsordnen utgir en rettsstridskodex hvor man kan slå efter; men før videnskapen har bragt klarhet over hvilke handlinger som er forbudt, er det ikke ventelig at den skal kunne gi en uttømmende karakteristikk av disse handlinger.

Imidlertid bør man ikke la den formelle rettsstridsdefinisjon stå ved sitt verd, uten å knytte til den iallfall nogen skissemessige bemerkninger, om hvordan det kan erkjennes at rettsstrid foreligger.

For det første uttaler rettsordnen undertiden direkte, at en handling er forbudt. I et slikt tilfelle er saken klar, ytterligere diskusjon om handlingens forhold til virkelige eller innbilte sam-

fundsinteresser bortfaller. Slike direkte forbud finnes i stor utstrekning i straffeloven, idet anvendelsen av straff i alle tilfeller forutsetter at det foreligger en rettsstridig handling. Ikke bare i skrevne rett finnes forøvrig normer som direkte forbyr en handling, også sedvaneretten kan utvikle sådanne, og har også ofte gjort det.

I andre tilfeller uttaler ikke rettsordnen sig om, hvorvidt handlingen er tillatt eller forbudt. Men det fremgår tydelig, at den på en eller annen vis motarbeider handlingen og dens følger. Den nekter f. eks. en viss rettshandel de virkninger som tilsiktes frembragt, eller den pålegger erstatningsplikt i anledning av en skadegjørende handling. I slike tilfeller viser det sig, at det er sammenheng mellom rettsordnens motarbeidelse av en handling, og dens erklæring om at forholdet er rettsstridig. Man kan nemlig visstnok si, at den adekvate form for samfundets motarbeidelse av en handling, er at denne forbys. Kan det derfor konstateres at rettsordnen motarbeider en handling, f. eks. ved å stenge den ute fra dens almindelige rettsvirkninger, eller ved å pålegge dens ophavsmann erstatningsplikt, tyder dette ofte på at den også forbyr handlingen, hvis det da ikke kan påvises særlige grunner, som viser at rettsordnen har villet nøie sig med en mindre sterk motarbeidelse. Særlig erstatningsplikten er forresten i denne henseende en usikker veiviser; dels illegges erstatning ofte uten noget preventivt formål (eksempelvis ved ekspropriasjon), dels vil det ofte stille sig slik, at rettsordnen ikke har villet motarbeide handlingen i sterkere grad enn ved å pålegge erstatningsplikt.

Endelig er å nevne den måte som rettsordnen oftest går frem på, når den erklærer visse handlinger for rettsstridige. Den anerkjender visse rettsgoder, d. v. s. interesser som den tilsier sin beskyttelse. Og som før nevnt antar rettens beskyttelse regelmessig den form, at visse angrep på disse rettsgoder er forbudt. Inntil de siste femti år, da man festet sig lite ved spørsmålet om en handlinges rettsstridighet, var det den almindelige mening, at enhver handling som ledet til at en rettsbeskyttet interesse blev skadet, der ved også måtte være rettsstridig, selv om den årsaksrekke som ledet fra handlingen til skaden, var av aldri så ekstraordinær karakter. Det er den nordiske rettsvidenskaps fortjeneste å ha bragt til klar erkjennelse at dette ikke er tilfelle. Goos og Getz har påvist, på en måte som ikke vil kunne anfektes, at ikke alle handlinger som i sine resultater leder til at et rettsgode skades, derfor er forbudt av rettsordnen. For å bringe på det rene hvilke handlinger rettsordnen forbyr av hensyn til rettsgodenes beskyttelse, oppstillet Goos og Getz en teori, som senere har fått navnet «interesseavveingens» teori. Inn-



holdet av denne skal senere bli fremstillet, likesom dens rekkevidde og berettigelse skal bli prøvet. (Se nærmere nærv. avh. § 13).

III. Jeg har definert rettsstrid som det der strider mot rettsordnen, mot den objektive rett. Nu spørres det: Hva kan da være rettsstridig? Svaret er: Menneskelige handlinger og undlatelser, og kun disse, kan stride mot rettsordnen, og altså være rettsstridige. Den objektive retts regler består for en vesentlig del av «normer», d. v. s. imperativer, som i form av forbud eller påbud er rettet til borgerne. Overtres et forbud — ved en handling —, eller et påbud, — ved en undlatelse —, stempler rettsordnen denne handling eller undlatelse som rettsstridig. Nu rettes normene bare til menneskelige vesener; kun menneskelige handlinger eller undlatelser kan derfor være rettsstridige<sup>1</sup>). At undlatelser kan være rettsstridige vil jo si, at ikke bare enkelte menneskelige handlinger, men også et visst forhold, en viss optreden av et menneske kan ha dette preg. Hvis A. holder B. i fangenskap, er ikke bare hans aktive handling, å ta B. tilfange, forbudt, men A.s forhold under hele fangeperioden er rettsstridig. Ikke bare det enkelte menneskes optreden kan imidlertid være rettsstridig, også kollektive menneskesammenslutningers handlinger kan være forbudt, f. eks. de juridiske personers<sup>2</sup>).

Men det er bare *menneskers* optreden som kan være rettsstridig. Dette er viktig å holde fast. Ofte brukes nemlig rettsstridsbegrepet også i andre relasjoner; man taler om en «rettsstridig forvoldelse», en «rettsstridig skade», en «rettsstridig vilje» o. l. Denne sprogbruk beror delvis på en reminisens av den opfatning av det rettsstridige, som tok sitt utgangspunkt i den skjeddete skade. Uttrykket «rettsstridig skade» f. eks. har jo god mening, når rettsstridigheten refereres til et angrep på et beskyttet rettsgode. Fastholder man derimot at rettsstridig er det samme som normstridig, blir uttrykket «rettsstridig skade» selvfølgelig meningsløst. Det er da et slurvet uttrykk for den korrekte tanke: en skadevoldt ved en rettsstridig handling. Uttrykket bør undgås, ikke minst fordi det ved et så lite behandlet rettsbegrep som rettsstriden, hvor særlig det eldre utgangspunkt for dets bestemmelse ikke helt er utrensket, lett kan lede til

---

<sup>1</sup>) I denne avhandling skal ikke tas standpunkt til det centrale spørsmål i læren om rettsstrid, nemlig om normens karakter tilsier, at den bare kan overtres på tilregnelig vis. Kun vil jeg bemerke, at dette spørsmål ikke lar sig løse ut fra rent logiske deduksjoner fra normens begrep.

<sup>2</sup>) Denne setning, som i fremmed rett har vært meget omstridt, forsvares i nordisk rett f. eks. av Stang l.c. s. 100, nr. 3, mens den forkastes av Torp, Strafferettens almindelige del s. 215.

misforståelse. At uklar og vakkende terminologi har ledet til gale resultater i realiteten, tør også rettsvidenskapen ha frembudt tilstrekkelige eksempler på.

Heller ikke uttrykket «rettsstridig forårsakelse», eller talen om at en skade kan være «rettsstridig voldt», kan fastholdes, når den her forsvarte opfatning av rettsstriden legges til grunn. Når rettsstridig er det samme som forbudt av rettsordnen, er det klart at en forårsakelse ikke kan være rettsstridig, eller at en skade kan være forbudt. Ikke mot årsaksrekken kan et forbud rettes, men vel mot den handling som setter årsaksrekken i bevegelse. Og taler man om at en skade er rettsstridig voldt, mener man herved å ville uttrykke, at ikke alene den handling som har voldt skaden er rettsstridig, d. v. s. forbudt, men at den rettsstridige handling også er adekvat årsak i skaden, slik at handlingsmannen blir ansvarlig for denne. Men mellom ansvarsspørsmålet og rettsstridsspørsmålet er det ingen nødvendig sammenheng; å anvende det samme begrep på to så vesensforskjellige ting kan da bare lede til forvirring.

Forklaringen til at uttrykket «rettsstridig forvoldelse» er innført i den videnskapelige terminologi, er den riktige iakttagelse, at ikke enhver følge av en rettsstridig handling tillegges betydning av rettsordnen, som betingelse for et erstatnings- eller straffekrav. Der kreves en begrensning av årsaksrekken; men denne er i og for sig rettsstridens begrep uvedkommende. Grunnen til at man har latt sig forlede til å tale om rettsstridig forvoldelse, er visstnok den, at lignende betraktninger som de, der ligger til grunn for denne belkippelse av årsaksrekken, også tas med i beregningen, når en handling erklæres rettsstridig på grunn av dens *generelle* evne til å forårsake skade på visse rettsgoder. At denne grunn ikke er tilstrekkelig til å forkludre rettsstridsbegrepet, burde være innlysende.

Mens de her nevnte eksempler på at begrepet «rettsstridig» knyttes som predikat til annet enn menneskers handlinger og forhold, efter det foregående nærmest beror på en ukorrekt sprogbruk, uten at det foreligger nogen meningsforskjell i realiteten, synes en sådan å være tilstede, hvis ordet rettsstridig også brukes om den menneskelige *vilje*. «Der findes», sier Vinding Kruse<sup>1)</sup>, «foruden rettsstridige Handlinger og Undladelser tillige rettsstridige Viljer»; det rettsstridiges område er derfor «ingenlunde udtømt med: Handlinger eller Undladelser, der strider mod Loven».

Til støtte for sin mening henviser Vinding Kruse til eksempler:

---

1) T. f. R. 1915 s. 268—69.

En dommer arresterer uten føie i omstendighetene en person, som siden viser sig å være den skyldige, eller A. støter B. ned, nettop som denne skal til å drepe ham, uten at A. visste det. I disse tilfeller foreligger iflg. Vinding Kruse ingen rettsstridig handling; «*handlingen*» er tvertimot i begge tilfeller objektivt riktig. Men ikke desto mindre «griber en Retsregel ind, in casu en Strafferegel, der modarbejder — ikke den Handling der er sket — men de indre subjektive Forudsætninger, hvorudfra der er villet, den Vilje, der frembragte Handlingen».

Denne opfatning, at også viljen kan være forbudt, vilde hvis den var riktig, virke nærmest revolusjonerende, ikke bare i læren om rettsstriden, men i hele rettsvidenskapen. Den vilde kullkaste den gamle setning «*cogitationis poenam nemo patitur*», og derved vindisere nytt land for rettsordnens herredømme. Den vilde lede til en fullstendig dualisme i læren om rettsstriden, idet man snart måtte tale om den rettsstridige handling, snart om den rettsstridige vilje. De regler som kunde opstilles om det ene slags rettsstrid, vilde ikke passe for det annet.

Setningen er imidlertid ikke riktig<sup>1)</sup>. Det er visstnok så, at rettsordnen, som også Jul. Lassen<sup>2)</sup> fremhever, har en høist betydelig interesse av at intet rettsbruddssinnelag eksisterer. Men det har alltid og med rette vært lært, at sinnelaget, sålenge det ikke har gitt sig utslag gjennom en ytre handling eller undlatelse, var rettsordnen uvedkommende. Er dette derimot skjedd, er det full grunn for rettsordnen til å reagere mot det samfundtsfiendtlige sinnelag. Og dette gjelder, som også Vinding Kruse er enig i, selv om den handling hvori rettsbruddssinnelaget har gitt sig uttrykk, i sine resultater ikke fremtrer som stridende mot rettsordnen, men tvertimot objektivt er riktig. Jfr. eksemplet med A. som skyter B., der uten hans vitende er iferd med å drepe ham. Vinding Kruse går nu ut fra som selvsagt, at «når alt, hvad der er foretaget, er objektivt fuldkommen rigtig, kan der ikke foreligge nogensomhelst retsstridig Handling»: men nettop denne forutsetning er uriktig, og mot den må det kraftig protesteres. Vinding Kruses opfatning synes å være påvirket av den eldre, i rettsstridslæren nu overvundne teori, om at handlingens resultat er det bestemmende for rettsstridens eksistens; heller ikke er han tilstrekkelig opmerksom på en setning, som vil finne sin nærmere begrunnelse senere (§ 15), men som alle-

---

<sup>1)</sup> Se også Stang: Erstatningsansvar s. 109.

<sup>2)</sup> Om Forsøgets Strafbarhed s. 4.

rede nu fremsettes, at rettsstriden alltid må bestemmes *konkret*: ikke den handling, «å drepe et menneske», er rettsstridig, men vel muligens A.s drap av B.

Det er jo en dagligdags foreteelse, at en handling hvis resultat er ytterst uskyldig, allikevel erklæres rettsstridig, d. v. s. forbudt. Skyter A. etter B. uten å treffe, vil vel neppe nogen ta i betenkning å karakterisere selve *handlingen* som rettsstridig, ikke bare den *vilje* som frembragte handlingen. Og dette uten hensyn til at handlingen erklæres for rettsstridig, utelukkende fordi den åpenbarer et samfundsfarlig sinnelag, idet dens virkning in casu er helt betydningsløs. Men når dette er så, er det ingen grunn til kategorisk å fastslå, at en handling hvis resultat direkte er billiget av rettsordnen, aldri kan være forbudt. Tvertimot kan det godt hende, at rettsordnen erklærer en handling som tyder på et farlig sinnelag for rettsstridig, selv om dens resultat av grunner som var skjult både for handlingsmannen, og kanskje også for rettsordnen, ikke alene blir rettslig indifferent, men endog faller positivt heldig ut.

Rettsordnen forbyr virkelig dommeren å arrestere den mann, som efter alt å dømme, og også efter dommerens opfatning, er uskyldig. Og dette forbud faller ikke bort, selv om det senere viser sig at arrestanten er den skyldige. Det forbys lægen å amputere et tilsynelatende friskt ben; og rettsstriden faller ikke bort ved at der virkelig finnes en kreftsvulst derinne. Og når rettsordnen straffer såvel dommeren som lægen — for forsøk — straffes de for sine *handlinger*; dette viser sig jo best deri, at straffen ilegges i henhold til de paragrafer, som forbyr og straffer handlingen, drapsparagrafen, paragrafen om legemskrenkelse o. s. v., ikke efter en spesiell straffebestemmelse, som retter sitt forbud mot tilstedeværelsen av en viss vilje, og truer denne med straff.

I begge de av Vinding Kruse nevnte tilfeller forbys handlingen, fordi den åpenbarer en samfundsfarlig vilje; allikevel er det handlingen som forbys, ikke viljen. Nogen grunn til å stille den rettsstridige vilje op ved siden av, og i motsetning til den rettsstridige handling, er det derfor ikke.

IV. Er begrepet rettsstridighet et absolutt eller relativt begrep? Før man kan svare på dette spørsmål, må det nøiere fastsettes, hvad det i dette tilfelle menes med disse ord, som så ofte brukes i rettsvidenskapen, og hvis betydning kan være mangehånde. Ved å hevde rettsstriden som et absolutt begrep kan man f. eks. mene, at dens normer er evige og uforanderlige, at de er undtagelsesfri, etc. Påstander som disse anser jeg det dog for overflødig her å ta op til

drøftelse<sup>1)</sup>). Hvad jeg mener med mitt spørsmål om rettsstridigheten er et absolutt eller relativt begrep, er derimot dette: Kan en handling rettsstrid bestemmes utelukkende i dens forhold til normen, således at den er rettsstridig i alle de relasjoner og følger hvori den kan komme, eller må dens rettsstrid bestemmes særskilt overfor hver enkelt av dens følger, og overfor hver enkelt person som den affiserer. Hvis dette siste antas, kan en handling godt være rettsstridig i forhold til A. men rettmessig i forhold til B., rettsstridig i forhold til følgen X, men rettmessig i forhold til følgen Y.

Blandt de forfattere som har behandlet spørsmålet i den nordiske literatur, synes det å være enstemmighet om, at rettsstriden i denne forstand er relativ. «Hvad der er retstridig i Forhold til én, behøver ikke at være retstridig overfor andre», sier Ussing (l.c. s. 16, n. 15). Og forfatteren fortsetter: «Her er et punkt, hvor den anden Betydning af Ordet Retstridighed har sin Fordel. Naar man tager Ordet som enstydig med ulovlig, «normwidrig», er man tilbøielig til at opfatte det som absolut. Hvor det tages som stridende med subjektiv Ret, er det derimod naturligt at tænke paa dets Relativitet».

På flere punkter fremhever videre Goos, at det for at erstatningsplikt skal opstå, kreves at handlingen i forhold til det skadede rettsgode er rettsstridig. Også Stang i sin Erstatningsansvar pointerer at en handling kan være rettsstridig i forhold til en av dens følger, men rettmessig i forhold til andre.

Jeg er enig med Ussing i, at når man oppfatter rettsstriden som normstrid, må den oppfattes absolutt, d. v. s. man setter den bare i relasjon til normen. En handling blir da forbudt, eller ikke-forbudt. Den kan ikke være tillatt overfor følgen X, men forbudt overfor følgen Y. Det er meget mulig, at handlingen kan være forbudt av hensyn til personen A. eller følgen X, mens hensynet til personen B. og følgen Y ikke vilde ha ledet rettsordnen til å nedlegge forbud mot handlingen. Men herav følger ingenlunde at handlingen er forbudt i forhold til A. og X, men tillatt i forhold til B. og Y. Er handlingen av hensyn til én av dens følger eller av andre grunder forbudt, er den forbudt kort og godt, d. v. s. absolutt forbudt. En handling som rettsordnen samtidig forbyr og tillater, er et tankemisfoster. Også læren om rettsstridsbegrepets relativitet beror, som Ussing er opmerksom på, på reminisenser av den forkastede opfatning av rettsstriden, som det der strider mot en subjektiv rett. Den blander videre sammen spørsmålet om ansvaret for følgerne av handlingen,

---

<sup>1)</sup> Se om spørsmålet Binding: Normen s. 127.

med spørsmålet om dennes tillatelighet. Hvad den bestridte lære ønsker å fremheve, og som utvilsomt er riktig, er igjen det samme som læren om den rettsstridige forvoldelse vil gi uttrykk for: Selv om en rettsstridig handling foreligger, er det ikke sikkert at handlingsmannen er ansvarlig for alle dens følger. A. som ulovlig feller trær på B.s grunn, er overfor B. erstatningspliktig for den skade han volder. Men faller et tre over C. som tilfeldigvis går forbi, er det ikke sikkert at han også trekkes til ansvar for denne følge. Dette uttrykker da de nevnte forfattere på den måte, at de betegner handlingen, å felle treet, som rettsstridig overfor B., men ikke overfor C.

Korrekt uttrykkes tanken slik: Å felle treet er av rettsordnen forbudt, ikke bare relativt forbudt. Men dermed er ikke gitt, at A. skal svare for alle de følger hans handling har hatt. Av den begrensning av årsakssammenhengen som vår rett kjenner, følger at A. må svare for den skade hans rettsstridige handling har voldt på B.s retts gode, men ikke for skaden på C.

V. Til en viss grad beslektet med spørsmålet om rettsstridens relativitet, er tvisten om rettsstridsbegrepets *enhet*. Nogen mener, at rettsstridigheten i kvalitativ henseende er en enhet, kjenner altså bare ett rettsstridsbegrep. Andre mener derimot, at der gis flere slags rettsstrid som er av vesentlig forskjellig art.

Å bringe på det rene om det virkelig eksisterer flere slags rettsstrid, er av vesentlig betydning for en undersøkelse av hensiktens betydning for rettsstriden; lar begrepet sig nemlig oppløse i flere kvalitativt forskjellige deler, er jo den mulighet ikke utelukket, at hensiktens betydning for det ene begrep er vesentlig forskjellig fra dens betydning for det annet.

Flere forfattere har villet hevde at det iallfall var to prinsipielt forskjellige former av rettsstrid:

- 1) Den kriminelle, absolutte, umiddelbare og
- 2) den civile, relative, middelbare.

Stort sett faller nemlig disse betegnelser som er samlet henholdsvis under 1) og 2) sammen; men utelukket er det heller ikke, at kriteriene faller ut fra hinannen, at kriminell urett f. eks. ikke identifiseres med absolutt urett o. s. v. Å gå inn på alle detaljer innen disse sondringer, og påvise at de mangler hjemmel i den positive rett, vilde føre for langt<sup>1)</sup>. Samtlige disse forsøk på å dele op uretten i kvalitativt forskjellige underavdelinger, har sin grunn

---

<sup>1)</sup> Se herom Jellinek: *Absolutes und relatives Unrecht* (Ausgewählte Schriften und Reden) s. 151 ff.

i, at forfatterne ikke sondrer skarpt nok mellem normoverskridelsen og interessekrenkelsen, men mer eller mindre bevisst identifiserer denne siste med uretten. Da imidlertid disse krenkelser er av vesentlig forskjellig art, og da videre de rettsfølger som inntreer, også kan være forskjellige, mener de å måtte slutte at også selve uretten er av kvalitativt forskjellig natur.

Man overser da at «Unrecht ist Normüberschreitung»<sup>1)</sup>, og at alle normer som sådanne er likeverdige og av samme intensitet, uansett de samfunnsinteresser som har fremkalt dem<sup>2)</sup>. Er man opmerksom på dette, må man være enig med Jellinek i, at all urett er av «einheitliches Charakter». At forskjellige interesser rammes, og måten dette skjer på, er normoverskridelsen uvedkommende. At uretten drar forskjellige følger etter sig beror på praktiske hensyn, men står ikke i nødvendig forhold til urettens karakter<sup>3)</sup>.

Riktigheten av denne opfatning vilde best bevises ad negativ vei, derved at man godtgjorde uholdbarheten av alle de forskjellige inndelinger av uretten, som — på mere eller mindre spekulativt grunnlag — er forsøkt tvunget inn på den positive rett. I denne innledning, hvis oppgave bare er å skissere rettsstridsbegrepet, kan dette ikke skje. Dog vil jeg omtale det forsøk på å sondre som Platou gjør i sin Privatret, og dessuten refererer jeg Hälschners forsøk i samme retning, fordi den inndeling av uretten som denne legger til grunn, visstnok er den beste som har vært oppstillet.

Hälschner sondrer<sup>4)</sup> mellom *umiddelbar urett* «welches direkt zu der Norm in Widerspruch tretend, dieselbe negiert» og *mittelbar urett*, «welches die Norm nur soweit negiert, als sie im Willen des Berechtigten ihren Sitz hat». Eksempel på dette siste er kontraktsbruddet, hvor «der rechtswidrige Wille zur rechtlichen Norm nur mittelbar, vermittelt des Willen des Berechtigten tritt».

Til denne sondring knytter Hälschner den betydningsfulle setning, at bare den umiddelbare urett kan være kriminell, mens civilurett og middelbar urett faller sammen. Mot denne sondring har Binding innvendt<sup>5)</sup>, at den ikke kan forklare, hvordan den viljeløse

<sup>1)</sup> Jellinek: Die Klassifikation des Unrechts (ovenfor eit. verk s. 82 ff.).

<sup>2)</sup> L.c. s. 82.

<sup>3)</sup> Se også Hagerup: Strafferettens alm. del. s. 35.

<sup>4)</sup> Gerichtssaal Bd. 28, s. 423.

<sup>5)</sup> Normen I s. 263—69, særlig s. 268. Bindings egen opfatning er, at all urett strider mot subjektive rettigheter i den vide betydning av dette ord hvori B. tar det. Da disse subjektive rettigheter er forskjellige, mener B.: «Soviel Arten subjectiver Rechte, soviel Arten und Tatbestände des Unrechts». L.c. s. 298.

og utilregnelige kan tilføies civil urett, særlig da når det er formyn-deren som tilføier den. Heller ikke kan sontringens absolutte karakter stå sig overfor den kjensgjerning, at samtykke fra krenkedes side ofte ophever også kriminell urett, hvor efter Hälschners mening den krenkedes vilje ikke skulde spille nogen rolle. Man må gi Binding rett i, at den prinsipielle forskjell som Hälschner holder på, herved er bevist ikke å være tilstede.

I norsk rett har Platou villet hevde, at der er en vesensforskjell mellom den kriminelle og den civile urett, (Priv. alm. del s. 94) om enn det ikke er ganske klart, hvori han egentlig søker den avgjørende ulikhet. «Den civile Uret», sier han, «skiller sig fra den kriminelle ved Gjenstanden for Krænkelser og ved den retsstridige Handlings Karakter. Hvor der foreligger civil Uret, krænkes et konkret Retsforhold, ved den kriminelle, den offentlige Retsorden; i førstnævnte Tilfælde reiser man sig mot den enkelte Persons rådighet, i sidstnævnte Tilfælde mot Loven; Handlingen er i sidstnævnte Tilfælde i og for sig retsstridig. Ved den civile Uret kjender Retskrænkeren Loven, han vil ikke sette sig op mot Loven, men han indrømmer kun ikke dens Anvendelser i det givne Tilfælde. . . . . I sidste Tilfælde, kriminel Retskrænkelse, reiser han sig mot selve Loven.»

Man vil se, at kriteriene på den urett som ikke er kriminell — altså ikke er belagt eller kan belegges med straff — er noget ubestemte. Dels legges nemlig vekt på om en subjektiv rett er krenket, dels sies det avgjørende for begrepet civil urett å være dette, at den handlende ikke vil sette sig op mot loven, men har en gal forestilling om dens anvendelse i det konkrete tilfelle. Det er ikke godt å forstå om det er det ene, eller det annet, eller begge kriterier i forening, som er avgjørende for sontringen mellom den civile og kriminelle urett.

I alle tilfeller kommer imidlertid sontringen i den mest iøinefallende kollisjon med vår positive rett. Det er nemlig ganske gitt, at civil urett foreligger i mange tilfeller hvor ingen subjektiv rett krenkes, og likeså i en rekke tilfeller, hvor den handlende direkte har satt sig op mot rettsordnen i full bevissthet om sitt rettsbrudd. Omvendt er det en kjent ting, at den urett som er belagt med straff, ofte krenker et konkret rettsforhold, og at man undertiden straffer folk for deres uaktsomme forgåelser, hvorunder de handlende aldeles ikke «reiser sig mot selve loven». Overhodet skulde det synes klart, når man er oppmerksom på at straff eller ikke-straff beror på rene hensiktsmessighetsgrunner, at nogen prinsipiell, begreps-



messig grense ikke kan foreligge mellom den civile og den kriminelle urett<sup>1)</sup>).

Et forsøk på å bringe en spaltning inn i rettsstridsbegrepets enhet må også læren om «de betinget rettsstridige» handlinger sies å være. Denne teori har festet sig ved, at visse handlinger, skjønt rettmessige, allikevel drar erstatningsplikt etter sig. For da å angi hvor disse handlinger befinner sig i forhold til grensen mellom rett og urett, bruker man det uttrykk at de er «betinget rettmessige», og tanken er da, at deres rettmessighet er betinget av at der betales erstatning for den skade de har voldt.

Som Stang (l. c. s. 120) i tilslutning til Ussing fremhever, er det imidlertid ikke korrekt å si at rettmessigheten er «betinget» av at erstatning betales; selv om erstatning ikke betales, fordi den handlende er blitt insolvent, blir ikke den handling som alt er foretatt, forbudt av denne grunn. «Betinget rettmessig» er altså disse handlinger ikke. Og heller ikke på annen vis influerer den erstatningsplikt som pålegges, på handlingens forhold til rettsstridsgrensen.

Det er overhodet uriktig å trekke handlingens følger, og spesielt erstatningsplikten, inn i spørsmålet om normstridigheten. Erstatning kan jo rettsordnen finne grunn til å pålegge både for tillatte og forbudte handlinger; det er den eldgamle vrangforestilling, at erstatningsplikt ikke kan pålegges for en rettmessig handling, som har ligget til grunn for teorien om de betinget rettmessige handlinger. Da denne vrangforestilling falt, burde man straks ha tatt konsekvensen av dette, og erkjent at reglen om erstatningsplikt godt kan optre uavhengig av rettsstridsreglen, og at den rettmessige handling som trekker erstatningsplikt etter sig, ikke er vesensforskjellig fra den som ikke gjør dette. Den som handler i nødtilstand, handler like rettmessig som den der forsvarer sig i nødverge.

Det kan derfor ikke sies å være grunn til, som Stang foreslår, å foreta «en spaltning av begrepet retstrid», idet det dannes en mellomgruppe mellom de helt rettmessige handlinger, (som er ansvarsfri) og de helt rettsstridige. Men dobbelt betenkelig blir Stangs spaltning, når han for denne mellomgruppe foreslår navnet «halvt rettmessige» og altså også halvt rettsstridige handlinger. Skal man nemlig først ha en mellomgruppe, så er iallfall uttrykket «betinget rettmessig» langt å foretrekke for «halvt rettmessig». Allerede tankemessig er uttrykket «halvt tillatt» og «halvt forbudt» ikke

---

<sup>1)</sup> Jfr. også Hagerup Str. alm. del s. 35.

synderlig vellykket. Og hvad verre er, i praktisk henseende blir konsekvensene betydelige. Taler man om «betinget rettmessige» handlinger, er da disse iallfall helt ut legalisert, når erstatning ydes. De halvt rettmessige handlinger vil derimot alltid ha en plett av det forbudte ved sig, de vil alltid i rettsordnens øine stå med et tvilsomt stempel. Lederen av den farlige bedrift befinner sig derfor alltid halvveis over grensen mellom rett og urett. Og rettsordnen ser «halvt misbilligende» på dem som handler i nødstilstand. At dette ikke er tilfelle trenger ingen spesiell påvisning.

VI. Jeg har i det foregående søkt å vise, at begrepet rettsstrid må være en enhet, og at en konkret handling enten må være rettsstridig eller ikke-rettsstridig, at den ikke kan være «betinget» eller «halvt» rettsstridig, og at den ikke kan være rettsstridig i forhold til en person eller til ett resultat, men rettmessig i forhold til andre.

Imidlertid frembyr det praktiske rettsliv et par tilfeller av rettsstrid, som kunde tenkes å tvinge oss til å gi begrepet «en noget forskjellig utformning overfor de forskjellige anvendelser»<sup>1)</sup>. Rettsstridsbegrepet vilde derved bli et «harmonikabegrep» som Ussing kaller det — «trekkspillbegrep» er vel det norske ord —, et begrep hvis innhold varierte etter dets anvendelser og de rettsfølger som det in casu var tale om.

At slike trekkspillbegreper som juridiske instrumenter ikke er særlig anvendelige, er innlysende, og rent a priori kan man si sig selv, at en så fundamental grense som grensen mellom rett og urett ikke uten i ytterste nødsfall bør trekkes forskjellig, av hensyn til de forskjellige rettsfølger som det er tale om. Det er særlig når talen er om adgangen til å øve nødverge mot en handling, at man har ment å måtte gi rettsstridsbegrepet et annet innhold enn ellers, slik at en handling som normalt var rettmessig, behandles som rettsstridig, når det spørres om nødverge er tillatt overfor den. Som foran antydnet, og som jeg senere nærmere skal utvikle, avhenger etter den nordiske rettsstridslære, en handling rettsstrid ofte av om den utsetter et rettsgode for en adekvat fare. Og etter den opfatning av adekvansen som jeg tror er den riktige, (den hevdes i Norge av Stang, Hagerup og Platou, og i Danmark av Kraft), bedømmes adekvansen på grunnlag av de kjensgjerninger og opplysninger om situasjonen, som en bonus paterfamilias i handlingsøieblikket kunde sitte inne med. Nu kan det imidlertid godt hende, at en handling er rettmessig, fordi handlingsmannen A. med full grunn antar den for ufarlig,

---

<sup>1)</sup> Stang l.c. s. 105 n. 13 jfr. Ussing l.c. s. 17 n. 20 og s. 15.

mens B. som handlingen er rettet mot, sitter inne med bedre forutsetninger, og innser at den sannsynligvis, eller endog sikkert, vil komme til å krenke hans rettsgoder. Bør man i et slikt tilfelle tillate B. å øve nødverge mot A.? Stang<sup>1)</sup> og Torp<sup>2)</sup> vil gi ham rett til dette. Augdahl<sup>3)</sup> derimot vil nekte ham denne rett; hans begrunnelse rammer imidlertid ikke sakens kjerne, men anser problemet løst ved en undersøkelse av angrepshandlingens rettsstrid.

Når spørsmålet om tillateligheten av nødverge skal avgjøres i det tilfelle jeg har nevnt, må forholdet etter min mening analyseres slik: Angriperen, A., foretar i dette tilfelle en handling, som rettsordnen, etterat alle opplysninger er tilgjengelige, ikke ønsker foretatt. Når den allikevel ikke har villet eller kunnet stemple denne handling som rettsstridig, altså forby A. å handle som skjedd, ligger grunnen deri at rettsordnen må ta hensyn til den menneskelige erkjennelses skrøpeligheit; den må regne med, at dens undersåtter ikke har mere enn menneskelig evne, og må innrette sin dom over handlingen deretter. Rettsstridig handler derfor A. ikke.

På den annen side står B. som har en innsikt i situasjonen og handlingen, som hvis den hadde vært allemanns eie, utvilsomt vilde stemplet handlingen som rettsstridig. Han representerer altså i dette forhold den ideale rett, han kjemper for det resultat som rettsordnen ideelt sett anser ønskelig, og han forstår at angriperen ikke gjør dette.

En tragisk konflikt er her tilstede; tragisk fordi begge parter representerer standpunkter som rettsordnen billiger, B. fordi hans syn faller sammen med den ideelle rettsordens krav, A. fordi hans optreden i kraft av den menneskelige ånds begrensning er billiget av rettsordnen. En av partene må her vike, må las i stikken av rettsordnen; og skal dette skje, er det rimeligere at det blir A., som kun handler rettmessig, fordi hverken han eller en annen bonus paterfamilias visste bedre, enn B. hvis innsikt er rikere, og som støttet til denne innsikt hevder den ideelle rettsordens krav. Nødvergerett bør derfor innrømmes B.

Men hermed er ikke sagt, at rettsstridsbegrepet må utformes forskjellig, slik at A.s handling nok i almindelighet er rettmessig, men blir forbudt når det spørres om anvendelsen av nødverge. Her passer Augdahls<sup>4)</sup> bemerkning, som er verdiløs i den anvendelse

<sup>1)</sup> l. c. s. 105, n. 13.

<sup>2)</sup> l. c., s. 289.

<sup>3)</sup> l. c. s. 34 n. 8.

<sup>4)</sup> l. c. s. 34 n. 8.

hvori den er fremført, nemlig til avgjørelse av det reelle spørsmål om tillateligheten av nødverge: «En handling kan ikke på en gang være tilladt og forbudt». Forkaster man det gamle syn på rettsstriden, som lot denne avhenge av handlingens resultater, må man si at rettsordnen får felle sin dom om handlingen i handlingsøyeblikket, og denne dom må være endelig og ubetinget. Og har man — av gode praktiske grunner — funnet at A.s handling ikke kan være rettsstridig, fordi hverken A. eller en annen god mann forstod dens farlighet, så får rettsordnen stå ved denne sin dom, og ikke plutselig endre den, fordi det er spørsmål om nødvergerett for B.<sup>1)</sup>

At man allikevel innrømmer B. denne rett, betyr da ikke at A.s handling er rettsstridig, men det betyr at den gamle setning, at bare rettsstridige handlinger kan møtes med nødverge, må oppgis, skjønt det ikke var langt fra, at man antok den for å ligge i «sakens natur». Som også Stang<sup>2)</sup> har gjort oppmerksom på, er det ikke alltid berettiget å knytte nødvergeretten og rettsstriden sammen som et siamesisk tvillingpar. Tvertimot er det ofte forskjellige retts-hensyn som ligger bak rettens nødvergeregler og dens rettsstridsregler, og som den foregående utvikling viser, at det da ingen grunn til å strekke rettsstridsbegrepet på nødvergeregulens Prokrustesseng. Såvel rettsstridsreglene, som reglen om nødverge, bør formes under hensyn til de reelle legislative grunner som ligger bak begge, uten at diskusjonen hemmes av dogmet om den nødvendige sammenheng mellom de to regler. Og viser da denne drøftelse, at det er tilfeller hvor nødverge bør innrømmes, selvom rettsordnen i konsekvens av sin hele stiling til rettsstridsproblemet har erklært angrepshandlingen for ikke å være rettsstridig, får man åpent se denne kjensgjerning i øinene. Det er da ingen grunn til av hensyn til de gamle «sannheter» om betingelsene for nødverge, å forkludre rettsstridsbegrepet<sup>3)</sup>. Ennu mindre berettiget er det, som Augdahl, av hensyn til avgjørelsen i rettsstridsspørsmålet, å ville nekte adgangen til nødverge i tilfeller hvor denne efter en uhildet betraktning bør anerkjendes.

---

<sup>1)</sup> Om det forøvrig er korrekt å karakterisere A.s handling som rettmessig i de tilfeller som jeg foran har nevnt, eller om det ikke er riktigere og heldigere å nøie sig med å stemple den som *ikke-rettsstridig* (se herom nærmere s. 35) skal jeg ikke her komme nærmere inn på. Antagelig er dog dette siste den riktige løsning av spørsmålet; det tilsynelatende paradoksale i, at en handling som av rettsordnen er tillatt, allikevel kan møtes med nødverge, forsvinner da helt.

<sup>2)</sup> L.c. s. 103.

<sup>3)</sup> Dette gjør Torp sig skyldig i, s. 288—89.

Om det resultat jeg er kommet til, stemmer med positiv norsk rett, kunde kanskje synes tvilsomt, idet strl. § 48 gjør tillateligheten av nødverge avhengig av at angrepet er «rettsstridig». Så lite gjennomtenkt og gjennearbeidet som dette begrep var da straffeloven blev gitt, er det dog sikkert grunn til å anta, at straffeloven mente å tillate nødverge i et tilfelle som det jeg foran nevnte, idet den ikke helt hadde frigjort sig fra den gamle opfatning, at rettsstriden var identisk med interessekrenkelsen. At da senere videnskaps mere korrekte opfatning av rettsstridsbegrepet ikke bør ha innflydelse på den materielle adgang til nødverge, synes klart. Under straffelovens «rettsstrid» skjuler sig derfor forhold som, riktig opfattet, ikke er rettsstridige, og som teorien ikke av hensyn til straffelovens terminologi behøver å betegne som sådanne<sup>1</sup>).

Er dette forholdet, ser man på den ene side, at begrepet rettsstridig ikke behøver å fattes forskjellig i de forskjellige anvendelser. På den annen side at nødvergeretten ikke alltid er en reaksjon mot uretten, og derfor ikke alltid er rettshåndhevelse. Det er overhodet et spørsmål, om ikke vår teori har lagt formeget vekt på det ene element i nødverge, rettshåndhevelsen, mens den har negligert det annet element som dog ikke må glemmes, forsvaret mot interessekrenkelsen. Ut fra dette siste synspunkt kunde kanskje det spørsmål reises, om det er berettiget å skille nødverge- og nødshandlingen ved et så gapende svelg som det hos oss i teorien almindelig skjer.

Lignende tvilsomme spørsmål om tillateligheten av nødverge kan også opstå, når offentlige tjenestemenn — og særlig da underordnede, som handler efter ordre — griper inn i borgernes rettssfære. Det hender undertiden, at en tjenestemann foretar et inngrep som materielt er uriktig, og at den angrepne kjenner til dette, uten at rettsordnen allikevel finner grunn til å stemple tjenstemannens optreden som rettsstridig, fordi han nemlig var i grunnet god tro på sin handlings betimelighet. Se herom Augdahl s. 49—50 og Torp l.c. s. 290.

Uten å gå inn på det reelle spørsmål, om den angrepne her har rett til å forsvare sig, skal det i henhold til det foranstående slås fast, at svaret herpå hverken avhenger av, eller har følger for opfatningen av om funksjonæren kan sies å ha handlet rettmessig eller ei; det er spørsmålet om man ikke undtagelsesvis har nødverge-

---

<sup>1</sup>) Se også Stang s. 103 n. 10.

rett overfor handlinger som efter en riktig opfatning ikke er forbudt, men kanskje tvertimot påbudt, som det her gjelder.

VII. Under det forsøk jeg foran har gjort på i grove trekk å skissere rettsstridsbegrepet, har jeg nærmest forutsatt, at den grense som rettsordnen trekker overfor uretten, deler de menneskelige handlinger i to grupper: de handlinger som faller på den ene side av grensen er forbudt, mens de som faller på den annen side er tillatt, d. v. s. positivt billiget av rettsordnen. At dette også alltid er tilfelle, og at det endog er logisk nødvendig, synes Augdahl å mene (s. 34 n. 8): «Enten er en handling forbudt eller den er tilladt. Noen mellemtung gives ikke». Som bl. a. Binding<sup>1)</sup> og v. Liszt<sup>2)</sup> har gjort opmerksom på, gis der imidlertid handlinger som rettsordnen hverken tillater eller forbyr, men som er rettslig indifferente. Rettsordnens stilling til disse handlinger er da den, at den ikke finner å burde forby dem, men den vil heller ikke forsyne dem med rettmessighetens stempel. Den stempler dem overhodet ikke, og disse handlinger må derfor undvære enhver rettslig klassifikasjon. Hvilke handlinger som faller inn under denne gruppe, vil i stor utstrekning være avhengig av, om den Merkel-Bindingske opfatning av normstridigheten som betinget av subjektiv skyld, blir anerkjent eller ikke. Bl. a. fordi jeg ikke optar dette spørsmål til drøftelse i nærv. avhandling, går jeg ikke nærmere inn på de rettslig indifferente handlinger, skjønt de utvilsomt fortjener stor opmerksomhet. Det er forøvrig heller ikke påkrevet her å opta disse handlinger til nærmere drøftelse. Hvad jeg undersøker er jo, om hensikten nogensinne avgjør om en handling skal karakteriseres som rettsstridig eller *ikke-rettsstridig*. Om den i siste fall positivt erklæres for tillatt, eller bare tolereres av rettsordnen, kan være forholdsvis likegyldig i denne forbindelse.

## § 2. Terminologiske og systematiske forklaringer.

### I. Hensikten.

Det tør være påkrevet, ganske kort å gjøre rede for den betydning hvori dette begrep er tatt i denne avhandling. Visstnok er hensiktsbegrepet ingenlunde et ukjent begrep i rettsvidenskapen;

<sup>1)</sup> Handbuch des Strafrechts I, s. 765—66.

<sup>2)</sup> Lehrbuch des deutschen Strafrechts s. 133.

norsk strafferett har jo undersøkt begrepet ganske inngående, og spesielt avgrenset det klart overfor beslektede begreper, særlig da overfor forsettsbegrepet. Allikevel er det nødvendig for det formål jeg har satt mig i denne avhandling, å utvikle det innhold jeg legger i begrepet, og særlig gjøre opmerksom på de friheter som vil bli tatt m. h. t. undersøkelsens ramme.

Hensikt kan kun optre ved menneskelige handlinger, og handling kalles en legemsbevegelse, som har sin årsak i en bevisst viljesakt<sup>1)</sup>. Det sjelelige grunnlag som en handling springer frem av, er i sin enkleste form dette: Mennesket kjenner en ulystfølelse, og det oppstår en drift rettet på å fjerne denne. Denne drift er som regel — når det ikke dreier sig om rent instinktive handlinger — blind<sup>2)</sup>, d. v. s. den er ikke rettet på noen bestemt handling. En bestemt retning får driften først, når det hos individet dukker op den forestilling at en viss bevegelse av legemet har evne til å fjerne ulystfølelsen; i henhold til denne forestilling foretas handlingen.

Målet for denne er altså i siste instans å fjerne ulystfølelsen. Dette er «der psychische oder innere Zweck der Handlung» (Zitelmann). Imidlertid fester både sprogbruken og den almindelige, naturlige betraktning sig mere ved den ytre tilstand, som umiddelbart virker slik at ulystfølelsen bortfaller, og kaller gjerne denne for handlingens formål. «Der reale oder äussere Zweck der Handlung» kaller Zitelmann dette. Gjør jeg f. eks. store anstrengelser for å opnå en viss stilling, vil sikkert jeg selv og alle andre si, at mitt formål eller min hensikt er å få stillingen. Selve den tilfredsstillelse som dette vil skaffe mig, trer ikke i forgrunnen for tanken. «Wir denken den psychischen Endzweck als selbstverständlichen Anhang des realen Zwecks» (se Zitelmann s. 163).

Jeg har i det foregående hatt for øie, hvad Zitelmann kaller «die einfache Handlungsreihe», d. v. s. det tilfelle, at selve den enkle legemsbevegelse som settes i verk, har evnen til å fjerne ulystfølelsen. Ved denne art handlinger, som sjelden eller aldri forekommer, faller altså hensikten sammen med handlingens reale formål.

Mere innviklet blir imidlertid forholdet, når den tilfredsstillelse som søkes, ikke kan opnås uten gjennom en kjede av handlinger; den handlende blir her nødt til å sette en årsaksrekke i bevegelse

---

1) Jfr. Zitelmann: «Irrtum und Rechtsgeschäft» s. 29—30.

2) Zitelmann l.c. s. 105.

for å nå sitt mål, han bruker de ytre handlinger eller andre kjensgjerninger, som midler til å nå det endelige formål. Allerede dette gjør forholdet komplisert, og enda mere innviklet blir det på grunn av den kjensgjerning, at hver av de handlinger som anvendes, blir utgangspunkt for mange nye årsaksrekker, der igjen kan stå i nærmere eller fjernere forhold til handlingsmannens bevissthet. Som eksempel nevner jeg: A. har godt håp om å få en god stilling, hvis ikke hans medbeiler B. hadde optrådt som ansøker. Imidlertid lykkes det A. å skaffe B. avveien, ved å avspore det tog som B. om aftnen reiser hjem med.

Det reale formål for A.s handling er i dette tilfelle å få posten, det psykiske formål den tilfredsstillelse som dette faktum vil skaffe ham. Som middel til å nå dette mål må han sørge for at hans medbeiler B. ikke får anledning til å delta i konkurransen. Som middel hertil velger han å drepe B., og hertil bruker han igjen togavsporingen som middel. Denne hans handling har videre de forskjelligste virkninger: Toget avspores, en rekke mennesker blir drept, enda flere mister sin forsørger, jernbanens materiell blir ødelagt. Nogen av disse følger har A. naturligvis tenkt sig som nødvendige, f. eks. den materielle skade og tapet av menneskeliv, andre har stått som mer eller mindre sannsynlige, f. eks. den omstendighet at mange mennesker vilde miste sin forsørger. Andre følger har absolutt ikke dukket op for hans bevissthet: Med toget fulgte f. eks. et ytterst viktig forretningsbrev som brenner op, og hvis forsvinnen har de mest skjebnesvangre følger.

Når man nu står overfor den oppgave å angi hvilke av disse kjensgjerninger som omfattes av handlingsmannens hensikt, må det først slås fast, at de kjensgjerninger som kan komme i betraktning, iallfall må være optatt i handlingsmannens forestillingskreds. Følger som denne ikke hadde nogen forestilling om, kan ikke være tilsiktet.

Men innenfor den ramme som således er trukket, har det gjort sig forskjellige opfatninger gjeldende m. h. t. hensiktens begrensning:

1) Enkelte mener at ordet «hensikt» rettelig kun betyr den *endelige hensikt*, det «reale Zweck», av hensyn til hvilket årsaksrekken blev satt igang<sup>1)</sup>. I det eksempel jeg foran nevnte, er da A.s hensikt med togavsporingen å opnå den post han søker. At den almindelige sprogbruk berettiger til å ta ordet i denne betydning, er ikke gjenstand for tvil.

---

<sup>1)</sup> Se den lange rekke av forfattere som har hevdet denne mening; Gram: Om Motivets Betydning i strafferetlig Henseende s. 15.



2) Imidlertid vil en rekke forfattere strekke hensiktsbegrepet videre<sup>1)</sup>. De fester sig ved den kjensgjerning, at et faktum ikke bare har verdi for den handlende, når det selv er i stand til å stille et savn, men også når det attrås av handlingsmannen, som middel til å nå et mål som skaffer ham tilfredsstillelse. I eksemplet er togavsporingen og B.s død nødvendige midler for at A. kan nå sitt mål, og de er da innbefattet i hans hensikt. Alt hvad handlingsmannen tenker sig som nødvendige midler til å nå det mål han har satt sig, alt som ligger i «den lige Linje mellem Handlingen og Endemaalet»<sup>2)</sup>. alt som handlingen er «positivt rettet» mot<sup>3)</sup>, omfattes av handlingsmannens hensikt.

Det har vært innvendt mot denne bestemmelse av hensiktsbegrepet, at den ikke er psykologisk holdbar. Man har hevdet at hensikt bare kunde foreligge, når det kunde konstateres en positiv streben mot resultatet fra individets side, og dette skulde igjen lede til at resultatet i sig selv måtte stå som ønskelig for den handlende. Men dette behøver ikke å være tilfelle med de handlinger man bruker som middel i et visst formåls tjeneste. Tvertimot kan anvendelsen av midlet volde den største ulyst, man søker i det lengste å undgå å benytte det. Det kan jo, for å vende tilbake til eksemplet, godt være at A. kvier sig for å drepe B., som igrunnen er ham sympatisk, og hvis død i og for sig bedrøver ham. Da å betegne B.s død som «tilsiktet», som et formål for handlingsmannen, er — mener man — psykologisk galt, idet man stiller sammen under samme begrep sjelelige kjensgjerninger som er helt forskjellige.

Jeg må dog gi Gram<sup>4)</sup> m. fl. rett i, at det er full psykologisk anledning til å gi hensiktsbegrepet denne videre ramme. Det er visstnok så, at i dette begrep ligger uttalt, at den handlende gjerne ser at hensikten realiseres, og at kun de kjensgjerninger hvis inn-treden står som ønskelige for handlingsmannen, kan være gjort til formål av ham. Men dette krav er fyldestgjort, når den handlende foretar en handling, som han anser for et nødvendig middel til å nå et annet og attråverdig formål.

Til de fleste handlinger er jo knyttet både lyst- og ulystbetonede forestillinger, og om handlingen skal bli stående i bevisstheten som lystbetonet — altså attråverdig — eller ikke, avhenger av resultatet av de motstridende tendenser. At en attråverdig handling kan

---

1) Se Gram s. 4 og de s. 17 citerte forfattere.

2) Gram side 7.

3) Goos: Den danske Strafferets almindelige Del, s. 368.

4) L. c. s. 4—5.

fremkalle forestillinger som er ulystbetonet, er derfor ingen mot-sigelse, når bare de forestillinger som trekker i motsatt retning, er de sterkeste. Men dette er nettop tilfelle med de handlinger som foretas som middel i et annet formåls tjeneste. At handlingen er ønsket viser sig jo klart; de lystbetonede forestillinger har altså overvunnet de ulystbetonede. Den eneste eiendommelighet er den, at mens ulystfølelsen ved handlingen direkte er knyttet til forestil-lingen om handlingens foretagelse, er den lystfølelse som viser sig sterk nok til å drive handlingen igjennem, knyttet til forestil-lingen om handlingens følger i en bestemt retning.

At det således er psykologisk holdbart å gi hensiktsbegrepet denne videre fatning, må ansees godtgjort. Jeg skal senere vise, at det også er riktig eller heldig å avgrense begrepet på denne måte.

3) Ennu videre vil enkelte<sup>1)</sup> strekke begrepet. Det er en kjensgjerning, at hver menneskelig handling har talrike og forskjell-igartede virkninger. Det er ikke så, at en handling bare beveger sig i like linje mot det mål som er tilsiktet, og bare setter i verk en årsaksrekke som går rett på målet. Tvertimot optrer «sidefølger», hvis talrikhet langt overstiger selve den direkte årsaksrekkes trin.

Disse sidefølger kan stå for den handlende som mer eller mindre nødvendige konsekvenser av de tilsiktede kjensgjerningers inntreden. Nu kan det ikke være tale om å regne de sidefølger for tilsiktet, som for gjerningsmannens bevissthet ikke har stått som *nødvendige* følger av hans handling, men bare som mulige. Men for de nødven-dige sidefølgers vedkommende kunde følgende resonnement gjøres gjeldende: Når handlingsmannen står overfor valget mellom å fore-ta eller å undlate handlingen, må han akseptere denne helt ut med alle dens nødvendige konsekvenser. Vil A. i det eksempel jeg stadig bruker, drepe B. ved å avspore toget, må han ved sin overveielse av det ønskelige i å skride til denne handling, også ta hensyn til de nød-vendige følger av togavsporingen, andre menneskers død og materi-ellets ødeleggelse. Foretar han allikevel handlingen, betyr dette at den tross alt med alle sine nødvendige følger står lystbetonet i hans bevissthet, m. a. o. er tilsiktet av ham. Dette er dog neppe riktig. Det er jo på det rene, at hensikten som regel ikke refererer sig til selve foretagelsen av den legemlige bevegelse; det er overfor handlingens følger man taler om hensikt. Men overfor de sidefølger som foran er nevnt, har den handlende, selv om de er aldri så nødvendige, ikke følt annet enn ulyst, det har ikke stått som et formål for ham å frem-

---

<sup>1)</sup> Se herom Gram s. 6.

kalle dem. Helst nådde han sitt mål uten å ta dem med. La være at den uvilje han har hatt mot å fremkalle disse følger, ikke har vært sterk nok til å avholde ham fra handlingen. De er allikevel merket i hans bevissthet med ulystens fortegn. Anderledes med midlet, i eksemplet altså B.s død: Her hvor følgen ligger i den direkte linje til målet, hvor den er en nødvendig betingelse for å nå dette, er selve denne følge ønsket og tilsiktet. Mens altså i eksemplet med jernbaneavsporingen B.s død er fremkalt med hensikt, er de andre passagerers død bare nødvendige sidefølger.

Mellem opfatningene 2) og 3) er det en klar psykologisk og etisk forskjell, og hensiktsbegrepet har aldri i vår rett vært strukket så langt, at de nødvendige sidefølger kom med. Det blir mellom de opfatninger som jeg har referert under 1) og 2) at valget må stå.

Og hvilket valg der efter norsk rett her må treffes, kan neppe være tvilsomt: Det er det *videre hensiktsbegrep* vår rettsvidenskap bygger på. «Tilsiktet» er efter denne opfatning, ikke bare hvad den handlende ønsket å opnå som sitt endelige mål, men også hvad han tilstreber som nødvendig middel til å nå dette mål.

Det er nok mulig, at de to underavdelinger av begrepet psykologisk lar sig holde ut fra hinannen. I rettslig henseende bør de allikevel behandles likt — iallfall som den store regel — idet begge er karakterisert ved det samme begrepsmerke, som er avgjørende for rettens stilling til og behandling av de kjensgjerninger det her gjelder. Resultatet er i begge tilfeller tilstrept av handlingsmannen, det står som lystbetonet i hans bevissthet, hans virksomhet er direkte rettet på å hitføre det. Om det da er det tilsiktede resultatets egenverdi, eller dets avledede verdi som middel til å opnå et annet mål, der danner basis for denne lystfølelse, er som regel uten betydning for rettsordnen.

Jeg antar også, at man i den positive rett finner eksempler på, at den ovenfor hevdede opfatning er riktig. Når det f. eks. til en gave fordres at formuesoverførelsen skal være skjedd i «berikelses-hensikt», er det fullt på det rene, at det ikke behøver å være giverens innerste motiv å berike mottageren. Det kan godt ha vært ønsket om å komme i avisen, eller om å bli kvitt en pågående tigger, som har vært den endelige hensikt. Hvis allikevel giveren som middel i dette formåls tjeneste ønsker gratis å forøke mottagerens formue, er gavehensikt tilstede.

Når videre str.l.s. § 130 straffer den som grovt uaktsomt tillegger nogen av statsmaktene eller en annen offentlig myndighet

handlingar som de ikke har foretatt, når hensikten er å skade vedkommende myndighet i det almindelige omdømme, er det ikke tvilsomt at denne bestemmelse også kommer til anvendelse på den, for hvem det å skade offentlige myndigheter i det almindelige omdømme er et middel i et videre formåls tjeneste, eksempelvis å undergrave tilliten til den nuværende samfundsordning.

I den betydning som foran er hevdet, vil da ordet hensikt bli tatt i det følgende. Som synonymt med hensikt bruker jeg også ordet «formål»<sup>1)</sup>). Likeså «motiv», idet de tilfeller, da ordet motiv har et videre innhold enn hensikten — f. eks. når det spørres om grunnen til at handlingens reale formål overhodet dukker op i bevisstheten — ikke vedkommer denne avhandling.

Som det vil fremgå av det følgende, fastholder jeg imidlertid ikke strengt avhandlingens ramme, utelukkende å drøfte hensiktens betydning for rettsstridsgrensen. Målet er jo å undersøke om ikke denne grense ofte er avhengig både av den handlendes forestillinger og av hans viljesretning. Da oppgaven er den negative, å vise at grensen iallfall ikke alltid trekkes objektivt, har det ikke vært nødvendig å operere med alle de forskjellige modaliteter av viljens forhold til handlingens følger.

Jeg har valgt å undersøke hensiktens forhold til rettsstriden, men jeg behandler den bare som en representant for den indre, sjelelige side av handlingen, som etter min mening ikke er rettsstridsgrensen uvedkommende. Det er mig derfor ikke alltid om å gjøre å påvise enten det er hensikten, eller et annet psykisk og subjektivt kriterium, forsettet f. eks., som i virkeligheten danner det avgjørende begrepsmerke for handlingens forhold til rettsstriden.

I avsnittet om forsøkets rettsstrid f. eks., vil det bli påvist, at den onde hensikt gjør en uskyldig handling rettsstridig. I virkeligheten er imidlertid allerede det onde «forsett» tilstrekkelig til dette. Desto sikrere er det, at hensikten har den samme virkning, og eksemplets bevisverdi for denne avhandling er derfor like stor.

---

<sup>1)</sup> Det kan visstnok hevdes, at det er en viss forskjell mellem disse begreper, idet hensikten svarer på spørsmålet: hvorfor har A. handlet?, mens formålet besvarer spørsmålet: hvilket resultat ønsker A. å opnå? Hensikten skulde da være navnet på en psykisk tilstand, formålet på et ytre resultat. Da imidlertid det å nå formålet nettop er hensikten, slik at resultatet er innbefattet i denne, blir forskjellen mellem de to begreper i virkeligheten bare en forskjell i betoningen. Ved hensikten betoner man fortrinsvis den psykologiske trang, ved formålet det resultat som tilstrebes.

## II. Hvað betyr begrepet «objektiv» rettsstrid?

Nesten alle norske, og forøvrig også de danske, forfattere omtaler sjelden begrepet rettsstrid uten at de plasserer adjektivet «objektiv» foran. Begrepet rettsstrid er derfor i juristens munn blitt nesten enstydig med begrepet «objektiv rettsstrid», og dette siste aksepteres i almindelighet av den juridiske almenhet, uten at man alltid gjør sig det klart hvad denne karakteristik: objektivt rettsstridig, egentlig innebærer. I rettsvidenskapen gjelder det imidlertid mere enn de fleste andre steder, å være opmerksom på innholdet av de ord og begreper man bruker; det må ikke skje, at man istedenfor tanker setter tomme ord, eller benytter begreper uten innhold, som man jonglerer med av gammel vane.

Går man nu begrepet «objektiv rettsstrid» på klingen, viser det sig at det, sproglig sett, kan ligge to ting i uttrykket: Enten søker man ved dette adjektiv å karakterisere begrepets *kilde*, eller man søker å karakterisere *selve de handlinger* om hvilke betegnelsen rettsstridig brukes.

I første tilfelle er betegnelsen et helt betydningsløst, og derfor overflødig, appendiks til begrepet. Man fester sig ved at en rettsstridig handling forbys av rettsordnen — altså av «retten» — og av gammel vane vil man presisere, at «retten» i betydning av rettsordnen gjerne kalles den «objektive» rett, i motsetning til den subjektive rett, som rettsordnen har tilstått individet. For da å pointere, at det er retten i objektiv forstand som forbyr eller tillater handlingen, betegner man da denne som «objektivt» rettsstridig eller rettmessig. I denne forstand må f. eks. Augdahl antas å bruke ordet, når han sier: «Disse *subjektive* momenter blir . . . avgjørende . . . for selve handlingens *objektive* rettmessighet.»<sup>1)</sup>

Jeg anser ikke denne terminologi heldig. For det første klinger den, som det nevnte citat vil vise, ikke synderlig godt, men vil, særlig i legmannens øre, lett få et paradoksalt preg. Dernest er det overflødig å føie begrepet «objektiv» til rettsstriden, når man har på det rene, at rettsstridig betyr forbudt. For det er ganske klart at retten i subjektiv forstand ikke optrer med forbud.

Allikevel vilde jeg ikke spille tid med å drøfte berettigelsen av begrepet, hvis denne opfatning av den objektive rettsstrid var den eneste. Så er imidlertid ikke tilfelle. Visstnok samtlige forfattere som taler om den objektive rettsstrid, legger nemlig et ganske annet rikt og skjebnesvangert innhold inn i begrepet: Ordet «objek-

---

<sup>1)</sup> Nødverge s. 64.

tiv», brukt foran rettsstriden, karakteriserer nemlig ikke bare den kilde som forbudet flyter av, men det er tanken på denne vis å gi selve den rettsstridige handling dens viktigste karakteristikk. Det er min oppgave i nærværende avhandling å søke påvist at denne karakteristikk ikke er riktig. Men hvis jeg har rett i dette, må også begrepet objektiv rettsstridighet i den førstnevnte betydning falle. Ikke fordi begrepet i sig selv er galt; men da det i rettsvidenskapen som annetsteds lett går «troll i ord», må begreper som synes skapt til å lede tanken på villspor, forkastes. Og det må erkjennes at begrepet «objektiv rettsstrid» har en sjelden evne i så henseende. Nesten uundgåelig leder dette navn tanken hen på den annen betydning av ordet, den centrale betydning, som Hagerup gjengir slik: «Retsstridigheden er uafhængig af skyld eller tilregnelighed hos den handlende. Den er ogsaa uafhængig af den handlendes forestillinger»<sup>1)</sup>. Denne opfatning av den rettsstridige handlingens objektive karakter, er i nordisk rettsteori første gang fremholdt av Goos og Getz. «En Hovedfortjeneste ved Getz's og Goos Arbeider er, at de skarpt har belyst den principielle Betydning av det Krav at en Handlingens Retmæssighet . . . . . må bedømmes efter Handlingens hele objektive Forhold til de menneskelige Samlivsvilkaar,» sier Hagerup<sup>2)</sup>. Og Stang fremhever hvordan Getz og Goos trakk rettsstridsbegrepet frem fra dets interiøre tilværelse i begrepet «uaktsomhet», og gav det dets objektive innhold og farve. De spaltet begrepet uaktsomhet i dets objektive og subjektive bestanddeler. «De objektive momenter er tat op i begrepet retstrid»<sup>3)</sup>

Den objektive rettsstridsteori har som nevnt fått tilslutning av nesten alle norske forfattere. Foruten Hagerup og Stang, erklærer således også Platou sig enig i at «Retskrænkelsen er av objektiv Natur; der spørges ikke om det subjektive Moment»<sup>4)</sup>.

Hvad ligger det nu i den sterke fremheven av at rettsstriden bestemmes objektivt? Man savner i norsk rett en eksakt påvisning av dette; men alle de forfattere som anvender begrepet, synes iallfall å være enige om, at det karakteristiske for rettsstriden er at *subjektive* momenter må holdes borte fra denne.

Motsetningen objektiv — subjektiv, blir da den tapp som begrepet dreier sig om. Denne motsetning kan imidlertid oppfattes på

---

<sup>1)</sup> Str. alm. del s. 232.

<sup>2)</sup> T. f. R. 1909 s. 328.

<sup>3)</sup> L.c. s. 99.

<sup>4)</sup> Priv. alm. del s. 95.

flere måter: Den kan betegne motsetningen mellom en ytre betraktning av handlingen, en betraktning som er objektiv, fordi den holder sig til hvad det kan sees i den ytre verden; den indre, subjektive side av handlingen, dens forhistorie i handlingsmannens bevissthet ligger utenfor betraktningen, og altså også utenfor det grunnlag, som dommen om handlingens rettsstrid bygges på. Om en handling er foretatt med hensikt, forsettlig, eller om følgen i forhold til handlingen er rent kasuell, får ingen betydning for den «objektive» rettsstrid. Heller ikke den handlendes motiver til handlingen, eller de forestillinger som rådet i hans bevissthet, da han foretok denne. I en spesiell anvendelse er denne setning formulert av Getz i en meget citert uttalelse: «Jeg er da overbevist om at være paa ret vei, naar jeg fremsetter den paastand, at hvor en handling, foretagen i en retmæssig hensigt, selv uden hensyn til den skade for andre, som den kan medføre, er ubetinget retmæssig, der kan ei den onde hensigt alene forandre sagen og gjøre handlingen til en forbrydelse»<sup>1)</sup>). Også Hagerups ovenfor citerte uttalelse, om at rettsstrid er uavhengig av den handlendes forestillinger, tyder på at begrepet «objektiv» er å forstå på denne måte, likesom denne forståelse visstnok underskrives av samtlige de forfattere, som har gitt læren om den objektive rettsstrid sin tilslutning.

Mens altså den opfatning jeg har omtalt, nærmest refererer rettsstridens «objektivitet» til *det faktiske grunnlag* som rettsordnen tar i betraktning, når den bedømmer en handling, og uttaler at det kun er den ytre side ved handlingen som får betydning, kan rettsstridens objektivitet også referere sig til selve  *vurderingsnormen*: objektiv er da rettsstriden, hvis dens normer er like for alle, slik at det som er rettsstridig for A., også nødvendigvis er rettsstridig for B. Hvis derimot rettsordnen tar hensyn til individuelle og subjektive eiendommeligheter hos de individer, som dens normer rettes til, — hvad det er rettmessig for et barn, eller en sinnsyk, er ikke rettmessig for et voksent, normalt menneske — vil rettsstridens begrep være subjektivt bestemt.

Man ser, at det er en naturlig forbindelse mellom disse 2 forståelser av begrepet; hvis nemlig rettsordnen prinsipielt bare tok hensyn til yttersiden av de menneskelige handlinger, måtte nødvendigvis rettsstriden også bestemmes objektivt i den annen betydning av ordet, idet da de eiendommeligheter ved handlingsman-

---

<sup>1)</sup> Om den saakaldte delagtighed i forbrydelser. Juridiske Afhandlinger s. 57.

nens personlighet, som skulde betinge en forskjellig holdning fra rettsordnens side, vilde ligge utenfor dennes rekkevidde.

Omvendt var det derimot teoretisk tenkelig, at man aksepterte rettsstridens objektivitet i den siste betydning, uten derfor å binde sig til også å anerkjenne den første.

Praktisk er dog de to opfatninger av begrepet knyttet nøie sammen, og når det hevdes at rettsstriden er et objektivt begrep, tar man gjerne ordet i begge betydninger. Dette gjør f. eks. Hagerup, når han sier om rettsstriden at den for det første er uavhengig av handlingsmannens forestillinger, og dernest uavhengig av skyld og tilregnelighet; og Hagerups opfatning i denne henseende deles visstnok av alle de objektive rettsstridsteoretikere.

Det er imidlertid bare mot begrepet i dets første betydning at nærværende undersøkelse er rettet, mens rettsstridens objektivitet i den annen forstand ikke tas op til drøftelse. Uten betydning for dette problem er dog undersøkelsen ikke, idet det er en nødvendig forutsetning for at dette overhodet kan reises, at rettsstridens objektivitet i den førstnevnte forstand forkastes som en almengyldig karakteristikk av denne.

Også et tredje tankeinnhold kan legges i motsetningen objektiv-subjektiv: motsetningen mellom det almene og det individuelle, mellom det abstrakte og det konkrete. «I Retssfæren betyder det subjektive det individuelle»<sup>2)</sup> sier Kraft, og det er riktig, at så kan være tilfelle. I motsetning hertil betyr da det objektive, det almene. Og at rettsstridspredikatet er objektivt i denne forstand, betyr at rettsstriden refererer sig til handlingens *art*: Det er rettsstridig å slå ihjel, å skrive falsk, å bryte en kontrakt, uten at det er nødvendig å ta de individuelle momenter med i betraktning, som utmerker A.s drap eller B.s kontraktsbrudd.

Det er ikke tvil om, at når det stadig sies at handlefrihetens grenser bestemmes objektivt, er de fleste tilbøielige til også å ta ordet i denne siste betydning, idet man vil uttrykke, at disse grenser er stukket op på forhånd ved bestemte og abstrakte regler, som dessuten er bygget på et rent objektivt grunnlag.

Heller ikke denne betydning av ordet «objektiv rettsstrid» er uten sammenheng med de andre, for så vidt som det i ethvert fall ikke er mulig å knytte rettsstridspredikatet til handlinger av almen og abstrakt natur, med mindre man prinsipielt ser bort fra alle de sjelelige og subjektive eiendommeligheter, som de menneskelige hand-

---

<sup>2)</sup> Om Hovedprinciperne i den formueretslige Anordning s. 95.



linger frembyr, og benekter disses evne til å influere på handlingens rettsstrid<sup>1)</sup>). Nogen spesiell undersøkelse av rettsstridens objektivitet i denne tredje og siste mening av ordet er derfor ikke påkrevet, idet min konklusjon m. h. t. dette spørsmål vil gi sig selv som en konsekvens av undersøkelsen forøvrig.

### III.

I almindelighet behandles læren om rettsstriden i privatretten, eller nærmere bestemt i obligasjonsrettens almindelige del. At denne systematikk er i høi grad skjev, og vel egnet til å stille rettsstridsbegrepet i en falsk belysning, vil den enkleste eftertanke overbevise om. Grensen mellem rett og urett er jo like betydningsfull for alle rettens områder; da å reservere dens behandling til privatretten, kan bare lede til at man risikerer å overse sider ved rettsstriden, som kanskje trer klarest i dagen på den offentlige rettsområder.

Det er i *rettssystemets almindelige del*, at rettsstridens problem bør finne sin behandling. I konsekvens av denne min opfatning, kommer jeg i det følgende ikke til å innskrenke mig til behandlingen av borgernes «privatrettslige» handlinger, men vil forsøke, til belysning av emnet, å trekke frem rettsstridstilfeller også fra andre rettsområder.

I kapitel II. henter jeg således emne fra den offentlige rett; jeg behandler her hensiktens betydning for lovens og for forvaltningsaktens rettsstrid.

I kapitel III. behandler jeg borgernes almindelige handlinger som rettsordnens undersåtter, med eksempler fra en rekke forskjellige rettsfelter.

Kapitel IV. er forbeholdt de konklusjoner, som jeg mener bør trekkes av mine undersøkelser.

---

<sup>1)</sup> At dette forøvrig heller ikke bør finne sted selv om den objektive rettsstridslære var riktig, skal jeg vise nedenfor, § 15.

## II. Kapitel.

### § 3. Hensiktens betydning for lovers grunnlovmessighet.

Det er meget mulig at mange vil stusse, når de finner en paragraf med ovenstående overskrift i en undersøkelse av hensiktens betydning for rettsstriden. At en lov kan være rettsstridig, er for mange en fremmed tanke, som de vegrer sig for å akseptere, fordi de mener at predikatet «rettsstridig» ikke kan knyttes til lover, men bare til handlinger eller undlatelser. Og selv om ikke lovens begrep stod iveien for at rettsstridspredikatet blev anvendt på det, vil mange allikevel nekte at dette kan skje, fordi loven er uttrykk for folkets suverenitet, og derfor ikke kan vurderes etter sitt forhold til høiere-liggende normer.

Nærmere besett holder imidlertid ingen av disse grunner stikk.

Lovens *abstrakte form* hindrer selvfølgelig ikke at det kan være rettsstridig å gi den. En forvaltningsakt av generelt innhold — et reglement f. eks. — kan godt være rettsstridig, i den forstand at rettsordnen har forbudt dens ophavsmann å gi den det innhold det har fått. Noget annet gjelder heller ikke om en lov.

Heller ikke *den måte* som en lov hos oss blir til på, utelukker at den kan stemples som rettsstridig. Visstnok skal denne betegnelse, strengt korrekt tatt, være forbeholdt de menneskelige handlinger eller undlatelser, og forsåvidt er det da ikke selve loven, men *det å gi loven*, som rettsordnen kan forby. Men dette siste er det intet iveien for. Som jeg foran har nevnt, kan også handlinger som er resultatet av en kollektiv sammenslutnings beslutninger, godt være rettsstridige. Det rettslige forbud er da rettet mot sammenslutningen, hvis denne er en juridisk person, og mot hvert enkelt medlem som bidrar til, og støtter den forbudte beslutning. At det

derfor ikke fra rettsstridens begrep er noget iveien for at stortinget og de enkelte stortingsmenn kan handle rettsstridig når de vedtar en lov, tror jeg må være klart.

Imidlertid forutsetter rettsstriden, at der eksisterer en norm som forbyr den rettsstridige handling; slike normer, som altså må være de almindelige lover overordnet, har man også hos oss i *grunnloven*. Det er mulig at også andre fundamentale retts- og rettferdighetsprinsipper har iklædd sig den positive retts form, og binder lovgiveren; grunnlovens bud har iallfall denne kraft. Og hvis det derfor kan påvises, at de lovgivende myndigheter har gitt en lov som grunnloven forbyr dem å gi, har de samme myndigheter handlet rettsstridig. For korthets skyld sier jeg da at loven er rettsstridig.

Selv om imidlertid en lov kommer «i strid» med grunnloven, er det allikevel ikke sikkert at den er rettsstridig, d. v. s. forbudt. Meget ofte kommer loven nemlig bare *betingelsesvis* i strid med grunnloven, hvilket som regel vil si at grunnloven visstnok ikke forbyr å gi en lov av dette innhold, men bare krever, at hvis loven skal gjennomføres, må visse privatmenn hvis rett krenkes ved den, ha sitt tap erstattet. Bare hvis grunnlovens forbud er absolutt, eller hvis loven kategorisk har nektet å yde erstatning, blir dens vedtagelse rettsstridig, og alene disse sjeldne tilfeller vedkommer derfor strengt tatt denne avhandling.

Imidlertid finner jeg grunn til i denne henseende å løsne litt på avhandlingens ramme, og behandle en lovs grunnlovstridighet overhodet, enten nu denne har karakteren av «rettsstrid» i streng forstand, eller bare betyr at loven kun kan gjennomføres mot erstatning til dem den går ut over. Det er nemlig nøiaktig de samme rettslige betraktninger som er avgjørende, og den rolle hensikten spiller er i begge tilfeller den samme.

Også en annen anstøtsten kunde synes å ligge iveien for en behandling av hensiktens betydning for lovers rettmessighet. Hensikt er jo et rent psykologisk begrep; kun mennesker, ikke lover, kan ha hensikt.

Også denne innvending må jeg innrømme er formelt korrekt. I bokstavelig forstand har ganske visst loven ingen hensikt. Imidlertid skal det erindres, at uten tilknytning til menneskelige hjerner er jo lovene ikke, og refererer man hensikten, ikke til det døde viljesinnhold som loven representerer, men til de levende viljer som gav loven, får uttrykket den beste mening. Der er i denne, altså litt ukorrekte forstand, man taler om en lovs hensikt. Er lovgiveren

en enkeltmann, er lovens hensikt identisk med lovgiverens hensikt; er lovgiveren et kollegium, refererer man i tanken hensikten til et tenkt rettssubjekt, som representerer konsentrasjonen av alle dem som har vært med på å beslutte loven.

Det lar sig forresten ikke nekte, at hensiktsbegrepet, når det brukes i forbindelse med en lov, også ofte har et noget annet tilsnitt; man tenker på en måte hensikten inkorporert i loven, og gir den en objektiv formulering, slik at en lovs hensikt kan fremgå av en ytre betraktning av den selv. I denne betydning tas ordet «hensikt» f. eks. når det tales om lovens hensikt (eller formål) som middel i fortolkningens tjeneste. Forskjellen mellom denne betydning og den ovenfor fremholdte vil særlig vise sig, når loven er litt gammel — den vil da lett kunne tjene andre formål enn dem, dens ophavsmenn har tenkt sig — eller når lovgiverne har vært så uheldige under sitt forsøk på å gi uttrykk for sine intensjoner, at loven allerede ved sin tilblivelse bærer preg av å tjene andre formål.

Dette siste vil dog sjelden være tilfelle, og da jeg ennvidere behandler lovens grunnlovmessighet ved dens emanasjon — således at en motivforskyvning ikke ennu kan ha gjort sig gjeldende — anser jeg mig berettiget til å sette en strek over den mere «objektive» forståelse av hensiktsbegrepet i dets forhold til en lov, og holder mig derfor til den førstnevnte mening hvori dette ord kan tas. Undertiden taler jeg istedenfor om lovens «hensikt», om dens «grunnlag» eller «begrunnelse»; nogen realitetsforskjell ligger dog ikke i den forskjellige uttryksmåte, idet det jo nettop er lovens hensikt å tjene de interesser som begrunner den.

Jeg er fullt opmerksom på at den betydning hvori jeg altså her tar hensiktsbegrepet, er en nyanse forskjøvet i forhold til det adekvate innhold av dette begrep. Da jeg imidlertid finner at drøftelsen vilde falt vesentlig likedan ut, enten loven skylder sin tilblivelse en enkeltmann, som både har vilje og hensikt, eller et kollegium av lignende enkeltmenn, tar jeg spørsmålet med i denne undersøkelse, særlig fordi jeg finner de resultater jeg kommer til, vel egnet til å kaste lys over hensiktens betydning for utøvelsen av offentlig-rettslig funksjonsvirksomhet overhodet.

I. Som bekjent legger grunnloven visse bånd på statsmaktene, d. v. s. den forbyr dem å fatte visse beslutninger som de ellers vilde vært kompetente til å treffe. Den setter f. eks. visse skranker for de lovgivende myndigheters adgang til å gripe inn i borgernes rettsfære, og den søker å avgrense statsmaktens rådighetssfærer innbyrdes på en slik måte, at ikke én av dem kan trenge inn på de andres

område. Men hvad enten båndet er av den ene eller av den annen art, har det vært vanskelig — eller rettere umulig — å angi dets utstrekning på en så uttømmende måte, at enhver tvil om dets rekkevidde i det konkrete tilfelle utelukkes.

For det første er nemlig statsorganenes virksomhet så mangeartet og så uendelig variert, at det ikke står i menneskelig makt, uttømmende og ved navns nevning å angi de skranker som må stilles. Dessuten økes vanskeligheten ved den forholdsvis suverene stilling, som er innrømmet de statsorganer, for hvis virksomhet det er tale om å sette skranker. Jo større maktfylde disse organer er i besittelse av, desto lettere vil de i praksis kunne finne veier utenom grunnlovsbudet, og anvende fremgangsmåter som ikke går direkte inn under grunnlovens forbud, men som allikevel strider mot den ånd som taler ut av disse. Endelig må det ikke glemmes, at de rettsområder hvor grunnloven har stillet op sine skranker, for en stor del er av den natur, at faste og bestandige skranker, hvis rekkevidde lett kan konstateres og uttrykkes i abstrakte regler, ikke kan oppstilles. Dette gjelder ikke minst de grenser, som hensynet til borgernes rettigheter trekker for lovgivningen; disse grenser må nemlig til en viss grad være avhengig av helesamfundets utviklingsstadium, av den almindelige rettsbevissthets individualistiske eller sociale preg, og skrankenes utstrekning i det enkelte tilfelle vil være avhengig av tusen omstendigheter, som ikke lar sig uttrykke i en abstrakt regels form. Hvis derfor grunnlovsbudene var stive og umedgjørlige normer, som skulde forstås strikte efter sin ordlyd, og hvis rekkevidde en gang for alle var gitt uten hensyn til den utvikling som samfundet og den almindelige rettsbevissthet måtte undergå, vilde lett ett av to bli tilfelle: Enten vilde grunnlovens skranker være så detaljert fastsatt og så stramme i sitt innhold, at de vilde føles som en utålelig klamp om foten på rettsutviklingen, som denne simpelthen vilde emansipere sig fra. Eller grunnlovsbudet vilde, hvis dets ord rakk kortere og dets detaljrikdom var mindre, få en yttest beskjedne rekkevidde, idet de statsorganer mot hvilke grunnlovens forbud var rettet, uten å kollidere med ordlyden vilde komme utenom dem, ved å bruke andre veier enn dem grunnloven har tenkt på. Skal derfor de skranker som grunnloven oppstiller, særlig da overfor den lovgivende makt, virkelig få nogen realitet, og bli respektert i rettslivet, må de gjøres *elastiske*:

På den ene side må grunnlovsbudene *følge med i rettsutviklingen*, de må ikke bli stående på rettsbevissthets standpunkt av 1814, de må til en viss grad forme og lempe sig efter den utvikling som

retten uomtvistelig har gjennomgått siden grunnloven blev gitt. Til gjengjeld må grunnlovens skranker forstås slik, at ikke bare deres ødlyd, men også deres ånd og hensikt binder statsorganene under utøvelsen av deres virksomhet, således at det ikke vil nytte disse organer å søke å bruke den myndighet som grunnloven, tilsynelatende betingelsesløst, har gitt dem, til ad omveier å trenge inn på områder, hvor grunnloven enten efter sine ord eller efter sin ånd har villet forby dem adgang<sup>1)</sup>.

Jeg skal i neste paragraf vise hvordan denne rettssetning gir sig utslag i statsmaktenes innbyrdes forhold, når det ikke dreier sig om materiell lovgivning, men når det ene statsorgan vil bruke sin myndighet, ikke til fremme av de formål som grunnloven forutsetter, men som brekkjern overfor andre statsorganer. Den samme rettsregel som altså her knytter statsorganets rådighetssfære nøie til det formål som forfølges, har imidlertid også et rikt anvendelsesområde, når det spørres om de grenser, som hensynet til borgernes rettigheter stiller for myndighetenes adgang til å gi materielle lover. Før å vise dette, er det ikke min mening å gjennomgå alle de skranker som grunnloven stiller for materiell lovgivning. Jeg velger å belyse setningen ved eksempler, og vil i det følgende undersøke, om ikke de skranker som borgernes økonomiske rettigheter stiller for lovgiveren, i henhold til grunnlovens §§ 97 og 105, i sin rekkevidde er avhengig av den hensikt som ligger til grunn for den lov, om hvis grunnlovsmessighet det er tale<sup>2)</sup>.

Både § 105 og § 97 beskytter borgernes økonomiske rettigheter i en viss utstrekning mot angrep fra statsmaktenes side. Hvor grensen går mellom disse bestemmelsers virkefelter, er ikke alltid lett

---

1) Jeg er altså dypt uenig i en opfatning som to av høiesteretts dommere gav uttrykk for i den store konsesjonssak (Rt. 1918 s. 401 ff.), at grunnlovens bånd på lovgivningsmakten måtte tolkes «strengt», hvilket vilde si strengt bokstavelig, uten hensyn til grunnlovsbudets ånd og hensikt. Sjelden er en «streng» fortolkning så lite på sin plass som her.

2) Rent en passant nevner jeg, at også andre grunnlovsbud, f. eks. budet i § 102 (forbud mot husundersøkelse), må forstås under fornuftig hensyntagen til det formål, som den lov der gir adgang til husundersøkelse, søker å tjene, og til de forhold som gjør en slik inngripen ønskelig. Tar man disse forhold i betraktning, og betenker hvad det er grunnloven ved sin § 102 har villet beskytte borgerne mot, synes det mig klart, at den adgang som rasjoneringsmyndighetene fikk i den verste krisetid (lov 14/5 1917, nr. 5 § 1d) til gjennom husundersøkelse å bringe på det rene om de innsendte oppgaver over levnettsmidler var korrekte, ikke — som det blev hevdet fra enkelte hold — var grunnlovstridig.

å si. § 105 hindrer at borgerne pålegges å avgi sine rettigheter til det offentlige eller til private, uten å få full erstatning for dette. Med avgivelse har dog alltid påbud om ødeleggelse vært stillet i klasse. Men også § 97 beskytter borgernes «velerhvervede» økonomiske rettigheter mot å tilintetgjøres ved en senere lovgivnings luser. I praksis har visstnok særlig grunnlovens § 105 vært ført i marken, når borgerne følte sig krenket i sine rettigheter, og det er derfor hovedsakelig om denne bestemmelse domstolene har uttalt sig, i de talrike saker som har vært reist om lovers grunnlovsmessighet. Den mere tilbaketrukne stilling som derved er blitt anvist § 97, er dog neppe berettiget. Uten å angi skarpt hvor grensen må trekkes mellom de to bestemmelser, vil dog den efterfølgende utvikling, som beskjeftiger sig med spørsmålet om ikke *en av dem* er gått for nær, ofte fremby eksempel på, at det er § 97 som er anstøtstenen.

På mange måter kan en lovs bestemmelser influere på den rettsstilling som tilkommer innehaveren av en subjektiv, økonomisk rett, og vanskelig vilde det være å angi dem alle, og prøve hensiktens betydning i hvert enkelt tilfelle. Heldigvis er dette heller ikke nødvendig. Jeg velger ut de mest praktiske fremgangsmåter, hvorved en ny lov kan gripe inn i rettighetshaverens rådighetssfære, og nøier mig med å påvise hensiktens rolle i disse tilfeller.

II. En ny lov *som forbyr visse handlinger*, kan på to, noget forskjellige, måter gripe forstyrrende inn i den rådighetsadgang som innehaveren av en subjektiv rett hittil har kunnet glede sig ved. Enten kan forbudet være rettet *mot rettighetshaveren* selv, idet det forbys ham å foreta de handlinger hans rådighetsrett gav ham anledning til. Eller forbudet kan rettes *mot den forpliktete part i et fordringsforhold*, idet det forbys ham å foreta den handling som han rettsgyldig har forpliktet sig til. Det rettslig betydningsfulle er dog i begge tilfeller, at den rådighetsfylde som en subjektiv rett tidligere gav anledning til, er blitt beklippet ved det nye forbud.

Spørres det nu i hvilken utstrekning eldre beskyttede rettigheter står iveien for at et slikt forbud blir gjennomført, viser det sig, at man i teorien savner en tilstrekkelig gjennomtenkt og tilfredsstillende behandling av spørsmålet.

M. h. t. de forbud som optrer som innskrenkninger i *eiendomsrådigheten*, lærer Aschehoug<sup>1)</sup>, at lovgiveren efter forgodtbefinnende kan innskrenke eierens rådighet over gjenstanden ved å gi forbud

---

<sup>1)</sup> Norges nuværende Statsforfatning III, s. 154. Se også det juridiske fakultets resposum Rt. 1903, s. 241 ff.

mot dens benyttelse. Selv om forbudet rettes mot den eneste bruk som tingen er skikket til, antar Aschehoug at hverken § 97 eller § 105 i grunnloven gir eieren krav på erstatning. I sistnevnte henseende følges han dog ikke av Morgenstjerne. Denne antar nemlig, at når gjenstanden forbyes brukt på den eneste måte den er skikket til, vil dette for eieren bety at hans gjenstand blir gjort verdiløs, og Morgenstjerne vil derfor anvende grunnlovens § 105 analogisk på forholdet<sup>1)</sup>.

Videre antar Aschehoug at en lov strider mot grunnlovens § 97, hvis den forbyr en handling som «efter sin Natur maa være enten Udøvelse af en uangribelig Rettighed eller Opfyldelse af en kontraktmæssig Forpligtelse», f. eks. å forby å gi eller ta mere enn 4 % renter, med virkning for eldre gjeldsforhold<sup>2)</sup>.

I et nylig utkommet arbeide: Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft, har F. Castberg behandlet det spørsmål jeg drøfter. Hans lære er den, at en lov uten å hindres enten av § 97 eller § 105 kan forby en hvilkensomhelst handling, selv om forbudet faktisk tilintetgjør subjektive rettigheter. Dog er betingelsen at forbudet er *totalt*, d. v. s. at det rammer «alle handlinger av en bestemt art»<sup>3)</sup>.

Det synes efter dette, som om samtlige de forfattere som har behandlet emnet er enige om, at hvilke skranker enn de eldre rettigheter stiller for en forbudslov, spiller ialfall ikke dennes motiv nogen rolle for skrankenes utstrekning. I sine spesielle resultater forutsetter dog både Aschehoug og Morgenstjerne at forbudslovens grunn og formål ikke er uten betydning i denne henseende<sup>4)</sup>, mens Castberg helt synes å avvise tanken om disse momenters relevans. Enkelte dommeruttalelser i rettsavgjørelsers premisser fremhever også med all ønskelig tydelighet, at motivet er irrelevant, når det spørres om en forbudslovs forhold til grunnloven. Det avgjørende for dette spørsmål er «lovens objektive indhold som forbudslov» sier assessor Berg i Rt. 1918 s. 426. «Hvilke motiver der måtte ligge bak forbudet, eller hvilke formaal lovgivningsmagten har tat sigte paa» kan domstolene ikke ta i betraktning, når de skal prøve en lovs grunnlovmessighet. I samme retning uttaler assessor Ebbell sig (Rt. 1914 s.

<sup>1)</sup> Lærebog i den norske Statsforfatningsret s. 673—74.

<sup>2)</sup> l. c. s. 120 og s. 147.

<sup>3)</sup> L. c. s. 101.

<sup>4)</sup> Både Aschehoug og Morgenstjerne legger f. eks. til en viss grad vekt på, om hensikten med forbudet er å beskytte samfundet mot farlige gjenstander og handlinger.



603): «Det rigtige er vel her som i andre tilfælde, at øiemedet er irrelevant.»

Ikke desto mindre er det min mening, at lovens begrunnelse og hensikt er av den mest kardinale betydning når dens forhold til grunnloven skal prøves, og de nevnte forfatteres generelle setninger, som er formet uten å ta hensyn til dette moment, må derfor korri-geres under hensyntagen til dette.

Allerede ved å holde sig for øie, hvilke overveielser som må antas å ligge bak grunnlovens forbud i §§ 97 og 105, ledes tanken hen på den antagelse, at disse forbuds rammer må være til en viss grad avhengig av den lovs grunn og formål, om hvis grunnlovmes-sighet det er tale. På den ene side ønsker nemlig grunnloven å sikre de private rettighetshavere, å gi dem en trygget rådighetssfære, som ikke senere lovgivning skal kunne frata dem. Men på den annen side kan grunnloven ikke være blind for, at hvis de private rettigheter var absolutt hevet over loven, slik at denne ikke i minste måte kunde antaste dem, vilde dette bety fullkommen stagnasjon i retts-utviklingen; lovgivningsvirksomheten vilde være bundet på hender og føtter, og som konsekvens av lovens impotens måtte rettsanarkiet med nødvendighet holde sitt inntog. På en viss måte må derfor hen-synet til de subjektive rettigheter forsones med kravet om lovgiv-ningsmaktens adgang til å virke i samfundsvellets tjeneste. Og blir således de grenser som de subjektive rettigheter trekker for lovgive-rens virksomhet, avhengig av dette kompromis' utfall, synes det klart at denne grense ikke er absolutt, men til en viss grad må være avhengig av de samfundshensyn, som i hvert enkelt tilfelle ligger bak og begrunner den lov, som krever at rettighetene skal vike.

At man også i eldre tid har vært opmerksom på denne inter-essekollisjon, og at særlig forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft har vært gitt en viss relativ utstrekning overensstemmende med hvad jeg foran har utviklet, finner jeg et karakteristisk uttrykk for i Aschehous' uttalelse (l.c. s. 97) om at det «især i ældre Tider har været sagt, at Grundsætningen ei er til Hinder for at Staten giver Love, der sigte til det offentlige Vel, Anvendelse paa ældre Retsforhold».

I denne radikale form kan setningen — som også Aschehoug gjør opmerksom på — ikke anerkjennes, fordi den vilde gjøre den beskyttelse illusorisk, som grunnloven har tilstått de subjektive ret-tigheter. Derimot er det efter mitt skjønn riktig å opstille som den første og fundamentale betingelse for at en lov, som, likegyldig på

hvilken måte, griper inn i de subjektive rettigheters rådighetssfære, ikke skal komme i kollisjon med grunnloven, at den *må være ledet av de samfundsmessige beveggrunner som grunnloven forutsetter*, må følge formål som gjør inngrepet påkrevet, og må være inspirert av de likhets- og rettferdighetsgrunnsetninger som enhver moderne rettsstat må bygge på. Bare under disse forutsetninger kan det være tale om at de subjektive rettigheter må vike.

Det er disse krav som i virkeligheten ligger til grunn for den fordring som *i almindelighet* må fyldestgjøres, hvis forbudsloven ikke skal komme i kollisjon med § 97, nemlig at forbudet må være *totalt*, ikke bare være rettet mot enkelte rådighetshavere, mens andre går fri. Hvis man nemlig f. eks. blandt vinrettighetene plukket ut de livsvarige og gav særlige lukningsforbud for disse, vilde dette stride mot grunnlovens § 97, fordi man derved søkte å komme disse rettigheter tillivs, hvilket ikke er et berettiget lovgivningsformål. Likeledes vilde det ikke gå an å forby alle skogeiere med over 1000 mål skog overhodet å hugge i denne, hvis bygden fant det påkrevet. Mot et sådant forsøk på å komme de større eiendomsbesittere tillivs, beskytter grunnloven. Vilde videre — for å ta et eksempel Castberg nevner — en lov forby at tømmerhugst blev foretatt av dem som i særlige hugstkontrakter hadde sikret sig rett til dette, vilde dette forbud sikkert stride mot grunnloven, fordi ingen berettigede samfundshensyn tilsier at forbudet gis denne form. Som et siste eksempel nevner jeg endelig, at en lov vilde forby bebyggelse i en viss avstand fra enhver bygning som eies av staten. Også her vilde lovens grunnlovstridighet være utenfor tvil.

At imidlertid kravet om at forbudet skal være totalt bare er av *symptomatisk*, ikke av prinsipiell karakter, viser følgende eksempler som alle angår forbudslover der ikke er av almindelig karakter, men hvor nettop berettigede samfundshensyn krever, at forbudet får en begrenset utstrekning: En lov forbyr å selge skog fra gården, når skogen ikke er over 200 mål, eller den gir skjerpede hugstforskrifter i skoger av denne størrelse. En lov forbyr trebebyggelse i byer og bymessig bebyggede strøk, mens den ellers tillater denne. Det forbys ved lov å føre ut trefang fra Tromsø bispedømme. Det er videre vel mulig at berettigede samfundshensyn kan tilsi, at der gis særegne og strengere regler for den hugst som innehaverne av hugstkontrakter foretar, enn for eierens egen hugst. Man har nemlig ikke i førstnevnte tilfelle de samme garantier mot misbruk av retten, og mot skjødesløs behandling av skogen, som når eieren hugger selv. Hvis det er hensyn av denne art, som ligger bak den særlov som er

rettet mot innehaverne av hugstrettigheter, bringer ikke det faktum at forbudet ikke er totalt, loven i kollisjon med grunnloven § 97. Omvendt kan ikke forbudets totale karakter redde dets grunnlovsmessighet, når de hensyn som ligger bak det, ikke har den nødvendige samfundsmessige farve. Eksempel: Å forby vannfallseierne enhver rådighet over sine vassdrag for å skaffe staten kontroll over disse, eller å forby enhver fabrikasjon av margarin, forat staten skal få avsatt sitt surrogatprodukt, hvalfettet.

Det kreves altså, overalt hvor en lov uten erstatning gjennom et forbud skal kunne innvirke skadelig på den rådighetssfære som en rettighetshaver er i besittelse av, at berettigede samfundshensyn gjør forbudet påkrevet. Men *hvilke er nu disse* «berettigede samfundshensyn», som kan bevirke at rettighetshaverne må bøie sig for lover, som har til hensikt å fremme dem? Og i hvilken utstrekning må rettighetshaveren bøie sig? Begge spørsmål lar sig vanskelig besvare uttømmende og generelt. For det første lar ikke de berettigede samfundsformål sig uttrykke i en enkelt setning, og for det annet er «berettigelse» av et samfundsformål relativ. Den varierer til en viss grad med tid og sted, og ikke minst er den avhengig av den folkelige rettsbevissthets almindelige farve og karakterpreg. Det må derfor vesentlig bli gjennom eksempler at setningens riktighet og dens rekkevidde kan belyses.

1. Hvor en handling «i sig selv er umoralsk, skadelig eller farlig for den offentlige Sundhed eller Økonomi» (Aschehoug i det citerte fakultetsresponsum), kan rettsordnen uten tvil forby den. Og dette gjelder — hvad alle er på det rene med — uten hensyn til om den handling som forbys, er gjort til gjenstand for en obligatorisk forpliktelse, eller faller innenfor rammen av en eiers rådighet. Å beskytte de subjektive rettigheter, når disse direkte representerer en almenfare, kan nemlig ikke være grunnlovens mening. Å forby driften av en fabrikk, fordi dens produkt — absint, svovlfyrstikker — ansees skadelig for almenheten, å forby eier av fast eiendom å ha sprengstoff-fabrik eller bensinlager i bymessig bebyggede strøk, hindres derfor på ingen måte av grunnlovens § 97 eller av dens § 105. Og dette er heller ikke i almindelighet tilfelle, når de handlinger som forbys ikke representerer en fysisk, men en *moralsk* fare. Nye og skjerpede ågerregler f. eks., kan til en viss grad gis anvendelse på eldre rettsforhold. Hvor langt man av hensyn til en endret moralopfatning kan gå i retning av å beskjere eldre rettigheter, er dog forøvrig meget tvilsomt.

2. Mens således forbudet alltid er berettiget, når dets hensikt er å motvirke handlinger som er direkte og oplagt skadelige for hele samfundets interesser, blir spørsmålet mere tvilsomt, hvis loven forbyr handlinger som *ikke i og for sig er skadelige*, men som kolliderer med andre samfundsinteresser, der av rettsordnen tillegges større betydning. Således om rettsordnen vil forby margarinfabrikasjon for å øphjelpe produksjonen av natursmør, eller da staten forbød å drive hvalfangst for å beskytte fiskeriene. Her hvor det ikke dreier sig om absolutt skadelig virksomhet, men om *den relative berettigelse av forskjellige næringsveier*, og derigjennem om forskjellige klassers eller grupperes interesser, er spørsmålet om lovens grunnlovsmessighet meget tvilsomt. Det er jo nemlig bare en grads — ingen artsforskjell — mellom de handlinger som truer enkelte klassers eller enkelte næringsveiers interesser, og dem som er skadelige for totaliteten av klasser og næringsveier, for samfundet.

Som en almindelig regel for disse forholds bedømmelse kan det dog formentlig hevdes, at såsnart forholdet for en almindelig rettsopfatning taper sitt preg av å være absolutt samfundsskadelig, og spørsmålet forbud eller ikke-forbud får karakteren av en relativ avveing av i og for sig berettigede samfundsinteresser, forlater vi det område hvor handlingens samfundsskadelighet er grunnen til at den forbys, og hvor derfor forbudet kan gjennomføres uten erstatning. Efter min mening er derfor det i noten s. 52 nevnte fakultetsresponsum i Rt. 1903 s. 241 av høist tvilsom riktighet. Vi er herved kommet over til det neste område av vår undersøkelse, hvor det er samfundshensyn av ganske annen art som rettferdiggjør forbudet.

3. Her er vi nettop i centrum av det område, for hvilket grunnloven tilsikter å gi individene beskyttelse. Skjønt grunnloven selvfølgelig forutsetter, at staten utøver sin lovgivningsvirksomhet utelukkende med det offentlige vel for øie, har den ved å stille de subjektive rettigheter utenfor lovgivningens rekkevidde, nettop villet angi, at *lovens arbeide for å fremme borgernes lykke og velstand ikke skal drives på den enkelte rettighetshavers bekostning*. Særlig tydelig er det, at grunnloven beskytter rettighetshaverne mot at rettsordnen, for å tjene den samfundsinteresse som tilsier at statskassen bør fylles, gjør de subjektive rettigheter illusoriske gjennom forbud mot deres utøvelse. Når derfor et slikt forbud er diktert av *fiskale grunner*, kolliderer det med grunnloven.

Hvis f. eks. staten forbyr en viss virksomhet for selv å tilegne sig monopol på denne, kan en slik forbudslov ikke gjennomføres uten erstatning til dem den går ut over, hvis monolets formål er fi-

skalt<sup>1)</sup>. Hvis derimot formålet for monopolet er å sikre publikum gode og sunde varer, idet erfaringsmessig privat fabrikkasjon fremstillet sundhetsfarlige stoffer, behøver ikke erstatning ydes. Og hvad der gjelder lover i et fiskalt monopolformåls tjeneste, gjelder også en lov, hvis hensikt er av fiskale grunner å utelukke konkurranse med et statsanlegg. Hvis staten forbød å bruke automobiler på alle landeveier for å støtte sine jernbaners lønnsomhet, eller forbød all margarinfabrikasjon for å stimulere sin hvalfettindustri, vilde disse lover ikke kunne gjennomføres uten erstatning<sup>2)</sup>. Om staten videre forbød all regulering av elver, forsåvidt denne kom i strid med projekterte jernbaneanlegg, og hvor motivet altså var å spare erstatning for den økede verdi som reguleringsinteressen gir det terreng som må eksproprieres, gjelder det samme<sup>3)</sup>.

4. Den regel jeg har fremstillet under nr. 1, om en lovs adgang til å forby farlige eller samfundsskadelige handlinger og bedrifter, må dog gis visse modifikasjoner.

Selv om lovgiveren nemlig idag kommer til det resultat at visse handlinger er farlige eller skadelige, og derfor vil forby dem, kan det allikevel hende at loven er avskåret fra å gjøre dette uten erstatning, fordi gårdsdagens lovgiver har tatt stilling til det samme spørsmål, og løst det i den retning at han tillot de handlinger det gjelder, ja endog innrømmet borgerne subjektive rettigheter til å foreta dem. Hvis nemlig det blotte faktum at lovgiveren her forandrer mening, ubetinget skulde gi ham rett til å gjennomføre sitt nye syn på de borgeres bekostning som hadde innrettet sig i tillit til den eldre lovs tilsagn, vilde dette stemme dårlig med hvad jeg har utviklet s. 57, om den utstrekning, hvori grunnloven må antas å beskytte de subjektive rettigheter mot senere lovgivnings inngrep.

Grunnen til at lovgiveren endrer standpunkt overfor handlingen

---

<sup>1)</sup> Således også Skeie: Om statens pligt til at yde erstatning, naar lovgivningen innskærper eller ophæver en tidligere adgang til salg eller skjænkning av alkoholholdige drikkevarer etc. (Bilag 4 til Alkoholkommissionens indstilling), s. 104 og Castberg l.c. s. 99. Hvad erstatningen omfatter, går jeg her ikke inn på.

<sup>2)</sup> Castberg (s. 99, n. 123) finner at den avgjørende grunn til at en lov som i monopolhensikt forbyr en viss økonomisk virksomhet, strider mot grunnlovs § 97, er at forbudet ikke er totalt, idet jo bare de private og ikke staten selv forbyr å drive virksomheten. At dette moment heller ikke her er det avgjørende, fremgår med tydelighet av de nevnte eksempler: På den ene side det absolutte forbud i konkurranseøiemed, på den annen side monopoliseringen i hensikt å beskytte samfundet mot sundhetskadelige stoffer.

<sup>3)</sup> Se også Skeie: Afhandling II s. 99.

kan dels ligge i forandrede faktiske forhold: gjenstanden kan ha forandret sine egenskaper, eller samfundet kan ha skiftet fysiognomi. Dels kan lovens frontforandring skyldes øket innsikt i forholdene, som betinger en bedre erkjennelse av samfundsfaren. Endelig kan grunnen simpelthen ligge deri, at den senere lov legger andre vurderingsnormer til grunn.

I alle tilfeller oppstår spørsmål om ikke den gamle lovs standpunkt på en viss måte binder senere lovgivning, så den regel jeg har fremstillet under nr. 1. må tåle undtagelser.

Efter mit skjønn er det utvilsomt, at hvis en lov virkelig har innrømmet en subjektiv rett til å foreta visse handlinger, må det svares erstatning til rettighetshaverne, hvis en senere lov utelukkende på grunnlag av andre vurderingsnormer finner handlingen samfundsskadelig, og forbyr den.

Hvis denne nye opfatning er bygget på en ny og bedre innsikt i handlingens karakter og virkninger, blir spørsmålet tvilsommere; men i enkelte tilfeller iallfall, må også her erstatning betales.

Rent undtagelsesvis kan det også hende, at man vil oppstille samme regel, når det er det endrede samfundsmiljø, som gjør en handling eller en virksomhet farlig.

Hvis det derimot er gjenstandens egen utvikling i skadelig retning som forklarer lovens nye standpunkt, er det ingen grunn til at forbudet skal lede til erstatningsplikt.

Nogen detaljert fremstilling av disse regler kan jeg ikke her innlate mig på. Før jeg forlater emnet, skal jeg imidlertid belyse det gjennom et eksempel, hentet fra en meget interessant dom i Rt. 1919 s. 449.

Det var her spørsmål om grunnlovmessigheten av l. 18/8 1914, som i anledning av krigens utbrudd gav myndighetene en skjerpert adgang til ved lukningsvedtekter å nedlegge forbud mot vinsalg. Som bekjent har norsk rettspraksis vært tilbøielig til å anta, at bevilling til øl- og vinsalg i henhold til de eldre lover om handelsborgerskap gir innehaverne virkelige subjektive rettigheter til dette salg<sup>1)</sup>. En minoritet i høiesterett forutsatte uttrykkelig denne opfatnings riktighet. Den fant videre at loven gav myndighetene adgang til, når som helst de måtte finne at «samfundsmæssige hensyn», f. eks. hensynet «til ædruelighet, i sin almindelighet tilsiger indskriden mot salg av berusende drkke», å nedlegge forbud mot salg. Dette stred

---

<sup>1)</sup> Den doms- og skjønnsrett som blev nedsatt i henhold til l. 7/6 1917, er dog i dommer av 4. og 7. april 1920 kommet til et annet resultat. Disse dommer er appellert, men ennu ikke avgjort av høiesterett.

imidlertid mot den rett som var innrømmet vinhandlerne<sup>1)</sup>). — Majoriteten fant det unødvendig å avgjøre om de borgere som hadde gammelt handelsborgerskap, derved virkelig hadde subjektive rettigheter til å drive vinsalg; selv under forutsetning herav mente den nemlig at loven av 18/8 1914 var grunnlovmessig. De grunner som etter majoritetens mening lå bak denne lov — og som også hadde motivert det forbud som faktisk var blitt nedlagt — var nemlig hensynet «til den ved krigen skapte ekstraordinære situation og de farer denne kunde innebære for samfundet.» Og disse hensyn var i stand til å rettfærdiggjøre loven.

Man vil se at dissensen innen retten skrev sig fra en forskjellig opfatning av de hensyn som lå motiverende bak loven av 18/8 1914. At disse altså var relevante for spørsmålet om lovens grunnlovmessighet, blev erkjent av den samlede rett.

Majoriteten mente at den ekstraordinære situasjon som krigen skapte, gjorde vinsalget til en samfundsfare, og antok at lovgiverens forbud, som tok sikte på å beskytte samfundet mot denne fare, derfor ikke gav anledning til erstatningsplikt, selv om vinretten var en subjektiv rett.

Minoriteten gikk derimot ut fra at avholdspolitiske grunner hadde vært bestemmende for forbudet, og fastslo at en endret vurdering av en handlings samfundsfarlighet ikke kan gjøre en subjektiv rett illusorisk uten erstatning.

Såvel majoritet som minoritet bygget således på rettssetninger, som stemmer med dem jeg ovenfor har utviklet.

5. Endelig er det visse formål som grunnloven forbyr loven å forfølge på den private rettighetshavers bekostning, fordi de er i strid med det likhets- og rettfærdighetsideal som lovgiveren ikke må fornekte. Således når f. eks. loven plukker ut visse individuelt bestemte personer, og av animositet mot disse søker å komme deres rettigheter tillivs. Da imidlertid lover som følger slike formål, vel alltid vil søke å skjule dette ved å drapere sig med et legitimt formåls klædebon, skal jeg nedenfor komme tilbake til forholdet.

Når jeg i det foregående har fremstillet hvordan formålet for en forbudslov kan lede til at erstatning må svares til rettighetshaveren, er det dog ikke min mening å påstå at *enhver* innskrenkning i en rettighet, som er ledet av et «erstatningspliktig» formål, må

---

<sup>1)</sup> Også Castberg mener at ikke ethvert forbud kan gjøres gjeldende mot vinrettigheters utøvelse, men antar at dette kommer av at disse rettigheter nyter en «særlig beskyttelse». Se herom l.c. s. 103.

føre til erstatning. Det kompromis mellom rettighetshavernes interesse og rettsutviklingens krav på albuerum, som grunnloven har gitt anvisning på i sine §§ 97 og 105, leder nemlig til å ta et betydningsfullt og prinsipielt hensyn til *vesentligheten* av det inngrep som de subjektive rettigheter utsettes for. Det er særlig overfor de lover jeg ovenfor har omtalt under nr. 3, at spørsmålet om inngrepets vesentlighet får betydning. De samfundshensyn som jeg nevnte under nr. 1 og delvis under nr. 2, var jo sterke nok til å trenge igjennem, selv om de tilintetgjorde subjektive rettigheter. Men hvad de under nr. 3 omhandlede samfundsformål angår, var stillingen den, at grunnloven, skjønt den anerkjente deres berettigelse, ikke vilde at de skulde tilgodesees på de enkelte rettighetshaveres bekostning. Men skjønt grunnloven således her beskytter rettigheten i den forstand, at den ikke tillater den *helt ofret* på samfundsvellets alter, må det dog antas at grunnloven ikke forbyr lovgivningen av hensyn til det almene beste å gjøre *uvesentlige* inngrep i rettigheten.

Imidlertid må man vokte sig for å tro at denne regel om det uvesentlige inngreps tillatelighet, gjør hovedreglen om formålets relevans overflødig. For det første kan jo, som foran påvist, visse samfundsformål berettigede også til vesentlige inngrep. Men dernest er også det uvesentlige inngrep knyttet til forutsetningen om formållets samfundsmessige karakter. Selv om f. eks. staten — i eksemplet med margarinfabrikasjonen — av hensyn til sitt hvalfett nøiet sig med å pålegge fabrikkene uvesentlige innskrenkninger — f. eks. forbød dem å fremstille gode margarinmerker eller begrenset forbudet i tid — vilde allikevel grunnloven ramme forholdet. Likeså om en lov for å spare eventuell ekspropriasjonssum ved projekterte jernbaneanlegg, påla vassdragseierne mindre vesentlige innskrenkninger i deres rådighet. Enda klarere er dette for de absolutt uberettigede formåls vedkommende. Dersom f. eks. et departements funksjonærer genereres av en fabrikk, hvis virksomhet dog var i full overensstemmelse med naboloven, og staten i den anledning gav en lov som enten direkte eller ad en omvei påla denne fabrikk å innskrenke sin drift, vilde dette rammes av grunnloven, selv om innskrenkningen ikke var vesentlig.

Vesentlighetskravet gjør således ikke fordringen om at loven skal dikteres av et berettiget formål overflødig; men selve formållets relative berettigelse, og kravet til styrken av de interesser som kan gjøre loven påkrevet, kan avhenge og påvirkes av om det dreier sig om vesentlige eller uvesentlige inngrep i borgernes rettigheter. Lovgivningsformål som kan berettigede et uvesentlig inngrep i en rett, kan



derfor godt være utilstrekkelige, når det dreier sig om radikalere innskrenkninger. Forøvrig varierer bedømmelsen av hvad det er «vesentlig» med tid, sted og situasjon, og jeg kan ikke her gå nærmere inn på, hvad det ligger i vesentlighetskravet, og hvordan det bestemmes i de forskjellige forhold og overfor de forskjellige rettigheter som det kan bli tale om<sup>1)</sup>.

III. Også en lov som *påbyr borgerne å foreta visse handlinger*, kan på forskjellig vis gripe inn i subjektive rettigheter. Dette er f. eks. tilfelle, når påbudet er rettet mot innehaverne av subjektive rettigheter, og pålegger dem en byrde som forminsker den økonomiske vinning som rettigheten gir dem; likeledes hvis pålegget rettes til debitor i et fordringsforhold, og pålegger ham handlinger som han overfor kreditor har påtatt sig å la være.

Angående grunnlovsmessigheten av slike påbud antar Castberg (s. 101—2) at et hvilket som helst påbud om at rettighetshaveren skal foreta en handling, er rettmessig i forhold til grunnlovens § 97, hvis det bare er «almindelig», mens derimot grunnlovens § 105 i alle tilfeller rammer et påbud av det innhold at en eier skal avgi sin ting til en annen eller ødelegge den.

Ingen av disse setninger, som oppstilles helt generelt, og som prinsipielt ser bort fra det formål som påbudsloven forfølger, kan dog anerkjennes som riktige. Tvertimot må det også her — av de samme grunner som jeg ovenfor har utviklet, og som jeg ikke skal gjenta — fremheves, at den hensikt som påbudsloven skal tjene, og de samfuntsinteresser som gir den dens begrunnelse, på ingen måte er likegyldig for utstrekningen av den beskyttelse, som tilkommer de subjektive rettigheter overfor loven. Hvis det f. eks. er lovens formål å verne mot den almenfare som ellers truer fra en gjenstand, kan et slikt påbud gjennomføres uten erstatning, og det uten hensyn til påbudets mer eller mindre byrdefulle beskaffenhet. Hvis innehaverne av visse bedrifter eller eierne av visse ting får pålegg om å iakttå forsiktighetsregler for å hindre at deres gjenstander blir

---

<sup>1)</sup> Det har, særlig i praksis, men også delvis i teorien, gjort sig gjeldende en viss tilbøielighet til i denne henseende å sondre mellem eiendomsretten som er «ubestemt» av innhold, og som derfor bare omfatter den rådighet som lovgivningen til enhver tid gir adgang til, og andre mere «særlige» rettigheter som loven har innrømmet borgerne. Bare overfor disse siste skulde vesentlighetskravet få betydning. Denne opfatning som teoretisk beror på en fullstendig miskjennelse av det reelle innhold av en subjektiv rett, og som i sine praktiske konsekvenser stiller det naturlige forhold mellem de to slags rettigheter fullstendig på hodet, skal jeg dog ikke gå nærmere inn på.

farlige for den offentlige sikkerhet, vil ingen anta at det tilkommer dem erstatning for disse opofrelser, når de formuesgoder som pålegget refererer sig til, blir i deres besittelse. Noget annet gjelder imidlertid heller ikke, når pålegget, for å nå sitt formål, må forordne at de gjenstander fra hvilke samfundsfaren truer, skal ødelegges, eller når loven — som str.fl. § 35 — bestemmer at gjenstander hvis egentlige bestemmelse er å tjene som middel ved forøvelsen av en straffbar handling, skal inndras, i hvis eie de enn er. Nogen beskyttet rett til å sitte med ting som truer almenvellet, gir nemlig grunnloven ikke. At reglen finner anvendelse enten gjenstandens farlige egenskaper skriver sig fra før eller etter lovens ikrafttreden, og at det samme gjelder, selv om eieren er uten skyld i at tingen er blitt samfundsfarlig, anser jeg utvilsomt<sup>1)</sup>. Angående detaljspørsmål, om det f. eks. skal ydes erstatning, når «farligheten» beror på en endret vurdering fra lovgivningens side, eller en øket innsikt i tingens karakter, henvises til hvad jeg foran har utviklet. (s. 59).

Hvad de påbud angår, som ikke direkte sikter til å avverge samfundsfare, vil disse når de lar gjenstanden forbli i eierens verge, i almindelighet ikke gi anledning til erstatningsplikt. Således f. eks. påbud om en viss innretning av fabrikker, eller pålegg om tvangsdyrkning i krigstid. Grunnen hertil er imidlertid ikke påleggets «almindelige karakter», men den, at de samfundshensyn som ligger bak slike påbud, hører til dem som staten kan fremme uten hensyn til de subjektive rettigheter, når påbudet ikke representerer en vesentlig innskrenkning i rettighetshaverens rettsnydelse. Når imidlertid inngrepet under tilbørlig hensyntagen til situasjonen — det stilles forskjellige krav i krisetider og i almindelige tider — og til de samfundsinteresser som må tas i betraktning på begge sider, må ansees for vesentlig, må derimot erstatning ydes. Hvis f. eks. staten, gjennemtrent av overbevisning om kavalleriets betydning i krig — påla hver gårdbruker å holde en hest for hver 10 mål jord han dyrket, kunde et slikt pålegg ikke gjennomføres uten erstatning. Heller ikke her er påleggets «almindelighet» således av prinsipiell betydning. Men som regel vil dette, når det ikke er almindelig, være motivert av formål som grunnloven ikke tillater fremmet, og vil derfor gi anledning til erstatningsplikt. Hvis staten f. eks. for å lette sitt jernbanebudget pålegger dem, fra hvem jord til jernbanelegemet måtte bli ekspropriert, etter administrasjonens ordre å bygge gratis

---

<sup>1)</sup> Se også Aschehoug l.c. s. 77. I flere henseender motsatt Castberg side 102.

stasjonsbygning, vilde dette ikke harmonere med grunnloven. Heller ikke om den for å eksperimentere sig frem med sukkerdyrking, påla gårdbrukerne på Jæren å dyrke et visst antall mål med sukkerroer. De formål som staten her forfølger, er nemlig visstnok i sig selv av samfundsmessig karakter; men de skal ikke fremmes på de enkelte rettighetshaveres bekostning. Desto klarere er dette, hvis en lov — for å ta et eksempel Castberg nevner — bestemmer, at bare de skog-eiere som kontraktmessig har forpliktet sig til ikke å hugge i sin skog, allikevel skal gjøre dette og legge skogen ut til aker. Det formål som måtte ligge bak en slik foranstaltning, hvis den ikke helt skulde være blottet for fornuftige motiver, måtte jo være å chikanere visse subjektive rettighetshavere, som satt med disse negative servitutter. Men dette er samfundsformål som grunnloven ikke på nogen måte tillater fremmet på individenes bekostning.

Hvis det endelig er fiskale grunner som ligger bak påbudet, vil normalt erstatning måtte betales, enten i henhold til § 97 eller § 105. Jeg har foran nevnt flere eksempler på påbud, som har sin rot i fiskale hensyn, og vist at grunnlovens § 97 i disse tilfeller pålegger erstatningsplikt. Enda klarere er det, at grunnlovens § 105 gir rettighetshaveren krav på erstatning, når hans gjenstand fratras ham av staten. De formål som her ligger bak loven — enten rent fiskale grunner, eller ønsket om å frembringe en annen fordeling og plasering av de økonomiske goder — er jo nettop lovgivningshensyn av den art, at grunnloven har villet verne de subjektive rettigheter mot dem. Og selv om disse samfundshensyn er tilfredsstillt ved at loven retter sitt påbud på ødeleggelse av visse gjenstander — således når staten for å beskytte en statsindustri pålegger alle konkurrerende fabrikker å ødelegge sine maskiner — må selvfølgelig også et slikt påbud pådra staten erstatningsplikt.

Imidlertid kan ikke ethvert påbud om avgivelse av eiendom, som staten av fiskale grunner retter til borgerne, pådra den erstatningsplikt. Det har aldri vært betvilet, at grunnloven tillater å pålegge borgerne skatter, og heri ser jeg et bevis for at grunnlovens § 105 på tross av sin absolutt formede ordlyd, ikke har tenkt å utstrekke sin beskyttelse lenger enn forenelig med et fremadskridende retts-samfunds tarv. Når et pålegg om avgivelse av en gjenstand har karakteren av skatt og når ikke, er ikke alltid lett å si. Men ett avgjørende moment for denne grense er nettop påleggets formål: om det i virkeligheten sikter på å fordele statskassens utgifter på borgerne efter likhetens og rettferdighetens grunnsetninger, sammenholdt med riktige skatteprinsipper, eller om det sikter på å komme i

besittelse av en borgers eiendom på urettferdig vis. Overensstemmende hermed antar Morgenstjerne (l. c. s. 602) at et såkalt «skattepåklegg», som på grov og urettferdig måte brøt med likhetsprinsippet og med rasjonelle skattehensyn, «i Virkeligheten vil skjule. . . . et Forsøg paa ad en Omvei at gjøre Indgreb i de af Grundloven beskyttede individuelle Rettigheder». En slik «skattelov» vilde derfor stride mot grunnlovens § 105.

Heller ikke forbyr grunnloven at en lov i form av straff pålegger borgerne å avgi deres eiendom til staten; da imidlertid dette pålegg er knyttet til forutsetningen om at rettighetshaveren har begått en rettsstridig handling eller undlatelse, behandler jeg det ikke her, men under III.

IV. Av andre måter hvorpå lovgivningen kan gripe inn i subjektive rettigheter, nevner jeg dernest at en lov kan la rettigheten falle bort eller gå over til staten, fordi rettighetshaveren *gjør sig skyldig i visse handlinger eller undlatelser som loven forbyr ham*. Det retts-tap som er følgen herav kan loven enten gi karakteren av *straff*. d. v. s. den krever det fastsatt på straffeprocessuell vis, og i hensikt at rettighetshaveren skal føle det som et onde, eller den kan la retts-tapet inntre uten at det har dette preg. Enten loven velger det ene eller det annet, er visstnok i forholdet til grunnloven uten betydning.

Om det retts-tap som altså kan bli følgen av rettighetshaverens rettsstridige handlinger eller undlatelser, hevder Castberg ganske i sin almindelighet, at når bare den handling eller undlatelse som er foranledningen til dette, er yngre enn loven, kan denne uten hinder av grunnloven la rettigheten falle bort som følge av rettighetshaverens rettsstridige handling. Om den rettsstridige handling eller undlatelse ikke står i den fjerneste forbindelse med utøvelsen av den rettighet som fortapes, spiller ingen rolle. Derimot krever Castberg absolutt, at den handling eller undlatelse som gir anledning til retts-tapet, må være rettighetshaverens egen, og den må være tilregnelig, d. v. s. det må ha vært mulig for ham å handle anderledes. Om derimot en annen handlemåte vilde krevet endog meget store opofrelser av ham, spiller ingen rolle.

Denne opfatning, som også på dette punkt løser spørsmålene uten ethvert hensyn til formålet med den lov som påbyr rettighetens for-tapelse, kan dog ikke erkjennes å være riktig. For det første skal det erindres, at det ingeni lunde er så som Castberg forut-setter, at en lov uten hinder av grunnloven kan rette forbud og på-bud mot de subjektive rettighetshavere i ubegrenset utstrekning, og til fremme av hvilketsomhelst formål. Jeg har foran påvist at dette

langt fra er tilfelle, og når selve det forbud eller påbud hvis overtredelse trekker rettstap etter sig, ikke er tillatt etter grunnloven, følger det av sig selv, at heller ikke det tap av rettigheten som etter loven er virkning av påbudets overtredelse, kan stå i harmoni med grunnlovens bud.

Men selv om loven i og for sig er berettiget til å stille op det omhandlede påbud eller forbud, er det ikke sikkert at den kan knytte rettighetens tap som en følge av dets overtredelse. Det må nemlig kunne påvises en viss sammenheng mellom rettsbruddet og rettighetens tap, slik at lovgiveren har hatt plausible, samfundsmessige grunner til å statuere denne følge av overtredelsen. Som jeg nærmere skal komme tilbake til nedenfor, må loven nemlig ikke bruke sin myndighet til ad bakveier å komme de subjektive rettigheter tillivs, og hvis derfor oppstillingen av forbudet, og det rettstap som er knyttet til dets overtredelse, er motivert av ønsket om å grave en fallgrube for de subjektive rettighetshavere, for derefter å kunne tilegne sig deres rett, er den hele fremgangsmåte grunnlovstridig. Og dette gjelder likefullt, enten rettsfølgen konstrueres som straff i teknisk forstand eller ikke.

Det må således være ønsket om å håndheve forbudet eller påbudet, eller lignende grunner av samfundsmessig art som tåler fullt dagslys, der må ligge bak reglen om rettighetens tap. Dette behøver dog ikke alltid bety at rettstapet må søke sin grunn i utøvelsen av den rettighet det gjelder. Loven kan godt, som Castberg nevner (s. 105), bestemme at en beskyttet næringsrett tapes, hvis innehaveren gjør sig skyldig i en hvilken som helst forbrydelse. At ikke vitterlige forbrydere skal få anledning til å øve næringsvirksomhet, er nemlig et fullt berettiget samfundshensyn, som loven trygt kan vedkjenne sig. Om slike samfundshensyn er tilstede eller ei, blir derfor det avgjørende kriterium.

Jeg ser et uttrykk for samme tanke i Aschehougs lære, om at en ny lov godt kan opheve mannens enerådighet over fellesboet som følge av fremtidige misbruk av denne rett, fordi rådigheten «er ham tillagt ogsaa i Hustruens Interesse» (l.c. s. 207). Hvis nemlig rådigheten over boet var tilstått mannen utelukkende i hans egen interesse, var det jo liten grunn til å la den bortfalle fordi han brukte den slett, og nogen sammenheng mellom misbruket og rettstapet var det da ikke.

Fra sin almindelige regel om at rettstap kan bli følgen av en hvilken som helst rettsstridig handling eller undlatelse, nevner dog Castberg som en undtagelse, at rettstapet ikke uten å kollidere med

grunnloven kan knyttes til *andres* handlinger eller undlatelser, og heller ikke kan inntre, hvis det in casu var subjektivt umulig for rettighetshaveren å opfylle lovens påbud. Disse unntagelser er dog ikke av prinsipiell natur. Som regel holder de stikk, fordi det i almindelighet ikke kan påvises samfundshensyn som berettiger lovgiveren til å knytte rettstapet til handlinger av denne art.

At imidlertid også her Castbergs setninger bare er av symptomatisk betydning, vil noen eksempler vise, hvor efter Castberg «utvilksomt» grunnlovstridighet er tilstede, men hvor efter mitt skjønn dette ikke er tilfelle. I en rekke av krigens kriselover — f. eks. lov 23/6 1916 § 2, tredje ledd, blev det bestemt at varer som er søkt utført i strid med en til offentlig myndighet avgitt erklæring om utelukkelse av adgang til utførsel, kunde inndras, uten hensyn til om de tilhørte nogen som var skyldig i den straffbare handling eller ikke. Begrunnelsen var selvsagt den, at det på grunn av stråmannsvesen og bevisets vanskelighet i det hele, var uhyre vanskelig for de offentlige myndigheter å fyldestgjøre bevisbyrden for at varene også virkelig tilhørte den, som var grepet i forsøk på utsmugling. Hvis derfor loven, av disse gode samfundsmessige grunner, hadde flyttet bevisbyrden om, vilde sikkert innehaveren av rettigheten ikke hatt anledning til å beklage sig og rekrurere til grunnloven<sup>1)</sup>. Og om loven for å gjøre inndragelsen kulant, og for å stimulere de virkelige rettighetshavere til å passe på sine varer, lot rettstapet være absolutt, kan disse neppe med grunnloven i hånd protestere herimot. La være at et resultat hvorved en mann uten nogen foranledning fra hans side mister sin rett, isolert sett, ikke stemmer med grunnlovens ånd. Det er her bare ett av de mange tilfeller, hvor selv de beste rettsregler på grunn av den menneskelige skrøpelighet kan lede til et urettferdig enkeltresultat. Men når loven har optrådt på en måte som står i den beste harmoni med grunnlovens ånd og ord, kan den ikke ansees grunnlovstridig, selv om den må forme sine regler slik, at enkelte av dens resultater ikke er ønskelige. Noget annet gjelder heller ikke, om loven finner å måtte gjøre rettsfortapelsen avhengig av en handling fra rettighetshaverens side, som i og for sig ikke kan «tilregnes» ham; å stille op dette krav om tilregnelighet som en absolutt fordring, går derfor ikke an.

V. Endelig vil jeg nevne det tilfelle, at en ny lovs regler griper inn i eldre rettigheter på den måte, at loven bestemmer at rettig-

---

<sup>1)</sup> Motsatt dog Castberg l. c. s. 106.

heten skal falle bort eller gå over til staten, hvis rettighetshaveren foretar en viss handling eller undlatelse, som av loven er satt som betingelse for rettighetens tap. Forskjellen mellom disse tilfeller og dem jeg har nevnt under III, er jo at den handling eller undlatelse som her er betingelse for rettens tap, ikke er forbudt av rettsordnen.

Om grunnlovmessigheten av slike lover lærer Castberg, at når den handling som er betingelse for rettighetens tap kan tilregnes rettighetshaveren, og i tid faller etter lovens utferdigelse, står hverken § 97 eller § 105 iveien for en slik lov.

Det teoretiske grunnlag for denne lære er visstnok etter Castbergs mening den betraktning, at loven uten å kolliderer med grunnloven kan gi rettighetshaverne et hvilket som helst påbud eller forbud, når bare dette er av almindelig karakter, og er av den art at det er mulig for rettighetshaveren å oppfylle det. Og fra denne setning leder følgende bro til det resultat jeg har referert: «Dersom det står i lovgiverens makt å opstille et forbud (resp. påbud) av et bestemt innhold og la overtredelse medføre rettstap, så må lovgiveren også kunne undlate å erklære de handlinger det gjelder, forbudt, men allikevel bestemme at handlingens foretagelse skal trekke det samme rettstap etter sig. (l. c. s. 109).»

De resultater som Castberg ad denne vei kommer til, er etter min mening ganske besynderlige, og synes mig å være vel egnet til å vise hvilken skjebnesvanger misforståelse det er, å ville søke å bestemme området for grunnlovens §§ 97 og 105, uten å ta nogensomhelst notis av den lovs formål som spørsmålet gjelder.

Tatt på ordet, vil jo Castbergs lære f. eks. lede til, at en lov uten å komme i kollisjon med grunnloven kunde bestemme at enhver rådgighetsutøvelse som fant sted etter loven, skulde ha den skjebnesvangre konsekvens, at rettigheten falt bort, eller gikk over til staten. «Hvis en jordeier dyrker sin jord, skal den være hjemfallen til staten; hvis en kreditor krever inn sin fordring, skal den være ugyldig», vilde begge være rettsnormer som hadde grunnlovens fulle billigelse. Helt har visstnok ikke Castberg sett disse konsekvenser av sine setninger i øinene; men det mangler heller ikke meget på, at han positivt har underskrevet dem. Side 112 begrunner han f. eks. grunnlovmessigheten av reguleringsloven av 14/12 1917 — som gjør vassdragsregulering også på egen grunn betinget av konsesjon med hjemfallsplikt til staten — på den enkle måte, at han gjør oppmerksom på, at en vassdragsregulering er en fremtidig handling, som rettighetshaveren godt kan undlate hvis han vil. Enhver ytterligere diskusjon

om vilkårets art, om reguleringslovens begrunnelse og formål, om inngrepets vesentlighet o. s. v., er derved overflødiggjort. Om det utbyggede vannfall derfor skal falle tilbake til staten om 60 år eller om 2, om loven endog hadde bestemt at enhver reguleringshandling som vannfallseieren foretar, skal lede til at vannfallet straks blir statseiendom, er ifølge Castberg ganske uten enhver betydning. Etter å ha akseptert setninger som disse, virker det høist forbløffende, når Castberg side 114/15 antar at grunnloven hindrer en lov i å gi nye regler om godtroerhverv av løvsøre virkning overfor dem som ved lovens ikrafttreden allerede har erhvervet sin eiendomsrett, selv om tingen først etter dette tidspunkt er kommet ut av eierens besittelse. I dette tilfelle skyldes nemlig ikke rettstapet nogen «tilregnelig» handling fra rettighetshaverens side.

Castbergs rettsutviklinger er ikke vanskelige å korrigere. For det første har jeg foran påvist, at det aldeles ikke er så, at en lov uten hinder av grunnloven kan opstille hvilket som helst påbud og forbud med virkning for innehaverne av subjektive rettigheter; for utstrekningen av den adgang loven har til dette, er dens formål og begrunnelse av stor betydning. Dernest har jeg også vist, at en lov ikke er berettiget til i hvilkensom helst utstrekning å knytte rettighetens tap til overtredelse av ethvert påbud eller forbud. Atter er her lovens formål av betydning. Og endelig er det en misforståelse å ville hevde, at når en lov kan knytte rettstap til overtredelse av et forbud, kan den også la være å forby handlingen, men nøie sig med å dekretere rettstapet.

Det synes her å være den privatrettslige maksime: den som kan gjøre det mere, kan også gjøre det mindre, der på en ulykkelig måte har foresvevet forfatteren. Men denne setning er, som jeg nedenfor skal vise, uten hjemstavnsrett i den offentlige rett. Jeg har foran gjort oppmerksom på at berettigelsen av å knytte rettighetens tap eller overgang til staten til overtredelse av en norm, må søkes i spesielle samfundsmessige hensyn, og særlig i ønsket om på denne måte å skjerpe normens autoritet. Ophever man denne norm, men vil allikevel beholde rettsfortapelsen, vil dette i de fleste tilfeller bety, at man rykker det grunnlag vekk, som gjorde loven om rettighetens tap berettiget overfor grunnloven, og den mest flagrante kollisjon med denne vil bli følgen.

Men hermed er det ikke min mening å si, at en lov *aldri* har anledning til å knytte rettstap eller rettsovergang til rettmessige handlinger eller undlatelser fra rettighetshaverens side. Jeg har bare



påvist at den vei som Castberg mente å kunne nå sitt resultat på, ikke var farbar.

Det kan imidlertid sikkert konstateres tilfeller, hvor gode samfundsmessige grunner kan lede til, at en lov gjør en rettighets beståen avhengig av at rettighetshaveren foretar visse handlinger for å holde den ilive, f. eks. avbryter preskripsjon eller hevd, eller fornyer sin tinglysning. Likedan er det tenkelig, at loven uten å forby rettighetshaveren en viss handlemåte, kan ha full opfordring til å la hans rett falle bort, hvis han foretar visse handlinger. En ny lov kan f. eks. la retten til å sitte i uskiftet bo falle vekk, hvis lengstlevende forøder boet, uten at dette i og for sig erklæres rettsstridig. Hvis de samfundsformål som loven forfølger ved bestemmelser av denne art, prinsipielt harmonerer med grunnlovens ånd, og ikke søker foranledning til å komme de subjektive rettigheter tillivs, er det intet i veien for at loven gir slike regler. Heller ikke danner grunnloven nogen absolutt hindring mot at en lov, under den samme forutsetning, bestemmer at rettigheten i fremtiden skal falle bort, som følge av handlinger eller forhold som rettighetshaveren ikke har herredømme over. At således grunnloven ikke vilde stå iveien for at en ny lov om godtro - erhverv av løsøre tilla sig virkning overfor dem som var eiere og besittere i det øieblikk loven kom, anser jeg utvilsomt. (Se også Aschehoug l. c. s. 153).

Når ikke selve rettighetens utøvelse betegner en samfundsfare, — eller forøvrig den handling som er årsak i rettstapet, i samfundets øine er mislig — vil dog også på dette område bare uvesentlige inngrep i rettigheten kunne skje uten erstatning. Anvendt på handlinger som fra lovens side stilles som betingelse for at retten skal bestå, må denne fordring føre til, at disse handlinger ikke må representere nogen *vesentlig* opofrelse for rettighetshaveren<sup>1)</sup>.

Selv når de betingelser er tilstede, som jeg foran har funnet å måtte kreve, kan det spørres om ikke grunnlovens § 105 danner en absolutt hindring mot at rettighetshaveren taper sin rett, på den måte at den går over i statens eller annenmanns eie<sup>2)</sup>. Jeg tror dog ikke dette er tilfelle. Efter den forståelse jeg gjør gjeldende av den beskyttelse som grunnloven gir de subjektive rettigheter, er det

---

<sup>1)</sup> Jfr. Aschehoug III, side 124, som dog krever at handlingen skal kunne foretas helt «uden Opofrelse».

<sup>2)</sup> Således Morgenstierne i «Aftenposten» 1911 nr. 231. I samme retning også ot. prp. nr. 44/1911 s. 6.

mere grunnlovens *ånd* enn dens *ord* det kommer an på. At det ikke er berettiget å legge altfor overdreven vekt på ordlyden i § 105, vil allerede det foregående fremby eksempler på; almenfarlige gjenstander kan jo inndras uhindret av grunnloven, og likedan kan skatter pålegges uten at § 105 kommer iveien.

Når nu en lov bestemmer at en ting skal gå over til staten som følge av at eieren foretar en viss fremtidig handling — den foreskriver enten direkte hjemfallsrett for staten hvis eieren regulerer sitt vannfall, eller den krever konsesjon til dette, og stiller hjemfallsretten som betingelse i konsesjonen — kan derfor ikke en slik lov uten videre stemples som grunnlovstridig ved å henvise til ordlyden i § 105.

Hvis det hadde dreiet sig om et direkte pålegg om avgivelse, vilde visstnok grunnlovens § 75 ha krevet skattepåleggets form. Når derimot avgivelsen til staten skjer indirekte, som vilkår for en konsesjonstillatelse, eller som en rettsfølge av visse frivillige handlinger som rettighetshaveren foretar, kommer ikke grunnlovens § 75 i betraktning. Og hvis i et slikt tilfelle den samlede innskrenkning i eiendomsrådigheten, som loven fører med sig, ikke er mere byrdefull for eieren enn en særskatt vilde vært, og under forutsetning av at lovens karakter av særlov kan forsvares, kan jeg heller ikke innse, at grunnlovens § 105 efter sine ord eller efter sin ånd ubetinget hindrer at staten lukrerer ved rettighetens avgivelse. Hadde nemlig inngrepet hatt særskattens form, vilde grunnlovens § 105 ikke beskyttet rettigheten. Og selv om avgivelsen, som knyttet til en frivillig handling fra rettighetshaverens side, ikke går inn under skattens begrep, bør dens forhold til § 105 være det samme<sup>1)</sup>. De hensyn som ledet til å opstille § 75, er nemlig uten enhver betydning for omfanget av den beskyttelse som grunnlovens § 105 tilsier borgerne. Forsåvidt avgivelsen av lovgivningen er opstillet som vilkår i en konsesjonslov, har også rettspraksis lagt den ovenfor hevdede opfatning til grunn, og altså ikke antatt at grunnlovens § 105 *ubetinget* står hindrende iveien for at private eiendomsgjenstander går over i statens eie. Se f. eks. den avgjørende dom Rt. 1918 side 401.

Det vil sees, at mens man ellers når talen var om lovens adgang til å gripe inn i de subjektive rettigheter — forutsatt at ikke disses utøvelse representerer en samfunnsfare — måtte kreve at inngrepet var *uvesentlig*, må loven i disse tilfeller hvor det dreier sig om en betinget avgivelse av formuesgjenstander, ikke gripe dypere inn i

---

<sup>1)</sup> Jfr. Gjelsvik i «Syn og Segn» 1911 s. 487.

rettighetene enn *rettferdige og rasjonelle skatteprinsipper vilde ha kunnet forsvare*.

Efter mitt skjønn er dog disse to regler i grunnen utslag av samme tanke, som bare optrer i forskjellig formulering på de to forskjellige rettsområder. Begge er nemlig uttrykk for det kompromis som må inngås mellem de subjektive rettigheters krav på beskyttelse og samfundsutviklingens krav på albuenum.

Hvis den rådighetsinnskrenkning det er tale om, resulterer i eiendomsrettens avgivelse, faller det naturlig å søke grensen for lovgiverens adgang til slike inngrep i en analogi fra beskatningsretten, hvor jo det omtalte kompromis har gitt sig uttrykk i nogenlunde faste og anerkjente regler. Dreier det sig derimot om de rådighetsinngrep som f. eks. en forbudslov fører med sig, er denne analogi fjern og ubrukelig, og kompromisset har her i praksis antatt form av reglen om det uvesentlige inngreps tillatelighet.

Og mens analogien fra beskatningen ikke bare tilsier at selve inngrepet i rådigheten ikke skal være altfor radikalt, men også skal være grunnet i rettferdige skattehensyn, er det den samme tanke som, når det dreier sig om en forbudslov, krever at både selve forbudet og den adresse det har fått, skal være motivert av gode, samfundsmessige hensyn.

Er det således i virkeligheten de samme tanker som ligger bak såvel vesentlighetskravet som skatteanalogien, kan det hverken forundre eller vekke nogen betenkelighet, at praksis ikke holder disse to synspunkter ut fra hinannen, men som jeg senere skal vise under mitt referat av konsesjonsdommene, er tilbøielig til å legge vesentlighetssynspunktet til grunn, hvor strengt tatt skatteanalogien burde ført det avgjørende ord.

VI. De skranker som grunnlovens §§ 97 og 105 altså efter min mening stiller for lovgivningsmakten, binder denne — som jeg også tidligere har fremhevet — ikke bare i den forstand, at en lov ikke direkte kan fatte bestemmelser som strider mot grunnloven; lovgiveren kan heller ikke gjøre det indirekte, ved å søke å bruke andre sider av sin maktfylde til å nå resultater som grunnloven vil hindre. Utøvelse av offentlig myndighet må skje *i lojalitet såvel overfor borgerne som overfor de overordnede rettsnormer*, som hjemler og begrenser den. Hvis lovgiveren søker å bruke ett av de mange midler der står til hans tjeneste, til å komme utenom et grunnlovsforbud, som efter sin ånd og hensikt ikke tillater det resultat som loven sikter på, handler de lovgivende organer efter min mening ikke alene på en måte der ikke stemmer med statens verdighet, men de hand-

ler direkte i strid med det rettsbud, som påbyr dem å optre i sin funksjons ånd, og deres handlemåte kolliderer derfor med grunnloven.

Lovgiveren må dernest overalt optre med åpent visir; hvis derfor grunnloven forbyr en viss inngripen i borgernes rettigheter, fordi loven søker å tjene formål som etter grunnloven ikke skal triumfere på rettighetshaverens bekostning, nytter det ikke lovgivningen å forsøke å maskere dette formål, ved tilsynelatende å optre til vern om interesser, som vilde ha berettiget inngrepet. Hvis staten f. eks. har lyst til å monopolisere fyrstikkfabrikasjonen, slipper den ikke utenom erstatning til fabrikantene, selv om den forbyr all fabrikasjon av fyrstikker, under påskudd av at produktet er almenfarlig, eller dets fremstilling sundhetsskadelig. Heller ikke vil det nytte staten å forsøke på å spare inn erstatning for den ekspropriasjon, som er nødvendig til å føre projekterte jernbaner frem langs uregulerte elver, ved å forby regulering av disse, under påskudd av at almene hensyn tilsier dette. Bevillingsformen med dertil knyttede vilkår kan videre ikke anvendes for å skjule visse foranstaltninger, som staten ellers ikke vilde vært berettiget til å iverksette. At heller ikke inngrep i individuelt bestemte eieres rettsgoder blir mere tillatt, selv om loven søker å skjule det individuelle inngrep i en tilsynelatende generell regels form, er jo også erkjent av alle.

På et spesielt og meget praktisk område er det dog fra flere kanter hevdet en lære, som i virkeligheten står i strid med hvad jeg foran har anført. Jeg sikter til de tilfeller, hvor staten har grepet inn i borgernes rettigheter, på den måte at den gjør adgangen til en viss utnyttelse av forskjellige slags fast eiendom og vannfall avhengig av kongens tillatelse (konsesjon), og at dernest loven for denne tillatelse oppstiller visse vilkår. Blandt disse inntar »hjemfallsrett» til staten etter en viss, lengere tid den centrale plass; men også en rekke andre vilkår blir foreskrevet i konsesjonen: Det forbys konsesjonæren å anvende trucksystemet overfor sine arbeidere, eller å delta i sammenslutning for å få prisen på sine produkter i været, det pålegges ham å utnytte den kjøpte herlighet innen en viss tid, å benytte norske arbeidere som han skal skaffe boliger, å avgi billig kraft til kommune eller stat o. s. v.

Det grunnlovsmessige i disse vilkår søkte man — særlig i forhold til konsesjonsloven av 18/9 1909 som bare krevet konsesjon i begrenset utstrekning, — å forsvare med, at loven vilde vært fullt berettiget til å forby eierne overhodet å selge sin jord eller sitt vannfall til de rettssubjekter som trengte konsesjon. Og — resonerte man vi-

dere — når staten hadde rett til å opstille et forbud, måtte den også har rett til å opstille de vilkår den selv fant passende, for å frafalle denne sin rett; altså uten ethvert hensyn til den hensikt hvori staten opstiller disse vilkår, og uavhengig av om de samfundsmessige grunner som berettiger staten til å opstille forbudet, også søkes tilgodesett ved konsesjonsbetingelsene. Hvis denne opfatning var riktig, vilde altså lovgiveren, ved å gå omveien om forbudet, kunne emansipere sig fra den efter min mening fundamentale regel, om at formålet og grunnlaget for det inngrep som foretas overfor de subjektive rettighetshavere, er av avgjørende betydning for dets rettmessighet.

Særlig skarpt og outrert er denne opfatning blitt hevdet av W. Keilhau i Statsøkonomisk Tidsskrift 1914 s. 19 ff. Hvis det først er på det rene at staten uten hinder av grunnloven totalt kan forby en handling, mener Keilhau at grunnloven heller ikke hindrer den i å stille de vilkår for sin tillatelse til handlingen, som den selv finner «gjør det fordelagtig for den å dispensere». Disse vilkår kan «udmerket vel være fiskale» (s. 21). «Vilkaarene kan videre udmerket vel være urimelige» (s. 22). Det synspunkt hvorunder Keilhau ser statens opstilling av konsesjonsvilkårene, er at staten krever «liketil betaling for frafaldelsen av sin forbudsret», og det centrale vilkår, hjemfallsretten, er direkte «et vederlag for statens frafaldelse av en forbudsret. *Den er en kjøpesum*» (s. 23)<sup>1)</sup>.

En beslektet opfatning er også kommet til uttrykk i enkelte spredte vota i rettspraksis. I sitt votum i den store konsesjonssak, hvor grunnlovmessigheten av lov 18/9 1909 blev prøvet (Rt. 1918, s. 401 ff.) uttaler assessor Berg, at når en lov kan stille op et absolutt forbud mot en viss utnyttelse av eiendomsretten, må den også kunne åpne adgang til å lempe på forbudet gjennom dispensasjon. «Hvilke vilkaar der bør stilles for at nøytralisere farerne ved en dispensation, er et spørsmål som alene kan henligge under lovgivningsmagtens eget skjøn». Skjønt den citerte setning nok avgir mulighet for visse reservasjoner m. h. t. arten av de formål som konsesjonsbetingelsene kan tjene, faller dog setningen nogenlunde i tråd med Keilhaus resonnement.

Efter min mening er dog dette uriktig. Keilhaus tankeføringer beror efter mitt skjønn ikke bare på en miskjennelse av formålets betydning for lovers grunnlovmessighet, men de røper også en falsk opfatning av den offentlige retts ånd, og av den stilling

---

<sup>1)</sup> Uthevet av mig.

som statsorganer av enhver art inntar overfor borgerne. Det er nemlig *privatrettslige* resonnementer som Keilhau vil omplante på den offentlige retts område, og om enn dette var i sin orden for hundre år siden, da den offentlige rett var privatrettslig farvet og imperialistisk i sin tendens<sup>1)</sup>, kan ikke det samme sies å være tilfelle nu, da det er en ganske annen ånd som strømmer gjennom den offentlige rett.

Den røde tråd i Keilhaus resonnement lar sig kort uttrykke i den gamle privatrettslige setning: Den som kan gjøre det mere, kan også gjøre det mindre<sup>2)</sup>. Denne setning, som lett bibringer den uopmerksomme iakttager den illusjon at den følger av sakens natur, er også stort sett riktig, sålenge vi befinner oss på privatrettens område. Ikke på grunn av nogen logisk nødvendighet, men fordi rettsordnen som regel overlater de subjektive rettighetshavere å benytte den rådighetssfære som er innrømmet dem, uten at de behøver å gjøre regnskap for sine motiver, og uten at rådighetsutøvelsen behøver å stå i de formåls tjeneste, som lovgiveren har tenkt sig, da han gav dem retten. At de da også i almindelighet kan bruke sin rett i mindre utstrekning enn loven hjemler dem adgang til, er klart.

Imidlertid er setningen ikke engang på privatrettens område undtagelsesfri. I visse tilfeller forbyr rettsordnen en rådighet, som enten strider mot ærbarhet eller som er øvet i skadehensikt, og selv om da rettighetshaveren kunde øvet en langt videregående rådighet, hvis han hadde handlet til fremme av et berettiget formål, forbyr rettsordnen ham den «mindre» rådighetsutøvelse i det slette formåls tjeneste.

Må altså setningen «det mere-det mindre» forstås med visse reservasjoner, allerede når man beveger sig på privatrettens område, blir den helt uten berettigelse, når man kommer inn på den offentlige retts enemerker. Som jeg foran har påvist, og som jeg i neste paragraf får ytterligere anledning til å utvikle, er nemlig den maktfylde som er tilstått offentlige myndigheter — det være de lovgivende eller de administrative organer — ikke gitt dem forat de kan bruke den etter forgodtbefinnende, men forat den skal benyttes til fremme av samfundets vel og i de formåls tjeneste, som den høiere

---

<sup>1)</sup> Se nærmere herom side 88.

<sup>2)</sup> Også Gjelsvik benytter i en artikkel i «Syn og Segn» 1911, s. 485 denne setning under sin argumentasjon for konsejnslovenes grunnlovmessighet, uten dog å trekke de konsekvenser m. h. t. konsejnsvilkårenes art, som Keilhau gjør. Om Castbergs anvendelse av den samme setning, se foran s. 68—69.

lovregel, eller det statsorgan som gav dem deres myndighet, har hatt for øie. Selve berettigelsen av det forbud som gir Keilhau anledning til å slutte fra det mere til det mindre, er derfor på det nøieste knyttet til det formål som forbudet tjener. Bortfaller dette formål, opphører selve forbudet å være berettiget, og derved mister alle de slutninger fotfestet, som hvilte på dette. Ved å støtte sig til et tenkt absolutt forbud, opnår man derfor på ingen måte å frigjøre konsesjonsvilkårene fra deres avhengighet av de samfundshensyn som alene kan berettig dem.

Det rent privatrettslige resonnement som Keilhau har gitt uttrykk for i sitt forsøk på å finne konsesjonslovenes rettsgrunnlag, må således avvises fra den offentlige retts område. Opfatningen av konsesjonsvilkårene som et «vederlag» for konsesjonen, som «kjøpesum», som konsesjonæren betaler, er helt ut forfeilet, og konstruksjonens praktiske konsekvenser er dermed dømt<sup>1)</sup>.

Er således henvisningen til forbudsloven ikke i stand til å avskjære enhver diskusjon om konsesjonsvilkårenes art og betimelighet, må det overhodet sies, at det hverken er nødvendig eller på nogen måte en vinning, å gå omveien om en tenkt, absolutt forbudslovs grunnlovsmessighet, når det gjelder spørsmålet om grunnlovsmessigheten av lover, som gjør en viss rådighetsutøvelse avhengig av konsesjon. Man opnår nemlig ved denne omvei bare å *skjerpe* kravet til de samfundshensyns styrke som kan berettig konsesjonsloven. Da nemlig utvilsomt en absolutt forbudslov betegner et sterkere inngrep i eiendomsrådigheten enn en konsesjonslov selv med de strammeste betingelser, kreves det samfundsmessige grunner av mere vital karakter til å berettig forbudsloven enn konsesjonsloven. Og da begge må være ledet av samfundsmessige hensyn, og må vedstå sine motiver offentlig, kan det godt tenkes tilfeller hvor en konsesjonslov kan forsvares, men ikke en forbudslov, og hvor derfor omveien om denne for å forsvare konsesjonslovens grunnlovsmessighet, ikke faller hel-

---

<sup>1)</sup> Så vidt driver Keilhau sitt privatrettslige resonnement, at han drøfter om det å opstille hjemfallsrett som vilkår for konsesjonen kan sies å stride mot ærbarhet (5—1—2), eller mot straffelovens ågerparagraf, som forbyr å benytte en annens «nød, letsind, forstandssvaghet eller uerfarenhet», til å betinge sig et slikt vederlag at forholdet antar karakteren av åger. Punkt for punkt påviser Keilhau, at denne bestemmelses gjerningsinnhold ikke rammer de betingelser som konsesjonslovene inneholder; ja endog setningen «qui suo jure utitur neminem lædit» bruker Keilhau til støtte for sin opfatning, at staten kan drive forretning med sine konsesjoner i den utstrekning den finner for godt.

dig ut<sup>1)</sup>. Slik er f. eks. forholdet med reguleringsloven av 14/12 1917 (nr. 17), som gjør regulering også på egen grunn avhengig av konsesjon, der igjen gjøres betinget av hjemfallsrett. Denne lov er etter min mening fullt grunnlovmessig, mens det derimot er meget mulig, at en lov som overhodet forbød vassdrageieren enhver regulering, vilde rammes av grunnloven<sup>2)</sup>. At likeledes henvisningen til en tenkt, absolutt forbudslovs grunnlovmessighet er et uheldig rettsgrunnlag også for konsesjonslovene vedkommende kjøp av fast eiendom, er kommet særlig klart frem, etterat de siste konsesjonslover (se f. eks. l. nr. 3 10/12 1920) har gjort enhver erhvervelse — undtagen når stat, kommune, eller visse halvoffentlige institusjoner er kjøper — avhengig av konsesjon, når eiendommen er over en viss størrelse. Også Keilhau synes nemlig å mene, at staten ikke kan gi totalforbud mot avhendelse uten erstatning<sup>3)</sup>; dette er etter min mening riktig, og endres ikke derved at det gjøres undtagelse for stat eller kommune. Skulde derfor konsesjonslovenes grunnlovmessighet være avhengig av eventuelle forbudslovers overensstemmelse med grunnloven, vilde de være dømt. Men dette er dog på ingen måte tilfelle.

Mitt syn på de betingelser som en konsesjonslov kan opstille uten å komme i kollisjon med grunnloven, vil jeg dog ikke uttrykke slik som Morgenstjerne gjør i «Aftenposten» nr. 231 for 1911: «Kan Staten» sier Morgenstjerne, «forbyde en Handling af samfundsmæssige Hensyn, saa kan den ogsaa gjøre Tilladelsen til at foretage den afhængig af Betingelser som henhører under de samme samfundsmæssige Hensyn». For det første kommer det ikke klart frem i denne setning, at det ikke kreves samfundshensyn av samme kvalifiserte beskaftenhet til å legalisere en konsesjonslov, som en forbudslov. Men dernest kan det jo vel tenkes, at de hensyn som blir aktuelle hvis man velger konsesjonsformen, ikke vilde ha vært tilstede om forbudsformen var valgt. Det er ingenting iveien for, at staten i en konsesjon til vassdragsregulering f. eks., opstiller betingelser om

---

<sup>1)</sup> Det er derfor en forhastet slutning, når Keilhau (l. c. s. 149) uttaler om konsesjonslovene av 1909, at «hvis forbudsretten er retsstridig, faller lovene som helhet».

<sup>2)</sup> Se f. eks. en uttalelse av assessor Mejdell Rt. 1918, s. 412. I motsatt retning Ot. prp. 36/1915 s. 5.

<sup>3)</sup> L.c. s. 11—12. Den første konsesjonskomite hvor bl. a. Gjelsvik var medlem, hadde visstnok en annen opfatning; men Gjelsvik har senere innrømmet at komiteen her gikk «noko for vidt» (Syn og Segn 1911 s. 483).



trucksystemets utillatelighet, om anvendelse av norsk arbeidskraft etc., selv om de hensyn som derved blir tilgodesett, ikke vilde ha vært aktuelle, hvis staten helt hadde forbudt all regulering.

Derimot kan jeg fullt ut underskrive, hvad den spesialkomite som stortinget i 1910 nedsatte til behandling av det da foreliggende forslag til lov om vassdragsreguleringer, uttaler om konsesjonsvilkårenes art (Inst. O. 1. (1911)): «Betingelserne må gi uttrykk for de interesser som staten har at vareta, og være begrenset til hvad varetagelsen av disse interesser kræver». Hvilke disse interesser er, og i hvilken utstrekning de berettiger til å gripe inn i de private rettigheter uten erstatning, har jeg foran søkt å gjøre rede for, da det dreiet sig om statens rett til å nedlegge forbud mot visse handlinger; efter mitt skjønn blir det de samme synspunkter som også må legges til grunn her.

Hvad spesielt det omstridte spørsmål angår, om konsesjonsbetingelsene kan være diktert av fiskale grunner — således som det har vært påstått om hjemfallsvilkåret, og om påleggene til konsesjonæren om å avgi billig kraft — vil jeg først bemerke, at grensen mellem fiskale grunner, og andre «samfundsmessige» hensyn, f. eks. ønsket om å beskytte norsk industri og jordbruk mot kapitalen og da særlig mot fremmed kapital, ikke er av absolutt karakter, idet det nettop er statskassens manglende evne til å ekspropriere vekk kapitalen, når den først har fått innpass, som ligger til grunn for frykten for denne.

Men dernest minner jeg om at grunnloven aldeles ikke forbyr ethvert fiskalt inngrep i borgernes økonomiske rettigheter. Selv om derfor konsesjonsvilkårene er fiskale — og naturligvis da så meget mere når de bare har et svakt fiskalt anstrøk — er det allikevel mulig at de kan være fullt grunnlovmessige. Dette er, som jeg foran har fremhevet (s. 71) tilfelle, hvis det inngrep som konsesjonslovens bestemmelser *tatt som helhet*, gjør i eiendomsrådigheten, ikke er byrdefullere for eieren enn en særskatt vilde vært, forutsatt at en særskatt på de eiendommer det gjelder, vilde ha kunnet forsvare sin plass. Eller, som praksis har vært tilbøielig til å uttrykke det, lovens samlede innskrenkning i eiendomsrådigheten må ikke være vesentlig.

Skal derfor en konsesjonslovs grunnlovmessighet avgjøres må — foruten at dens almindelige og spesielle bestemmelser må tjene berettigede samfundsformål — også *vesentligheten* av lovens beklipelse av rettighetshaverens tidligere rådighetssfære tas med i be-

traktning<sup>1</sup>). Og herunder må man se loven rett i øinene som den virkelig er. Den *forbyr ikke* ubetinget rådighetsutøvelsen, men gjør den betinget av en konsesjon, som bare erhverves på visse vilkår. På den ene side er det derfor overflødig å se lovens berettigelse på bakgrunn av en tenkt forbudslov. Men på den annen side er det uberettiget å se konsesjonens pålegg — f. eks. om avgivelse av kraft eller endogså hele eiendommen — ikke som en betingelse i en konsesjon, som bare blir aktuell når rettighetshaveren ønsker å foreta den handling hvortil konsesjon kreves, men som et *ubetinget påbud* om avgivelse av disse herligheter. Det er dette Morgenstierne gjør, når han først fastslår at slike pålegg — isolert sett — vilde være grunnlovstridige, og dernest dekreterer at «en i og for sig grundlovstridig optræden fra statens side ikke kan opstilles som det ene alternativ i det valg som stilles den enkelte borger»<sup>2</sup>).

De synspunkter som jeg foran har gjort gjeldende, og som bl. a. går ut på at staten heller ikke ved å bruke konsesjonsformen kan komme utenom reglen om formålet relevans, støttes etter mitt skjønn av de rettsavgjørelser, som er falt i den senere tid, angående grunnlovsmessigheten av konsesjonsloven av 14/9 1909. Den avgjørende dom blev avsagt av høiesterett den 12/3 1918, referert i Rt. 1918 side 401, efterat byretten i en dom referert i Rt. 1914 side 177 hadde avgjort saken i samme retning. Det kan ingenlunde sies, at disse dommer med klarhet og sikkerhet fastslår det rettslig relevante grunnlag for spørsmålet avgjørelse, eller at hver enkelt dommer beveget sig i retning av sin konklusjon ad en enkelt og like linje. Dog finner jeg det resonnement som efter mitt skjønn er det avgjørende, uttalt av assessor Backer, som antok at de samfundsmessige formål som samtlige lovens bestemmelser gav uttrykk for — og hvorav visstnok enkelte hadde et fiskalt anstrøk —, sammenholdt med vesentligheten av de inngrep, som loven, i sin helhet betraktet, medførte for eieren, ikke kunde berettige domstolen til å fastslå, at det forelå et slikt inngrep i de private rettigheter, at grunnloven beskyttet mot dette.

Også justitiarius Thinn fremhevet som et betydningsfullt moment, at lovens vilkår var «diktert av samfundsmæssige hensyn».

---

<sup>1</sup>) Jeg må således erklære mig uenig i Morgenstiernes uttalelse i «Aftenposten» på det foran citerte sted, om at det ikke er nogen «principiell Forskjel mellem den strax iverksatte og den udskudte Tilegnelse av Privatmands gods».

<sup>2</sup>) Morgenstierne: Konfiskation eller Ekspropriation Rt. 1914, s. 211 ff.

I byretten blev betydningen herav fremhevet av assessorene Siwers og Lie.

Assessorene Mejdell og Bjørn understreket også i sine vota sterkt formålets betydning for loven og for de spesielle konsesjonsbetingelser, om enn disse voterende konkluderte i den retning at disse formål ikke var av den art at de kunde berettige loven.

Bare to voterende: assessor Berg i høiesterett og assessor Ebbel i byretten, syntes tilbøielig til å nekte, at formålet for loven og for dens spesielle betingelser spilte nogen rolle for lovens grunnlov-messighet.

Det rettsgrunnlag som Keilhau mente å kunne gi loven, legger visstnok ingen av de voterende — muligens med undtagelse av assessor Berg — til grunn, iallfall ikke i dets renhet.

## § 4. Hensiktens betydning for forvaltningsaktens rettslige bedømmelse.

Forvaltning (i snevrere forstand) er den del av statsorganenes virksomhet til fremme av statens formål, som ikke hører under lovgivning eller domsvirksomhet. Det er en broket samling av forskjellig slags virksomhet som faller inn under denne negative definisjon av hvad det forstås ved forvaltning. Positivt å angi hvilke felles karaktertrekk som utmerker all forvaltningsvirksomhet, er vanskelig. I motsetning til loven, som i almindelighet er generell, løser forvaltningshandlingen som oftest et individuelt spørsmål. Dette siste er jo også tilfellet med dommene, men fra disse skiller administrasjonsvirksomheten sig derved, at den undertiden aldeles ikke behøver å avgjøre rettsspørsmål, og iallfall ikke gjør dette med bindende virkning for alle vedkommende. Mens videre både lovene og de dømmende avgjørelser trer frem, preget av samfundsautoritet, behøver ikke dette å være tilfelle med forvaltningsakten.

Det er ikke nødvendig i denne paragraf, hvis mål er å påvise at den hensigt som har ledet forvaltningstjenestemannen er av betydning for bedømmelsen av hans handlings rettmessighet, å fastslå i detalj grensen mellom forvaltningsakten og andre statsviljesytringer<sup>1)</sup>. De foregående orienterende bemerkninger er tilstrekkelige for mitt formål.

---

<sup>1)</sup> Dette vil være særlig klart, hvis det er riktig hvad jeg nedenfor vil søke å hevde, at setningen om hensiktens relevans i virkeligheten gjennom-

Imidlertid er det påkrevet, innen jeg går over til selve undersøkelsen, å skille ut visse arter av forvaltningshandlinger, som jeg lar utenfor betraktningen. Ikke fordi hensikten for disses vedkommende er irrelevant; men fordi disse forvaltningsakter allerede har fått sin belysning ved de bemerkninger som ovenfor er falt om hensiktens betydning ved lover. Det er nemlig visse administrative handlinger som ligner lovene deri, at de er av generell natur, f. eks. de administrative reglementer etc. Om disses forhold til loven gjelder det samme som ovenfor er utviklet om en lovs forhold til grunnloven; og for så vidt hensikten, som foran vist, kan få betydning for dette forholds grunnlovsmessighet, kan det samme lett hende, når spørsmålet er om en generell forvaltningsakts overensstemmelse med en formell lov.

Det er da bare den forvaltningsakt som treffer en *individuell* avgjørelse, som i det følgende skal undersøkes.

I. Det er ett av de karakteristiske trekk ved den moderne «rettsstat», at administrasjonen ikke etter sitt eget hode kan gripe inn i borgernes rettsfare og skalte og valte med deres rettsgodder. I all moderne forvaltningsrett oppstilles som grunnregel: forvaltningen er bundet av loven. Men mens alle er enige om at dette er tilfelle, har

---

trenger hele den offentlige ret, og at funksjonens begrep er karakteristisk for *all* utøvelse av offentlig myndighet, enten den trer frem i form av lovgivning, domsmyndighet eller forvaltningsmyndighet. For domsvirksoheters vedkommende blir det dog liten plass for setningen, idet dommen som regel ikke har karakter av en disposisjon, men av en konstatering. Og ved en blott og bar konstatering av den gjeldende retts standpunkt, er det avgjørende for bedømmelsen av dommerens handling, om han med full bevissthet dømmer anderledes enn loven tilsier, eller om han avgjør saken etter hvad han tror er rett. I begge tilfeller er hans hensikt likegyldig.

Men hvis dommeren er levnet et visst spillerum, f. eks. når han skal tilkjenne erstatning for immateriell skade, eller iøvrig hans skjønn må være det avgjørende for domsresultatet, vil sikkert hans hensikt få en lignende betydning, som i teksten påvist ved de administrative handlinger. Likeså i full utstrekning, når dommeren øver den såkalte «frivillige rettspleie», som i virkeligheten er forvaltning i judicielle former.

At man hvad dommerhandlinger angår, må gripe til andre rettsmidler for å få konstatert deres ulovlighet, og at ofte dette er utelukket, endrer ikke sakens stilling. I prinsipiell henseende er der med hensyn til den rettssetning jeg forsvarer, ingen forskjell mellom utøvelse av domsmyndighet og av forvaltningsmyndighet. Faktisk vil derimot reglen sjelden komme tilsyne ved domsvirksoheten, mens den går som en rød tråd gjennom forvaltningsretten. Av denne grunn har jeg valgt utelukkende å holde mig til denne, da det begrensede formål jeg forfølger, er tilfredsstillt herved.

det rådet en ganske heftig strid, om hvordan dette forhold mellem forvaltning og lov skulde karakteriseres. I tysk rett hevdes det, at forvaltningen er «die handelnde Staatsgewalt, welche in dem Gesetz weder die Ursache noch den Zweck, sondern die Schranke ihres Tätigwerdens erblickt»<sup>1)</sup>). Denne teori om at loven ikke er den positive *hjemmel* for forvaltningsvirksomhet, men en *skranke* for denne, deles visstnok av de fleste tyske forfattere<sup>2)</sup>).

For norsk retts vedkommende har Morgenstjerne for å karakterisere forvaltningens forhold til loven, ment å burde sondre: Dreier det sig om forvaltningsutøvelse til varetagelse av statens interesser innenfor dens særegne rettssfære, kan loven ikke opfattes som denne virksomhets hjemmel, men som en skranke der er trukket for virksomheten. Hvis derimot forvaltningsmyndigheten betinger en inn- gripen i borgernes rettssfære, må det påvises en lov som hjemmel for dette<sup>3)</sup>).

Jeg skal ikke gå nærmere inn på dette spørsmål, om jeg enn finner det naturligst i alle tilfeller efter vår rett å karakterisere forholdet mellom forvaltning og lov derhen, at forvaltningsmyndigheten alltid trenger hjemmel i lov; det som kan ha fordunklet denne sannhet er vel dels, at hjemmelen undertiden finnes, ikke i en formell lov, men i selve grunnloven, dels at den undertiden er gitt i så generell form (se f. eks. grunnlovens § 3) at de spesielle innskrenkninger som en formell lov gjør i den myndighet som er tillagt administrasjonen, lett får utseende av å være skranker for en opprinnelig utøilet frihet. Hvad det imidlertid er av viktighet å fastholde, er dette: forvaltningen er iallfall alltid bundet av lovgivningen<sup>4)</sup> i den *utstrekning hvori denne faktisk har grepet inn*. Og herav følger da igjen, at når en forvaltningstjenestemann — han være høi eller lav — handler mot et slikt lovbud, så handler han *rettsstridig*.

II. Ved å slå fast at forvaltningen er bundet av loven, har man imidlertid ikke med tilstrekkelig tydelighet karakterisert forholdet

---

<sup>1)</sup> Anschütz: Deutsches Staatsrecht i Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft 4 b. s. 169.

<sup>2)</sup> F. eks. Bähr og Laband. Den er kritisert av O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. (Fransk utgave side 10).

<sup>3)</sup> Morgenstjerne: Lærebog i den norske Statsforfatningsret (2. utg. s. 492—3).

<sup>4)</sup> Det er ikke bare de formelle lover som herved forstås. Om arten av de statsviljesyringer som kan binde forvaltningen, se Morgenstjerne i.c. s. 490. Å utvikle dette her, har imidlertid ingen interesse.

mellem dem. De bånd som loven legger på forvaltningen er nemlig ikke alltid like stramme, og omvendt blir den frihet som innrømmes forvaltningsmyndighetene, av ytterst forskjellig utstrekning.

Undertiden regulerer nemlig loven selv gjennom sine abstrakte regler forholdene på en slik måte, at det for forvaltningstjenestemannen igrunnen ikke åpnes annen frihet, enn å konstatere om det konkrete tilfelle som forelegges ham, fyldestgjør lovens krav. Således f. eks. l. 29/6 1888 § 34, l. 31/5 1918 nr. 2 § 41, optagelse i handelsregistret, etc.

Men det er andre tilfeller, hvor loven ikke kan, eller ikke vil gi sine regler en slik form, at deres anvendelse på de foreliggende forhold så å si kan skje mekanisk. Livets brokete mangfoldighet lar sig nu engang ikke alltid ramme inn i abstrakte regler, og for at enkelttilfellenes individualpreg ikke skal miskjennes, må retten i stor og visstnok stigende utstrekning gi regler om forvaltningen, som åpner adgang til at myndighetenes konkrete skjønn kan gjøre sig gjeldende. Eksempler på slike lovregler danner f. eks. loven av 1888 § 32, ekteskapslovens § 42, sundhetskommisjonens bestemmelse om at visse varer skal tilintetgjøres, politimyndighetenes adgang til å nekte gatedemonstrasjoner, teaterforestillinger o. l. At forvaltningsmyndighetene i disse tilfeller ikke er helt uavhengig av loven, er naturligvis sikkert; på den annen side er det klart at et visst spillerum er dem levnet, og man sier derfor undertiden, at administrasjonen i dette spillerum treffer sin avgjørelse *diskresjonært*.

Dette at en tjenestemann således i sin utøvelse av den virksomhet som er tillagt ham, handler til en viss grad ubundet av rettsordnen, rummer naturligvis farer for misbruk og vilkårlighet. For å bøte på dette, gir rettsordnen undertiden visse direktiver som tjenestemannen skal rette sig efter; den bestemmer hvilke opplysninger han skal innhente, og hvilke omstendigheter han i det hele skal ta i betraktning ved avgjørelsen<sup>1)</sup>. Handler tjenestemannen herimot, handler han rettsstridig.

Imidlertid er det i de ferreste tilfeller at loven velger denne utvei. Dels er metoden ikke uten betenkelighet, fordi man lett ved å fremheve in abstracto visse avgjørende momenter, risikerer å bringe i fare det gode som man søker å opnå ved å gjøre lovreglene elastiske: at de individuelle forhold avgjøres efter sin individualitet. Og dernest vil loven aldri så uttømmende kunne angi hvilke mo-

<sup>1)</sup> Eks.: Uskiftebevillinger efter l. 30/7 1851 § 2.

menter der skal inspirere tjenestemannens beslutning, at muligheten for misbruk er utelukket.

For da såvidt mulig å ramme de misbruk som forvaltningsmyndighetenes fri bestemmelse kan gi anledning til, uten samtidig at eliminere vekk det gode som den samme frihet representerer, har enkelte fremmede rettsforfatninger for all forvaltningsmyndighet oppstillet den regel, at denne kun er rettmessig, når tjenestemannen under utøvelsen av sitt skjønn har *latt sig lede av de samfundsmessige hensyn som rettsordnen hadde for øie, da den betrodde ham hans funksjon*. Treffer han sin avgjørelse, tilsynelatende innen den ramme som hans skjønn har anledning til å bevege sig i, men i en hensikt som ikke stemmer med rettsordnens, handler han rettsstridig.

Om denne rettsopfatning kan anerkjennes i et land eller ikke, er naturligvis, rettslig sett, uavhengig av vedkommende lands ordning av spørsmålet om og på hvilken måte de administrative avgjørelser rettslig kan prøves. Som bekjent er det jo visse land — som hovedeksempel kan Frankrike nevnes — hvor der er opprettet egne administrative domstoler, som prøver alle forvaltningsakters gyldighet. I andre land — f. eks. i England og også hos oss — er lovligheten av en forvaltningsakt, akkurat som lovligheten av en privatmanns handlinger, undergitt de almindelige domstolers jurisdiksjon. At reglen om hensiktens relevans like godt kan håndheves av de ordinære domstoler som av de administrative, sier sig selv.

Den utstrekning hvori domstolene — enten det nu er egne administrative, eller de almindelige — kan prøve en forvaltningsakt, er også uten betydning for spørsmålet om den nevnte rettsregel kan anerkjennes. I Frankrike f. eks., hvor der er egne forvaltningsdomstoler, ansees disse ikke berettiget til å prøve de skjønnsavgjørelser som administrasjonen har truffet<sup>1)</sup>. Den samme regel er antatt å gjelde hos oss. I England derimot prøver de almindelige domstoler forvaltningsaktene i enhver henseende, og er de uenige i avgjørelsen av skjønsspørsmålet, kan de erklære handlingen rettsstridig<sup>2)</sup>. Dette standpunkt synes underlig for norske jurister, for hvem det i almindelighet står som et selvnynnende dogme, at den skjønsmessige side av administrasjonens avgjørelser må være undradd domstolenes prøvelse. Imidlertid må man sikkert gi Schoen<sup>3)</sup> rett i, at «aus der Natur der Sache,

<sup>1)</sup> Se f. eks. Gaston Jèze: Das Verwaltungsrecht der französischen Republik (Das öffentliche Recht der Gegenwart, bind 23), s. 400.

<sup>2)</sup> Se Dicey: Law of the Constitution, 8. utg., s. 392.

<sup>3)</sup> Deutsches Verwaltungsrecht i Holtzendorffs Encyklopädie 4 b s. 297.

dem begrifflichen Wesen der Verwaltungsrechtspflege», følger dette resultat ikke. Også i enkelte tyske stater, f. eks. Preussen, prøver forvaltningsdomstolene de administrative handlinger i enhver retning. Her undersøkes f. eks. «ob die Einziehung oder Verlegung eines öffentlichen Weges, durch welche Interessen verletzt sind, Bestand haben soll», eller om «Anforderungen der zuständigen Behörden in Schul- und Wegbausachen wie hinsichtlich der Räumung von Wasserläufen notwendig und angemessen sind»<sup>1)</sup>).

Det er klart, at når domstolene har kompetanse til å prøve en handling i alle retninger, kan de også undersøke den handlendes hensikt. At imidlertid anerkjennelsen av vår regel heller ikke er uforenelig med prinsippet om at forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser ikke kan prøves av domstolene, viser f. eks. fransk rett.

Forøvrig vil jo ikke engang den omstendighet at rettsreglens overholdelse ikke kan kontrolleres eller settes igjennom med makt, være til hinder for, at den anerkjennes som del av retten. For de høyeste statsorganers forvaltningsvirksomhet f. eks., kan det vanskelig oppstilles rettslige kauteler mot misbruk. Men at disse organer av den grunn står utenfor retten, antas ikke av nogen.

Når man nu fra et legislativt synspunkt skal undersøke setningen om hensiktens relevans ved forvaltningsakter, synes det allerede ved første blick å være klart, at det er meget ønskelig at forvaltningens tjenestemenn handler i den hensikt som loven har forutsatt, og søker å fremme de formål som loven hadde for øie, da den gav dem deres myndighet. Ingen vil tvile på at en politimester handler grovt illojalt, om han nekter en skuespillertrupp å gi teaterforestillinger, fordi han personlig er uvenn av en av skuespillerne; likeså om han nekter bevilling til en ny kinematograf, fordi han selv er aksjonær i et konkurrerende foretagende. Politimesteren handler illojalt, men handler han rettsstridig? Svaret avhenger selvsagt av, om det bud som forbyr ham å ta slike personlige hensyn under utøvelsen av sin funksjon, er et *rettsbud*, eller om det bare har karakteren av et moralbud, som enhver pliktopfyllende tjenestemann setter sin ære i å overholde.

Det kunde kanskje synes som om dette siste var tilfelle; vi beveger oss jo her på det intime sjelelige område, hvor efter gammel overtro rettsordnen intet har å gjøre. Vilde man søke å gi et slikt bud karakteren av et rettsbud, forsyndet man sig sikkert efter man-

---

<sup>1)</sup> l. c. s. 298.



ges mening mot de mest elementære krav, som i teknisk-juridisk henseende må stilles til rettsbudenes skikkelse. Man kunde også fristes til å se et argument mot reglen deri, at det som det følgende vil vise, ikke kan ansees berettiget å legge en lignende subjektiv fordring inn i utøvelsen av de subjektive rettigheter som er innrømmet borgerne. Også her er det nemlig et krav som rettsordnen, teoretisk sett, gjerne vilde oppstille, at rettighetshaveren skal bruke sin rett til fremme av de formål, som rettsordnen har for øie ved innrømmelse av retten. Og den eier som bruker sin ting i andre og samfundsskadelige formåls tjeneste, handler illojalt mot samfundet. Allikevel kan det ikke, av grunner som jeg nedenfor skal utvikle, ansees riktig eller heldig å gi denne moralregel rettsreglens form.

Men her ved forvaltningsakten er forholdet efter min mening helt anderledes. Utvilsomt er det fra et abstrakt retts synspunkt sett, overmåte ønskelig at rettsordnen påbyr forvaltningsmyndighetene å handle i de rette formåls tjeneste. Hvis allikevel reglen *som rettsregel* må forkastes, må det være av tekniske grunner<sup>1)</sup>. Som jeg nedenfor utførligere kommer tilbake til, er en rettsregel hvis anvendelse er avhengig av subjektive kriterier, ikke ideell i teknisk henseende, men ubrukelig behøver reglen ikke derfor å være. Visstnok er det forbundet med nogen vanskelighet for dommeren å konstatere rettsreglens forutsetning, hensikten; uløselig kan oppgaven dog ikke sies å være, og nutidens dommere har ofte lignende og likeså vanskelige oppgaver å løse. Videre er det selvsagt ønskelig, at rettmessigheten av en forvaltningsakt kan fremgå av en rent ytre betraktning av handlingen, slik at alle vedkommende med letthet kan vite, hvad de har å innrette sig efter. Dette hensyn taler ved utøvelsen av de subjektive rettigheter meget sterkt mot å gjøre dennes rettmessighet avhengig av indre, subjektive momenter. Ved forvaltningsmyndighetens utøvelse har ikke de nevnte hensyn den samme vekt. Undersåttens eventuelle adgang til nødverge mot rettsstridige forvaltningsakter vanskeliggjøres visstnok, når rettsstriden ikke kan konstateres uten ved subjektive undersøkelser av tjenestemannens hensikt. Men dels er spørsmålet om nødvergerett overfor disse handlinger i sig selv tvilsomt, dels er det de ferreste forvaltningsakter som efter sin natur kan gi anledning til nødverge, dels er det endelig prinsipielt uheldig å knytte rettsstrid og nødvergerett uløselig sammen. Spørsmålet om nødvergerett overfor offentlige tjenestemenns

---

<sup>1)</sup> Se om de krav som i teknisk henseende bør stilles til en rettsregel, og om betydningen av den juridiske teknikk i det hele. Ihering: Geist II, s. 325 ff. Videre Cuj: Les institutions juridiques des Romains s. 717 ff.

handlingen må drøftes for sig selv, og det er på ingen måte avgjort at borgerne har nødvergerett, selv om rettsordnen forbyr de offentlige tjenestemenn å bruke sin myndighet i rettsfiendtlige formåls tjeneste.

Nogen synderlig fare for at en slik regel vil bli misbrukt til chikanøse prosesser mot administrasjonen, er heller ikke tilstede. Som jeg nedenfor kommer tilbake til, står vi her overfor et typisk papirargument; i land hvor reglen utvilsomt er anerkjent, f. eks. Frankrike, hører man intet om disse misbruk.

Det avgjørende argument mot å slutte direkte fra spørsmålet om hensiktens betydning ved de subjektive rettigheter til det her foreliggende spørsmål, er imidlertid dette: de subjektive rettigheter tilsikter å utstyre rettighetshaveren i dennes egen interesse med en viss maktfylde, en viss frihet<sup>1</sup>). Rettsordnen forutsetter visstnok, at denne frihet kun skal brukes i samfundsgavnlige interessers tjeneste; men selve den fri rådighet er fra rettsordnens synspunkt et høist verdifullt gode, og for ikke å gjøre denne frihet illusorisk, har rettsordnen oppgitt å legge sin nevnte forutsetning inn i retten, som en begrensning av denne, og har nøiet sig med å stole på at i de normale tilfeller faller individets og samfundets interesser sammen.

Anderledes ved forvaltningsmyndigheten. Denne er ingen «rett», som innrømmes tjenestemannen for hans egen skyld, og det er ingen samfundsinteresse som krever at tjenestemannen fritt og ugenert kan få utøve denne. Den maktfylde som han utrustes med, er gitt ham forat han kan settes i stand til å øve en samfundsfunksjon. Det er samfundets interesser som utelukkende kommer i betraktning, når det spørres om grensene for den maktsfære som er innrømmet tjenestemannen. Og når samfundets interesser er best tjent med at grensen for rådighetssfæren bestemmes blandt annet ved arten av de formål tjenestemannen forfølger, bør dette også være rettens regel, når ikke vesentlige tekniske grunner eller andre samfundshensyn, taler mot dette; men som foran påvist er ikke reglens tekniske svakheter så store, at de kan opveie de legislative fortrin som knytter sig til den<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup>) Se f. eks. Planck: Kommentar til B. G. B. § 226. «Das Wesen des subjektiven Rechts besteht darin, das innerhalb der durch den Inhalt des Rechts bestimmten Grenzen, der Wille des Berechtigten massgebend sein soll».

<sup>2</sup>) At reglen skulde måtte tåle undtagelser, fordi det administrative organ som har truffet bestemmelsen, er konge eller storting, kan ikke antas. Intet statsorgan står så høit at rettens regler ikke når det. Og er det først på det rene, at utøvelse av forvaltningsmyndighet skjer under herredømme av rettsreglen om hensiktens relevans, er det ingen grunn til at stortingets eller kongens forvaltningsakter skal danne undtagelser herfra.

III. Det land hvor teorien om at alle forvaltningsakter for at være rettmessige må være båret av en viss hensikt, har utviklet sig med størst klarhet og konsekvens, er uten tvil Frankrike. I dette land har forvaltningsretten, og i det hele den offentlige rett, (*le droit public*) i de siste 40—50 år gjennomgått en radikal utvikling<sup>1)</sup>, som i store trekk kan karakteriseres derhen, at den gamle «imperialistiske» forestilling om staten og dens funksjoner er gått i graven. Man ser ikke lenger staten som et mystisk, overnaturlig vesen, utrustet med en subjektiv og ubetinget rett til å kommandere undersåttene enten gjennom lover eller forvaltningsakter. Det er begrepet «*service public*» som har gjennomtrengt hele den franske offentlige rett. Statens formål er å sikre det offentlige vell ved å organisere «*le service public*», og det er dette formål som gir alle statens viljesytringer, både lover og forvaltningsakter, deres bindende kraft.

Det ledende organ i denne utvikling, der som Duguit har sagt har omlagt hele den offentlige rett fra et metafysisk til et realistisk — man kunde også si utilitaristisk — grunnlag, har vært Frankrikes store administrative domstol, *le Conseil d'État*. Skapt av revolusjonen (konstitusjonen av år VIII), førte denne domstol i lang tid en forholdsvis beskjeden tilværelse. Men i de siste femti år, særlig efter dens omorganisasjon i 1872, har domstolen på en energisk måte tiltatt sig ledelsen av hele den offentlige retts utvikling i Frankrike. På alle hold har den vist sig lydhør overfor utviklingens krav; ved sin store evne til å lede rettsutviklingen, og ved den autoritet som den nyder overalt i Frankrike, er *Conseil d'État* på den offentlige retts område blitt et middel til rettsfornyelse, som i mangt og meget minner om prætors velsignelsesrike virksomhet i det gamle Rom.

Da *Conseil d'État* for alvor grep inn i forvaltningsretten, var denne ennu sterkt preget av den gamle byråkratiske og autokratiske opfatning av administrasjonens oppgave og vesen, som ikke bød borgerne tilstrekkelig beskyttelse mot administrativ vilkårlighet. Det var visstnok tillatt å innanke en forvaltningsavgjørelse for de administrative domstoler til annullasjon for «*excès de pouvoir*», hvis tjenestemannen hadde vært inkompetent til å fatte sin beslutning, eller hadde krenket en formforskrift eller en materiell lov. Men hvis disse ting var i orden var akten uangripelig, uten hensyn til det formål som hadde ledet tjenestemannen, eller de motiver som lå bak hans handling. Administrasjonen hadde innen den nevnte ramme en «*pouvoir discrétionnaire*» som domstolene ikke hadde adgang til å

---

<sup>1)</sup> Se herom Duguit: *Les transformations du droit public* (1913).

prøve. At dette kunde gi anledning til misbruk og også faktisk gjorde det, er sikkert.

Gjennem Conseil d'État's rettspraksis er dette forhold nu endret: «L'acte discrétionnaire appartient au passé». «Le Conseil d'État est toujours compétent pour apprécier le but, qui a déterminé l'acte et il en prononce l'annulation, s'il estime que l'administrateur, tout en étant resté dans les limites formelles de sa compétence, a poursuivi un but autre que celui, que la loi avait en vue en lui donnant cette compétence»<sup>1</sup>).

Dette er læren om «détournement de pouvoir» som nu er blitt en sikker bestanddel av den franske forvaltningsrett, og det kriterium som anvendes er «la notion de but», hensikten, formålet for forvaltningsakten. Den utvikling som har ledet til denne rettssetnings fullstendige gjennombrudd, tok sin begynnelse i slutten av det annet keiserdømmes tid. De første dommer som knesatte prinsippet, blev avsagt i anledning av at en prefekt, som i sine reglementer hadde regulert ferdslen foran en jernbanestasjon, herunder hadde tatt hensyn, ikke til orden og sikkerhet, men til et transportfirmas interesser, som han vilde favorisere. Prefektens forordninger blev annullert. Et par år senere, i 1872, blev fyrstikkmonopol innført i Frankrike; for å spare staten for erstatning, instruerte finansdepartementet visse prefekter om at disse, tilsynelatende i henhold til en lov av 1810 som tillot stengning av «farlige og usunde etablissementer», skulde beordre fyrstikkfabrikkene stengt. En rekke fabriker blev stengt, men Conseil d'État annullerte disse beslutninger, idet det fant, at den virkelige hensikt ved foranstaltningen, og som ikke kunde berettiggende denne, var «un intérêt financier déguisé» (Hauriou). I en lang rekke dommer har senere Conseil d'État fastholdt dette standpunkt<sup>2</sup>). En forvaltningsakt er alltid ugyldig, når enten dens uttalte hensikt ikke stemmer med rettsordnens tanke — når f. eks. en krigsminister stryker en forretningsmann som leverandør til hæren p. gr. a. hans religiøse eller politiske meninger, eller når en prefekt bruker den myndighet som loven i visse tilfelle gir ham overfor et kommunestyre, til å fremtvinge en avgjørelse av dette, i anliggender hvor loven ingen myndighet anviser prefekten. Men den er også ugyldig, når den tilsynelatende hensikt er i full orden, men det virkelige formål, som søkes skjult i handlingen, ikke stem-

---

<sup>1</sup>) Duguit l.c. s. 206—7. Se også Berthélémy: Droit administratif (7. utg.) s. 972. Likeså Jéze l.c. 400 og Hauriou: Note i Sirey 1905. 3.17.

<sup>2</sup>) Se herom Duguit s. 210 ff.

mer med rettsordnens formål. Således da en prefekt innlemmet et jordstykke som grenset til en elv, i «le domaine public», (hvilket han under visse omstendigheter var berettiget til) i hensikt å dekke to av sine underordnede mot erstatningsansvar, fordi disse ulovlig hadde tatt sand på eiendommen. («Protection hiérarchique déguisée». (Hauriou)).

Jeg skal ikke her gå inn på, hvordan rettsreglen om «détournement de pouvoir» virker i praksis, hvilke betingelser der skal til for å gjøre den gjeldende o. s. v. For det formål jeg forfølger, er det nok å konstatere at reglen eksisterer, at den har hensikten til kriterium, og at den fullt og helt har karakteren av en *rettsregel*. «L'agent administratif viole la loi», sier Duguit<sup>1)</sup>, «quand il fait une chose . . . en vue d'un but, qu'il n'a pas le pouvoir de poursuivre». Og Jèze<sup>2)</sup>, nevner som eksempel på «Ungesetzlichkeit» som gjør en forvaltningsakt ugyldig, «Verletzung des Grundsatzes, wonach die Verwaltungsbeamten die Pflicht haben, ihre gesetzlichen Befugnisse nicht zu einem andern Zwecke auszuüben als zu denjenigen, für welche diese Kompetenz verliehen wurde».

At denne rettsregel, utdannet av en frittskuende og overlegen domstol, i sine virkninger har vært heldig, tør den enstemmige anerkjennelse i den franske teori være bevis nok på. Den smidiggjør og gjennomtrenger hele forvaltningsretten, og beskytter borgerne mot administrativ vilkårlighet. Den er i pakt med den ånd som fyller den moderne offentlige rett. Ikke minst takket være reglen om détournement de pouvoir kunde man, ifølge Duguit, på den kongress for forvaltningsvidenskap som var samlet i Bryssel i 1910, konstatere «qu'aucun droit public moderne ne protégeait l'administré d'une manière aussi complète que le droit français».

Den *engelske* statsrett er ifølge Dicey<sup>3)</sup> karakterisert særlig ved to trekk: «The sovereignty of Parliament» og «the rule of law». Dette siste prinsipp som Dicey stiller i den skarpeste motsetning til den franske retts «droit administratif», innebærer bl. a., at forholdet mellom individ og stat er ordnet etter samme prinsipper og rettsregler, som gjelder forholdet mellom individene innbyrdes<sup>4)</sup>. Likeledes, at det er de samme domstoler som skal påkjenne administrative akter, som borgernes private rettsvister. Og dette prinsipp har engelsk rett gjennomført så konsekvent, at domstolenes stilling til

<sup>1)</sup> L.c. s. 207.

<sup>2)</sup> L.c. s. 401.

<sup>3)</sup> Law of the Constitution (8. utg.) s. 179.

<sup>4)</sup> L. c. s. 332.

en forvaltningsakt er nøiaktig den samme, som til en handling, foretatt av en privatmann. Ifølge The Merchant Shipping Act kan f. eks. Board of Trades funksjonærer nekte et skib å gå tilsjøs, når skibet er i den forfatning, at det ikke kan gå ut «without serious danger to human life»<sup>1)</sup>. Hvis nu en skipper føler sig brøstholden ved en slik beslutning, og krever erstatning av den funksjonær som har nektet hans skib å gå tilsjøs, står domstolene i enhver henseende suverene overfor denne klage. Akkurat som domstolene hos oss har myndighet til å avgjøre om den fare som en nødshandling sikter på å avverge, var «særdeles betydelig» i forhold til den skade som handlingen kan volde, kan de engelske domstoler prøve, om det in casu var tilstrekkelig grunn til å nekte skibet å gå ut. «Most persons would suppose», sier Dicey, «that the officials of the Board as long as they bona fide, and without malice or corrupt motive, endeavoured to carry out the provisions of the statute, would be safe from an action at the hands of a shipowner. This however, is not so. The Board and its officers have more than once been sued with succes».

Det vil sees, at under dette system for rettslig kontroll med forvaltningen, vil det ikke lett bli spørsmål om å anerkjenne en rettsregel, svarende til den franske regel om «détournement de pouvoir». For det område nemlig, hvor denne kontroll er effektiv — når undersåttenes subjektive rettigheter er krenket ved forvaltningsakten — vil reglen være unødvendig av hensyn til borgernes beskyttelse. Disse beskyttes jo nemlig på den mest energiske måte derved, at forvaltningens handlinger prøves i alle retninger. Hvis derfor disse ikke i resultatet stemmer med samfundsvellet eller finnes i pakt med lovens bestemmelser, blir de annullert enten tjenestemannens hensikt har vært lojal eller ikke. På den annen side, hvis det sjeldne tilfelle foreligger, at hensikten har vært frauduløs, men handlingen allikevel i sine virkninger harmonerer med rettsordnens og samfundsvellets krav, er det ingen grunn til av hensyn til de undersätter som rammes, å erklære handlingen rettsstridig. Undersøkelsen av handlingens hensikt kommer da til å inngå i undersøkelsen av handlingen overhodet, og nogen særstilling har derfor hensikten ikke fått efter engelsk rett.

På de områder av forvaltningsretten, hvor ingen subjektiv rett er krenket, savner overhodet den engelske borger adgang til at få forvaltningsaktens overensstemmelse med den objektive rett prøvet av domstolene. Nogen lære om «détournement de pouvoir» er ikke utviklet

---

<sup>1)</sup> L. c. s. 392.

i England<sup>1)</sup>). At intet forsøk i denne retning er gjort, henger vel forøvrig sammen med, at engelsk rett så sterkt betoner at en norm bare kan anerkjennes som rettsregel, når den kan settes igjennem ved ytre tvang. (Dicey s. 38: «Law = any rule which will be enforced by the Courts»).

Den *tyske* forvaltningsrett har gjennom det 19de århundre vært nokså sterkt påvirket av den franske. Nogen særegne forvaltningsdomstoler bestod ikke i Tyskland i århundrets begynnelse; heller ikke de almindelige domstoler blev tillagt kompetanse til å prøve de administrative dekreters rettsgyldighet. Politistatens landsfaderlige system, hvor statens embedsmenn efter eget tykke syslet med de offentlige anliggender, og hvor ingen skarp sontring bestod mellom forvaltning, lovgivning og justis, holdt sig i Tyskland til omtrent 1850. Som de franske liberale hadde på sitt program avskaffelsen av den administrative justis, og innførelse av kompetanse for de almindelige domstoler også i forvaltningstvister, var det også i Tyskland sterk stemning for en slik reform. Bevegelsens juridiske leder var Otto Bähr. Prinsippet blev også knesatt i den riksforfatning som i 1849 blev vedtatt av Frankfurterparlamentet.

Mot denne løsning av problemet om den rettslige kontroll med forvaltningen optrådte imidlertid bl. a. Gneist, og i tilslutning til hans opfatning har visstnok alle tyske stater innført særlige forvaltningsdomstoler. M. h. t. disses kompetanse er det dog vanskelig å utvikle generelle regler, idet de forskjellige lands lovgivning har ordnet dette forhold på forskjellig vis. Mens enkelte land — f. eks. Preussen — har gitt disse domstoler myndighet til å prøve forvaltningsaktene både hvad deres legalitet og deres opportunitet angår<sup>2)</sup>, har andre lands lovgivning gjort forskjellige forbehold, særlig hvad «die Ermessensfrage» angår. Således f. eks. Bayern, Württemberg og Baden for den øverste forvaltningsdomstols vedkommende. Visstnok er heller ikke her hele den skjønnsmessige side av forvaltningsakten og det faktiske grunnlag som den hviler på, unddradd enhver kontroll av domstolene<sup>3)</sup>. Men det synes som om kontrollen her går ut på andre ting, og hviler på andre rettstanker enn den, som har fått sitt klassiske uttrykk i den franske retts lære om «détournement de pouvoir»<sup>4)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Se også Duguit l. c. s. 179.

<sup>2)</sup> Se Otto Mayer l. c. s. 214, Schoen l. c. s. 298.

<sup>3)</sup> Se herom O. Mayer s. 248, Schoen s. 298—99.

<sup>4)</sup> I Jellineks berømte verk: *Allgemeine Staatslehre*, finnes dog iallfall antydningvis uttalt, at forvaltningsmyndighetene alltid er bundet

IV. For *norsk* retts vedkommende foreligger ingen samlet fremstilling av den betydning, en administrativ tjenestemanns hensikt har for den rettslige bedømmelse av hans handling. I teorien forekommer visstnok enkelte spredte bemerkninger om visse statsorganers bruk av sin myndighet i en annen retning enn forutsatt; særlig gjelder dette om de forvaltningsakter som innehaverne av den utøvende og den lovgivende makt, kongen og stortinget, foretar. Om hensiktens betydning for de underordnede tjenestemenns forvaltningsakter, tier teorien. Til gjengjeld har man her en ikke ubetydelig rettspraksis, hvad man — av iøinespringende grunner — må savne for de høieste statsorganers vedkommende.

Jeg tror imidlertid, at de i teori og praksis antatte resultater rettest må oppfattes som kasuistiske uttrykk for rettsordnens generelle bud om, at all forvaltningsvirksomhet uten hensyn til det forvaltningsorgan som optrer, skal utøves i den ånd og skal følge de formål, som det rettsbud hadde for øie, som hjemler organet dets myndighet. Forinnen denne setning nærmere utvikles, skal jeg undersøke de enkelttilfeller, hvor man med sikkerhet har kunnet konstatere reglen.

1. Det er fullt på det rene, at stortinget ofte treffer beslutninger av forvaltningsrettslig innhold. Det treffer disse avgjørelser, dels i kraft av uttrykkelig bestemmelse i grunnloven, dels i kraft av den almindelige adgang, som grunnloven antas å gi stortinget til å treffe alle de beslutninger som ikke i grunnloven er forbudt eller henlagt til andre statsorganer. Stortinget kan således f. eks. disponere over statskassen, derved at det bevilger kongen penger, d. v. s. tillater ham å foreta utbetalinger av statskassen. På den annen side har grunnloven tillagt kongemakten visse prerogativer eller særrettigheter, f. eks. retten til å utnevne embedsmenn. Denne funksjon har grunnloven tillagt kongen uten at stortinget har nogen medbeslutningsrett; grunnlovens tanke er naturligvis den, at samfundets tarv er best tjent med at utnevnelsen av embedsmenn

---

til å handle i de formåls tjeneste som loven forutsetter fremmet. Efter (s. 566) å ha omtalt sontringen mellem de forvaltningsakter som beror på funksjonærens «freies Ermessen», og dem hvor det dreier sig om mere maskinmessig fullbyrdelse av lovens vilje, uttaler han at også for de førstes vedkommende, gjelder den «allgemeine Norm pflichtmessigen Hand- delns». Og hvori innholdet av pliktmessigheten består, får man beskjed om side 571: Myndigheten skal brukes «nicht ausschliesslich selbstnütziger Weise».



foretas av kongen, idet lett utenforliggende hensyn kunde komme i betraktning, hvis utnevnelserne skulde skje fra stortinget.

Nu ser enhver lett, at stortingets bevilgningsmyndighet kan brukes, ikke bare i hensikt å disponere over statens penger på den heldigste og mest fruktbringende måte, men også som middel til å tvinge kongemakten, som jo vanskelig kan undvære bevilgede midler, til å bruke de prerogativer som grunnloven har innrømmet den, på en bestemt måte som stortinget ønsker. Hvis stortinget går frem på denne vis, og f. eks. lar en bevilgning være avhengig av at kongen utnevner N. N. til embedsmann, har det i teorien vært lært<sup>1)</sup>, — og dette er sikkert riktig, — at stortinget optrer på en rettsstridig måte<sup>2)</sup>. Ved å gi stortinget retten til bevilgninger har grunnloven ment, at de finansielle overveielser som må gå forut for disse, rettest bør henlegges til stortinget. Benytter det denne rett i et annet formåls tjeneste, og søker å blande sig inn i forhold som efter grunnloven uttrykkelig er unddradd dets kompetanse, handler det ikke bare illojalt, men likefrem rettsstridig.

Det samme gjelder selvsagt også kongemakten, hvis denne søker å benytte sine funksjoner i formåls tjeneste, som er disse ganske fremmet, og hvis varetagelse av grunnloven er overlatt stortinget. Hvis f. eks. kongen gjør sin beslutning om en lovs sanksjon avhengig av at stortinget utnevner N.N. til statsrevisor, handler han rettsstridig<sup>3)</sup>.

På samme måte må forholdet anskues, i tilfelle av at kongemakten gjør en administrativ tillatelse eller konsesjon avhengig av betingelser som er selve tillatelsen uvedkommende, og som sikter på å tjene formål som kongen ikke, eller ikke på denne vis, er berettiget til å tilgodese. Efter statsborgerlovens § 3 kan kongen tilstå utlendinger statsborgerrett gjennom bevilling. Hvis kongen vilde bruke denne sin rett til efter «fritt skjønn» å tildele statsborgerbrev, på den måte at han gjorde bevillingen betinget av en avgift til sig personlig eller til statskassen, vilde dette utvilsomt være rettsstridig<sup>4)</sup>. Og grunnen er her ikke den, at kongen overhodet skulde være nødt til enten helt å avslå andragendet, eller betingelsesløst å gi statsborgerbrev; i praksis kreves det f. eks. som vilkår for statsborgerbrevet, at

---

<sup>1)</sup> Morgenstjerne s. 390.

<sup>2)</sup> Om dette har praktiske følger behøver ikke å drøftes.

<sup>3)</sup> Morgenstjerne s. 390.

<sup>4)</sup> Morgenstjerne s. 79, note 2.

ansøkeren skal ha kjennskap til det norske sprog, og en slik betingelse er fullt rettmessig. At det er betingelsens hensikt, eller den ånd hvori den er opstillet, som er det avgjørende merke på handlingens rettmessighet, kommer her ganske tydelig frem.

Det samme synspunkt er i praksis også anlagt m. h. t. kongens utøvelse av den funksjon som grunnlovens § 20 tillegger ham: å benåde forbrydere. Skjønt grunnloven bare gir ham rett til «at benåde forbrydere», har det i praksis ikke vært betvilt, at kongen kan gjøre sin benådning betinget; «men», sier Aschehoug i sin Statsforfatningsret, «Kongen kan ei knytte hvilket som helst Vilkaar til Benaadningen»<sup>1)</sup>. F. eks. ikke benåde mot provisjon, eller mot at forbryderen underkaster sig en straff som loven ikke kjenner. Handler derimot kongen i den ånd hvori benådningsmyndigheten er tillagt ham, er det ingenting iveien for, at han gjør sin nåde betinget, f. eks. av at forbryderen ikke i et visst tidsrum innfinder sig i en bestemt egn.

I det samme verk s. 412, behandler Aschehoug kongens almindelige adgang til å instruere embedsmenn, f. eks. m. h. t. iverksettelsen av en lov som tillegger disse embedsmenn en viss skjønnsmessig avgjørelsesmyndighet. «Sin Myndighed til at instruere Embedsmændene maa Kongen naturligvis kun bruge for at fremme, ikke for at hindre eller beklippe Øiemedet med den Lov, der har tillagt dem en skjønsmæssig Avgjørelsesret». Tydeligere kan det ikke sies, at kongen ved å bruke den myndighet som loven gir ham, handler rettsstridig hvis han ikke handler i dennes ånd.

I en artikkel i Rt. 1916 s. 225 ff. «Om konstitution i embeder», drøfter advokat Georg Lous det spørsmål om anvendelsen av konstitusjonsformen istedenfor fast embedsbesettelse, er grunnlovstridig — altså rettsstridig — fra den utøvende makts side. Han kommer her til det resultat, at da sådan konstitution i mange tilfeller er nødvendig, i andre tilfeller serdeles praktisk for embedsverkets gode funksjonering, «kan det ikke være grunnlovens mening at forby anvendelsen af konstitution i den utstrækning, hvori den er nødvendig til bevarelse af kontinuiteten i embedets bestyrelse og til gjennemførelse af forandringer i statstjenestens organisation». Men så fortsetter advokaten, og heri har han sikkert rett: «forsaavidt konstitution i noget tilfælde udelukkende er anvendt for at gi regjeringen adgang til at fjerne den ansatte, hvis han skulde bli regjeringen misliebig — hvor kon-

---

<sup>1)</sup> Statsforfatningsret II, s. 220.

stitution altså er anvendt av hensyn til personen, ikke til embedet — vil den sikkert nok være grundlovsstridig.»

Endelig må, når teoriens behandling av spørsmålet om lovens formål som bånd på administrasjonen refereres, nevnes et responsum av professor Skeie: Kan staten innskranke sin pligt til erstatning for expropriation til et statsforetagende ved at nekte koncession til udnyttelse av expropriationsgjenstanden i andre øiemed? Dette responsum som er trykt i «Afhandlinger» II. bind, s. 96 ff. drøfter nemlig det heromhandlede spørsmål i en enkelt anvendelse, og løser det i en retning som man må gi sin fulle tilslutning.

Det forhold som blev forelagt professor Skeie til uttalelse var følgende: En privatmann var eier av — eller hadde håndgivelse på — samtlige de rettigheter i et vassdrag, som var nødvendige til å regulere dette. Bl. a. hadde han erhvervet en stor mo, som han i tilfelle av at han fikk tillatelse til regulering, vilde la oversvømme, for å bruke til reguleringsmagasin. Imidlertid hadde jernbanemyndighetene planlagt en jernbane tvers over moen, med stasjon på denne. Det var på det rene, at bortsett fra dette hensyn til jernbaneplanen, talte intet offentlig hensyn mot å gi reguleringstillatelse, idet moen som skulde settes under vann, ikke var egnet til dyrkningsland. Spørsmålet var nu, om staten, hvis den fastholdt sin jernbaneplan og eksproprierte moen, måtte betale erstatning til eieren for den interesse moen vilde ha hatt for ham, om regulering hadde funnet sted i henhold til konsesjon. Eller om det offentlige, i hensikt å spare erstatningen, kunde nekte å gi den konsesjon som jo var betingelsen for moens økede verdi.

Skeie uttaler først, at hvis staten vilde ekspropriere en manns grunn under den eldre rettstilstand (før 1911), da en eier uten konsesjon kunde regulere på egen grunn, måtte også eierens reguleringsinteresse erstattes, «og man må da vistnok tillige antage, at staten ikke kunde fri sig fra erstatning i et saadant tilfælde ved at forandre loven således, at reguleringsretten blev avhengig av bevilling, og derefter i dette øiemed negte bevillingen». Derimot vilde staten hatt full adgang til å gjøre reguleringen avhengig av tillatelse, og til å nekte sådan når «almene grunde» tilsa dette — altså «uden hensyn til statens interesse i at slippe en erstatning». Og om staten derefter eksproprierte eiendommen, kunde ikke eieren kreve erstatning for sin reguleringsinteresse.

Den samme grunnsetning måtte imidlertid iflg. Skeie også gjel-

de, selv om eieren efter den nugjeldende rett trenger konsesjon for å regulere. «Den som har skaffet sig vasdragsrettigheter som giver adgang til at erhverve reguleringstilladelse, kan ikke vilkaarlig negtes koncession av den grund at staten vilde slippe med en mindre erstatning for avstaaelse til egne formaal ved en saadan negtelse. Negtelsen maa være begrundet i almene hensyn».

Som det ligger i selve ordet, har ingen noget rettskrav på konsesjon. Denne er da et typisk eksempel på en «diskresjonær» beslutning fra det offentliges side. Men administrasjonen må her som ellers handle i lovens ånd, i hensikt å fremme de samfundshensyn som gjør loven berettiget, også i forhold til grunnloven. De finansielle interesser som staten kunde ha i å nekte konsesjon, fordi den selv tenker på å ekspropriere eiendommen, ligger ganske utenfor lovens tanke; og hvis det hadde vært lovens mening, at også disse formål kunde tas med i betraktning, vilde dette bragt loven i kollisjon med grunnlovens § 105. Hvis administrasjonen derfor nektet konsesjon for å spare erstatning for eierens reguleringsinteresse, vilde den handle rettsstridig.

2. Den *rettspraksis* som foreligger til belysning av emnet, er på en måte ganske rikholdig; imidlertid lider den av den svakhet å være sterkt ensidig. De tilfeller hvor spørsmålet om formålets betydning for rettmessigheten av en forvaltningsakt er kommet op, angår nemlig nesten alle spørsmålet om hvorvidt autoritetene, når de gir sine bevillinger, fastsetter avgifter eller lukningsvedtekter i henhold til alkohollovgivningen, har handlet i formåls tjeneste, som ligger utenfor loven. Jeg skal under A. imidlertid referere de viktigste av disse dommer fra den senere tid.

A. Rt. 1911 s. 503. En kommunal beslutning i henhold til l. 18/6 1884 § 14 jfr. lov 17/5 1914 § 27 fastsatte en viss lukningstid for ølutskjækning, men med rett for magistrat og formannskap til å dispensere for «saadanne udskjækningssteder, hvor man ikke har grund til at befrygte misbrug af disse drikke». Bestemmelsen blev praktisert slik, at alle de *bevilgede* ølretter (133 + 25) fikk dispensasjon, likesom én av de livsvarige. Men de tre andre livsvarige ølretter som eksisterte, fikk ikke dispensasjon. En av disses innehavere utøvte sin rett på tross av beslutningen, og blev tiltalt for dette. Han blev imidlertid frifunnet i meddomsretten, og anken forkastet i høiestereett. Flertallet bygget sitt resultat på at «tidsindskrænkningen ikke har karakteren af en almindelig regel for alle slags øludskjækningssteder, men er blevet en skjærpet særregel ligeoverfor de livsvarige udskjækningsrettigheder».

Høiesteretts rettslige begrunnelse er her ikke klart utformet; men den eftersetning som synes å måtte underforstås for å begrunne resultatet, er at kommunestyret hvis det vedtar særegne skjerpede lukningsvedtekter overfor de livsvarige rettigheter, søker å bruke sin vedtektsrett i et formåls tjeneste, som loven ikke har forutsatt. Helt tydelig gir en av de voterende (assessor Reimers) uttrykk for denne rettssetning, idet han dog antar, at den in casu ikke fant anvendelse; han antok nemlig at det skyldtes tilfeldige faktiske forhold, nemlig utsalgenes beliggenhet, at de livsvarige rettigheter var kommet i en særstilling. Man var nemlig ikke berettiget til «i vedkommende myndigheters nektelse av at lempe paa regelen at indlægge nogen tendens til ad denne vei at gjøre den . . . livsvarige ølret virkningsløs».

En meget viktig og interessant rettsavgjørelse er videre Rt. 1912 s. 97. Etter lov 18/6 1884 § 11 kunde et kommunestyre, hvor «særlige forhold» forelå, forhøie den ordinære ølavgift. Skjønt særlige forhold i dette tilfelle virkelig var tilstede, ansåes forhøielsen av avgiften for uforbindende, idet den alene var skjedd av fiskale grunner til fordel for kommunens budjet i almindelighet, og ikke var begrunnet i de ulemper som de særlige forhold førte med sig. Førstvoterende (assessor Mejdell), hvortil flertallet sluttet sig, påviste gjennom en historisk gjennomgåelse av omhandlede bestemmelses utvikling «at bestemmelserne om ølavgiften fra lovgivningens side ikke er givet med spesielt fiskale hensyn for øie, men som en forholdsregel der har hensyn til modvirkning af de misbrug udskjænkning kan lede til». At der gjennom særskilt beslutning var adgang til å forhøie avgiften, bevirket ikke at denne skiftet vesen. Kommunen hadde derfor ikke adgang til «under afgjørende hensyn til kommunens budjetmæssige interesser i deres almindelighed» at fastsætte størrelsen av avgiften. «Jeg er enig i» fortsetter førstvoterende, «at hvis administrationen efter drøftelse av de momenter der efter loven er at anse som de relevante for fastsættelsen av afgiftsbeløpets størrelse, hadde afgivet et skjøn, saa maatte dette skjøn være bindende for domstolene». Det eneste domstolene har å undersøke, er nemlig de rettslige betingelser for skjønnet. Men in casu var det fra administrasjonens side ikke tatt de hensyn ved avgivelsen av skjønnet, som lovgivningen krevet.

To voterende (Gjelsvik og Birkeland) dissenterte; men også disse synes å forutsette, at vedtektens formål er det avgjørende. De finner imidlertid at de fiskale hensyn ikke har vært «selve basis eller kardinalpunktet ved kommunestyrets beslutning»; de har ikke vært «det egentlige motiv og den egentlige basis».

I Rt. 1912 s. 321, hvor likeledes spørsmålet om berettigelsen av en lukningsvedtekt overfor en eldre vinrett forelå til behandling, fremhevet førstvoterende (Backer) hvis konklusjon blev dom, at motivet til beslutningen var av regulerende art.

Rt. 1913 s. 273 avgjør et tilfelle som var temmelig analogt med det som forelå i Rt. 1912 s. 97. Også her dreiet tvisten sig om hvorvidt forhøielse av avgift for skjenkning av vin og øl var berettiget i henhold til l. 18/6 1884 § 11. Førstvoterende (Fürst) hvis konklusjon blev dom, uttalte at «der ikke er grund til at anta, at kommunens vedkommende har hat den hensigt med forhøielsen av avgiften at hindre rettighetshaveren i at utøve sin livsvarige rettighet, eller m. a. o. at iverksætte en dulgt ekspropriation». Og videre: «Forhøielsen av avgiften skede ikke i utelukkende fiskalt øiemed.»

Assessor Mejdell dissenterte, idet han antok at «det veiende hensyn» ved fatningen av beslutningen «har været det fiskale spørsmål». Under henvisning til dommen i Rt. 1912 s. 97 som han anså for prejudikat, fastslo han at «en kommune ikke har rett til av hvilket som helst hensyn at bestemme hvilkensom helst avgift». Til beslutningens ugyldighet krevedes ikke at fiskale hensyn skulde ha vært enerådende. Det var nok at de har stått for kommunestyret som «det bestemmende» ved fatningen av beslutningen.

Også assessor Reimers antok at beslutningen var ugyldig, fordi dens motivering efter hans mening viste at det ikke var lovens «særlige forhold» som in casu hadde vært tilstede. Forhøielsen var utelukkende diktert av hensyn til den berettigedes særstilling. «Men det er som før bemerket ikke et forhold som fylder lovens maal».

Iallfall efter referatet i Rt. å dømme, kan det vanskelig bestrides at denne dom står i mindre god harmoni med dommen av 1912. Imidlertid må man — hvad der er av interesse for denne avhandling — legge nøie merke til, at heller ikke denne siste dom underkjenner den setning som dommen av 1912 er bygget på, nemlig at avgiftsforhøielsen ikke må være motivert av hensyn, som er fremmede for loven. Det er i opfatningen av hvilke formål der står i harmoni med lovbestemmelsens ånd, at dommene avviker fra hinannen.

I Rt. 1913 side 773 forelå igjen spørsmålet om en innskrenkning i øl- og vinsalg var uforbindende for innehaver av gammelt handelsborgerskap. Retten anførte her: «Beslutningen tilsigter at hemme drikkeondet, befordre ædrueligheten, og maa ikke karakteriseres som et maskert forsøk paa at uthule de ældre livsvarige salgsrettigheter for derigjennem at opnaa billig værdsættelse ved en fremtidig ekspropriation».

Rt. 1919 s. 120: Innehaversken av en gammel brennevinsrett gjør innsigelse mot den av social-departementet i medhold av lov 17/5 1904 fastsatte avgift. Hun mente nemlig at denne avgift skulde fastsettes efter omsetningens størrelse; in casu var avgiften sterkt pålagt, skjønt omsetningen var gått ned. Hun mente derfor at departementets hensigt var å uthule hendes rett, for billig å kunne innløse den ved ekspropriasjon.

Departementet blev her frifunnet, fordi retten fant at dets motiver hadde vært å bringe likevekt mellem avgiftene i de forskjellige byer, samt forståelsen av at et privilegium som det omhandlede burde beskattes adskillig. Skjønt disse motiver ikke helt falt sammen med de direktiver som fastsattes i loven, lå de dog i samme plan, og burde ikke bevirke at avgiftens påleggelse blev erklært rettsstridig. «Men» sier byretten, som høiesterett sluttet sig til, «hvis man her kunde gaa ut fra, at avgiften som av citanten paastaat, stadig var sat høiere, utelukkende med det for øie at formindske den eventuelle indløsningssum, saa vilde saken her stille sig anderledes».

Høist interessant er ogsaa en dom i Rt. 1919 s. 449. I henhold til provisorisk anordning av 7/8 1914 jfr. lov av 18/9 s. a., kunde politiet forby innehaveren av en forretning å selge eller utskjenke vin eller øl «naar samfundsmæssige hensyn gjør det paakrævet». Den 8/8 1914 blev en handelsborger med handelsbrev fra 1880 forbudt å selge øl og vin.

Angående spørsmålet om lovmessigheten av dette forbud, uttaler høiesteretts flertall først den rettssetning, at sådant handelsborgerskap ikke hindrer at lovgivningen uten plikt til erstatning «under ekstraordinære forhold midlertidig forby eller innskranke utøvelsen av den rettighet, som vedkommende handelsborger ellers under almindelige forhold maatte ha krav paa at utøve i det væsentlige uavkortet»<sup>1)</sup>. Imidlertid var det på det rene og forutsatt fra alle kanter, at de ekstraordinære forhold ikke kunde gi lovgiveren carte blanche til i hvilkensomhelst utstrekning og i hvilkensomhelst hensikt å gripe inn i rettigheten. Både høiesteretts flertall og mindretallet var enig om, at den regulering som de ekstraordinære forhold kunde gi anledning til, måtte stå i organisk forbindelse med disse forhold, og ha til hensikt å avverge visse farer som de ekstraordinære forhold hadde skapt.

Fra vinhandlerens side blev det påstått at forbudet var diktert

---

<sup>1)</sup> Om et gammelt handelsborgerskap virkelig gav innehaveren en subjektiv rett til vinsalg, fant domstolens flertall det unødvendig å avgjøre.

av avholdspolitiske grunner, som jo har sin gyldighet, eller mangler sådan, uten hensyn til den ekstraordinære krigssituasjon. Minoriteten (3 voterende) gav ham medhold heri. Majoriteten uttalte derimot: «Man maa gaa ut fra at saavel politiet som Justisdepartementet i sine avgjørelser m. h. t. de her i saken omhandlede forbud . . . først og fremst har tat hensyn til den ved krigen skapte ekstraordinære situation og de farer denne kunde innebære for samfundet». I henhold til denne majoritetens opfatning av de motiver som hadde ligget til grunn for forbudet, blev dette kjent rettmessig.

I en med denne parallell sak — hvor det dreiet sig om forbud mot brennevinsalg, Rt. 1919 s. 462, blev det samme resultat fastslått av de samme dommere. Den samme minoritet dissentererte, og presiserte her sin opfatning derhen, at forbudet måtte opfattes som en forføining «hvis væsentlige formaal alene kan være at ramme selve de paagjældende handelsrettigheters eksistens». Og hensikten hermed var igjen efter minoritetens mening «ad indirekte vei at borteliminere det offentliges erstatningspligt til rettighetshaverne».

Foruten de her nevnte dommer, berører også Rt. 1911 s. 169, 1912 s. 404, 1913 s. 229 og 773 de samme forhold, og synes mere eller mindre tydelig å forutsette reglen om hensiktens relevans for avgjørelsen av en forvaltningsakts lovlighet.

B. De dommer som foran er gjennomgått, refererer sig som det vil sees alle til administrasjonens gjennomførelse av alkohollovgivningen. I Rt. 1915 s. 161 blev spørsmålet om hvorvidt et departement hadde handlet overensstemmende med en lovs ånd og formål, optatt til drøftelse i en annen form. I tillatelse efter lov 16/5 1896 § 2 til anlegg av elektrisk kraftoverføring, blev konsesjonssøkeren pålagt forpliktelse til i kollisjon med mulige senere jernbaneanlegg å flytte ledningen på egen bekostning. Under senere ekspropriasjon til anlegg av jernbane, bestred konsesjonæren at den nevnte lov hjemlet departementet adgang til å opstille en sådan betingelse, og hevdet derfor at denne ikke bandt ham.

3 voterende mente, at bestemmelsen lå innen rammen av de betingelser som departementet i kraft av loven kunde fastsette, og at betingelsen var stillet i lovens ånd. Dessuten bygget de subsidiært på at den var vedtatt.

En voterende anså det første spørsmål tvilsomt, men kom til samme resultat på grunnlag av vedtagelsen.

Tre voterende anså vilkåret for uhjemlet i loven, og mente at konsesjonærens vedtagelse da ikke bandt ham.

C. En tredje sort administrative avgjørelser blev undergitt dom-



stolenes prøvelse i en dom, referert i Rt. 1918 s. 648. Det dreiet sig her om entledigelse av en konstituert sjøfartsdirektør. Denne mente at entledigelsen var ulovlig, bl. a. fordi regjeringen ikke hadde entlediget ham av saklige grunner, men på grunn av misforståelse og personlig animositet.

Fra regjeringens side blev det hevdet, at entledigelsen av en konstituert tjenestemann aldri kunde være rettsstridig, uten hensyn til de motiver som lå til grunn for beslutningen. «Konstitution vil si ansættelse paa det kontraktstilkaar at man naarsomhelst kan entlediges. Entledigelsen kan da ikke bli retsbrud, saasom bruken av en kontraktsmæssig ret aldrig kan bli kontraktbrud»<sup>1)</sup>.

Det vil med tydelighet fremgå av denne avhandling, at nevnte opfatning efter min mening er feilaktig. For det første er den setning som anføres til støtte for resultatet, selv på civilrettens område av tvilsom riktighet. Men dernest beror en analogislutning fra bruken av en privatrettslig, kontraktsmessig rett til utøvelsen av en offentligrettslig funksjon, på en fullstendig miskjennelse av sistnevntes vesen.

Retten gav heller ikke denne rettsopfatning medhold. Byretten, hvortil høiesterrett sluttet sig, uttalte: «Retten skal bemerke, at det teoretiske spørsmål om der kan opstå ansvar for staten ved en entledigelse av en konstituert, når regjeringens beslutning om entledigelse kan påvises helt ut og likefrem at bero på en misforståelse, eller at skyldes en ren vilkårlighet, ikke behøver at drøftes i nærværende sak».

Retten fant nemlig å måtte gå ut fra, at regjeringens avgjørelse var bygget på «en skjønsmæssig bedømmelse av saksøkerens personlige skikkethet for stillingen ifølge administrationens gjennom aar vundne erfaring». Og dette skjønn, foretatt med de nevnte saklige hensyn for øie, lå utenfor domstolenes bedømmelse.

V. Jeg mener at man er berettiget til å opstille som en regel der efter norsk rett gjelder alle forvaltningsakter, likegyldig av hvad art det handlende organ er: Forvaltningstjenestemannen plikter ikke bare å følge lovens bokstav, også lovens ånd er rettslig bindende for ham. Han plikter når han treffer sin beslutning å handle til fremme

---

<sup>1)</sup> En tankegang som er beslektet med denne, gjør også Aschehoug sig til talsmann for (Statsforfatningsret III. s. 357, noten). Morgenstjerne derimot synes i sitt skrift: Om Erstatningspligt for andres Handlinger s. 167 og 179 å ville hevde, at en urettferdig avskjedigelse av en ansatt tjenestemann — i motsetning til urettferdig forbigåelse av beste ansøker til en stilling — kan gi denne rett til erstatning, og må derfor efter Morgenstiernes mening visstnok kunne være rettsstridig.

av de formål som loven ønsker tilgodesett, og handler han i annen hensikt handler han rettsstridig<sup>1)</sup>.<sup>2)</sup> Setningen er ganske visst ikke i sin fulle klarhet og konsekvens uttalt i den norske forvaltningsrett. Allikevel er den etter min mening en del av vår gjeldende rett: Den utviklede rettsfølelse krever den, viktige legislative hensyn gir dette krav styrke, og setningen er i en rekke enkelttilfeller anerkjent både i teori og praksis. Kun som utslag av en generell regel om at hensikten er relevant ved bedømmelsen av en forvaltningsakt, kan de nevnte teoretiske uttalelser og praktiske avgjørelser finne sin forklaring.

Ved å knesette denne setning som et ledende prinsipp i forvaltningsretten, har norsk rett på dette område vist sig i pakt med den utvikling som den offentlige rett har gjennomgått i det siste halv-hundre år. Setningen er ett av de mange symptomer på, at også den offentlige rett har måttet stige ned fra sin ophøide pidestall, hvor den tronet i mystisk utilnærmelighet, og stille sig i samfunnsinteresses tjeneste. I disse interesser må den for fremtiden søke sin begrunnelse og sin begrensning, de metafysiske spekulasjoners tid er forbi. Privatrettens og den offentlige retts utviklingsretning har forsåvidt vært parallelle.

Og denne endrede opfatning av den offentlige retts stilling fører med sig en endret opfatning av forvaltningsmyndigheten: Enhver tanke om en subjektiv *rett* til maktutfoldelse for tjenestemannen må bannlyses. Begrepet *funksjon* settes istedet. Det er dette begrep, som i stadig stigende utstrekning gjennomtrenger hele den offentlig rett<sup>3)</sup>. Og i dette begrep ligger, at all offentlig myndighet skal utøves i den ånd, og tjene de formål som funksjonsgiveren har forutsatt, det være enten lov eller grunnlov. Handler tjenestemannen derfor til fremme av andre formål, er dette et brudd på hans funksjon, en rettsstridig handling.

At det i norsk rett på grunn av dens ordning av den rettslige kontroll med forvaltningsakter, kan forekomme tilfeller hvor domstolene savner adgang til å uttale rettsstridigheten av en forvalt-

---

<sup>1)</sup> Helt kan dog neppe den mulighet benektes, at der gis visse forvaltningsakter av så bagatellmessig preg, og hvor tjenestemannens personlige rådighet står slik i forgrunnen, at en undtagelse fra reglen, iallfall foreløbig, må anerkjennes.

<sup>2)</sup> Når handlingen er foretatt til fremme av lovens formål, er tjenestemannens personlige hensikt — om han håper hans handling vil medføre skade — likegyldig.

<sup>3)</sup> At det heller ikke er helt fremmed for privatretten vil en følgende paragraf (§ 9) vise.

ningsakt som hviler på funksjonsmisbruk, må visstnok innrømmes. Dette henger bl. a. sammen med den ordning — efter min mening en avgjort svakhet ved vår rett — at kun de borgere, hvis subjektive rettigheter krenkes ved en rettsstridig forvaltningshandling, kan søke beskyttelse ved domstolen. Til beskyttelse av den *objektive* rett, d. v. s. for å påse at den objektive rett iakttas av administrasjonen, innrømmer ikke norsk rett borgerne adgang til å gå til domstolene, selv om sterke og rettsverdige interesser kan være krenket<sup>1)</sup>.

Imidlertid kan ikke dette, at rettsstriden undertiden faller utenfor domstolenes rekkevidde, fordunkle setningens karakter av en *rettssetning*. Uten hensyn til den mangelfulle sanksjon hevder den sin plass i den norske forvaltningsrett.

Og hvad det for nærværende avhandling er av spesiell interesse å konstatere, forvaltningsretten anerkjenner altså hensikten som kriterium på grensen mellom rett og urett. Tjenestemannens formål, motiv, den ånd hvori han handler, er alle uttrykk for det samme psykologiske fenomen som jeg har betegnet med hensikt. Når dette er på det rene, har det for avhandlingen mindre interesse å undersøke reglens detaljer: Om det til rettsstrid kreves at tjenestemannen *utelukkende* har hatt andre formål enn lovens for øie, og hvordan lovens formål kan bestemmes med sikkerhet. Disse spørsmål har vært berørt i praksis, se f. eks. dommen i Rt. 1913 s. 279. Uten her å opta disse vanskelige spørsmål til undersøkelse i hele deres bredde, tror jeg dog å kunne si at lovens formål må gis en nokså vidhjertet forståelse. Og hvis tjenestemannen dels har handlet i lovens formåls tjeneste, dels i annen hensikt, kan man visstnok for det første her som ellers fastslå, at hvis den siste hensikt har vært den vesentlige og bestemmende for handlingen, tar man bare hensyn til denne, og erklærer følgelig handlingen for rettsstridig. Hvis derimot motivene er så innfiltret i hinannen, at intet av dem fremtrer som det centrale, må avgjørelsen av handlingens rettsstrid — likesom forøvrig også når det spørres om forståelsen av lovens formål — avhenge av rettsfølelsens dom om hvorvidt vedkommende har optrådt lojalt eller ei. Finner rettsfølelsen at tjenestemannens optreden er preget av illojalitet overfor den rettsorden som har betrodd ham hans stilling, har han misbrukt sin funksjon, og hans handling er rettsstridig.

Ved abstrakte merker å angi nøiere rettsstridsgrensen på dette område er visstnok ikke mulig.

---

<sup>1)</sup> Anderledes i Frankrike og delvis i Tyskland.

### III. Kapitel.

#### § 5. Visse rettshandler og andre viljesytringer.

A: Rettshandler.

Rettsordnen oppstiller prinsipielt den grunnsetning at det er borgerne tillatt å inngå avtaler med hverandre, og erklærer disse avtaler bindende for partene. Den gir dem altså sin sanksjon og sin rettsbeskyttelse. Grunnen til at rettsordnen har stillet sig på dette standpunkt er klar: Den gir borgerne frihet til å slutte bindende avtaler, fordi den derved mener å kunne realisere ett av sine formål, nemlig i størst mulig utstrekning å fremme borgernes rettsverdige interesser.

Nu kan imidlertid rettsordnen ikke være blind for, at denne frihet til å slutte rettshandler, som i normale fall tjener interesser som rettsordnen billiger og ønsker fremmet, kan stilles i et ondt og rettsfiendtlig formåls tjeneste, og kan brukes til å tjene interesser som rettsordnen ikke billiger, men efter evne bekjemper. At ikke enhver rettshandel er gyldig uansett det formål den forfølger, har da også alltid vært erkjent. Rettshandler «mot ærbarhet» har alltid og i alle land vært stillet utenfor rettsordnens beskyttelse, og at mange av de rettshandler hvis formål er rettsfiendtlig, falt inn under denne kategori, har alltid vært på det rene. Den gamle lære om rettshandlers *causa* inneholdt også momenter, som viste at rettsordnen ikke alltid in blanco erklærte enhver rettshandel gyldig, men forbeholdt sig å undersøke dens grunnlag og formål.

Jeg akter ikke å ta op i hele dets bredde spørsmålet om motivets betydning for en rettshandels gyldighet. Jeg nøier mig med gjennom stikkprøver å vise, at i *flere tilfeller* kan de kontraherende parters onde hensikt gjøre en rettshandel ugyldig, eller endog rettsstridig, mens den samme rettshandel, inngått i et annet formåls tjeneste, vilde hatt rettsordnens fulle billigelse.

I. «Alle Contracter som . . . . . ikke ere imod . . . . . Ærbarhed, skulde holdis i alle deris Ord og Puncter» sier N. L. 5—1—2. I denne store sekkebestemmelse har det i tidens løp vært puttet mangt og meget, som rettsbevisstheten mer eller mindre tydelig følte burde unddras rettsordnens sanksjon. I første rekke blandt de kontrakter som strider mot 5—1—2, kommer imidlertid de hvis uttalte hensikt strider mot «ærbarhetens» krav.

Å låne ut penger strider ikke mot ærbarhet, men skal låntageren — med långiverens vitende — bruke pengene til å oprette et offentlig hus for, kommer denne lånekontrakt, som i det ytre bærer rettmessighetens stempel, allikevel inn under forbudet. Partenes hensikt gjør her deres hele mellemværende ugyldig; långiveren får ikke sine penger tilbake.

Likedan er det i almindelighet fullt legalt å love en mann penger, men hvis man gir løftet forat mottageren skal begå en forbrydelse, virker denne hensikt inn på løftet, og det blir ugyldig.

Å «inngå forbund» er som regel tillatt, men er hensikten med forbundet å begå rettsbrudd i fellesskap, blir kontrakten om å tre inn i foreningen ugyldig, fordi den strider mot ærbarhet.

II. Det er en kjent sak, at grensen mellom en *gaverettshandel* og andre rettshandler trekkes efter et subjektivt moment, gavehensikten, og det er likeledes på det rene, at det i mange av livets forhold kan være en mann tillatt å inngå gjensidig bebyrdende rettshandler, mens det av en eller annen grunn ikke er ham tillatt å gi gaver. Spørres det nu i et konkret tilfelle om mannen har handlet rettmessig eller ei, vil svaret avhenge av om hans rettshandel må anskues som gave, og da dette efter det foregående igjen er betinget av om gavehensikt har vært tilstede, blir det denne hensikt som danner det avgjørende kriterium for spørsmålet om hvorvidt handlefrihetens grenser er overskredet.

Efter lov 29/6 1888 § 14 kan ektemannen som bestyrer fellesboet, ikke uten hustruens samtykke gi bort mere enn  $\frac{1}{10}$  av dette. Derimot er det intet iveien for, at han i annen hensikt avslutter en rettshandel, som faktisk reduserer fellesboet med en større brøkdel.

I de talrike tilfeller hvor en person enten i kraft av loven (verge, kurator, bestyrer i konkursbo) eller i kraft av fullmakt bestyrer en annens formue, er det ham tillatt å inngå rettshandler som binder formuen, og som i sine konsekvenser kan redusere denne, men det er som regel forbudt å gi gaver av formuen.

Den enke eller enkemann som sitter i uskiftet bo, eller som sitter med boet i kraft av et gjensidig testament, står heller ikke helt

fritt m. h. t. sine disposisjoner over boet. Visstnok kan det ikke ubetinget nektes ham eller henne å gi gaver av boet<sup>1)</sup>, men i begge de to tilfeller gjelder, at gavedisposisjoner som er foretatt in fraudem heredis, d. v. s. hvis hensikt er på illojal måte å skade, dels medeierne i boet, dels førstavedødes slektninger, ikke er utstyrt med lovens sanksjon<sup>2)</sup>.

Heller ikke handler en debitor rettmessig overfor sine kreditorer, når han i insolvent tilstand gir gaver av sitt bo. Om det siste spørsmål se nærmere under IV.

III. Norsk rett sonderer som bekjent mellem dispositiones inter vivos og dispositiones mortis causa. Hvordan denne grense rettelig bør dras, er kanskje tvilsomt nok, men i teorien er man visstnok blitt stående ved å legge hovedvekten på formålet: Hvis rettshandels-giverens formål er å sikre sig selv den best mulige utnyttelse av sine goder mens han ennå lever, står vi overfor en livsrettshandel, selv om hans død er satt som termin i denne. Er hans hensikt derimot å bestemme over formuens skjebne efterat han er død, får disposisjonen en dødsrettshandels preg.

Når således grensen mellem disse to slags rettshandler trekkes med hensikten som kriterium, ser man lett at det samme kriterium også blir avgjørende for rettsstridsgrensen, hvis det kan påvises tilfeller, hvor det ene slags rettshandler er forbudt, men det annet tillatt. Av slike tilfeller kjenner vår rett iallfall 3: Hvis for det første en mann ved arvepakt har bundet sin disposisjonsevne mortis causa, forbyr denne ham å treffe dødsdisposisjoner, mens normalt livsdisposisjoner er fullt tillatt, selv om de faktisk forminsker arven. Det samme forbud mot dødsdisposisjoner pålegger loven den, som i kraft av lov 30/7 1851 sitter i uskiftet bo, og det samme gjelder også, hvis lengstlevende sitter med boet i kraft av et gjensidig testament. I siste tilfelle er det dog testamentet som er forbudets umiddelbare kilde.

I alle disse tilfeller vil rettsordnen når den skal prøve gyldigheten av en viss disposisjon, måtte spørre hvad dennes hensikt har vært, idet bare de rettshandler som sikter på rettsnytelse i levende live, aksepteres. Og det avgjørende er ikke den hensikt som stilles til skue i rettshandlen. Det er den virkelige hensikt, som dommeren, kanskje efter inngående analyse av forholdet, finner har ligget til

---

<sup>1)</sup> Platou: Arveret, s. 285 synes tilbøielig til å anta dette, men praksis går i en annen retning. Se f. eks. Rt. 1914 s. 229, jfr. også Hagerup: Skifte, 2. utg. s. 85/86.

<sup>2)</sup> Platou l. c. s. 284.

grunn, som er avgjørende for rettsordnens dom. At også rettspraksis i de tilfeller jeg har nevnt, har akseptert hensikten som kriterium, viser en rekke høiesterettsdommer. Jeg nevner fra den senere tid eksempelvis Rt. 1916 side 72 og Rt. 1917 side 909.

IV. Allerede romerretten utviklet gjennom sin *actio Pauliana* den regel, at rettshandler som en debitor inngår i hensikt å bedra sine kreditorer, kan omstøtes av disse, hvis medkontrahenten kjenner til sviken. En lignende regel er heller ikke fremmed for norsk rett.

Læren om *actio Pauliana* hviler på den setning, at det å være debitor i et obligasjonsforhold legger visse bånd på handlefriheten; debitor har plikt til å sørge for at obligasjonen blir betalt, og han plikter også å undlate alle forføyninger som gjør dette umulig. Det er imidlertid mange slags forføyninger fra debtors side, som i sine resultater kan føre til at kreditor ikke får den betaling han har krav på; og det går selvsagt ikke an å forby debitor å foreta alle de rettshandler som under ugunstige forhold kan lede til at han blir insolvent. Gjorde man dette, vilde enhver obligasjon legge debitor fullstendig i lenker.

Men når således de handlinger som er årsak i insolvensen ikke alltid er rettsstridige overfor kreditor, er det selvsagt, at heller ikke det objektive faktum at insolvens er inntrått, i og for sig er rettsstridig. En tilstand av denne art kan jo overhodet ikke karakteriseres som rettsstridig.

Rettsordnen er derfor ute av stand til å beskytte kreditors fordring på den måte at den forbyr debitor å foreta alle handlinger, som innebærer mulighet for at han kan bli insolvent. Men den kan søke å beskytte kreditor sålangt det lar sig gjøre, uten at debtors berettigede handlefrihet lammes. Den har da festet sig ved at der gis enkelte transaksjoner, som på den ene side i sine virkninger er skadelige for kreditorene, og som debitor på den annen side ikke har nogen berettiget interesse i å foreta: de forføyninger som debitor foretar for å skade sine kreditorer. Disse transaksjoner kan være mange slags; de kan være rettshandler — strl. § 282 nevner som eksempel gave og salg til underpris — det kan dreie sig om fysisk tilintetgjørelse eller forstikkelse, eller det kan være andre viljesytringer, f. eks. falskelig å opgi eller vedkjenne sig forpliktelser. Men disse høist forskjellige handlinger bindes sammen av et subjektivt moment som utmerker dem alle, hensikten å skade fordringshaverne eller å hindre at disse dekkes på den måte og i den orden som loven har villet.

Jeg skal ikke her gå inn på alle de forskjellige måter,

hvorpå denne hensikt kan gi sig uttrykk. Heller ikke legger jeg vekt på, at strl.'s ordlyd «i Hensigt derved at skade sine Forordringshavere eller at forskaffe nogen en uberettiget Vinding til Skade for disse,» likeså litt her — som så ofte ellers i straffeloven — kan tas på ordet. Det kreves i virkeligheten ikke svikaktig «hensikt» i teknisk forstand; allerede det «forsett» som har denne retning, er tilstrekkelig. Denne kjensgjerning har imidlertid ingen betydning i denne forbindelse. Når forsett er tilstrekkelig, vil selvfølgelig svikaktig hensikt med desto større grunn stemple handlingen som rettsstridig.

Når A. f. eks. gir store gaver, uten at han vet at hans skib er forlist og at han derved er blitt insolvent, handler han ikke rettsstridig. Vet han om dette, men gir gaverne for å bedra sine kreditorer, straffes han. Det samme gjelder om han istedenfor å gi gaver, reduserer sitt bo på annen vis, ved ødeleggelse, salg til underpris etc.

At det er subjektive momenter som gjør handlingen rettsstridig, kommer imidlertid aller tydeligst frem når ikke insolvens foreligger, og hvor man således ikke risikerer å falle i den fristelse å tro at det er dette objektive faktum som er grunnen til rettsstriden. Allerede før dette tidspunkt kan nemlig en debitor handle rettsstridig overfor sine forordringshavere, hvilket følgende eksempler, som jeg henter fra Hagerup<sup>1)</sup>, vil vise: A. som såvidt er solvent, men som sitter med betydelige aktiver, realiserer disse for å rømme til Amerika med kjøpesummen. Hagerup antar (s. 216) at actio Pauliana her er anvendelig hvis kjøperen kjente til denne plan, og må derfor etter sin hele stilling til actio Pauliana være av den mening at A. handler rettsstridig.

Jeg er enig med ham i dette. Straffet kan visstnok A. ikke bli, men rettsstridsgrensen har han overskredet<sup>2)</sup>, og at det er hans hensikt som er grunnen til dette, er lite tvilsomt.

Det samme gjelder et annet tilfelle som Hagerup nevner (s. 215): En handelsmann som vil begynne spekulasjoner hvorved han setter sin økonomiske eksistens på spill, søker ved gaver å sikre sine nærmeste for det tilfelle at det skulde gå galt. Disse gaver vil Hagerup omstøte hvis mannen virkelig blir insolvent, og jeg tror han har rett i dette. Men når omstøtelse her finner sted, betyr dette

---

<sup>1)</sup> Konkurs og Akkordforhandling 2. utg. (1907).

<sup>2)</sup> Dog kan den konkrete situasjon være slik, at man ikke vil karakterisere handlingen som rettsstridig, fordi det er helt uvisst om hensikten virkelig blir realisert. Se herom nærmere § 14.



at gaverettshandlene var rettsstridige<sup>1)</sup>). Også her er det hensikten, og ikke den objektive foreliggende situasjon, som er anstøtstenen.

Jeg nøier mig med disse antydninger fra actio Pauliana-området. De er etter min mening tilstrekkelige til å vise, at debtors hensikt, å bedra sine kreditorer, i mange tilfeller gjør hans handling rettsstridig, selv om denne vilde vært rettmessig om hensikten hadde vært en annen.

V. Om en rettshandel blir ugyldig, når den er foretatt i hensikt å omgå en lov, «in fraudem legis», er som bekjent et meget debattert og meget omtvistet spørsmål. Striden gjelder forøvrig ikke bare rettshandler, men også alle andre kjensgjerninger, som i formen harmonerer med rettsordnens krav, men som i virkeligheten er diktert av den nevnte hensikt.

At ikke enhver rettshandel som søker å fremme et formål som loven i en eller annen form har tatt avstand fra, er rettsstridig og ugyldig, tør være selvsagt. På den annen side kan det visstnok påvises eksempler på, at en rettshandel hvis ytre var daddelfritt, allikevel ramler sammen, fordi den søker å komme utenom en præceptorisk lov. Da imidlertid en utredning av dette emne vilde kreve en plass, som ikke står i forhold til bevisresultatets betydning for denne avhandlings økonomi, nøier jeg mig med en passant å konstatere, at dette undertiden kan være tilfelle.

VI. Stort sett har altså rettsordnen tillatt borgerne å inngå de avtaler de vil, og til fremme av de formål de selv ønsker. På det erhvervsmessige område ytrer denne avtalefrihet sig som næringsfrihet. Sin socialøkonomiske forutsetning og legislative grunnlag har denne rettsordnens holdning i det økonomiske prinsipp, som gjennom den klassiske socialøkonomi avløste de gamle, merkantilistiske anskuelser: prinsippet om den fri konkurranse.

Imidlertid er det en kjensgjerning som enhver socialøkonom er fortrolig med, at den fri konkurranse bærer i sig spiren til sin egen undergang. Nettop i kraft av næringsfrihetens prinsipp kan nemlig de næringsdrivende treffe avtaler som sikter på å opheve den fri konkurranse, og som også ofte når dette mål. Midlene hertil har vært mangfoldige; de viktigste av de avtaler som i sin tendens er rettet mot den fri konkurranse, er avtaler om økonomisk sammenslutning (karteller, truster), som sikter på å opnå monopol, eller iallfall på å påvirke priser, produksjons- og omsetningsforhold, gjennom innskrenkning av konkurransen. Lignende

---

<sup>1)</sup> Og det uten ethvert hensyn til om spekulasjonen lykkes eller ei.

hensikt har også enkelte andre avtaler, som i moderne forretningsliv er blitt meget almindelige, avtaler om konkurranseforbud, eksklusivavtaler etc. Sikte på monopolet og på eliminering av konkurransen tar også en rekke andre foreteelser som det moderne forretningsliv kan opvise, nemlig alle «dumping»-fenomener, eller tilsvarende innkjøp til overpris for å sikre sig et marked.

Disse og lignende avtaler, hvis uttalte hensikt er å sette den fri konkurranse helt eller delvis ut av funksjon, er ikke ukjent i noget moderne land, om enn deres virkninger har gjort sig sterkest gjeldende i de største industriland. I en innstilling, som blev avgitt av en komite som den engelske regjering nedsatte i februar 1918 for å undersøke utbredelsen av organisasjoner og sammenslutninger innen næringslivet, og komme med forslag til kontroll av disses virksomhet, kunde således minoriteten uttale (om dette punkt var det forøvrig ikke dissens): Det er en kjensgjerning at den fri konkurranse ikke lenger behersker forretningsverden<sup>1</sup>).

Det spørsmål melder sig derfor uvilkårlig, hvordan rettsordnen stiller sig, og bør stille sig, til disse rettshandler, som hvor forskjellige de kan være i andre retninger, dog har et tydelig fellespreg: de er båret av den hensikt å innskrenke eller helst opheve den fri konkurranse.

Da den rettslige grunnsetning om næringsfrihet nettop sikter på å gi det økonomiske prinsipp om fri konkurranse adgang til uhindret å utfolde sig, kunde det fra et teoretisk standpunkt synes å være en konsekvens av dette grunnsyn, at de avtaler som tar sikte på å eliminere vekk den fri konkurranse, og derfor er direkte fiendtlig mot det prinsipp som næringsfriheten søker å tjene, måtte nektes rettsordnens sanksjon. Om dette standpunkt, som ved første blick synes sterkt begrunnet, i virkeligheten er, eller bør være rettsordnens, er dog meget tvilsomt. Jeg skal i det følgende undersøke spørsmålet noget nærmere for de mest praktiske av de avtalers vedkommende, som karakteriseres ved sin monopoltendens.

#### 1. Sammenslutninger med monopoltendens.

En slik sammenslutning foreligger, når flere næringsdrivende inngår avtale om å slutte sig sammen, for i fellesskap eller efter bestemte regler å innvirke på produksjons- omsetnings- eller prisforholdene vedkommende visse varer. Om det er hensikten å opnå et fullstendig monopol eller ei, kan i denne henseende være likegyldig. Likeså den form som avtalen gir sammenslutningen: Trustens, syn-

---

<sup>1</sup>) Referert efter Norsk Pristidende 1919 s. 1286.

dikatets, kartellets osv. Det essensielle er fra vårt synspunkt den hensikt som bærer avtalen, og som kort kan karakteriseres som monopolhensikten.

Gjør nu denne hensikt rettshandlen ugyldig? De lege ferenda å gi et generelt svar på dette er umulig. Det er nemlig ikke så, at disse monopolavtaler i alle tilfeller representerer en slik fare for samfundet, at retten må nekte dem sin beskyttelse, eller endog må skride til direkte å bekjempe dem. Mens enkelte monopolsammenslutninger har vist sig på grunn av de misbruk de har gjort sig skyldig i, å innebære en fare for hele samfundet, kan det langt fra sies at alle disse sammenslutninger bare er av det onde. Monopolsammenslutningene betegner tvertimot et skritt henimot større virkeevne, større økonomi og bedre organisasjon i industrien, sier således den citerte minoritet i den engelske trustkommisjon<sup>1)</sup>. Mens én monopol-sammenslutning er utpreget samfundsskadelig, kan en annen ha gavnlige virkninger; det gjelder f. eks. en viktig industrigren som holder på å gå under på grunn av skarp konkurranse utenfra; da å konsolidere den innenlandske industri gjennom en monopolsammenslutning, kan tenkes å være til gagn og ikke til skade for samfundet. Og hvis en monopolsammenslutning er anerkjent samfundsskadelig, kan en kontrasammenslutning som bekjemper denne, være fullstendig på sin plass. Videre spiller som så ofte i livet, når rettsordnen skal ta stilling til et rettslig fenomen, ikke bare kvalitative, men også kvantitative momenter inn: de mindre sammenslutninger kan efter omstendighetene passere, mens man overfor de store må rope vakt i gevær.

Helt og ubetinget å erklære avtaler med monopolhensikt ugyldige og rettsstridige på grunn av denne hensikt, vilde derfor være en skjebnesvanger misforståelse, som kun en rent teoretisk deduksjon ut fra avtalefrihetens legislative og samfundsøkonomiske begrunnelse kunde lede til. Ikke desto mindre har dette, iallfall hvad avtalens ugyldighet angår, vært rettsordnens standpunkt i mange land.

I *England* f. eks. er ifølge «common law» enhver avtale om sammenslutning «in restraint of trade» fremdeles ugyldig, og forplikter ikke deltagerne. Det er den gamle, engelske lære om «conspiracy», som fremdeles behersker dette område. Da nemlig blandt alle storindustriens følgesvenner også monopolsammenslutningene holdt sitt inntog i forretningsverden, vebnet common law sig med det eldgamle forbud mot conspiracy for å slå ned dette nye fenomen, som man

---

<sup>1)</sup> Jfr. også Aarum: Økonomiske sammenslutninger med monopolistisk tendens s. 55 ff.

skjønte truet samfundets interesser. En conspiracy var oprinnelig en sammenslutning, som hadde til formål gjennom ondsinnet anklage å skade tredjemann<sup>1</sup>). Senere blev området for conspiracy utvidet til å gjelde alle sammenslutninger med formål å skade samfundet, og senere endog til alle sammenslutninger som hadde til hensikt å skade tredjemann. Da så den klassiske socialøkonomi fastslo at den fri konkurranse var det eneste saliggjørende for statens trivsel, var jo dermed enhver sammenslutning som tenderte mot å opheve denne, direkte samfundsskadelig. Enhver sammenslutning «in restraint of trade» blev derfor erklært for conspiracy<sup>2</sup>).

I tidligere tid var denne conspiracy straffbar, og således selv-sagt rettsstridig. Straffbarheten er nu ophevet, men ennu gjelder i England den regel, at avtaler om regulering av varepriser eller produksjon er ugyldige og uforbindende for partene. Om en slik overenskomst er rettsstridig eller ei, er et uklart spørsmål.

Forøvrig har den engelske rett i den senere tid gjennom flere dommer fastslått, at ikke enhver kartellavtale rammes av ugyldighet. Kun hvis avtalen sikter på å skape et *fullstendig* monopol og hindre all konkurranse, er den ubetinget ugyldig; hvis den derimot bare sikter på å innskrenke konkurransen innen rimelighetens grenser, anser domstolene ikke avtalen ugyldig. Og når konkurranseinnskrenkningens «rimelighet» skal bedømmes, tar dommerne hensyn både til partenes og til publikums tarv.

At ikke den engelske retts underkjennelse av kartellavtalenes gyldighet på effektiv måte har hindret disse, vil forøvrig fremgå av den foran citerte innstilling fra den engelske «Committee on Trusts».

I U. S. A., hvis common law er en avlegger av den engelske, inntok man tidligere et lignende standpunkt til monopolsammenslutningene. Da imidlertid her de misbruk som disse sammenslutninger gjorde sig skyldig i, var av grovere og mere håndgripelig art enn i England, blev det til bekjempelse av dem den 2/7 1890 vedtatt en spesiell Anti-Trust-lov (Shermanloven). Denne lov bestemmer, at enhver kontrakt eller sammenslutning som har til formål å virke «in restraint of trade or commerce» mellom de forskjellige stater, eller med fremmede folk, er ulovlig, og endog straffbar. Loven, som altså skjærer alle monopolsammenslutninger over en kam, er dog i rettspraksis, særlig siden 1911, blitt noget modifisert. Ikke enhver sammenslutning «in restraint of trade» er efter høiesteretts seneste

---

<sup>1</sup>) Se Vinding Kruse: Arbejdets og Kapitalens Organisationer s. 86.

<sup>2</sup>) Jfr. i det hele i det følgende det ovenfor citerte verk av Vinding Kruse.

praksis ulovlig, men bare de som iverksetter «unreasonable restraints of trade».

*Fransk* rett hadde i Code Pénal art. 419 og 420 lovbestemmelser, som skjønt de var gitt med ganske andre forhold for øie, viste sig brukbare til å beklippe de utvekster og farer som monopol-sammenslutningene førte med sig. Mens rettspraksis m. h. t. straffbarheten av disse sammenslutninger er nokså elastisk, og særlig tar hensyn til sammenslutningens faktiske betydning for næringslivet, og videre til om kunstig prisstigning er fremkalt, rammes etter fransk rett alle sammenslutninger som klart stiler mot monopolet, av en civilrettslig ugyldighetsregel. Heller ikke her er det klart, hvorvidt sammenslutningen er rettsstridig eller ikke.

Det standpunkt den *tyske* rettspraksis har inntatt overfor monopolsammenslutningene, kan iflg. Vinding Kruse angis slik<sup>1)</sup>. Hvis hensikten med sammenslutningen er å etablere et faktisk monopol og «den aageriske Udbytning af Forbrugerne eller disse Følger dog faktisk hidføres gennem de trufne Overenskomster og Indretninger», ansees overenskomsten for ugyldig, og visstnok også for rettsstridig. Det samme gjelder «naar enkelte i Spekulationsøjemed søger at opnaa Beherskelsen af et helt Marked for en Vare og derved at ophæve den frie Konkurrence». Hvis sammenslutningen derimot bare tilsikter å skape et vern mot fullstendig hensynsløs og hensiktsløs underbydelse, og derved hindre en almindelig nedgang av vedkommende erhverv, må den være fullt gyldig. Avgjørelsen av overenskomstens gyldighet er således avhengig av en konkret undersøkelse, bl. a. av den hensikt som avtalen søker å fremme.

For *dansk* retts vedkommende uttaler Jul. Lassen (obl. alm. del. s. 150 n. 6 a) at nogen almindelig regel om at en sammenslutning «in restraint of trade» skulde være ulovlig bare på grunn av den monopolhensikt som ligger bak sammenslutningen, ikke eksisterer.

Heller ikke for *norsk* retts vedkommende har man nogen generell regel, om at hensikten å motvirke den fri konkurranse gjør en avtale rettsstridig eller ugyldig. Det almindelige bud om at retts-handlens hensikt ikke må stride mot ærbarhet kan nemlig ikke ansees, og har heller ikke vært ansett for anvendelig på disse avtaler. Heller ikke rettspraksis har ment å kunne statuere ugyldigheten av slike avtaler på grunn av deres hensikt, men har holdt sig til avtalens ytre form, som intet holdepunkt frembød for ugyldighet. En høiesterrettsdom i Rt. 1914, s. 372, forutsetter således åpenbart gyl-

---

<sup>1)</sup> l. c. s. 250.

digheten av kartellavtaler. En annen dom, (Rt. 1916 s. 636) inntar samme standpunkt overfor en avtale om å innskrenke konkurransen.

Også i lovgivningen kommer forutsetningen om monopolsammenlutningers lovlighet ofte frem. Lov 14/12 1917 nr. 16 § 2, 10. ledd bestemmer f. eks. at der i en konsesjon kan gis konsesjonæren påbud om ikke å gå inn i nogen sammenslutning til forhøielse av priser, og prisloven av 6/8 1920 § 1, 5. ledd bestemmer at «alle slags sammenslutninger, avtaler og andre ordninger mellom næringsdrivende som har til formål innskrenkninger i den fri konkurranse», skal anmeldes til Statens Prisdirektorat. Deres rettmessighet forutsettes altså.

2. Også konkurranseforbud, eksklusivavtaler, salg til underpris for å skade en konkurrent etc., som jo samtlige bæres av den hensikt å innskrenke den fri konkurranse, er prinsipielt tillatt efter norsk rett. Den nevnte hensikt gjør dem iallfall ikke i og for sig rettsstridige.

Konkurranseforbudets lovlighet er nu regulert ved avtalelovens § 38<sup>1)</sup>. For den rettslige bedømmelse av dette spiller dets konkrete hensikt stor rolle, idet et forbud som ikke er påkrevet for å verne mot konkurranse, men som er opstillet i annen hensikt, f. eks. for å skade, ikke er bindende for den annen part.

Forøvrig er hele denne del av vår rett for tiden under behandling av to komiteer, som blev nedsatt omkring årskiftet 1915/16, og hvorav den ene skulde fremlegge forslag til lov om utilbørlig konkurranse, den annen til lov om kontroll med trustere etc. Den første komite har levert et utkast til lov, hvis centrale bestemmelse lyder slik: «Under utøvelse av næringsvirksomhet eller i saadan virksomhets tjeneste, er det ikke tillatt i konkurranseøiemed å foreta handlinger, som efter god forretningsskikk er utilbørlige». Det er visstnok ikke tvilsomt, at den individuelle hensikt vil bli tatt i betraktning under bedømmelsen av hvad det er utilbørlig.

Det er også meget mulig at de lovbestemmelser som blir resultatet av den annen kommisjon, «trustlovkommisjonens» arbeide, i motsetning til vår gjeldende rett vil komme til å forby flere eller færre av de avtaler e. l. som tar sikte på å begrense den fri konkurranse<sup>2)</sup>. Blir dette tilfelle, vil altså her hensikten i monopolhensiktens form bli avgjørende for grensen mellom hvad det er tillatt og hvad det er forbudt.

<sup>1)</sup> Om utenlandsk rett se Bugge: Avtaleloven ad § 38.

<sup>2)</sup> Kommisjonens innstilling, som ikke forelå da ovenstående blev skrevet, inneholder flere slike forslag.

VII. Jeg har i det foregående påvist at en viss hensikt undertiden gjør en rettshandel ugyldig, som hvis den hadde vært foretatt i en annen hensikt, vilde hatt full rettsvirkning. Forutsetningen for at dette resultat skal få nogen betydning for det emne jeg behandler, er imidlertid at de nevnte rettshandler ikke bare er ugyldige, men også *rettsstridige*.

Denne forutsetning trenger imidlertid bevis. At rettsordnen erklærer en avtale ugyldig, behøver nemlig ikke å bety at den forbyr å avslutte den. En undersøkelse av hver enkelt av de rettshandler som erklæres ugyldige på grunn av sin hensikt, kreves derfor for å avgjøre rettsstridsspørsmålet, og som jeg har antydnet ovenfor er det ikke alltid lett å bringe på det rene lovens stilling til dette spørsmål.

At de rettshandler som kolliderer med ærbarhet på grunn av sitt usedelige formål, tillike er forbudt, synes dog bestemt å måtte antas, iallfall som den store regel. Det er vel og bra, at A., når han låner B. penger forat denne skal starte et offentlig hus, ikke får noget krav på å få disse penger tilbake. Allerede denne rettsregel gir ham et virksomt motiv til å undlate det som rettsordnen misbilliger, å låne ut penger i et slikt øiemed. Imidlertid vil jo rettsordnen ved direkte å forby rettshandlen kunne skape enda sterkere motiver i denne retning, og når det først er på det rene at rettsordnen ikke ønsker handlingen foretatt, og det dessuten ikke kan påvises særlige grunner som kan rettferdiggjøre at rettsordnen stanser på halvveien, og nøier sig med å stenge handlingen ute fra sin rettsbeskyttelse, må det antas at handlingen ikke bare er ugyldig, men også forbudt<sup>1)</sup>.

At det samme er tilfelle med de rettshandler som blir ugyldige fordi de er foretatt i gavehensikt, har aldri vært betvilt. Uttrykkelig lovhjemmel har denne setning i l. 29/6 1888 § 14. Likedan er det all grunn til å anta, at den mann som enten selv har forpliktet sig til ikke å disponere mortis causa, eller som av andre er pålagt denne plikt, direkte handler rettsstridig når han handler mot sin forpliktelse. Det samme gjelder actio pauliana-tilfellene. Disse rettshandler er jo endog erklært straffbare, og at det da er forbudt å foreta dem sier sig selv. Hvad de under VI nevnte tilfeller angår, hvor den hensikt som er rettet mot den fri konkurranse gjør en rettshandel ugyldig, er forholdet tvilsommere. I utenlandsk rett er det heller ikke alltid lett å bringe på det rene om monopolsammenlutningen og de andre rettshandler med samme hensikt bare er erklært ugyldige, eller likefrem rettsstridige. Efter norsk rett er

<sup>1)</sup> Det er dog mulig, at det kan påvises tilfeller av rettshandler, som strider mot ærbarhet, men som ikke er direkte forbudt.

jo disse avtaler i sin almindelighet gyldige, så spørsmålet foreligger ikke aktuelt. De lege ferenda kan det visstnok ikke opstilles nogen generell regel, hverken i den ene eller den annen retning. Det er tilfeller, hvor det er tilstrekkelig til å motvirke rettshandlen å erklære den ugyldig — de overdrevne konkurranseforbud tør være eksempel på dette — men der gis visstnok forhold hvor rettsordnen, hvis den først vil skride inn, ikke bør ta i betenkning å erklære handlingen forbudt.

## B. Andre viljesytringer.

I. Der gis mange tilfeller i rettslivet, hvor dommen om en handlingssstrid eller rettmessighet ikke kan felles alene på grunnlag av klart formulerte, logiske resonnementer, men hvor det avgjørende for rettsstriden i virkeligheten blir, om den handling det er tale om, aksepteres av rettsfølelsen som rettmessig eller ikke. Eksempel på slike tilfeller hvor det ikke har lyktes rettsordnen å gi sine regler om rettsstriden abstrakt form, er reglen om *tvangens* rettsstrid. Uttømmende å beskrive når et forsøk på å virke motiverende på andres vilje er rettsstridig tvang, lar sig nemlig ikke gjøre; særlig blir forholdet vanskelig å bedømme, når det middel som anvendes i og for sig er rettmessig, og især når det man søker opnådd ved tvangen ikke er urimelig. I slike tilfeller vil i virkeligheten — som også Urbye fremhever i sin: Norsk Strafferet, spørsmålet om hvorvidt tvang foreligger, ofte være avhengig av om den almindelige rettsbevissthet reagerer overfor forholdet, og stempler det som utilbørlig. Men denne dom vil igjen ofte være avhengig av den hensikt som har ledet den som øvet tvangen. Har man handlet i et formåls tjeneste, som den almindelige rettsbevissthet anerkjenner som legitimt, er den samme rettsbevissthet tilbøielig til å strekke tvangens rettmessighet nokså langt, mens den hvis handlingsmannens hensikt ikke fortjener billigelse, allerede meget snart stempler tvangen som rettsstridig. Se nærmere Urbye, side 217 o. fl. st.

Særlig vil tvangen kunne forsvares, når den som øver den handler i hensikt å vareta andres tarv. Selv om midlet «i og for sig» er rettsstridig, kan det som Urbye sier, hende at den almindelige opfatning i samfundet berettiger tvangen, fordi den anvendes i en god hensikt. Således er det rettmessig å gjemme seil eller årer for å hindre at fulle folk legger tilsjøs, eller rive brennevinsflasken fra en beruset mann, for å hindre ham i å drikke sig sanseløs. Desto sikrere er det, at den gode hensikt også kan berettigge til i en viss utstrekning å bruke rettmessige midler til å tvinge en annen.



Ved eksempler som de nevnte ledes tanken over til en annen rettsregel, som også i stor utstrekning legaliserer en handling, skjønt den ytre sett tar sig ut som rettsstridig, og hvor også hensikten inntar en central plass. Jeg sikter til reglen om negotiorum gestio, som jo erklærer en viss inngripen i annenmanns rettsgoder for rettmessig, hvis inngrepet skjer «til berettiget varetagelse» av hans tarv, og uten hensyn til det konkrete utfall av gestors handling.

Mange slike negotiorum gestio-artede fenomener vil være rettmessige allerede etter reglene om nødtilstand. Som jeg imidlertid senere skal vise, er det ikke i disse tilfeller nogen betingelse for nødshandlingens rettmessighet, at «hensikten» med inngrepet har vært å avverge den fare som truet. Ved de egentlige negotiorum gestio-handlinger, som berettiger et inngrep selv om faren ikke er av den betydning som strl.s § 47 krever, ja som overhodet ikke er bundet til forutsetningen om nogen «fare» for rettsgodet, må det imidlertid etter min mening antas, at gestor må handle i «hensikt» å vareta dominus' interesse, hvis hans handling skal bli rettmessig.

Ved nødtilstandstilfellet frembyr nemlig handlingen objektivt sett et nytteoverskudd for samfundet, og da er det etter vår rett tilstrekkelig at handlingsmannen kjenner denne situasjon, uten at hans hensikt behøver å være rettet på å avverge den fare som truer. Ved de rene negotiorum gestio-tilfeller er handlingens objektive side tvilsom, det kan hende at inngrepet faller gunstig ut, men det omvendte hører sikkert heller ikke til sjeldenhetene. For da å sikre sig en slags garanti for at gestor iallfall gjør hvad han kan for at hans handling skal bringe nytteoverskudd for samfundet, bør derfor rettsordnen kreve — og krever den visstnok også — at hensikten med gestors handling skal være å vareta dominus' interesse; dog gjør jeg den reservasjon, at hvis gestor har *visshet* for at resultatet vil falle heldig ut, er denne hensikt ikke nødvendig, men gestors «forsett» om å hitføre resultatet, er da tilstrekkelig.

Både ved tvangen og ved negotiorum gestio spiller altså hensikten en viss rolle for rettsstridigheten; til en avveksling var det her den *gode* hensikt som gjør en «ellers forbudt» handling rettmessig. De nærmere vilkaar hvorunder dette kan skje, kan jeg forøvrig ikke gå inn på her.

II. Som jeg skal utvikle nedenfor i en annen forbindelse, har fransk rettspraksis utformet den regel, at kunstnerisk eller merkantil kritikk blir rettsstridig, hvis den utøves i hensikt å skade. De folk som har til metier å bedømme sine medmenneskers kunstneriske produkter, deres merkantile etablissementer eller deres

økonomiske status, er på en måte samfundets tillitsmenn, idet de både i egne øine og i almenhetens er utrustet med en viss autoritet, således at deres dommer veileder publikum. Stiller de denne autoritet i et slett formåls tjeneste, handler de efter fransk rett rettsstridig.

At en kunstkritikk, en uttalelse om et hotel i en reisehåndbok eller et kredittopplysningsbyrås bedømmelse av en forretningsmanns status, kan bli av den mest skjebnesvangre betydning for dem den går ut over, er uten videre klart. Og det synes da innlysende at rettsordnen må søke å hindre at den makt som kritikeren etc. sitter inne med, misbrukes på en sådan måte, at hans gjerning istedenfor å gavne samfundet blir til skade for dette.

Naturligvis frembyr straffelovens bestemmelser om ærekrenkelser en viss beskyttelse mot uberettiget kritikk av enhver art; og da det æresbegrep som strl. § 247 legger til grunn, er trukket ganske vidt, blir den beskyttelse som denne paragraf gir, ikke helt forsvinnende. Imidlertid må det erkjennes, at disse uttalelser, som i sine følger kan bety ruin for den som rammes av dem, ifølge sin form er av den art at straffeloven sjelden får tak på dem. De fremtrer nemlig i form av *subjektive vurderinger*, som ligger i periferien av, om ikke helt utenfor straffelovens område.

For da ikke å erklære sig helt renons overfor dem som opkaster sig til publikums veiledere og andre menneskers dommere, må det anbefales at rettsordnen — således som i Frankrike — oppstiller den setning, at hvis kritikken etc. er skrevet i skadehensikt, er den rettsstridig, hvis den da ikke kan forsvares som objektivt korrekt. Uten på nogen måte å hilde mig i den illusjon, at man derved har funnet et særlig effektivt middel til å komme alle kritikkens utvekster tillivs, mener jeg allikevel at reglen bør anerkjennes også hos oss. At samfundets tillitsmenn ikke misbraker sin stilling i onde motivers, hevnlystens eller skadelystens tjeneste, er det minste som rettsordnen bør kreve av dem.

I norsk rettspraksis finner jeg en viss støtte for denne setning i analogien fra chikanereglen, og dessuten en sped antydning til positiv anerkjennelse av reglen, i byrettsdom av 28/10 1915 (Siewers V, nr. 245:) Livsforsikringsselskapet «Andvake» hadde anlagt sak mot redaktøren av «Forsikringstidende», fordi denne i sitt blad hadde uttalt sig nedsettende om selskapet. Redaktøren blev imidlertid frifunnet, fordi «der var ingen grunn til at betvile at artiklerne var grundet på saklige hensyn».

## § 6. Streik, lockout, boikott.

Nutidens produksjonsforhold bærer som bekjent ikke idyllens preg. Snarere må det sies at de står under den evige krigs tegn. Interessekampen mellom arbeidere og arbeidsgivere og mellom de næringsdrivende innbyrdes, om den økonomiske makt, antar stadig skarpere og skarpere former, og de kampmidler som de stridende parter bruker i større og større utstrekning — og som er felles for alle land som befinner sig i samme fase av produksjonens utvikling — er streiken og den dertil svarende lockout, samt boikotten.

Streik foreligger når en bedrifts arbeidere nedlegger sitt arbeide, ikke for definitivt å forlate det, men for å tvinge motparten, arbeidsgiveren, til innrømmelser i en eller annen retning. Lockouten er arbeidsgiverens opsigelse av arbeiderne, som på samme måte ikke sikter på endelig avskjedigelse, men på gunstigere kontraktsvilkår e. l. Boikott er et fenomen som optrer i mangeslags drakt, men hvis rettslige kjerne er den, at en mann, eller en organisasjon, opfordrer en annen mann — eller en annen organisasjon — til å avbryte eller la være å knytte forbindelser med en tredjemann<sup>1)</sup>. Denne siste er da boikottet. Som regel ledsages opfordringen til boikott med en trusel om at adressaten, i tilfelle han nekter å være med på boikotten, selv vil bli boikottet.

Disse kampmidler har i alle land vist sig å være en uundgåelig konsekvens av den økonomiske livs utvikling. De stiller rettsordnen foran vanskelige problemer, hvis løsning neppe i noget land ennu kan kalles definitiv. Hvis rettsordnen nemlig nøier sig med å betrakte disse fenomener ut fra den lære om deliktet som romerne utviklet, vil følgen være, at de nevnte kampmidler som kan bli fryktelige i sine virkninger, lett kan trampe eksistenser under føtter, og føre til resultater som står i den mest skjærende motsetning til det retts- og rettferdighetsideal, som rettsordnen i det lengste må kjempe for.

Nødt og tvunget har derfor rettsordnen måttet ta stilling til disse fenomener, overfor hvilke de gamle prøvede rettsregler og forestillinger ikke på nogen måte slo til. Ikke i alle land har retten grepet inn på samme vis; dels har de sociale forhold vært forskjellige, så de

---

<sup>1)</sup> Naturligvis foreligger boikott også, når en organisasjon ved befaling eller henstilling til sine medlemmer, søker å hindre at disse trer i forbindelse med en tredjemann. Ser man imidlertid bort fra sammenslutningens juridiske form, er boikott-fenomenet her nøyaktig lik det jeg har beskrevet i teksten.

nye kampmidler artet sig forskjellig, både i sin anvendelse og i sine virkninger. Dels har rettsmekanismen i de forskjellige land vært mer eller mindre egnet til å foreta den nyorientering som var påkrevet. Dels endelig — dette skal ikke forties — har de krefter hvis bevegelser det gjaldt å mestre, undertiden vært så sterke, at rettsordnen ikke har maktet å gjennomføre den regulering av kampmidlene som rettferdighetens krav tilsa. Alt dette har gjort, at rettens stilling til streiken (under dette uttrykk innbefattes i det følgende også lockouten) og boikotten har variert fra land til land, og også fra tid til tid.

Men under den vurdering som rettsordnen har vært nødt til å foreta for å bringe streikens og boikottens rettmessighet eller rettsstrid på det rene, har det vært ett moment som i nesten alle land har vært trukket i forgrunnen, og som i mange tilfeller har spillet en avgjørende rolle for rettsordnens dom: Den hensikt som kampmidlene søker å fremme. Om en streik foretas for å få høyere lønn, kortere arbeidstid, eller for å få vekk en misliebig arbeider, bør nemlig ikke være rettsordnen likegyldig. Om en boikott iverksettes av den pure ondskap og forfølgelseslyst, eller for å beskytte en næring mot illojal konkurranse, bør ikke las ute av betraktningen, når retten skal ta stilling til den. Det er nemlig ikke minst dette, som gjør både streiken og boikotten så farlige for samfundet, at de lett kan misbrukes i onde formåls tjeneste. Overfor slike misbruk er det rettsordnens oppgave å verne de angrepne. Og de forskjellige lands rett har da søkt å ramme disse misbruk ved å erklære dem rettsstridige. Hvad der skal kalles «misbruk» avhenger imidlertid av rettsopfatningen i de forskjellige land. Det kan avhenge av om rettsbevisstheten hos det folk det gjelder, stort sett er individualistisk eller sosialt preget i sin grunntone, om den er sterkt konservativ, eller mere lydhor for rettsutviklingens krav. Det er denne rettsbevissthet som avgjør hvilke formål som rettelig kan forfølges ved streiken eller lockouten, og svaret herpå faller som den nedenfor anførte skisse av rettstilstanden i de forskjellige land viser, ikke alltid likt ut.

Hvordan man nu enn anskuer de forskjellige formåls lovlighet, står det iallfall fast, at hensikten, formålet, i mange tilfeller har vært avgjørende for rettens stilling til streiken eller boikotten. Har vært — og er det til en viss grad. Imidlertid kan det ikke nektes, at hensikten som kriterium på streikens og boikottens rettmessighet i den senere tid, og i de fleste land, er trådt i bakgrunnen. Grunnen hertil er ikke den, at rettsordnen efter nærmere overveielse av for-

holdet har funnet at dette moment bør være irrelevant ved streikens og boikottens bedømmelse. Grunnen er den, at de krefter som krevet at streik eller boikott skulde være rettmessige uten hensyn til det formål som lå bak dem, har vært så sterke, og rettsordnens midler til å sette igjennom en annen opfatning overfor de organisasjoner som reiste kravet har vært så begrenset, at retten — i visse henseender iallfall — har måttet la hensikten falle som kriterium på rettsstriden. Slik gik det f. eks., da den engelske Trade Disputes Act av 1906 på arbeiderpartiets bud blev vedtatt, og hvorved enhver streik eller boikott som foretas «in contemplation or furtherance of a Trade Dispute» erklærtes lovlig, uten hensyn til det formål som forfølges.

Når nu i det følgende streikens og boikottens rettmessighet skal drøftes, kunde det kanskje synes naturlig at disse to fenomener burde holdes helt ut fra hinannen. Av praktiske grunner vil jeg dog ikke gjøre dette. Grensen mellom streik og boikott er nemlig lett å trekke i prinsippet; men i praksis vil det ofte i en streik være et sterkt moment av boikott, dels således at selve streiken er et våben i boikottens tjeneste, dels slik at streiken ledsages av boikott av motparten. Naturligvis kan man for tanken fastholde, at en slik streik i virkeligheten taper sin streikekarakter og går over til å bli boikott og må bedømmes derefter. «Strejke i egentlig Forstand» sier således Vinding Kruse<sup>1)</sup>, «foreligger kun hvor Strejkens Formål direkte er høiere Løn, kortere Arbejdstid, idetheletaget bedre Arbejdsbetingelser for de strejkende. Hvor Strejken derimod bruges som Led i en Forfølgning, som Middel til at ramme bestemte Personer, nemlig ved at tvinge andre til at afbryde Forbindelsen med disse Personer, da foreligger en Boycot». Og Vinding Kruse fastholder dette synspunkt så langt at han mener, at fordi boikottfenomenet i sin rettslige struktur er det samme, enten det brukes i arbeidernes kamp mot arbeidsgiveren eller i de næringsdrivendes kamp innbyrdes, kan ikke rettsordnen uten å komme i strid med sig selv og med rettferdighetens fordringer, tillate boikotten i det ene tilfelle, men forby den i det annet<sup>2)</sup>. Også praktisk måtte det derfor anbefale sig å sondre skarpt mellom streik- og boikotttilfellene, behandle dem hver for sig, og se bort fra det rettslig irrelevante spørs-

---

<sup>1)</sup> Arbejdets og Kapitalens Organisationer, retslig bedømt, s. 175.

<sup>2)</sup> L.c. s. 176.

mål, om boikotten blev anvendt som ledd i en arbeidskamp eller i en konkurransekamp mellem næringsdrivende.

Allikevel er dette neppe riktig. Det er nemlig som foran flere ganger nevnt, ikke bare «sakens egen natur» d. v. s. de foreliggende kjensgjerningers rettslig eiendommelige karakter, belyst ut fra rettferdighetens og samfundsvellets synspunkt, som her kommer i betraktning. Selv hensynet til rettens logiske sammenheng må på dette felt undertiden vike for, man kan gjerne si den opportunitetsbetraktning, at retten må gi regler som den makter å gjennomføre. Til dette opportunitetshensyn er nemlig hele rettsordnens eksistens knyttet. Gir rettsorden regler som store deler av folket ikke anerkjenner som sådanne, og som de har makt til å sette sig ut over, blir rettens bud bare et dødt bokstav, det blir ikke gjeldende, levende rett<sup>1)</sup> I denne henseende, når det altså spørres om rettsordnens makt til å beherske boikottfenomenene, er det en veldig forskjell, eftersom boikotten blir foretatt av en arbeiderorganisasjon med hundretusener av medlemmer, eller den settes iverk av en kartellsammenslutning av næringsdrivende, hvor medlemsantallet er begrenset, og hvor iallfall evnen — om ikke viljen — til å sette sig ut over rettens bud, er mindre enn når talen er om arbeidernes organisasjoner.

Da rettsordnen aldri må spenne buen så høit at den brister, er det derfor meget mulig at to fenomener som i rettslig henseende er identiske, allikevel må behandles forskjellig, fordi det miljø hvori de er foretatt, varierer m. h. t. mottagelighet for rettslig normering. Da dessuten den almindelige rettsopfatning i Norge visstnok skjeller skarpt mellem den boikott som kan finne sted mellem næringsdrivende, eller mellem arbeiderorganisasjoner og næringsdrivende, og den boikott som går inn som et ledd i kampen mellem arbeidere og arbeidsgivere, likesom det også kan påvises rettslig forskjell i behandlingen, vil i det følgende den forretningmessige boikott — jeg kaller den for korthets skyld bare boikott — bli behandlet for sig, mens under streiken også vil bli behandlet fenomener, som efter en streng logisk betraktning nok rettest vilde være å henhøre til boikotten.

#### I. Streik.

Da rettsordnen skulde ta standpunkt til spørsmålet om streikens tillatelighet, var den første, man kunde fristes til å si instink-

---

<sup>1)</sup> Se Hagerup: Det Psykologiske Grundlag for Retten. T.f.R. 1907 s. 2—3.

tive løsning av spørsmålet, visstnok i alle land den at streik kort og godt blev forbudt. Gjennem lange og hårde kamper er nu dette lovgivningsstandpunkt overvunnet, og i større eller mindre utstrekning er streiken anerkjent som et tillatelig vaaben i interessekampen mellem arbeidere og arbeidsgivere. Men dermed er ikke sagt at enhver streik er tillatt uten hensyn til det formål den forfølger, eller at alle de midler som gjerne anvendes under konflikterne, f. eks. blokade av arbeidsgiver, boikott av uorganiserte arbeidere, hindring av arbeidsvilliges arbeide o. s. v., er tillatt.

Selvsagt er det ikke her meningen å gjøre uttømmende rede for vårt lands og utlandets stilling til alle disse problemer. Hvad jeg vil søke å vise, er om norsk og utenlandsk rett under sin normering av rettsreglene om streiken og boikotten, legger vekt på de motiver som forfølges. I den anledning hitsettes, vesentlig efter Vinding Kruse: Arbejdets og Kapitalens Organisationer, en liten oversikt over de ledende industrilands stilling til disse typisk storindustrielle fenomener.

Den *engelske* retts stilling til streik og boikott i arbeidsstridigheter er nu fiksert i The Trade Disputes Act av 1906. Iflg. denne lov er enhver streik tillatt, og likeså enhver boikott fra arbeidernes side, som står i forbindelse med en «trade dispute», uten hensyn til de motiver som leder streiken eller boikotten. Og dette gjelder enten boikotten er rettet mot arbeidsgiver eller mot andre arbeidere<sup>1)</sup>. Om således en arbeider av en eller annen grunn — den være nokså lav og smålig — er falt i unåde hos en fagforeningsleder eller hos flertallet i foreningen, kan disse fritt iverksette en ødeleggende boikott mot ham. Også arbeidsgiverne har i kampen mot arbeiderne efter den nevnte lov rett til å erklære lockout og iverksette boikott uten å gjøre regnskap for de motiver som driver dem. Vil derimot arbeidsgiverne anvende boikottvåbenet overfor andre arbeidsgivere, gjelder den samme regel som i engelsk rett behersker den forretningsmessige boikott, og som vil bli fremstillet nedenfor: Motivet til boikotten er avgjørende for dens rettmessighet.

Mens således engelsk rett i sin nuværende skikkelse stort sett ser bort fra hensikten når de forskjellige kampmidler i arbeidsstridigheter skal rettslig prøves, har det allikevel sin interesse å konstatere, at så ikke alltid har vært tilfelle. I tidligere tid sondret den engelske rett strengt mellom streiker som forfulgte rent faglige formål, og tillot disse efter 1824, mens sympatistreiker, og streiker hvis formål

---

<sup>1)</sup> Se Vinding Kruse s. 221.

var å fjerne visse arbeidere e. l., og som derfor i virkeligheten inneholdt en boikott, ikke ubetinget var tillatt. Også ved den utillylde boikott i arbeidstvistigheter (arbeidernes blokade av en fabrikk, arbeidsgivernes boikott av arbeiderne ved å sette dem på «sorte lister») la rettsordnen vekt på motivet, idet boikotten blev erklært rettmessig når den forfulgte berettigede, fagmessige formål, men rettsstridig hvis motivet var av ondsinnet karakter.

At den engelske rett som foran nevnt nu har opgitt dette kriterium, og ikke tillegger hensikten betydning for rettmessigheten av streik og boikott i arbeidstvister, er visstnok ikke grunnet deri at den har innsett at hensikten igrunnen er rettslig irrelevant. Iflg. Vinding Kruse (s. 218) skyldes vedtagelsen av Trade Disputes Act lovgivningspolitiske overveielser av en ganske annen karakter, nemlig ønsket om å tilfredsstille det mektige Labour Party, som naturlig nok var tilbøielig til å ta mindre hensyn til rettferdighetens og rettens fordringer, enn til sine egne klasseinteresser.

I U. S. A. har man derimot holdt fast ved, at både streik og boikott bare er rettmessige i arbeidstvister, når de brukes i hensikt å fremme interesser som lovgiveren prinsipielt billiger, derimot ikke når de benyttes i andre formåls tjeneste. Og amerikansk rettspraksis har i kraft av denne setning erklært streik for å fremtvinge uorganiserte arbeideres avskjed for rettsstridig. Endog så strengt har domstolene forstått den setning at streiken bare er berettiget når den iverksettes til forsvar for faginteresser, at sympatistreik, hvis formål er å bedre andre arbeideres kår, er erklært for rettsstridig.

Også *fransk* rett har inntatt det prinsipielle standpunkt, bare å erklære streik og boikott i arbeidstvister for rettmessige, hvis de er foretatt til forsvar for rent faglige interesser. Hvis derimot motivet er av personlig eller politisk art, er streiken eller boikotten forbudt. Og begrepet «faglige interesser» har fransk rett oppfattet så snevert at f. eks. streik for å fremtvinge avskjedigelse av en formann eller uorganisert arbeider, ikke ansees tillatt<sup>1)</sup>.

Endelig spiller også efter *tysk* rett motivet til streiken eller boikotten en betydelig rolle ved bestemmelsen av dens rettmessighet, om enn det ikke er ganske identiske synspunkter som her er gjort gjeldende<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Vinding Kruse, s. 303.

<sup>2)</sup> L.c. s. 321.



Efter *norsk* rett er det ikke tvilsomt at streik og lockout i *almindelighet* er tillatt. Likeså blokade både av arbeidsgivere og av arbeidere, enten det er arbeidsgiveren eller arbeiderne som utøver denne form for boikott. Retten til streik og lockout er dog ikke ubegrenset. Først og fremst innskrenkes adgangen til streik ved de avtaler som det i de siste 15—20 år er blitt almindelig å slutte mellom arbeidernes og arbeidsgivernes organisasjoner, tariffavtalene<sup>1)</sup>. Ved disse avtaler fastsettes arbeidsvilkårene for tariffperioden; man har sammenlignet dem med midlertidige fredsslutninger mellom to stridende parter, og deres forutsetning og formål er utvilsomt at der ikke i tariffperioden skal kunne reises kamp mellom partene om de lønnings- og arbeidsvilkår som er fastsatt i tariffen.

Denne forutsetning er også slått uttrykkelig fast i lov om arbeidstvister av 6/8 1915 § 6, som forbyr å søke løst en tvist mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening, om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller beståen, eller om krav som grunner sig på en tariffavtale, ved arbeidsnedleggelse eller arbeidsstengning. Og dette forbud er rettet ikke bare mot den forening som iverksetter den ulovlige streik eller lockout, men også mot enhver som deltar i dem. (Se lovens § 40). Nu er det jo klart, at hver enkelt arbeider under hele tariffperioden har rett til å si op sin stilling, f. eks. fordi han er misfornøyd med den tariffmessig fastsatte løn. Men hvad den enkelte arbeider og arbeiderne i fellesskap ikke har lov til, er å si op «i den hensigt at søke fremtvunget et lønskrav under tariffperiodens løp» (arbeidsrettsdom 23/7 1917). Eller som en annen arbeidsrettsdom uttrykker det (11/3 1919): «Meningen med opsigelsen må ikke være at sætte magt bak lønskravet». På samme vis har den enkelte bedrift rett til å innstille sin virksomhet og avskjedige sine arbeidere også under en tariffperiodes løp. Men den har ikke rett til dette, hvis hensikten er å søke å tvinge arbeiderne til å gå inn på andre vilkår enn tariffen hjemler.

At det er *hensikten* som i disse tilfeller avgjør om en opsigelse er brudd på en tariffavtale — og altså rettsstridig — eller ikke, er også klart fremhevet i Ot. prp. nr. 29/1912, s. 10.: «Det er dette subjektive moment, den tarifstridige hensigt, som vil gjøre det saa vanskelig at trække grænsen mellem de enkeltes lovlige opsigelse og de fleres tarifstridige fællesoptræden». At hensikten også i praksis er tillagt avgjørende betydning, viser en rekke arbeidsretts-

---

<sup>1)</sup> Også loven om tvungen voldgift innskrenket selvfølgelig streikeretten.

dommer<sup>1)</sup>). Og hvis først en arbeidsnedleggelse på grunn av hensikten er rettsstridig, er også en blokade av arbeidsplassen rettsstridig. Se f. eks. arbeidsrettens dom av 19/2 1917.

På grunn av særlige bestemmelser i tariffene hender det i praksis ofte, at spørsmålet om også andre handlinger enn streiker og lockouter skal karakteriseres som tariffbrudd eller ei, er avhengig av den hensikt som har ligget bak handlingen. Se f. eks. arbeidsrettsdom 12/4 1919; det var her spørsmål om hvorvidt opsigelsen av en montør var tariffstridig, og dette spørsmåls avgjørelse var avhengig av, om grunnen til avskjedigelsen hadde vært «saklig», eller om montøren var blitt op sagt fordi han var arbeidernes tillitsmann<sup>2)</sup>). På samme måte lå saken an i dommer av 5/3 1919 og 9/4 1919, hvor også en opsigelses tariff- og dermed dens rettsstridighet, var avhengig av de motiver som fantes å ha ligget til grunn for opsigelsen.

Utenfor det område hvor loven av 6/8 1915 forbyr streik, — altså forsåvidt angår streik og blokade utenfor tariffperioden, og streik eller blokade i tariffperioden, men hvor der ikke står strid om en tariffavtales gyldighet, forståelse eller beståen, eller hvor ikke tariffavtalen uttrykkelig har uttalt sig om det spørsmål tvisten gjelder — er det mere tvilsomt hvordan norsk rett stiller sig.

Forsåvidt streiken eller blokaden anvendes *utenfor tariffperioden* som kampmidler i strid mellem arbeidere og arbeidsgivere, eller talen er om arbeidsgiveres blokade av arbeidsgivere, eller arbeideres av arbeidere — og da selvsagt uten hensyn til enhver tariffavtale — tror jeg dog man må si, at disse kampmidler er tillatt av norsk rett, uten at denne gransker de handlendes motiver. Streiker f. eks. arbeiderne utenfor tariffperioden for å fremtvinge en formanns avskjed, er dette neppe rettsstridig efter gjeldende norsk rett<sup>3)</sup>. Det lar sig nemlig ikke nekte, at den almindelige rettsbevissthet ikke helt har frigjort sig fra den gamle opfatning, at borgernes motiver er rettsordnen uvedkommende, og jeg finner ikke — hverken i rettspraksis som ikke har uttalt sig om spørsmålet —

---

<sup>1)</sup> Se f. eks. foruten de to foran nevnte dommer også dom av 13/9 1918, 9/2 1918, 25/3 1918, 27/11 1919, 8/1 1920, 28/7 1920, 24/9 1920.

<sup>2)</sup> Også bestemmelsen i l. om arbeiderutvalg av 23/7 1920 § 8, som forbyr arbeidsgiveren å si op arbeiderutvalgets medlemmer, medmindre «saklige grunner» er tilstede, må nevnes i denne forbindelse.

<sup>3)</sup> Riktigheten av denne opfatning var visstnok utvilsom før loven om arbeiderutvalg av 23/7 1920. At heller ikke denne lov forandrer spørsmålets stilling søker jeg nedenfor å vise.

eller i den almindelige rettsopfatning, støtte for den mening, at såvel streiken som de forskjellige boikottarter må være båret av den hensikt å tjene strengt faglige interesser. Dog skulde jeg tro at en streik eller en blokade, som ikke engang indirekte stod i sammenheng med arbeidernes eller arbeidsgivernes kamp for sine klasseinteresser, men som var diktert av den pure ondskap og skadelyst, ikke vilde kunne gjøre regning på rettsordnens sanksjon. Således vilde det være rettsstridig, om en fagforeningsleder — for å ta Vinding Kruses eksempel — dekreterte boikott mot en arbeider, fordi denne av en eller annen personlig grunn var falt i unåde hos ham.

Hvad angår streik eller blokade når de stridende parter er *bundet av en tariffavtale*, men kampen er diktert av andre motiver enn dem, § 6 i loven av 6/8 1915 nevner, er rettsstridsspørsmålet ikke ganske klart, idet det neppe lar sig påvise nogen fast og sikker rettsopfatning, som i alle tilfeller gir svar på de spørsmål som kan opstå. Således f. eks. hvis det iverksettes streik for å få fjernet en misliebzig formann, eller det i en tariffperiode erklæres sympatistreik med andre rettmessig streikende arbeidere, eller streiken er en politisk demonstrasjonsstreik, eller endelig plassene under tariffperioden blokeres som hjelpemiddel i en annen og lovlig streiks tjeneste.

I de «almindelige bestemmelser» i tariffene finnes — eller fantes — dog som oftest uttrykkelige bestemmelser om flere av disse forhold, og når tariffen har avgjort spørsmålet, er saken klar. Således var det tidligere almindelig at tariffene uttrykkelig fastslo arbeidsgivernes rett til å lede og fordele arbeidet, og til å anta og avskjedige de arbeidere som de ønsket, enten disse var organisert eller ei; videre var det gjerne uttrykkelig fastslått, at streik, blokade eller lockout ikke kunde iverksettes for å tvinge nogen inn i eller ut av en organisasjon. Hvis derfor arbeiderne under en slik tariffs herredømme streiket i hensikt å fremtvinge forandring i arbeidets ledelse eller for å opnå en arbeiders avskjed, handlet de rettsstridig. Dette er således antatt i en arbeidsrettsdom, avsagt 27/11 1919, hvor arbeiderne blev dømt for tariffstridig arbeidsnedleggelse, fordi der forelå «en fællesaktion med det maal at søke at tvinge bedriften til at avskedige verksmester R.»

Også hvad sympatistreik i tariffperioden angår, har i almindelighet tariffene tatt stilling til dette spørsmål, og forsåvidt Arbeidsgiverforeningens tariff angår, i den retning at slike streiker er tillatt<sup>1)</sup>. Hvor derimot ingen uttrykkelig bestemmelse finnes i tariffen

---

<sup>1)</sup> Denne bestemmelse er også opretholdt i voldgiftsdommene av 1920.

— slik som f. eks. var tilfelle med Kristiania kommunes tariffer under storstreiken i mai 1921 — kommer spørsmålet rent frem. Det samme er også efter voldgiftsdommene av 1920 i stor utstrekning blitt tilfelle for de streikers vedkommende, som tidligere uttrykkelig var forbudt ved de almindelige bestemmelser i tariffene. Disse voldgiftsdommer som jo trer i tariffavtalers sted, inneholder nemlig ingen «almindelige bestemmelser» av det innhold jeg ovenfor har referert.

Med full sikkerhet kan rettsordnens stilling til disse tvilsomme spørsmål visstnok som nevnt ikke ennu angis. Men det hovedsynspunkt hvorunder disse fenomener må sees, er dette: Når det i norsk rett er på det rene, at streik og lockout i nesten ubegrenset utstrekning er tillatt, når parterne er ubundet av enhver tariffavtale, må også streiker under tariffperioden være tillatt, forsåvidt ikke *enten selve tariffavtalen eller positiv lov forbyr dem*. Og det samme gjelder da også blokade under tariffperioden<sup>1</sup>).

Anvendt på sympatistreiken, leder dette hovedsynspunkt til at den må være tillatt selv under en tariffperiode, når ikke tariffen uttrykkelig forbyr den. Man er nemlig ikke berettiget til å tolke det tilsagn om «arbeidsfred» som ligger i tariffavtalens opprettelse, derhen at streik i tariffperioden skal være forbudt, selv om dens årsak og hensikt er tariffavtalen og dennes parter ganske uvedkommende<sup>2</sup>). Denne opfatning støttes efter mit skjønn på en ytterst effektiv måte av en arbeidsrettsdom av 8/1 1920. I denne dom erklærtes det nemlig at den éndags generalstreik som blev iverksatt 21/7 1919, som protest mot enhver intervensjon i Rusland, og som en demonstrasjon for arbeidernes sociale og politiske krav, ikke var tariffstridig, skjønt den fant sted mitt i tariffperioden. Dommen fastslo at tariffoverenskomsten visstnok bygget på forutsetningen om, at der i tariffperioden skal herske arbeidsfred mellom partene, slik at kampmidler ikke kan anvendes i hensikt å endre arbeidsvilkårene; «men», fortsetter domstolen, «demonstrationsstreiken av 21/7 1919 gaar aabenbart ikke ind herunder. Den var en politisk arbeidsnedleggelse, rettet mot statsmyndighetene, ikke mot arbeidsgiverne. Den kan da ikke være tariffstridig». Nettopp det

---

<sup>1</sup>) Begge deler med den foran nevnte reservasjon m. h. t. det rent ondskapsfulle motiv som gjør enhver streik eller blokade rettsstridig.

<sup>2</sup>) Kristiania kommune hevdet i anledning av dens arbeideres sympatistreik under storstreiken 1921 en motsatt opfatning. Arbeidsrettsdom om spørsmålet er ennu ikke falt.

samme synspunkt, at tariffavtalens utsagn om arbeidsfred ikke rekker lenger enn til å forby kamp mellom partene om tariffvilkårene. utelukker etter min mening også sympatistreikens tariffstridighet.

Mere tvilsom stiller saken sig, når en streik i en tariffperiode har til formål enten å tvinge arbeidsgiveren til å avskjedige en funksjonær eller en uorganisert arbeider, eller overhodet sikter på å gripe inn i arbeidets ledelse, organisasjon og fordeling. Etterat voldgiftsdommene av 1920 som foran nevnt ikke tok inn de gamle «almindelige bestemmelser», som uttrykkelig erklærte slike streiker for tariffstridige, er spørsmålet blitt åpent for diskusjon, og det synes som om de to parters syn på saken i betydelig grad avviker fra hinannen.

Når tariffene ikke lenger uttrykkelig forbyr streiker med de nevnte formål, må de iflg. hovedreglen være tillatt, hvis det ikke kan påvises nogen positiv lov som forbyr dem. Noget sådant forbud finnes ikke i lov om arbeidstvister av 6/8 1915. Men fra arbeidsgiverhold hevdes det, at et slikt forbud kan utledes av en annen lov, nemlig den midlertidige lov om arbeiderutvalg av 23/7 1920. For imidlertid å kunne avgjøre om dette forholder sig således, må jeg gå noget inn på denne lovs forhistorie.

Som bekjent var ett av de viktigste av de tvistepunkter som ledet til de store konflikter i 1920, nettop arbeidernes krav om at de «almindelige bestemmelser» i tariffene skulde vekk, og at arbeiderne isteden tariffmessig skulde sikres rett til andel i bedriftsledelsen. Regjeringen bestemte sig ved kgl. res. av 21/5 1920 til å anvende loven om tvungen voldgift overfor konfliktene, men reserverte spørsmålet om de «almindelige bestemmelser» til lovgivningens direkte avgjørelse, fordi den fant at en voldgiftsdomstol hverken kunde eller burde løse et så vanskelig samfundsspørsmål. Hvis der ikke kunde finnes en plattform hvorpå partene kunde møtes, vilde regjeringen søke spørsmålet midlertidig løst ved lov, inntil det innegripende spørsmål om arbeidernes andel i ledelsen var tilstrekkelig gjennemarbeidet til å finne sin endelige avgjørelse av statsmaktene. De frivillige forhandlinger blev resultatløse, og som en midlertidig løsning av det omtvistede spørsmål blev da lov om arbeiderutvalg av 23/7 1920 enstemmig vedtatt av stortinget.

Tror man imidlertid, at denne lov tydelig og klart uttaler sig om hvorvidt streik i hensikt å få del i bedriftsledelsen fremtidig skal være tillatt eller ei, blir man skuffet. Loven uttaler ikke engang direkte hvem som skal ha ledelsen i bedriften. Den nøier sig med å bestemme at der i bedrifter av en viss størrelse skal opprettes arbeiderutvalg, hvis det kreves av

en fjerdepart av bedriftens arbeidere. «Funksjonærer» er ikke delaktige i dette utvalg. Hvad dets myndighet angår, gir lovens § 5 utvalget en rådgivende stemme i en rekke viktige spørsmål vedrørende bedriftens ledelse, men langt fra i alle. Loven blev som sagt vedtatt med enstemmig tilslutning av alle partier, hvilket allerede er egnet til å vekke mistanke om at dens innhold og rekkevidde kunde opfattes på flere måter. Dette viser sig nu også i høi grad å være tilfelle. Mens således socialministeren, som hadde forberedt loven, såvel i Odelsting som i Lagting skarpt pointerte at lovens forutsetning og prinsipielle grunnlag var at arbeidsgiverne skulde ha bedriftsledelsen, og at arbeiderutvalget bare i visse tilfeller skulde tas med på råd, fremholdt socialistene at når de stemte for loven, forstod de den slik at spørsmålet om arbeidernes rett til å delta i bedriftsledelsen fremdeles stod uløst.

En ting er tydelig: loven gir *ikke* arbeiderne rett til å delta i bedriftens ledelse. Arbeiderutvalgets myndighet er kun rådgivende, og forsåvidt har da socialministeren rett i, at loven forutsetter som sitt prinsipielle grunnlag at ledelsen av bedriften fremdeles er hos arbeidsgiveren.

Men på den annen side inneholder loven intet forbud mot at arbeidsgiverne ved avtale med arbeiderne innrømmer disse adgang til å delta i ledelsen, og den inneholder heller ikke — hvad der spesielt interesserer i denne forbindelse — noget uttrykkelig forbud mot at arbeiderne gjennom streik eller andre kampmidler søker å tvinge arbeidsgiverne til å gå inn på slike avtaler, eller søker direkte å sette sin vilje igjennem i et spesielt spørsmål vedrørende ledelsen.

Fra arbeidsgiverhold hevdes det visstnok, at loven om arbeiderutvalg ikke bare gir arbeidsgiverne rett til å lede bedriftene, i den forstand at arbeiderne ikke med loven i hånd kan tiltvinge sig andel i ledelsen. Loven må, da det var dens hensikt å avløse tariffenes «almindelige bestemmelser», og da dens ordning av bedriftsledelsen faller sammen med hvad det før var fastslått i tariffene, også tillegges den samme betydning som disse, slik at den forbyr enhver streik som sikter på å endre den ordning av forholdet mellom arbeider og arbeidsgiver, som tariffen, — og altså nu loven —, fastslår. Når lovens formål nettop var å avverge de ulykker for samfundet som en konflikt om andel i ledelsen vilde medføre, kan det efter arbeidsgivernes mening ikke antas at loven løser denne vanskelighet ved også for fremtiden å holde adgangen åpen for slike konflikter. De sterke og pointerte uttalelser som socialdepartementets chef lot falle under debatten om loven, og som jo gikk ut på at det var lovens mening å

fastslå arbeidsgivernes rett til å lede arbeidet, tas også til inntekt for arbeidsgivernes forståelse av loven.

Arbeiderpartiets førere hevder derimot at spørsmålet om retten til å lede bedriften nu er åpent for drøftelse, og også for konflikt, idet de almindelige bestemmelser som hindret dette er tatt ut av tariffene, uten at noget lovforbud mot slike konflikter er trådt isteden.

Skjønt spørsmålet nok muligens lar rum for tvil, må jeg dog for mitt vedkommende slutte mig til sistnevnte opfatning. At loven om arbeiderutvalg skulde inneholde noget *uttrykkelig* forbud mot de streiker jeg taler om, har ingen påstått. Forbudet må derfor i tilfelle leses mellom linjene, ligge gjemt i lovens forutsetninger og prinsipielle grunnlag. Men det å legge inn forbud i loven, som ikke denne direkte gir uttrykk for, men som må fortolkes frem av dens forutsetninger og forarbeider, er som bekjent en farlig vei å betrede, og jeg tror ikke at man i dette tilfelle har tilstrekkelig hjemmel til å gjøre dette.

Mine grunner for dette standpunkt er følgende:

1. Det er jo langt fra nogen *nødvendighet*, at loven forstås på den måte som arbeidsgiverne hevder. For selv om loven ikke imøtekom arbeidernes krav om andel i ledelsen, men bare oprettet arbeiderutvalg med rådgivende stemme, er det ingen konsekvens herav at loven også må forby arbeiderne gjennom avtaler med arbeidsgiverne å søke å opnå dette, samtidig som de setter makt bak sine krav.

Visstnok hevdes det fra arbeidsgiverhold at loven under en sådan forståelse vilde bli meningsløs, idet den for å bilegge en aktuell konflikt om fordelingen av bedriftsledelsen, nettop åpnet adgang til permanent konflikt om dette.

Innvendingen vilde vært bindende, hvis det hadde vært lovens mening å fastslå en definitiv løsning av spørsmålet. Når imidlertid loven uttrykkelig angir sig som «midlertidig», og ser det som sin oppgave å finne en *modus vivendi* i en akutt konfliktsituasjon, får det kompromis som loven representerer når den forstås slik som arbeiderne hevder, god mening. På den ene side tar den de almindelige bestemmelser, hvorved arbeiderne bandt sig til å respektere arbeidsgivernes rett til å lede og fordele arbeidet, ut av tariffene. På den annen side innrømmer den ikke arbeiderne nogen rett til å ta del i ledelsen, men gir dem bare foreløbig en rådgivende stemme. Uten å ville hindre at partene hvis de vil være illojale overfor loven, reiser konflikt om ledelsen, håper loven at begge parter midlertidig

slår sig til ro med dette, inntil spørsmålet om bedriftsledelsen er modent til å løses ved en endelig lov.

2. Arbeidsgivernes opfatning av loven vilde i virkeligheten stille arbeiderne slettere enn under de «almindelige bestemmelser» herredømme. For mens disse som foran nevnt iallfall ikke hindret kamp utenfor tariffperioden, vilde jo ethvert forsøk fra arbeiderhold på å bruke streiken som kampmiddel i hensikt å få andel i ledelsen, for fremtiden være ulovlig. Og den smule kompensasjon som arbeiderutvalgene med rådgivende myndighet vilde bety for arbeiderne, vilde ihvertfall ikke komme alle arbeidere til gode, idet arbeiderutvalg ikke kan opprettes ved alle bedrifter, og bedriftens «funksjonærer» heller ikke får andel i disse.

Resultater som disse vilde stemme dårlig med den tendens som loven dog tross alt representerer i forhold til den eldre rett, og som statsminister Halvorsen i Odelstinget uttrykte slik, at loven «var det første skritt på en vei som ikke behager»<sup>1)</sup>. «Det er lillefingeren man gir»<sup>2)</sup>.

3. Allerede det som foran er anført vil være egnet til å vise det betenkelige i å legge et forbud mot de streiker jeg taler om, inn i loven om arbeiderutvalg, på grunnlag av dennes forutsetninger og forarbeider.

Dobbelt betenkelig blir imidlertid dette, når — som det synes å fremgå av debatten i Lagtinget — socialministeren, statsråd Klingenberg, som jo skulde ha et førstehånds kjennskap til lovens forutsetninger, uttrykkelig uttaler at han *ikke forstår loven på denne måte*. Etter å ha fremhevet at loven fastslo at arbeidsgiveren var den som hadde ledelsen i en bedrift, at arbeiderne bare hadde rådgivende stemme, og at arbeidsgiveren ikke etter loven var pliktig til å ta notis av et arbeiderutvalg som var organisert på annen vis enn loven foreskrev, eller som tilla sig et annet mandat, fortsatte statsråden<sup>3)</sup>. «Det har ikke været lovens mening at hindre konflikt om dette, hvis parterne vil ha konflikt om det. Er det så at man fra et eller annet hold vil være illoyal mot den løsning som er foreslaat, kan ingen lov avhjelpe det; men jeg skulde anta at det vilde gaa værst ut over dem som forsøker det».

Når denne uttalelse, som må betegnes som autoritativ i det

---

<sup>1)</sup> Ikke statsministeren selv, men dem som hadde reist motstand mot loven. Etter sammenhengen må dette tydeligvis sikte til arbeidsgiverhold.

<sup>2)</sup> Citert etter «Arbeidsgiveren» 1920 s. 310.

<sup>3)</sup> L.c. s. 311.



foreliggende tilfelle, tas med i betraktning, tror jeg å kunne konkludere med, at loven om arbeiderutvalg hverken etter sine ord eller etter sine forutsetninger, for den tid den er gjeldende, forbyr streiker som enten sikter på å tiltvinge arbeiderne andel i bedriftsledelsen og i arbeidets fordeling, eller som har til hensikt å sette arbeidernes vilje igjennem i et enkelt punkt som vedrører ledelsen, f. eks. en formanns eller en arbeiders avskjed.

Er den opfatning riktig som jeg har gjort gjeldende m. h. t. streikers og blokaders lovlighet, vil man se at hensikten på ingen måte er likegyldig når disse spørsmål skal avgjøres. Det ondsinnede motiv, den rene skadelyst, gjør visstnok enhver streik eller blokade rettsstridig, enten de foretas i eller utenfor en tariffperiode. Men særlig er det de streiker som finner sted mens en tariffavtale består, hvis rettmessighet eller rettsstrid i stor utstrekning vil avhenge av den hensikt som driver de streikende, eller det formål som streiken forfølger.

## II. Boikotten.

Ved boikott forstår jeg som før nevnt, i denne forbindelse bare den forretningsmessige boikott. Denne form for boikott har i de siste 30—40 år vunnet en stadig større utbredelse i forretningsforhold. Den består som jeg likeledes før har forklart deri, at en næringsdrivende — eller en organisasjon av sådanne — opfordrer andre næringsdrivende til ikke å tre i forretningsforbindelse med en bestemt person. Dette er den egentlige boikott; men for at opfordringen skal bli effektiv, kreves selvsagt at den opfordrende er i besittelse av visse maktmidler overfor den som opfordringen rettes til, og som gir vedkommende et virksomt motiv til å følge denne. Som regel ledsages derfor opfordringen til boikott av en trusel om at hvis den ikke følges, vil boikott bli iverksatt overfor adressaten selv.

Boikott har vist sig som det virksomste og skarpeste middel som de store sammenslutninger på næringslivets område kunde ønske sig i sin kamp om rådigheten på et marked; i kampen for monopolet har boikotten vist sig uundværlig. Slik som nutidens forretningsliv er organisert, og med de hjelpemidler i form av post, telegraf etc. som nutiden rår over, vil nemlig en boikott kunne bli den visse ruin for den som utsettes for denne.

Sterke samfunnsinteresser synes derfor å kreve, at rettsordenen øver kontroll med anvendelsen av dette nye kampmiddel, og ikke uten videre overlater det til de næringsdrivendes fri rådighet. At våbnet kan misbrukes er nemlig utenfor tvil; den

rene ondskap har her et skarpslepet sverd den kan ta i sin tjeneste; trustsammenslutningen, som ønsker å utbytte markedet, kan ved en boikott lett knekke den strevsomme og hederlige forretningsmann som ikke går med på å ågre med sine varer. Mangehånde er de misbruk som boikott kan gi anledning til. Men heller ikke boikotten har bare samfundsskadelige virkninger. Brukt på rette måte, og i en god hensikts tjeneste, kan en boikott være et virksomt middel til å rense en forretningsbranche for lyssky elementer, eller til å bringe alle næringsdrivende til å holde gode varer og til å avstå fra illojal konkurranse.

Før jeg går over til å undersøke hvordan vår rett har stillet sig overfor boikottfenomenet, skal jeg kort berøre enkelte utenlandske rettssystemers holdning overfor dette.

Den *engelske* retts stilling likeoverfor boikotten kan uttrykkes i en grunnsetning som for den forretningsmessige boikotts vedkommende er uttalt i en sak der fant sin endelige avgjørelse i 1891, og som er blitt det første «leading case» på dette område, «the Mogul Case». Etter den dommer som utformet den, kaller Vinding Kruse den for «lord Bowens grunnsetning.» Vinding Kruse gjengir den slik: «At opfordre andre, hvadenten de er ens Kunder eller ei, og hvor mange de end er, til at boycotte Tredjemand er, selvom man ledsager Opfordringen med en Trusel om at ville udelukke dem, der ikke følger Opfordringen, helt eller delvis fra Forretningsforbindelse med sig, retmæssigt, naar Grunden til Opfordringen er et almindeligt Forretningsmotiv og ikke personligt Ondsind, og naar Opfordringen ikke indeholder Momenter, der av andre Grunde er retsstridige»<sup>1)</sup>. Denne grunnsetning som i sin tid også blev anvendt på boikott på arbeidsstridigheters område, men som nu er forlatt her, lar med all tydelighet hensikten være det avgjørende kriterium på boikottens tillatelighet.

Den *amerikanske* rett følger i dette stykke den *engelske*<sup>2)</sup>. Men boikott er i U. S. A. også forbudt i videre utstrekning. Etter Shermanloven av 2/7 1890 § 2 er det nemlig forbudt å monopolisere eller å søke å monopolisere nogen del av handelen mellem de forskjellige unionsstater. Den boikott som iverksettes med sikte på å erhverve monopol, er derfor rettsstridig. Også *fransk* rett legger lord Bowens setning til grunn for sin bedømmelse av boikotten<sup>3)</sup>. Likeledes ansees i *tysk* rett en boikott som er motivert av andre

---

<sup>1)</sup> L.c. s. 200.

<sup>2)</sup> Vinding Kruse s. 288.

<sup>3)</sup> L.c. s. 321.

hensyn enn konkurransehensyn, for rettsstridig. Her spiller hensikten forøvrig også en annen rolle ved rettsstridsspørsmålets avgjørelse; ikke bare handlingsmannens *endelige* hensikt, hans motiv, kan her få avgjørende betydning. Også hensikten i den annen mening av ordet, nemlig som omfattende alle nødvendige midler til realisasjon av formålet, kan efter tysk rett få betydning som kriterium for grensen for det tillatte. Hvis nemlig en boikott, som i og for sig er diktert av forretningsmessige motiver, tar sikte på å undergrave en manns hele økonomiske eksistens, anser tysk rett handlefrihetens grenser for overskredet<sup>1)</sup>).

Hvad *norsk* rett angår, finnes her likeså litt som i de fleste andre lands lovgivning, nogen uttrykkelig lovbestemmelse om boikott. Da disse fenomener for ikke så lang tid siden dukket opp, og kom for domstolene, måtte disse derfor løse spørsmålet om boikottens tilstedelighet uten nogensomhelst støtte i lovgivning eller teori, og uten nevneverdig støtte i den almindelige rettsopfatning som ennå stod noget usikker overfor boikottfenomenet. Det stod forholdsvis hurtig klart for våre domstoler, at hvis boikotten blev iverksatt ved løgnaktige forestillinger, eller i det hele de midler som blev anvendt i og for sig var uttillatelige, måtte selve boikotten være forbudt. Se f. eks. Rt. 1914, s. 372 og Rt. 1917 s. 51.

I sin rene form, hvor de anvendte midler i sig selv ikke er misbilliget, kom spørsmålet om den forretningsmessige boikotts tillatelse frem for høiesterrett i en sak, referert i Rt. 1917, s. 689<sup>2)</sup>). Forholdet var her at en bakermester som ikke var medlem av bakermestrenes forening, solgte brød under de av foreningen fastsatte priser. På henvendelse fra denne til melgrossistene blev han stengt adgangen til å få kjøpt mel. Da høiesterettsdommerne skulde avgjøre om foreningens optreden var rettmessig eller ikke, viste det sig, at de forskjellige dommeres rettsbevissthet så meget forskjellig på saken. I sjelden grad måtte nemlig her rettsfølelsen instinktivt diktere avgjørelsen; naturligvis måtte dommerne analysere boikotten som socialt fenomen, og vurdere den ut fra rettferdighetens, samfundsvellets, og den gjeldende retts grunnsetninger. Men disse momenter blev dog til syvende og sist bare en liten del av alle de faktorer, følelsesbestemte og forstandsbestemte, som tilsammen utgjør rettsbevissthetens kilder, og som derfor spillet inn ved spørsmålets avgjørelse.

<sup>1)</sup> L. c. s. 323.

<sup>2)</sup> Se om dommen og om spørsmålet i det hele Øvergaard i Rt. 1920 s. 209.

Med 4 mot 3 stemmer blev boikottens rettmessighet anerkjent. Den begrunnelse som majoriteten gav i tilslutning til byretten, er lite annet enn en nøken henvisning til rettsbevissthetens avgjørelse: «I en økonomisk interessekamp mellom næringsdrivende kan det ikke etter vor gjældende lovgivning ansees i og for sig at være retsstridig at iverksætte en blokade». Heller ikke minoriteten kunde til støtte for sin motsatte opfatning henwise til nogen lovbestemmelse, og også dens begrunnelse er i virkeligheten en henvisning til rettsbevissthetens votum, omenn dette votum her gikk i en annen retning. Den fremholdt «at når en næringsdrivende ikke er medlem av en organisasjon, så utvises der et retsstridig forhold naar denne, — uten at det kan begrundes i den maate hvorpaa han driver sin forretning — søker utvirket at han berøves arbeids-hjælp eller varer».

Det standpunkt som høiesterett i denne dom inntok overfor boikotten, fastholdt retten i en avgjørelse i Rt. 1917, s. 1011. Et boikotttilfelle som også fikk samme avgjørelse, forelå i virkeligheten også i den i Rt. 1919 s. 627, refererte sak, som vil bli omtalt nedenfor. (s. 138).

Når man nu på grunnlag av denne spede rettspraksis skal søke å bringe klarhet i spørsmålet om den boikottendes hensikt efter vår rett spiller nogen rolle for boikottens rettmessighet, må man først fastslå at direkte og definitivt har praksis ikke avgjort spørsmålet. Svaret må derfor finnes, efterat man har rådført sig med «sakens natur» og utenlandsk rettsopfatning, videre efter en analyse av vår retts almindelige hovedsynspunkter, og sist men ikke minst, efter en umiddelbar lytten til rettsfølelsens stemme.

Som før nevnt kan ikke boikotten ansees for under enhver omstendighet å være samfundsskadelig; den kan undertiden ha en direkte misjon å fylle. Å la dens rettmessighet være avhengig av dens gavnlighet for samfundet i det konkrete tilfelle, bør det dog av iøine-springende tekniske grunner ikke bli tale om. Men om enn således boikott undertiden må tillates, fordi dens samfundsskadelighet kan være tvilsom, er det iallfall visse slags boikott som *aldri* representerer nogen samfundsnytte, men alltid skader. Jeg sikter til den boikott som ikke settes iverk til vern om erhvervsinteresser, men hvis motiv er personlig skadelyst. Når samfundet nu engang har anerkjent den fri konkurranses prinsipp og har fastslått at dettes virkninger for samfundet ialt er gunstige, er det iallfall *noget* som taler for, at også boikott tillates brukt i denne konkurranses

tjeneste, til fremme av de frukter som samfundet har presumert å være gode. Den interesse som her fremmes ved boikotten, er nemlig etter rettsordnens mening i og for sig beskyttelsesverdig. Men når boikotten settes iverk i direkte skadehensikt, uten at nogen berettiget interesse ligger bak, da bør rettsordnen protestere. En boikott skader i de aller fleste tilfeller interesser som i og for sig er beskyttelsesverdige; når på den annen side ingen slike interesser fremmes, bør rettsordnen forby handlingen. Uten nødvendighet beskytter retten «weder Neid noch Schadenfreude», og nogen nødvendighet for av tekniske grunner å gjøre undtagelse her, foreligger ikke.

At derfor legislative grunner med styrke taler for å la boikottens rettmessighet avhenge av, om den er satt i verk i hensikt å fremme erhvervsinteresser, tror jeg vil bli almindelig innrømmet. Som foran antydnet, hylder også utenlandsk, moderne rett denne setning. Den støttes formentlig også i høi grad direkte av vår rettsfølelse; et annet resultat vilde komme i avgjort kollisjon med den tendens som gjør sig gjeldende i all moderne rett, og som betegner retningen i rettsfølelsens utviklingsgang for tiden, nemlig å søke å hindre ethvert misbruk av rettigheter eller rettsregler, å kjempe av ytterste evne for at ikke den positive rett skal gi sin sanksjon til foreteelser som ikke kan stå for rettsfølelsens kritiske prøvelse, den rettsfølelse der i sterkere og sterkere grad bærer samfundsrettferdighetens stempel.

Og denne sonndring, med hensikten som grenselinje, finner jeg også at vår rettspraksis til en viss grad har gitt uttrykk for. Forutsetningsvis kommer det ikke sjelden frem i høiesteretts voteringer, at den boikott som er tillatt, må være foretatt i en «interessekamp». Se f. eks. minoriteten i Rt. 1914, s. 372 og Rt. 1917, s. 689. I dommen Rt. 1917, s. 51 reiser en av byrettens voterende det spørsmål hvordan boikottens rettmessighet stiller sig, når hensikten er å skade; men han finner det ikke nødvendig å avgjøre dette spørsmål, idet det in casu var på det rene, at den boikottende hadde handlet for å forsvare sine interesser. Og positivt legges det samme kriterium til grunn for såvel byrettens som høiesteretts avgjørelse av det boikott-tilfelle som omhandles i Rt. 1919, s. 627: En officer hadde under en troppetransport på et skib opfordret mannskapene til ikke å gjøre innkjøp hos skibets restauratør. I byretten blev denne hans opfordring til boikott kjent rettsstridig «fordi den ikke kunde tjene til at fremme eller at beskytte nogensomhelst interesse for hans undergivne, soldatene, så at dens eneste virkning var, og måtte være, at skade restauratøren».

Høiesterett frifant imidlertid officeren, idet retten antok at denne ved anledningen hadde optrådt i hensikt å vareta soldatenes sanne tarv, hvilket både var hans rett og hans plikt. «At appellanten handlet som han gjorde i den hensikt at skade indstevnte og ikke for at vareta soldaternes tarv, kan ikke ansees godtgjort. Da appellanten således<sup>1)</sup> ikke har optraadt retsstridig, maa han bli at frifinde».

Denne dom, som med all ønskelig tydelighet oppstiller hensikten som det avgjørende kriterium på boikotthandlingens rettmessighet, angikk visstnok et særegent og eiendommelig boikott-tilfelle. Jeg mener imidlertid at den rettstanke dommen gir uttrykk for, og som etter min mening er av uomtvistelig riktighet, er av helt generell natur, og må være anvendelig også på den almindelige boikott i forretningsforhold.

Støttet til legislative betraktninger, til analogier fra utlandets rett, til rettsføleisens tydelige tale og iallfall delvis til rettspraksis, mener jeg at man for norsk retts vedkommende er berettiget til å opstille denne setning for den forretningsmessige boikott: Den er rettmessig, når den settes iverk som middel i konkurransekampen; den blir retsstridig hvis den drives av en annen, av rettsordnen ikke anerkjent, hensikt.

Om dette er rettsordnens siste ord m. h. t. boikottens tillatelighet, skal las usagt. Viktige legislative grunner kan nemlig påberopes mot enhver anerkjennelse av denne boikott-art, og det er vel mulig at rettsordnen vil komme til helt å forby den. At dette kan skje uten at det med nødvendighet trekker konsekvenser etter sig for den boikott, som drives av arbeidernes organisasjoner i lønnskampen mot arbeidsgiverne — og som rettsordnen neppe kan innlate sig på å forby — er foran påvist.

## § 7. Nødverge- og nødshandlinger.

Blandt de mere generelle lovregler om rettsstriden kommer straffelovens regler om handlinger som er foretatt i nødverge og nødstilstand i første rekke. Riktignok uttaler både § 47 og § 48 bare at disse handlinger ikke er straffbare, og rettsstridsspørsmålet står derfor tilsynelatende åpent. Det er imidlertid fastslått i teori og praksis, at både nødverge- og nødshhandlingene ikke bare er strafffri, men også rettmessige. Når man derfor undersøker betingelsene

---

<sup>1)</sup> Uthevnt av mig.

for disse handlingers straff-frihet, belyses samtidig deres forhold til rettsstridsgrensen.

I almindelighet fremstilles disse regler som en slags undtagelser fra de almindelige bestemmelser om rettsstriden. Det dreier sig om handlinger som «i almindelighet» er rettsstridige, men som blir rettmessige, fordi de er foretatt i nødverge eller nødstilstand. Denne talefigur må dog ikke misforstås derhen, at disse handlingers rettmessighet på nogen måte fremtrer som en anomali overfor de almindelige rettsstridsbestemmelser. Her som ellers tar rettsordnen, når den trekker op rettsstridsgrensen, hensyn til alle de momenter ved en handling som bør få rettslig betydning, og noget særeget gjelder forsåvidt ikke før nødvergehandlingens og nødshandlingens vedkommende.

At derfor den måte hvorpå rettsordnen bestemmer nødvergehandlingens og nødshandlingens rettmessighet, får betydning for rettsstridsbegrepets almindelige karakteristikk, har vel teorien alltid vært opmerksom på; men den har ikke funnet i denne anledning å burde gjøre nogen undtagelse fra sin lære om rettsstridens objektivitet. Det forutsettes altså stiltiende eller uttales uttrykkelig, at også i disse tilfeller avgjøres rettsstridsspørsmålet etter en ytre betraktning av handlingen, at m. a. o. den handlendes forestillinger og vilje ingen rolle spiller, og at særlig den hensikt hvori nødshandlingen øves er rettslig irrelevant. Det er disse spørsmål jeg skal diskutere i denne paragraf. Skjønt de samme synspunkter legges til grunn for begge de to slags handlinger, behandler jeg nødvergehandlingen først og utførligst, særlig fordi hensiktens betydning ved disse handlinger har vært en del drøftet i nordisk teori<sup>1</sup>).

#### A: Nødvergehandlingen.

I. Logisk og teoretisk er det meget vel mulig å bestemme nødvergereglene helt objektivt. Vilde man avvise ethvert subjektivt moment, måtte vel følgen bli at man la den avgjørende vekt på om et planlagt rettsstridig angrep var strandet, og erklærte de handlinger for rettmessige som hadde bevirket dette resultat. Et nødvergeinstitutt av sådan skikkelse er dog overalt ukjent. Nødvergehandlingens rettmessighet kan ikke være avhengig av dens effektivitet. Heller ikke på dette punkt legger moderne rettsstridslære vekt på handlingens faktiske resultat. Det er nok at handlingen er fore-

---

<sup>1</sup>) Se især Gram: Motivets Betydning, s. 111 ff. og Augdahl, s. 64 ff.

tatt «til Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb». Det synes tydelig å fremgå av denne setning, at det er en subjektiv fordring til nødvergehandlingen som straffeloven stiller. Forinnen jeg imidlertid søker å bestemme hvad det ligger i denne subjektive fordring, vil jeg gjennom en skala av eksempler, hentet fra nødverge-tilfeller, søke å vise den praktiske betydning av spørsmålet.

Jeg begynner med å beskrive forholdet helt objektivt, og varierer litt efter litt eksemplene ved å legge subjektive momenter inn i «nødvergehandlingen».

1. Vi tenker oss f. eks. at A. uaktsomt avfyrrer et skudd i en skog, hvor han vet eller bør vite at der ofte ferdes mennesker. Tilfeldigvis treffer han B. som uten at A. ser dette, nettop står og sikter på C. for å drepe ham. B. dør, og hans angrep på C. avverges følgelig.

2. Varierer man eksemplet litt, fremkommer neste figur: A. har med a) forsett eller endog med b) hensikt drept B., men han har fremdeles intet kjennskap til at denne var iferd med å skyte på C.

3. Neste variasjon: A. kjenner situasjonen, han ser at B. sikter på C. Han legger an på B. og dreper ham. Det forutsettes fremdeles at han dreper B. med forsett eller hensikt; er dette tilfelle, må jo resultatet, angrepets avvergelse, ihvertfall stå for A. som en nødvendig sidefølge av hans handling, altså innbefattet i hans forsett. Derimot behøver det på ingen måte å gå inn i hans hensikt: Grunnen til at A. dreper B., er at han ser en gunstig anledning til å komme en uvenn tillivs; han gjør det slett ikke for å redde C.

4. Eksempelrekkens neste figur fremkommer derved, at man tenker sig at A. handler, ikke bare med bevissthet om at hans handling avverger et retsstridig angrep, men at nettop dette er til-siktet. A. ønsker altså å redde C.; men dette ønske behøver ikke å være hans endelige motiv. Kanskje har han interesse av å holde C. ilive fordi denne er hans debitor, slik at han uten denne interesse rolig hadde latt B. skyte.

5. Som en siste variasjon kan tilslutt nevnes, at A. ikke bare dreper B. i hensikt å øve nødverge mot ham, men denne hensikt er også hans endelige motiv. Kun for å opnå den edle tilfredsstillelse, å bekjempe uretten, retter han sitt våben mot B.

II. Ser man nu på denne skala fra et legislativt synspunkt, og spør man sig da i hvilke tilfeller rettsordnen bør godkjenne A.s op-treden, og når den bør forby den, tror jeg man lett vil komme til enighet om at A.s handling i eksempel 1. bør være forbudt, d. v. s. retsstridig. Visstnok er det alltid fra rettsordnens synspunkt en



fordel at rettsstridige angrep avverges. Og dette gjelder<sup>1)</sup> også hvor den handling som frembringer det gunstige resultat, av andre grunner er rettsordnen imot. Det kan imidlertid ikke skarpt nok pointeres, at handlingens konkrete resultat ikke er nok til å avgjøre rettsstridsspørsmålet. Dette gjelder jo hvis det faktiske resultat har vært skadelig, og det samme må gjelde om det ved skjebnens lune blir rettslig indifferent eller endog gunstig. Denne avhandling vil gi talrike eksempler i begge retninger. Jeg skal i § 8 nevne eksempler på hvordan uskadelige handlinger, f. eks. å gjennembore sin egen dyne, eller objektivt gunstige f. eks. å amputere et sykt ben, godt kan være forbudt, fordi handlingen, selv om dens resultat er uskyldig eller endog nyttig, åpenbarer en farlig vilje som det må reageres mot.

Og når disse handlinger ikke legaliseres av rettsordnen selv om de in concreto ikke har vist sig farlige, er det ingen grunn til at rettsordnen skal erklære en handling rettmessig, fordi handlingsmannen, uten å vite om dette, kommer til å avverge et rettsstridig angrep under realisasjonen av sitt forbryderske forsett. Når A. ikke har noget kjennskap til den situasjon som berettiger til nødverge, er den vilje han har lagt for dagen en almindelig drapsmanns, og hans handling bør derfor forbys uten hensyn til at dens resultat ikke blir ugunstig. Det synes i denne henseende å måtte være rettslig irrelevant, om forestillingen om det resultat som faktisk avverger rettskrenkelsen, har stått for ham som sannsynlig, sikker, eller endog tilsiktet. I første tilfelle handler han uaktsomt overfor denne følge (eksempel 1), i annet forsettlig (eksempel 2 a), i tredje med hensikt (eksempel 2 b). Ihvertfall synes det å være fullkomment irrasjonelt å la den mann som har handlet med hensikt — og som altså har vist et kvalifisert forbrydersk sinnelag — slippe for straff på grunn av nødvergereglen, mens den som handler forsettlig eller endog uaktsomt, ikke skal kunne påberope sig til sin undskyldning, at hans handling uten hans vilje har ført til et lykkelig resultat, avvergelsen av et rettsstridig angrep.

Rettsordnens syn på gjerningen blir imidlertid et helt annet, hvis handlingsmannen *kjenner nødvergesituasjonen*. Hvis han handler med kjennskap til denne, og skjønner at hans handling fører med sig den nødvendige konsekvens at angrepet avverges, vet han nemlig, at den handling han foretar, i sine virkninger er billiget av rettsordnen. La være at det ikke er hensikten å tjene rettens tarv, men at A. tvertimot dreper B. for å hevne en gammel urett. Det står

---

<sup>1)</sup> I motsetning til hvad Gram s. 112—13 mener.

allikevel fast, at de veier som A. med åpne øine går på, er de veier rettsordnen vil han skal gå. Forholdet er såvidt jeg forstår aldeles parallelt med et annet som jeg senere skal behandle, nemlig dette, at en mann i skadehensikt, men med full forståelse av handlingens karakter, foretar en nyttig eller ufarlig handling. Heller ikke her finner rettsordnen grunn til å forby handlingen, selv om hensikten og sinnelaget er ondt, når bare de midler som dette sinnelag velger å skaffe sig uttrykk i, ikke står i disharmoni med rettsordnens krav. Desto sikrere er det naturligvis, at rettsordnen ikke bør kreve at hensynet til å avverge rettskrenkelsen skal ha vært A.s *endelige* motiv.

Som resultat av denne legislative undersøkelse bør man da visstnok hevde, at A. handler rettmessig når han kjenner situasjonen, og når han har handlet som han gjorde, enten i hensikt å avverge angrepet, eller når dette iallfall stod for ham som en nødvendig sidefølge av hans handling.

Derimot er det neppe nok til å legalisere A.s optreden, at han tenker sig angrepets avvergelse som en sannsynlig følge av handlingen. A. ser f. eks. B. og C. iferd med å overfalle D. Han skyter B. som står triumferende ved siden, mens C. nettop retter sitt gevær mot den bundne D. B. er nemlig hans gamle uvenn, mens han intet utestående har med C. Han tenker sig som nokså sannsynlig at C. vil bli forskrekket og flykte, hvilket også inntreffer. Allikevel handler A. her ikke rettmessig.

III. Den løsning av spørsmålet som jeg mener anbefaler sig fra et legislativt standpunkt, er ifølge Augdahl (s. 65 ff. særlig s. 71) dog meget langt fra å være straffelovens. Efter Augdahl kreves det til «lovlig nødverge» alene at «det ved handlingen forønskede resultat faktisk er uforenelig med angrepets fullføring». Om forsvarshandlingen er foretatt i hensikt å avverge angrepet er likegyldig, og heller ikke har det betydning om handlingsmannen kjente nødvergesituasjonen eller ei. Vil altså A. skyte B. i det eksempel jeg har nevnt under 2 b., øver han nødverge, selv om han ikke har begrep om at B. stod med fingren på avtrekkeren og geværet rettet mot C.

Dog ifølge Augdahl bare, hvis det resultat som hindrer angrepets fullføring — altså B.s død — virkelig var *tilsiktet*, «forønsket» av A. Det er således ikke nok at A. forsettlig dreper B., men han må gjøre det med hensikt. Altså: A. sniker sig beveget med en håndgranat ut i skogen for å drepe sin uvenn B. Han treffer denne stående sammen med C. som nettop legger ann på noget; A. tenker det er en hare, mens det i virkeligheten er D. A. er så brennende ivrig

etter å drepe B., at han ikke betenker sig på samtidig å ta livet av C., slynger håndgranaten mot dem så begge omkommer. Følgen er, at det angrep som C. hadde planlagt mot D. er blitt avverget. Etter Augdahl skal dog ikke her nødverge være tilstede, fordi A. ikke «forønsket» C.s død, men bare B.s. Hadde derimot B. stått med løftet gevær og ikke C., skulde derimot «lovlig nødverge» ha foreligget.

Jeg tror det må innrømmes at et slikt resultat fra et legislativt standpunkt er utspekulert uheldig. Det legges ingen vekt på om handlingsmannen kjenner nødvergesituasjonen, skjønt denne omstendighet etter det foregående bør være av avgjørende betydning for samfundets dom om handlingen. Derimot legges det vesentlig vekt på et moment som bør være ganske likegyldig når nødvergesituasjonen er handlingsmannen ukjent, nemlig om den handling som uten gjerningsmannens vidende viser sig å hindre en forbrydelse, i og for sig er foretatt med hensikt eller ei. For at et så merkelig standpunkt virkelig er den norske straffelovs, skylder man det sterkeste bevis. Men det bevis som Augdahl leverer er ikke overbevisende.

Efter å ha uttalt at nødvergehandlingens rettmessighet ikke kan bedømmes helt objektivt, idet også den mislykkede forsvarshandling må være tillatt, uttaler forfatteren at det avgjørende må «da aabenbart alene være den handlendes hensigt, motiv. Herved er imidlertid to løsninger mulige. Man kan enten alene forlange, at det ved handlingen forønskede resultat faktisk er uforenelig med angrepets fullføring, eller man kan tillike forlange, at netop denne egenkap ved resultatet skal være motivet til handlingen, m. a. o. at den handlende netop skal være ledet av ønsket om at redde sig eller andre fra den fra angriperens side truende overlast». (L.c. s. 65).

Denne siste opfatning har i nordisk literatur vært hevdet av Gram<sup>1)</sup>, men Augdahl påviser at den ikke er vår straffelovs<sup>2)</sup>. Man har ikke lov til å tolke uttrykket «til Forsvar mod» i straffelovens § 48 derhen, at loven krever at avvergelsen skal være det endelige motiv til handlingen. Med rette peker Augdahl på, at endog uttrykket «tilsigtedes» i § 49 ikke kan forstås, eller er forstått anderledes, enn at forsett er nok. Til overflod nevner forfatteren videre at også

---

<sup>1)</sup> L.c. s. 111 ff. Jeg tror ikke at Hagerups av Augdahl anførte uttalelse i str.rettens alm. del. s. 320 er fremsatt med full oversikt over hvad den virkelig innebærer.

<sup>2)</sup> Heri er jeg både fra et legislativt standpunkt og hvad positiv norsk rett angår, aldeles enig med Augdahl.

str.l. § 387, som under visse betingelser straffer den der undlater å komme andre tilhjelp i livsfare, i sine resultater kan lede til, at en nødvergehandling som er foretatt av andre motiver enn det å avverge urett, allikevel må være rettmessig.

Grams opfatning, at nødvergehandlingens rettmessighet er betinget av at det endelige motiv til denne er å avverge skaden, kan således ikke anerkjennes som norsk rett. Heller ikke synes hensikt i videre forstand — at angrepets avvergelse skal være «tilsiktet» (eksempel 4) — å kreves av straffeloven. Etterat således denne opfatning er vist tilbake, mener Augdahl å ha bevist, at «det avgjørende blir således alene om det ved handlingen forønskede resultat faktisk er uforenlig med angrepets fuldførelse».

Som bekjent har slike negative bevis en stor svakhet: Det er ofte vanskelig å vite om man også har tilbakevist alle andre muligheter, slik at satsen står igjen som den eneste. Og det lar sig ikke nekte, at Augdahl in casu har oversett adskillige andre muligheter m. h. t. den innflydelse de subjektive momenter kan ha, ved spørsmålet om berettigelsen av nødverge. Augdahl er således uopmerksom på den mulighet som jeg har nevnt i eksempelrekken under 3, og som jeg fra et legislativt standpunkt fant anbefalelsesverdige: At man må kreve kjennskap til nødvergesituasjonen, og at den handlendes forsett skal ha vært rettet på angrepets avvergelse. Og han forsømmer også å opkaste det ikke uviktige spørsmål, hvordan hans eget resultat stemmer med straffelovens ord. Hadde Augdahl sett dette spørsmål bedre i øinene, kunde han neppe undgått å bli opmerksom på, at str.l. § 48 tydelig forutsetter ved hele sin normering av nødvergehandling, at den som øver nødverge må være opmerksom på angrepet, må kjenne situasjonen. Dette fremgår for det første av lovens krav om at nødvergehandling må «foretages til Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb». Når A skyter B., som uten hans vidende sikter på C., handler ikke A. «til avvergelse» av et angrep, og enda mindre «til forsvar mot» et sådant. For at man kan handle «til avvergelse av et angrep» kreves med nødvendighet bevissthet om dette angrep, og et visst forhold mellem viljen og dens resultat, angrepets avvergelse. Det er riktig at de citerte ord ikke behøver å bety, at avvergelsen har vært det endelige motiv til handlingen. Selv ordet «tilsigtedes» i § 49 har man ikke forstått slik, at det forbryderske resultat skulde være selve motivet til handlingen, men man har nøiet sig med å forlange at dette skal ha stått i det forhold til viljen som i almindelighet be- nevnes «forsett». Men selv om man altså nok kan si, at man handler

til avvergelse av et angrep, selv om avvergelsen ikke er motivet for handlingen, er det dog et langt sprang til Augdahls standpunkt: at man handler til avvergelse av et resultat, som ikke er dukket op i bevisstheten, og som derfor ikke står i nogen tilknytning til den handlendes vilje. At en sådan opfatning som strider så avgjort mot lovens ord — og jeg vil tilføie også mot lovens ånd, særlig dens stilling til det utjenlige forsøk — ikke kan støttes av den tolkning, ordet «tilsiktetes» har fått i § 49, synes mig selvfølgelig.

Det er imidlertid ikke bare lovens første beskrivelse av nødvergehandlingen, som klart viser at det er en betingelse for dennes rettmessighet, at handlingsmannen kjenner situasjonen. Handlingen er nemlig bare rettmessig, såfremt den ikke overskrider «hvad der fremstillede sig som fornødent» til angrepets avvergelse. Ikke hvad det *var fornødent*, men hvad det *fremstillet* sig som fornødent til angrepets avvergelse. Denne bestemmelse, som antagelig endog må lede til at en nødvergehandling som går ut over hvad handlingsmannen med grunn trodde var nødvendig til forsvar, er rettsstridig selv om det senere viser sig at den var påkrevet, må ihvertfall lede til at nødverge ikke kan foreligge, når handlingsmannen ikke kjente til at noget angrep var aktuelt. For den som ikke kjenner til dette, fremstiller nemlig intet forsvar sig som fornødent.

Også den siste betingelse som § 48 stiller op for nødvergehandlingens rettmessighet, at det «i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld, eller det angrebne Retsgode ei heller må agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet», peker bestemt i den retning at den angrepne må kjenne til angrepet og de momenter som betinger tilbørligheten. Det er jo nærmest meningsløst å ville søke å trekke grenser for tilbørligheten av den manns handling, som ikke kjenner nødvergesituasjonen, og la momenter som samtlige har vært ham aldeles ukjent, være avgjørende for denne dom. Skulde dommen om handlingens rettsstrid være avhengig av disse, vilde resultatet komme i sterk strid med den opfatning, der ihvertfall som tendens er tilstede i vår rett, nemlig at en handlings rettsstrid skal avgjøres på grunnlag av de momenter som den handlende hadde adgang til å kjenne i handlingsøyeblikket, slik at hvert menneske skal kunne vite, om det handler rettmessig eller ei<sup>1)</sup>.

Min opfatning av hvilke subjektive momenter som må være tilstede hos handlingsmannen for at nødverge skal foreligge, blir da denne: Han må kjenne angrepet, og dettes avvergelse må omfattes

<sup>1)</sup> Se herom Stang, s. 103 nr. 10.

av hans forsett, d. v. s. han må skjønne at hans handling trekker efter sig som nødvendig konsekvens, at angrepet hindres. Derimot er man ikke her — likeså litt som i § 49 — berettiget til å kreve at angrepets avvergelse alltid skal være *tilsiktet* d. v. s. at dette enten skal være handlingsmannens endelige motiv, eller at det ihvertfall har stått for ham som et nødvendig middel til å nå et av ham tilstrebt mål. På den annen side er det, når angrepets avvergelse virkelig er «tilsiktet», ikke nødvendig at handlingsmannen har tenkt sig som en sikker eller sannsynlig følge, at angrepet skal bli avverget. Også det håpløse nødverge er tillatt; men for å legalisere dette, kreves visstnok at *hensikten* med handlingen skal være å forsvare sig mot angrep.

Et eiendommelig bevis for at det resultat Augdahl kommer til er i den grad støtende for rettsbevisstheten, at man — bevisst eller ubevisst — må la det falle, finner jeg i Augdahls uttalelser s. 72. Han sier her at man konsekvent må anerkjenne at der «objektivt set» kan foreligge nødverge, selv når den handlende ikke har hatt kjennskap til at et rettsstridig angrep forestod. Men Augdahl vil allikevel skride inn mot ham med straff. Visstnok vil forfatteren i tilslutning til Torp (s. 459) bare ha ham straffet for forsøk; men hans rettsbevissthet er så oprørt over det «nødverge» som er øvet, at han erklærer at handlingsmannen «derved vil opnå en høist ubegrundet nedsættelse av straffen».

Jeg tror, at de to forfatters rettsfølelse som med sikkert instinkt har reagert mot et slikt nødverge, her har spillet dem et juridisk puss. Det synes nemlig som om de for et øieblikk har glemt, at alle handlinger som kan straffes — også forsøkshandlinger — må være rettsstridige, mens dog nødvergehandlingen, hvor iflg. Augdahl «ret staar mot uret» må være rettmessig. Det er dog en svak mulighet for at iallfall Augdahl ikke oppfatter forholdet på denne vis. Hans bemerkning s. 72 om at det «objektivt set» foreligger nødverge, kan kanskje tyde på, at vi her står overfor en art nødverge av svakere rettsvirkning enn det almindelige. Muligens kjenner da Augdahl to slags nødverge: Først det ordinære, som er tillatt, og som derfor selvsagt ikke kan straffes. Men dernest et nødverge av ekstraordinær karakter, som nærmere besett bare «objektivt» er nødverge. Dette slags nødverge er forbudt av rettsordnen, men har dog den virkning, at det når det foreligger, nedsetter den straff som rammer handlingen, til en forsøksstraff.

At imidlertid str.l.'s § 48 ikke gir støtte for en slik opfatning er vel overflødig å si.

Ved den foregående utvikling er da det spørsmål besvart, om handlingens rettmessighet ved nødverge bestemmes helt objektivt, eller om ikke subjektive momenter også må tas i betraktning. Det viste sig at man ikke kan avgjøre om en handling er foretatt i nødverge på grunnlag av objektive momenter alene; kjennskap til handlingens ytterside er ikke nok. Selv om det er konstatert at B. holdt på å skyte C., og at A. isteden skjøt B., kan rettsordnen ikke på dette objektive grunnlag avgjøre om A. har handlet rettsstridig eller ikke. Man må forelegge undersøkelsen til det subjektive område og spørre: Hva visste A. om situasjonen, hva vilde han med handlingen? Nødverge er altså ett av de mange eksempler på, at man ikke kan si at en handling er objektivt rettmessig, uten å undersøke den handlendes forestillinger om handlingen og hans viljes forhold til denne.

Derimot har det ikke vist sig, at det — bortsett fra tilfellet med de håpløse nødvergehandlinger — er den handlendes *hensikt* som her drar grensen mellom rett og urett. Ser handlingsmannen nødvergesituasjonen, og forstår han at hans handling vil lede til at angrepet avverges, er hans handling rettmessig enten hans hensikt er ond eller god. Ser han derimot ikke denne situasjon, handler han under enhver omstendighet rettsstridig, selv om resultatet faktisk er blitt at angrepet vises tilbake.

IV. Også i andre retninger kommer subjektive momenter i betraktning når nødvergehandlingens rettmessighet skal avgjøres. Forsvaret mot det rettsstridige angrep må nemlig ikke gå videre enn «hva der fremstillede sig som fornødent» til angrepets avvergelse. Det er altså handlingsmannens opfatning av situasjonen, og av de midler som han anvender til forsvar, som efter str.l. avgjør om nødvergehandlingen er rettmessig; heller ikke her strekker en objektiv betraktning til.

Også når det spørres om forsvarets tilbørighet, spiller hensikten en stor rolle. Ikke alle forsvarshandlinger er nemlig iflg. loven tilbørige, selv om de er nødvendige. Det må ikke «agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen *tilsigtet*», sier loven. Heller ikke her kan derfor rettsordnen gjøre sig op en mening om handlingens rettmessighet på objektivt grunnlag. Den må spørre: hvor stort var det onde som handlingsmannen hadde tenkt sig å tilføie? På grunnlag av dette rent subjektive moment bedømmes handlingens tilbørighet og dermed dens rettmessighet. Og dette subjektive grunnlag for bedømmelsen anvendes i begge retninger, slik at ikke bare nødverge ansees for å være tilstede, når

den handlende hadde tenkt å tilføie mindre skade enn skjedd, og forsvaret under denne forutsetning blir tilbørlig, men også i det omvendte tilfelle. Her har den handlende tenkt å tilføie stor skade, han skyter efter epletyven med et gevær han tror er ladd, men det inneholder bare en trepropp som tyven får i ryggen; en slik handling er ikke rettmessig, og forsøksstraff for drap eller legemsbeskadigelse kan anvendes. Strengt tatt er det imidlertid i disse tilfeller ikke «den tilsiktede» skade det spørres om; såvidt jeg ser blir det avgjørende den «forsettlige» skade, den skade som forsvareren skjønnte måtte bli følgen av hans nødvergehandling. Om denne skade tilføies med hensikt eller bare står som en nødvendig sidefølge, blir visstnok ganske det samme.

### B. Nødshandlingen.

Også ved nødshandlinger kan det spørsmål opstå, om ikke deres rettmessighet er betinget av subjektive momenter hos den handlende, og om det ikke spesielt kreves, at dennes hensikt skal være rettet på å avverge skaden, for at en handling, foretatt i nødstilstand, skal få rettmessighetens preg. Vår teori går i almindelighet ut fra, at også disse handlinger kan bedømmes helt objektivt, slik at nødshandlingens rettmessighet kan avgjøres efter ytre merker, uten at den handlendes hensikt spiller nogen rolle.

Både fra lovens side, og efter sakens natur, er forholdet imidlertid analogt med nødverge. Også her kunde det lages en skala med eksempler, begynnende med det rent objektive, at den handlende ved sin opptreden rent tilfeldig og uten kjennskap til situasjonen, redder så betydelige verdier at kravene efter § 47 i denne henseende er fylt. Videre med sterkere og sterkere subjektivt islett, svarende til eksemplene 2, 3 og 4 ved nødverge, og endelig det tilfelle, hvor handlingsmannen med fullt kjennskap til situasjonen og ledet av det motiv å hindre skadetilføielsen, griper inn. Også her kunde straffelovens ordlyd: «foretaget for at redde», tyde på at den krevet en hensikt av denne siste art, slik at en nødshandling som var diktert av andre grunner ikke var rettmessig.

Imidlertid, de samme argumenter som ved nødverge talte mot en slik opfatning, har sin betydning også for nødshandlingen, således at man ikke krever denne hensikt hos den handlende. På den annen side må man også her slå fast, at loven tydelig forutsetter at situasjonen, d. v. s. faren, er handlingsmannen bekjent: Omstendighetene skal jo berettigge ham til å anse faren for særdeles



betydelig i forhold til skaden, og et slikt skjønn krever nødvendigvis at handlingsmannen kjenner faren.

Den læge som amputerer et sykt ben, men tror at det er friskt, handler rettsstridig, og kan ikke påberope sig at det senere virkelig viser sig at operasjonen var berettiget. Hvis A. skyter naboens kjøter fordi han vil ha nattero, blir hans handling ikke rettmessig, om det senere kommer for dagen at kjøteren holdt på å bite ihjel A.s fine angorakatt<sup>1</sup>).

Heller ikke nødshandlingens rettmessighet kan således bedømmes bare etter objektive momenter; handlingens indre side, den handlendes forestillingsinnhold og hans viljes forhold til handlingen, må tas i betraktning før rettsordnen kan felle sin dom. Men det spesielle spørsmål om handlingsmannens hensikt her flytter grensen mellom det tillatte og forbudte, må besvares med nei<sup>2</sup>).

## § 8. Forsøkshandlinger.

I. Som bekjent er det en dagligdags ting i rettspraksis, at man straffer personer som ikke har bevirket nogensomhelst interessekrenkelse; de straffes, fordi de har *forsøkt* på dette. Vår straffelov og alle andre lands straffelover har nemlig funnet at de må true med straff, ikke bare de handlinger som i sine resultater er skadelige for samfundet, men også handlinger hvis resultat er rettsordnen ganske likegyldig, men som handlingsmannen har foretatt i

---

<sup>1</sup>) Hvorvidt det i de tilfeller hvor det øves nødverge eller nødshandlinger uten kjennskap til situasjonen, bør anvendes forsøksstraff eller straff for fullbyrdet forbrydelse, er et spørsmål jeg ikke i denne avhandling finner grunn til å uttale mig om.

Derimot bør det etter min mening ikke bli spørsmål om erstatning til de personer, som enten selv optrer på en måte som berettiger til nødverge, eller hvis gjenstander gir anledning til nødtilstand. Erstatningen har jo til hovedformål å beskytte den skadelidendes rettsgoder ved å gi ham erstatningskrav. Men når enten disse rettsgoder selv, eller deres bærer representerer en fare for samfundet, slik at nødverge- eller nødtilstandssituasjon foreligger, bør denne form for interessebeskyttelse inndras.

<sup>2</sup>) Noget parallelltilfelle til det håpløse nødverge, hvor handlingsmannens «hensikt» i teknisk forstand må være rettet på å avverge angrepet forat handlingen skal bli rettmessig, forekommer visstnok ikke ved nødstilstand.

forbrydersk hensikt<sup>1)</sup>). Skyter A. på B. og treffer ham, straffes A.; men han straffes også, selv om kulen går forbi<sup>2)</sup>).

Og når A. selv i dette siste tilfelle straffes, betyr dette at han har handlet rettsstridig, m. a. o. at hans handling var forbudt av rettsordnen. Det er nemlig en fundamental og visstnok undtagelsesfri setning i strafferetten, at når det settes straff for en handling, ligger deri et forbud, og det et energisk forbud mot handlingen<sup>3)</sup>).

Man kunde fristes til å mene at det var aldeles overflødig å fremheve en så selvsagt setning. Nettopp her på forsøksområdet er det kanskje allikevel påkrevet; for ganske visst er det så, at i de fleste forsøksstilfeller vil ingen være i tvil om, at den handling som gir anledning til straff også er forbudt. At det f. eks. er forbudt å skyte på en mann, selv om man ikke treffer, er innlysende for alle. Men beveger man sig litt bort fra de oplagte tilfellers landevei, og forelegger den almindelige rettsbevissthet visse spørsmål om forsøkshandlingens rettsstrid, vil man lett se, at ikke bare legmenn, men også jurister har en tilbøielighet til å miste den nevnte grunn sannhet av syne. Spør man f. eks. om det er tillatt for en kone å helle fløte i sin manns kaffekop, er det høist sannsynlig at mange vil svare ubetinget ja på dette spørsmål, uten å undersøke om kanskje konen trodde det var gift i fløten. Og dog straffes konen etter vår rett i sistnevnte tilfelle. Spør man videre om det er tillatt å øve nødverge når handlingsmannen ikke kjente nødvergesituasjonen, svarer ikke alene mange legfolk men også enkelte jurister: ja. Men allikevel vil man ha gjerningsmannen straffet.

Det tør derfor ikke være overflødig, innledningsvis å betone på det kraftigste, at overalt hvor en handling straffes — det være som forsøk eller som fullbyrdet forbrydelse — viser dette at den er forbudt<sup>4)</sup>). Etter norsk lov er det altså forbudt å helle fløte i annen-

---

<sup>1)</sup> Forsåvidt er str.l.s forsøkskapitel en levende protest mot en setning som Getz har uttalt, visstnok i en annen forbindelse, men som han formet helt generelt: «Den interesse staten har af at straffe folk for handlinger, som den selv anser for lidet farlige, maa dog være ganske ubetydelig» l.c. s. 57.

<sup>2)</sup> Jeg skal nedenfor under min nærmere omtale av rettsstriden ved forsøkshandlinger, gå litt nærmere inn på de legislative grunner som har ledet rettsordnen til dette resultat, og søke nøiere å slå fast deres vekt og bærevidde.

<sup>3)</sup> Se f. eks. Skeie i T. f. R. 1906 s. 34, str.l.s motiver s. 76, Hagerup str. alm. del, s. 71 og Hagströmer: Svensk Straffrätt, s. 97.

<sup>4)</sup> At Augdahl under sin behandling av nødverge et øieblikk har tapt denne sannhet av syne, har jeg tidligere gjort oppmerksom på. Det samme gjelder Torp, til hvem Augdahl slutter sig hvad det nevnte spesielle tilfelle

manns kaffe når vedkommende tror det er gift, det er forbudt å gjennembore sin egen dyne når handlingsmannen tror det ligger et menneske i sengen. Den mann som tar sin egen ting i den tro at det er naboens, handler etter vår retts opfatning rettsstridig. Disse sannheter — elementære men ofte glemte — må man holde sig for øie, når det nu skal avgjøres, om også reglene om forsøkshandlingen, som er nogen av de mest generelle regler vi har om rettsstriden, trekker rettsstridsgrensen helt objektivt, eller om ikke subjektive faktorer hos handlingsmannen tas med i betraktningen.

De straffbare forsøkshandlinger er altså alle rettsstridige; men gis der ikke forsøkshandlinger som er rettsstridige uten å være straffbare? Ganske sikkert, og jeg skal i en senere paragraf, hvor jeg forsøker mere generelt å behandle rettsbruddshensiktens betydning for rettsstridsgrensen, komme tilbake til dette.

I denne paragraf innskrenker jeg mig til å undersøke de *straffbare* forsøkshandlinger, og skal gjennom stikkprøver fra rettslivet søke å vise, at dogmet om rettsstridens objektivitet og hensiktens irrelevans ikke holder stikk for forsøkshandlingens vedkommende.

II. De handlinger som i strl. § 49 karakteriseres som forsøkshandlinger, og som erklæres for straffbare — og rettsstridige — er de handlinger «*hvorved en Forbrydelses Udførelse tilsigtedes paa-begyndt*». Leste man denne bestemmelse forutsetningsløst, vilde man være tilbøielig til å slutte to ting: Først at loven helt hadde renonsert på å stille objektive krav til den handling, som i handlingsmannens øine er et ledd i den årsaksrekke der skal føre til det forbryderske resultat. Dernest at det er den forbryderske «*hensikt*» i teknisk forstand, som gir handlingen det forbryderske preg.

---

angår. I str. alm. del, s. 459 finner Torp nemlig at når en mann øver nødverge, men «*Nødvergesituationen eller Nødretssituationen ikke er den handlende bevidst, maa han selvfølgelig straffes — for Forsøg*». Men dette skal ikke bevirke «*at Handlingen ophører at være objektivt retmæssig, fordi Retshaandhævelsesformaalet mangler*». At Torp også forøvrig går ut fra at forsøkshandlingen kan straffes uten å være rettsstridig, synes følgende uttalelse å tyde på: «*Objektivt retsstridig er en Forsøgshandling lige lidt, enten den er rettet mod et utjenligt Objekt eller foretaget med utjenlige Midler*» l.c. s. 513.

Også Jul. Lassens uttalelse (Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed s. 72) er egnet til å virke forvirrende: «*Hverken ved Forsøg med utjenligt Objekt eller ved Forsøg med utjenlige Midler foreligger et angreb på Retsordenen i objektiv Forstand (en retsstridig Handling)*». Men at disse handlinger kan straffes, er Lassen fullt på det rene med.

Ingen av disse setninger er dog ubetinget riktige. For å ta den siste først, uttaler Hagerup<sup>1)</sup> at loven ikke kan tas på ordet, når den her bruker ordet «tilsiktet», hvilket jo efter almindelig sprogbruk betyr: hadde til hensikt. Tok man nemlig ordet «hensikt» i betydning av endelig hensikt, eller endelig motiv — hvilket enkelte forfattere gjør — vilde nemlig herved forsøket være innsnevret på en måte som står i avgjort strid med sund rettsfølelse, og som loven sikkert ikke har ment. For å ta det eksempel Hagerup nevner, vilde en mann som sendte en helvedesmaskin ombord på et skib forat dette og dets passagerer skulde gå til bunns, ikke kunne straffes for forsøk på drap, når hans motiv til å sende menneskene til bunns er å arve dem, og forestillingen om at passagerene må dø, hvilket visstnok er et nødvendig middel for at hans plan kan realiseres, dog i sig selv står ulystbetonet i hans bevissthet. Ikke engang om hensikt tas i den videre betydning hvori ordet benyttes i denne avhandling, blir resultatene tilfredsstillende. Vil forbryderen sende skibet til bunns for å vinne dets assurancesum, blir den forestilling at passagerene må omkomme ved eksplosjonen, bare en nødvendig sidefølge av det resultat som tilsiktes; skulde derfor her alltid kreves hensikt, vilde følgen bli at gjerningsmannen ikke kunde straffes for forsøk på drap, når helvedesmaskinen blev opdaget itide. Da et slikt resultat er umulig, fordi det avgjort kolliderer med vår rettsfølelse, er man visstnok enige om å legge en annen, ennu videre betydning inn i ordet «tilsiktetes» i strl. § 49, slik at ordet blir enstydig med «forsettlig».

Denne tolkning har imidlertid ingen interesse for det formål jeg i denne avhandling forfølger; jeg søker å vise at hensikten ved forsøkshandlingen har den virkning, at den flytter en handling over fra det rettmessiges til det rettsstridiges område. Og da alltid den mann som handler i forbrydersk hensikt, at fortiori handler med forbrydersk forsett, er det uten videre klart at den forbryderske hensikt er *tilstrekkelig* i subjektiv henseende til å karakterisere handlingen som forsøkshandling, når betingelsene forøvrig er tilstede. At den ikke er *nødvendig*, men at allerede det forbryderske forsett har samme virkning, har derfor ingen betydning for denne avhandling.

III. Ved sin beskrivelse av forsøkshandlingen synes vår straffelov bare å ta subjektive hensyn. Den forbryderske hensikt skal være nok til å stemple en hvilkensomhelst handling, som i sig selv er aldri

---

<sup>1)</sup> L.c. s. 177.

så uskyldig, med rettsstridens preg. At noget rettsgode skal være krenket, kreves ikke. Det kreves ikke engang at noget rettsgode skal være bragt i fare. Sterkere synes ikke en lov å kunne ta avstand fra et objektivt rettsstridsbegrep, som vil avgjøre alle handlingers rettmessighet etter rent ytre kriterier.

Og dog er Getz som hos oss har fremsatt teorien om rettsstridens objektivitet, lovens far. Og hverken han eller senere forfattere har funnet grunn til å modifisere denne teori av hensyn til forsøkshandlingene. Det må derfor nøie undersøkes, om det ikke i § 49 skjuler sig en forutsetning om at forsøkshandlingen dessuten må være av en viss objektiv karakter, og om ikke i det minste den hensikt som er avgjørende må ha gitt sig utslag i handlingen, ha «objektivert» sig i denne. Som jeg i § 15 nærmere skal påvise, og som forøvrig enhver jurist vil være på det rene med, er det viktige rettshensyn, både av prinsipiell og av teknisk natur, som gjør det ønskelig at en handlings rettsstrid skal fremgå allerede av dens objektive egenskaper. Det er de samme hensyn som overhodet ligger bak hele teorien om den objektive rettsstrid, og den strid som er utkjempet om disse spørsmål innen forsøkslæren, er stort sett den samme som alltid må utkjempes når rettsstridsgrensen skal trekkes.

Innen forsøkslæren har denne strid særlig koncentrert sig om to spørsmål: om det straffbare forsøks begynnelsespunkt, og om det utjenlige forsøks straffbarhet. På begge disse punkter har det vært krevet, at den straffbare forsøkshandling ikke bare skal være karakterisert ved den forbryderske hensikt, men man må forlange at også objektive egenskaper ved den gjør den verdig til rettsordnens fordømmelse. De to spørsmål henger sammen, men jeg behandler dem allikevel hver for sig, dels fordi det er almindelig i teorien, dels fordi vår rett løser dem noget forskjellig.

A. Er *alle* handlinger der foretas i hensikt å tjene som et nærmere eller fjernere middel til å begå en rettskrenkelse, straffbare som forsøkshandlinger? Eller må det ikke sondres mellom «forberedende» handlinger til en forbrydelse — som er straffri — og «forsøkshandlinger» — som er straffbare? Det er det gamle stridsspørsmål om det straffbare forsøks begynnelsespunkt vi her rører ved. Et spørsmål som har vært diskutert med stor iver, og hvor enning ingen enighet er opnådd, iallfall ikke innen teorien,

Som bekjent har i rettsliteraturen to forskjellige opfatninger gjort sig gjeldende, m. h. t. beskrivelsen av de forsøkshandlinger som loven belegger med straff. De *objektive* teorier hevder med en begrunnelse som særlig tar sikte på forholdets straffbarhet, og ikke

umiddelbart kan anvendes når det bare spørres om rettsstridigheten, at den straffbare forsøkshandling ikke bare må gi uttrykk for en samfundsfarlig, en «rettsstridig» vilje, men den handling som gir uttrykk for denne vilje, må ha visse ytre, objektive egenskaper.

Forsøkshandlingen må være «objektivt farlig» eller «sannsynlig årsak», sier Feuerbach<sup>1)</sup> der står som grunnlegger av den objektive teori. Den må inneholde «en virkelig bestanddel av den i loven truede handling, således at selve lovovertrædelsen er begynt», sier Zachariae. Den må være «an sich rechtswidrig» (Mittermaier), «en spire til forbrydelsen» (Bernier), «en iallfall delvis virkeliggjørelse av forsettet», (Geier).

Disse forfattere er slått av det faktum at en konkret forsøkshandling ofte er aldeles ufarlig for samfundet, og mener derfor at det ikke bør være nok til straff, at en samfundsfarlig vilje har gitt sig utslag i handling, men de krever at også denne handling ytre sett skal være rettsordnen imot. Kun når den rettsfiendtlige vilje gir sig utslag i samfundsskadelige handlinger, har rettsordnen grunn til å skride inn. Det må også utvilsomt innrømmes, at viktige samfundshensyn krever at den i det ytre uskyldige handling skal las ustraffet: hensynet til at handlefriheten ikke må gjøres illusorisk, at en annen regel vil være vanskelig å håndheve og gi anledning til misbruk av statens anklage og inkvisisjonsmyndighet. Dessuten er det argumenter av mindre gedigen karakter, den objektive teori fører frem: De tradisjonelle sannheter om at man kun reagerer mot en handling rettet mot loven (hvilket man utlegger som: i sine objektive virkninger rettet mot loven), og den gamle setning som ennå gjør en viss lykke, at man ikke må blande sammen rett og moral. Det som dog i virkeligheten bærer de objektive teorier, er det faktum at de i sterk grad støttes av den almindelige folkelige rettsbevissthet. Denne krever en viss begrensning av forsøkshandlingens straffbarhet, og den er ennå tilbøielig til mer eller mindre ureflektert å søke en sådan på det objektive område.

De *subjektive* teorier er i Tyskland bl. a. hevdet av von Buri — dog med modifikasjoner —, i Danmark av Jul. Lassen og Torp, i Norge av Getz, Morgenstjerne og Hagerup. Også disse teoriers positive resonnement er særlig myntet på straffespørsmålet, ikke på rettsstridsspørsmålet. Der lægges nemlig i første rekke vekt på, at straffen er en reaksjon mot den forbryderske vilje, og skjønt det må kreves at denne har gitt sig utslag i en ytre handling, er denne hand-

---

<sup>1)</sup> Citert efter Lassen, s. 39.

lings objektive karakter ganske likegyldig. Den interesserer nemlig ikke rettsordnen i og for sig, men bare som symptom på den vilje som har frembragt den. Det er da denne viljes art og styrke som for subjektivistene er alfa og omega, og spørsmålet om hvilke forsøkshandlinger skal straffes, blir for disse forfattere bare et spørsmål om arten og styrken av den forbryderske vilje, samt videre spørsmålet om hvordan denne vilje skal erkjennes. Rettsordnen må nemlig kreve, at den forbryderske vilje virkelig er av samfundsfarlig karakter. Ikke ethvert forbrydersk forsett vil, når det skal omsettes fra tankens til virkelighetens verden, være sterkt nok til å føre frem til det mål som det har stillet sig; meget ofte bryter en beslutning som gjerningsmannen trodde fast og sikker, sammen ved vekten av de vanskeligheter som møter, og ved de motforestillinger av forskjellig art som dukker op på veien mot målet. Ikke ethvert forbryderforsett er derfor så farlig at samfundet bør reagere mot det, iallfall ikke i form av straff. Dette gjelder selvsagt om det forsett som ennå ikke har gitt sig utslag i nogen ytre handling; men heller ikke hvilkensomhelst ytre handling er tilstrekkelig til å bære bud om farligheten av det forsett som er fattet.

Den mest ytterliggående subjektivisme — i nordisk rett representert ved Ørsted og Bornemann — som anser enhver ytre handling for et tilstrekkelig symptom på forsettets farlighet, miskjenner dette faktum. Rettsordnen bør ikke reagere mot en handling, medmindre den har visshet for at det forbryderske forsett virkelig vil holde ut. Absolutt visshet kan dog ikke kreves her mere enn annetsteds; men det må være foretatt en handling, m. h. t. hvilken den almindelige fornuftige dom, grunnet på psykologiske erfaringer, vil uttale, «at den der er naaet saa vidt henimod en Forbrydelses Udførelse, ogsaa vil blive ved»<sup>1)</sup>.

Da man i stor utstrekning er henvist til å slutte til forsettets offensive kraft fra den ytre situasjon hvori det har lagt sig for dagen, kommer også den subjektive teori til å legge en viss vekt på handlingens ytre forhold til det tilsiktede resultat. Sannsynligheten for at forsettet ikke holder ut er jo større når dets realisasjon er langt borte, og derfor blir forsøkshandlingens nærhet i tid med utførelshandlingen, et indicium som må legges vekt på. Like så om det er sannsynlig at der i dette tidsrum vil dukke op momenter, som er egnet til å ombestemme eller iallfall motvirke gjerningsmannens forsett. Om handlingsmannen er kommet såvidt at

---

<sup>1)</sup> Jul. Lassen, s. 80—81.

han i kontinuerlig rekkefølge må antas å ville foreta de handlinger som står igjen, må også tillegges betydelig vekt.

Men hvad enten de subjektive teorier for å begrense forsøks-handlingens straffbarhet legger vekt på tidsforholdet, den forutsatte kontinuerlige sammenheng mellom forsøkshandling og utførelse, hvad enten de krever «begynnelse på utførelsen», eller at midlene til forbrydelsen må være «anvendt» og ikke bare anskaffet, skiller de sig fra objektivistene deri, at mens disse siste tillegger sin objektive begrensning av forsøkshandlingen prinsipiell betydning, ser de førstnevnte i de objektive krav bare *symptomer* på det som er det eneste rettslig relevante, det forbryderske forsetts styrke. Noget brudd på den opfatning ser visstnok Jul. Lassen og med ham Torp heller ikke deri, at de som «en Grundbetingelse for alle Forsøgshandlingers Strafbarhed» krever, at disse «ved sin objektive Beskaffenhed vækker Mistanke om at være foretaget for at fremme en Forbrydelses Realisation»<sup>1)</sup>: Handlingen må være «objektivt mistænkelig».

Det skal ikke her gjøres noget forsøk på å avgjøre striden mellom de subjektive og objektive teorier. Kampen dreier sig jo om straffbarheten, som ikke interesserer i denne forbindelse, og begge parters argumenter er myntet på straffespørsmålet, og finner ikke umiddelbar anvendelse under rettsstridsdiskusjonen. Så meget vil jeg dog si, at som så ofte ellers i rettslivet er den seirende teori veier ikke alltid det praktiske livs. Teoretisk må man si at subjektivistene står med seirens palmer i hendene; hvert enkelt av de objektive kriterier som er foreslått som kjennemerke på den forberedende handling i motsetning til forsøkshandlingen, har fått sin uholdbarhet påvist. Men de slagne objektivister får revanche ved å peke på nesten alle lands positive straffelover, hvor det straffbare forsøks begynnelsepunkt bestemmes på objektiv vis. Som nevnt krevet den almindelige rettsfølelse enslags objektiv grense, og landenes straffelover har bøiet sig for dette krav. Rettsfølelsen, hvis dunkle veier det ikke er nogen gitt helt å utforske, og som sikkert ikke alltid beveger sig i harmoni med logikkens reglementer, har trådt de betregnte objektivister tilhjelp, og overfor denne nye forbundsfelle bet ikke subjektivistenes mest utmerkede våben: de aller fleste straffelover har i en eller annen form søkt å stille op visse objektive krav, som skal karakterisere forsøkshandlingen i motsetning til den forberedende handling.

Også den norske straffelov av 1902 følger i denne henseende den

---

<sup>1)</sup> Jul. Lassen l. c. s. 54.



vei som vår gamle straffelov, og som forøvrig nesten alle lands straffelover i det 19. århundre har fulgt: å oversette og modifisere code pénals «commencement d'exécution». Vår straffelov uttrykker det slik, at en forbrydelses «Udførelse tilsigtedes paabegyndt».

Er denne begrensning, som jo ikke er synderlig presis, av subjektiv eller objektiv art? I sin avhandling om Delagtighet holdt Getz, som jo vesentlig har forfattet straffeloven, sterkt på at forskjellen mellom forsøkshandlingen og forberedelseshandlingen «ei var objektiv». Avgjørende var det forbryderske forsetts fasthet og styrke; men dette måtte være «aabenbaret» i den handling som var foretatt. «Naar den handlendes forbryderske virksomhed rykker sin afslutning nær, naar den aabenbart sigter mod det forbudte maal, og skridt raskt følger skridt, da kan man tale om et virkelig aabenbaret forsæt, og da svinder muligheden av dettes forandring saaledes ind, at det ei er for dristigt at sætte den ud af betragtning, saalænge den ei er bleven til haandgribelig virkelighed». Det er altså særlig tidsforholdet og kontinuiteten i handlingene som Getz tillegger betydning, men bare som symptom på det egentlige relevante: det forbryderske forsetts fasthet og farlighet.

Som lovgiver har Getz dog ikke funnet å burde gi denne opfatning positive uttrykk i loven, men er blitt stående ved den gamle straffelovs distinksjon, som satte grensen for forsøket ved de handlinger hvorved forbrydelsens *utførelse* tilsiktes påbegynt. Getz erkjenner selv at denne grense ikke er skarp, og han er fullt oppmerksom på at den kan opfattes på to måter. Enten objektivt, således at der er en handlingene selv iboende forskjell mellom forberedelses og forsøkshandlingen, eller også slik — hvad Getz i sine Motiver (s. 90) ubetinget finner riktig, — «at man betragter den forbryderske virksomhet i sin totalitet og dens enkelte akter i sin indbyrdes sammenhæng, og at det avgjørende da er om herved et bestemt forbrydersk forsæt har aabenbaret sig gjennem handlinger, der utvetydig peger mod et forbrydersk maal». I loven selv ligger dog ingen antydning av hvilken opfatning den legger til grunn. Heller ikke kan praksis sies å ha tatt noget bestemt standpunkt i dette spørsmål, og vil vel vanskelig kunne tenkes å gjøre det. Men den måte hvorpå Hagerup<sup>1)</sup> søker å sammenfatte praksis, og angi grensen mellom forsøkshandlingen og forberedelseshandlingen, er sterkt subjektivt farvet: forsøk foreligger «naar den forbryderske virksomhet sees i sin sammenhæng og

---

<sup>1)</sup> Str.l. alm. del, s. 185.

i lys av samtlige ledsagende omstændigheter giver tilkjende, at *gjerningsmanden* nu gaar lige løs paa et forbrydersk maal»<sup>1)</sup>).

Det er iallfall ikke for denne avhandling nødvendig å undersøke om disse krav, som således stilles til forsøkshandlingen efter straffelovens § 49, er av ublandet subjektiv eller kanskje blandet natur. Jeg anser det ikke engang sikkert om det kan, eller bør, gis noget svar på dette spørsmål. At grensen mellem de forberedende handlinger og forsøkshandlingene er trukket så vak at den gir rettsfølelsen adskillig råderum for skjønn under avgjørelsen, er efter min mening bare en fordel. Det gir dommerne adgang til å tillegge den konkrete samfundsfare som gjerningen representerer, den betydning den fortjener, når spørsmålet om straff skal avgjøres. Og bak dette rettsfølelsens skjønn ligger sikkert både objektive og subjektive momenter, om enn jeg må være fullt enig med Getz og Hagerup i, at det er på det subjektive område, vurderingen av det forbryderske forsett, at hovedvekten må legges.

Imidlertid — for efter denne lange digresjon å vende tilbake til vårt emne — må det efter det foregående ansees absolutt sikkert, at grensen mellem de forberedende handlinger og forsøkshandlingene ikke trekkes helt objektivt. Men selv om så var, vilde allikevel ikke den subjektive hensikt være irrelevant for straffespørsmålet og rettsstridsspørsmålet. Tvertimot må denne selvsagt være tilstede *ved siden av* at de objektive krav skjer fyldest. Dommeren som bare kjenner det objektive, at A. har hevet et uladd gevær og siktet mot B., kan ikke på dette grunnlag uttale sig om A.'s handlinges rettmessighet. Å rette et gevær mot en person, er visstnok en straffbar forsøkshandling og ikke forberedelseshandling, men bare under forutsetning av at det forbryderske forsett er tilstede. Likedan er forholdet, når A. i et selskap legger hånden på en fremmed gjenstand. Selv om det således måtte anerkjennes, at den forbryderske hensikt for å gjøre en handling rettsstridig måtte realisere sig på en objektiv måte, som i det ytre adskilte sig fra de forberedende handlinger, vilde ikke dette faktum være nok til å frakjenne det forbryderske forsett dets centrale stilling i forsøkslæren, og dermed hensikten dens evne til å gjøre en ellers tillatt handling rettsstridig. Ti den ytre situasjon som sådan er ikke i sig selv nok til å erklære handlingen rettsstridig.

B. Vanskeligere er derimot spørsmålet om ikke de veier som

---

<sup>1)</sup> Jfr. også de to avgjørende høiesterrettsdommer, som ennu har betydning for forsøkslæren Rt. 1880 s. 641 og 1890 s. 674.

den forbryderske hensikt velger for å nå sitt mål, i sig selv må representere en viss fare for samfundet, for at straff skal kunne anvendes. Hvis dette spørsmål nemlig besvares med ja, kunde man jo si at allerede dette faktum er nok til å klassifisere forsøkshandlingen som rettsstridig, og nogen evne i denne retning tilkommer da ikke den forbryderske hensikt<sup>1)</sup>.

Det er spørsmålet om det utjenlige forsøks straffbarhet vi her berører. Få spørsmål i strafferetten har vel vært slik debattert som dette. Grunnen til at dette spørsmål har vakt slik strid, skjønt det tilsynelatende ikke er av de centrale innen strafferetten, er visstnok den, at på dette punkt støter sammen — forholdsvis tilfeldig — de to dypestgående strømninger ikke bare i strafferetten, men i rettsstridsteorien overhodet, den subjektive strømning, som ser handlingens innerside som det virkelig centrale ved den og derfor vil innrette sin dom efter denne, og den objektive strømning, hvis kilder vesentlig er to: dels den naive, oprinnelige tendens i retten som bare får øie på det ytre, den objektive side ved handlingen, dels en moderne fullt bevisst opfatning, som ser det som en hovedopgave for rettsordnen å skape sikre, skarpe, lett erkjennelige og lett håndterlige regler, og som derfor ønsker å forme alle rettens regler så objektivt som mulig.

Dette tilsynelatende lille spørsmål om det utjenlige forsøks straffbarhet er derfor blitt et centrum for striden mellem et subjektivt og et objektivt syn på straffbarhet og rettsstrid, og er dermed trukket frem til den betydningsfulle plass det nu har, som symbol og symptom på strafferettens, ja hele rettsordnens prinsipielle utgangspunkt ved vurderingen av de menneskelige handlinger. Det er visstnok så, at det har vært straffbarheten og ikke rettsstriden kampen har stått om, og at de argumenter som har vært brukt, naturligvis har båret preg av kampens gjenstand. Selv om derfor rettsordnen ikke vil gå så vidt, at den anvender straff fordi handlingens indre side er den imot, er det vel mulig at den ved avgjørelsen av rettsstridsspørsmålet legger denne til grunn. Men kan det omvendt konstateres, at det er den subjektive side ved handlingen som er avgjørende for straffespørsmålet, er dermed gitt at denne også er bestemmende for rettsstridens avgjørelse.

Likesom spørsmålet om det straffbare forsøks begynnelsepunkt

---

<sup>1)</sup> At dog heller ikke under denne forutsetning den forbryderske hensikt vilde miste enhver betydning for rettsstridsgrensen, vil de eksempler jeg har anført side 255 vise. Der gis nemlig handlinger som kun er «farlige», hvis en viss hensikt er tilstede.

delte teorien i to leire, er det samme tilfelle forsåvidt angår det utjenlige forsøks straffbarhet. Disse to spørsmål henger også på en måte nøie sammen. For selv om det selvsagt ikke hverken er nogen logisk eller egentlig praktisk nødvendighet at de løses i samme retning — enten subjektivt eller objektivt — vil i grunnen avgjørelsen i begge tilfeller være avhengig av det prinsipielle grunnsyn på rettsordnens reaksjon mot en handling, om det skal reageres mot den forbryderske vilje, eller mot det samfundsskadelige resultat. Da vår straffelov har inntatt et klart og desidert standpunkt i denne strid, skal jeg ikke gå noget inn på den uhyre omfangsrrike literære diskusjon, som har vært ført om spørsmålet. Jeg fremhever bare, at forholdet her som ved spørsmålet om forberedelseshandlingens straff-frihet har vært det, at den almindelige rettsfølelse, bundet av gamle forestillinger og av sin tendens til å bli hengende i det ytre, har krevet av teorien at der skulde opstilles en grense for straffbarheten av de forsøkshandlinger, som brukte enten et utjenlig objekt, eller et utjenlig middel. Også her fulgte teorien lydige kallelser, og opstillet den ene objektive grense etter den annen; samtlige blev imidlertid rammet av samme vanskelige som de objektive teorier om forberedelseshandlingens straff-frihet: de blev enten kjent logisk umulige, eller praktisk ubrukelige.

Sondringen mellem *utjenlig middel* og *utjenlig objekt* er — skjønt det ingenlunde er full enighet om hvordan den skal trekkes — iallfall erkjent å være umulig som grunnlag for en rettslig distinksjon mellem straffbarhet og straff-frihet. Hvis A. bryter inn til B. og jager ham en kule i hodet mens han ligger i sin seng, bør ingen være i tvil om at A. må straffes, selv om B. var død av slag timen i forveien, og således under enhver omstendighet er et utjenlig objekt for drap. Og en annen sontring som en tid hadde sterk vind i seilene, sontringen mellem *absolutt* og *relativ utjenlighet*, er blitt avsløret som hvilende på en logisk misforståelse<sup>1)</sup>.

Mens vår straffelov ikke har tatt bestemt standpunkt til tvisten om hvorvidt grensen mellem de forberedende handlinger og forsøkshandlingene skal trekkes subjektivt eller objektivt, har den derimot bestemt tilbakevist ethvert forsøk på å begrense forsøksområdet ved objektive krav til arten av de midler eller det objekt som forsøkshandlingen betjener sig av. «Spørgsmaalet, . . . . . avhænger . . . . . alene af om den (d. v. s. fremgangsmaaden) af Angjældende ansaaes for tjenlig hertil», sier straffelovens motiver (s. 93). Og loven selv

---

<sup>1)</sup> Se herom Hagerup, Str. alm. del, s. 187 og Torp s. 514.

lar det eneste avgjørende være, om handlingsmannen tilsiktet utførelsen av en forbrydelse; om denne hans hensikt hadde nogen-  
somhelst chance til å lykkes, tillegger loven ingen betydning. Ikke  
engang at handlingen skal være «objektivt mistenkelig», som Torp  
og Jul. Lassen de lege ferenda finner å måtte forlange for å beskytte  
borgerne mot ubetimelig straffeforfølgning, krever vår straffelov.  
Hvis derfor A. heller sukker i B.'s kaffekop i den tro det er gift,  
tilsikter han tydelig å utføre en forbrydelse. Han straffes derfor  
etter § 49. Gjennemborer C. sin egen dyne i den tro at D. ligger  
under den, straffes han. Likedan om han jager en kniv i sin egen  
trestamme som han tror er D. Stikker innbruddstyven sin hånd ned  
i en tom lomme, eller bemektiger han sig en ting som han tror er tred-  
djemanns, men som i virkeligheten er hans egen, går det ham likedan.  
I alle disse tilfeller dømmes gjerningsmannen ikke på grunnlag av  
den ytre situasjon alene; hans egen subjektive opfatning av denne  
legger rettsordnen til grunn, og på dette grunnlag er det han dømmes;  
ti kun i lys av dette kan hans viljes samfunnsfarlighet bestemmes.

Imidlertid må setningen om den forbryderske hensikts evne til  
å gjøre en i det ytre helt indifferent handling rettsstridig, forstås  
på den riktige måte. Man skal nemlig vel merke sig at den hensikt  
som har den nevnte evne, er den *forbryderske* hensikt, eller som straffeloven  
uttrykker det, den hensikt som tilsikter utøvelsen av en forbrydelse.  
Det er ikke nok at man tilsikter et skadegjørende resultat; et sådant er det  
nemlig meget ofte tillatt å fremkalle, når man bare fremkaller det ved visse  
midler. Også resultatet er jo — for materialdeliktens vedkommende — et  
ledd i forbrydelsen, men hvad det aldri må glemmes er, at en forbrydelse  
først foreligger når resultatet er fremkalt ved en forbudt handling, d. v. s. på  
«rettsstridig» måte.

Den hensikt som kan kalles forbrydersk, må derfor ikke bare være  
rettet mot å tilføie en skade, men den må være rettet mot en forbrydelse,  
mot å tilføie en skade *på rettsstridig måte*. Når derfor en læge underkaster  
en mann en farlig, men fullt forsvarlig operasjon, i det håp at patienten  
skal dø, foreligger ikke forsøk på drap. Heller ikke er A. som undlater å  
strø sand på sitt isglatte fortoug i den hensikt at naboen skal brette  
halsen<sup>1)</sup>, eller som forsøker å forgifte en annen med sukker, fullt klar  
over dette stoffs egenskaper, skyldig i mordforsøk. Hagerup (s. 188) ser  
dette som en objektiv begrensning av forsøksreglene, og forklarer det som  
et utslag av

---

<sup>1)</sup> For å klarne eksemplet forutsettes, at han ingen plikt har til dette.

setningen om «den retslig relevante årsagssammenheng, og om den objektivt ikke retsstridige handlingss straffrihed».

Det forekommer mig besynderlig å ville fastholde læren om den «objektivt rettmessige» handling midt under behandlingen av det utjenlige forsøk, hvor nettop disse handlinger ifleng erklæres retsstridige, fordi handlingsmannen har utført dem i forbrydersk hensikt. De anførte resultater er riktige nok, men forklaringen er en ganske annen enn av Hagerup antatt: I de tilfeller som er nevnt foreligger nemlig ikke forbrydersk hensikt.

Hvis lægen i det førstnevnte eksempel virkelig dreper patienten, handler han nemlig ikke retsstridig, og hvis A.'s nabo faller på fortouget og brekker halsen, er A. ikke skyldig i drap. Når således handlingen, hvis handlingsmannen når sitt mål, ikke er nogen forbrydelse, kan den hensikt som sikter på å nå dette mål, ikke være forbrydersk. I manglen av dette moment finner de nevnte eksempler sin forklaring.

Det er også bare ad en omvei, at reglen om den adekvate årsakssammenheng i disse tilfeller får betydning. Det kreves som nevnt at hensikten skal være forbrydersk, d. v. s. være rettet på å hitføre et skadelig resultat gjennom en retsstridig handling. Nu forholder det sig imidlertid så, som jeg i en senere paragraf kommer tilbake til, at bare de handlinger som representerer en viss fare — en adekvat fare — for et retts gode, er forbudt av hensyn til dette. Hvis man derfor, når man stiller sig «på gjerningsmandens standpunkt i handlingsøieblikket må sige, at muligheden for den tilsigtede følges indtræden var saa ringe at ingen forstandig mand vilde regne med den» (Hagerup), betyr dette at rettsordnen ikke finner denne handling farlig, og derfor tillater at den blir foretatt. Og dette forhold endres vel å merke ikke, selv om handlingen tilfeldigvis drar den usannsynlige følge efter sig. Når derfor handlingsmannen søker å nå sitt resultat på denne måte, søker han å nå det på fullt tillatt vis — hans hensikt er derfor ikke forbrydersk.

Men er først denne hensikt tilstede, svarer altså det billede av handlingen som handlingsmannen har i sin bevissthet, til en virkelig forbrydelse, spiller det ingen rolle om hans hensikt er blitt til ved en feiltagelse, slik at den virkelige årsakssammenheng mellem handlingen og det tilsigtede mål stiller sig ytterst innadekvat. Således når A. gir B. sukker for å drepe ham, i den tro det er arsenikk. At forskjellen mellem denne, forbudte, handling og den tillatte, at A. gir B. sukker i håp om at sukker vil gjøre samme nytte, ligger på det psykiske område — hensikten er i første tilfelle forbrydersk,

i annet ikke — og ikke på det objektive, handlingenes og årsakssammenhengens ytre karakter, tror jeg her trer særlig klart frem.

Mens således grensen for begrepet «forbrydersk hensikt» i prinsippet er klar nok, vil den ofte i praksis være vanskelig å fastslå. Dette henger sammen med at begrepet forbrydelse, hvortil den forbryderske hensikt refererer sig, inneslutter i sig begrepet rettsstrid. Men om det er rettsstridig å fremkalle en skade ved en viss handling, beror jo i almindelighet på om denne handling er *farlig* i forhold til vedkommende rettsgode.

Når derfor den forbryderske hensikt skal avgrænses mot den skadehensikt som ikke er forbrydersk, blir det avgjørende moment dette: Mens den forbryderske hensikt søker å nå sitt mål ved handlinger som i handlingsmannens øine er rettsstridige, av hensyn til det resultat han tilsikter, søker skadehensikten å nå målet ved hjelp av midler som i og for sig er tillatt. Men dette betyr igjen, at den forbryderske hensikt søker å betjene sig av midler, som hvis handlingsmannens opfatning av dem er riktig, er farlige for vedkommende rettsgode. Hvis derfor A. gir B. sukker og tror det er gift, er det klart, at A.'s opfatning av situasjonen, som jo må legges til grunn for bedømmelsen av hans hensikt, utvilsomt leder til at denne er forbrydersk. Å drepe B. ved arsenikk, er nemlig sikkert forbudt. Hvis derimot B. har en mystisk tro på sukrets årsaksevne, eller han har latt det fortrolle og stoler på trolldommen, vil hans hensikt allikevel ikke være rettet mot en forbrydelse, fordi selve fremkallelse av dette resultat på den måte som A. tenker sig, ikke er forbudt.

Man kan da som en hovedregel si med Frank i hans utgave av den tyske straffelov (1919) s. 70, at hvis forsøket beror på en villfarelse om årsaksloven (en nomologisk villfarelse), er vedkommende straff-fri; beror det på en feiltagelse m. h. t. situasjonen (ontologisk feiltagelse), straffes han.

Imidlertid er det dessverre ikke så, at denne setning alltid er en korrekt veiviser. Jeg skal i to eksempler vise dette: A. har i et laboratorium sett to flasker, like av størrelse og tilsynelatende også av innhold, den ene merket x, som er ganske uskadelig, den annen y, som er gift. Han bemektiger sig en av flaskene for å drepe B. Han har imidlertid fått den opfatning at flasken x inneholder det farlige stoff, tar derfor denne og gir B. Hans feiltagelse refererer sig her ikke til situasjonen; flaskens innhold x står angitt på den, men til handlingsmannens tro på x' årsaksevne, altså en nomologisk feiltagelse. Tenker vi oss derimot at A. i mørket leser feil, griper flasken x og gir B.

av den, bedømmer han situasjonen galt, og hans feiltagelse er altså ontologisk. Ingen vil imidlertid tvile på, at A. er like straffskyldig i første som i siste tilfelle.

Omvendt: Hvis A. sender en pose sukker til trollkvinnen N. forat denne ved besvergelse skal forvandle det til gift, og han deretter serverer B. sukret til hans kaffe, er han like lite straffskyldig, enten han tror at N. direkte har forvandlet stoffet i sukret (en ontologisk feiltagelse) eller bare gitt det en øket årsaksevne (nomologisk feiltagelse).

Den Frank'ske setning er derfor bare som regel riktig. Den hviler på en korrekt tanke, idet den hensikt, som når den søker å ramme rettsgodene gjør sig skyldig i en nomologisk feiltagelse, som regel ikke er så samfundsfarlig som den, der søker å nå samme mål, men hindres ved et ontologisk feilgrep. Forklaringen er ganske enkelt den, at da årsakslovene ikke lar sig endre, er den hensikt som ved en misforståelse av disse lover søker å komme de rettsbeskyttede goder tillivs, avmechtig, og permanent ufarlig; den hensikt derimot, som bare tar feil av situasjonen, har det oftest i sin makt å endre denne, og kan da med full effektivitet rette sitt våben mot rettsordnen. Det finnes imidlertid tilfeller av nomologisk feiltagelse som representerer ganske den samme samfundsfare som den ontologiske (jfr. det foran nevnte eksempel). Og omvendt kan ofte den ontologiske feiltagelse røpe liten samfundsfare, fordi det feilaktige billede av situasjonen er vunnet på en måte som er så ufornuftig, at retten finner å kunne ignorere det forsøk på forbrydelse som ligger i handlingen. (Eks.: en pike tar inn fosterfordrivende midler, fordi hun tror hun er blitt svanger ved å kysse sin forlovede).

I disse tilfeller, hvor altså sontringen mellom den ontologiske og den nomologiske feiltagelse ikke gir tilstrekkelig veiledning, er det såvidt jeg forstår ingen annen utvei, enn å falle tilbake på rettsfølelsens skjønn om, hvorvidt den hensikt som gir sig uttrykk i handlingen, gir bud om et så samfundsfarlig sinnelag at forsøksstraff bør anvendes.

IV. Denne lille paragraf i straffeloven, hvis innhold jeg har gjort rede for i det foregående, er i mine øine en av de centrale og mest betydningsfulle bestemmelser som norsk lov gir om rettsstrid. Den er betydningsfull ved sitt direkte innhold, idet den trekker op rettsstridsgrensen for store deler av rettsordnen og gjør denne grense avhengig av subjektive kriterier, handlingsmannens forestillinger, ønsker og vilje. Men enda større er bestemmelsens symptomatiske betydning. Jeg tror nemlig at jeg har rett, når jeg i straffelovens § 49,



— og særlig da i dens regel om det utjenlige forsøk, som for norsk retts vedkommende ikke gjør noget tilløp til å begrense dette objektivt —, ser et avgjørende bevis for, at rettsordnen definitivt er kommet bort fra den eldre retts prinsipielle påstand om, at handlingens innerside var rettsordnen og spesielt rettsstriden uvedkommende. Dogmet om den objektive rettsstrid har ved straffelovens § 49 fått et grunnskudd.

Efter denne bestemmelse fremgår det nemlig med full klarhet, at rettsstridsspørsmålet ikke kan avgjøres objektivt efter en ytre betraktning av handlingen. Når A. gjennemborer sin egen dyne, kan man ikke vite om dette er rettmessig, før man også har gransket A.s forestillinger om handlingen og hans hensikt med den. Likedan vil man være nødt til å søke grunnen til at konen straffes, når hun heller fløte i sin manns kaffe men tror det er gift, på det subjektive område; den mest mikroskopiske undersøkelse av handlingens objektive side vil ikke finne noget å bemerke ved den. Og det vil umulig kunne bestrides, at det er den forbryderske hensikt som konen handler i, der bringer hendes handling i konflikt med rettsordnen.

Det kan videre, som de foregående eksempler viser, ikke med nogensomhelst grunn påstås, at denne hensikt dog fremgår av en ytre betraktning av handlingen, idet hensikten har «objektivert» sig i denne, slik at handlingens hele objektive preg gjennom drapshensikten er blitt et annet. Tvertimot er handlingen objektivt nøiaktig den samme, enten konen heller fløte i kaffen for å vederkvege sin mann, eller for å drepe ham. Noget krav om at handlingen skal være objektivt mistenkelig, stiller straffeloven som foran påvist ikke. Heller ikke stiller vår straffeprocess noget krav — som også vilde være en besynderlig anomali — om at den rettslig relevante hensikt bare skal kunne erkjennes ved objektive midler.

Så grundig som det er mulig, setter derfor str.l.'s § 49 teorien om at rettsstridigheten av en handling alltid bestemmes objektivt, tilveggs. Det må derfor sies å være en skjebnens ironi, at nettop Getz, som i norsk teori er far til læren om den objektive rettsstrid,, også har ansvaret for — eller rettere æren av — str.l.'s 49. At også Hagerup, som jo ellers er en pålitelig tilhenger av teorien om den objektive rettsstrid og den objektive rettmessighet, har et visst inntrykk av den motsigelse mellom liv og lære, som Getz herved har gjort sig skyldig i, fremgår av hans ytringer i T. f. R. 1909 s. 329. Han konstaterer her, at Getz nemlig «ikke alene ikke har indladt sig paa at give Teorien legislativt Udtryk, men endog paa Forsøgsmateriens Omraade har indtaget et Standpunkt, som i virkeligheden indeholder

en Opgiven af enhver objektiv Begrænsning af den retsstridige Handling».

V. Efter hvad jeg har forklart i det foregående, skulde det synes uundgåelig, at den herskende teori iallfald for forsøks-handlingen erkjente en undtagelse fra sin regel om at retsstriden bestemmes objektivt. Dette gjør også en av teoriens fedre, Goos, men bare på en måte. I sin alm. Retslære I (s. 329) opstiller han visstnok som supplementsregel til sin hovedregel om at visse handlinger er forbudt iflg. sine objektive faretruende egenskaper: «Handlinger der mangle disse objektive Egenskaber» må dog ikke foretas «for at bidrage til Realisationen af den handlendes eget Retsbrudsforsæt, eller af en Andens retstridige Forsæt». Side 340—41 protesterer han dog bestemt mot, at denne regel kan anføres til støtte for en setning, som bl. a. Kraft hadde forfektet, at den handlendes dolus undertiden kunde gjøre en handling retsstridig, selv om denne, hvis dolus ikke hadde vært tilstede, vilde vært rettmessig. «Der foreligger vel her det Fænomen» sier han, «at Handlinger, der ikke i sig selv ere retstridige, dog paa Grund af den *Hensigt*, hvori de foretages, rammes af Loven om Handlefrihedens Grænser. Men Grunden er at Hensigten gaaer ud paa ved hine Handlinger at bidrage til Realisationen af en Vilje, som er rettet paa Handlinger, der i sig selv ere retstridige. Loven kan selvfølgelig forbyde ved Handlinger, der isoleret bedømte ikke vilde være retstridige, at understøtte eller fremme et Forsæt, der omfatter Handlinger, der i sig selv ere det, uden derved at drages ind i nogensomhelst Konsekvens m. h. t. Handlinger der hverken selv eller gjennem det Forsæt de fremme, ere retstridige». Det er *skadehensikten*, Goos ved denne sin uttalelse frakjenner relevans, mens han anerkjenner at den *forbryderske* hensikt kan utvide det rettsstridiges område. Det er dette faktum som det har interesse å konstatere her. Det sekundære spørsmål, om det er handlingsmannens «dolus» som har denne virkning, avhenger av den definisjon man gir av dette begrep, og skal ikke her optas til drøftelse.

Mot denne Goos' innrømmelse av, at retsstriden ved forsøks-handlinger ikke kan bestemmes objektivt, protesterer dog Hagerup<sup>1)</sup>. Skjønt han som foran nevnt nok innrømmer at str.l.'s forsøkslære står mindre godt sammen med teorien om retsstridens objektivitet, vegrer han sig dog for å anerkjenne forsøks-handlingen som en undtagelse fra denne lære. I direkte tilknytning til den uttalelse av Goos som jeg foran har citert, sier han: «Forsøgets Strafbarhed beror

---

<sup>1)</sup> S. 335.

ikke paa at en Handling tilsigter en anden (rettsstridig) Handlings Foretagelse, men derpaa at en vis Følge er søgt fremkaldt. Og er det tilladt at bevirke denne Følges Indtræden ved Handlinger af en vis Art, maa det ogsaa være tilladt at forsøge derpaa». Forsøker f. eks. A. å drepe B. ved med åpne øine å sende ham tilsjøs med et sjødyktig skib, handler han ikke rettsstridig.

Underlig nok er det visst Hagerups mening, at han herved har bevist, at den onde vilje *ikke i noget tilfelle* er avgjørende for forsøkshandlingens rettsstrid. Hagerup har overfor Goos rett i, at en forsøkshandling ikke behøver å forutsettes fulgt av en annen rettsstridig handling<sup>1)</sup>. Og hans eksempel og dets begrunnelse er selvsagt riktig. Men herav følger da ikke, at den onde hensikt *aldri* kan utvide rettsstridens ramme! Hagerup setter fingeren på, at den hensikt som søker å nå sitt mål på en måte som rettsordnen tillater, ikke har denne virkning. Men grunnen er her som foran påvist, at denne hensikt ikke er forbrydersk, den sikter jo ikke på annet enn hvad rettsordnen tillater. Er derimot hensikten av forbrydersk karakter, trodde f. eks. A. i Hagerups eksempel at skibet hadde hull i bunnen, er denne hensikt utmerket vel i stand til å gjøre den «objektivt rettmessige» handling rettsstridig.

Også Torp innrangerer forsøkshandlingen — iallfall stiltiende — som en undtagelse fra det objektive rettsstridsbegrep, men på eiendommelig vis trekker han ingen konsekvenser herav, m. h. t. rettsstriden i det hele. Når således Kraft<sup>2)</sup> som eksempel på at den «rettsstridige» hensikt kan gjøre en objektivt fortjenstfull handling rettsstridig, nevner skipperen som under storm setter sitt skib på land i hensikt å besvike assurandøren, mens denne handling i virkeligheten var den eneste objektivt forsvarlige og hensiktsmessige, fordi det ellers vilde vært skibet umulig å undgå skjulte undervannsskjær som skipperen ikke kjente, svarer Torp<sup>3)</sup> at det er riktig at skipperen her handler rettsstridig; men dette er ikke noget eksempel på at den handlendes dolus utvider det rettsstridiges område. «I sådanne Tilfælde foreligger Forsøg». Og det samme gjelder eksemplet om lægen, som tror at det ben han amputerer er friskt, mens det i virkeligheten er angrepet av en sykdom som gjør operasjonen berettiget, ja nødvendig. Det er ikke her den handlendes «dolus» som gjør handlingen rettsstridig, men grunnen

<sup>1)</sup> At den derimot alltid skal sikte på å hitføre en viss følge, er ikke riktig for formaldeliktenes vedkommende.

<sup>2)</sup> Om Hovedprinsipene i den formueretslige Anordning s. 98.

<sup>3)</sup> Strafferettens alm. del, s. 260.

er den, at «den Handlendes Forsæt netop var rettet paa en Handling der for ham fremstillede sig som objektivt rettsstridig».

Torp har selvfølgelig rett i, at hvis det er meningen med de nevnte eksempler å vise at enhver skadehensikt gjør en ellers tillatt handling rettsstridig, er eksemplene ikke rammende: Den hensikt som foreligger i disse, er jo ikke bare skadehensikt, men forbrydersk hensikt. Og forsåvidt ordet «dølus» bare anvendes i betydningen skadehensikt, beviser de nevnte eksempler intet om dennes evne til å flytte rettsstridsgrensen. Hvis det derimot søkes bevist, at hensikten overhodet kan ha denne evne, er eksemplene fullgode. For selv om det stilles visse krav til arten av den hensikt som skal ha evnen til å gjøre den tillatte handling rettsstridig, endres ikke dermed dens psykologiske karakter, og den går ikke over til å bli et objektivt fenomen. Når derfor Torp avviser de nevnte eksempler med bemerkningen om at der foreligger forsøk, lukker han på eiendommelig måte sine øine for den kjensgjerning, at nettop ved disse handlinger har man de beste eksempler på at hensikten, når den er av en viss natur, gjør de ellers tillatte handlinger rettsstridige<sup>1</sup>).

## § 9. Hensiktens betydning ved utøvelsen av de subjektive rettigheter.

Så langt tilbake i tiden som rettshistorien er i stand til å kaste sikkert lys, finner man subjektive rettigheter anerkjent. Ørkesløst er det å spørre, om den subjektive eller objektive rett historisk er den eldste. De har begge utviklet sig samtidig, og om enn vel Ihering har rett i, at psykologisk sett er den objektive rett sprunget frem av individets følelse av sin subjektive rett, finner vi alltid de to former for rett side om side. Ingen subjektive rettigheter uten en objektiv retts-

---

<sup>1</sup>) Det er dog mulig at allikevel Torp er opmerksom på at forsøkshandlingen danner en undtagelse fra reglen om at handlingenes rettsstrid erkjennes objektivt. Han sier nemlig under sin behandling av det utjenlige forsøk (s. 513): «*Objektivt rettsstridig* eller objektivt farlig er en Forsøgshandling lige lidt, enten den er rettet mod et utjenligt Objekt eller foretaget med utjenlige Midler».

Hvis det er Torps mening å uttale at disse handlingers rettsstridighet ikke bestemmes objektivt, ligger heri en klar erkjennelse av at rettsstriden ikke alltid kan bestemmes på denne måte. Imidlertid er det som foran nevnt vel sannsynligst, at Torp forutsetter at disse handlinger overhodet ikke kan sies å være rettsstridige (se herom nærmere side 151 n. 4).

orden, men heller ingen objektiv rettsorden uten subjektive rettigheter. Tør man derfor slutte av historien, er de subjektive rettigheter en nødvendig bestanddel av ethvert kultursamfunns organisasjon.

Ved å peke på at subjektive rettigheter eksisterer, alltid har eksistert og sannsynligvis vil vedbli å eksistere, er lite vunnet. Man erhverver ikke uttømmende kjennskap til de subjektive rettigheters innhold og karakter, fordi om man kjenner deres definisjon. Om denne er den samme, er det meget mulig at det innhold som definisjonen dekker, i virkeligheten har forandret sig totalt gjennom tidene. Og det er dog innholdet som er realiteten ved rettighetene.

Jeg skal ikke her søke å gi den subjektive retts historie ned gjennom tidene. For det mål jeg følger er det nok å gå tilbake vel 100 år, til den tid som i rettsvidenskapens historie bærer navnet «naturrettens» tid. I norsk rettsvidenskap har det særlig vært en enkelt side ved den naturrettslige teori som har falt i øinene, eller rettere skåret i øinene: Dens lære om rettskildene, og om den evige uforanderlighet av naturens rett. Fullt så viktig, både i rettsteoretisk og spesielt i praktisk henseende, er imidlertid en annen side av naturrettens lære: Dens sterke, man kan nesten si fanatiske understreken av den subjektive rett som all retts kilde, og dens lære om at de subjektive rettigheter tilkommer individet uavhengig av og overordnet den offentlige rettsorden. Det er den steileste individualisme som taler gjennom naturrettens lære, og som danner sluttsteinen på en utvikling som begynte allerede i romertiden, arbeidet sig fremover i det 16. og 17. århundre, erobret verden ved opplysningstidens tenkere, for endelig å feire sin apoteose i det verdenshistoriske dokument: «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» av 1789. Det er særlig spørsmålet om individets og de subjektive rettigheters stilling til rettsordnen — d. v. s. staten eller i de dager som gikk foran revolusjonen, kongen — som det ligger naturretten på hjertet å bringe klarhet over. Historisk er læren en flammende protest mot enevoldsmaktens overgrep overfor borgerne, et forsøk på å sikre individet en trygg plass, selv i forhold til staten. Naturrettens lære om rettens utspring er derfor ved siden av å være individualistisk, i sin dypeste kjerne liberal. Dens hovedtanke er denne, at individet fødes til verden, utstyrt med visse fundamentale «naturlige rettigheter» som staten ikke kan frata det, men som det tvertom er dens mål å beskytte og bevare. Skarpt og klart får staten sitt mål og sine grenser anvist i rettighetserklæringens art. 2: «Le but de toute association politique est la conservation des droits na-

turels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression».

Det er eiendomsretten, som ved siden av friheten spiller hovedrollen for individualistene av naturrettskolen. Dens overnaturlige eller iallfall overrettslige utspring er et kjernepunkt i deres lære: «La propriété étant un droit inviolable et sacré», (erklæringens art. 17). Men skjønt det var eiendomsretten hvorom kampen hadde stått gjennom århundreder, og som blev kanonisert gjennom menneskerettighetenes erklæring, trakk opfatningen av eiendomsretten uvilkårlig de andre subjektive rettigheter efter sig. Også disse blev av den herskende, individualistiske teori erklært for «ukrenkelige». I begrunnelse var altså eiendomsretten uavhengig av rettsordnen; den støttet sig umiddelbart på naturens rett. Dens formål lå i den selv, og enhver tanke om at dens rettferdiggjørelse skulde ligge i hensynet til samfundets trivsel, vilde blitt avvist med forakt. Sålangt fra at eiendomsretten skulde tjene statens eller samfundets interesse, var det som art. 2 i rettighetserklæringen viser, staten som skulde se sitt formål i å tjene og beskytte eiendomsretten.

Også i *omfang* var eiendomsretten absolutt. «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses, de la manière la plus absolue» sier code civil art. 544. Og ikke bare code civil hadde denne opfatning av eiendomsretten og av de subjektive rettigheter overhodet. Overalt i den civiliserte verden var samme mening den herskende. Hvor det liberale og individualistiske samfundssyn trengte igjennom, fulgte den absolutistiske opfatning av de subjektive rettigheter med. Læren om eiendomsrettens absolutte karakter blir i disse tider dogme. Støttet til sitt overnaturlige utspring, og tilbedt av individualismens apostler, står eiendomsretten ved det 19. århundres begynnelse som det mest absolutte som tenkes kunde. Uten hjemmel i eierens vilje, hverken kunde eller vilde rettsordnen opstille nogen begrensning av hans rett.

I de 100 år som er gått siden individualismen stod i sin fulle blomst, har samfundet skiftet fysiognomi. Det er trådt inn i en ny kulturepoke, maskinindustriens, som har revolusjonert og omkalfatret de samlivsforhold mellem mennesker: som rettsordnen skal regulere. At da heller ikke rettsordnen kan være uberørt av denne utvikling, er overflødig å si. Utallige er de endringer den har gjennomgått; men skulde man søke å angi retningen i rettsordnens utvikling i de siste hundre år, er det vel riktig å si at rettsordnen har mistet sitt individualistiske preg, og mere og mere er gått over

til å gi sine regler en samfundsmessig farve. Som Duguit uttrykker det: Det gamle juridiske system, «d'ordre individualiste et métaphysique», er gått over til et system, «d'ordre socialiste (i vid betydning) et réaliste» (Transformations du droit privé s. 8).

Det er *samfundstanken*, eller solidaritetstanken som den oftest kalles i Frankrike, som i det hundreår som gikk, mer og mer har gjen-nemtrent rettsordnen. Klarere og klarere er det gått op for denne, at dens regler må sikte på å tjene samfundet og fremme dettes utvikling. Setningen fra revolusjonen er vendt om: Det er ikke samfundet som er til for å tjene eiendomsretten, det er eiendomsretten og alle andre rettsregler og rettsinstitutter som skal tjene samfundet<sup>1</sup>). Denne dyptliggende forandring i rettsordnens prinsipielle utgangspunkt har litt efter litt vunnet terræng i det 19. århundre; det nye syn på retten er ikke bare enkelte tenkeres privilegium, også almenhetens rettsbevissthet er blitt socialt farvet, og aksepterer i større og større utstrekning en social opfatning av retten.

Det er klart at denne rettsutvikling ikke kan ha gått sporløst hen over rettsordnens stilling til de subjektive rettigheter, og særlig ikke til individualismens faste borg, eiendomsretten. Man må som sagt ikke la sig skuffe av at disse rettigheter rent definisjonsmessig er de samme som før. Den utvikling som de subjektive rettigheter har gjennomgått, er ikke mindre radikal, fordi om den er foregått innenfor de gamle juridiske rammer. River man nemlig av den stereotype maske, navnet de subjektive rettigheter, opdager man at det under denne skjuler sig ganske andre realiteter enn dem den gamle lære om de absolutte rettigheter gav uttrykk for. De subjektive rettigheters innhold er nemlig blitt preget av samfundstankens vekst, og er blitt omdannet fra å være krigsmaskiner som stod til rettighetshaverens fri avbenyttelse, til å bli nyttige redskaper i samfundets tjeneste.

Ja man har endog villet avskaffe den subjektive retts begrep. Proudhon's basunstøt: «La propriété, c'est le vol» har vunnet anklang mangesteds. Og positivismens fører Auguste Comte forkynte i sin tid, at ordet «rett» i subjektiv forstand var umulig under en samfundstilstand som stemte med den positive filosofi. Et annet ord måtte tre istedet, «plikten», samfundsfunksjonen. «Nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir», sier Comte,

---

<sup>1</sup>) En interessant fremstilling av hvordan retten har utviklet sig i denne retning i U. S. A., hvor den individualistiske opfatning av retten, og den dertil svarende absolutte karakter av de subjektive rettigheter var særlig utpreget, gir Goodnow: *The American Conception of Liberty* (1916).

(Politique positive, bind I, s. 361). Og i moderne literatur har Léon Duguit i sine første verker med begeistring sluttet sig til Comtes lære, og mente at døds klokken ringte over den subjektive retts begrep.

Imidlertid er det et faktum, at de subjektive rettigheter ennu ikke er forvandlet til plikter. Men at en slik lære overhodet har kunnet fremsettes, viser hvordan de subjektive rettigheter har skiftet karakter, har skrumpet inn av omfang og sosialisert sig i sitt innhold. At funksjonens begrep ikke lenger er de subjektive rettigheter helt fremmed, og at det følger visse samfundsmessige forpliktelser med å sitte med subjektive rettigheter, viser f. eks. mange av de lover som krigen gav anledning til. I tider hvor nød og krig truer, vokser samfundstankens makt og samfundets krav overfor de subjektive rettighetshavere til mangedobbelt styrke. At da disse i form av plikt til dyrkning f. eks., må ta konsekvensene av at deres rett hviler på samfundsmessig grunnlag, støter ikke på nogen måte den moderne rettsbevissthet.

Rettsordnens prinsipielle syn på de subjektive rettigheter har derfor undergått en gjennomgripende forandring. Og denne prinsipielle frontending har i alle land dradd praktiske konsekvenser etter sig. Selvsagt har ikke utviklingen vært like rask i alle land. Retningen har vært den samme, men dels har de historiske utgangspunkter eller rettslivets mekanisme vært forskjellige, dels har den økonomiske utvikling ikke overalt vært like sterk, dels har den individualistiske ånd hatt mer eller mindre sikkert feste i rettsbevissheten. Men om enn således ikke innhuggene i de subjektive rettigheter allesteds har vært like kraftige, *absolutte* er disse rettigheter i nutiden ingensteds.

Hvis nu disse innskrenkninger bare var av objektiv karakter, vilde den skisserte rettsutvikling vært denne avhandling uvedkommende. Men så har ikke vært tilfelle. Angrepet er ført med dobbelt front. Dels objektivt, slik at den adgang til rådighet som retten gir, er blitt beklippet etter ytre og abstrakte merker; eksempel: vår nabolov. Dels har rettsutviklingen begrenset de subjektive rettigheter innenfra: den har knyttet rådighetsutøvelsen til visse subjektive forutsetninger, en viss interesse, eller en viss hensikt, slik at rådigheten bare har karakter av rettsutøvelse, når disse subjektive forutsetninger er i orden.

Ikke i alle land har det vært lagt den samme vekt på disse angrepsfronter; mens enkelte lands rett har ført det avgjørende støt frem ad den objektive, abstrakte linje, har andre også funnet å burde reformere den subjektive rett innenfra. Det er dette siste spørsmål



som i den seneste tid har stått på dagsordnen i alle land, og det er dette som jeg for norsk retts vedkommende vesentlig skal beskjeftige mig med.

Men før jeg drøfter vår retts stilling, vil jeg gi en oversikt over fremmed rett, spesielt den franske, fordi denne i sin famlende lære om «abus de droit» er særlig lærerik. Jeg kommer forresten under fremstillingen av den fremmede rett ikke slavisk til å begrense mig til de subjektive rettigheter i teknisk forstand, fordi dette begrep ikke tas i samme strenge betydning i alle land; et forsøk på å legge vår gjengse terminologi til grunn for undersøkelsen, og skille ut de tilfeller som etter denne ikke falt inn under begrepet, vilde nemlig lett lede til at utviklingens organiske sammenheng blev brutt, og det billede jeg gir av denne, derfor fortegnet.

Ser man på rettsutviklingen i alle land, blir man slått av at tvisten krystalliserer sig om et bestemt punkt, hvor på den ene side den individualistiske tradisjon er særlig sterk, mens på den annen side de nye sociale behov her med særlig styrke krever en begrensnig. Det er om eiendomsretten striden har stått, og særlig da om retten til fast eiendom; opfatningen av eiendomsretten har vært res judicata for de andre subjektive rettigheter.

At det er rådighetsrettighetene og ikke fordringsrettighetene, hvis innhold har måttet beklippes, har bl. a. sin grunn i, at disse siste efter sin natur er tydeligere avgrenset. Nogen særlig fare truer heller ikke samfundet ved deres utøvelse. Anderledes med rådighetsrettighetene, hvis prototyp er eiendomsretten. Her krevet de voksende sociale hensyn bydende en innskrenkning i eierens rådighet, og sterkest lød kravet der, hvor eierens monopoladgang er tydeligst, og hvor objektet for hans rett er mest uundværlig for samfundet, nemlig ved de faste eiendommer. Ved å følge eiendomsrettens utvikling følger man i virkeligheten den subjektive retts utvikling overhodet.

## § 10. Fortsettelse. Fremmed rett.

### I. Fransk rett.

1. I Frankrike feiret læren om de individuelle, ukrenkelige rettigheter som grunnlag for hele rettsordnen sine største triumfer. Her var det at menneskerettighetenes erklæring stemplet eiendomsretten som sacré et inviolable, mens Code civil art. 544 erklærte dens omfang

å være absolutt. Og de andre subjektive rettigheter fulgte med efter evne. De blev av teorien fremstillet som absolutte, nogen grenser kunde ikke trekkes hverken utenfra eller innenfra.

Denne stilling hevdet de lenge; hverken teori eller lovgivning søkte på nogen måte å komme dem tillivs. Den franske civilrettsvidenskap hensank som bekjent i en hundreårig dvale etter 1804, i dådløs og åndløs beundring av Code Napoléon. Civilistene dannet skole, «Les interprètes du code civil», og det som bandt skolen sammen var dels dens stoff, dels dens metode. Metoden uttrykte Demolombe: «Les textes avant tout!» Forskningsområdet angav Bugnet: «Je ne connais aucun droit civil, seulement le code Napoléon». Endog videnskapsmennes titer var formet etter skolens program; den beste og mest klassiske fremstilling av den franske civilrett, som det 19. århundre frembragte, er ifølge titelbladet skrevet av Aubry et Rau, «Professeurs du code Napoléon»<sup>1)</sup>. At denne skole, som hersket i Frankrike inntil forskere som Saleilles og Gény litt før århundreskiftet rusket civilretten op av dens dvale, ikke var syndelig lydhør overfor den nye tids endrede opfatning av de subjektive rettigheter, sier sig selv. Støttet til naturrettens opfatning av eiendomsretten som «sacré et inviolable» og til code civil, som likeledes var «sacré et inviolable», avviste de enhver tanke på en begrensning av eiendomsrettens rådighetsinnhold. Setningen: Qui suo jure utitur o. s. v. hyldet de uten reservasjon. Endog den gamle chikaneregul, som dog hadde vært hevdet i den franske jurisprudens' glanstid, f. eks. av Guy-Coquille og Domat, søkte man dels å ignorere, dels å redusere mest mulig. «Comme sur tant d'autres questions, la doctrine a été l'extrême arrière-garde du mouvement juridique contemporain», sier Josserand, ikke uten rett, om teoriens stilling til de subjektive rettigheter.

Men lykkeligvis for Frankrike var andre av de faktorer som arbeider med rettens fremgang, mer lydhøre og mindre autoritetsredne. Jeg sikter ikke til lovgivningen. Sparsomt har denne rettskilde flytt siden Code, og har den franske teori vært «l'extrême arrière-garde» i rettsutviklingen, kan lovgivningen rose sig av ikke å ha vært mange hestelengder foran. Den franske *praksis* er det som har tatt teten, og som har vist en beundringsverdig evne til å lede

---

<sup>1)</sup> At denne videnskapens lojale holdning overfor loven, og særlig overfor lovgiveren, allikevel ikke var tilstrekkelig til å sikre den selvherkerens yndest, viser den bemerkning Napoleon lot falle, da han fikk høre at den første kommentar til code Napoléon var utkommet: «Mon code est perdu!»

rettsutviklingen i det spor som det praktiske liv krevet. Mens teorien gjentok og gjentok sitt «les textes avant tout», og endog i almindelighet nektet sedvanerett og rettspraksis karakteren av rettskilder, undergikk en rekke fundamentale prinsipper og rettsinstitutter i praksis en gjennomgripende forandring. Mens de administrative domstoler litt efter litt omformet hele administrativretten, utviklet civildomstolene sin lære om «abus de droit».

Å studere denne rettsutvikling i dens detaljer er uhyre interessant. For ikke helt å sprengre avhandlingens ramme må jeg her rezensere på dette. Bare skjematisk kan jeg fremstille hvordan den gamle lære om rettighetenes absolutte karakter er brutt, og hvordan det likeså gamle dogme om at motivet er indifferent for rettsutøvelsen, har slått følge. Med fin og skarp forståelse av rettslivets behov, og av den endring som rettsbevisstheten og rettsfølelsen har undergått i det 19. århundre, har «la jurisprudence» skapt sin lære om abus de droit. Dobbelt beundringsverdig er den innsats som den franske praksis her har gjort, når man husker dens stilling til teorien. Komplette uten støtte i denne har den skapt sine regler. Det naturlige tillitsforhold som bør herske mellom teori og praksis, var erstattet av et krigsforhold: ikke engang nøitralitet kunde praksis vente sig fra teoriens side under sitt rettsskapende arbeide.

Med stolthet peker derfor nu iallfall de yngre av de franske forskere på det arbeide som praksis har ydet under utarbeidelsen av læren om abus de droit, knesetter teorien, og mener at den «marque une étape dans l'évolution de la conscience juridique de notre pays»<sup>1)</sup>. I denne utvikling har også andre land slått følge.

2. Det kan dog ikke nektes, at de ugunstige vilkår hvorunder praksis har utdannet sin lære, har satt spor i denne. Skal praksis lykkelig løse sin store oppgave, å lede rettsutviklingen, trenger den teoriens hjelp. Hjelp til å se alment på sine resultater, til å klarlegge rekkevidden og konsekvensene av sine avgjørelser, kort sagt, til å se enkeltavgjørelsene, om ikke sub specie æternitatis, så dog under den samlede retts synspunkt. Videre trenger praksis hjelp til å dissekere enkeltavgjørelsen i sine enkelte deler for å finne de forskjellige juridiske kilder som flyter sammen i denne, og til å gruppere dem der hvor de hører hjemme.

Det har stått klart for den franske praksis at læren om de absolutte rettigheter måtte falle; men den har ikke vært klar over at angrepet måtte komme fra to kanter: utenfra og innenfra. Utenfra,

---

<sup>1)</sup> Porcherot: De l'abus de droit, s. 157.

fordi den stadig sterkere friksjon mellom individenes rettssfærer, av hensyn til det almene vel krevet en generell innskrenkning i rettighetshaverens rådighet, bestemt efter rent objektive merker. Og dernest en innskrenkning innenfra, fordi den utvikling som rettsbevisstheten har undergått, forlangte at rettighetenes grunn også skulde prege sig i deres struktur og omfang.

På to fronter skulde altså kampen stått, og som rettsutviklingen annetsteds har vist, er det helt forskjellige rettslige synspunkter som ligger til grunn i de to retninger. Likeledes er de resultater som man vilde kommet til på de to fronter, så forskjellige, og avhengige av så forskjellige rettslige kriterier, at de ikke rasjonelt burde sammenfattes under ett begrep. Hos oss har lovgivningen grepet inn med en generell og ytre begrensning av rettighetenes rådighetsinnhold, og nogen sammenblanding av denne grense og en eventuell indre og subjektiv begrensning, har vi lykkelig undgått.

Anderledes i Frankrike. Lovgivningen tidde, og henholdt sig til Code civil art. 544. Teorien avviste enhver tanke på begrensning. Hvad under da, at rettspraksis under trykket av rettsutviklingens krav om at rettighetene måtte begrenses både utenfra og innenfra, fulgte kravet, og uten teoriens veiledning søkte et felles synspunkt for begge begrensninger, og prøvet å sammenfatte sine resultater i en felles formel, «abus de droit». Og som det alltid går når forskjelligartede fenomener søkes bragt inn under en felles ramme, har det også her vist sig at begrepet blir heterogent. Det blir vanskelig eller endog umulig å angi dets kriterier. Da derfor teorien endelig observerte den rettsutvikling som hadde funnet sted, og som stadig fortsetter, viste det sig vanskelig å gi de regler som praksis hadde utformet, en fast form og grense, likesom man famlet efter de kriterier som knyttet de forskjellige abus-tilfeller sammen.

En annen grunn til at abus-læren ikke er blitt fast i innholdet og sikker i sine begrepsmerker, er at «abus» efter praksis kan foreligge ved alle handlinger, ja endog ved undlatelser. (Se Sirey 1905. 2. 17). Det sondres ikke mellom misbruk av de subjektive rettigheter, og spørsmålet om hvorvidt handlinger, som i almindelighet er tillatt, kan bli rettsstridige på grunn av de motiver der har drevet handlingsmannen. Som jeg nedenfor skal vise, står imidlertid spørsmålet om f. eks. skadehensiktens betydning, i en annen stilling ved de subjektive rettigheter enn ved de almindelige, tillatte handlinger. At den franske praksis har kunnet overse denne forskjell, har sin grunn i den vide og svevende opfatning av begrepet «subjektiv rett», som er eiendommelig for fransk rett.

Og enda lider teorien av en tredje svakhet: Den fester fortrinsvis øiet på at misbruk leder til erstatningsplikt, og interesserer sig ikke for — eller er ikke engang opmerksom på — det viktige prinsipielle spørsmål, om hvordan misbrukene forholder sig til grensen mellom de tillatte og de forbudte handlinger. Karakteristisk i denne henseende er Riperts uttalelse: «La question de l'abus des droits apparaît ainsi comme une pure question de responsabilité civile» (Revue critique 1906, s. 366).

Forklaringen til disse svakheter er på alle punkter den samme, abus-lærens eiendommelige tilblivelse; den er skapt av praksis uten teoriens nødvendige fødselshjelp. At på denne måte abus-teorien ikke har bragt frem til full klarhet de rettstanker den gjemmer, er beklagelig; men det er teorien og ikke praksis, som må ta det tunge ansvar for dette.

Den franske lære om abus de droit er derfor langt fra rettsordnens siste ord. Den vil imidlertid beholde sin store verdi i kraft av det sikre rettsinstinkt som fransk rettspraksis har vist ved utformningen av sine enkeltresultater.

3. Skal man søke å gi en kortfattet oversikt over det område som reglen om abus de droit behersker, er det naturlig å stille i spissen de tilfeller, hvor rettspraksis har tilkjent erstatning for bruk av fast eiendom, når bruken kun har til hensikt å skade. Det er den gamle chikaneregul, som praksis har håndhevet. Vi står her overfor en vesentlig side av abus-læren, efter manges mening endog den centrale. Jeg nevner nogen av de viktigste dommer:

Dalloz 1856, 2. 9. En eier hadde plasert en falsk skørsten på sitt hus for å sperre naboens utsikt.

D. 1856. 2. 199. Gravning på egen grunn for å tørre ut naboens kilde.

D. 1873. 2. 185. Eieren arrangerer et fryktelig spetakkel på sin eiendom for å skremme vekk vilt som naboen jager.

Sirey 1904. 2. 217. Eieren fører op et enormt plankegjerde og besmører det med bek, forat naboen skal stenges ute fra lyset. Disse tilfeller blev samtlige bedømt som abus, og kriteriet var skadehensikten.

Også i S. 1910 2. 38 forutsettes den nevnte rettsregel.

Skadehensikten har også dels alene, dels sammen med den grove uaktsomhet, figurert som kriterium på et annet, helt forskjellig rettsområde, hvor også abus-læren er anvendt, nemlig retten til å anlegge process. Allerede en dom av 12/7 1823, avsagt av Tribunal civil de

Toulouse, dømte en mann til erstatning, som idet han hadde valget mellom å søke sin motpart ved flere verneting, i skadehensikt valgte det som var det vanskeligste for motparten. Videre er det ved en rekke dommer avgjort, at den som anlegger process i bevisst ond tro, ikke bare — hvad det ellers er tilfelle i fransk rett — skal betale motpartens processomkostninger, men full erstatning.

Eks.: D. 1891. 1. 193. og S. 1911. 1. 471. I den første dom uttales det, at hvis den som anlegger sak enten er «malicieux» eller handler grovt uaktsomt, skal han betale erstatning. En fast rettsbruk antar det samme ved ugrunnet appel (eks. D. 1900. 1. 159.) og ved eksekusjon (eks. D. 1895. 1. 529.).

Disse tilfeller opfattes altså som misbruk av retten til å anlegge process, en «rett» som da tenkes oprinnelig å være ubetinget, uavhengig av materiell rett hos saksøkeren, eller tro på denne<sup>1</sup>). Såvel i anvendelsesområde som i kriterium, er som det sees dette abus-tilfelle vesentlig forskjellig fra det foran nevnte.

I en rekke tilfeller i kontraktsforhold, hvor den ene part har rett til å tre ut av forholdet, har praksis slått fast, at misbruk av denne rett foreligger, hvis opsigelsen finner sted uten rimelig grunn, og uten legitime motiver.

Code civil art. 2004 sier f. eks.: «Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble». Praksis (f. eks. D. 1892. 2. 51. og D. 1895. 2. 431) anser ham allikevel erstatningspliktig, hvis hans plutselige opsigelse ikke forklares av motiver som er plausible.

Code civil art. 1865 gir hvert medlem av et «société» rett til å tre ut; art. 1869 jfr. 1870, innskrenker dog denne rett slik, at opsigelsen må være skjedd «de bonne foi», og ikke foretatt «à contretemps». Praksis (eks. D. 1893. 2. 21.) utvider dette til å gjelde alle tilfeller hvor motivet ikke har vært legitimt.

Code civil art. 1780 bestemmer at «le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes». Dog har motparten i visse tilfeller rett til erstatning. En sikker praksis<sup>2</sup>) har slått fast, at dette er tilfelle når den opsigende part manglet legitime motiver.

Code civil tillegger ikke forlovelser rettslige virkninger. Prak-

---

<sup>1</sup>) Også den rettsstridige tvang opfattes som et misbruk av den personlige frihet.

<sup>2</sup>) Se f. eks.: S. 1911. 1. 444, S. 1912. 2. 248, S. 1913. 1. 316, S. 1914. 1. 216, S. 1915. 1. 47.

sis (eks. D. 1893. 2. 183) tilkjenner dog kvinnen erstatning, når opslaget skjer uten legitim grunn. Den rett som tilkommer en far til å nekte samtykke til sitt barns giftermål, kan også iflg. praksis (S. 1909. 2. 310) være gjenstand for misbruk, når faren ikke har en gyldig grunn til sin holdning.

De i § 6 nevnte tilfeller, hvor praksis har erklært streik og lockout eller boikott for rettsstridige, fordi de fulgte andre formål enn dem som lovgivningen anser for legitime, hører likeledes hit.

Også for bruk av fast eiendom foreligger dommer som søker kriteriet på abus, ikke i det positive moment, skadehensikten, men i det negative: fravær av legitime motiver, av berettiget interesse. D. 1902. 1. 454 tilkjenner f. eks. erstatning til en mann, hvis nabo hadde gravet på sin grunn så at hans kilde var tørret ut. Nogen skadehensikt forelå ikke, men den gravende eier forstod at følgen måtte bli som den blev, og han hadde ingen «alvorlig interesse» i gravningen.

Endog *undlatelser* kan efter praksis' opfatning lede til erstatningsplikt, når de ikke motiveres av legitime grunner, men trer frem som et misbruk av «retten til passivitet». En cassation av 7. mai 1902 avgjorde f. eks. følgende tilfelle: Et jernbaneselskap skulde levere noen vogner efter varsel og med en viss frist. Selv om levering finner sted innen fristen, sier dommen, kan jernbaneselskapet bli erstatningspliktig «s'il était établi, que dûment averti, elle eût abusé des latitudes» og derved voldt skade. Og en høist interessant og betydningsfull dom i S. 1905. 2. 17 tilkjente en fagforening erstatning, fordi en arbeidsherre ved å erklære at han ikke vilde ha organiserte arbeidere i sin tjeneste, hadde bevirket at flere arbeidere meldte sig ut av fagforeningen, og derved hadde voldt denne tap. Selv den tilsynelatende mest absolutte rett av alle, «retten til å undlate å inngå kontrakt», kan misbrukes når motivet til undlatelsen er illegitimt. «Les principes généraux du droit conduisent à limiter cette faculté; que si, par exemple, on ne peut la contester, quand il s'agit pour le patron de sauvegarder un intérêt, on doit la dénier quand l'intérêt du patron, n'étant pas en jeu, il s'agit simplement de nuire au syndicat, mis par lui à l'index. Que d'ailleurs vainement les patrons viendraient dire: Il est toujours de notre intérêt de nuire aux syndicats ouvriers. Que la justice ne saurait entendre de telles paroles de combat social et de lutte contre une loi». Det samme standpunkt inntok domstolen i S. 1909. 2. 323.

Samme synspunkt har praksis også anlagt overfor misbruk av ordets eller pennens frihet. En kritiker har ikke lov til å skade

ved sin kritikk, hvis han ikke er ledet av saklige grunner. En romanforfatter skal ikke benytte sin kunstneriske frihet til lumskelig å æreskjenne eller skade sine medmennesker ved å innføre dem i sine bøker, lett maskert. En utgiver av en reisehåndbok eller innehaveren av et kredittopplysningsbyrå har ikke lov til å tale nedsettende om etableringer, medmindre han drives av saklige og legitime motiver.

Fra en fullstendig annen sfære og ut fra helt andre betraktninger enn de føregående, er derimot følgende abus-tilfeller hentet:

D. 1861. 2. 212. Her blev erstatning tilkjent for tilsmussing av en kilde. Kriteriet synes å være, at en bruk som *gikk ut over det almindelige*, ikke kunde være tillatt.

Likeså D. 1902. 2. 95. hvor der søktes erstatning for den skade som anlegget av et tuberkulosesanatorium hadde påført naboene. Også her var kriteriet: den unormale utøvelse av eiendomsrådigheten<sup>1</sup>).

Endelig finnes eksempler fra praksis, hvor f. eks. det forhold at en mann har foretatt en i og for sig rettmessig handling, men uten å vise den forsiktighet som kreves, er blitt karakterisert som abus de droit.

4. Denne rike og eiendommelige lære kunde naturligvis ikke i lengden helt ignoreres av teorien, som et uhjemlet og uriktig påfunn av praksis. Den gamle, klassiske opfatning av sedvanerettens og dermed «la jurisprudence's» oppgave falt, og mer eller mindre mot sin vilje måtte teorien erkjenne abus-læren som en del av fransk rett, og den så sig stillet overfor den vanskelige oppgave å klarlegge læren også teoretisk, søke dens grenser og dens legislative grunnlag, fastslå abus-begrepets kriterier, dets plass i rettslivet og følgerne av at man gjorde sig skyldig i abus.

Den franske teori har modig tatt fatt, og ikke liten er den literatur som har behandlet dette begrep<sup>2</sup>). Nær sagt alle civilrettsforfattere av nogen betydning har gitt sitt bidrag til emnets be-

---

<sup>1</sup>) I samme retning S. 1908. 2. 135, S. 1913. 2. s. 83 og 55, S. 1914. 2. 155.

<sup>2</sup>) Se f. eks. literaturfortegnelsen hos Baudry Lacantinerie & Barde, Des obligations (3. utg.) IV. s. 538 n. I, eller i Apperts note i Sirey 1904. 2. 217. Av senere literatur kan nevnes to thèses av Roussel (1913) og Martinesco (1920) som dog ikke inneholder noget av betydning.



lysning. Men det kan ikke sies at det er lykket teorien å bringe abus-læren frem til full klarhet og sikkerhet, og nyttiggjøre sig det fonn av rettstanker som praksis har uttalt. Grunnen er en dobbelt: Stoffet forelå på grunn av teoriens ovenfor nevnte passivitet under abus-lærens dannelse, i en vanskelig tilgjengelig og helt ubearbeidet form. En kritisk siktnng og systematisk behandling av stoffet skulde derfor synes å være teoriens første oppgave. Der trengtes en dissekering av begrepet abus de droit, hvorunder dets heterogene sammensetning uvegerlig vilde kommet for dagen.

Men teorien har dessverre valgt en ganske annen vei. Mens den før helt ignorerte abus-lærens tilværelse, har den nu ligeså umotivert snudd helt om, og har stort sett uten videre knesatt abus-begrepet i den skikkelse praksis har gitt det. Mig bekjent foreligger der — med en enkelt undtagelse, hvorom nedenfor side 183 — intet alvorlig forsøk på å løse abus-begrepet op i sine enkelte faktorer, på å se hvilke forskjellige rettstanker som i virkeligheten skjuler sig i det store sekkebegrep, abus de droit.

Ingen har på tilstrekkelig effektiv måte skåret hull på sekken. Isteden har teorien så godt den har kunnet søkt å avfinne sig med begrepet i den form praksis har gitt det; at resultatet er blitt magert behøver neppe å sies. Både når det spørres om kriteriene på abus, om abus-lærens betydning for rettsstriden og for den subjektive rettsbegrep, og om virkningene av at abus foreligger, frembyr teorien en broket meningsforskjell, eller for å uttrykke mig mindre parlamentarisk, en kaotisk forvirring.

Der gis for det første enkelte — men ikke mange — forfattere, som helt stiller sig på den gamle grunn, holder på rettigheter som er mer eller mindre absolutte, og forkaster hele abus-læren som en vederstyggelighet. Som representanter for denne opfatning nevner jeg Bufnoir, Esmein og Baudry Lacantinerie et Barde.

I sitt verk «Propriété et contrat (1900) s. 807/9 avviser visstnok ikke Bufnoir den tanke at en viss bruk av en rett kan være rettsstridig, men han gjør en uttrykkelig reservasjon for eiendomsrettens vedkommende.

I en note i Sirey under cass. 29/6 1897 bryter Esmein staven over hele abus-læren. Han ser med praksis hovedkriteriet på misbruk i skadehensikten, og protesterer bestemt mot at rettens profane hånd skal strekke sig inn i individenes sjæleliv: «En entrant ainsi dans la recherche des intentions, en professant qu'un droit, malicieusement exercé, quoique sans aucune manœuvre dolosive, peut donner lieu à des dommages-intérêts, on substitue, nous le craignons,

la faute morale à la faute juridique, et on transforme nos juges en censeurs». Og Baudry-L. et Barde hevder, «nous inspirant de notre éminent collègue M. Esmein», at hele abus-læren er forfeilet og likefrem overflødig, når man «s'attache à cette idée générale, que tous les droits ont des limites» (s. 542); hvilke disse grenser er, sies dog ikke.

Også blandt de forfattere som aksepterer den abus-lære som praksis har utformet, er det imidlertid — som rimelig kan være — stor uenighet om det avgjørende kriterium på abus. Helt objektivt og generelt, alene etter ytre merker, vil Ripert bestemme abus-begrepet (note i D. 1907. 1. 386). Misbruket begynner, når et individ «par le développement excessif, *anormal* de son activité, de sa liberté ou de sa propriété, a entravé le développement normal de la liberté ou de la propriété d'autrui. Finalement, l'abus d'un droit, ce serait *l'exercice anormal* de ce droit».

Andre — særlig Ferron og Charmont — vil se dette kriterium alternativt med skadehensikten, som det begrepsmerke som praksis legger vekt på. I en note i Sirey 1905. 2. 17 hevder Ferron, at «sous cette expression (abus de droit) se cachent deux théories très différentes», skjønt begge gjør front mot setningen «qui suo jure utitur». Den ene er en objektiv teori, som begrenser rettigheten av hensyn til andres motstående rett, og abus betyr i denne forbindelse: *usage excessif*. Men videre har praksis antatt, som det uttrykkes i en dom i S. 1893. 1. 41, at «l'usage d'un droit cesse d'être licite, lorsqu'il a pour unique mobile la volonté de nuire à autrui.» Her betyr da abus: *usage malicieux*.

I sin bok: *Les transformations du droit civil* (1912) er Charmont også kommet til at dette resultat er riktig: «C'est abuser de son droit, que d'agir dans l'intention de nuire, ou ne pas user de sa propriété dans des conditions normales» (s. 208).

Hovedmengden av forfattere ser dog kriteriet utelukkende i subjektive forhold fra handlingsmannens side. Og det avgjørende begrepsmerke er, at retten, som det sies i en anonym note i Sirey under cass. 9/6 1896, er «exercé uniquement dans une intention malicieuse, dans le but de nuire à autrui, sans aucun profit pour l'auteur de l'acte»<sup>1)</sup>. Enkelte av teoriens menn legger ensidig vekt på *skadehensikten* (f. eks. Jossierand); majoriteten derimot likestiller hermed andre tilfeller, hvor handlingen har vært *blottet for legitime motiver*.

Således f. eks. Saleilles i sine siste uttalelser om abus i Bulletin

---

<sup>1)</sup> Jfr. også to uttalelser i domspremisser, som Barde citerer (l.c. s. 538).

de la Société d'études législatives 1905, s. 348/49: «Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit». Lignende synsmåter hadde allerede Duffau-Lagarosse utviklet i Revue critique 1899. Til samme resultat kommer også Sourdat i sitt store verk: Responsabilité I, s. 427 (2. utg.) og i virkeligheten også Planiol. (Traité élémentaire de droit civil, (3. utg.) II. s. 288).

Med hensyn til den måte hvorpå hensikten eller interessen skal konstateres, hevder Saleilles at undersøkelsen av interessen skal skje «sous une forme purement objective» og Planiol mener, at det avgjørende er om handlingen er «inutile pour son propriétaire et dommageable pour autrui». Om den dessuten er «inspiré par une idée méchante» er likegyldig.

Ennu et forsøk på å angi misbrukets kriterium skal nevnes. Det er Saleilles oprinnelige opfatning, som han gav uttrykk for i sin Étude sur la théorie générale de l'obligation, (2. utg. s. 371 ff.): «L'abus de droit est l'exercice anormal du droit, exercice *contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif*, exercice *réprouvé par la conscience publique*». Også Charmont sluttet sig i en artikkel i Revue Trimestrielle 1902 til denne lære, som altså anså misbruk for å foreligge, overalt hvor retten var brukt i et formåls tjeneste, som ikke var det rettsordnen hadde hatt for øie, da retten blev innrømmet. «La détermination du but économique, social du droit exercé, peut être un meilleur critérium» (enn skadehensikten, som ikke dekket alle tilfeller av abus).

5. Man ser av denne oversikt, at det franske abus-begrep just ikke er preget av den krystallklarhet, som efter sigende skal være den galliske ånds privilegium. Det er ikke langt fra at antallet av de kriterier som anføres, faller sammen med antallet av de forfattere som har uttalt sig om emnet. Ja flere forfattere nevner alternativt flere forskjellige kriterier som innbyrdes intet har med hverandre å gjøre, andre (Saleilles og Charmont) forlater sine tidligere begrepsbestemmelser og søker nye merker.

Den oppgave å samle alle abus-tilfeller i ett begrep, som skal gi uttrykk for en og samme rettstanke, er i virkeligheten uløselig. Latt i stikken av teorien, har praksis med stor finhet gitt uttrykk for de konkrete resultater som rettsfølelsen krever. Den har ikke sett at disse resultater ikke lot sig sammenfatte til én formel. Den har dannet et heterogent begrep «abus de droit», og sålenge teorien ikke er-

kjenner dette og søker å oppløse begrepet i sine enkelte faktorer, vil striden om abus-læren fortsette med like lite resultat.

6. Som teoriens menn ikke har kunnet enes om kriteriet på abus, er de heller ikke nådd til enighet om misbrukets følger, eller om dets stilling i forhold til den subjektive retts begrep.

I sine tidligere uttalelser om abus mener f. eks. Saleilles, at dette ikke er rettsstridig, og at det er forskjell på abus og mangel på rett. En handling som er foretatt under misbruk av en rett kan ikke forbys, men gir bare anledning til erstatningsplikt. Praksis er ikke enig heri, og Saleilles har da også senere fraveket sitt første standpunkt, og erkjenner i det citerte foredrag i 1905<sup>1)</sup>, at abus er rettsstridig, og burde derfor kunne gi anledning til preventive foranstaltninger. Heri er også de fleste forfattere enige.

Imidlertid kan ikke den samme enighet konstateres, når det spørres om man ved å misbruke en rett også overskrider dennes grenser. Mens forfattere som Jossierand og Tissier (*Revue critique* 1904 s. 509) skarpt fremhever, at det må sondres mellom rettens grenser — som er objektive og uelastiske — og det mål som forfølges ved handlingen, og på grunnlag herav mener at misbruket dog holder sig innen rettighetens ramme, hevder Planiol og med ham Baudry-L. et Barde og Esmein, at «le droit cesse où l'abus commence». Uenigheten skriver sig visstnok dels fra en lite energisk opfatning av begrepet «rettsstrid», dels av en svevende bestemmelse av begrepet «subjektiv rett». Jeg skal senere komme nærmere tilbake til dette spørsmål.

Som et resumé av denne merkelige lære om abus de droit, som i administrativretten har hatt sin parallell i læren om «détournement de pouvoir», må det da sies: Den er utformet av praksis med genial lydhørhet for de krav som samfundsutviklingen og den endrede rettsbevissthet stillet. I teoretisk henseende er den svak, idet den samler uensartede fenomener under samme rettslige synspunkt, og den egner sig derfor ikke til å danne grunnlaget for lovgivningens behandling av emnet.

## II. Tysk rett.

I den tyske borgerlige lovboks § 226 har man en lovbestemmelse, som meget bestemt uttaler sig om skadehensiktens betydning for utøvelsen av de subjektive rettigheter: «Die Ausübung eines Rechts ist

---

<sup>1)</sup> Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, s. 348—49.

unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen». Før denne regel uttrykkelig blev uttalt i lovboken, hadde det stått stor strid om dens eksistens blandt pandektistene. Den herskende mening var dog den, at «das gemeine Recht» kjente et almindelig forbud mot chikane under utøvelsen av de subjektive rettigheter. Windscheid<sup>1)</sup> uttrykker dette slik, at det er «unerlaubt ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben um dadurch einem Anderen zu schaden.» Regelsberger<sup>2)</sup> former setningen noget anderledes: «Wenn die Böswilligkeit aus den Umständen unzweideutig zutage tritt, so dass ein anderer Beweggrund ausgeschlossen ist, so entzieht die Rechtsordnung ihren Schutz, denn: *malitiosi non est indulgendum*». I lignende vendinger uttaler også Dernburg<sup>3)</sup> sig.

Uimotsagt var dog denne mening ikke. Wächter og Unger f. eks., benektet ikke at chikanøs rettsutøvelse i enkelte tilfeller kunde være forbudt, men de mente, at det ikke var riktig eller heldig å opstille en *almindelig* chikaneregel. I sin *Österreichisches Privatrecht I* (1892) s. 615 uttaler Unger i kraftfulle vendinger sitt prinsipielle syn på de subjektive rettigheters utøvelse: «Es ist in juristischer Beziehung in der Regel irrelevant, ob der Berechtigte von seiner Herrschaft einen vernünftigen oder unvernünftigen, einen sittlichen oder unsittlichen Gebrauch macht.» Og s. 616: «Die Ausübung des Rechts ist von den Motiven, welche den Berechtigten bei der Ausübung leiten, in der Regel unabhängig.» Dette gjelder også, når «die dem Berechtigten nutzlose, dem dritten schädliche Ausübung des Rechts aus blosser Chicane geschehen ist». Dog må Unger erkjenne at «das gemeine Recht» kjente undtagelser fra denne regel<sup>4)</sup>. Men disse undtagelser var ikke prinsipielle, men lot sig forklare «aus der besonderen Rücksicht auf Feldcultur.»

Endelig var det en gruppe jurister, blandt hvilke Ihering er den mest representative, som mente at heller ikke disse undtagelser var uttrykk for at subjektive momenter, in casu skadehensikten, begrenset rådighetsutøvelsen. «Ich halte jenes Verbot, weder für quellenmässig begründet, noch für legislativ brauchbar», sier Ihering i sine *Jahrbücher für die Dogmatik*, Bind 6, s. 104. Ved å opstille skadehensikten som kriterium begikk man den feil «dass man einem objectiven Gegensatz einen subjectiven Ausdruck gibt»; objektive momen-

---

<sup>1)</sup> Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. utg. ved Kipp s. 602.

<sup>2)</sup> Pandekten s. 230.

<sup>3)</sup> Pandekten I. s. 393.

<sup>4)</sup> F. eks. 1. 2. § 9. D. 39. 3., 1. 1. § 12. D. 39. 3., 1. 38. D. 6. 1.

ter, interessen, rettsordnens objektive formål, var det som talte ut av disse rettsregler<sup>1)</sup>).

I det første utkast til B. G. B. — av 1888 — fantes hverken et almindelig eller spesielle chikaneforbud.

Heller ikke det annet utkast, av 1895, inneholdt noget sådant, skjønt Gierke i sin skarpe kritikk av det første utkast hadde anbefalt reglen.

I det tredje utkast, som blev forelagt riksdagen, var det loptatt et forbud mot å utøve *eiendomsrett* i chikanøs hensikt. I riksdagskommissjonen som behandlet utkastet, blev dette forbud gjort almindelig, idet man istedenfor «Ausübung des Eigentums» satte «Ausübung eines Rechts». Slik blev setningen vedtatt, i form av lovbokens § 226.

Om denne lovbestemmelses legislative verdi hersker der sterk meningsforskjell i tysk rettslitteratur. Mens enkelte jurister mener at bestemmelsen er ujuridisk i sitt innhold og beror på en sammenblanding av rett og moral, finner andre reglen «selbstverständlich<sup>2)</sup>». Mens Planck i sin kommentar ser skjævt til den og finner det betenkelig at det i enkelte tilfeller er lagt i dommerens hånd å trekke grensen for de subjektive rettigheter, finner Hager<sup>3)</sup> at reglen i § 226 er plump og umedgjørlig, og binder dommerens hender altfor sterkt. Sammenlignet med den schweiziske civillovbok art. 2, er den «ein Misstrauensvotum gegen den deutschen Richter».

Enkelte av de fortolkningsspørsmål som paragrafen er ganske rik på, og som spesielt interesserer det formål som denne avhandling forfølger, skal i det følgende bli fremstillet i all korthet.

1. Enkelte forfattere<sup>4)</sup> har villet opfatte «Zweck»-begrepet i § 226 helt objektivt, uten enhver tilknytning til det handlende subjekt: en handlings «Zweck» skulde være en egenskap som var handlingen iboende, og som derfor var ganske uavhengig av handlingsmannens «Absicht». Det er dog almindelig erkjent, at dette objektive Zweck-

---

<sup>1)</sup> Hvordan romerretten har stillet sig til spørsmålet om den chikanøse rettsutøvelses tillatelse, er det fremdeles stor uenighet om. Likedan om den virkelige betydning — og begrensnig — av den setning, som man har trukket ut av et par romerske kildesteder: Qui suo jure utitur, neminem lædit. Se en oversikt over de forskjellige opfatninger hos Hager: «Schikane und Rechtsmissbrauch» (1913) s. 17 ff.

<sup>2)</sup> Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts (1913).

<sup>3)</sup> L. c. s. 136.

<sup>4)</sup> F. eks. Ramdohr: Rechtsmissbrauch (citert efter Hager), l. c., s. 66 ff.

begrep i enhver henseende er et misfoster, og at det utvilsomt er handlingsmannens hensikt som § 226 spør efter.

2. Å skade en annen må være det *eneste* «reale Zweck» for handlingen. Hvis skadehensikten optrer sammen med et annet motiv, blir handlingen ikke rettsstridig. Og dette gjelder ifølge Planck<sup>1)</sup> også om skadehensikten har vært hovedmotivet til handlingen. Dog må ikke også den annen hensikt som driver til handlingen, være misbilliget av rettsordnen.

Enkelte forfattere (Hölder: Erläuterung 3 a til § 226 og Dernburg: Bürgerliches Recht I § 34) vil utvide chikaneforbudet til tilfeller hvor «die Ausübung eines Rechts sich als ein närrisches, jedes vernünftigen Zweckes überhaupt entbehrendes Verhalten darstellt». Andre (Planck og Oertmann i sine kommentarer) protesterer mot denne utvidelse av paragrafen.

Derimot er det enighet om, at § 226 ikke forbyr enhver rettsutøvelse, fordi en moralsk betraktning misbilliger den, og spesielt ikke, selv om den skade som handlingen volder tredjemann, er overveiende i forhold til den nytte den representerer for rettighets-haveren.

3. Uttrykket «haben kann» har gitt anledning til stor strid. 3 opfatninger har her gjort sig gjeldende:<sup>2)</sup>

Først en rent objektiv teori, som hevder at hvis § 226 skal anvendes, må det overhodet efter menneskelige begreper være utelukket, at den handling det er tale om, kan ha annet motiv enn å skade. Det er i virkeligheten ikke det konkrete motiv og den konkrete handling som her undersøkes. Det kreves at handlingen in abstracto, handlinger av denne art, ikke kan tjene til annet enn å skade. Trefende uttrykker Oertmann denne teori slik: «Nicht allein eine wirkliche, sondern selbst eine problematische Verfolgung eigenen Vorteils, schliesst die Anwendung des § 226 aus<sup>3)</sup>».

Dernest den i teori og praksis herskende lære, som tillegger den virkelige og konkrete hensikt relevans, men forlanger at denne hensikt skal kunne konstateres ved en rent ytre betraktning av handlingen. I sin kommentar utformer Planck denne opfatning slik: «Das Gesetz will nicht, dass wenn die Ausübung verschiedene Zwecke haben kann, eine psychologische Untersuchung darüber stattfindende, welchen Zweck der Berechtigte in Wirklichkeit verfolgt habe».

---

<sup>1)</sup> Kommentar til § 226.

<sup>2)</sup> Se herom nærmere Hager l. c., s. 83.

<sup>3)</sup> Citert efter Hager, s. 84.

Endelig fremsetter Hager<sup>1)</sup> en rent subjektiv teori, idet han mener at uttrykket «haben kann» er synonymt med «hat», og bare er valgt for å antyde at dommeren må ha tilegnet sig den overbevisning, at det i det konkrete tilfelle ikke «kan ha vært» andre motiver enn skadehensikten tilstede.

4. At den rettsutøvelse som rammes av chikanereglen, derved blir erklært rettsstridig, er alle enige om. Uttrykket «Rechtsausübung» passer derfor ikke, når skadehensikt er tilstede. «Widerrechtliche Rechtsausübung ist überhaupt nicht mehr Ausübung eines Rechts, sondern eine rechtswidrige Handlung, die nur unter dem Scheine der Rechtsausübung auftritt»<sup>2)</sup>). Derimot har det vært livlig debattert, om det er selve den subjektive retts *innhold* som begrenses ved chikaneforbudet, eller om det bare settes en skranke for *rådighetsutøvelsen*. Windscheid-Kipp<sup>3)</sup> og Endemann holder sterkt på det første alternativ. Windscheid: «Es sind die Rechte selbst, nicht bloss ihre Ausübung, die durch dass sogenannte Schikaneverbot beschränkt sind»; og Endemann erklærer<sup>4)</sup>: «Es sei schlechthin undenkbar, dass die Rechtsordnung auf der einen Seite ein Recht unbeschränkt zuspreche, zugleich aber seine Ausübung für rechtswidrig erkläre».

En rekke forfattere, f. eks. Planck og Oertmann i sine kommentarer, hevder imidlertid at «das Schikaneverbot begrenzt nicht den Inhalt des Rechts, sondern beschränkt nur seine Ausübung» (Planck). Om muligheten av å opretholde denne mening vil senere bli talt.

Såvidt om B. G. B. § 226. Imidlertid inneholder lovboken også en annen artikkel av generelt innhold, som kunde tenkes å tillegges den umoralske hensikt betydning for rettsstridsgrensen, nemlig § 826. Den lyder: «Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise, einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet».

At nettopp hensikten er ett av de momenter, som aller virksomst påvirker den dom som «die guten Sitten» feller over en handling, er jo kjent nok; man kunde derfor tro at man her stod overfor en generell regel om hensiktens betydning for rettsstriden, en regel som måtte tillegges den største betydning. Imidlertid er det blitt

---

<sup>1)</sup> L. c. s. 88.

<sup>2)</sup> Windscheid-Kipp, s. 603.

<sup>3)</sup> L. c. s. 603.

<sup>4)</sup> Citert etter Hager, s. 108.



den herskende mening i Tyskland, både i teori<sup>1)</sup> og praksis, at § 826 bare pålegger erstatningsplikt for de handlinger den taler om, men ikke erklærer dem rettsstridige. Nogen direkte betydning for vårt emne har derfor § 826 ikke.

Den herskende mening står forresten ikke uimotsagt. Josef Kohler f. eks.<sup>2)</sup> går ut fra at, budet i § 826 direkte gjør de handlinger det rammer rettsstridige, idet den som krenkes ikke bare kan gjøre krav på erstatning, men også på «Ablassen der schuldhaften Tätigkeit». Dette var også Plancks mening i første utgave av hans kommentar, og til Planck har f. eks. Hager<sup>3)</sup> sluttet sig.

### III. Schweizisk rett.

I den schweiziske civillovbok av 1907 § 2 finner man følgende bestemmelse: «Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz».

Denne bestemmelse fantes ikke i det første utkast til lovbooken (1900). Dette inneholdt derimot i avsnittet om tingsretten en bestemmelse som minnet sterkt om B. G. B. art 226. «Er (der Eigentümer) kann von ihr (seiner Sache) jeglichen Gebrauch machen, der nicht offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, Anderen Schaden zuzufügen». I Forbundsrådets utkast (av 1904) blev denne bestemmelse strøket, og den almindelige setning i § 2 satt istedet.

Hvad det egentlig ligger i denne bestemmelse, og spesielt om den erklærer det «aaopenbare misbruk» av en rett for rettsstridig, er ikke ganske klart. Rettspraksis synes å ramme de tilfeller hvor rettsfølelsen føler sig krenket, uten å gjøre sig klart hvad det egentlig er det essentielle ved «misbruket», og om det dreier sig om rettsstridige handlinger eller ei.

Om dette siste spørsmål sier Egger i sin kommentar til § 2. «Durch den Missbrauch eines Rechts tritt einer in der Tat aus dem Kreise des rechtlich Erlaubten aus. Nur unterscheidet sich die Rechtsfolge hier und bei der unerlaubten Handlung: bei dieser ist der Schadenersatz das Wesentliche, hier in Art. 2, dass dem an und für sich bestehenden aber missbräuchlich angewendeten Rechte die Zwangswirkung, die sonst jedem Rechte zur Seite steht, es durch Klage zu verfolgen, versagt wird». Det synes efter dette som om art. 2, hvad der jo også kun ligger direkte i ordene, bare unddrar

---

<sup>1)</sup> Se f. eks. Oertmanns og Plancks kommentarer.

<sup>2)</sup> I Holtzendorffs Encyklopædie der Rechtswissenschaft, Bind II., s. 135.

<sup>3)</sup> L.c. s. 119 ff.

de rettsutøvelseshandlinger, som har karakter av misbruk, fra rettsordnens beskyttelse, uten direkte å forby dem.

Imidlertid fortsetter Egger: «Hervorzuheben ist, dass nicht ein Verbot gegen jeden Missbrauch des Rechtes ausgesprochen ist»<sup>1)</sup>. Her synes det å floresveve ham, at dog det åpenbare misbruk er forbudt. Allikevel blir Egger visstnok stående ved at heller ikke dette er tilfelle. Og selve misbruksbegrepet trekker han så snevre grenser for, at det ikke engang alltid foreligger, «wenn dass Motiv sich auf Böswilligkeit zurückführen lässt, so lange überhaupt noch irgend ein eigenes Interesse gefunden werden kann, aus dem heraus sich die Ausübung rechtfertigen lässt».

#### IV. Engelsk rett.

I engelsk rett med dens sterkt individualistiske og konservative preg, har hensikten eller overhodet motivet spillet liten rolle for bedømmelsen av en handling's rettmessighet, og spesielt må det sies å være den gjeldende engelske retts lære, at for utøvelsen av de subjektive rettigheter har det intet å si, om denne finner sted i et godt eller dårlig formåls tjeneste. «It is a settled general rule in our law», sier Pollock<sup>2)</sup> «that when an act is done in the exercise of a common right, the motive is immaterial». Og denne setning har, forsåvidt utøvelse av eiendomsrett angår, fått en eklatant sanksjon i et «leading case», Bradford Corporation v. Pickles i 1895. En eier hadde her latt underjordisk vann avlede fra sin grunn, ikke av hensyn til sine egne interesser, men utelukkende for å berøve sin nabo vannet. Allikevel fastslo House of Lords at hans handling ikke i den anledning blev rettsstridig. «No use of property which would be legal, if due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive, which is improper or even malicious» uttaler dommerne i denne sak<sup>3)</sup>. Og i saken Allen v. Flood (1898) hvor det var spørsmål om en boikottopfordring, rettet til en arbeidsgiver fra en arbeiderorganisasjon, blev det også tydelig fremhevet, at det ond-sinnede motiv her ikke fikk nogen betydning for rettmessigheten av handlingen.

---

<sup>1)</sup> Uthevet av mig.

<sup>2)</sup> The law of Torts (10. utg. s. 25). Se også artiklene «Malice» og «Torts» i «Encyclopædia of the Laws of England».

<sup>3)</sup> At denne rettsopfatning som visstnok må anerkjennes som den gjeldende i nutidens England, ikke alltid har vært eneherskende, viser en dom som Vinding Kruse citerer (l.c. s. 197), hvor det i sin tid blev avgjort at det var rettsstridig av en eier å avfyre skudd på egen mark, ikke med det formål selv å jage, men for å skremme viltet vekk fra naboens grunn.

Utenfor dette område — utøvelse av eiendomsrett eller kanskje subjektive rettigheter overhodet — hvor nedarvede fordommer om eiendomsrettens hellighet og om motivets irrelevans, særlig i et land som England er vanskelig å overvinne, har dog rettsordnen i ikke helt ubetydelig utstrekning lagt hensikten til grunn for sin bedømmelse av en handlingens rettmessighet. Dette innrømmes også av Pollock<sup>1)</sup>, skjønt det i engelske dommer finnes flere eksempler på at motivet i bred almindelighet frakjennes relevans for rettsstridens avgjørelse<sup>2)</sup>.

Som ovenfor er påvist<sup>3)</sup> har engelsk rett lagt avgjørende vekt på motivet under utformningen av sin lære om «Conspiracy», som i stor utstrekning blev lagt til grunn ved bedømmelsen av boikott, monopolsammenslutninger, streik o. l. fenomener fra de moderne interessekamper.

Og som et annet eksempel på ett av «the few cases in which proof of evil motive is required to complete an actionable wrong», nevner Pollock (s. 328) «action for malicious prosecution». Her må nemlig saksøkeren bl. a. bevise «that the proceedings of which he complains, were initiated in a malicious spirit, that is from indirect and improper motive».

Alt i alt kan det visstnok sies om den engelske rett, at den hvad eiendomsrettens utøvelse angår, frakjenner motivet enhver betydning. Utenfor dette område tillegger den iallfall i enkelte henseender motivet betydning for rettsstridsgrensen. Nogen prinsipiell benektelse av at hensikten nogen gang kan bli det avgjørende merke på om en handling er rettmessig eller ikke, inneholder engelsk rett således ikke.

#### V. Dansk rett.

Den danske retts stilling til spørsmålet om den chikanøse rettsutøvelses tillatelighet, skulde iflg. Jul. Lassen<sup>4)</sup> falle sammen med den regel som efter den herskende tyske teori ligger uttrykt i B.G.B. § 226. Anerkjennelsen av en subjektiv rett uten nærmere spesifisering av dens rådighetsinnhold, behøver ikke med sikkerhet bety mer, enn at «dens regelmæssige Udøvelse under regelmæssige Forhold ikke er retsstridig»<sup>5)</sup>. Beveger utøvelsen sig ut over denne ramme, må det komme an på en overveielse av de motstående hensyn, om den

---

<sup>1)</sup> L. c. s. 25 og 328.

<sup>2)</sup> «An act, which does not amount to a legal injury cannot be actionable because it is done with a bad interest,» sier f. eks. en dommer i 1853.

<sup>3)</sup> Se s. 112—3, 124—5, 135.

<sup>4)</sup> Obl. alm. del (3. utg. 1920), s. 261.

<sup>5)</sup> L. c. s. 260.

er rettmessig eller ikke. «Denne Overvejelse fører bl. a. til, at en for andre skadelig Udøvelse af Retten, for hvilket intet anerkjendelsesværdigt Nyttmotiv kan tale, maa være retsstridig»<sup>1)</sup>. «Men en Retsudøvelse er ikke retsstridig af den Grund alene, at den kun foretages for at skade en anden»<sup>2)</sup>).

## § 11. Fortsettelse. Norsk rett.

I. Også her i Norge har opfatningen av den subjektive rett endret sig på radikal vis i de hundre år som er gått siden 1814. Den steile individualistiske opfatning av den subjektive rett satt også hos oss i høisetet. Eiendomsretten var ikke mindre hellig og ukrenkelig her enn annetsteds, og dens innhold like absolutt og grenseløst.

Trofast og pietetsfullt voktet domstolene på at den hellige rett ikke blev hindret i sin utøvelse, og avviste alle forsøk på å begrense en eiers rådighet av hensyn til andres, og særlig da naboers rett. Om en eier graver på sin egen grunn, så et nabohus og en offentlig vei raser i dypet, har han ikke dermed gått utenfor sin rett, sa en upåanket overrettsdom i 1848. (Rt. 1848, s. 41). Også teorien hyl-det samme opfatning: I sin Tingsret s. 138 (3. utg.) lærer Brandt, at den eier over hvis grunn der hviler en veiservitut, kan sette bikuber langs veien, om enn servitutthaverens rådighetsutøvelse derved blir nokså problematisk.

Omkring midten av forrige århundre begynte dog den almindelige rettsbevissthet å ta farve av det nye sociale syn på de subjektive rettigheter, og man følte et sterkere og sterkere behov for å komme bort fra den rettsstilstand som kunde gi sig et slikt utslag som den nevnte dom av 1848. I lovens form brøt den nye rettsopfatning gjennom ved naboloven av 1887.

Det er ganske interessant å konstatere, hvor forskjellige de veier har vært, som i Norge og f. eks. i Frankrike har ført til omtrent de samme resultater. I Frankrike har rettspraksis, som var opmerksom på de endrede sociale forhold og på utviklingsretningen av den folkelige rettsbevissthet, skritt for skritt, ved riktige avgjørelser av enkelttilfeller uten sikkert teoretisk grunnlag, ledet retten fremover. I Norge derimot stod praksis steilt uforstående overfor det nye i rettsopfatningen, og kastet ved sin utvik-

<sup>1)</sup> L. c. s. 261.

<sup>2)</sup> L. c. s. 261, n. 29.

lingsfiendtlige holdning rettsbevisstheten sin hanske i ansiktet, og tvang denne til kraftig reaksjon, og til å skaffe sig uttrykk ad lovgivningens vei.

Jeg skal ikke her søke å avgjøre hvilken fremgangsmåte har vist sig å tjene rettslivet best. En fordel er det iallfall uomtvistelig at vår rettsordning kan rose sig av: Den holder skarpt ut fra hinannen den ytre, abstrakte beklippelse av de subjektive rettigheters rådighetsinnhold, og den begrensning av dette som tar sitt utgangspunkt i indre, subjektive kriterier. Mens f. eks. fransk rett under synspunktet «abus de droit», dels søker å føre den tillatte rådighet tilbake til hvad rettens normale bruk fører med sig, dels søker å hindre chikanøs rettsutøvelse, eller rettsutøvelse som ikke forfølger legitime formål, står norsk rett i den heldige stilling, at den ikke behøver å samle disse vesensforskjellige ting under ett synspunkt, som på forhånd er dømt til å bli skjævt.

Støttet til nabolovens spesielle bestemmelser og det prinsipp som den gjennomgående gir uttrykk for, har norsk rett nu vunnet frem til en brukbar ytre begrensning av eiendomsretten, og dermed av de subjektive rettigheter overhodet. Kun den *normale, almindelige* bruk av en rettighet, den rådighetsutøvelse som ytre sett bærer preg av å være den benyttelse som en rettighetshaver normalt gjør av sin rett, faller innenfor rettighetens ramme. Også for norsk rett kan man underskrive Jul. Lassens setning, at når der foreligger en subjektiv rett, vil dette bare si at den regelmessige rådighetsutøvelse under regelmessige forhold ikke er forbudt.

Allerede en slik setning viser at den gamle lære om de absolutte, subjektive rettigheter er død. Men den nevnte ytre begrensning er ikke den eneste som den moderne rettsopfatning påtvinger den subjektive rett. Det kan spørres om ikke en rådighetsutøvelse der ligger innenfor den ramme som i almindelighet er trukket for rettigheten, allikevel erklæres rettsstridig av indre grunner, og spesielt må det spørres — hvilket jo er gjenstand for undersøkelse i denne avhandling — om ikke den chikanøse rettsutøvelse, som bare har til hensikt å skade, faller utenfor rettens ramme.

II. Det er den vanskelighet ved det reiste spørsmål, at det kan hevdes, og har vært hevdet, at en slik rådighetsutøvelse nok er forbudt, men at dette i virkeligheten bare er utslag av langt videregående regler, som på betydelig mere effektiv vis innskrenker rettighetenes innhold innenfra. Hvis slike regler eksisterer, slukes nemlig chikanereglen av den mer vidtgående regel; skadehensikten er da bare et tegn på at rådighetsutøvelsen mangler andre karaktertrekk,

og det er da manglen av disse, og ikke i og for sig skadehensikten, som gjør rådigheten rettsstridig. Å anta noget annet vilde være å gjøre sig skyldig i samme feiltagelse som fluen, der tok plass på vognen og gledet sig over de støvskyer den frembragte.

Det er særlig to teorier som vil innskrenke den rådighetsadgang som de subjektive rettigheter gir anledning til, på en slik måte at chikanereglen blir overflødig. Den ene er *teorien om misbruk av retten*, slik som den forekommer i tysk og undertiden også i fransk rett, og som vil knytte rettsutøvelsen nøie til den interesse til hvis fremme rettigheten er tilstått: Bare de rådighetshandlinger som er foretatt til fremme av de formål som rettsordnen ønsker tilgodesett ved de subjektive rettigheter, faller innenfor disses ramme. Man ser lett at hvis en slik teori er riktig, blir det ikke bruk for nogen chikaneregulering. For det er klart at den interesse som her driver til handling, ikke er den som rettsordnen vil fremme ved å tilstå rettigheten. Før man derfor kan undersøke om chikanereglen gjelder hos oss, må det bringes på det rene om ikke den nevnte rettssetning, som helt sluker chikanereglen, er anerkjent i vårt rettsliv.

Men også en annen teori må først prøves, fordi den, hvis den er riktig, innskrenker den rådighetsadgang som tilkommer rettighetshaveren, ennu langt radikalere enn misbrukslæren gjør. Jeg sikter til *teorien om interesseavveilingen*, prinsippet som avgjør en handlings rettmessighet eller rettsstrid ved å veie mot hinannen handlingens nytte og dens skade. Teorien er av dens ophavsmenn, Goos og Getz, ikke spesielt anvendt på de handlinger som fremtrer som uttrykk for en rådighetsutøvelse i kraft av en subjektiv rett. Men apostlene har i dette tilfelle vist sig å være mere glødende i troen enn mesteren, og spesielt mere opsatt på å trekke konsekvenser og utvide anvendelsesområdet for de sannheter som har slått rot i deres sinn. Mens Goos og Getz nærmest vilde anvende sitt prinsipp til å avgjøre spørsmålet om de handlingers rettmessighet som utsetter rettsgoder for fare, ser Torp i det samme prinsipp den almindelige lov for handlefrihetens grenser. Og Stang trekker helt generelt prinsippet inn i de subjektive rettigheters sfære: «De grænser retsområdene har, er langt friere utformet end man før antok; interesseavveilingen bestemmer dem, og derfor bøier de sig efter de konkrete interesser»<sup>1)</sup>.

Det synes efter dette å være Stangs mening, at interesseavveilingen er en bindende norm for hver enkelt rådighetsutøvelse som den subjektive rett gir adgang til. Og han mener — hvilket også i al-

---

<sup>1)</sup> Erstatningsansvar s. 115. Uthevet av mig.

mindelighet er riktig — at denne regel gjør enhver chikaneregul overflødig. Det er denne teori som jeg i dette avsnitt skal undersøke, mens jeg under III. skal drøfte misbrukslæren.

Da imidlertid interesseavveilingsteorien, som jeg senere skal vise, ikke med nødvendighet leder til det resultat, at hver enkelt, konkret rådighetshandling må stå for prinsippet prøvelse hvis den vil beholde rettmessighetens preg, kunde det kanskje synes noget tvilsomt om Stang virkelig hevder denne opfatning. Ikke rettere enn jeg forstår, er dog dette tilfelle. Når en rettsutøvelse som ellers ligger innenfor rettighetens omfang, blir rettsstridig fordi den er foretatt i chikanøs hensikt, og dette oppfattes som et utslag av interesseavveilingen, kan dette neppe forsvares, medmindre det er den konkrete rådighetshandling som prøves. Var det rettens abstrakte omfang som forfatteren vilde ha bestemt ved en interesseavveiling, vilde nemlig ikke denne regel dekke og overflødiggjøre chikaneregelen, som nettop forbyr en rådighetshandling, skjønt den ligger innenfor den normale ramme for rettigheten, som den abstrakte interesseavveiling har trukket.

Helt avgjørende uttrykk for at det er meningen å bedømme rådighetshandlingene konkret, gir dog Stang<sup>1)</sup>, når han direkte hevder at chikanøs rettsutøvelse visstnok er forbudt, men grunnen til at handlingen blir rettsstridig i virkeligheten er den, at «den maa antages at ville gjøre væsentlig større skade end nytte.» Det er da dette siste moment, som jo gir uttrykk for en helt konkret bedømmelse av den enkelte rådighetshandlings virkning for samfundet, som efter Stang er det avgjørende moment.

Det er en meget radikal, for ikke å si revolusjonær opfatning Stang her hevder. Så vidt jeg skjønner, leder den nemlig, kombinert med den almindelige setning om at også alle andre handlingers rettmessighet skal avgjøres efter en konkret interesseavveiling, med uavviselig konsekvens til at *de subjektive rettigheter overhodet ikke lenger behøver å anerkjennes* i vårt rettssamfund. De rådighetshandlinger som f. eks. eieren foretar, kunde han jo allikevel ha foretatt uten eiendomsrett i kraft av interesseavveilingsprinsippet; forsøker han sig derimot med en rettsutøvelse som kolliderer med dette prinsipp, hjelper det ham intet å pukke på sin rett. Og omvendt, hvis en fremmed griper inn i eierenes rådighetssfære, nytter det ikke denne å avvise ham i kraft av sin eiendomsrett. Han må opta diskusjonen

---

<sup>1)</sup> L. c. s. 116.

med usurpanten, om hvorvidt dennes handling stemmer med interesseavveingens teori; men adgangen til denne diskusjon står ham også åpen, selv om nogen eiendomsrett ikke er innrømmet ham. Etter Stangs teori måtte f. eks. grunneieren, som vilde bebygge sin eiendom med en fabrikk, først bevise at den samfundsinteresse som knyttet sig til handlingen, var større enn den interesse som naboen hadde i at tomten blev ubebygget. Og vilde eieren la tomten ligge unyttet, kunde naboen bygge på den, hvis dette var en samfundsnyttig handling.

Den måte hvorpå Stang anvender synspunktet om interesseavveingen, og som viser sig å være så rik på skjebnesvangre konsekvenser, behøver dog ikke interesseavveingenslæren som sådan å gjøres ansvarlig for. Uten her å opta denne teori til inngående drøftelse — det skal jeg gjøre i neste paragraf — kan jeg allerede nu fremheve, at det ingenlunde er så, at den interesseavveing som avgjør en handlings rettmessighet, alltid må skje *konkret*. Tvertimot må den enkelte handling sees i sammenheng med andre og lignende handlinger, og det må tas i betraktning ved avgjørelsen, om ikke rettsordnen har interesse av at alle disse handlinger erklæres rettmessige in abstracto, uten at den går inn på drøftelsen av den enkelte handlings konkrete nytte eller skade for samfundet. Og videre må man fremheve at iallfall er interesseavveingens rolle *subsidiær*; når rettsordnen positivt har avgjort hvor rettsstridsgrensen skal trekkes, får interesseavveingen trekke sig tilbake og vente på bedre tider.

Av begge disse grunner — som jeg begge utvikler utførlig i den almindelige behandling av interesseavveingenslæren —, må en konkret interesseavveing ved hver enkelt rådighetsutøvelse som en subjektiv rett gir adgang til, skarpt avvises. For det første har rettsordnen, idet den har anerkjent subjektive rettigheter, helt generelt trukket en grense mellom rett og urett på disse områder, idet den har erklært de handlinger for rettmessige, som faller innenfor rådighetens ramme. Kjernen i begrepet subjektiv rett er og har alltid vært en viss adgang til maktutfoldelse, som vilde bli helt illusorisk, hvis hver enkelt rådighetsutøvelse skulde underkastes en undersøkelse forat dens konkrete samfundsnytte kunde konstateres.

Men videre har rettsordnen ved normeringen av de subjektive rettigheter nettop gått frem etter interesseavveingens prinsipp, og nettop dette prinsipp utelukker, riktig forstått, enhver konkret avveing av de enkelte rådighetsutøvelsers samfundsgavnlighet eller skadelighet. Ved sin normering av de subjektive rettigheter har



rettsordnen nemlig søkt å gi rettsregler om disse, som på beste og fyldigste måte tilfredsstillir samfundets behov. Det kunde kanskje synes som om dette mål sikrest blev nådd, hvis retten krevet at hver eneste rådighetsutøvelse bare skulde tillates, hvis den isolert betraktet betegnet et nytteoverskudd for samfundet. Imidlertid har også andre rettshensyn gjort sig gjeldende. En rettsregel som den nevnte vilde i praksis lett lede til en bellum omnia contra omnes, man vilde totalt savne den sikkerhet i rettsregler og i rettssfærer, som er en absolutt betingelse for samfundets trivsel. Rettsordnen har derfor funnet å burde gi rettighetene faste grenser, den har ment at det er en opgave av første rang å skape et fredlyst sted for rettighetshaveren, hvor han uhindret av altfor nærgående kontroll kan utfolde sin personlighet. Også å skape mulighet for handlefrihet er nemlig «nyttig» for samfundet; og skal rettsordnen nå dette mål, må den forme de subjektive rettigheter med et visst spillerum for rettighetshaverens fri rådighetsutøvelse, og må for å opnå det store gode som ligger heri, og det likeså store gode som rettsreglenes sikkerhet og uomtvistelighet representerer, med åpne øine og fullt bevisst tillate rådighetsutøvelser som isolert bedømt ikke faller i dens smak.

Den interesseavveiling som Stang krever skal beherske de subjektive rettigheter, er da på ingen måte fremmed for disse. Som Gény fremhever i sin: «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif» (1. utg. s. 543) finner man de subjektive rettigheters omfang ved å undersøke deres sociale og økonomiske formål, og sammenligne disses viktighet med de interesser som kolliderer med rettighetene. Men både utgangspunktet for denne interesseavveiling, og dens resultat, er anderledes enn av Stang forutsatt. I egen, velforståtte interesse har rettsordnen funnet å burde anlegge en *abstrakt* interesseavveiling, og har som resultat av denne anerkjent de subjektive rettigheter. Og forat disse ikke skal bli illusoriske, har rettsordnens interesseavveiling fremdeles ledet den til å ta avstand fra den utholdelige politikontroll, som Stangs konkrete interesseavveiling på dette område vilde representere.

At denne siste ikke på nogensomhelst måte er anerkjent i praksis, og således ikke uten videre kan overflødiggjøre enhver chikaneregul, anser jeg også for utvilsomt. Ingen dommer har nogensinde turdet anlegge interesseavveilingssynspunktet overfor en handling der fremtrer som en almindelig rettsutøvelse, iallfall ikke når det dreier sig om det centrale og normale innhold av retten.

Jeg er dog ikke blind for, at en slik konkret interesseavveiing virkelig kan få en viss betydning for enkelte slags rådighetsutøvelser, som faller innenfor rammen av en subjektiv rett. Det er f. eks. en kjensgjerning, at når en eiers rett er krenket ved en permanent foranstaltning — en demning eller en bygning f. eks. — og han forlanger den tidligere tilstand gjenoprettet, er rettspraksis sterkt tilbøielig til å nekte å anerkjenne dette krav, hvis gjenoprettelsen vilde ødelegge samfunndsverdier, som er uforholdsmessige i forhold til eierens interesse i å beholde sin eiendom i dens tidligere skikkelse<sup>1)</sup>. At eierens adgang til å kreve sin eiendom ryddet er en del av den rådighet hans eiendomsrett gir ham, kan ikke betviles; den fysiske rådighet er jo ikke bare positiv, men også negativ. Heller ikke vil jeg bestride at denne rådighet her begrenses ved en konkret interesseavveiing.

Disse resultater er dog ikke egnet til å vise det *almengyldige* i å anvende den konkrete interesseavveiing overfor de subjektive rettigheter; tvertimot stemmer de utmerket med det syn på interesseavveiingens karakter som jeg tror er det riktige. Efter min mening kan nemlig spørsmålet om interesseavveiingen skal avgjøres konkret eller abstrakt, ikke løses generelt, men må avhenge av om de fordeler som reglens abstrakte formulering frembyr, er så store at de opveier ulempene ved å anerkjenne enkelte handlinger som rettmessige, skjønt de, konkret og isolert sett, representerer et øverskudd av samfunns-skade<sup>2)</sup>. Det er da meget mulig, at disse grunner kan være sterke nok til å utelukke enhver konkret undersøkelse av de rådighetshandlingers nytte, som trer frem som den normale og dagligdagse utøvelse av en subjektiv rett, mens de derimot ikke fører frem, når talen er om mere singulære og tilfeldige utslag av denne rådighet.

I de tilfeller hvor rettspraksis har anlagt en konkret interesseavveiing, har det alltid dreiet sig om en rådighetsutøvelse som ikke bar dagliglivets preg, og hvor rettsordnen for det første ikke hadde nogensomhelst interesse i eierens fri og ukontrollerte rådighet, og hvor dernest de tekniske hensyn til sikkerhet i borgernes rettsfærer ingen spesiell rolle spillet, da grensen for den rådighet som det dreiet sig om, allikevel måtte gjøres til gjenstand for domstolens avgjørelse.

Også på et annet rettsområde, nemlig navnerettens, har man eksempler på at praksis har anvendt en konkret interesseavveiing, for å avgjøre det omfang som i det enkelte tilfelle tilkommer en

---

<sup>1)</sup> Se de hos Stang s. 102 refererte dommer.

<sup>2)</sup> En nærmere utvikling herav er forbeholdt neste paragraf.

subjektiv rett. I flere dommer<sup>1)</sup> har domstolene veiet mot hinannen den interesse som innehaveren av navnet har i å forby en usurpant å bruke dette, mot den interesse som for sistnevnte knytter sig til å få beholde navnet, og hvis denne siste har vært den langt overveiende, har domstolene nektet rettighetshaveren adgang til å ta navnet fra ham. Også her dreier det sig, som man ser, ikke om rådighetshandlinger som består i positiv, fysisk rådighet, men om en negativ juridisk rådighetsutøvelse, retten til å forby andre å bære navnet. Og også her må domstolenes bistand praktisk talt alltid påkalles for å løse konflikten, som jo ikke faller inn under rettighetens kurante og dagligdagse utøvelse.

At derfor rettsordnen i slike tilfeller som jeg her har nevnt, anlegger en konkret interesseavveining for å avgrense de subjektive rettigheters rådighetsinnhold, billiger jeg fullt ut; men at konsekvensen herav skulde være at hver eneste rådighetsutøvelse som en subjektiv rett gir adgang til, skulde veies på samme vektskål, må bestemt benektes.

III. Det tør vel sies, at den moderne rettsopfatning ser det centrale i de subjektive rettigheters innhold i en viss adgang til maktutøvelse, som rettsordnen innrømmer de enkelte borgere til fremme av en interesse, som rettsordnen anser verdig til å beskyttes. Windscheids ensidige aksentuering av den subjektive rett som en «Wollendürfen», fremkalte som reaksjon Iherings bekjente definisjon av retten som en rettslig beskyttet interesse. Begge elementer hører imidlertid med som nødvendige ledd i begrepsbestemmelsen. Mens Windscheids definisjon blev hengende i den mekaniske struktur, den tekniske side av den subjektive rett, la Ihering utelukkende vekt på de subjektive rettigheters legislative grunnlag og sociale oppgave, mens han totalt glemte å ta med i sin definisjon den teknisk-juridiske form, hvori rettsordnen i dette tilfelle gir sin beskyttelse, og som skarpt adskiller de subjektive rettigheter fra de interesser som beskyttes på annen vis, f. eks. gjennom administrativ forsg. Hans definisjon var teleologisk, ikke anatomisk<sup>2)</sup>. Iherings fremheven av *interessen* som

---

<sup>1)</sup> De viktigste er: Rt. 1911, s. 735, 1912, s. 246, 1915, s. 828 og 1920, s. 774.

<sup>2)</sup> Også andre momenter hører visstnok med til begrepet. Særlig kreves det efter den opfatning som i vår rett er den herskende, at rådigheten har karakteren av et visst monopol for innehaveren. Endelig vil det som den følgende utvikling vil vise, være riktig i nogen utstrekning å legge inn i begrepet et subjektivt moment, elementet «funksjon», som Hauriou sier. Imidlertid skal ikke begrepet her optas til uttømmende behandling.

et element i den subjektive rett, var en frukt av den utvikling som opfatningen av denne hadde gjennomgått, men blev også en løftestang for denne utvikling. Naturrettens gamle lære om at de subjektive rettigheter hadde sin ratio sufficiens i sig selv, var jo på sterk retur, det nye syn på rettighetene som redskaper i samfundets tjeneste, demret i rettsbevissthetene. Ihering følte at de subjektive rettigheter ikke lenger kunde betegnes abstrakt som en «Wollendürfen» eller en maktutfoldelse; deres ratio juris måtte angis, de måtte hvile på trygg grunnvoll, og denne fant han i interessen.

Naturligvis kunde Iherings teori også forenes med en rent individualistisk opfatning av retten, idet den interesse som beskyttes, godt kan oppfattes rent individualistisk som individets interesse av maktutfoldelse. Slik er den imidlertid aldri blitt oppfattet, fordi individualismen alt da Iherings «Geist» kom ut, var på fullt tilbaketog. Men den nye sociale opfatning av de subjektive rettigheter grep Iherings definisjon: Rettighetene var til for samfundets skyld, de interesser som gjennom dem blev beskyttet måtte være beskyttelsesverdige fra samfundets synspunkt, og det var rettsordnens oppgave å støpe de subjektive rettigheter slik, at de tjente disse interesser på beste måte, og ikke fikk anledning til å tjene interesser som rettsordnen motarbeidet. Selvfølgelig måtte man først og fremst søke å gi rettighetene slike grenser, at deres normale utøvelse — uten hensyn til den enkelte rådighetsutøvelses formål — ikke kommer i strid med samfundets interesser. Det er den vei rettsutviklingen har gått, når den har klippet vekk store deler av den rådighet som de subjektive rettigheter tidligere gav anledning til, og innsnevret disses innhold efter abstrakte, objektive merker.

Men helt frem kan man ikke nå ad denne vei. Det vil alltid kunne forekomme rådighetsutøvelser som holder sig innen denne ramme, og som derfor normalt ikke kan forbys, men som allikevel, konkret sett, strider med det samfundsprinsipp som ligger til grunn for rettighetene. Slik er forholdet, når f. eks. en eier bruker sin rett til å fremme interesser som rettsordnen aldeles ikke finner anerkjennelsesverdige, og forfølger formål som rettsordnen tar avstand fra.

For å fjerne denne disharmoni er teorien om misbruk av rett fremsatt<sup>1)</sup>). Dens resonnement er dette: Når rådigheten er gitt rettighetshaveren for å tjene visse interesser som rettsordnen finner

---

<sup>1)</sup> Se om teorien for tysk retts vedkommende Hagers foran eiterete bok. I fransk rett har teorien bl. a. fått uttrykk i de uttalelser av Saleilles, som jeg har anført ovenfor.

verdige til å fremmes, så bør heller ikke rådigheten strekke sig lenger enn disse interesser krever. Men dette kan kun skje ved å begrense den makt som tilstås rettighetshaveren, slik at hver enkelt manifestasjon av denne er knyttet til forutsetningen om at rettigheten brukes på den måte og i den ånd som rettsordnen har villet: Selv om rådigheten ikke går utenfor hvad der normalt er innrømmet en rettighetshaver, er rettighetens grenser allikevel overskredet, hvis ikke rådigheten skjer til fremme av den interesse for hvis skyld rettsordnen har tilstått rettigheten.

Teorien kan imidlertid også uten at dens innhold forrykkes gis en subjektiv fatning, og det er i denne form den gjerne fremstilles<sup>1)</sup>: Når de subjektive rettigheter er gitt av hensyn til individets berettigede interesser, betyr jo dette, at rettsordnen har funnet de behov som forlener gjenstanden med interesse, verdige til å tilfredsstilles. Og at behovet anerkjennes som rettsverdige, kan igjen ikke bety annet enn at det er legitimt å søke å tilfredsstille det. De handlinger som

---

<sup>1)</sup> Ordet «interesse» har både i den almindelige sprogbruk og i den videnskapelige litteratur mange forskjellige betydninger. Man kan ha interesse i musikk og i et aktieselskap, man taler om interessen som gjenstand for forsikring og om statens interesse i å straffe forbrydere. Angående de ytterst forskjellige definisjoner av begrepet, som filosofien gjennom tidene har gitt, se H. H. Aall: Interessen som normativ idé, bind I., 76—77.

Tross dette tilsynelatende virvar, mener jeg dog at man i rettsvidenskapen — støttet til den almindelige sprogbruk — har vunnet frem til et begrepsinnhold som er forholdsvis klart og bestemt, og som kan anvendes på hele rettens felt: At en gjenstand — eller et forhold — har interesse for et rettssubjekt, vil si at det til dem knytter sig den forestilling hos rettssubjektet, at de er verdifulle i en eller annen retning. Men verdi tillegges menneskene kun det som de kan tre i forhold til, og som enten middelbart eller umiddelbart har evnen til å tilfredsstille deres behov. Når A. har interesse av å få en veirett over B.'s eiendom, betyr dette at bruken av veiretten tilfredsstiller visse behov hos A.

Nu handler man alltid for å tilfredsstille sine behov, for å fjerne den ulystfølelse som følger med et behov som ikke er mettet. Handlingens interesse for den handlende betyr derfor dens evne til behovstilfredsstillelse. Interessebegrepet er således rent subjektivt, og relativt til de behov som tilfredsstilles av den handling hvortil interessen knytter sig. Og eftersom disse behov er forskjellige, sies også interessene å være forskjellige. En arvet gjenstand f. eks. er et minne, og stiller derved affeksjonsbehov: den har affeksjonsinteresse. Samtidig kan den, hvis den selges, stille eierens behov for penger: den har også økonomisk interesse.

Å handle til fremme av en interesse, betyr da — forsåvidt det dreier sig om fullt bevisste, formålsbestemte handlinger — intet annet enn å handle *i hensikt å tilfredsstille det behov* hvis tilfredsstillelse forlener handlingen med interesse.

derfor foretas *i hensikt å dekke disse behov* — men også kun disse — beskyttes derfor av rettsordnen.

Det er på denne vis at misbruksteorien knytter utøvelsen av en subjektiv rett til den interesse som rettsordnen har villet beskytte. Fra å være et ledd i den teleologiske definisjon av de subjektive rettigheter, er interessen — eller formålet for rettsutøvelsen — tillike blitt et element i den anatomiske.

IV. Man ser at den ovenfor fremstillede teori gjør et ganske vesentlig innhugg i de vante forestillinger om de subjektive rettigheter; men den går ikke så langt som teorien om den konkrete interesseavveining gjør, og ophever på ingen måte de subjektive rettigheters begrep. Selv om man derfor har påvist, at det anarkistiske, konkrete interesseavveiningsprinsipp må avvises fra de subjektive rettigheters område, er derfor en undersøkelse av misbruksteorien på ingen måte overflødiggjort.

Teoriens grunntanke, at rettsordnen såvidt mulig bør undgå å sette rettmessighetens stempel på handlinger, som enten efter sitt ytre eller efter sin ånd er rettsordnen imot, er i sig selv fullt berettiget. Eftersom rettsbevisstheten utvikles, og samfundssynet trenger sterkere og sterkere frem i denne, vil den føle det mer og mer støtende, om en rettighetshaver med loven i hånd skal kunne øve en rådighet som igrunnen er rettsordnen imot<sup>1)</sup>. Naturligvis gjelder dette i særlig grad, når rådighetshandlingen bare har til opgave at skade. Men selv om ikke skadehensikt er tilstede, forlanger nutidens rettsbevissthet at de subjektive rettigheter skal utøves i den ånd hvori de er gitt, og ser det som en opgave å hindre rettighetshaveren i å gjøre en annen bruk av dem. Imidlertid kan det ikke nektes, at teorien om misbruk av rett, som søker å løse denne opgave, rammes av vesentlige innvendinger.

Til disse regner jeg dog ikke den, at teorien blander sammen rett og moral. Den gamle lære om at rettens og moralens doméner skulde være adskilt ved piggrådsgjerde, er nu lykkelig og vel begravet. Som gjengangere virker de forfattere som — særlig Frankrike (Esmein, Baudry-Lacantinerie o. fl.) — søker å hevde, at ethvert forsøk fra rettsordnens side på å trenge inn bak en handlings ytter-side er en uberettiget usurpasjon av moralens område.

---

<sup>1)</sup> Denne rettsbevissthetens reaksjon mot en slik karikatur av en rettsutøvelse kan endog være så sterk og så beføiet, at domstolene — uten forøvrig å knesette misbruksteorien — nekter å gi rådighetsutøvelsen rettens beskyttelse, skjønt rettighetens ramme formelt ikke er sprengt. Se f. eks. en høist interessant dom i Rt. 1915, s. 435 (Søberg-dommen).

«Jeg kjenner ingen skranker mellem rett og moral» sier Josserand, og til ham slutter sig i Frankrike Charmont, i Tyskland Cathrein. Slik formet er visstnok setningen ikke riktig. Der gis nemlig et område, som for alltid vil være forbeholdt moralen, fordi det alltid må komme til å ligge utenfor rettsordnens rekkevidde, om enn ikke utenfor dens abstrakte formål. Jeg sikter til de sider av sjelelivet, som ikke gir sig utslag i ytre handlinger.

Men de skranker som idag skiller retten fra moralen, er ikke av absolutt karakter. Og spesielt er det ikke riktig å tro, at rettsordnen, fordi den i eldre tider overløt handlingenes indre side til moralens eneherre, for alltid skulde være avskåret fra å trekke denne del av handlingen inn under sin normering. At rettsordnen på grunn av sine firkantete og klossete redskaper meget ofte må avholde sig fra enhver vurdering av fine sjelelige fremtoninger, og må overlate disse til moralen, er visstnok så; men i denne nødtvungne abstinens går det ikke an å se prinsipielle skranker for rettsordnen.

Som jeg senere skal vise, har retten i århundreder arbeidet på sin teknikk og smidiggjort sine redskaper, og eftersom evnene steg har den trengt inn på områder, hvor tidligere moralen alene har ført sceptret. Kan retten ved å fullkommengjøre sin teknikk gjøre ytterligere fremstøt her, kan den underlegge sig litt av det store område som ennå bare normeres av moralen, kan den m. a. o. på denne måte «blande sammen rett og moral», så er dette et fremskritt, ikke bare for retten, men også for kulturen. Og rettens egne dyrkere burde være de siste til å søke å hindre disse fremskritt. Ikke minst i det 19. århundre har retten på denne vis vunnet nytt land<sup>1)</sup>, og ennå er bevegelsen forhåpentlig bare i sin begynnelse.

Selv om således den obligate henvisning til grensen mellem rett og moral ingen virkelig innvending representerer, rammes dog teorien av innvendinger av teknisk art, som dreper den:

1. Det kan ikke påstås, at teorien nettop trer frem i klar og pregnant skikkelse. Den henviser til de interesser som samfundet har villet fremme da retten blev tilstått, og krever at de samme interesser også skal ligge til grunn for hver enkelt rådighetsutøvelse. Altså dommen om rettmessigheten er betinget av to ting: a) avgjørelsen av hvilke interesser samfundet ønsker varetatt og b) konstateringen av de interesser eller det formål som handlingsmannen

---

<sup>1)</sup> Se herom Hedemann: Die Fortschritte des Civilrechts im 19. Jahrhundert, s. 117 ff.

in casu har forfulgt. At en rettsregel hvis anvendelse er betinget på denne måte, i teknisk henseende ikke er så lite av en uhyrlighet, må dessverre fastslås. De krav som må stilles til en teknisk god rettsregel er jo, at den, foruten å være lett å erkjenne, også må være lett å anvende. Og en av betingelsene for dette siste er at de kriterier som avgjør dens anvendelsesområde må være lette å konstatere; praktisk vil dette igjen si, at de må være så konkrete og presise som mulig, og helst ligge så klart i dagen at de umiddelbart faller i øinene.

Måler man rettsreglen om misbruk av retten med den målestokk som disse krav stiller, blir resultatet bedrøvelig. For det første er det ikke alltid lett å si hvilke interesser rettsordnen ønsker tilgodesett ved sine subjektive rettigheter. Som bekjent er ikke rettsreglene fra lovgiverens hånd utstyrt med forklarende kommentarer, hvor de interesser som skal fremmes, er påpekt. Selvsagt er ingen rettsregel uten formål; men dels hviler de subjektive rettigheter vesentlig på urgammel sedvanerett, hvis formål er vanskelig å konstatere, dels er det en kjent sak, at motivforskyvning også forekommer på rettens område: hver tid fyller rettsreglene med sin ånd, og søker å gjøre dem til tjenere for de formål som den anerkjenner. Som jeg gjentagne ganger har nevnt, er jo synet på eiendomsrettens oppgave f. eks., ikke det samme idag som for hundre år siden. Det er heller ikke det samme hos individualisten som hos socialisten. Hver tid, ja hvert individ, har sitt syn på rettsordnens oppgave, og danner sin opfatning av hvad rettsordnen og de enkelte rettigheter skal tjene, efter sin forståelse av «den riktige rett». Og hvad man nu enn mener om dette begrep, må det iallfall innrømmes, at henvisningen til dette ikke gir rettsreglen den sikkerhet og uomtvistelighet som den gode rettsregel skal ha.

2. Heller ikke misbruksreglens annet hovedmerke: den handlendes hensikt, eller den interesse til hvis fremme han har handlet, fyldestgjør teknikkens krav. I og for sig er det aldri heldig å la motivet være det avgjørende kriterium på en handlings rettmessighet. Motivet er ikke et faktum som kan iakttas med de blotte øine, det krever en undersøkelse av sjelelivet, som naturligvis helst bør undgås. Det indre bevissthetsliv er ikke lett å bringe klarhet over. Det kan endog hende at handlingsmannen selv ikke kan bringe klarhet, fordi det simpelthen ikke *var* klarhet. Motivene kan være så mange, og så mangeartet, og de kan være så innfiltret i hverandre, at ikke handlingsmannen, og ennu mindre dommeren, kan bringe på det rene hvilket av dem det var som var årsak til handlingen. Og har flere motiver virket sammen, må vel teorien anta at det er hovedmotivet



som blir det avgjørende. Kun når hovedmotivet er identisk med det motiv som rettsordnen ønsker lagt til grunn, kan den handlende sies å handle i rettsordnens ånd.

Selvsagt må de vanskeligheter som er tilstede når det gjelder å konstatere et motiv, ikke overvurderes. Som kritikkløs overdrivelse virker det således, når enkelte forfattere endog vil hevde, at ingen kan vite hvilke motiver som han ledes av. Stephen, f. eks. (citert efter Gram l. c. s. 63) mener at det er umulig å bestemme «with any approach to precision what were a man's motives for any given act; they are always mixed and they generally vary». Overdreven er også Getz' uttalelse<sup>1)</sup> om at menneskene så sjelden forstår å gjøre nøie regnskap for sine beveggrunner, at endog egen tilståelse er et skrøpelig bevismiddel, når motivet skal bringes på det rene.

Almindelig psykologisk erfaring vil formentlig vise at de nevnte uttalelser er overdrevet. Men med all reservasjon mot overdrivelsen, blir dog den sannhet stående igjen, at motivet er et i teknisk henseende uheldig kriterium på en handlings rettsstrid. De regler som bygger på denne grense blir vanskelige å håndheve for dommeren, og også for handlingsmannens medborgere blir det vanskelig å avgjøre, om handlinger som i sine virkninger skader dem, er rettsstridige eller ei. Den trygge og sikre rådighetsutøvelse som rettsordnen ønsket å sikre individene, da den gav dem de subjektive rettigheter, vil da lett bringes i fare. Som så ofte ellers står man her overfor paradokset: nettop når man søker å gjennomføre en rettstanke i dens renhet, sette den igjennem med den strengeste konsekvens, opdager man at resultatet blir selve reglens ophevelse. Livet lar sig ikke alltid mestre med logikken alene. Rettsregler som støpes i den «riktige retts» livsfjerne verksted, farer livet derfor ofte slemt med<sup>2)</sup>.

Det vil fremgå av det foregående, at læren om rettsmisbruk er uttrykk for en god og riktig tanke, for et i sig selv ideelt syn, og har iallfall betydning som et rettsideal, som rettighetshaverne bør

---

<sup>1)</sup> Delagtighet s. 57.

<sup>2)</sup> De vanskeligheter jeg har fremhevet ved å bruke motivet som kriterium på rådighetens rettmessighet, gjør sig særlig gjeldende når motivet *positivt* er avgjørende for rettmessigheten, d. v. s. når man krever det identiske motiv hos utøveren som hos lovgiveren, således at ett eller annet rettsgyldig motiv altså ikke er nok. Vanskeligheten har ikke samme styrke, når man bare lar motivet spille en *negativ* rolle, d. v. s. når man nekter den rådighetsutøvelse retts sanksjon, som helt er blottet for rettsgyldige motiver. Se herom nærmere side 215 og 216.

holde sig for øie. Den har sin fulle gyldighet så lenge man befinner sig på det fredelige område av rettsvidenskapen, som Gény betegner som «la science juridique»<sup>1)</sup>, hvor rettsreglene prøves — om denne tankeoperasjon er mulig og riktig — efter sitt indre absolutte verd, uten hensyn til deres anvendelse på rettslivet. Men som så mange andre slike rettstanker som «la science juridique» skaper, fikk den en hård medfart, da den trådte inn på det praktiske rettsområde, hvor, for å tale med Gény, ikke «la science juridique» er eneherster, men hvor det også må tas et vesentlig hensyn til «la technique juridique». Reglen om rettsmisbruk holdt ikke mål, fordi den ikke var et produkt av det samarbeide mellom «science» og «technique», som alene kan frembringe levedyktige og brukbare rettsregler.

Og så tilslutt endelig dette: Selv ikke fra et rent teoretisk standpunkt, så lenge det bare er spørsmål om hvad «la science juridique» krever, er det sikkert at reglen lar sig forsvare helt ut. Den bygget trygt og tillitsfullt på, at det nu var gått op for rettsbevisstheten at de subjektive rettigheter var til for å fremme rettsordnens høie mål, kulturens og civilisasjonens utvikling, og at det for rettsbevisstheten måtte stå som et ideal, at også hver enkelt rådighetsutøvelse skal være preget av samme formål. Efter min mening er dette en riktig tanke; men jeg er slett ikke sikker på, at den almindelige rettsbevissthet, som til syvende og sist er all retts grunnlag, helt og ubetinget aksepterer den. Jeg skulde tvertimot tro, at i vårt folk, hvor den individualistiske tankegang er sterk, særlig hos bonden, sitter meget igjen av den gamle tro på eiendomsrettens hellighet, teorien om «la propriété pour la propriété». Er dette så, svikter m. a. o. endog det grunnlag som «la science juridique» kan gi reglen, er det dobbelt sikkert at de tekniske vanskeligheter må få avgjørende vekt. Så intenst kan naturligvis rettsbevisstheten føle behov for en rettsregel, så brennende kan idealitetstrangen være, at de tekniske krav iallfall delvis må vike. Men er selve reglens teoretiske ønskelighet ikke akseptert anderledes enn i beste fall lunkent av et folks rettsbevissthet, kan tekniske innvendinger, som ikke har den styrke som innvendingene mot misbruksreglen, være nok til å felle den.

Heller ikke de lege lata kan misbruksreglen anerkjennes. Norsk teori og praksis kjenner den ikke. Det er jo ikke lenge siden,

---

<sup>1)</sup> Ang. denne Gény's sontring, se «Science et Technique en droit privé positif» I, s. 98—100. Jfr. også i lignende retning Demogue: «Les notions fondamentales du droit privé.» s. 50 ff.

at vår rettspraksis gikk ut fra den mest bakstreverske opfatning av rettighetenes absolutte karakter; eieren kunde grave under rettsordnens høie beskyttelse, til nabohus og veier sank i dypet.

Nu er det visstnok så, at setningen, *qui suo jure utitur* o. s. v., ikke lenger sitter i høisetet. Flere innhugg er det gjort i den, og ikke all rådighet som formelt faller innenfor rådighetsgrensen er nu tillatt. Men til en så radikal regel som misbruksreglen, er praksis på ingen måte gått.

Vår positive rett er visstnok ingenlunde blind for den rolle interessen bør spille ved utformningen av rettsreglene, enten nu disse tar form av anerkjennelse av subjektive rettigheter eller ikke. Hvad de subjektive rettigheter angår, frembyr vår rett — særlig når det dreier sig om disposisjonsretten *mortis causa*, som jo gjerne følger disse — eksempler på at en eiers eller annen rettighetshavers rådighetsrett er innskrenket på en måte som stemmer godt med misbruksteoriens lære: en mann kan f. eks. ikke ved testament bestemme at hans sølvtøi skal styrtes i sjøen, hans piano hugges istykker, eller hans jord ligge udyrket. Disposisjoner av denne art binder ikke arvingene, fordi den hensikt som taler ut av dem, ikke er i harmoni med den som rettsordnen forutsetter, når den innrømmer disposisjonsrett *mortis causa*<sup>1)</sup>. Hvis derimot bestemmelsen søkte å fremme et i og for sig berettiget formål, når f. eks. en mann bestemmer at hans ridehest skal skytes, fordi han er redd for at den ikke vil bli godt behandlet, bøier rettsordnen sig.

Til livsdisposisjonenes område har rettsordnen ikke utstrakt denne regel. Men også her har man fra den seneste tids lovgivning mange eksempler på at rettsordnen gjør sin beskyttelse eller sin anerkjennelse av en handling avhengig av at en legitim interesse tilgodesees. Jeg peker f. eks. på avtalelovens bestemmelser om konkurranseforbud, om konvensjonalbot etc., som gjør gyldigheten av det bånd som legges på en mann, avhengig av at den annen part i rettsforholdet virkelig har en reell interesse i dette.

Men det er foreløpig bare sporadisk at rettsordnen på denne vis legger interessen inn i selve rettsreglen, i selve den subjektive rett. Som hovedregel må det ennu sies, at de subjektive rettigheter ikke i all almindelighet er bundet sammen med den interesse som skapte dem, og for hvis skyld de fikk kjød og blod. Navlestrengen er klipet over, de er blitt «abstrakte», som romerne vilde uttrykt det.

---

<sup>1)</sup> Platou: Arveret (2. utg.) s. 153 mener endog at slike disposisjoner er «retsstridige».

Det er derfor, ogå efter moderne retts opfatning, en fundamental forskjell mellem subjektive *rettigheter*, hvor borgerne virkelig er innrømmet en viss maktsfære, hvor de kan skalte og valte forholdsvis ukontrollert av rettsordnen, og de offentligrettslige *funksjoner*, hvor den maktutfoldelse som disse gir adgang til, i hvert enkelt tilfelle kontrolleres av rettsordnen, og må øves i den ånd som denne har forutsatt.

## § 12. Fortsettelse. Særlig om chikanereglen.

Mens således vår og visstnok alle andre lands rett avviser den form for misbrukslæren, som krever at hver eneste rådighetsutøvelse skal være foretatt i en ånd og hensikt som rettsordnen billiger, har det helt fra romernes tid stått forholdsvis klart for rettsbevisstheten i alle land, at en rådighet *hvis eneste mål var å skade*, ikke kunde være inkludert i en subjektiv rett. Også hos oss må det sies å være enighet om at en slik regel eksisterer, men dens presise innhold er ikke helt lett å konstatere<sup>1)</sup>.

I. Alle de forfattere som har uttalt sig om emnet, er enige om, at skal skadehensikten — chikanen — gjøre en ellers tillatt rådighet rettsstridig, må skademotivet ha vært *det eneste* motiv til handlingen, eller iallfall hovedmotivet. Optrer skadehensikten sammen med andre motiver som rettsordnen billiger, er ikke dette nok til å detronisere en handling fra rettsutøvelse til ordinær skadetilføielse. Legger jeg an en fabrikk, dels for å tjene penger, men også for å gledes ved tanken på min nabo, villaeierens, ergrelse, har ingen villet hevde, at jeg av den grunn har overskredet min rett.

Skadehensikten må ha vært det eneste motiv, eller iallfall *hovedmotivet*. Denne siste reservasjon er en innrømmelse til den kjensgjerning som alt foran er berørt, at motivene er mange og mangehånde. Som virkningene av en handling kan telles i det uendelige, kan også forestillingene om disse virkninger i den handlendes bevissthet være legio. Og da hver av dem optrer lyst- eller ulystbetonet, er det ikke til å undgå, at praktisk talt ved hver eneste handling vil handlingsmannen opnå en rekke virkninger som står for ham som gunstige, som hans attrå rettes mot, og som derfor går

---

<sup>1)</sup> At reglen ikke er ny, men har gammel rot i vår sedvanerett, påviser U. A. Motzfeldt: Om ondsindet retsutøvelse efter norsk ret. Aars og Voss' skoles festskrift (1913) s. 256—61.

inn i hans bevissthet som motiver. Her som ellers må rettsordnen, hvis mål ikke er å operere med transcendentale, absolutte størrelser, ha rett og plikt til å sette en strek over de motiver som ved anledningen ingensomhelst rolle spiller for resultatet, og som derfor kan behandles som «quantités négligeables». De tilfeller hvor skadehensikten avgjort er hovedmotivet, likestiller rettsordnen med det tenkte idealtilfelle, at skadehensikten er eneste motiv.

Når rettsutøvelsen utelukkende skjer for å skade, har som sagt rettsfølelsen helt fra romernes tid reagert mot den («Malitiis non est indulgendum»), og denne reaksjon er selvfølgelig, eftersom rettsfølelsen har tatt sterkere social farve, øket i intensitet. Så avgjort og instinktivt nekter nutidens rettsbevissthet å akseptere en chikanøs rettsutøvelse som tillatt, at det skulde tvingende tekniske grunner til for å anerkjenne denne som lovlig.

II. Det har visstnok ikke manglet på grunner som har vært ført i marken for å vise at det var nødvendig for rettsordnen å holde sin hånd også over den ondsinnede rettsutøvelse.

Først det gjengangeraktige argument at moral og rett ikke må blandes sammen. Om arten og verdien av et slikt argument har jeg før talt.

Videre de samme tekniske betenkeligheter, som har vært gjort gjeldende mot den generelle misbruksregel, og som særlig fester sig ved motivets ubrukelighet som kriterium. Hertil er å si: Det innrømmes, at en rettsregel som gjør rettsutøvelsens tillatelighet avhengig av motivets art, ikke er teknisk ideell. Men den tid er heldigvis forbi, da rettsordnen ikke turde betroe dommerne det hverv å kike inn bak handlingens kulisser, og ta hensyn til de sjelelige faktorer som ligger bak handlingen. Spesielt er den utelukkende skadehensikt ikke så umulig å få bragt på det rene, og nutidens dommere løser ofte like så vanskelige oppgaver av lignende, psykologisk natur. Den svakhet i teknisk henseende som reglen utvilsomt lider av, bør derfor ikke i moderne rett være nok til å forkaste den, når rettsbevisstheten sterkt og inntrengende krever den anerkjent.

«Chikanereglen vil lede til processer», sier nogen. «Den vil føre til at snart sagt alle som generes ved en rådgighetsutøvelse, vil søke å påstå for domstolene, at den er chikanøs; istedenfor å hindre chikane, vilde denne i form av processchikane opmuntres, og det siste vilde bli verre enn det første».

Argumentet er ikke meget overbevisende. Det er ett av de juridiske spøkelses som, engang uttalt, ferdes i alle lands literatur; det virker magisk ved gjentagelsens hemmelighet, men som andre spøk-

kelser oppløser det sig i luft, når dagslyset settes på det. Man skal nemlig huske chikanereglens innhold: bare hvor skadehensikten var det *eneste* motiv til handlingen, kom den i betraktning. Man skal videre være opmerksom på, at det er *saksøkeren som må bevise* skadehensikten, og at dette er det eneste motiv. Når man da endelig erindrer, at helt uten risiko er det ikke — selv etter vår gjeldende civilprocess' ordning av omkostningsspørsmålet — å åpne processer på sviktende grunnlag, tror jeg nok det må innrømmes, at nogen særlig opfordring til chikanøse processer gir chikanereglene ikke. Mig bekjent har da heller ikke reglene, skjønt den har vært praktisert både lenge og mangesteds, befordret processchikanen i merkbar grad.

Endelig har enkelte — særlig da efternølere av det 19. århundres civilrettsskole i Frankrike (Esmein og Baudry-Lacantinerie etc) — ment at chikanereglene måtte forkastes, fordi den i stor og farertruende utstrekning åpnet adgang for dommervilkårlighet. Fremført i en tid, da utviklingen nettop går i retning av å smidiggjøre retten ved å gi dommeren friere hender til å la det konkrete tilfelles eiendommelighet komme til sin rett ved avgjørelsen, virker et sådant argument ikke synderlig overbevisende.

Dog tross alt, så meget blir det igjen av innvendingene, at det vil være heldig om man kunde opstille et annet kriterium enn hensikten, et mere ytre og håndgripelig, hvis dette kan skje uten at rettsfølelsen enten støttes, eller at reglene selv derved gjøres illusorisk.

Et forsøk på en slik formulering av chikanereglene er følgende: bare den rettsutøvelse er forbudt, som ikke *kan ha* annen hensikt enn å skade. Det er denne form reglene har fått i B.G.B. § 226, i denne form har den vært hevdet av ansette, fremmede forfattere<sup>1)</sup>, og i denne form hyldes reglene også i norsk teori<sup>2)</sup>. Ved å gi reglene denne form, søker man å «objektiverer» den. Det er ikke den indre hensikt som er det avgjørende, man kan spare sig for vanskelige psykologiske undersøkelser, man nøier sig med å spørre hvilken hensikt handlingen kan ha hatt, og først når svaret herpå er: bare å skade, er rettigheten overskredet.

Jeg tror dog ikke at denne formulering er heldig. For det første viser det sig at uttrykket «handlingen kan bare ha hatt» til hensikt å skade, er mottagelig for flere forståelser. I Tyskland er dette kommet frem ved tolkningen av § 226, som det står stor strid om. Men

<sup>1)</sup> I Tyskland: Regelsberger, i Østerrike: Unger, i Frankrike: Saleilles.

<sup>2)</sup> Se Gjelsvik: Skadeserstatning, s. 7, Innledning s. 103, Hagerup: Retsencyclopedie s. 76.

også i norsk rett har de forfattere som holder på setningen, forstått den på forskjellig vis.

En måte å oppfatte setningen på er klart uttrykt av Gjelsvik<sup>1)</sup>: «Den omstændighed at hensigten med en handling kun er at skade andre, kan ikke i og for sig bevirke at den bliver objektivt retsstridig og begrunder skadeserstatningspligt, naar handlingen *kun in abstracto*<sup>2)</sup> kan have et fornuftigt øiemed». Ikke den konkrete skadehensikt får altså betydning; det avgjørende er om handlinger av denne art — handlingen *in abstracto* — aldri kan ha annet enn skadetilføielse til mål. Man opnår ved denne forståelse av setningen at avgjørelsen treffes efter en generell og ytre betraktning av handlingen, hvilket i og for sig er en fordel. Men man opnår samtidig å gjøre chikanereglen helt og aldeles illusorisk, hvilket viser at nevnte fordel er for dyrekjøpt. Ti den handling kan vel ikke nevnes, som ikke *in abstracto* kan ha et nyttig formål. Livets muligheter er uendelige, og plaseres en hvilken som helst handling under andre forhold og under gunstige forutsetninger, kan sikkert alle handlinger opnå å få et nyttig formål. Å bygge et kjempemessig gjerde mot naboen kan være motivert av ønsket om å være gardert mot vinden. Å plante illeluktende blomster mot hans have kan være motivert av jordsmonnets spesielle beskaffenhet på dette punkt, kombinert med disse blomsters lægende evner o. s. v.

Det er da heller ikke denne betydning, forfatterne vanligvis legger i sin setning. Man fastholder at det avgjørende ikke er hvilken hensikt handlingen *in abstracto* kan ha, men hvilken hensikt den konkrete handling *har hatt*. Når man allikevel fordrer at den ikke «kan ha hatt» annen hensikt enn å skade, er dette et, forøvrig inadekvat, uttrykk for en tanke som Hagerup former slik: «Retsudøvelsen er utilladt naar den ogsaa i det ydre bærer præg af kun at tilsigte skade for andre» (l. c. s. 76), eller Gjelsvik<sup>3)</sup>: «Gjeringen maa sermerkje seg sjølv som chikane». Det avgjørende er altså ikke lenger handlingen *in abstracto*, avgjørende er den konkrete handling; men man spør ikke direkte efter hensikten, man nøier sig med å betrakte handlingen utenfra. Hvis da handlingens ytre side er slik at den med nødvendighet tvinger iakttageren til å slutte at skadehensikt har foreligget, da «kan ikke denne handling ha annet mål» enn å skade. Er derimot de ytre data ikke avgjørende,

---

<sup>1)</sup> Om skadeserstatning på grund av rettmæssige handlinger efter norsk 1et. s. 7.

<sup>2)</sup> Uthevet av mig.

<sup>3)</sup> Innledning i rettsstudiet s. 103.

kan disse både tyde på en berettiget hensikt og på skadehensikt, da kan handlingen — efter teoriens terminologi — også ha andre formål enn skadeformålet.

Det er altså ikke meningen at den konkrete handling ikke skal kunne ha hatt annen hensikt enn å skade. En bestemt handling kan selvsagt ikke ha hatt andre motiver enn de faktisk foreliggende. Meningen er bare å uttrykke, at erkjennelsen av skadehensikten må skje på en bestemt måte, nemlig ved en blott og bar ytre betraktning av handlingen. Dette er det materiale, som det tillates dommeren å bygge på. Kan han på dette grunnlag komme til det resultat at skadehensikt foreligger, stempler han rettsutøvelsen som utillatelig. Er ikke dette ytre grunnlag tilstrekkelig til en slik konklusjon, er handlingen uangripelig. På denne måte forstås og tolkes også de tilsvarende uttrykk i B.G.B. § 226 av den herskende tyske teori, og fortolkningen er visstnok også antatt i praksis.

Det krav som denne teori stiller til den relevante skadehensikt, søker da nærmere besett sin grunn, ikke i materielle, men nærmest i processuelle hensyn. Det virkelig betydningsfulle for rettsordnen er den utelukkende skadehensikt, men for å erkjenne denne, skal dommeren — som en reminisens fra den legale bevisteoris tid — bare ta hensyn til den ytre side av handlingen. Alle andre midler, som ellers vilde stått til hans rådighet under arbeidet med å klarlegge handlingsmannens hensikt, må han la ligge unyttet.

Dog, nektes skal det ikke, at uten enhver materiellrettslig betydning er kravet ikke. Når nemlig hensikten har objektivert sig på en slik måte at den lyser ut av handlingen, må det vel sies at rettsfølelsen støtes sterkere enn ellers. Den chikane om optrer under finere former, vekker ikke slik forargelse. Det være berettiget eller ikke, det er dog et faktum som må tillegges vekt, at rettsfølelsen med større energi krever rettsordnens innskriden, når en handling ikke «kan ha» annen hensikt enn å skade.

Og til denne sikrere grunnvoll i rettsfølelsen, som den her bekjempede regel kan glede sig ved, kommer dens utvilsumme fortrin i teknisk henseende. Det er en fordel, endog en stor fordel, at avgjørelsen av handlingens rettmessighet kan skje bare efter objektive kriterier, altså allerede efter en ytre betraktning. Det er fordelaktig for dommeren, og det er fordelaktig for tredjemann, som skal ta standpunkt til handlingen.

Men med alle disse innrømmelser er jo intet uttalt om, hvorvidt den videre chikaneregul, den som lar skadehensikten være avgjørende uten hensyn til den måte hvorpå den erkjennes, ikke alli-



kevel kan forsvare sin plass. Etter min mening er den chikaneregul som B.G.B. og vår teori stiller op, ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille de krav som en utviklet rettsfølelse stiller.

Det er nemlig forholdsvis sjelden at den onde hensikt «objektiverer sig» i handlingen. Det vilde være en fordel for rettens teknikk om dette var så; men det må dessverre med beklagelse fastslås, at ikke det skarpeste øie som betrakter A., når han planter løvetann ved sin nabos gjerde, kan konstatere om hensikten med dette er å spre ugress over naboens eng, eller å glede sig over blomstenes vakre utseende.

I norsk rett er det intet enestående fenomen at rettsordnen har funnet å måtte reagere mot en rettsfiendtlig hensikt, selv om den ikke trer synbart frem i handlingen; og jeg tror at slik bør rettsordnen også stille sig, når det spørres om chikanereglens formulering. På den ene side er en utviklet rettsbevissthet ikke stillet tilfreds med at bare den skadehensikt som direkte fremgår av handlingens ytterside, unddras rettens beskyttelse. Den føler det smertelig, som litt av et brudd med rettsidéen, om retten skal beskytte skadehensikten, når den trer frem i mindre outrerte former, men allikevel fullt erkjennelig. Den krever at også disse tilfeller — det alt overveiende antall — skal settes utenfor rettsbeskyttelsen, så sandt det er råd<sup>1</sup>).

Særlig støtende vilde det virke, om handlingsmannen i et tilfelle hvor handlingens ytterside kunde være forenelig både med rettmessige og rettsfiendtlige motiver, frekt kunde erklære at han bare hadde handlet i skadehensikt, men allikevel gjøre fordring på lovens beskyttelse for sin handling.

Og mot dette rettsfølelsens krav bør ikke de tekniske vanskeligheter komme i avgjørende betraktning<sup>2</sup>). Det er en kjensgjerning, at eftersom processystemet smidiggjøres, og dommernes innsikt og

---

<sup>1</sup>) Se Kraft: Om Hovedprinsipene i den formueretslige Anordning s. 102: «Betinginger man Handlingens Retsstridighet af at det uberettigede Forsæt (den onde Hensigt) aabenbarer sig i denne, præmierer man herved den dygtige Kjeltring.»

<sup>2</sup>) At heller ikke Stang strengt gjennomfører sin prinsipielle fordring om at handlingen ikke *kan ha* annen hensikt en å skade, synes å fremgå av hans uttalelser i Rt. 1915, s. 533. Han taler her om en sameiers rett til å sette tingen til auksjon mot de andre sameieres vilje, og lærer at når den ene sameiers krav på å holde auksjon er chikanøst, må det avvises. «Dette gjælder saaledes, hvis han uten nogen præsentabel grund avviser et utløsningstilbud, som vilde gi ham al den fordel han kunde tænke at opnaa ved en auktion». Dette er helt i overensstemmelse med hans lære. Men så fortsetter Stang: «Det samme gjælder hvis han vil sælge til et uheldig tidspunkt.

aksjonsradius utvides, stiger deres evne til å erkjenne også indre fenomener, forsettet, hensikten, motivet. I stigende grad har da også rettsordnen benyttet sig av dette; eftersom retts teknikken har utviklet sig, har rettsordnen i større og større utstrekning funnet å kunne gi sine regler den ideelle form, uten å behøve å beskjære dem altfor sterkt av hensyn til deres anvendelighet ved domstolene. Og hvad spesielt hensikten angår, har jeg foran vist at erkjennelsen av denne aldeles ikke efter rettsordnens mening ligger utenfor en dommers rekkevidde, men at hensikten tvertimot i en rekke tilfeller danner forutsetningen for rettsreglers anvendelse.

Det er da ingen grunn til å anta, at dommeren i dette tilfelle plutselig ikke kan makte denne oppgave. Å kreve at hensikten skal erkjennes på en viss måte og ved visse midler, vilde være en umotivert etterklang av den skrinlagte legale bevisteori, omplantet til rettsstridens område.

Jeg mener derfor, at skjønt den chikaneregulering jeg forsvarer, i teknisk henseende står tilbake for den som krever at skadehensikten skal erkjennes ved ytre midler, bør den allikevel antas. Bare ved en chikaneregulering i denne form er rettsbevisstheten tilfredsstillende; og de ulemper som knytter sig til reglen, er ikke så store at de berettiger til å slå av på de krav som rettsordnen, ideelt sett, finner grunn til å stille.

III. Efter den opfatning som foran er gjort gjeldende, er det altså et rent subjektivt moment, skadehensikten, som gjør den ellers tillatte rådighetsutøvelse rettsstridig. Stangs forsøk på å nekte skadehensiktens relevans, idet han mente at det avgjørende i virkeligheten var «om handlingen maa antas at ville gjøre væsentlig større skade end nytte», falt til jorden, fordi vår rett ikke kjenner nogen regel av det innhold, at alle rådighetshandlinger som gjør mere skade enn nytte for samfundet, er rettsstridige.

Ikke i objektive momenter, men i den subjektive skadehensikt, må man derfor søke tilknytning, når de subjektive rettigheter skal begrenses innenfra. Dog således at dette moment, isolert sett, ikke

---

bare for derved at skade andre medeiere». Setningen er efter min mening ubetinget riktig; men i et slikt tilfelle er det jo ikke mulig, bare i kraft av den ytre situasjon å bedømme om skadehensikt er det eneste eller det avgjørende motiv for kravet om auksjon. Det er nemlig klart at en viss interesse av kontant utløsning har sameieren alltid. Det gjelder da her å undersøke om denne interesse virkelig også har vært motivet i det konkrete tilfelle, eller om ikke ønsket om å skade medeierne har behersket sameieren, da kravet blev fremsatt. Men dette kan ikke avgjøres bare ved å betrakte handlingens ytterside.

er tilstrekkelig til å karakterisere rådighetsutøvelsen som rettsstridig. Skal rettsordnen ha nogen grunn til å skride inn, kreves ved siden av skadehensikten ytterligere dette, at annenmanns rettsverdige interesser enten krenkes ved handlingen, eller iallfall bringes i fare.

Den form jeg har gitt chikanereglen, er dog mottagelig for en viss utvidelse, hvorved reglen trer frem i sin helt adekvate skikkelse. Rettsstridig er nemlig en rådighetsutøvelse ikke bare når den positivt bæres av skadehensikt, men også i ethvert tilfelle, når den *mangler enhver av rettsordnen anerkjent hensikt*, eller som man også kan uttrykke det, når den mangler enhver anerkjent interesse for den handlende. Mens man altså, som foran påvist, må forkaste den opfatning, at enhver utøvelse av en subjektiv rett må sikte på å tjene nettop de interesser som rettsordnen har tenkt sig; kan man anerkjenne den langt mindre vidtgående lære, at rådigheten for å være rettmessig, må søke å tjene ett eller annet beskyttelsesverdige formål. Ved å anerkjenne denne setning, gir man nemlig bare et fullt adekvat uttrykk for de legislative grunner som ligger bak chikanereglen. At setningen historisk har antatt denne regels form, finner sin tilstrekkelige forklaring deri, at det er skadehensikten som overalt har tiltrukket sig oppmerksomheten, fordi den er det praktisk viktige eksempel på handlinger som foretas uten rettsverdige interesse. Helt uten enhver hensikt er jo nemlig de menneskelige handlinger som regel ikke; og mangler de derfor enhver rettsverdige interesse for handlingsmannen, vil de i 99 av 100 tilfeller være foretatt for å skade.

Chikanereglen form er ved den utvidede fatning jeg har gitt den, blitt noget forandret; men det vilde være en illusjon å tro, at reglens kriterier derved var blitt mere objektive. Det er i virkeligheten også her handlingsmannens hensikt som avgjør hans handlingers rettmessighet, bare at man har gitt den et annet navn. Når det nemlig kreves, at handlingsmannen skal ha en «*sérieux et légitime*» interesse i å foreta handlingen, betyr jo dette at det mål han søker å nå, efter rettsordnens mening er berettiget. Å handle i en berettiget interesses tjeneste, er nøiaktig det samme som å handle med en berettiget hensikt. Og det viser sig altså at hensikten som kriterium slipper man ikke forbi allikevel. Det er bare formuleringen som er forskjellig: ved chikanereglen er det den positive skadehensikt som gjør den ellers tillatte handling rettsstridig. Bruker man setningen om at all rettsutøvelse skal bæres av en berettiget interesse, blir den ellers tillatte rådighetsutøvelse rettsstridig, fordi den berettigede hensikt mangler. I begge fall er altså forholdet

det, at en rådighetsutøvelse som ytre sett ser normal og tiltalende ut, allikevel bare er tillatt hvis handlingsmannens hensikt er  $x$ , men forbudt hvis hensikten er  $y$ . Hensikten, interessen, er altså, iallfall til en viss grad, rykket inn i de subjektive rettigheters begrep; den rådighet disse gir begrenses også efter subjektive hensyn.

#### IV. Praksis.

Men er nu denne chikaneregel — som jeg altså noget unøiaktig kaller den — også anerkjent i rettslivet? Er den akseptert av rettsbevisstheten i vårt folk, så den er blitt en del av den levende rett, og har praksis gitt uttrykk for den i sine domsavgjørelser?

Skulde man bare slutte sig til reglens anerkjennelse fra talrike vidnesbyrd i domsavgjørelser, vilde chikanereglens eksistens være nokså problematisk. Men så er ikke tilfelle. At en rettsregel sjelden anvendes av domstolene kan bety to ting: Enten kan forklaringen være, at reglen ikke er sikkert anerkjent i rettslivet, men ennå kjemper for sin eksistens; eller grunnen er den, at reglen sitter så fast i rettsbevisstheten, at ingen vil bestride dens gyldighet, og innretter sig efter den uten å la det komme til process. Som f. eks. Stang nevner i sine kontratrykte forelesninger over Obl. alm. del., er det forholdsvis sjelden at våre domstoler har anerkjent *condictio indebiti*. Men reglen er ikke av denne grunn tvilsom. Den sanksjoneres av rettsbevisstheten hver eneste dag. Og sikkert vilde enhver som har sin sunde rettsfølelse i orden, steile hvis han møtte et blankt avslag, når han anmodet om å få igjen hvad der viste sig å være betalt to ganger.

Noget lignende tror jeg det kan sies om chikanereglens. Jeg tror sikkert, at det for nutidens rettsbevissthet står som umiddelbart innlysende, at bruk av subjektive rettigheter, eller overhodet enhver utfoldelse av den personlige frihet, ikke må foretas utelukkende for å skade tredjemann. Et bevis på dette ser jeg deri, at det er sjelden å høre skadehensikten frekt uttalt; det onde formålsøkes realisert under den legitime rettsutøvelses maske. Og tilfellene ligger sjelden slik til, at domstolene får anledning til direkte å anvende chikanereglens.

Dog har man eksempler på at dette er skjedd, og jeg skal nedenfor referere de mest representative av disse. Som det vil sees, tar jeg med ikke bare chikanøs utøvelse av de subjektive rettigheter i streng juridisk forstand, men også utøvelsen av den almindelige handlefrihet, når denne bæres av skadehensikt.

1. Rt. 1854 s. 57. Et norsk firma G. & Co., som hadde befraktet et skib for å seile et parti bjelker til Holland, kom i klammeri med skipperen, B., om liggedagene ved innlastningen, og blev ved gjeste-

rett dømt til å betale skipperen erstatning for disse. Firmaet sendte da et brev til sin kommisjonær, ladningsmottageren i Holland, med pålegg om at denne, såfremt skipperen ikke avstod fra sitt krav etter dommen, skulde opholde skibet under lossningen i 15 dager. I Holland gav sjøloven ikke et skib rett til utlossning i kortere tid enn 15 dager, men det blev dokumentert, at det dog var sedvanlig, at skib av den størrelse det gjaldt, blev losset på en 4—5 dager. Da nu skipperen blev opholdt i 15 dager, søkte han erstatning for de liggedager som det norske firma hadde påført ham i utide.

Han fikk erstatning. I det votum som overrettens justitiarius avgav, og som høiesterrett antagelig har sluttet sig til, uttaltes det, «at Firmaet har misbrukt sin Adgang til at opholde Udlosningen i Amsterdam utilbørlig». Firmaet hadde i kraft av den hollandske lovgivning om liggedager trodd sig «formelt berettiget» til å handle som skjedd. Men selv om G. & Co. hadde kunnet ansees berettiget til uten erstatning for liggedagene å opholde B. som skjedd, såfremt de hadde handlet av undskydelige beveggrunner, måtte de dog, når det skjedde for å hevne sig, eller for å tvinge B. til eftergivelse av sin ved endelig dom tilkjente fordring, bli erstatningspliktige.

2. Rt. 1899 s. 283. En leietager fordret erstatning for det tap han påstod at hans forretning hadde lidt, derved at en bedre prioritet panthaver, som disponerte eiendommen, hadde slått op plakater om at leierens lokaler var ledige. Da høiesterrett fant at panthaveren måtte være fullt berettiget til å bringe dette faktum til almindelig kunnskap, og da retten «ikke fandt at kunne gaa ud fra, at Plakatopslaget er skeet i den Hensigt at skade», frifantes panthaveren.

3. Rt. 1919, s. 627. Ved en troppetransport på S/S «Alden», forhandlet en av officerene med skibets restauratør om leie av kabyssen for å koke kaffe til soldatene. Restauratøren forlangte kr. 30 for dette, men slo tilslutt av til 20, mens officeren fant at 15 kr. måtte være tilstrekkelig. Det blev ingen avtale av. Officeren bekjentgjorde da for soldatene, at restauratøren hadde forlangt 30 kr. for kokning av kaffe i kabyssen, hvad han syntes var et uforskammet forlangende, hvorfor han henstillet til soldatene at de skulde forsøke å greie sig uten kaffe, og at de i det hele skulde kjøpe minst mulig hos restauratøren. Denne henstilling blev fulgt, så restauratøren på turen praktisk talt ikke hadde avsetning, og derved led et ikke ubetydelig tap, som han søkte vedkommende officer til å erstatte. Byretten tilkjente erstatning, idet den fant at innstevnte hadde optrådt rettsstridig: «At indstevntes optræden var uretmæssig og retsstridig viser sig deri, at den ikke kunde tjene til at fremme eller

at beskytte nogensomhelst interesse for hans undergivne, soldaterne, saa at dens eneste virkning var og maatte være at skade citanten». Høiesterett frifant officeren: «Ved den omprocederte anledning hadde befalhavende officer baade ret og pligt til at ivareta soldaternes tarv. Naar forhandlingerne (med restauratøren) ikke ledet til en efter befalets mening rimelig ordning, hadde appellanten naturlig baade ret og adgang til at meddele mandskaperne dette, og ligesaa maatte han ha ret til i forbindelse hermed at si til mandskaperne at de efter dette ikke burde kjøpe hos restauratøren. At appellanten handlet som han gjorde *i den hensigt at skade*<sup>1)</sup> indstevnte og ikke for at vareta soldaternes tarv, kan ikke ansees godtgjort. Da appellanten *saaledes*<sup>1)</sup> ikke har optraadt retsstridig, maa han bli at frifinde».

4. Byrettsdom 11/12 1897. Siewers II. nr. 101. Eieren av en gård i Johannesgaten saksøkte sin nabo, hvis gårdsrum støtte like op til hans, til erstatning, fordi denne like utenfor saksøkerens vindu og høiere enn dette, i kun 93 cm.'s avstand hadde opført et stillas, på hvilket han lot ophegne skidne gulvtepper på en slik måte at de stengte for utsikten, gjorde det mørkere i værelset, etc. Efter innstevntes egne uttalelser fant retten å måtte gå ut fra at teppene var ophengt utelukkende i den hensikt å fortredige saksøkeren, og gav dom for fjernelse av stillaset.

5. Byrettsdom 28/10 1915 Siewers V, nr. 245. Livsforsikrings-selskapet «Andvake» anla sak mot redaktøren av «Forsikringstiden-  
de» i anledning av visse nedsettende uttalelser om selskapet. Redaktøren blev frifunnet, fordi «der var ingen grund til at betvile at artiklene var grundet paa saklige hensyn».

I disse dommer er dels positivt uttalt den regel, at når en handling utelukkende er foretatt i skadehensikt blir den retsstridig. Dels er setningen forutsatt i dommene uten å anvendes. Nogen antydning om at skadehensikten kun måtte konstateres ved en rent ytre betraktning av handlingen, er ikke kommet til orde. I visstnok samtlige tilfeller går domstolen uten omsvøp løs på det relevante moment: har skadehensikt foreligget eller ikke. I høiesterettsdommen i Rt. 1919 s. 627 f. eks. frifinnes officeren, fordi retten ikke fant det bevist at han *hadde handlet* som han gjorde i hensikt å skade. Høiesterett nøiet sig ikke med å uttale at han måtte frifinnes, fordi hans handling, ytre bedømt, *kunde hatt* andre motiver enn å

---

<sup>1)</sup> Uthevet av mig.

skade. I dommen av 1899 frifantes panthaveren, fordi det ikke var bevist at plakatoisetningen *var skjedd* i skadehensikt; heller ikke her innskrenket man sig til å si, at i alle tilfeller kunde plakatoisetningen efter en ytre bedømmelse også ha legitime motiver. I dommen av 1854 gikk man også like løs på skadehensikten, som man fant bevist, og drøftet her ikke spørsmålet om en ytre bedømmelse av handlingen måtte utelukke ethvert annet motiv. De to citerte domme av Kr.a byrett inntar samme standpunkt. I dommen om teppet bygget man direkte på sakvolderens utsagn om at teppene var op-hengt i skadehensikt, og i dommen i «Andvake»saken frifantes «For-sikringstidende», fordi det ikke var bevist at skadehensikt var til-stede. Heller ikke her nøiet man sig med å uttale, at den valgte frem-gangsmåte iallfall kunde tenkes å være båret av legitime hensyn.

Jeg legger selvsagt ikke overdreven vekt på de uttrykk som vel-ges i en doms premisser. Særlig er det jo en kjent sak, at domstolene ofte *ex tuto* uttaler rettssetninger som dels ikke er nødvendige for resultatet, dels uttaler en setning i videre omfang enn nødvendig. Men så meget blir dog igjen av gjennomgåelsen av vår fattige retts-praksis i emnet, at nogen støtte for kravet om at skadehensikten for å få betydning må være objektivt konstatert, byr praksis iallfall ikke.

Jeg har foran ment å kunne gi chikanereglen en noget utvidet form: Ikke bare den handling som utelukkende er drevet av skade-hensikt, er rettsstridig, men også den som er blottet for rettslig anerkjente motiver. Om altså der nok foreligger andre motiver sam-men med skadehensikten, blir handlingen ikke rettmessig av denne grunn, hvis samtlige motiver er rettsfiendtlige. Jeg antar at set-ningen også i denne form er akseptert av vår rettsbevissthet og av rettspraksis. I den citerte dom av 1854 f. eks. hadde således G. & Co. en påtagelig interesse i å opholde skipper B. i Amsterdam: de håpet på denne vis å få ham til å opgi sitt krav efter gjesterettsdommen. Men da denne interesse ikke var av den art at rettsordnen beskytter den, blev allikevel firmaet dømt til å betale erstatning.

V. Jeg har som man vil se i det foregående uten videre gått ut fra, at hvis rettsordnen tillar den onde hensikt betydning for ut-øvelsen av de subjektive rettigheter, betydde dette at handlingen for det første falt utenfor den subjektive retts innhold, og at den dernest blev stemplet som rettsstridig. Bare forsåvidt denne siste forut-setning er riktig, blir det nemlig berettiget å påberope sig chikane-reglen som et eksempel på at hensikten kan endre grensen mellem rett og urett.

Imidlertid er det ikke så, at denne forutsetning kan glede sig ved

udelt tilslutning, selv ikke blandt chikanereglens tilhengere. Chikanereglen er jo utviklet gjennom århundreders praksis, og spørsmålet har ikke foreligget for domstolene i den form teorien kunde ønske det stillet: er chikanøs rettsutøvelse rettsstridig? eller: er den subjektive retts grenser overskredet?, men i mere praktisk form: Skal N.N. som skades ved denne rettsutøvelse, ha erstatning? Nu er som bekjent erstatningsplikt ikke et sikkert symptom på rettsstrid. Og det kan derfor ikke uten videre antas, at den chikanøse rettsutøvelse er forbudt, fordi om den forplikter til erstatning. Chikanens stilling til rettsstridsgrensen må bli gjenstand for en spesiell undersøkelse, og samtidig må da det spørsmål tas op, om den chikanøse «rettsutøvelse» virkelig er rettsutøvelse i streng forstand eller i hvilket forhold den står til den subjektive rett. Da disse spørsmål igrunnen henger sammen, fremstiller jeg dem under ett.

Til løsningen av spørsmålet kan 4 standpunkter tenkes:

1. Chikanen strider mot den objektive rett, og faller utenfor den subjektive retts ramme.
2. Den strider ikke mot den objektive rett, og faller innenfor rammen av den subjektive.
3. Chikanen strider mot den objektive rett, men faller innenfor rammen av den subjektive rett.
4. Den strider ikke mot den objektive rett, men faller allikevel utenfor rammen av subjektiv rett.

Av disse standpunkter er dog nr. 3 efter min mening ikke logisk mulig. For som Planiol har sagt: «Un seul et même acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit» (l. c. s. 290). Når jeg allikevel omhandler dette standpunkt nærmere, er det fordi det hevdes av en rekke ansette forfattere som har behandlet emnet. Særlig i Frankrike kan denne opfatning glede sig ved stor tilslutning blandt de forfattere som har skrevet om «abus de droit»<sup>1)</sup>. Dette henger vel dels sammen med de gamle overleverte forestillinger om rettighetenes absolutte karakter, som man ubevisst søkte å omgå ved å smugle abuslæren inn på dem, mens rettighetenes objektive grenser skulde være uforandret; dels har det sin grunn i, at rettsstridsproblemet overhodet ikke er dukket op for majoriteten

---

<sup>1)</sup> Også Platou: Priv. alm. del. s. 92, antar at det ved chikanereglen er spørsmål om å forby rettighetshaveren «at udøve sin Ret inden dens Grændser». P's opfatning av disse spørsmål er dog ikke synderlig klart utformet.



av de franske forfattere. Som før nevnt ser jo disse misbruksproblemet bare som et spørsmål om erstatningsplikt. Men der gis dog forfattere, som f. eks. Josserand, der er fullt oppmerksom på at misbruk av en rettighet er rettsstridig, men som allikevel hevder at det ikke er noget iveien for, at en handling, samtidig som den strider mot den objektive rett, godt kan ligge innen rammen av den subjektive rett: «Il n'y a aucune espèce de contradiction à ce qu'un acte soit tout à la fois conforme à tel droit déterminé, et cependant contraire au droit lato sensu».

Planiols ytring om at en handling ikke samtidig kan være «conforme au droit» og «contraire au droit» ser visstnok ifølge Josserand ved første øiekast dyp ut, men er i virkeligheten overfladisk og falsk, ja den beror slett og rett på en taskenspillerkunst med de to betydninger av ordet «droit», nemlig dets betydning, dels av objektivt dels av subjektiv rett. Josserand synes ganske å glemme, at også de subjektive rettigheter henter sin kraft, sitt innhold og sin begrensning fra den objektive rett. Innholdet er adgang til rådighetsutøvelse, til maktutfoldelse under rettsordnens beskyttelse; når rettsordnen forbyr en handling, kan den derfor ikke uten selvmotsigelse samtidig gi handlingsmannen rett til å foreta den, og gi ham sin beskyttelse på kjøpet.

Også en rekke tyske forfattere hevder at chikanereglen ikke innskrenker rettens innhold, selv om det erkjennes at den chikanøse rettsutøvelse er rettsstridig. Såvidt mig bekjent går dog ingen så langt at de likefrem påstår — som Josserand — at *utøvelsen* av de subjektive rettigheter godt kan være i strid med den objektive rett. Når de allikevel holder på at rettigheten ikke begrenses av chikanereglen, er det ved å sondre på en høist utspekulert måte mellom rettens «Inhalt» og dens «Ausübung». Det er bare utøvelsen av retten som innskrenkes ved chikanereglen, dens innhold er like uinnskrenket som før.

Jeg må tilstå, at jeg ikke er i stand til å fatte hverken hensiktsmessigheten eller den indre logikk i denne teori. Naturligvis kan man sondre mellom retten og den rådighet som retten gir adgang til. Men man skal ikke glemme, at rettens kjerne er en beskyttet adgang til rådighet. Tar man derfor rådigheten bort — slik som tilfelle er når den chikanøse rettsutøvelse forbyr — men vil la rettens innhold stå igjen, blir dette tomme skall noget ganske annet enn hvad man i almindelighet forstår ved en subjektiv rett. Og hvorfor rettsordnen skulde gripe til et slikt arrangement, er ikke lett å forstå. Efter mit skjønn har Endemann rett når han sier: «Es sei schlecht-

hin undenkbar, dass die Rechtsordnung auf der einen Seite ein Recht unbeschränkt zuspreche, zugleich aber seine Ausübung für rechtswidrig erkläre».

Hvis man derfor antar at den chikanøse rettsutøvelse er rettsstridig, er man efter min mening nødt til å erkjenne at den også faller utenfor rammen av den subjektive rett. Mener man derimot at den ikke er rettsstridig, er det selvsagt at den kan plaseres innenfor rammen av den subjektive rett (standpunkt 2), som enn det jo også er teoretisk tenkelig at den visstnok ikke er rettsstridig, men allikevel faller utenfor den subjektive retts beskyttelse (standpunkt 4). Det er sannsynlig at en flerhet av de forfattere som i Frankrike sonderer mellom «abus de droit», og selve rettens grenser<sup>1)</sup>, stiltiende forutsetter at misbruket ikke er rettsstridig, således at deres opfatning nok teoretisk er mulig.

Men den er ingenlunde legislativt anbefalelsesverdig. Det må nemlig ansees på det rene, at den chikanøse rettsutøvelse ikke tjener nogen samfunnsinteresse, men tvertimot er ytterst lite ønskelig for rettsordnen. Når derfor denne pålegger erstatningsplikt i anledning av disse handlinger, må det være tillatt å anse dette som et uttrykk for at den ønsker å motarbeide dem; forholdet er her aldeles ikke analogt med det ansvar som f. eks. følger med farlig bedrift, hvor grunnen til ansvaret ikke er at samfundet i og for sig misbilliger bedriften.

Men dette er nettop forholdet her, og da innser jeg ingen grunn til at rettsordnen skulde nøie sig med å motarbeide handlingen ved det svakere middel, erstatningsplikten, og avskjære sig og andre adgangen til å forby den, og bekjempe den med de midler som står til rådighet overfor rettsbruddet. Alt tyder på at rettsordnen også hos oss har tatt skrittet fullt ut<sup>2)</sup>, slik som man har gjort i Tyskland, hvor B. G. B. art. 226 direkte erklærer den chikanøse rettsutøvelse for «unzulässig». Men er dette så, følger for det første herav at uttrykket «chikanøs rettsutøvelse» i virkeligheten ikke er korrekt: Det er *rettsoverskridelse* som man burde tale om<sup>3)</sup>. Og dernest følger det at hensikten, enten i skadehensiktens eller en annen uberettiget hensikts form, også får betydning for å markere grensen mellom rett og urett for den store masse handlingers vedkommende, som trer frem i utenverden som utøvelse av en subjektiv rettighet.

---

<sup>1)</sup> F eks. Tissier i Revue Critique 1904, s. 509.

<sup>2)</sup> Jfr. Stang l. c. s. 115.

<sup>3)</sup> Stang l. c. s. 115.

### § 13. Generell behandling av skadehensiktens betydning for bedømmelsen av de skadegjørende handlinger.

Jeg har i det foregående ved å trekke frem til undersøkelse forhold og handlinger fra de forskjelligste områder av retten, søkt å vise at den hensikt hvori en handling er foretatt, ikke alltid er irrelevant, når det spørres om handlingens forhold til rettsordnen. Tvertimot viser de stikkprøver jeg har tatt — at det er stikkprøver, og på ingen måte sikter på å være uttømmende har jeg ofte nok pointert — at rettsordnen ganske hyppig legger endog avgjørende vekt på denne hensikt, og lar sin døm om handlingen lyde forskjellig, eftersom den ene eller annen hensikt har motivert handlingen. Jeg har f. eks. påvist, at det formål en lov tjener kan få betydning for dens forhold til grunnloven, og dermed for den tillatelighet. Jeg har ment å kunne opstille som en generell rettsregel for all utøvelse av forvaltningsmyndighet, at den må skje i den ånd og til fremme av de formål som loven har forutsatt. Videre har jeg vist at hensikten er et meget vesentlig moment, når rettsordnen skal ta stilling til alle de fenomener som den tilspissede interessekamp i nutidens handels- og industriverden har ført med sig; at hensikten også har en viss betydning for rettsordnens holdning overfor de almindelige retts- handler borgerne imellem, har jeg også satt fingren på.

Men det er særlig den onde hensikt, skadehensikten og rettsbruddshensikten, hvis betydning jeg gjentagne ganger har måttet fremheve under undersøkelsens gang. Det er skadehensikten som karakteriserer den chikanøse rettsutøvelse, som aldri må ligge til grunn for en forvaltningsakt, som gjør kritikk rettsstridig, og som heller ikke må være motivet til en boikott.

Den opfatning kunde da ligge nær, at disse spesielle tilfeller var uttrykk for rettsordnens almindelige syn på skadehensikten; at m. a. o. en handling av hvilkensomhelst art, når den foretas utelukende i skadehensikt *alltid* er rettsstridig, iallfall når den i sine resultater skader samfunnsinteresser. Det er denne setnings riktighet som i det følgende skal prøves.

I. Som bekjent var det ikke rettsstridsgrensen som eldre tiders rettsvidenskap skjenket sin oppmerksomhet. Det var mere «praktiske» spørsmål som optok den, særlig da spørsmålet om det ansvar, som i form av straff eller erstatning, efter loven kunde falle på en handlings ophavsmann. Og følgen av at man festet blikket på erstatnings-

spørsmålet, hvor jo den skadelidende og hans tap kommer i første rekke, istedenfor å legge hovedvekten på handlingsmannens forhold, blev skjebnesvanger. Man forutsatte uten videre at enhver handling som faktisk hadde ledet til skade på tredjemanns beskyttede retts-goder, måtte være rettsstridig<sup>1)</sup>; handlingens resultat var det altså, som kanskje lenge efter at den var foretatt, stemplet den som rettsstridig.

Imidlertid stod det også for den eldre rettsvidenskap klart, at ikke alle slike handlinger kunde pådra ophavsmannen erstatningsplikt, uten ethvert hensyn til det årsaksforløp som hadde ledet til skaden. Man trengte en begrensning, og man hadde straks en sådan for hånden: det romerske culpaprinsipp, som dengang behersket erstatningsretten, lærte at erstatning aldri skulde betales hvis handlingsmannen ikke hadde utvist subjektiv skyld. Ved denne begrensning, som jo var av subjektiv natur, var meget reddet, men ikke alt. Hvis nemlig skade var voldt og subjektiv skyld tilstede, måtte nemlig alltid erstatningsplikt pålegges; den mann som f. eks. sendte ut et sjødyktig skib i den hensikt at det skulde gå under og dets kaptein drukne, måtte bli erstatningspliktig, hvis skibet tilfeldigvis blev rammet av skjebnen og forliste. Og hvis en læge foretok en fullt forsvarlig operasjon, utelukkende i den hensikt at patienten skulde dø, måtte han straffes for drap hvis patienten virkelig døde. Generelt kunde den eldre videnskaps stilling til skadehensiktens problem derfor uttrykkes slik, at ansvar overalt blev pålagt når skadehensikt hadde motivert en handling, og skade faktisk var blitt en følge av denne.

Ved resultater som de nevnte, der hverken stemmer med rettsfølelsen eller med rettslivets tarv, viste teorien at den var moden til revisjon, og at der måtte være visse mangler ved dens fundamentering. Revisjonen blev også iverksatt på en grundig, og i det hele ytterst fortjenstfull måte av Goos i Danmark og Getz her i Norge.

Den første — og største — fortjeneste som Goos og Getz innla

---

<sup>1)</sup> Se om denne opfatning Goos I, s. 327. Jfr. også Hagerup s. 328. At denne opfatning så sent som i 1879 ikke var død, viser f. eks. Jul Lassens doktoravhandling: Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed. L. sier her: (s. 24) «Straffri er Lægen som amputerer, og med Flid anvender alle Kunstens Regler, selv om han med Handlingen forbinder Ønsket om den Behandledes død. Og hvad her er anført maa gjælde, selv om den foretagne Handling er objektivt retsstridig og afstedkommer den tilsigtede Retskrænkelse».

sig under sitt angrep på den eldre teori, var at de energisk og målbevisst trakk rettsstridsspørsmålet, eller spørsmålet om handlefrihetens grenser som Goos gjerne kaller det, frem fra den halvskygge, som særlig erstatningsspørsmålet hadde kastet over det. De påviste dernest, hvilket ikke var så vanskelig, det uriktige i den eldre rettslære eller rettere halvt ubevisste forutsetning om, at enhver handling som blir årsak til at et rettsbeskyttet gode skades, også er rettsstridig. «Det ufyldestgjørende i hin Bestemmelse af den retstridige Handling» uttaler Goos (side 328) «fremgaaer fremdeles deraf, at den lader Ufaldet<sup>1)</sup> være avgjørende (for Retstriden). Men derved kommer der til at mangle enhver Rettesnor for Afgjørelse af, om Handlingen i det Øieblik den foretages, var retstridig».

Den dyptgående forskjell i opfatningen av rettsstridens begrep, som disse ord gir uttrykk for, sammenlignet med den eldre rett, kan i få ord gjengis slik: Denne siste var på ingen måte klar over rettsstridsbegrepets innhold. Undertiden oppfattet den det, som om det refererte sig til handlinger som rettsordnen hadde forbudt, og undertiden til skade på en subjektiv rett; halvt ubevisst forutsatte man, at disse to opfatninger ikke stod i strid med hinannen. Goos — og med ham Getz — hugget dette tåkede spinn av uklarhet over. Fra nu av blev det klart for alle, at man måtte velge mellom de to dypt forskjellige opfatninger av rettsstridens begrep; de falt nemlig aldeles ikke sammen i sine resultater. Og det blev samtidig hevdet på en måte som i nordisk rett ikke senere har møtt virkelig motsigelse, at den rettsstridige handling er den av rettsordnen *forbudte* handling, og at rettsstridsgrensen — grensen for handlefriheten — er av vesentlig betydning for hele rettsordnen. M. h. t. det problem som hadde gitt anledning til deres undersøkelser, nemlig spørsmålet om ansvar for en skadevoldende handling, fastslo både Goos og Getz, at det ikke er nok til å pålegge ansvar at skade er voldt, men den handling som er årsak til skaden må være forbudt av rettsordnen; av rettmessige handlinger opstår nemlig som regel intet ansvar.

Men Goos og Getz stanset ikke med dette. De handlinger som rettsordnen forbyr, er nemlig ikke samtlige målt på tretavler der stilles til skue på Forum. Indirekte gir rettsreglen ofte sine forbud tilkjenne, og særlig er det rettsordnens anerkjennelse av visse goder som rettsgoder, eller som subjektive rettigheter, der nødvendigvis må legges visse bånd på handlefriheten. De to banebrytende forskere

---

<sup>1)</sup> Nemlig om den skadet eller ei.

stillet sig nu til oppgave å søke å bringe klarhet over hvilke handlinger som rettsordnen må antas å forby, i og med at den anerkjenner visse goder som rettsgodar. De konkluderte begge i samme retning, nemlig med å opstille *interesseavveiningens prinsipp* som det avgjørende for rettsordnens stilling til disse handlinger. Og under sin utforming av dette prinsipp måtte naturligvis begge forskere ta standpunkt til den betydning, som tilkommer den hensikt der har diktert en handling; det var jo den eldre retts kritikkuløse antagelse av, at skadehensikten var nok til å pådra handlingsmannen både erstatnings- og straffeansvar, som i grunnen hadde kalt dem begge frem på arenaen.

Om dette spørsmål oppstiller Getz en setning som er blitt hyppig citert, og som i sikkerhet og generell form intet lar tilbake å ønske: «Jeg er da overbevist om at være på ret vei, naar jeg fremsætter den paastand at hvor en handling, foretaget i en retmæssig hensigt selv uden hensyn til den skade for andre som den kan medføre, er ubetinget retmæssig, der kan ei den onde hensigt alene forandre sagen og gjøre handlingen til en forbrydelse»<sup>1)</sup>. Som det sees, var reaksjonen mot den eldre retts opfatning av skadehensiktens betydning, ganske kraftig. Hensikten frakjennes nu enhver betydning; og den form Getz ga sin setning, synes endog nesten å tyde på at han anså dens riktighet for umiddelbart gitt i kraft av sakens natur, således at enn ikke den positive lovgivning skulde ha det i sin makt å endre forholdet.

Også Goos erklærer<sup>2)</sup> at loven om handlefrihetens grenser trekker disse helt objektivt; om handlingsmannen har handlet i skadehensikt eller ei, spiller ingen rolle. Og i sin strafferett<sup>3)</sup> frakjenner Goos uttrykkelig ethvert subjektivt moment betydning for en handling rettsstridighet: «Det maa stadig fastholdes at den handlendes subjektive Ønsker, Tanker eller Viden umulig kan paadrage Ansvar, naar Handlingen ikke i sig selv, bortset fra hint Subjektive, er retstridig».

Det er altså to setninger av stor betydning og rekkevidde, som Getz og Goos mener å kunne opstille som resultat av sine undersøkelser: Handlefrihetens grenser trekkes helt objektivt, uten ethvert hensyn til det handlende subjekts «ønsker, tanker eller vi-

---

<sup>1)</sup> L. c. s. 57. Setningen aksepteres uttrykkelig av Jul. Lassen: L. c. s. 17.

<sup>2)</sup> I. Side 339.

<sup>3)</sup> Alm. del., s. 169.

den»<sup>1)</sup> <sup>2)</sup>). Som konsekvens herav følger da den annen setning: Hensikten og særlig skadehensikten er irrelevant for rettsstridsspørsmålet. Begge setninger oppstilles helt generelt, og skal beherske hele grenselinjen mellom rett og urett.

Det vil av den foregående undersøkelse ha vist sig, at de vidtgående slutninger som Goos og Getz trekker av sine undersøkelser angående interesseavveilingen, støter på det skjær som så ofte sender de stolteste videnskapelige skuter tilbunns: Rettslivets egen fordringsløse, men betydningsfulle tale. Jeg skal ikke trette med å gjenta de eksempler, som foran er nevnt på at den handlendes subjektive «ønsker, tanker eller viden» gjør en ellers tillatt handling rettsstridig. Heller ikke er det nødvendig påny å fremheve, at meget ofte kan den onde hensikt — eller iallfall rettsbruddshensikten — gjøre en uskyldig utseende handling til en forbrydelse.

Det må derfor ansees på det rene, at Goos og Getz i sin lære om rettsstridsbegrepets objektivitet og om hensiktens irrelevans, har oppstillet setninger som iallfall *ikke i sin helhet* er riktige. De har ikke undgått den fare, som alltid truer den der reagerer mot uriktig ensidighet: de har reagert for sterkt. Deres berettigede protest mot en eldre kritikkløs, objektiv rettsstridslære — om man kan kalle den så — har ført dem til å gå for langt i den annen retning, og til prinsipielt å nekte subjektive momenter betydning for rettsstridsspørsmålet.

Men om det enn må ansees for sikkert, at Getz' og Goos' setninger er for generelt holdt, følger ikke derav at den eldre rettslære om skadehensiktens betydning står op fra de døde. Det må bli opgaven, ved en gjennomgåelse av de resonnementer som ledet Goos og Getz til deres kongruente resultater, å søke å påvise på hvilke punkter de hadde rett overfor den eldre teori, og på hvilke punkter de igjennem en for kraftig reaksjon overfor denne, og ved en overvurdering av interesseavveilingssynspunktet, som blev introdusert av dem, har tatt feil. Av en slik undersøkelse vil også rettsordnens

---

<sup>1)</sup> Et så pregnant uttrykk for denne setning som den citerte uttalelse av Goos, gir Getz ikke. At han allikevel er enig i den, synes hele hans utvikling å tyde på, og er da også forutsatt av den senere teori. Sin tilslutning til den nevnte setning uttaler f. eks. Platou i Priv. alm. del s. 522 og 527 og Hagerup: Str. alm. del. s. 232.

<sup>2)</sup> Det skal dog merkes at Goos, skjønt han ikke selv innrømmer det, i virkeligheten oppstiller en undtagelse fra den objektive rettsstrid: forsøks-handlingen. Se herom side 167.

generelle stilling til skadehensikten fremgå — forsåvidt det da er mulig å uttrykke denne generelt.

II. Overfor den kjensgjerning, at de grenser rettsordnen trekker for handlefriheten ikke alltid er uttrykkelig angitt i et rettsbuds form, blir det naturligvis en oppgave av første rang for rettsvidenskapen å tyde denne sfinksens gåte, og søke å kaste lys over de veier hvorpå borgerne kan bringe rettsordnens stilling til sine handlinger på det rene.

En av de måter hvorved rettsordnen på indirekte vis begrenser borgernes handlefrihet, er å anerkjenne visse rettsgoder og tilsi dem sin beskyttelse. Rettsordnens evne til å beskytte rettsgodene er nemlig innskrenket til de midler den har til sin rådighet, og det mest effektive av disse er å forby borgerne å foreta handlinger som leder til at rettsgodene utsettes for skade. Mest fullkomment vilde selvsagt disse beskyttes, hvis rettsordnen av hensyn til deres sikkerhet forbød alle de handlinger som i sine følger overhodet kunde tenkes å lede til at et rettsgode skades; imidlertid vilde da praktisk talt alle handlinger være forbudt, for selv om en handling tilsynelatende er aldri så uskyldig, kan det allikevel hende at livets lunefulle spill setter den i årsaksforhold til skade på et rettsgode. Da nu handlefriheten i sig selv er et gode av første rang, og da hensynet til denne kommer i kollisjon med hensynet til de andre rettsgoders fullkomne beskyttelse, må rettsordnen her veie de kryssende interesser mot hinannen. Det er dette prinsipp, interesseavveiingens prinsipp, som må bli avgjørende for de bånd som rettsordnen legger på handlefriheten av hensyn til rettsgodenes beskyttelse. Det kan i sin rå form uttrykkes slik: Ved fastsettelsen av handlefrihetens grenser i forhold til rettsgodene, tar man på den ene side hensyn til den fare som handlingen utsetter et rettsgode for, på den annen side til den interesse samfundet har i at individenes handlefrihet forblir ubeskåret, og videre til den nytte samfundet har av handlingen. Denne generelle interesseavveiing har i den senere rettsteori utkrystallisert sig i følgende regler av mere konkret og positivt tilsnitt:

1. Handlinger som ikke i og for sig er farlige for rettsgoder, er alltid tillatt uten hensyn til deres samfunnsnytte. Selve handlefriheten er nemlig så verdifull at den opveier den abstrakte mulighet for å skade, som endog ufarlige handlinger kan vise sig å besitte.

2. De handlinger som representerer en adekvat fare for beskyttede rettsgoder, er normalt forbudt. Dog kan det hende, at den samfunnsnytte som handlingen representerer, allikevel i kraft av interesseavveiingens prinsipp kan gjøre den tillatt. Det kommer her an



på graden av fare på den ene side, og graden av nytte på den annen, slik at en handling som ikke er særlig farlig, allikevel kan bli rettsstridig, fordi dens nytte er 0, mens en farligere handling kan være rettmessig, fordi dens samfunnsnytte er stor.

Når det vundne synspunkt for en handling rettsstrid skal anlegges på spørsmålet om hvorvidt skadehensikten eller overhodet subjektive momenter kan få betydning for denne, synes svaret oplagt: Den onde hensikt representerer ikke i sig selv nogen fare for rettsgodene, dens eksistens eller ikke eksistens veier derfor intet blandt de faktorer som avgjør interesseavveilingen. Dette uttales også likefrem av Getz<sup>1)</sup>: «Er der således en vis efter omstændighederne varierende grad af sandsynlighed, som altid maa til, for at en handling af hensyn til sammes mulige følger skal være forbudt, saa er det en ligefrem konsekvens deraf, at handlinger som ei medfører denne sandsynlighedsgrad, under enhver omstændighed er retmæssige, hvad enten de er foretagne i den hensigt at fremkalde den skadende følge eller ei». Også i praktisk henseende, i forhold til straffeloven, finner Getz at denne regel er den beste: For «den interesse staten har af at straffe folk for handlinger, som den selv anser for lidet farlige, maa dog være ganske ubetydelig»<sup>2)</sup>.

Ad lignende vei kommer også Goos til sitt resultat, hensiktens irrelevans. Som hovedlov for handlefrihetens grenser av hensyn til rettsgodene, oppstiller Goos<sup>3)</sup>: «Visse Handlinger er retstridige ifølge deres objektive, faretruende Egenskaber». Og «overskrider Handlingen ikke Grænserne for Handlefriheten er den retmæssig... uden at det kan gjøre nogen Forskjel, at den Handlende mulig med sin retmæssige Handling forbandt en ond Tanke eller Attraa om at der af Handlingen maatte flyde Skade for en Anden». Ja, saa aksiomatisk står for Goos setningen om at handlefrihetens grenser utelukkende er bestemt av handlingens objektive, faretruende egenskaper — sammenholdt med dens abstrakte nytte — at han likefrem betegner det som en «Modsigelse»<sup>4)</sup> å ville trekke en mann til ansvar, fordi han har handlet i en ond hensikts tjeneste. Efter Goos' mening er det således nærmest «begrepsmessig utelukket», at hensikten kan utvide det rettsstridiges område.

Dog må det efter Getz' og også efter Goos mening anerkjennes en tilsynelatende undtagelse herfra, idet det formål som handlingen følger, nok undertiden kan få betydning for rettsstriden, men så å si

<sup>1)</sup> s. 53.

<sup>2)</sup> s. 57.

<sup>3)</sup> s. 329.

<sup>4)</sup> Str. alm. del, s. 76.

ad en omvei. Hvis nemlig den onde hensikt har «aabenbaret sig i handlingen»<sup>1)</sup>, eller «naar den træder frem i den ydre handling»<sup>2)</sup>, vil Getz efter omstendighetene tillegge den betydning. Også Goos synes til en viss grad, under vurderingen av en handlingens nytte for samfundet, å ta hensyn til det formål som ligger bak handlingen: «Det er den udvortes fremtrædende Handling med det objektivt i den for Dagen lagte Formaal og dens objektive Indgriben i Livsvirksomheden, som skal bedømmes efter Samlivets fornuftige Krav. Enhver Handling bærer et saadant objektivt Præg i sig»<sup>3)</sup>. Det synes her å være meningen, at også den *konkrete hensikt* kan få betydning ved bedømmelsen av handlingens nytte og derigjennem ved avgjørelsen av dens rettsstrid, dog under forutsetning av at den har «objektivt» sig.

III. For helt ut å kunne bedømme riktigheten av den lære som Goos og Getz har fremsatt om skadehensiktens irrelevans og rettsstridens objektivitet, blir jeg nødt til å underkaste interesseavveiiingslæren, som gir det teoretiske grunnlag for disse deres konklusjoner, en nærmere undersøkelse. Også av den grunn var jo dette nødvendig, at jeg i § 11, da jeg drøftet spørsmålet om de enkelte rådighetsakter som en subjektiv rett gir anledning til, stod under interesseavveiiingsens lov, skjøt selve spørsmålet om dette prinsippets riktighet foreløbig tilside.

Jeg mener forøvrig at denne digresjon i sig selv både kan være nyttig og nødvendig. Allerede den kritikkløse måte, hvorpå mange forfattere anvender interesseavveiiingsens prinsipp som juridisk trylleformel, som et «Sesam lukk dig op!» der forutsettes å åpne døren til de mest innviklede problemers løsning, gjør det efter min opfatning påkrevet å gå gehalten av dette prinsipp noget efter i sømmene. Er nemlig prinsippet riktig, vil dets opdagelse sikkert måtte tillegges likeså stor betydning i retten, som Kolumbus' opdagelse av Amerika fikk for historien. Og den elegante og epigrammatiske måte problemene løses på, kan med rette sammenlignes med den store opdagers likeså verdensberømte løsning av problemet om eggets stabile plassering på horisontalplanet.

Dessverre, så er neppe tilfelle. Skjønt jeg på ingen måte frakjenner interesseavveiiingslæren betydning — ja endog stor betydning — må det dog efter mitt skjønn reises de viktigste innvendinger både mot teoriens A) innhold og B) mot dens pretensjoner.

A. Sjelden har vel en teori som tillegger sig så gjennomgripende

---

<sup>1)</sup> s. 54.

<sup>2)</sup> s. 54.

<sup>3)</sup> s. 343.

betydning, optrådt i et så enkelt og tilsynelatende lettfattelig kostyme, med selvfølgelighetens stempel på sin panne. Det klinger jo så selvnlysende, enkelt men i beste forstand realistisk, at rettsordnens dom over en handling, som jo felles ut fra et samfundssynspunkt, må være avhengig av, om den handling det er tale om, er nyttig eller skadelig for samfundet. De nyttige handlinger tillates, de skadelige forbys. Og har handlingen både nyttige og skadelige virkninger, griper rettsordnen sin vektskål og veier nytte og skade mot hinannen; resultatet avhenger av det utslag som vekten gjør. Under denne tilsynelatende krystallklarhet skjuler det sig imidlertid en rekke meget vanskelige og innviklede spørsmål som teorien dels overhodet ikke er klar over, og derfor har undlatt å undersøke, dels har undersøkt uten å kunne komme til enighet om deres løsning.

Om én ting synes det forresten å herske enighet, nemlig derom, at det ikke er en handling *faktiske* nytte og skade, som blir avgjørende for interesseavveingens resultat. Det er den *sannsynlige*, den «adekvate» nytte og skade som rettsordnen tar hensyn til<sup>1)</sup>. Om det faktiske resultat på grunn av tilfellets makt blir anderledes, endrer ikke rettsordnen av denne grunn sin dom. Mot den eldre retts fremheven av det konkrete resultats betydning, gjør altså læren front.

Men allerede ved det neste spørsmål: Hvordan bestemmes da adekvansen? er enigheten mellom teoriens forkjempere totalt forsvunnet. Om en skade er adekvat eller ikke, avhenger nemlig bl. a. av de forutsetninger som man går ut fra, når adekvansen skal beregnes. Nu læres det i Danmark, av teoriens grunnlegger Goos<sup>2)</sup>, av Jul. Lassen, og om enn av utenforliggende grunner også av Torp<sup>3)</sup>, at til grunnlag for adekvansberegningen, og dermed også for interesseavveingen, ligger «alle de i Betragtning kommende Omstændigheder som overhodet kunne kjendes af Mennesker<sup>4)</sup>». I Norge derimot er en annen opfatning blitt den herskende: her beregner man nemlig både skadens og nyttens sannsynlighet på grunnlag av de omstendigheter som *handlingsmannen* kjente i handlingsøieblikket, eller som han som bonus paterfamilias hadde adgang til å kjenne<sup>5)</sup>. Og denne opfatning mangler heller ikke tilhengere i Danmark<sup>6)</sup>.

1) Stang: l. c. s. 106 note 15.

2) s. 347.

3) s. 288.

4) J. Lassen: Obl. alm. del, s. 245.

5) Stang: l. c. s. 81. Hagerup: Str. alm. del, s. 158. Platou: Priv. alm. del, s. 556.

6) Kraft: l. c. s. 81, 87 etc.

Om nu disse divergenser, og den uklarhet som dermed følger, ikke er av avgjørende betydning, må det derimot karakteriseres som en betenkelig svakhet ved teorien, at den ikke har bragt til klar og endelig avgjørelse, hvilken betydning det skal legges i de omfangsrige og mangetydige ord, handlingens «nytte» og dens «skade». Den eneste forfatter som mig bekjent har hatt øinene åpne for at en viss spesifikasjon her kunde være ønskelig, Torp nemlig, uttaler herom<sup>1)</sup>: «Det er derfor regelmæssig kun den Skade, der bestaar i selve Godets Tilintetgjørelse eller Førringelse, søm der tages Hensyn til, ikke den Skade for det enkelte Retssubjekt, der er en Følge af en blot Omfordeling af Goderne». Det er disses «absolute, objektive Værdi (Bevaringsinteressen)» som kommer i betragtning, «ikke Skadens følelighed for det enkelte Retssubjekt (Fordelingsinteressen)»<sup>2)</sup> «Vel er» fortsetter Torp, «Godernes Fordeling ingenlunde Samfundet likegyldig»; men selv om det tap som tilføies et individ ved en handling, rammer ham uendelig meget sterkere enn et annet individ høster fordel av handlingen, er ikke dette nogen grunn til å skride inn med interesseavveiiingens prinsipp. Av annen mening angående de verdier som kan komme i betraktning, synes Stang å være. I Rt. 1915, s. 533, vil han nemlig anvende interesseavveiiingens prinsipp på et tilfelle hvor det overhodet kun var spørsmål om fordelingsinteresser<sup>3)</sup>. Heri synes Stang også å ha rett. Før det første eksisterer vel overhodet ingen verdi som er «absolutt og objektiv», uten enhver relasjon til et menneskelig individ som verdiens bærer. Dernest er det prinsipielt betenkelig å utelukke visse samfundsinteresser, som dog erkjennes å være tilstede, fra avveiiingen. Det er riktig at rettsordnen, selv om den nok på en vis kunde ønske å ta hensyn til individenes forskjellige behovsintensitet, og den derav følgende forskjell i godenes forskjellige verdi på forskjellige hender, ikke i synderlig grad kan ta hensyn til dette ved utformningen av sine regler. Men

<sup>1)</sup> T. f. R. 1897, s. 65.

<sup>2)</sup> Str. alm. del, s. 272.

<sup>3)</sup> Det dreiet sig her om den ene sameiers rett til å sette sameietingen til auksjon mot de andres vilje. Stang uttaler herom: «Staar forholdet imidlertid slik at den fordel A. vil ha ved straks at sælge, er ubetydelig i forhold til den interesse de andre medeiere har i at faa salget utsat, er jeg tilbøielig til at anta at utsættelse maa ske. Men det bygger jeg ikke paa hensynet til medeierne, men paa det økonomiske hensyn som bør ligge til grund for enhver retsorden: at ikke retten med aapne øine kan medvirke til en hensigtsløs ødelæggelse av samfundsgoder.»

Den ødelæggelse av samfundsgoder som det her siktes til, er dog ikke fysisk ødeleggelse av disse, men det tap som samfundet lider ved godenes uheldige plasing.

prinsipielt kan heller ikke disse samfunnsinteresser, som jo rettsordnen i andre forhold tar hensyn til, f. eks. i form av ekspropriasjonsinstituttet, utelukkes fra enhver betraktning, og spesielt er det ikke riktig å uttrykke dette slik, at det kun er «bevaringsinteressen» som rettsordnen tar hensyn til. At også visse fordelingsinteresser er vel egnet til å komme i betraktning ved interesseavveilingen, viser f. eks. Stangs eksempel, som jeg har nevnt ovenfor.

Enda vesentligere enn at således begrepene «nytte» og «skade» ikke på nogen måte er klare i sitt innhold, er det imidlertid at interesse-teorien ikke har tatt decidert standpunkt til et annet av de avgjørende spørsmål som dog må rettes til den: Skal denne avveiling foregaa *konkret*, således at rettsstriden avgjøres efter en betraktning av den enkelte, individuelle handling, eller skal avveilingen skje abstrakt, slik at det er den nytte og skade som *pleier å følge handlinger av en viss art*, som skal avveies mot hinannen. Er dette siste det riktige, blir følgen at rettsstridspredikatet må knyttes til artsbegrepet, til handlingen in abstracto.

Grunnleggerne av interesseavveilingslæren, Goos og Getz, har antagelig tenkt sig at det er det siste synspunkt som er det riktige. Anderledes kan det vel neppe forståes, når Goos<sup>1)</sup> gjør opmerksom på, at interesseavveilingen for «enkelte Grupper af Livsforhold» efterhånden danner fastere regler, som da gjør enhver ytterligere interesseavveiling overflødig. Også Getz' uttalelser<sup>2)</sup> tyder på, at han nærmest tenker sig interesseavveilingen anvendt overfor handlinger av en viss art, ikke bare overfor konkrete handlinger iallfall. Torp derimot, som er den der med størst energi og med minst forståelse av lærens svakheter har søkt å gjennomføre den, hevder bestemt at det er en interesseavveiling in concreto, som blir det avgjørende for en handling's rettsstridighet: «Lige saa lidt som Retsordenen uden altfor haandgribelige Ulæmper kan opgive Fordringen om, at det mindre Gode, hvør en virkelig Kollision foreligger, maa ofres for det større, lige saa lidt kan Skjønnet in concreto erstattes av en fast Klassifikation av Retsgoderne<sup>3)</sup>).

Stangs uttalelser om interesseavveilingen i «Erstatningsansvar», tyder på at han ikke er opmerksom på den forskjell i synspunkt

<sup>1)</sup> Str.l. alm. del, s. 190—2.

<sup>2)</sup> Side 58 og 64

<sup>3)</sup> T. f. R. 1897 side 65. I konsekvens herav mener derfor Torp, at de spesielle regler om handlefrihetens grenser som enten lov eller sedvanerett har utviklet, i grunnen bare er ufullkomne uttrykk for den konkrete interesseavveiling's herredømme, og derfor rettest bør settes tilside, når de i et enkelt tilfelle ikke stemmer med dennes resultater.

som her kan anlegges. Undertiden synes han å forutsette at avveiingen skjer abstrakt; således når han side 106—107 i tilslutning til Goos uttaler, at mangfoldige «interessekollisioner» er avgjort på forhånd av livet selv, og de regler som på grunnlag herav har dannet sig, er bindende for dommeren i det enkelte tilfelle som omfattes av reglen, uten at det blir anledning til en konkret interesseavveiing. Andre steder derimot (side 102, n. 9 og side 115) forutsetter Stang bestemt en konkret interesseavveiing lagt til grunn<sup>1</sup>). Når han nemlig på dette sistnevnte sted uttaler at interesseavveiingen gjør enhver chikaneregul overflødig, må dette bety at den konkrete rådighetsutøvelse skal veies, ikke den abstrakte rådighetshandling, f. eks. å plante blomster på sin eiendom. For i siste tilfelle vilde man jo ha måttet anerkjenne en slik rådighetsutøvelse som tillatt, selv om den undertiden kan være drevet av skadehensikt.

Selv Torp vakler forøvrig noget i sin tro på den konkrete interesseavveiings eneberechtigelse. I T. f. R. 1897 side 70 (jfr. str. alm. del, side 272) hevder han nemlig, at man ikke utelukkende kan ta hensyn «til Værdien af de konkrete, umiddelbart truede Goder, men tillige til Vigtigheden af, at der i visse Retninger hersker størst mulig Sikkerhed for, at en given Regel, hvis Hævdelse har Interesse ud over det konkrete Tilfælde, overholdes». Som eksempel nevner han at en soldat som fryser på sin post, og er redd for å bli syk, ikke kan ta det spørsmål op til konkret overveielse, om ikke chancen for at nogen skal gjøre attentat på vaktstedet er forsvinnende i forhold til faren for lungebetændelse, og på grunnlag av denne interesseavveiing forlate sin post. Ønskeligheten av at der hersker faste regler, utelukker en slik konkret interesseavveiing; men dette betyr jo, at rettsordnen på grunnlag av en abstrakt interesseavveiing nettop har satt den konkrete vurdering ut av betraktning for disse tilfellers vedkommende.

Hvilket av de to synspunkter for interesseavveiingen må nu legges til grunn? Intet av dem, eller rettere begge.

Når rettsordnen gir sine regler om rettsstridsgrensen i den positive lovs form, er det særlig to hensyn den søker å forene: på den ene side ønsker den å gi sin regel den abstraktest mulige form, for derigjennem å ramme flest mulig enkelttilfeller med sin normering, og gjøre rettsreglen klar og sikker. På den annen side ønsker den å gi hver enkelt konkret handling en slik behandling som den ideelt og isolert sett fortjener. Som et kompromis mellom disse to ønsker

<sup>1</sup>) Også enkelte bemerkninger hos Platou l. c., f. eks. s. 525, peker i denne retning.

er da hver eneste rettsregel om rettsstridsgrensen dannet. Det er nemlig ikke så, som Torp synes å forutsette, at det bare er i enkelte, unormale tilfeller, at rettsordnen gjerne vil gi regler, «hvis Hævdelse har Interesse udover det konkrete Tilfælde». En slik interesse i å gjøre reglene abstrakte og absolutte, har i virkeligheten rettsordnen alltid; en annen sak er, at denne interesse ikke alltid triumferer, men ofte må tre i bakgrunnen for ønsket om å sikre enkelttilfellet en behandling som svarer til dets individualitet.

Men når dette er så, kan heller ikke den interesseavveining som avgjør rettsstridsspørsmålet når hverken lov eller sedvane har avgjort det, ubetinget stille sig enten på den abstrakte eller på den konkrete interesseavveinings standpunkt. Dette vilde jo si hverken mer eller mindre, enn at *man stillet sig på et standpunkt som med sikkerhet vites ikke å ville ha vært lovgiverens, hvis denne skulde ha avgjort spørsmålet*. M. a. o. en anvisning til dommeren og til almenheten i motsatt retning av den som den schweiziske civillovbok art. 1 inneholder, om at dommeren, når han står overfor et tilfelle som den positive rett ikke har avgjort, skal dømme efter den regel som han vilde ha opstillet som lovgiver.

At noget lands positive rett kan hjemle en slik setning, må ansees utelukket; men herav følger, at den interesseavveining som skal avgjøre rettsstridsspørsmålet, ikke uten å komme i bestemt strid med det legislativt ønskelige og med lovgivningens ånd, kan undgå å komme i samme dilemma som lovgiveren, når han gir sine regler. Den kan da ikke avgjøre det enkelte tilfelle isolert, men må også ta hensyn til de rettsinteresser som peker ut over enkelttilfellets avgjørelse, og som krever at rettsreglene gis en abstrakt form. Den enkelte handlings rettsstrid må da avgjøres i dette kompromis' tegn. Det er dette Torp gjør i enkelte tilfeller; men som foran nevnt overser han, at dette kompromis ikke er undtagelsen ved rettsstridsspørsmålets avgjørelse, men tvertimot reglen<sup>1)</sup>.

Og foruten den interesse rettsordnen har i at rettsreglene er mest mulig abstrakte, må også nevnes den beslektede interesse, at rettsreglene skal tre frem med størst mulig klarhet og sikkerhet, m. a. o. de tekniske hensyn som også må tas i betraktning ved inter-

---

<sup>1)</sup> Et illustrerende eksempel på dette kompromis er rettsordnens normering av de subjektive rettigheter. I almindelighet triumferer den «abstrakte» interesse, og rettsordnen avviser i kraft av denne enhver konkret interesseavveining ved de enkelte rådighetshandlinger. Undertiden er imidlertid rettsordnens interesse i abstrakte og sikre regler mindre, og rådighetens grenser bestemmes derfor konkret. Se nærmere herom s. 199—200.

esseavveiingen. Overhodet er de faktorer som spiller inn under denne, ikke uttømt med handlingens «nytte» og «skade» for de private rettssubjekters rettsgoder; også samfundsinteresser av ganske annen art spiller inn, og disse interesser er ikke mottagelige for en mekanisk avveiing mot de førstnevnte.

Men herav følger, at den tilsynelatende så enkle interesseavveiing ikke lenger lar sig gjennomføre med et subtraksjonsstykkets letthet og sikkerhet, fordi de faktorer som kommer i betraktning, begynner å miste den kommensurabilitet der er en hovedbetingelse for at veiing kan skje. Fysisk skade for A. kan sammenlignes med den fysiske erhvervelse som tilfaller B. Allerede når fordelingsinteressene kommer i betraktning, blir stillingen vanskeligere. Og det står ikke i menneskelig makt med sikkerhet å veie den skade som C.'s handling tilføier D., mot den interesse som rettsordnen har i, at slike handlinger ubetinget kan foretas, fordi de i almindelighet er nyttige. Disse faktorer kan ikke veies mot hinannen, de *vrurderes* på grunnlag av et skjønn. Når nu dertil kommer, at det ikke står klart for teorien, om den blotte nytteovervekt er nok til å sikre en handlings rettmessighet, eller om det kreves et *vesentlig* overskudd av nytte<sup>1)</sup>, må det være innlysende for alle, at det ikke er nogen almindelig subtraksjonsoppgave interesseavveingslæren stiller.

Denne nærmere utvikling av det innhold som interesseavveingslæren legger og må legge i sin teori, er vel egnet til å vise, at det eksakte preg som tilsynelatente utmerker den, er en fullkommen illusjon. Det er en broket rekke faktorer som skal stilles mot hinannen, og hvis innbyrdes verdi ikke på nogen måte kan uttrykkes matematisk. Allerede det jeg hittil har nevnt, må vekke betenkelighet overfor den opfatning, at man her står overfor en *rettsregel* som er en del av vår positive rett.

Mitt viktigste ankepunkt mot det innhold som den herskende teori legger i interesseavveingens prinsipp, er dog dette: *Den bygger ikke sin interesseavveiing på alle de momenter ved handlingen som i virkeligheten har rettslig betydning.* Tvertimot skjærer den prinsipielt bort visse rettslig særdeles betydningsfulle sider av handlingen, og bygger sin interesseavveiing på handlingen i denne forkrøplede skikkelse. Slik som teorien er utformet — og som man også vilde være tilbøielig til å anta, når man hadde hørt dens nærmere innhold — legger den utelukkende vekt på hand-

---

<sup>1)</sup> Se f. eks. Stangs uttalelser side 116.



lingens følger; dens nytte eller skade for samfundet er identisk med den innvirkning handlingen har på håndgripelige, materielle samfundsverdier. Bortsett fra det hensyn man ved interesseavveiingen tar til rettsordnens interesse i abstrakte og overhodet teknisk heldige regler — hvilket forøvrig teorien selv, som foran påvist, ingenlunde er tilbøielig til å erkjenne — er det handlingens synlige virkninger, som bestemmer rettsordnens dom over den. Handlingens resultater identifiseres altså fremdeles med handlingen overhodet; den eneste forskjell som på dette punkt skiller interesseavveingslæren fra den gamle opfatning av rettsstriden, er denne: Mens den siste bygget sin dom over handlingen på dens *konkrete* resultat, bygger teorien om interesseavveiingen sin, på et skjønn om handlingens *sannsynlige* resultat. Men hvad denne teori ikke er opmerksom på, og som den derfor ikke tar i betraktning under sin interesseavveiing, er at en menneskelig handling har to sider, en indre og en ytre, og at *ingen av dem er rettsordnen likegyldig*. Når derfor interesseavveiingen bygger på handlingens ytterside alene, tar teorien ikke hensyn til alle de momenter ved handlingen, som er rettslig relevante, og når grunnlaget således er skjevt og ufullstendig, sier det sig selv at veiingens resultat lett blir galt.

Visstnok har det vært et gammelt og godt dogme i rettsvidenskapen, at rettsordnen av prinsipielle grunner måtte avstå fra enhver inntrengen på sjelelivets område. Goos gir ennu uttrykk for dette syn: «Den onde Hensigt er et rent indre Faktum, og derfor Retshaandhævelsen uvedkommende». (str. alm. del, side 76). Dette dogme som forøvrig aldri har funnet anerkjennelse i det virkelige rettsliv, hører dog nu heldigvis til de deciderte fortidslevninger<sup>1)</sup>. At handlingens indre side meget vel kan tillegges avgjørende betydning for lovgiverens vurdering av den, er en kjensgjerning som de føregående utviklinger gir nok av eksempler på. Når lovgiveren f. eks. skal avgjøre forsøkshandlingens straffbarhet, tar han først hensyn til den fare for rettsgoder, som truet ved handlingen, men som på en eller annen måte blev lykkelig avverget; men han tar også hensyn til det samfundsfarlige sinnelag som er lagt for dagen, og som den forbryderske vilje bærer bud om. Og ikke bare når det gjelder forsøkshandlingens straffbarhet, men i hele strafferetten, er handlin-

---

<sup>1)</sup> Se f. eks. følgende forfattere som ingen skal beskyldes for juridisk rabulisme, og som samtlige hevder at sinnelaget ikke er rettsordnen likegyldig eller uvedkommende: Morgenstierne: T. f. R. 1888, s. 417, Jul. Lassen l. c., s. 4, Hagströmer: Svensk Straffrätt., s. 92.

gens indre side og overhodet handlingsmannens sinnelag det vesentligste av de momenter som loven tar hensyn til. Også i mange andre tilfeller<sup>1)</sup> tar lovgiveren den indre side i betraktning ved rettsstrids-spørsmålets avgjørelse. At denne heller ikke på andre rettsområder er irrelevant, vil en henvisning til alle de rettsregler som er knyttet til forutsetningen om «god tro», være nok til at vise.

Hvad imidlertid lovgiveren har funnet å burde tillegge vekt under sin avgjørelse av rettsstridsspørsmålet, slår interesseavveingslæren prinsipielt vrak på. Bare handlingens følger er det som kan representere «nytte» eller «skade» for samfundet. Nu er hertil først å si, at det finnes tilfeller hvor handlingen ikke motstandsløst lar sig dele i to, følger og innerside, hvorav den ene er uavhengig av den annen. Som jeg litt nedenfor kommer tilbake til<sup>2)</sup> gis der handlinger, hvis samfunnsnyttige eller -skadelige følger nettop er avhengig av om de foretas i nyttig eller skadelig hensikt. Overfor handlinger av denne art slår derfor interesseavveiingen fullstendig klikk. Men selv om det er en mulighet for å vurdere handlingens følger uavhengig av ethvert hensyn til den vilje som har frembragt dem, kan det allikevel ikke være riktig å se bort fra denne siste. Det er alltid en mulighet for at rettsordnen på grunn av handlingens innerside vil forby den, uten hensyn til dens ulastelige ytre; setter man sig ut over denne mulighet, kan ikke resultatene bli riktige.

Det er dette interesseavveingslæren har gjort. Ganske naivt, som et aksiom der ikke trenger nærmere begrunnelse, har den gått ut fra, at det bare er hensynet til handlingens følger som kan gjøre den rettsstridig, idet teoriens undersøkelse jo dreiet sig om de handlinger som måtte forbys av hensyn til visse rettsgoders beskyttelse. Ut fra denne forutsetning deduserte da teorien, at hensikten måtte være irrelevant for dette spørsmåls avgjørelse: «Er der saaledes en vis efter omstændighederne varierende grad af sandsynlighed som altid maa til, forat en handling af hensyn til sammes mulige følger skal være forbudt, saa er det en ligefrem konsekvens deraf, at handlinger som ei medfører denne sandsynlighed, under enhver omstændighed er retmæssige, hvad enten de er foretaget i den hensigt at fremkalde den skadende følge eller ei»<sup>3)</sup>). Hvis det virkelig var riktig, at det eksisterte et rettsområde, hvor hensynet til en handlings mulige følger var enebestemmende for dommen om dens rett-

---

1) Se paragrafene 3, 4, 5, 6, 8 og 12.

2) Se side 255.

3) Getz l. c. s. 53.

messighet, vilde Getz' setning sikkert ikke kunne anfektes. Men det er nettop dette som ikke er tilfelle. Det er meget sant at rettsordnen av hensyn til handlingens mulige følger for rettsgodene kan forby den, og også i stor utstrekning gjør dette. Men rettsordnen hverken kan eller vil programforplikte sig til *utelukkende* å legge dette synspunkt til grunn ved bedømmelsen av en handling. Der finnes andre rettsverdier enn individenes rettsgoder, og det kan være mange andre hensyn enn omsorgen for disse, som kan lede rettsordnen til å forby en handling.

Dette har interesseavveiiingslæren ikke villet se; den har uten videre gått ut fra, at hensynet til rettsgodenes beskyttelse var det ene avgjørende for rettsstriden, og efter å ha påvist at dette synspunkt ikke er sterkt nok til å forby en handling, hvis den ikke er objektivt farlig for disse goder, går den ut fra som selvsagt, og nærmest som en logisk nødvendighet, at det ikke kan være andre retts-hensyn som leder til å forby handlingen. Teorien isolerer m. a. o. det ene moment, hensynet til rettsgodenes beskyttelse, fra alle de andre rettshensyn som dog uomtvistelig kan være tilstede, og vegrer sig for å bedømme handlingen i det lys som disse rettshensyn kunde kaste på den. Det er denne uberettigede isolering av en enkelt side ved handlingen, som er interesseavveiiingens hovedfeil.

Selv om interesseavveiiingen derfor innskrenket sig til å ville fastslå rettsstridsgrensen for de handlingers vedkommende som kan lede til skade på de materielle rettsgoder, må den således, for ikke å komme i disharmoni med den positive rett, ta med i avveiiingen momenter av immateriell art, som vanskelig lar sig sammenligne med materiell nytte og skade.

Men enda klarere blir det, at en rekke slike momenter må tas med i betraktningen, når interesseavveiiingen skal foretas på områder hvor ingen materielle rettsgoder direkte er truet. For også på disse områder tillegger interesseavveiiingen sig gyldighet. Den gang læren blev fremsatt, blev det visstnok — særlig av Goos — ganske skarpt fremhevet at dens område var begrenset; men allerede Goos og Getz lot sig under sine utviklinger forlede til å glemme dette. Deres helt generelle uttalelser om rettsstridens egenskaper og om hensiktens irrelevans, som de støttet til interesseavveiiingslæren, tyder bestemt på, at denne lære blev tillagt generell betydning for hele rettsstridsgrensen, og for senere forfattere, særlig da for Torp, men også i stor utstrekning for Stang, fortoner interesseavveiiingstanken sig simpelthen som «loven om handlefrihetens grenser».

Skal imidlertid dette kunne påstås med den ringeste grunn, må det iallfall være klart, at interesseavveiingen ikke utelukkende kan foretas på grunnlag av de ytre følger av en handling, men at momenter av indre, sjelelig art, overhodet alle de momenter som har rettslig betydning, må tas med i beregningen. Hvordan vilde f. eks. en snever interesseavveiing som bare har øie for det objektive, stille sig til spørsmålet om forvaltningsaktens rettmessighet, til boikotten, kritikken, eller til forsøkshandlingen? Hvordan vil den, for å hente eksempler fra Hagerup, kunne avgjøre om det er tillatt å begå mened for å avverge en gal dom, eller om lægen handler rettsstridig når han vivisekerer en hund, og vinner erfaringer til gagn for menneskeheten? Enten må her interesseavveiingen erklære sig renons, eller den må utvide sitt område til å omfatte momenter som ikke lar sig ta og føle på, momenter av sjelelig og av ideell art, og ikke å forglemme også momenter av teknisk-juridisk natur.

Hvis prinsippet ikke utvides på denne måte, må dets område i ethvert tilfelle begrenses, så det kun får betydning, når det spørres om hvilke handlinger som er forbudt av hensyn til de materielle rettsgoders beskyttelse; men selv om dets herredømme begrenses på denne måte, kommer prinsippet i kollisjon med den positive rett.

Utvides derimot prinsippet — hvad det efter min mening er det eneste riktige — ser man imidlertid at enhver illusjon om en «avveiing», som jo vekker forestilling om en process hvis resultat kan beregnes matematisk, må legges på hyllen. Å avveie inkommensurable størrelser mot hinannen, er som bekjent ikke lett. Samtidig med at interesseavveiingen derfor går over til å bli en almindelig legislativ betraktning av rettsstridsspørsmålet, blir det klart for enhver at avveiingens resultat ikke lenger kan avleses som på en vekt, men må bero på et *skjønn*, som treffes på grunnlag av de foreliggende faktorer. Av hvad art dette skjønn er, skal jeg senere komme tilbake til.

B. Det må altså slås fast, at mens læren om interesseavveiingen for overhodet å være brukbar, måtte gis tilføielser som gjorde den rikere og riktigere, mistet den i tilsvarende grad det preg av presisjon og matematikk, som utmerket den i dens primitive form; når den allikevel trer frem med krav på anerkjennelse som *rettsregel*, og endog vil normere «handlefrihetens grenser» overhodet, kan det ikke nektes at disse aspirasjoner må vekke en viss betenkelighet. I denne sin radikale form hevdes teorien av Torp, der visstnok betrakter alle de spesielle normer om rettsstriden som den positive

rett inneholder, som de første famlende forsøk på å finne den generelle regel om handlefriheten, og som derfor, når denne regel virkelig er funnet, kan tre tilbake i skyggen, og også er nødt til å gjøre dette, hvis de kommer i kollisjon med denne regels resultater.

Var dette riktig, måtte det innrømmes at teorien vilde markere et langt skritt henimot rettsordnens fullkommengjørelse, idet alle de tusener av spesialregler som er gitt om rettsstridsgrensen, på en elegant måte blev samlet i en eneste regel, interesseavveiingsreglen. Alt arbeide som har vært nedlagt gjennom årtusener på å bestemme handlefrihetens grenser i detaljer, vilde derved være overflødiggjort. Juristenes omhyggelige og minutiøse fastslåen av grensen for den subjektive rett, for nødretten etc. vilde bare beholde rettshistorisk betydning, som ufullkomne forsøk på å erkjenne den rettsregel der i tidens fylde skulde komme.

Det er imidlertid en hake ved tingen: Den kvantitative reduksjon av rettsreglene er ikke det eneste formål som rettsordnen forfølger; rettens kvalitet bør helst beholdes uforandret under denne reduksjon. Men dette vilde dessverre ikke være tilfelle, hvis man innførte interesseavveiingen som den eneste rettsregel der bestemte grensen mellom rett og urett. Efter mitt skjønn vilde den kvalitative reduksjon endog langt distansere den kvantitative. Skulde interesseavveiingen anerkjennes som rettsregel, vilde man med ett slag skruve retten tilbake til det anarkistiske stadium, hvorfra den for tusener av år siden begynte sin utvikling. En «rettsregel» av et slikt innhold vilde nemlig ikke på nogen måte være i stand til å beherske rettslivet, og skape den sikkerhet som er en livsbetingelse for et ordnet samfund. Dertil mangler rettsreglen for det første indre fasthet og pregnans, og dernest er den meget vanskelig, for ikke å si umulig, å anvende med sikkerhet. Et værre misfoster av en rettsregel har vel aldri den juridiske teknikk sett for sine øine. I hundreder av år har teknikken arbeidet på å danne rettens regler faste og klare, lette å erkjenne og lette å anvende. Og det materiale som den har arbeidet med, og hvorav den har utvunnet brukbare enkeltregler, har sålenge retten har eksistert nettop vært hentet i det prinsipp som nu plutselig er dukket op for enkelte forskeres bevissthet. Formålet har nemlig vært «Schöpfer des ganzen Rechts» i årtusener før Ihering forkynte det, lovgivning og praksis har veiet interesser mot hinannen og formet sine regler derefter, lenge før den nordiske rettsvidenskap eksisterte. Men det har vært denne videnskap forbeholdt å ville sette en strek over alt det arbeide som har

vært drevet ut fra dens teori gjennom årtusener, og innføre selve interesseavveiingen som almindelig norm for retten.

Gjennom interesseavveiing er de materielle rettsregler funnet, de subjektive rettigheter anerkjent og deres innhold bestemt. Gjennom interesseavveiing er grensen trukket for de forbudte handlinger både i og utenfor kontraktsforhold. Men gjennom den samme interesseavveiing har man også vært tvunget til å ta hensyn til den juridiske teknikks krav. Med bydende styrke har denne krevet klarhet, sikkerhet, uomtvistelighet i de normer som skal gjelde for samlivet, og den dødsdom som de lege ferende må felles over interesseavveingsprinsippet som almindelig norm for handlefriheten, finner derfor sin beste begrunnelse i prinsippet selv.

De lege lata synes det mig klart, at interesseavveiingen iallfall må stå tilbake, når grensen mellom rett og urett er positivt normert av lov eller sedvanerett. Dette er da også de fleste av prinsippetts forsvarere — f. eks. Stang — på det rene med. Er derfor interesseavveingsprinsippet å opfatte som en rettsregel, er dets rolle iallfall bare *subsidiær*.

Men heller ikke på de ulovbestemte felter av rettsstridens område hersker efter min mening prinsippet med en rettsregels rang. Besindige forskere som Hagerup, som i og for sig er tilhenger av interesseavveingslæren, advarer da også uttrykkelig mot å tillegge denne lære ubetinget bindende virkning som en lov, og mot å anvende den som man anvender en straffelov eller en veksellov. «Dertil er dette Synspunkt altfor vagt», sier han; og «den samme Afveien af Interesserne ligger i videre Forstand til Grund for den hele Retsorden». <sup>1)</sup>). Efter min opfatning er dette så innlysende riktig, at jeg ikke kan holde den ytring tilbake, at jurister som for ramme alvor presenterer interesseavveingslæren med krav på at den skal være en rettsregel, ja den avgjørende regel for handlefrihetens grenser, i betenkelig grad må mangle sans for det element i jussen som Ihering anser som det spesifikt juridiske i vår videnskap: det tekniske element.

Jeg mener forøvrig å kunne påvise, at den teori som har hevdet interesseavveiingen som rettsregel, i praksis har gjennomgått en metamorfose, og er kommet bort fra denne opfatning, uten at dens tilhengere er blitt opmerksom på det, eller iallfall uten at de klart har erkjent det. Litt efter litt har det nemlig trengt sig inn et nytt element i teorien, som i virkeligheten er uforenelig

---

<sup>1)</sup> l. c., s. 329 og 331.

med dennes oprindelige karakter og pretensjoner, og som i praksis har trengt selve interesseavveilingen tilside og tatt dens plass. Jeg sikter til læren om «bonuspaterfamilias-skjønnet» relevans for rettsstriden.

Allerede Goos mente at interesseavveilingen i praksis undertiden var overflødig, idet det for enkelte grupper av livsforhold efterhånden hadde dannet sig «fastere Regler»<sup>1)</sup> om de krav som måtte stilles til en optreden der ikke skulde komme i kollisjon med rettsordnens bud. Og Stang<sup>2)</sup> uttaler, at når det spørres om, «hvordan man i det hele skal indrette sig under situationer, som ikke er altfor ualmindelige, træffer man oftest bestemte regler, som livets erfaringer har formet, og skik og bruk har fastslaaet. Dem kan domstolene falde tilbage paa».

Disse «grupper av livsforhold», hvor «skikk og bruk» eller «livets erfaringer» taler det avgjørende ord om handlefrihetens grenser, er som også Stang fremhever, ikke små og lite betydningsfulle. Tvertom har det utviklet sig bestemte rettsregler om hvordan en bonus paterfamilias skal opføre sig, i praktisk talt alle livsforhold, hvor ikke nye og før ukjente fenomener venter på en regulering. Området for den egentlige interesseavveiling var da allerede iflg. Goos i virkeligheten innskrenket til de rettsområder, hvor rettsbevisstheten og sedvaneretten ennå ikke hadde avgitt sitt skjønn om hvordan en bonus paterfamilias skal optre. Imidlertid gled snart teorien, uten å merke den indre forskyvning som fant sted, over til å la bonuspaterfamilias-skjønnet, selvfølgelig med interesseavveilingen som grunnlag, få det avgjørende ord også her.

Spiren til denne utvikling finner man allerede hos Goos. Han uttaler nemlig denne setning: «Det er det, som efter en almindelig Dom hos den større eller mindre Kreds der efter det paagjældende Livsforholds Beskaffenhed kan komme i Betragtning, er en fornuftig og berettiget Handlemaade under den objektivt foreliggende Situation, som maa bestemme Afgjørelsen. Det er den «Livets Regel» som her maa følges»<sup>3)</sup>. Til full klarhet er tanken utformet hos Kraft: «Handlefrihedens Gændsebestemmelse beror paa en ethisk-praktisk Afgjørelse af, hvad en fornuftig og forsvarlig Livsvirkksom-

---

<sup>1)</sup> Goos: Str. alm. del 190.

<sup>2)</sup> L. c., s. 107.

<sup>3)</sup> Str. alm. del, s. 190.

hed kræver og tillader»<sup>1)</sup>). Og Torp uttaler<sup>2)</sup>): «Det er altsaa den paa Livets Erfaringer byggede almindelig fornuftige Dom om Handlingens Forsvarlighed under givne Forudsætninger, som er afgjørende for dens Retmæssighed». Også Jul. Lassen<sup>3)</sup>, Stang<sup>4)</sup> og Hagerup<sup>5)</sup> er enig i, at det i siste instans er bonuspaterfamilias-skjønnnet som er det avgjørende, dog således at dette skjønn skal treffes på grunnlag av interesseavveiingen.

På denne måte har en eiendommelig *dualisme sneket sig inn i interesseavveingslæren*. Den er blitt spaltet i to, et teoretisk rettsprinsipp som utvikler de faktorer som alene kommer i betraktning ved rettsstridsspørsmålets avgjørelse, og en praktisk henvisning til «en etisk-praktisk avgjørelse» av handlingens forsvarlighet i et gitt tilfelle, altså hvad man kaller et bonuspaterfamilias-skjønn. Denne dualisme skjuler dog læren, idet den oppstiller det postulat som alene er i stand til å bringe harmoni tilveie mellom dens to elementer, at bonuspaterfamilias alltid når han avgir sitt skjønn, legger til grunn nettop de momenter som etter interesseavveingslæren er relevante, utelukker alle andre, og derefter treffer sin avgjørelse som en annen regnemaskin. Som Stang uttrykker det<sup>6)</sup>): «Bak dette skjøn ligger nettop den interesseavveiing, jeg har gjort rede for».

Men riktigheten av dette postulat må på det bestemteste bestrides. B.p.f.-skjønnnet er rettsfølelsens skjønn, det sunde skjønn som en god mann treffer om en handlingens rettmessighet, efter å ha gransket situasjonen og handlingens forhold til samfundsvirksomheten, og efter å ha lyttet til rettsfølelsens tale. Og likeså sikkert som det ennu ikke har vært nogen gitt, å klarlegge alle de bevisste og underbevisste kilder som tilsammen danner rettsfølelsen, likeså sikkert er det, at den ikke kan uttømmes i forstandens kategorier. Man kan nå langt i å legge tilrette det forstandsmessige grunnlag for rettsfølelsens skjønn, og det er et uhyre fortjenstfullt arbeide å gjøre dette. Men hvor langt man enn når på denne vei, vil det alltid være et element i skjønnnet som unndrar sig enhver presis formulering i forstandsbegreper, fordi nemlig rettsfølelsen overhodet er inkomensurabel med disse.

Så langt fra at det er identitet tilstede mellem interesseavvei-

---

1) L. c., s. 81.

2) s. 256.

3) Obl. alm. del, s. 245.

4) L. c., s. 106—107.

5) L. c., s. 306.

6) L. c., s. 107.



ingen og b.p.f.-skjønnnet, er det altså to inkommensurable størrelser vi står overfor. Man må velge mellom dem; begge kan ikke være prinsipielt avgjørende for løsningen av rettsstridsspørsmålet.

Naturligvis kunde man komme forbi denne vanskelighet ved å si: Det er ikke et suverent b.p.f.-skjønn, det er tale om. Den rolle som er tildelt bonus paterfamilias, er bare å foreta den avveining som interesseteorien krever, og på grunnlag av det materiale som denne teori legger tilrette for ham. Men det vilde da være en tilsnikelse, å kalle de rudimenter av et skjønn som skulde overlates den gode familiefar, for et b.p.f.-skjønn. Det er i virkeligheten heller ikke dette som i almindelighet menes, når b.p.f.-skjønnnet oppstilles som det avgjørende. Det siktes ikke til en teoretisk bonus paterfamilias, som med en maskines lydighet gir sitt utslag, når visse forutsetninger forelegges ham. Det er den praktiske bonuspaterfamilias, slik som rettslivet kjenner ham, som skal avgi sitt skjønn, under de forutsetninger og på den måte som det virkelig skjer i rettslivet.

Når man nu skal velge mellom interesseavveiningen og b.p.f.-skjønnnet som avgjørende for rettsstriden, er valget ikke vanskelig. Rettslivet — det praktiske liv og domstolenes praksis — gir svaret med all ønskelig tydelighet. Hverken dommeren eller privatmannen anlegger interesseavveiningen, når de står overfor rettsstridsproblemet; det er b.p.f.-skjønnnet, som både domstolene og de private borgere — ja i virkeligheten også interesse-teoretikerne — faller tilbake på. Dette skjønn, som er identisk med v. Bars: «Die Regel des Lebens», trenger for hver dag som går, dypere og dypere inn i læren om den rettsstridige handling. Det er dette skjønn, og ikke abstrakte overveielser om interesseavveining, som i praksis trekker grensen mellom rett og urett på de områder av retten, hvor denne ikke er positivt fastsatt. Allerede Goos' lære om at interesseavveiningen på bindende måte alt hadde funnet sted for store områder av retten, idet det her hadde dannet sig sikre regler om den måte hvorpå en bonuspaterfamilias skal handle, inneholder i virkeligheten, skjønt Goos ikke var opmerksom på det, en innrømmelse av at det virkelig avgjørende var b.p.f.-skjønnnet, mens interessenes avveining blev redusert til å være veiledende for dette skjønn. Og den lære om interesseavveingens utgangspunkt, som iallfall i Norge er blitt den herskende, tyder også bestemt i retning av at det i virkeligheten er et b.p.f.-skjønn det spørres om. Som før nevnt læres det nemlig hos oss, at man ved interesseavveiningen beregner både skadens og nyttens

sannsynlighet på grunnlag av de omstendigheter som en bonuspaterfamilias hadde adgang til å kjenne i handlingsøyeblikket. Mens dette utgangspunkt stemmer utmerket med b.p.f.-synspunktet, ja må sies å være et naturlig vilkår for at dette skjønn skal få nogen virkelig realitet, stemmer det mindre godt med den teori som bestemmer handlingens rettsstrid efter dens virkninger for samfundet. For denne teori er det naturlig, slik som det også hevdes av den herskende lære i Danmark, å ta alle de omstendigheter i betraktning ved skjønnets avgivelse, «som overhovedet kunne kjendes af Mennesker»<sup>1)</sup>. At denne opfatning imidlertid ikke harmonerer godt med rettsbevissthetens fordringer, er i mine øine ett av de mange bevis på, at det ikke er interesseavveiiingsprinsippet men b.p.f.-skjønnet, som har det avgjørende ord i rettsstridsmaterien<sup>2)</sup>.

At b.p.f.-skjønnet nu er trukket inn i læren om rettsstriden, betyr ved første blick en slags fallitterklæring for rettsordnen. Dette pointeres sterkt av Sjøgren<sup>3)</sup> som mener at rettsordnen derved er redusert til et eneste bud: Handle som en bonus paterfamilias. Dette er selvsagt en overdrivelse. Men den sannhet må man se i øinene, at rettsordnen har måttet erkjenne at den ikke kan make å gi abstrakte regler om rettmessigheten eller rettsstriden av alle de millioner handlinger som den er kalt til å regulere, og hvorav ikke to er like. Og da ingen menneskelige handlinger faller utenfor rettsordnens område, har den vært nødt til — som Hagerup sier — at «falde tilbage paa Synspunkter, som unddrager sig en præcisere Formulering». Dette gjelder dog selvsagt ikke — hvad Sjøgren synes å forutsette — *alle* de menneskelige handlinger, men for manges vedkommende har rettsordnen måttet gripe til å la b.p.f.-skjønnet beherske

---

<sup>1)</sup> At den danske teoris syn på interesseavveiiingens utgangspunkt for det første er uforenelig med b.p.f.-skjønnet, men dernest også står i avgjort strid med, hvad både rettsfølelsen og den sunde fornuft tilsier, viser et eksempel Jul. Lassen nevner (s. 15), og som jeg hitsetter i litt endret form: En kinesisk videnskapsmann godtgjør med uimotsigelige beviser, at plantning av berberiss medfører fare for, at korn som står i nærheten blir angrepet av visse sykdommer. Her i Norge er denne opdagelse ganske ukjent. Den nordmann som dagen efterat kineseren hadde foretatt sitt avgjørende eksperiment planter berberiss, handler iflg. Jul. Lassen rettsstridig, fordi nu den beste menneskelige viden, på grunnlag av interesseavveiiingens prinsipp, må erklære hans handling for rettsstridig.

<sup>2)</sup> Også Hagströmer L. c., s. 104 vil ha dette skjønn lagt til grunn, når det dreier sig om handlinger som kan komme til å krenke rettsgodet.

<sup>3)</sup> Om Rättsstridighetens Former s. 137.

dem, og dette vil igjen i virkeligheten si, at det er rettsfølelsen eller den almindelige rettsbevissthet som rettsordnen faller tilbake på, i mangfoldige tilfeller hvor grensen mellom rett og urett skal bestemmes. For det er og må være efter sin rettsfølelses bud, at den gode familiefar avgir sitt skjønn.

Efter hvad jeg foran har utviklet kunde det kanskje synes, som om hele det arbeide som er nedlagt på utformningen av interesseavveingslæren måtte være spilt, at hele teorien måtte betegnes som en misforståelse, og at man efter en liten digresjon som viste sig å løpe ut i sanden, måtte vende tilbake til det gamle uaktsomhetskriterium som eneste norm for rettsstriden; så er dog langt fra tilfelle.

Visstnok er det så, at det i virkeligheten er rettsfølelsen som har det avgjørende ord; men det arbeide som nedlegges på å rense og lutre denne rettsfølelse, og klarlegge dens kilder og det grunnlag den må bygge sine kjennelser på, er ingenlunde spilt. Uttømmes kan rettsfølelsen vistnok ikke ved forstandens hjelp. Men det er på den annen side heller ikke en blind rettsfølelse, som rettsordnen betror det vanskelige hverv å skille rett fra urett. Det er en rettsfølelse, som i pakt med rettsordnens grunntanker og søkende å realisere dens formål, treffer sin avgjørelse av de spørsmål som møter den, med fullt kjennskap til düsses rettslige og faktiske eiendommeligheter. Og interesseavveingens prinsipp — både i den eldre snevre form og i den utvidede skikkelse som jeg har ment å burde gi det — vil alltid beholde sin store betydning, fordi det peker på de momenter som bør være avgjørende for skjønnet.

Men sin dristige pretensjon, å iklæ sig *rettsnormens* rang og verdighet, må interesseavveingslæren opgi. Til gjengjeld for denne abdikasjon vinner den et øket anvendelsesområde. Mens man iallfall bare kunde anvende den gamle, objektive interesseavveingslære på meget bestemt avgrensede rettsområder<sup>1)</sup>, vil den utvidede interesseavveings område omfatte alle de ulovbestemte rettsfelter.

Skulde man i et resumé søke å klarlegge den betydning som interesseavveingslæren har hatt og har for rettsstridens teori, blev det denne: Først og fremst bragte den klarhet over selve rettsstridens begrep, rykket det ut av den tåke som hadde omgitt det, og gav det dets prinsipielle innhold. Dernest påviste den med tydelighet, at ikke alle de handlinger som faktisk skader et rettsgode, derfor

---

<sup>1)</sup> Hagerup l. c., s. 331.

er forbudt av rettsordnen. Videre åpnet den øinene for, at en skadegjørende handling heller ikke alltid blir rettsstridig, fordi det er handlingsmannens hensikt å tilføie skaden. Den aksentuerte at blandt de momenter som burde avgjøre rettsstridsspørsmålet, kom i første rekke hensynet til handlingens farlighet på den ene side, og til dens nytte på den annen. Ved alle disse sannheter har den øvet en misjon av den største betydning, og Getz og Goos og deres efterfølgeres arbeider betegner derfor en varig landvinning for rettsvidenskapen.

De skyggesider som har klebet ved læren om interesseavveiingen, slik som den hittil har vært hevdet, er særlig disse: Som en reaksjon mot den eldre, uklare og ukritiske lære, om at enhver skadegjørende handling ledet til ansvar når den var foretatt i skadehensikt, betonet teorien sterkt og med rette, at handlingens objektive faretruende eller ufarlige egenskaper, måtte tillegges vesentlig betydning for dommen om dens rettsstridighet. Men disse objektive sider ved handlingen blev for teorien de eneste, og ved et sådant syn på handlingen underkjente man den betydning som rettsordnen må tillegge den indre side av handlingen, og teorien kom derved til sin falske setning om at rettsstriden alltid blir bestemt objektivt. Men foruten å bestemme feilaktig eller ufullstendig de momenter som kan få innflytelse på interesseavveiingens utfall, strakte lærens tilhengere sin teori, og de konsekvenser som de mente å kunne trekke av denne, uten videre ut til hele rettsstridens område, skjønt den enkleste betraktning av rettslivet, f. eks. av forsøkslæren og av alle de lovbestemte rettsstridstilfeller, burde lært dem at interesseavveiingens gyldighet og de slutninger som derfor kunde trekkes fra denne, iallfall måtte ha sin begrensning. Og endelig tok teorien feil av sitt prinsipps rettslige karakter. Den mente å gi en rettssetning, den gav en legislativ utredning av problemet, en veiledning for rettsfølelsens skjønn. Dens verdi ligger i, at den foretok en høist påkrevet analyse av de momenter som rettsfølelsen bør bygge på, når den avgir skjønnet om handlingens rettmessighet; forsåvidt er setningen likeså psykologisk som juridisk farvet. Nogen normativ rettssetning er den iallfall ikke.

IV. Denne noget lange digresjon vil gi materiale til å avgjøre, i hvilken utstrekning interesseavveiingsprinsippet er i stand til å berettigede de setninger om rettsstridens objektivitet og hensiktens irrelevans, som Getz og Goos stillet op på grunnlag av dette prinsipp.

Det fremgikk av undersøkelsen, at interesseavveiingen iallfall ikke behersket hele rettsstridens område, men at den måtte stå til-

bake, overalt hvor lov eller sedvanerett positivt hadde fastsatt rettsstridsgrensen. De slutninger m. h. t. rettsstridens karakter, som interesseavveiingen måtte gi anledning til, kan derfor ikke uten videre gis en almen form, som gjeldende *alle* rettsstridige handlinger; de må suppleres og eventuelt korrigeres, på grunnlag av en betraktning også av de lovbestemte rettsstridstilfeller.

Forsåvidt derfor Goos og Getz på basis av interesseavveingslæren har ment å kunne karakterisere rettsstriden i all almindelighet, strekker ikke denne begrunnelse til. Den karakteristikk de gav, viste sig da også å kolliderer med den positive rett.

Hvis derimot den givne karakteristikk bare er ment å gjelde det område av rettsstriden hvor interesseavveiingen virkelig får betydning — særlig altså når spørsmålet dreier sig om hvilke handlinger der erklæres rettsstridige, i og med at visse goder anerkjennes som rettsgoder — er ennå intet påvist som kunde berettige til å dra dens riktighet i tvil.

Forinnen jeg imidlertid underskriver setningen om hensiktens irrelevans selv i denne snevre fatning, må de handlinger det her gjelder, bli gjenstand for prøvelse ut fra den opfatning av interesseavveiingen som jeg anser for den riktige. Først når det har vist sig, at handlingsmannens hensikt aldri er i stand til å påvirke denne interesseavveings resultater, og under forutsetning av at disse godtas av rettsfølelsens skjønn, er hensiktens irrelevans bevist.

I denne paragraf innskrenker jeg mig til å undersøke *skadehensiktens* innflytelse på interesseavveiingen, mens jeg i den neste behandler rettsbruddshensikten på samme vis.

Jeg gir i det følgende under A. først en oversikt over de faktorer som kommer i betraktning ved avveiingen, og angir helt generelt dennes resultater. Under B. utfører jeg reglene i detalj, og søker å vise hvordan de fundne resultater stemmer med den positive rett.

A. Prinsipielt må som før nevnt alle de momenter ved handlingen som kan tenkes å få betydning for rettsordnen, tas med under interessenes avveiing. I hovedsaken blir det da følgende sider ved handlingen som må tas hensyn til: a) Handlingens følger, dens adekvate nytte og skade, bedømt vesentlig på den måte som interesseavveingslæren har gjort. b) Handlingens indre side, det sinnelag som har fostret den, den konkrete hensikt som har båret den frem, dens hele forhold til den handlendes viljesliv. Kun når alt dette er på det rene, kan en fullt ut begrunnet dom felles om handlingens samfunnsfarlighet, og om hvorvidt rettsordnen av denne grunn bør forby den. c) Tekniske hensyn, som hverken her eller

annetsteds i retten kan elimineres, når rettsregler skal fastsettes. Herunder tar jeg også med spørsmålet om ikke rettsordnen er best tjent med abstrakte regler, som ikke tar hensyn til alle individuelle modaliteter ved det konkrete tilfelle. Som så ofte fremhevet i denne avhandling, lider rettsregler der søker sine kriterier på det indre, subjektive område, av en teknisk svakhet, som ofte kan gjøre det berettiget å gi reglen et annet innhold enn de rent legislative overveielser vilde ledet til.

Det er meget vanskelig å angi, eller rettere antyde, i generelle vendinger, hvilke resultater m. h. t. handlingens rettsstrid og hensiktens betydning for denne, som disse overveielser leder til. Heller ikke anser jeg dette absolutt påkrevet, idet interesseavveilingen jo ikke er en rettsregel, hvis anvendelse på de tilfeller som møter den, helst ikke bør være tvilsom; de setninger man kommer til ved å anvende interesseavveilingen, er bare av veiledende natur. De hovedlinjer som jeg dog anser for riktige er følgende:

1. De handlinger der i sine adekvate følger er farlige for de rettsgoder som rettsordnen anerkjenner, er uten hensyn til den hensikt som har ledet handlingsmannen, i almindelighet rettsstridige. Når nemlig handlingen representerer en adekvat fare for samfundsgoder, uten i tilsvarende grad å fremme samfundsinteresser, bør den forbys allerede av denne grunn, selv om hensikten i og for sig ikke var samfundsfjendtlig<sup>1</sup>).

2. Hvis derimot handlingen nok i og for sig representerer en sådan grad av fare for rettsgoder, at den av hensyn til disse kunde forbys, men ved siden herav har andre og nyttige følger for samfundet, står vi overfor interesseavveilingens aller-egentligste område. Her blir skaden og nytten å veie mot hinannen efter de almindelige kjente prinsipper: En lite farlig handling kan således bli rettsstridig hvis intet samfundshensyn tilsier at den foretas, en meget farlig kan være så nyttig at den legaliseres.

Den konkrete skadehensikts rolle i denne interessekollisjon kan angis slik: At handlingen er foretatt i skadehensikt, vil i almindelighet i høi grad ha betydning for den «nytte» som handlingen representerer for samfundet; når handlingen nemlig foretas for å skade og ikke for å fremme andre interesser, vil dens samfundsnytte regelmessig være 0. Når den da samtidig har samfundsskadelige virkninger, skulde interesseavveilingens utfall bli, at handlingen blev er-

---

<sup>1</sup>) Dog reserverer jeg mig overfor spørsmålet, om ikke normens spesielle natur må lede til, at den bare kan rettes til adressater, hvem det kan bebreides som «skyld», at de ikke fulgte den.

klært rettsstridig, hvis da ikke tekniske hensyn griper modifierende inn. Jeg skal nedenfor under B. i eksempler belyse forholdet.

3. Er handlingen i sine resultater ufarlig for samfundet, eller endog gavnlig for dette, vil i almindelighet den blotte skadehensikt ikke endre dette forhold. Å sende en mann ut med et sjødyktig skib, eller helle sukker i annenmanns kaffekop er jo så uskyldige, ja endog samfundsgavnlig handlinger, at rettsordnen bør tillate dem, uten hensyn til om hensikten har vært å bruke disse uskyldige handlinger som middel til drap. Denne hensikt er nemlig — når det ufarlige middel er valgt med full forståelse av dets egenskaper — ikke så farlig for samfundet, at dette bør forby handlingen uaktet dens resultat ikke generer nogen<sup>1)</sup>.

B. De 2 siste av de nevnte almindelige setninger trenger imidlertid en mere detaljert utformning, liksom deres praktiske anvendelse bør belyses ved eksempler:

1. Ufarlige handlinger. Jeg omtaler disse først, både fordi hele teorien om hensiktens irrelevans for rettsstriden er bygget op på en betraktning av disse handlinger, og fordi de spørsmål som her melder sig, er forholdsvis lette å løse. Det dreier sig altså om handlinger, som i sine resultater ikke foranlediger rettsordnen til nogen misbilligelse. De er enten ufarlige, hvilket ikke vil si at de aldri kan bli årsak til nogen skade, men at rettslivets praktiske skjønn uttaler om dem, at de ikke i sine normale virkninger representerer en slik samfundsfare at man behøver å regne med den; eksempel på slike handlinger er å sende et fullt sjødyktig skib tilsjøs eller å tekke sitt hus med taksten på almindelig vis. Eller handlingens resultater kan endog aldeles direkte være samfundsgavnlig, og positivt ønskelige for rettsordnen. Når en læge foretar en farlig, men medisinsk forsvarlig operasjon, er dette efter rettsordnens mening fortjenstfullt. Likeså hvis A. dreper B. som han ser står i begrep med å skyte C. fra et bakhold.

Tenker vi oss imidlertid at samtlige de handlinger jeg i det foregående har nevnt, er øvet i skadehensikt, kan det ikke nektes at handlingen derved har fått et preg, som gjør at rettsordnen ikke lenger helt og ubetinget kan gi den sitt bifall. Den hensikt som har gitt sig uttrykk er nemlig aldeles ikke i harmoni med rettsordnens ønsker, og den kan være symptom på et sinnelag som ikke gir gode løfter. Allikevel vil den interesseavveining jeg har søkt å fremstille, og som i dette tilfelle i sitt resultat sikkert støttes av rettsfølelsen,

<sup>1)</sup> At forholdet stiller sig helt anderledes hvis ikke bare *skadehensikt* men *rettsbruddshensikt* foreligger, skal nedenfor bli påvist.

uten tvil lede til at de nevnte handlinger allikevel må erklæres for rettmessige: I objektiv henseende er jo handlingens gavnlighet eller iallfall uskadelighet på det rene. Og den hensikt som taler ut av disse handlinger, er i sig selv ikke av meget samfundsfarlig natur. Den søker visstnok å tilføie rettsgoder skade — hvilket rettsordnen ikke kan billige — men den søker å nå dette mål ved så ufarlige midler, at selve den onde hensikts samfundsfarlighet tenderer mot 0. Rettsordnen har således liten grunn til å forby disse handlinger for å komme skadehensikten tillivs. Men dertil kommer det tekniske moment, at rettsordnen ikke uten gode grunner går med på å la hensikten være det avgjørende kriterium for rettsstriden, men helst vil avgjøre denne efter en ytre betraktning, uten å granske hjerter og nyrer. Det er ikke heldig, at borgerne, som Torp sier, selv ved dagliglivets almindelige handlinger risikerer straffeforfølgning «under Paaberaabelse af at have handlet doløst»<sup>1)</sup>. Også dette hensyn taler således for at de nevnte ufarlige handlinger erklæres for rettmessige uten hensyn til skadehensikten.

Gjennem dette resonnement kommer altså rettsordnen til det resultat, at det ikke er rettsstridig å sende tilsjøs et sjødyktig skib i hensikt at det skal gå under. Heller ikke i drapshensikt å foreta en farlig men fullt forsvarlig operasjon, eller å øve nødverge for å hevne sig på angriperen.

Det samme synspunkt er det også som avgjør at den putative forbrydelse ikke er rettsstridig, f. eks. hvis en onkel gifter sig med sin niece i den tro at det er forbudt. Handlingen selv er objektivt ufarlig, og det sinnelag som har lagt sig for dagen i denne, er visstnok ikke lojalt, men dog ikke meget farlig. Selv om det nemlig er på det rene, at handlingsmannen for å foreta en handling som rettsordnen ikke har noget imot, ikke lar sig avskrekke av det forbud han tror eksisterer, er det ikke sikkert, at han også er i stand til handlinger som representerer en virkelig fare for rettsordnen<sup>2)</sup>.

2. Fullt så enkelt er ikke spørsmålet, når det dreier sig om handlinger som ikke er helt ufarlige for de anerkjente rettsgoder, men hvis farlighet allikevel ikke er så stor, at rettsordnen finner av denne grunn å måtte erklære dem helt og ubetinget rettsstridige. Efter den herskende teori om interesseavveilingen, skulde disse handlingers rettmessighet avhenge av forholdet mellem deres sannsynlige

<sup>1)</sup> s. 261.

<sup>2)</sup> «Den Paagjældendes Ulydighedsvillie er i dette Tilfælde reent hypothetisk, refererende sig til en anden Retsanordning end den, under hvilken han lever. Hans Villie er ikke truende for Retsordenen, som denne virkelig er». (J. Lassen, s. 20).



skade og nytte for samfundet. Også efter min mening blir disse momenter å tillegge stor betydning, om enn jeg antar at også andre sider ved handlingen kommer i betraktning ved avveiningen.

Jeg skal nevne en del eksempler på slike handlinger, der i og for sig ikke kan kalles ufarlige, men som allikevel kan legitimeres av andre grunner, og undersøke om den onde hensikt som undertiden ligger til grunn for dem, kan få betydning for rettsordnens dom.

a) I sin strafferett (s. 253) nevner Torp visse handlinger, som nok kan være egnet til å dra skade efter sig, men som allikevel «den individuelle Friheds Hævdelse» krever skal være ansvarsfri. Slike handlinger er f. eks. en kjøpmanns utkonkurrering av andre handelsmenn, eller det ville og lettsindige liv som en sønn fører, og som i og for sig kan være egnet til å legge hans mor i graven. Disse handlinger er i almindelighet selvsagt ikke forbudt. Men noget annet gjelder ifølge Torp — og heri har han rett — heller ikke, om kjøpmannens eneste hensikt er å drive en konkurrent til konkurs, eller sønnen nettop svirer og drikker i hensikt å drepe sin mor, for å arve henne.

Jeg tror dog at det hverken er nødvendig eller berettiget, å stille opp denne mellomgruppe av handlinger mellom de ufarlige og de farlige, og erklære dem for spesielt behersket av prinsippet om «den individuelle Friheds Hævdelse». De to nevnte eksempler kan nemlig uten betenkelighet henføres til de ufarlige handlingers gruppe, og konklusjonen, skadehensiktens irrelevans, gir sig da selv. Den fri konkurranse er jo med sine konsekvenser direkte presumert å være samfundsgavnlig under den nu bestående samfundsordning, og en sønns ville liv må tross alt i almindelighet betegnes som et ufarlig og høist inadekvat middel til å skaffe moren av dage. Mot angrep av denne art er derfor livet som retts gode ikke beskyttet; og hverken her eller annetsteds kan et individuelt retts godes abnorme sårbarhet føre til, at rettsordnen av hensyn hertil legger ekstraordinære bånd på borgernes handlefrihet.

At det heller ikke er uten betenkelighet å opstille den mellomgruppe som Torp gjør, og som skal være spesielt behersket av prinsippet om den individuelle frihets hevdelse, viser det tredje eksempel som Torp trekker inn under gruppen, og for hvis vedkommende han også ubetinget erklærer skadehensikten irrelevant: en kritiker som forfølger en forfatter av skadelyst, og i denne hensikt gir ham en literært sett ugrunnet kritikk. Dette eksempel er egnet til å vise, at sontringen mellom en handlings objektive farlighet og de subjektive momenter som preger den, ikke alltid lar sig gjennomføre. Det

lær sig nemlig her ikke gjøre, å drøfte kritikerens handling først fra dens objektive side, dens samfundsgavnlighet eller skadelighet, og derefter isolert ta det spørsmål op, om den onde hensikt bør tillegges relevans. Tvertimot er forholdet det, at denne handling's objektive side, dens virkninger, er på det nøieste knyttet til den subjektive, hensikten, idet man vel kan gå ut fra, at en kritikk som er grunnnet i saklige hensyn, stort sett er samfundsgavnlig, mens en kritikk som dikteres av hevnløst eller skadehensikt, ikke kan sies å være gavnlig for samfundet.

Det eksempel Torp trekker frem, viser altså — hvad man jo også måtte være forberedt på — at et organisk hele, en menneskelig handling, ikke alltid straffet lær sig dele i to, og lær sig betrakte fra den ene og fra den annen side, under miskjennelse av den organiske sammenheng mellem delene. Men dette berettiger selvsagt ikke til å klassifisere disse handlinger som en særgruppe av de «farlige handlinger». Konsekvensen av at der gis handlinger som ikke efter sin objektive beskaffenhet lær sig rubrisere som farlige eller ikke farlige, må være at disse handlinger faller utenfor denne klassifikasjon. Deres rettmessighet må da prøves, forsåvidt ikke rettsordnen direkte har avgjort denne, ved å betrakte dem direkte under den utvidede interesseavveiiings synspunkt, og under hensyntagen til rettsfølelsens skjønn. Den snevre interesseavveiiingsteori slår helt klink overfor dem.

At også Torps konklusjon, at hensikten er irrelevant for disse handlingers utøvelse, hverken er riktig eller heldig, har jeg foran søkt å vise. Den er for det første absolutt ingen konsekvens av den «individuelle frihets» prinsipp, som Torp for dette punkts vedkommende introduserer i sin interesseavveiiing; den er dernest legislativt sett overmåte uheldig, og den er sluttelig — iallfall for visse lands vedkommende — positivt forkastet av rettsordnen.

Jeg forlater derfor denne gruppe, og går over til de handlinger som objektivt sett representerer en viss fare for anerkjente rettsgoder.

b) Hvis A. avfyrrer sitt gevær i retning av B., som er så langt borte at det er høist usannsynlig at han skal rammes, kan man ikke ubetinget si at A. har handlet rettsstridig. Dette avhenger av de omstendigheter som forelå ved avfyringen, om A. hadde nogen grunn til å skyte i denne retning, og spesielt avhenger det av skyttens hensikt. Har han nemlig handlet i skadehensikt, er det meget mulig at handlingen blir rettsstridig, selv om den vilde vært rettmessig, om han hadde hatt et nyttig formål med handlingen.

Lignende spørsmål oppstår, når en mann i stormfullt vær tender

ild på peisen, ikke for å varme sig, men i det stille håp, at stormen skal blåse gnister fra skorstenen bort til naboens tak og tende dette (v. Bars eksempel).

Eller når en bonde går i fjøset med en dårlig lampe, tilsynelatende for å se til et sykt dyr, men i virkeligheten i håp om at fjøset skal brenne, så han kan få assurancesummen (Torps eksempel).

I alle de tre nevnte tilfeller dreier det sig om handlinger, som hvilke det må sies at de kan være såvidt farlige for visse rettsgoder, at rettsordnen nok i og for sig kunde ønske å forby dem. Imidlertid kan de også være nyttige, ja nesten nødvendige for handlingsmannen, så rettsordnen av denne grunn har funnet at måtte tillate dem allikevel. Og selv om en viss ond hensikt blander sig inn i de motivers mangfoldighet som driver til handlingen, endrer ikke rettsordnen sin dom av denne grunn. Om f. eks. bonden idet han går i fjøset hver tredje time, for efter dyrlægens ordre å se til dyret, hver gang håper det skal bli brann, mister allikevel ikke handlingen det preg av nytte som gjør den tillatt.

Anderledes derimot, hvis det er handlingsmannens *eneste* hensikt å skade, å ramme B. med en kule, eller å tende ild på fjøset, således at han ikke vilde foretatt handlingen, hvis ikke denne onde hensikt hadde drevet ham. Her bortfaller jo prinsipielt sett, enhver grunn for rettsordnen til å erklære den farlige handling for tillatt; når nemlig ingen berettiget interesse tilgodesees ved handlingen, har heller ikke samfundet nogen interesse i den<sup>1)</sup>. For disse handlingers vedkommende, blir derfor fra et prinsipielt synspunkt handlingsmannens hensikt avgjørende for rettsordnens dom. Hvilken grad av fare handlingen objektivt sett må representere, for at hensikten kan få denne betydning, kan ikke generelt angis. Men da som foran nevnt den onde hensikt ikke gjør *helt ufarlige* handlinger rettsstridige, kommer man neppe nærmere enn til å si med v. Bar<sup>2)</sup>, at når håpet om resultatets inntreden må betraktes som en «fullstendig naraktighet», gjør hensikten ikke handlingen rettsstridig.

Imidlertid lar det sig ikke nekte, at en setning som uten videre tilla skadehensikten relevans for dette område, vilde lide av tekniske mangler. Av denne grunn vil også den herskende teori frakjenne skadehensikten betydning, hvis den ikke kan konstateres objektivt, hvis den ikke «aabenbarer sig som ene tilsigtende at skade» (Getz), eller hvis ikke «den skadegjørende hensigt træder frem i

<sup>1)</sup> Det kan kanskje tenkes at dette allikevel kan være tilfelle; fra dette høist upraktiske forhold kan man dog formentlig se bort.

<sup>2)</sup> Citert efter Hagerup s. 311.

selve handlingen» (Hagerup). For dansk retts vedkommende slutter Torp sig til denne lære, som også Goos alt tidligere hadde uttalt sig for.

Overfor denne teori må det først bemerkes, at det beror på en illusjon, hvis den tror på denne vis å kunne komme utenom hensikten, og erklære denne irrelevant for rettsstridsspørsmålet. Skadehensikten er nemlig det samme psykologiske fenomen, enten den erkjennes objektivt, og altså indirekte, eller på direkte måte, derved at handlingsmannen selv opplyser om den. Dernest synes det mig at interesseavveiiingslæren, når den legger vekt på hensikten, men krever den erkjent på objektiv vis, gjør litt av et brudd på sin hovedregel om at det er handlingens objektive forhold til rettsgodene, som er det eneste avgjørende for dens rettsstridighet. Dette forhold influeres nemlig på ingen måte av spørsmålet om hensikten kan erkjennes ved en ytre betraktning eller ikke. Er først skadehensikten tilstede er samfundsnyttan 0, enten dette faktum er lett eller vanskelig å konstatere. Ved sin lære om den objektiverte skadehensikts relevans, innfører derfor teorien et moment i interesseavveiiingen, som den prinsipielt nekter å ta hensyn til: det tekniske element. At denne inkonsekvens ingenlunde i sig selv er en feil, har jeg før gitt uttrykk for.

Spørsmålet blir da, om disse tekniske hensyn er sterke nok til å bevirke at man korrigerer den regel om skadehensiktens betydning, som man av prinsipielle grunner kom til. Å avgjøre dette helt generelt er meget vanskelig. De tekniske betenkeligheters vekt vil jo i ganske vesentlig grad være avhengig av dommernes og rettssystemets evne til å operere med finere psykologiske distinksjoner, og eftersom denne evne stiger vil de litt efter litt tape sin betydning.

Nogen sedvanerett som avgjør spørsmålet, finnes ikke. Heller ikke tror jeg at den almindelige rettsbevissthet har tatt sikker og almindelig stilling til spørsmålet; det er endog mulig eller kanskje sannsynlig, at det ikke engang kan løses generelt. Det kan hende at rettsbevisstheten vil tillegge handlingens farlighet betydning for kravet om at hensikten skal ha objektivert sig, slik at man, hvor den ligger på grensen mot de ufarlige handlinger, retter dette krav til hensikten, forat handlingen skal erklæres rettsstridig, mens man ved farligere handlinger lar kravet falle. Det skal videre merkes, at det også ligger et reelt element skjult i kravet om hensiktens objektivering. Den rettsfølelse som avgjør rettsstridsspørsmålet, føler sig ofte mere krenket ved den frekke og åbenbare chikane, enn ved den diskrete og skjulte. Ingen hverken kan eller bør hindre den i å ta hensyn til dette ved sin dom.

For mitt personlige vedkommende må jeg dog bekjenne, at kravet om hensiktens objektivering ikke tiltaler mig. Efter min opfatning av vår rettsordens evne til å betjene sig av distinksjoner av subjektiv art, og efter mitt syn på dens opgave overfor den juridiske teknikk i det hele, er jeg tilbøielig til å gi v. Bar<sup>1)</sup> og Kraft<sup>2)</sup> rett, når de opgir ethvert krav om hensiktens objektive konstatering, og de tre eksempler som jeg har satt i spissen for disse utviklinger, løses følgelig derhen, at handlingen blir rettsstridig når den utelukkende drives av skadehensikt.

V. Uten direkte å gå inn under det område hvor interesseavveilingen har sitt egentlige virkefelt, er det i virkeligheten betraktninger av ganske analog, for ikke å si identisk art, som har ligget bak utformningen av chikanereglen ved utøvelsen av de subjektive rettigheter. Den interesseavveiling jeg har gjort mig til talsmann for, former jo i virkeligheten alle de livsforhold som rettsordnen er kalt til å normere. Angående utøvelsen av de subjektive rettigheter har, som foran nevnt, rettsordnen utviklet den regel, at bruken er rettsstridig når den er foretatt utelukkende i hensikt å skade andre. Reglen er altså parallell med den som rettsordnen er kommet til, forsåvidt angår de handlinger som objektivt sett representerer en viss fare for rettsgoder.

Men er ikke dette en skjev rettsopfatning, var det ikke rimeligere å anvende analogien fra den regel som gjelder om hensiktens betydning for *ufarlige* handlinger? Ingenlunde. Også ved den chikanøse rettsutøvelse dreier det sig nemlig om handlinger, som skjønt de ikke er farlige for anerkjente *rettsgoder*, allikevel skader visse samfundsinteresser som er rettsverdige, selv om de ikke er optatt i rettsgodenes kategori. Tingen er nemlig, at de subjektive rettigheter er *monopoler* som rettsordnen har funnet å burde innrømme, for å sikre rettsgodenes best mulige utnyttelse. Selvfølgelig er det ikke hermed uttalt, at ikke også andre borgeres interesse i å få utnytte tingen, eller i å hindre at monopolinnehaveren — eieren — benytter sin ting på en viss måte, i og for sig er rettsverdige interesser, som rettsordnen gjerne vilde ha fremmet, hvis den ikke av andre grunner hadde måttet gi eierens interesse fortrinnet. Men herav følger at monolets utøvelse meget ofte vil være til skade for rettsverdige interesser. Hvis da rettsutøvelsen foretas utelukkende i skadehensikt og altså hensynet til monopolhaverens interesse

---

<sup>1)</sup> Die Lehre vom Causalzusammenhange, s. 16.

<sup>2)</sup> Om Hovedprinciperne i den formueretslige Anordning, s. 102.

faller bort, blir resultatet av rettsordnens interesseavveining, at den forbyr handlingen.

Av denne begrunnelse følger imidlertid en innskrenkning i den chikanøse rettsutøvelses område, som visstnok overalt har vært anerkjent, men som man ikke alltid er tilstrekkelig opmerksom på. Det er nemlig bare den rettsutøvelse der skader andres rettsverdige interesser, som forbys når den foretas i skadehensikt<sup>1)</sup>. Ikke så at handlingens rettsstrid er avhengig av at skade faktisk skjer; her som ellers gjelder, at det er den adekvate skade som man tar hensyn til; men hvis ingen rettsverdig interesse trues, får handlingen karakter av en i enhver henseende ufarlig handling, og skadehensikten er da ikke nok til å stemple den som rettsstridig. At dette moment ikke med tilstrekkelig klarhet er kommet frem i litteraturen om den chikanøse rettsutøvelse, har sin gode og selvfølgelige grunn deri, at læren er vokset frem i tilknytning til rettspraksis. Og at man i praksis ikke har følt trang til beskyttelse mot en chikanøs rettsutøvelse som ikke krenket noens interesser, sier sig selv.

VI. Det må altså i henhold til det foranstående ansees på det rene, at skadehensikten undertiden, men ikke alltid, tillegges betydning for rettsstridsgrensen, og gjør en ellers tillatt handling forbudt.

Imidlertid pointeres det meget sterkt, f. eks. av Hagerup, at overalt hvor hensikten — skadehensikten eller en annen hensikt — tillegges betydning for denne grense, må den kunne erkjennes på objektivt grunnlag, således at man ikke i disse tilfeller står overfor nogen undtagelse fra den setning at rettsstriden bestemmes objektivt. «Paa det objektive Omraade» sier han (l. c. s. 311—12) «maa man ogsaa søge Grunden til, at der indtræder Ansvar for et i dræbende Hensigt affyret Skud, selv om Sandsynligheden for at træffe var meget fjern. Løsningen ligger i den Sætning, som i denne Anvendelse i den nordiske Literatur navnlig er fremholdt av Getz, at selve Handlingens objektive Karakter forandres, i det Øieblik den skadegjørende Hensigt træder frem i selve Handlingen, fordi der ikke lader sig paavise noget andet Formaal, som gjennem den kan forfølges, end netop det at skade».

Jeg skal ikke her gå nærmere inn på gehalten av denne form for moderne ordmystikk, hvis hensikt er iallfall for dette område å

---

<sup>1)</sup> Av denne begrensning av reglen følger bl. a. at utøvelsen av visse subjektive rettigheter — f. eks. stemmerett — som selv når de foretas i skadehensikt ikke skader andre borgeres rettsgoder, faller utenfor chikaneregulens rekkevidde. Om en slik rettsutøvelse allikevel er rettsstridig, skal ikke her diskuteres.

redde teorien om rettsstridens objektivitet og hensiktens irrelevans. Visstnok er det min opfatning, som jeg også foran har gitt uttrykk for, at skadehensikten *ikke* bare tillegges betydning når den preger handlingens ytterside, eller kan erkjennes ved objektive midler. Men jeg anser ikke dette punkt tilstrekkelig betydningsfullt til å opta ytterligere diskusjon om det. Forøvrig henviser jeg til hvad jeg foran har anført, om hensiktens betydning for forvaltningsakten, for streiken og boikotten, for mange rettshandler, for utøvelsen av de subjektive rettigheter o. s. v.

Og som det allerbeste eksempel på at kravet om hensiktens «objektivering» ikke er almenyldig, henviser jeg til den betydning som norsk rett tillegger den *forbryderske* hensikt; at denne er istand til å stemple en ellers tillatt handling som rettsstridig, uten at dennes ytre karakter på nogen måte forandres, har jeg påvist i § 8 under min omtale av det straffbare forsøk<sup>1)</sup>. Jeg har tidligere beskjeftiget mig med rettsbruddshensikten for de *straffbare* forsøkshandlingers vedkommende. Til dens almindelige evne til å influere på rettsstridsgrensen går jeg nu over.

---

<sup>1)</sup> Da således den forbryderske hensikt er i stand til å gjøre også de ufarlige handlinger rettsstridige — hvad den blotte skadehensikt ikke evner — følger herav, at Hagerups uttalelser om at «Grunden til» at den ufarlige handling er rettmessig også når den foretas i skadehensikt, «lader sig saaledes ikke søge paa det subjektive Omraade, men beror alene paa Aarsagssammenhengens objektive Karakter», ikke er riktig. Hagerup slutter øiensynlig dette derav, at hvis årsakssammenhengen hadde hatt en annen karakter, d. v. s. vært farlig, vilde handlingen vært rettsstridig.

Med samme rett kunde man imidlertid søkt «grunnen til rettmessigheten» paa det *subjektive* omraade. Hvis nemlig handlingsmannen ikke bare hadde handlet i skadehensikt, men i forbrydersk hensikt (mannen med det sjødyktige skib tror at det har hull i bunnen), vilde denne hensikt ha gjort handlingen rettsstridig.

Tingen er nemlig, at det overhodet er meningsløst å søke «grunnen» til rettmessigheten i et enkelt moment ved handlingen. En handling anerkjennes som rettmessig, når en vurdering av både dens indre og dens ytre side tilsier, at det ikke er nogen grunn til å forby den. Forandres enten den indre eller den ytre side, kan rettsordnen selvsagt finne sig foranlediget til å endre sin dom om handlingen. Men dette betyr ikke, at det utelukkende var denne side av handlingen, hvis tidligere beskaffenhet var «grunnen til rettmessigheten».

## § 14. Generell behandling av den forbryderske hensikt.

I. Forskjellen mellom skadehensikten og den *forbryderske* hensikt (rettsbruddshensikten)<sup>1)</sup>, er i prinsippet klar nok. Mens den som handler i skadehensikt, søker å nå sitt mål ved som middel å bruke handlinger, der i og for sig, og uten hensyn til skadehensikten, ikke er rettsstridige, søker rettsbruddshensikten nettop å tilføie skade ved hjelp av handlinger som rettsordnen har forbudt. Den som f. eks. sender tilsjøs et sjødyktig skib for å drepe en mann som er ombord, søker å nå dette sitt mål på en måte som rettsordnen tillater. Tror han derimot at det er hull i bunnen på skibet, og søker han på denne måte å drepe mannen, er hans hensikt forbrydersk<sup>2)</sup>.

Det vil lett innsees, at rettsordnen kan ha god grunn til å la rettsbruddshensikten i langt større utstrekning enn skadehensikten, gjøre en handling rettsstridig, uten ethvert hensyn til om denne objektivt sett er skadelig, nøytral eller endog nyttig.

Skadehensiktens relevans blev jo avgjort efter en interesseavveining, hvor såvel handlingens følger som dens indre side (hvortil kom de tekniske hensyn) blev vurdert fra et samfundssynspunkt. Resultatet blev, at skadehensikten som regel ikke gjorde den ufarlige handling rettsstridig.

Det er den samme interesseavveining som her har ordet, men resultatet blir i dette tilfelle ofte et annet. Mens nemlig skadehensikten som lar sig nøie med ufarlige midler, igrunnen bærer avmaktens stempel utenpå sig, og derfor ikke er videre samfundsfarlig, er rettsbruddshensikten, der søker å nå sitt mål ved farlige og utillatte midler, en ganske anderledes truende fiende av samfundet. Av tilfældige grunner viser midlet sig ubrukelig i det konkrete tilfelle; men dette endrer ikke i minste måte det samfundsfarlige i den hensikt som har søkt å realisere sig i handlingen. For å beskytte sig mot denne hensikt har rettsordnen derfor i mange tilfeller grepet til det middel som står til dens rådighet, nemlig å forby handlingen og belegge den med straff. Da nemlig hensikten er uadskillelig forbundet med handlingen, må denne i sin helhet forbys, uten hensyn til at dens ytre side var ufarlig eller endog gavnlig for rettsordnen. Så-

---

<sup>1)</sup> Jeg benytter i det følgende disse 2 begreper som synonyme, da det neppe kan gi anledning til nogen misforståelse.

<sup>2)</sup> Se forøvrig den nærmere utvikling av forskjellen mellom skadehensikt og forbrydersk hensikt, s. 162 ff.



ledes forbyr rettsordnen lægen å operere et sykt ben hvis han tror det er friskt, det forbys A. å bemektige sig sin egen paraply, i hensikt å stjele den fordi han tror det er B.'s o. s. v.

At således rettsbruddshensikten i *mange tilfeller* gjør en handling rettsstridig, som uten denne hensikt vilde vært i full harmoni med rettsordnen, anser jeg hevet over tvil, og nøier mig med å henvise til § 8, hvor reglene om det straffbare forsøk er fremstillet. Det jeg særlig skal undersøke i denne paragraf, er om den nevnte hensikt *alltid* er nok til å gjøre de handlinger rettsstridige som tjener den. Eller om ikke viktige legislative betraktninger, som får uttrykk i form av den interesseavveining jeg har hevdet, krever en viss begrensning av subjektiv eller objektiv art.

II. Det er m. a. o. spørsmålet om *forsøkshandlingens rettsstrid* som jeg i denne paragraf generelt tar op til behandling. Forsåvidt som jeg i § 8 har behandlet de *straffbare* forsøkshandlinger, har jo også disses rettsstrid fått en viss belysning. Imidlertid er det ikke sikkert at grensen for rettsstriden faller sammen med straffbarhetsgrensen. At rettsstridsgrensen er snevrere enn denne siste, forekommer som bekjent ikke, men vel det omvendte, at rettsordnen erklærer en handling for rettsstridig, men ikke belegger den med straff. Det er da meget mulig, at den evne som den forbryderske hensikt har til å endre rettsstridsgrensen ved forsøkshandlinger, ikke er uttømt ved de regler som vår rett har utviklet m. h. t. forsøkshandlingens straffbarhet, men at rettsbruddshensikten også utenfor dette område har samme virkning.

III. Allerede den måte straffeloven går frem på, når den regulerer forsøkshandlingens straffbarhet, må vekke en sterk mistanke om, at det ikke er meningen at rettsstridsgrense og straffbarhetsgrense skal falle sammen. Etterat § 49, første ledd, har angitt lovens generelle stilling til forsøkshandlingen, føier nemlig annet ledd til: «Forsøg paa Forseelse er ikke strafbart». Mellem forbrydelser og forseelser er det imidlertid efter strl.s § 2 den forskjell, at de første omhandles i lovens annen del, mens de siste finner sin behandling i tredje del; dreier det sig om spesiallovgivningen, er de rettsbrudd forbrydelser, som kan medføre fengsel over 3 måneder, hefte over 6 måneder, eller fradømmelse av offentlig tjeneste som hovedstraff, mens andre straffbare handlinger er forseelser.

Det er mulig det er rasjonelt, og at det er strafferettslig og særlig straffeprocessuelt begrunnet, å begrense det straffbare forsøk på denne måte; men å trekke grensen for det *rettsstridige* forsøk efter samme kriterium, vilde være fullkommen absurd. For det før-

ste er det jo ikke bare hensynet til å begrense forsøkshandlingens straffbarhet, som ligger til grunn for sondringen mellom forbrydelser og forseelser. Tvertimot er hensynet til forsøkslæren bare ett av de mange hensyn som straffeloven må antas å ha hatt for øie, da den stillet op sondringen. Og under enhver omstendighet er de grunner som har ledet til å opstille denne, både i strafferettslig og i processuell henseende så viktige grense, iallfall ikke beslektet med de betraktninger som bestemmer hvor rettsstridsgrensen skal trekkes.

Undersøker vi dernest i praksis, vil det også snart vise sig med innlysende klarhet, at der gis forsøkshandlinger som rettsordnen forbyr, uten at den erklærer dem straffbare. Jeg tar ifleng nogen eksempler fra straffelovens forseelseskapitel:

Efter § 376 straffes bl. a. den, som på offentlig sted krenker velanstendighet ved usømmelige blottelser. Fullbyrdet er denne forseelse først, når den blottelse som har krenket velanstendigheten virkelig har funnet sted, og først da kan vedkommende straffes. Men ingen vil være i tvil om at rettsordnens forbud i virkeligheten rekker lenger. Alt mens de innledende skritt til blottelsen blir foretatt, har vedkommende sikkert overtrådt rettsstridsgrensen, og den konstabel som måtte være tilstede, behøver ikke å vente til en virkelig blottelse foreligger, men kan allerede før dette tidspunkt gripe inn og forby ham ytterligere skritt i samme retning.

Efter strl.s §§ 291 og 292 er det en forbrydelse å bevirke eller medvirke til, at en gjenstand som helt eller delvis tilhører en annen, rettsstridig ødelegges eller beskadiges. Men hvis skaden ikke overstiger kr. 10 er handlingen straffbar efter § 391, som er en forseelsesparagraf. Det vil visselig stå klart for alle, at det ikke kan være rettsordnens mening, at når det dreier sig om en skadetilføielse på kr. 10,10, skal enhver handling som tilsikter påbegynnelsen på denne forbrydelses utførelse være forbudt, og det uten hensyn til om forbryderen bruker tjenlige eller utjenlige midler, mens det derimot, hvis skaden bare andrar til kr. 10,00 skal være fullt rettmessig — eller iallfall ikke forbudt — å forsøke på å tilføie denne.

Efter samme § 391 er det straffbart å tilsmusse eller besudle en gjenstand, men forsøk på dette er ikke straffbart. Allikevel vil ingen tvile på, at en mann som forsøker å spytte på, kaste søle på, eller på annen vis å tilsmusse annenmanns ting, handler rettsstridig, og at eieren kan øve nødverge mot slike forsøk.

Av andre eksempler på at forsøk på forseelser må være forbudt,

selv om de in concreto ikke har nådd sitt mål, nevner jeg §§ 343, 346, 364, 392, 395 og 399.

At således forsøk på forseelser, skjønt de ikke er straffbare, allikevel i mange tilfeller må være rettsstridige, anser jeg derfor utenfor tvil. Men også forsøk på *forbrydelser* antar jeg kan være rettsstridige, selv om grensen for deres straffbarhet ikke er nådd. Loven krever jo for at straff kan anvendes, at forbrydelsens «utførelse» tilsiktes påbegynt, og praksis har vist sig å stille ganske strenge krav til dette. I den sak f. eks. som er referert i Rt. 1880 s. 641, blev to straffanger frifunnet for forsøk på brannstiftelse, skjønt de var grepet under fabrikasjon av helvedesmaskiner som nesten var ferdige, og som efter planen muligens allerede neste dag skulde brukes til å sette ild på straffanstalten. Selv om her straffespørsmålet er riktig avgjort, vil det sikkert være innlysende for alle, at *rettsstridig* må dog de to straffanger sies å ha handlet (selvfølgelig bortsett fra ethvert hensyn til eventuelle brudd på fengselsreglementet). At det nemlig ikke kan være rettmessig å fabrikere helvedesmaskiner og skritt for skritt nærme sig sitt mål, synes rettsbevisstheten med all ønskelig tydelighet å kreve.

Også i andre tilfeller må det hevdes, at rettsstridsgrensen ikke i samme forstand som grensen for straffbarheten, er knyttet til forutsetningen om at forbrydelsens *utførelse* tilsiktedes påbegynt. Endog for strafferetten har denne begrensning vist sig å være for trang, og ved en rekke spesialbud har loven uttrykkelig erklært handlinger som efter den almindelige forsøksdefinisjon bare er forberedende handlinger til en forbrydelse, for straffbare. Se f. eks. §§ 186, 185, 177, 161, forbudene mot å inngå forbund for å begå forbrydelser (269) o. s. v. Selv uten at loven hadde erklært disse handlinger straffbare, vilde allikevel den almindelige rettsbevissthet karakterisert dem som rettsstridige, og der gis sikkert en rekke andre handlinger, der i streng forstand bare er forberedelseshandlinger, men som allikevel bærer rettsstridens preg.

At en handling på denne måte kan være rettsstridig uten å være straffbar, er en velkjent ting. De rettshensyn som krever straff for en handling, er jo ikke identiske med dem som krever at handlingen skal forbyes. Straffen må som et onde anvendes med økonomi, den må omgjerdes med kauteler, så ikke straffemyndigheten eller anklagemyndigheten blir misbrukt, og selve straff-apparatet må også av en annen grunn anvendes med en viss sparsomhet: det koster penger, og dette prosaiske argument avholder i mange tilfeller staten fra å straffe, hvor den ideelt sett vilde finne det påkrevet. Alle

disse overveielser, som kommer i betraktning når det *straffbare* forsøk skal bestemmes, trer i bakgrunnen når det er forsøkets *rettsstrid* det tales om. For så vidt derfor ikke dette spørsmål direkte er avgjørt i loven, må det drøftes ut fra de grunnbetraktninger som ellers avgjør rettsstridsspørsmålet. En slik undersøkelse skal jeg forsøke i det følgende:

IV. At rettsstridsgrensen ved forsøkshandlingene er trukket videre enn straffbarheten behøver selvsagt ikke bety, at *enhver* handling som foretas i forbrydersk hensikt, er forbudt av rettsordnen. Det har visstnok i nordisk rettsteori vært fremsatt en lære, der ikke alene vilde erklære rettsstridig, men også vilde straffe enhver handling som siktet til å fremme fullbyrdelsen av en forbrydelse. Dette er Ørsteds forsøkslære. «Ethvert Skritt, han (gjerningsmannen) foretager paa Forbrydelsens Bane, bør finde sin Straf» sier han i *Eunomia* II, side 142. Og til Ørsted sluttet Bornemann sig. De forfattere derimot, som tar avstand fra denne opfatning av forsøkets straffbarhet — og det gjør visstnok alle senere forfattere — drøfter ikke spørsmålet, om ikke den Ørstedske opfatning er riktig, når den bare refereres til rettsstridsgrensen, og ikke til straffbarheten. En antydning i denne retning finnes dog muligens hos Morgenstjerne. I den oftere citerte avhandling i T. f. R. 1888 side 418, anfører han, at når straffelovene bestemmer det straffbare forsøk som «Begyndelsen paa Forbrydelsens Udførelse eller Iværksættelse», vil de «herved alene have Straffbarheden, ikke Forsøgsbegrepet begrænset». Videre sies det, at det er almindelig erkjent av teori og straffelovgivning, at «Forsøget som strafferetlig Begreb omfatter enhver ydre Handling, der foretages til fremme af et forbrydersk Forsæt, unseet hvor fjern eller nær Handlingen staar Forbrydelsens Fuldbyrkelse». Det er mulig at forfatteren ved disse ikke helt klare uttalelser om «forsøksbegrepet», og «forsøket som strafferettslig begrep», sikter til dette begreps relasjon til rettsstridsreglen. Ti et rettsbegrep som ikke har relasjon til nogen rettsregel, bør ikke forekomme. Hvorom alting er, heller ikke som regel om rettsstriden kan Ørsteds lære opretholdes. Den må begrenses, og en drøftelse av de legislative betraktninger som ligger bak forsøksreglene, vil vise hvorfor og hvorledes.

Som jeg foran har utviklet under fremstillingen av handlefrihetens grenser på et annet rettsfelt, finner man disse ved en interesseavveiing, hvor alle de sider ved handlingen som har betydning for rettsordnen, tas i betraktning. Dog virker ikke denne inter-

esseavveiing med en regnemaskines automatiske sikkerhet. Den tjener bare som premisser for det skjønn som rettsbevisstheten avgir om tilfellet, enten således at dette i konkret form umiddelbart foreligger den til avgjørelse, eller slik at rettsfølelsens gjentagne skjønn allerede på forhånd i sedvanerettens form har avgjort tilfellet. De sider av handlingen som jeg har stillet i forgrunnen ved denne interesseavveiing, er handlingens ytre side, dens indre side, og de tekniske hensyn som må komme i betraktning ved enhver rettsregels utforming. Dog er denne fremheven av forskjellige «sider» ved handlingen bare av relativ verdi, idet jo handlingen er et organisk hele, og det er derfor bare av praktiske grunner berettiget å behandle dens indre og ytre side hver for sig. Heller ikke kan handlingens ytre side sondres skarpt ut fra hvad jeg kaller tekniske momenter ved interesseavveiingen. Til disse momenter regner jeg f. eks. — foruten selvsagt hensynet til rettsreglens erkjennelighet og praktikabilitet — også de retts-hensyn, som krever at borgerne ikke unødig skal utsettes for rettsforfølgning i anledning av sine handlinger, og den interesse som utvilsomt borgerne har i å øve sin handlefrihet uten å gjøre regnskap for sine motiver.

Det er på en interesseavveiing av denne art, at straffeloven har bygget sine regler om det straffbare forsøk. Den har funnet, at selv om handlingens ytterside ikke var generende for rettsordnen, og ikke engang inneholdt nogen fare for de retts-goder som rettsordnen beskytter, var allikevel det sinnelag som den forbryderske hensikt åpenbarer, så farlig for samfundet, at der burde reageres mot det. Og denne reaksjon har da funnet sted i den form, at samfundet forbyr den handling som er utslag av en forbrydersk hensikt, og belegger den med straff. Rettsordnen har under sin normering av forsøkets straffbarhet også måttet ta stilling til det spørsmål, om man ikke, nærmest av tekniske grunner, burde kreve visse objektive egenskaper hos forsøkshandlingen, særlig om man ikke burde kreve både hensikten og dens farlighet konstatert ved objektive merker. For norsk retts vedkommende har dog rettsordnen stort sett latt disse hensyn tre i bakgrunnen, forsåvidt det gjaldt å ramme det farlige sinnelag, representert ved rettsbruddshensikten.

Når det nu derefter spørres om forsøkshandlingens *rettsstrid*, må det være nesten oplagt, at den interesseavveiing jeg taler om, må føre til å erklære disse handlinger rettsstridige, i større utstrekning enn de blev erklært straffbare. For de momenter som alltid taler mot å pålegge straff for en handling, faller jo her vekk fra interessenes avveiing, uten at det dukker op momenter av tilsvarende

vekt, som også taler mot å erklære handlingen for rettsstridig. For såvidt derfor den objektive side av handlingen er den samme, og den fare som truer rettsordnen fra rettsbruddshensikten fremdeles er omtrent like stor, synes det derfor temmelig gitt, at iallfall i nogen utstrekning må de forsøkshandlinger som ikke er straffbare, allikevel være rettsstridige.

Imidlertid skal man merke sig, at det innbyrdes forhold mellem interesseavveingens faktorer litt efter litt forskyves, eftersom man nærmer sig forsøkshandlinger som står i et fjernere og fjernere forhold til det forbryderske resultat, og eftersom de verdier som forsøkshandlingen er rettet mot, er av mindre og mindre betydning for samfundet. For det første vil den ytre side ved handlingen skifte karakter. Ikke nok med at forsøkshandlingens ytterside er nøytral i samfundsmessig henseende, vil de fjernere forsøkshandlinger lett anta karakteren av det daglige livs nyttige og nødvendige handlinger, som rettsordnen har en positiv interesse av blir foretatt. Videre blir det, når avstanden mellem handlingen og dens resultat øker, mer og mer usikkert om den forbryderske hensikt virkelig er sterk nok til å føre til resultatet, om det m. a. o. foreligger et så samfundsfarlig sinnelag at rettsordnen av denne grunn må gripe inn. Endelig må de tekniske betenkeligheter ved å tillegge dette sinnelag umiddelbar rettslig relevans, iallfall relativt bli større og større, eftersom de samfundshensyn som leder til å forby handlingen, blir svakere og svakere. Når da iforveien den prinsipielle interesseavveing stod iferd med å gi utslag til fordel for tillateligheten av de fjerne forsøkshandlinger, går den endelige konklusjon, når de tekniske ulempers relative vekt økes, lett i denne retning.

Det er imidlertid ikke bare forsøkshandlingens nære eller fjerne forhold til resultatet, som får betydning. Det er også den samfundsmessige vurdering av dette resultat selv. Rettsordnen setter mere inn på å hindre at et menneskeliv går tilspille, enn at en blomsterhave tar skade. Og den rettsbruddshensikt som setter sig til mål å drepe et menneske, er farligere for samfundet, og gir rettsordnen større grunn til å gripe inn, enn den som bare sikter på å ødelegge blomster. Den samfundsinteresse som derfor knytter sig til å ramme rettsbruddshensikten gjennom forbud mot handlingen, er derfor jevnt synkende, også i forhold til de verdier mot hvilke rettsbruddshensikten er rettet. Men når de tekniske betenkeligheter også i denne henseende er konstante, ser man lett at man må komme til et punkt, hvor rettsordnen alt i alt ikke lenger er interessert i å forby handlingen, men hvor den tvertimot i egen velforståtte interesse lar det være.

V. På grunnlag av disse overveielser må man søke å gjøre rede for, om den forbryderske hensikt gjør alle de handlinger rettsstridige, som for handlingsmannen står som ledd i den årsaksrekke der skal lede til resultatet. Det er da grunn til å undersøke, om der ikke må tas objektive reservasjoner i de to retninger som også var aktuelle da forsøkshandlingens straffbarhet skulde bestemmes, nemlig for det første om det kreves at forsøkshandlingen skal stå i et visst, nært forhold til resultatet (A), og dernest om ikke de veier som den forbryderske hensikt har valgt for å nå sitt mål, må være av en viss beskaffenhet for at handlingen skal være forbudt. (B).

A. Når straffeloven har krevet at handlingsmannen skal ha tilsiktet «Paabegyndelsen af Forbrydelsens Udførelse» for at han kan straffes for forsøk, har dette bl. a. sin grunn i, at den forbryderske hensikt må være fast og sikker, dens motiverende evne må være så sterk, at den er i stand til å føre handlingsmannen frem til realisasjonen av det forbryderske mål han har satt sig. Er den ikke i stand til dette, er den nemlig ikke farligere enn at rettsordnen med god samvittighet kan ignorere den. Imidlertid er det ikke sikkert, at rettsordnen krever eller bør kreve like sterke garantier for dette, når det dreier sig om rettsstridsspørsmålet, som når talen er om den voldsomme reaksjon mot gjerningen, som straffen representerer. Man kan tvertimot opstille som en regel, der er i den beste samklang med rettsbevissthetens krav, at handlingen er klæres forbudt, allerede før gjerningsmannen er kommet så langt at han begynner forbrydelsens utførelse, skjønt han først i dette øieblikk foretar noget straffbart.

Også grovheten av den tilsiktede rettskrenkelse, dennes samfundsfarlighet i og for sig, er momenter, som må tas i betraktning, slik at det kreves mindre sikkerhet for rettsbruddshensiktens fasthet, når det dreier sig om angrep på betydelige verdier. Rettsbruddshensikten er nemlig da i sig selv så samfundsfarlig, at rettsordnen ikke tør ta risikoen ved å la være å reagere mot den. Det lar sig heller ikke nekte, at visse «forberedende handlinger» er av en sådan art, at man av dem ubetinget kan slutte til et kraftig rettsbruddsforsett. Endelig er det selvsagt et viktig moment, om handlingen i sig selv representerer en samfundsverdi, eller om den overhodet ikke kan være foretatt i annen hensikt enn den forbryderske.

At rettsordnen således ikke kan skjære alle tilfeller over en kam, og presse dem inn i en generell regel om forsøkets begynnelsepunkt, viser straffeloven selv best. Her hvor det dreier sig om straffbarheten, og ikke om rettsstriden, har loven ved siden av sin

hovedregel om at de forberedende handlinger er straff-fri, funnet grunn til særlig å true en rekke handlinger med straff, skjønt ikke «utførelsen» av nogen forbrydelse tilsiktedes påbegynt, fordi de allikevel gav uttrykk for et så samfundsfarlig sinnelag, at rettsordnen fant å måtte skride inn med straff. Jeg nevner f. eks. § 269 annet ledd, som erklærer det for straffbart å utruste eller endog påbegynne utrustningen av skib, i hensikt å forøve ran. Disse undtagelser er inspirert av de hensyn som foran er anført, og de samme hensyn må man også legge til grunn, når rettsstridsgrensen skal trekkes på de områder hvor straffeloven ikke har talt.

Hvilke regler man i detalj kan komme til, når det spørres om forsøkshandlingenes rettsstrid utenfor de straffbare forsøkshandlingers ramme, er ikke lett å si. Jeg har fremstillet de momenter som bør komme i betraktning ved spørsmålets avgjørelse. Men den interessenes avveining som må gå forut for dette, er ikke her mer enn ellers annet enn veiledende. Det er rettsfølelsens skjønn, som i siste instans treffer sin avgjørelse efter interesseavveingens metode. Og hvor tilfellene har vært såvidt hyppige at det har dannet sig en sedvanerett, eller at den almindelige rettsbevissthet har tatt bestemt stilling til rettsstridsgrensen, kommer overhodet interesseavveingen ikke i betraktning.

Så meget kan dog sies: Dreier det sig om «forbrydelser», hvor forsøk er straffbart, faller rettsstridsgrensen ikke sammen med straffbarhetsgrensen; men hvor langt den første kan strekkes, er ikke godt å angi generelt. Foreligger forsøk på forseelse, kan også dette være rettsstridig, skjønt ikke straffbart. Også her må det trekkes en grense for rettsstriden, idet handlingen må stå i et visst, nogenlunde nært forhold til resultatet. Ikke enhver handling som gir uttrykk for rettsbruddshensikt er derfor forbudt. Om de krav, der må stilles til den handling som retten forbyr, fordi den er symptom på rettsbruddshensikt, kan det sies at man ved forseelser må stille strengere fordringer til handlingens symptomatiske karakter enn ved forbrydelser, og desto strengere jo ubetydeligere forseelsen er.

B. Hvad videre angår de krav til midlets eller objektets tjenlighet, som både lovgivning og teori i mange land har ment å måtte stille til den straffbare forsøkshandling, er allerede i § 8 fremhevet, at disse krav er fremmede for den norske straffelov. Man kunde fristes til å se et prinsipp fra rettsordnens side i dette, nemlig at midlets eller objektets tjenlighet for sitt øiemed, overhodet er irrelevant for rettsordnens holdning overfor forsøkshandlingen, således altså at når retten erklærer også andre forsøkshandlinger enn de straff-



bare for rettsstridige, må den konsekvent anta, at objektets og midlets objektive tjenlighet for øiemedet, heller ikke for disses vedkommende kommer i betraktning.

Så er imidlertid neppe tilfelle. Visstnok vilde det være god, logisk sammenheng i en slik holdning fra rettsordnens side. Men *nødvendig* er sammenhengen ikke. Det skal jo erindres, at viktige hensyn både av teknisk og av annen art taler mot å trekke inn under rettens forbud, de handlinger som på grunn av handlingsmannens feiltagelse aldeles ikke er i stand til å nå sitt mål, og som objektivt sett tar sig helt uskyldige ut. Og disse hensyn får relativt langt større vekt, når det dreier sig om handlinger hvis samfundsfarlighet overhodet er ubetydelig, både hvad deres indre og ytre side angår, således at de hensyn som taler for å gripe inn med forbud, i sig selv er forholdsvis svake. Mens det således, for å nevne et eksempel, må ansees som rettsstridig, hvis A. bemektiger sig sin egen lommebok i hensikt å stjele den, fordi han tror den tilhører B., er det ikke sikkert at man vil si det samme, om han bare tilsmusser eller besudler gjenstanden, (strl.s § 391) fordi han tror den er B.s. Ved avgjørelsen av spørsmålet kan man ikke se bort fra det faktum, at den almindelige rettsfølelse, som jo blir den endelige dommer, i virkeligheten har en sterk hang mot det objektive, og neppe er tilbøielig til uten videre å gi reglen om at den handlendes opfatning av midlets eller objektets tjenlighet er avgjørende for forsøkshandlingens straffbarhet, uten videre anvendelse på rettsstridsspørsmålet i almindelighet. Som jeg foran har påpekt, er på ingen måte straffelovens resultater m. h. t. det utjenlige forsøks straffbarhet — og rettsstrid — innarbeidet således i den almindelige rettsbevissthet, at de aksepteres som selvfølgelige av denne. Tvertimot tror jeg, at den ureflekterte rettsbevissthet ennu ofte steiler overfor de resultater som straffeloven har fastslått. Efter min mening beror dette på mangelfull innsikt og opdragelse av rettsbevisstheten. Men så lenge denne opdragelsesprocess hvorigjennem rettsfølelsen skal vennnes til å få sitt øie opplatt for handlingens indre side, ikke er fullendt, kan man ikke se bort fra at den undertiden legger gamle fordommer til grunn for sin avgjørelse av en handlings rettsstridighet.

Når det derfor dreier sig om forsøk på forseelse, og da særlig på de helt ubetydelige av disse, mener jeg at den almindelige rettsbevissthet, slik som den foreligger idag, i en viss utstrekning krever at de midler som er benyttet, skal være iallfall i nogen grad tjenlige til å nå målet, for at den skal erklære handlingen rettsstridig. Det samme gjelder også om objektets tjenlighet. Hvilke disse krav er,

og hvor store fordringer der stilles, er sikkert umulig å si generelt. Rettsfølelsen har på dette område savnet nær sagt enhver teoretisk veiledning, og avsier derfor sin dom vesentlig i blinde. Å rette på dette, og forsøke å klarlegge rettsstridsgrensen såvidt det er gjørlig, blir fremtidens sak.

VI. Forsåvidt man er berettiget til å tale om resultater av den forutgående undersøkelse, må det bli disse: Rettsbruddshensikten gjør i stor utstrekning de handlinger rettsstridige, som den bruker som midler til å fremme sitt formål. *Alltid* er dette dog ikke tilfelle, men den forbryderske hensikt gjør dog de handlinger, hvori den fremtrer, rettsstridige i langt større utstrekning enn straffeloven erklærer dem straffbare. Når handlingen på tross av rettsbruddshensikten allikevel er rettmessig, skyldes dette andre hensyn i den interesseavveining jeg har fremstillet; undertiden beror det også direkte på rettsfølelsens uransakelige og ofte irrasjonelle skjønn.

VII. Ved de utredninger som foran er gitt om det *rettsstridige forsøks begynnelsepunkt*, vil de eksempler på handlinger der er rettmessige skjønt de er foretatt i forbrydersk hensikt, som Getz nevner i sin avhandling om «delagtighet»<sup>1)</sup>, finne sin naturlige forklaring. Getz mener nemlig, at folk som øver sin lovlige, daglige gjerning, apotekeren som selger gift, våbenhandleren som selger våben, dampskibsføreren som frakter reisende, ikke går utenfor det rettmessiges område, selv om de vet at deres kunde foretar innkjøpet eller reisen som et ledd i en planlagt forbrydersk virksomhet, ja selv om det er deres hensikt å bidra til forbrydelsens realisasjon.

Forklaringen til dette forhold finner Getz i sin almindelige setning om at den handling som er rettmessig i det ytre, er ustraffelig, og at den onde hensikt må tre frem i handlingen, hvis den skal gjøre denne rettsstridig. «Saa længe de omstændigheder, hvorunder dette (d. v. s. salget av vaaben eller befordringen med skibet) sker, ei av den forberedte forbrydelse er paatrykket nogen særeget præg», er handlingen rettmessig. Denne Getz' begrunnelse holder ikke stikk, fordi det som foran påvist finnes mangfoldige tilfeller, hvor den forbryderske hensikt gjør en handling rettsstridig, uten at dette på nogen måte trer frem i den ytre handling.

Den riktige begrunnelse er derimot den, at det må erindres at den forbryderske hensikt *ikke gjør enhver* handling rettsstridig, der er tenkt som innledningen til en forbrydelse. Der må, for at det rettsstridige forsøks begynnelsepunkt skal være nådd, stilles visse

---

<sup>1)</sup> s. 70—71.

krav til denne hensikts styrke og konstatering. I de eksempler Getz nevner, vil ikke disse krav være skjedd fyldest fra kundens side; og når denne ikke handler rettsstridig, er det jo naturlig at heller ikke vaabenhandleren eller dampskibsføreren gjør det. At dette dog for begges vedkommende bare gjelder i almindelighet, og at handlingens tilsynelatende dagligdagse og uskyldige karakter ikke alltid er nok til å hindre at den rammes av rettsordnens forbud, vil følgende eksempler overbevise om.

Hvis A. styrter inn i B.s butikk, og forlanger en revolver for dermed å skyte C. som nettop passerer vinduet, er det klart at B. handler rettsstridig hvis han utleverer revolveren. Og B.s handling endrer ikke karakter, selv om hans kunnskap om A.'s hensikt ikke skriver sig fra selve den objektive situasjon, men fra andre pålitelige kilder. For dampskibsføreren vil hans forhold mere decidert ha preget av medhjelp ved en rent forberedende handling til et rettsbrudd, og således praktisk talt alltid være rettmessig; men det kan vel tenkes tilfeller, hvor reisen fra passagerens side står i et så nært forhold til forbrydelsen, at den ligger innenfor det rettsstridige forsøks område, og da handler skibsføreren som regel rettsstridig, hvis han befordrer ham. Hvis f. eks. A. går ombord i et skib for å skyte B. som ligger ute på vandet og fisker, og som han vet at dampbåten må passere, handler han rettsstridig. Kjenner føreren av skibet hans hensikt og ønsker han endog å fremme denne, handler han etter min mening utvilsomt rettsstridig ved å ta A. ombord.

Om enhver *medvirkning* til handlinger som har overskredet det rettsstridige forsøks begynnelsepunkt, er rettsstridig, eller om det ikke overfor medvirkeren stilles noget andre krav forat hans handling skal bli rettsstridig, skal forøvrig her være usagt.

---

## IV. kapitel.

### § 15. Konklusjoner.

Jeg avslutter hermed denne undersøkelse. Ikke fordi jeg på nogensomhelst måte mener uttømmende å ha angitt de tilfeller, hvor handlingsmannens hensikt må tas i betraktning ved avgjørelsen av handlingens rettsstrid. Men fordi jeg antar, at de tilfeller jeg har dradd frem, er tilstrekkelig til å rettferdiggjøre de konklusjoner jeg er kommet til, og som jeg nu går over til å formulere. Jeg har undersøkt spørsmålet om hensiktens betydning for rettsstridsgrensen, og de resultater som fremgår av undersøkelsen, refererer sig særlig til to ting, A: de belyser rettsstridsbegrepets karakter, og B: de fester oppmerksomheten på den rolle som hensikten spiller for dette begrep og for rettslivet overhodet.

#### A.

I. Som det første og viktigste resultat av den betraktning av rettslivet som jeg har anstillet, nevner jeg at den herskende teori om at rettsstridsbegrepet *alltid* bestemmes objektivt, ikke kan opprettholdes.

Helt siden den nordiske rett blev vakt til interesse for rettsstridens begrep, har det vært hevdet av praktisk talt alle de forskere som har beskjeftiget sig med dette emne, at det utelukkende var objektive momenter som kom i betraktning ved rettsstridsgrensens fastsettelse, og at følgelig handlingens rettmessighet eller rettsstrid kunde avgjøres bare ved en utvortes betraktning av den. Det er ganske klart, at hvis det er mulig å trekke rettsstridsgrensen utelukkende efter objektive merker, slik at alltid handlingens ytre side er nok til å bestemme rettsordnens dom, uten at herved beret-

tigede rettshensyn krenkes, så er dette en veldig fordel fremfor et rettsstridsbegrep, som også bygger på indre, sjelelige begrepsmerker. Alle og enhver kan nemlig da bare ved å iaktta handlingens ytter-side, vite om den er rettmessig eller rettsstridig. Dommeren spares for vanskelige psykologiske undersøkelser, som alltid innebærer mulighet for feiltagelse, og hvis resultat ikke sikkert kan beregnes på forhånd. Borgeren som møter handlingen i rettslivet, vet straks og med sikkerhet om den er rettsstridig, og kan innrette sin holdning — om han vil møte den med nødverge f. eks. — derefter. Skal også subjektive momenter tas med i beregningen, er hans stilling prekær, idet han ofte hverken har materiale eller evne til å konstatere, hvordan handlingens forhold til rettsstridsgrensen i virkeligheten er.

Dette at et objektivt rettsstridsbegrep i teknisk henseende er så overlegent over et subjektivt farvet sådant, er allerede grunn nok til å undersøke om ikke rettsordnen anerkjenner dette objektive begrep, og i tilfelle søke å kjempe for dets anerkjennelse. Men disse fromme ønsker bør ikke være så sterke, at forskeren de lege ferenda setter alle andre rettshensyn tilside, eller de lege lata bygger sin almindelige uttalelse om rettsstridens objektive bestemmelse på enkelte spredte tilfeller som kanskje virkelig stemmer med hans teori, mens han energisk lukker øinene igjen for andre rettsstridstilfeller, hvor det er ganske tydelig at subjektive momenter ligger til grunn. Det er imidlertid dette som de rettsvidenskapelige forfattere må ha gjort, når de har hevdet den setning, som ved gjentagelsens og autoritetens makt nesten er blitt et dogme i vår rettslitteratur, at en handlings rettsstrid, handlefrihetens grenser, eller hvad man har kalt det, alltid bestemmes efter objektive merker alene.

Det har dog ikke kunnet undgås, at rettslivets prov i motsatt retning har vakt iallfall enkelte av teoriens tilhengere til en viss mistanke om deres setnings almengyldighet, uten at de dog derfor, såvidt jeg kan se, har trukket praktiske konsekvenser herav, m. h. t. sin definitive opfatning av rettsstridens karakter. Efterat Stang f. eks., har fremholdt at begrepet rettsstrid i prinsippet bare inneholder objektive momenter<sup>1)</sup>, finner han dog for sikkerhets skyld grunn til å undersøke, om «alle subjektive momenter kan holdes ute fra begrepet rettsstrid»<sup>2)</sup>; og skjønt han skarpt fremhever hvor uheldig det vilde være om ikke dette skulde være tilfelle, finner han dog å måtte uttale, at man allikevel ikke med bestemthet «kan negte at vor

---

<sup>1)</sup> l. c., s. 99.

<sup>2)</sup> l. c., s. 117.

ret har slike regler»<sup>1)</sup>). Hagerup, som var en av den objektive rettsstridsteoris mest trofaste tilhengere, måtte likeledes med sorg erkjenne, at straffeloven av 1902 «paa Forsøgsmateriens Omraade har indtaget et Standpunkt, som i Virkeligheden indeholder en Opgiven af enhver objektiv Begrænsning af den retstridige Handling»<sup>2)</sup>), og skjønt Hagerup ikke av denne grunn brøt med teorien, fant han dog å måtte erklære sig enig i en uttalelse av v. Liszt, om at de undersøkelser som særlig nordisk rettsvidenskap hadde drevet om betingelsene for en skadegjørende handlings objektive rettmessighet, ikke kunde sies at ha ført til «afsluttende Resultater».

Denne mistanke om deres teoris manglende almengyldighet, som således demrer hos de nevnte forfattere, måtte efter min mening ha gått over til visshet, om de uhildet og fordomsfritt hadde sett på det rettsstridsbegrep som rettslivet kjenner, og hvis de hadde undersøkt rettsstridsgrensen i hele dens lengde. Bare som et resultat av ufullstendig induksjon kan teorien om rettsstridens ubetingede objektivitet forklares. Historisk var foranledningen til iallfall Getz' uttalelser om rettsstriden, den gamle retts manglende forståelse av, at ansvar for en handlings følger i almindelighet er betinget av at handlingen er forbudt, og dens overseen av, at også objektive momenter må komme i avgjørende betraktning, når dette siste spørsmål skal avgjøres. Ut fra sin høist fortjenstfulle fremheven av disse momenters betydning, blev Getz ledet til å tillegge dem ikke bare en tungtveiende, men en utelukkende innflydelse på rettsstridsbegrepet, skjønt det ytterst begrensede område han hadde for øie under sin undersøkelse, dog burde avholdt ham fra å gi sine resultater almensetningens form.

Nogen virkelig undersøkelse av hele grenselinjen mellom rett og urett foretok Getz ikke, og de efterfølgende forfattere har likeledes,

---

<sup>1)</sup> l. c. s. 117. Denne vake antydning av at vår rett kjenner tilfeller hvor subjektive momenter er avgjørende for rettsstriden, bekrefter forresten Stang øieblikkelig selv. Allerede på neste side sier han nemlig, at den formulering av begrepet rettsstrid som han har gitt, «paa et enkelt punkt, slipper subjektive momenter ind». Grunnen er den, at begrepet «adekvans», som også iflg. Stang. er et element i rettsstridslæren (de handlinger er forbudt som utsetter rettsgoder for en adekvat fare) bestemmes på en måte subjektivt. I det der, når man spør om forutsetningene for adekvansens beregning, «subsidiært henvises til den kundskab den handlende hadde». Stang nevner dette eksempel: «En dame har gjemt en tusenkroneseddel i ovnen, og piken tænder fyr paa. Om hun derved handler retstridig, beror efter min opfatning paa, om hun vidste eller kunde vite, at pengesedlen laa i ovnen» (l. c., s. 118, n. 41).

<sup>2)</sup> l. c., s. 329.

ved å stille sig under Getz' autoritet, trodd å kunne spare sig dette arbeide, skjønt man unektelig skulde tro, at dette var en beskjeden fordring til begrunnelse for en setning, som vilde være av så vidtrekkende betydning, hvis den var riktig.

Det er på enkelte spredte eksempler, hvis riktighet i almindelighet er ubestridelig, at teorien i virkeligheten støttes. Som en slags begrunnelse for sin setning om at handlingens rettsstrid alltid bestemmes objektivt, anfører således Hagerup i sin strafferett (side 232): «Retsstridigheden er uafhængig af skyld eller tilregnelighed hos den handlende. *Den er ogsaa uafhængig af den handlendes forestillinger: En retmæssig handling bliver ikke retsstridig, ved at den handlende vildfarende antager, at den er det; og omvendt bliver ikke en retsstridig handling retmæssig, ved at den handlende anser den for at være det*». At begrunnelsen her ikke strekker til, for å rettferdiggjøre den setning jeg har uthevet, er ikke vanskelig å se.

En gjennomgåelse av de rettsstridstilfeller som jeg har undersøkt i denne avhandling, vil formodentlig med tilstrekkelig tydelighet vise, at alltid kan ikke rettsstriden avgjøres objektivt, og alltid er ikke handlingens indre side rettsstridsspørsmålet uvedkommende. Handlingsmannens hensikt får jo avgjørende betydning for forvaltningsaktens rettmessighet eller rettsstrid. For rettshandlers forhold til ærbarhet, for boikott, for visse streiker, for forsøkshandlingen o. s. v. Og selv der hvor undersøkelsen gav til resultat, at hensikten med handlingen var rettslig irrelevant — som i almindelighet ved nødverge og nødshandlinger — fremgikk det dog, at rettsstriden allikevel ikke kunde avgjøres efter en ytre betraktning av handlingen; først når rettsordnen gjennom en undersøkelse av handlingsmannens forutsetninger, hans kjennskap til situasjonen o. s. v., hadde bragt disse helt subjektive forhold for dagen, kunde den felle sin dom om handlingen.

Allerede påvisningen av et enkelt tilfelle, hvor rettsstridsgrensen blev trukket efter subjektive merker, og hvor altså handlingsmannens sjelelige forutsetninger var av avgjørende betydning for denne grense, vilde vært nok til å velte den objektive rettsstridsteori, som trer frem med krav på almengyldighet. Ikke ett, men mange eksempler på dette kan imidlertid rettslivet opvise, og læren om at grensen mellom rett og urett alltid trekkes objektivt, må derfor definitivt oppgis. Hvorvidt norsk rett overhodet kjenner tilfeller hvor en handlings rettsstrid utelukkende bestemmes objektivt og uten ethvert hensyn til handlingsmannens individualitet og subjektive forhold, lar jeg stå hen.

II. Står således spørsmålet om eksistensberettigelsen av den «objektive rettsstrids» begrep fremdeles åpent, gjelder imidlertid ikke det samme om begrepet «objektiv rettmessighet». Dette begrep må ved den forutgående undersøkelse ansees bragt ut av verden.

Det er særlig Hagerup, som i forskjellige arbeider sterkt har fremhevet dette begreps riktighet og dets betydning. I sin ofte citerte artikkel i T. f. R. 1909, s. 297, refererer han således Getz' og Goos' fortjenester av rettsstridslæren slik, at disse forskere påviste, hvorledes man ved bedømmelsen av om en person skulde holdes ansvarlig for en følge, ikke bare måtte se hen til personens subjektive skyld og den objektive årsakssammenheng mellom handlingen og følgen. Man kunde ikke pålegge ansvar hvis handlingen var *objektivt rettmessig*, og dette var særlig tilfelle, hvis handlingsmannen hadde handlet i nødverge eller nødtilstand, hvis følgen var så fjern at ingen fornuftig mann vilde regne med den, eller hvis der når følgen var mere nærliggende, allikevel knyttet sig berettigede interesser til det formål som handlingen forfulgte. Og på flere steder i sin Strafferet (side 188, 232 o. fl. st.) nevner Hagerup som en sikker og fundamental setning, at den «objektivt retmæssige handling» aldri kan gi anledning til straffeforfølgning. Hvis man heri bare legger, at den rettmessige handling ikke kan straffes, og at objektive momenter spiller stor rolle under rettsordnens prøvelse av handlingens rettmessighet, kan jeg av ganske hjerte underskrive setningen. Det er imidlertid ikke bare dette som Hagerup legger i den; at en handling er objektivt rettmessig betyr nemlig, at rettsordnen bare på grunnlag av dens objektive forhold til samfundsvirksomheten, altså efter en rent ytre betraktning av handlingen, erklærer den for rettmessig, uten at den behøver å undersøke det sinnelag, eller den hjernetilstand som har frembragt handlingen. At dette imidlertid er en misforståelse finner jeg godtgjort ved de forutgående undersøkelser.

Mange er visstnok tilbøielig til å anta, at det dog må være en nødvendig sammenheng mellom de to begreper «objektiv rettsstrid» og «objektiv rettmessighet», slik at man, når man ikke mener sig berettiget til helt å forkaste det første, heller ikke kan bryte staven over det annet. Rett og urett, kunde man si, er adskilt ved en linje som danner grensen. Hvis denne grenselinje bestemmes objektivt m. h. t. rettsstriden, så må jo med logisk nødvendighet den samme grenselinje være objektivt bestemt, selv om man ser den fra den annen side av grensen, fra det rettmessiges område.

Denne opfatning beror dog på en illusjon, som har sin grunn i den makt billeder og symboler har over tanken, og som er vel egnet



til å vise det farlige i å omsette tanker i billedets form. Det er i virkeligheten intet iveien for, at rettsordnen kan forby en handling ene og alene på grunn av dens objektive beskaffenhet — altså erklære den objektivt rettsstridig — uten derfor å dras inn i den konsekvens, at den også ubetinget må *tillate* en handling, når den ikke bærer det nevnte objektive preg. Logisk sett kan rettsordnen finne grunn til å forby en handling, enten fordi dens ytre eller dens indre mishager den, eller av begge grunner. Hvis derfor rettsordnen bare på grunnlag av handlingens ytre side forbyr den, betyr dette at det mishag rettsordnen føler overfor handlingen er så sterkt, at den indre side ved denne, hvordan den enn er, ikke er i stand til å hindre at rettsordnen forbyr handlingen. Men derfor behøver retten selvsagt ikke ubetinget tillate alle handlinger som objektivt ser anderledes ut. Overfor disse har rettsordnen full anledning til å ta i betraktning, om ikke handlingens indre side må bevirke at den erklæres rettsstridig, eller om ikke denne i forbindelse med handlingens objektive side, som isolert stillet sig tvilsom, må lede til dette resultat. Altså: Logikken har intet å innvende mot, at rettsordnen nok kjenner handlinger som er «objektivt rettsstridige», men ikke anerkjenner nogen handling som «objektivt rettmessig».

Som nevnt mener jeg heller ikke at rettsordnen gjør dette. Gjentagne ganger under undersøkelsens gang har jeg fremhevet, hvordan handlinger som objektivt sett ikke stod i disharmoni med rettsordnens krav, allikevel blev erklært rettsstridige, fordi de var bærere av en «rettsstridig vilje» og jeg har — særlig under behandlingen av de utjenlige, men rettsstridige forsøkshandlinger — hatt anledning til å vise, hvordan den forbryderske hensikt og det samfundsfarlige sinnelag kan skjule sig i de mest dagligdagse, de tilsynelatende aller uskyldigste handlinger. Ja det kan i virkeligheten neppe tenkes nogen handling, som objektivt er slik beskaffen at den *aldri* kan være tilhold for en forbrydersk vilje av den art og farlighet, at rettsordnen av denne grunn finner å måtte forby handlingen<sup>1)</sup>. Men dette måtte være den absolutte forutsetning for, at rettsordnen bare efter en objektiv betraktning av handlingen, ubetinget erklærte den for rettmessig. Faller denne forutsetning, må hele begrepet «objektiv rettmessighet» utgå av den positive retts ordbøker<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Jfr. Torp side 504. «Enhver Handling *kan* være Udslag af et forbrydersk Forsæt».

<sup>2)</sup> Jeg kan forsåvidt ikke erklære mig enig i Hagerups citerte uttalelse, om at undersøkelsene angående en handlingens objektive rettmessighet endnu ikke har ført til avsluttende resultater. Resultatene går dog i en annen retning enn Hagerup antok.

III. De undersøkelser jeg har foretatt, vil også gi materiale til løsningen av det spørsmål jeg berørte i § 1, om begrepet «rettsstridig» er et predikat som kan knyttes til handlingen in abstracto, eller om det bare er konkrete handlinger som kan gis denne karakteristikk. Avgjørelsen av dette spørsmål har ikke liten betydning for forståelsen av rettsstridsbegrepets karakter og egenskaper.

1. Mens det er selvsagt, at de handlinger som optrer i rettslivet, ikke er «abstrakte», men konkrete handlinger med kjød og blod, og hvorav hver enkelt har sitt individualpreg, er det likeså sikkert at den menneskelige tanke former sig abstrakte begreper om handlingen; den ser bort fra visse egenskaper ved de konkrete handlinger, fester sig ved andre og danner sig et abstrakt handlingsbegrep med disse siste egenskaper som begrepsmerker. Den almindelige sprogbruk gir tydelig uttrykk for denne abstraksjon; der tales jo om den handling «å slå ihjel», «å øve voldtekt» «å forfalske et dokument» o. s. v.

Teoretisk er det naturligvis mulig, at de egenskaper som opføres til begrepsmerker ved den abstrakte handling, kan hentes både fra de konkrete handlingers subjektive og fra deres objektive side. Både innersiden og yttersiden av handlingen kan abstraheres bort, og det abstrakte handlingsbegrep som dannes, får da et helt forskjellig preg, eftersom den ene eller den annen fremgangsmåte legges til grunn.

Imidlertid er det ikke til abstrakte handlinger med et *tenkt* begrepsinnhold, at det kan bli tale om å knytte rettens regler. Kun de abstrakte handlingsbegreper som forekommer i rettslivet, og som lever i sprogbruken, kan komme i betraktning som tilknytningspunkter for rettsregler. Og dette vil i virkeligheten si, de abstrakte handlinger hvis begrepsinnhold er hentet fra handlingens ytterside, fra dens resultat eller fra dens hele objektive karakter. For den almindelige bevissthet, hvis talerør er sprogbruken, står jo fremdeles disse sider ved handlingen som dens centrale, og som det naturlige grunnlag for en abstrakt begrepsdannelse, og de abstrakte handlinger som sprogbruken kjenner, er visstnok alle bygget på visse objektive sider ved de individuelle handlinger. Der tales om den handling å slå ihjel, om å tilføie en annen en ærekrenkelse, om å skrive annenmanns navn efter o. s. v. Det er da til disse abstrakte handlinger det siktes, når man spør om betegnelsen «rettsstrid» kan brukes overfor handlinger av abstrakt art, eller om den bare kan få anvendelse overfor en konkret, individuell handling.

2. Når man er opmerksom på, hvilke faktorer ved handlingen

som etter hvad jeg foran har utviklet kommer i betraktning når dens forhold til rettsstridsgrensen skal avgjøres, blir svaret på dette spørsmål ikke vanskelig å gi. Rettsordnen tar jo under sin bedømmelse av handlingen både dens ytre og dens indre side i betraktning, og det er derfor innlysende, at den ikke kan knytte sine regler om rettsstriden til et abstrakt handlingsbegrep, som prinsipielt har eliminert bort alle subjektive momenter ved handlingen. Når rettsordnen legger avgjørende vekt på hvad handlingsmannen trodde, ønsket og vilde ved sin handling, vilde det være en selvmotsigelse å erklære abstrakte handlinger som ser bort fra disse momenter, for enten rettmessige eller rettsstridige. Allerede av denne grunn er det ikke rettsstridig «å skrive falsk» eller rettmessig «å sende et fullt sjødyktig skib tilsjøs». Bare under forutsetning av et absolutt objektivt rettsstridsbegrep, altså under en rettsorden som utelukkende tok hensyn til handlingens ytterside når dens rettsstrid eller rettmessighet skulde avgjøres, kunde det bli tale om å knytte rettsstridspredikatet til handlinger av den nevnte, abstrakte art.

Men selv under den nevnte forutsetning vilde dette ikke være mulig, når man tar i betraktning den måte hvorpå sprogbruken har formet sine abstrakte handlingsbegreper. Det er nemlig ikke bare handlingens egentlige ytterside, dens mekaniske innvirken på den ytre verden, som sprogbruken benytter som grunnlag for de abstrakte handlingers begrep. Meget ofte, ja kanskje oftest, har tanken festet sig ved handlingens *resultat*, og lagt dette til grunn for begrepsbestemmelsen. Sprogbruken kjenner ikke bare abstrakte handlinger som f. eks. å stikke en kniv i en annens bryst, eller kaste en sten mot annemanns ting; den taler også om den handling «å drepe en annen», «å ødelegge hans ting» eller «bedra ham for hans gods». Men til abstraksjoner av denne art kan heller ikke en objektiv rettsstridsteori knytte sine regler. Det er nemlig almindelig erkjent — og det er nettop den objektive teoris fanebærere som skarpest har gjort oppmerksom på dette — at av en handlings resultat kan ikke dens rettsstrid være avhengig. Det er ikke nok at et skadelig resultat faktisk er blitt følgen av en handling, at A.'s handling er blitt årsak i B.'s død, det kreves også at dette resultat er nådd på en viss måte, ved visse midler, og at situasjonen ikke var slik at den berettiget A. til å handle som han gjorde.

«Å slå ihjel» er derfor på ingen måte rettsstridig. Slår man ihjel på tillatt vis, f. eks. ved å sende sin uvenn tilsjøs med et sjødyktig skib som forliser, eller handler man i nødverge, er den abstrakte handling, å slå ihjel, fullt overensstemmende med rettens

fordringer. Til abstrakte handlinger av den art som sprogbruken kjenner dem, kan derfor rettsstridspredikatet ikke knyttes. Bare en konkret handling i hele sin individualitet kan forelegges rettsordnen til bedømmelse, og til denne enkelte handling er rettsordnens dom begrenset<sup>1)</sup>).

Denne erkjennelse, som skulde synes å være selvinnlýsende når man først tar spørsmålet op til behandling, kan imidlertid ikke glede sig ved almindelig tilslutning. Tvertimot står sikkert for den populære opfatning rettsstridsbegrepet nettop knyttet til handlinger av abstrakt natur: å slå ihjel, å skrive falsk, er rettsstridig, men å helle fløte i en kaffekop er rettmessig. Foruten å bero på den populære rettsopfatnings tilbøielighet til å feste sig ved det som faller mest i øinene ved en handling, nemlig dens ytre, objektive side, har denne opfatning sikkert også for en stor del sin grunn i den abstrakte form, hvori rettsordnen av hensyn som jeg nedenfor kommer tilbake til, har gitt, og må gi sine bud om rettsstriden. At den nevnte opfatning heller ikke er fremmed for videnskapen, og at den der kan avstedkomme de mest skjebnesvangre misforståelser, tror jeg Vinding Kruses lære om de «rettsstridige viljer» som jeg har referert side 23 ff.<sup>2)</sup>), er eksempel på.

Det vil sees, at et hovedpunkt i Vinding Kruses resonnement er dette, at selve *handlingen* ikke er rettsstridig i de tilfeller hvor han mener at en rettsstridig vilje er tilstede, men tvertimot objektivt riktig. «At arrestere en skyldig Person» eller «at dræbe den Person, der lige skal til at dræbe en selv», kan iflg. Vinding Kruse ikke være rettsstridig. Med denne forutsetning står og faller hans teori om nødvendigheten av å anerkjenne rettsstridige viljer, ved siden av de rettsstridige handlinger. Men denne forutsetnings riktighet kan ikke innrømmes. Vinding Kruse stiller sig ved de uttalelser jeg har citert, med all ønskelig tydelighet på det populære, ureflekterte standpunkt, som knytter rettsstridsbegrepet til de abstrakte handlinger; men dette er som jeg foran har påvist, ikke riktig og heller ikke mulig. «At arrestere en skyldig Person», er ikke en handling som rettsordnen er i stand til å felle sin dom over. Hvis handlingen derimot konkretiseres, spørres det f. eks.: handler politimannen A. rettsstridig, når han arresterer B. der er skyldig i en forbrydelse som A. er ganske uvitende om, da kan rettsordnen avsi sin dom. Og den lyder, efter norsk rett iallfall, utvilsomt på at A. handler retts-

---

<sup>1)</sup> I samme retning, Binding: Normen I (3. utg. s. 131).

<sup>2)</sup> T. f. R. 1915 s. 268—269.

stridig. Nogen grunn til å forbløffes mere over dette, enn over alle de andre tilfeller hvor rettsordnen erklærer en handling forbudt, skjønt den ytre sett er helt ufarlig eller endog nyttig, er det sikkert ikke.

3. Det synes kanskje som om den her hevdede opfatning, at rettsstridsbegrepet bare refererer sig til konkrete handlinger, står i den mest avgjorte strid med den måte som rettsordnen går frem på, når den i praksis trekker op grensen mellem rett og urett. Den retter jo nettop sitt forbud mot å forvolde en annens død, mot å beskadige fremmed gods, mot å skrive falsk. Teorien om rettsstridens utelukkende relasjon til konkrete handlinger, synes derfor dementert av rettslivet selv.

Ved nærmere eftersyn viser dette sig dog ikke å være tilfelle. Det er særlig to hensyn, som har bevirket at rettsordnen i formen gir sine bud om rettsstriden en abstrakt karakter: Først og fremst er det en praktisk nødvendighet. Skulde rettsordnen innskrenke sig til konkrete avgjørelser av rettsstridsspørsmålet, vilde rettens regler på dette område være redusert til en kaotisk mengde av enkeltavgjørelser; enhver sammenheng, enhver generell setning om det rettsstridiges område, vilde være forsvunnet. En slik tilstand vilde være det samme som rettslig anarki. Det er regler, lover, som rettslivet krever; uten abstrakte regler til ledesnor for den optreden som rettsordnen krever av borgerne, kan et rettssamfund ikke bestå. Med en begrunnelse som er sterkere enn den logiske nødvendighet, nemlig den praktiske nødvendighet, er det derfor rettsordnen gir sine bud om rettsstriden abstrakt form.

Det annet hensyn som berettiger dette, er den kjensgjerning, at mens av de menneskelige handlinger ikke to er identiske, er dog en rekke temmelig like, så like at rettsordnen kan behandle dem på likeartet vis. Og det er videre en erfaringssetning, at de fleste handlingers innerside står i et forholdsvis konstant forhold til yttersiden, således at det for det store gross av tilfeller ikke blir spørsmål for rettsordnen om å gjøre undtagelse fra sin almindelige dom, som den har opstillet på grunnlag av en betraktning av handlingens ytterside, og under forutsetning av en til denne svarende, normal innerside.

Praktisk nødvendighet, lykkelig kombinert med praktisk mulighet, er det altså som driver rettsordnen til å gi sine bud om rettsstriden deres abstrakte form. Men allikevel er det ikke riktig å anta at rettsstridspredikatet er knyttet til den abstrakte handling. Alle de abstrakte bud om at handlingen x er forbudt, mens handlingen y er tillatt, må nemlig forstås med den stiltiende reservasjon: forså-

vidt intet annet fremgår av andre rettsregler, som søker tilknytning til det konkrete tilfelle. Det er forbudt å slå ihjel; og dog kan A. drepe B. hvis han handler i nødverge, eller hvis han til sitt forehavende velger midler som rettsordnen ikke har noget imot. Det er tillatt å hugge ned sitt eget tre, eller stikke hull på sin egen dyne; men allikevel handler C. rettsstridig, hvis han tror at D. ligger under dynen.

De generelle regler som tilsynelatende knytter rettsstridspredikatet til abstrakte handlinger, eller endog til abstrakt forvoldelse av et resultat, er da å forstå slik, at disse handlinger *i almindelighet er rettsstridige*, hvis ikke særlige grunner tilsier noget annet. På denne vis forsones rettslivets krav på abstrakte regler med den utviklede rettsbevissthets forlangende om, at rettsstriden skal bestemmes konkret<sup>1)</sup>. Det er derfor en almindelig setning, der gjelder i alle tilfeller hvor rettsordnen i abstrakte, generelle vendinger erklærer en handling for rettmessig eller rettsstridig, som Jul. Lassen uttaler i en bestemt anvendelse, nemlig for de handlinger som rettsordnen en bloc erklærer rettmessige, ved å innrømme en subjektiv rett til å foreta dem<sup>2)</sup>. «Deraf at en vis Ret uden nærmere Specialisering af dens Indhold, siges at tilkomme en Person, kan ikke med Sikkerhed sluttes mere, end at dens regelmæssige Udøvelse under regelmæssige Forhold ikke er retsstridig». Lignende reservasjon må alltid gjøres, når rettsordnen abstrakt bestemmer handlingens rettmessighet eller rettsstrid.

IV. Det vil sees, at jeg på flere punkter i nærværende avhandling har måttet henvide til rettsfølelsens skjønn, når rettsstridsgrensen skulde trekkes, uten å være i stand til å angi ved sikre og håndgripelige merker, hvor denne grense lå. Jeg har påpekt, at dette fra en side sett var en svakhet ved rettsreglen, fra en annen side en styrke. Men enten det ene eller annet moment tilkommer overvekten, er det ialfall en kjensgjerning som man ikke kommer forbi, at rettsstridsgrensen ikke lar sig fastslå i detalj ved tørre forstandsresonnementer alene, men at rettsfølelsens skjønn på mange punkter har det avgjørende ord.

Denne henvisning til rettsfølelsens skjønn, til bonus paterfamilias-skjønnet, til «det tilbørlige», det «lojale», eller hvilket uttrykk man enn velger, for å uttrykke det enkle faktum at det er rettsfølelsens

---

<sup>1)</sup> Sammenlign hermed Bindings uttalelse (Normen s. 130): Alle normer har undtagelser.

<sup>2)</sup> Obl alm. del, s. 260.

skjønnsom skal avgjøre spørsmålet, er en kjensgjerning som våre dagers rettsliv frembyr en rekke eksempler på. Når rettsstridsgrensen skal trekkes etter alle de konkrete handlingers tusen små avskygninger, og når rettsordnen må favne alle handlinger som overhodet har en rettslig side, under sin normering, kan ingen undres på, at rettsordnen ikke er i stand til å presse dette forvirrede farvespektrum inn i faste, abstrakte regler. Selv der hvor rettsordnen forsøker uttrykkelig å normere rettsstriden, henviser den ofte til rettsfølelsens skjønnsom, og jeg tror jeg tør si at den gjør det i stadig stigende utstrekning.

Karakteristisk er f. eks. den tendens som er gjennomgående i mange moderne lover, til å gi «sekkeparagrafer», hvor simpelthen de handlinger erklæres for rettsstridige, som rettsbevisstheten fordømmer. Jeg nevner her f. eks. B.G.B. art. 826, og den schweiziske lovboks art. 2, annet ledd; som foran nevnt (s. 189—91) er det dog ikke sikkert, at disse bud direkte erklærer handlingene rettsstridige. Nevnes kan også de hyppige bestemmelser i fremmed lovgivning, som lar «tro og lover» være avgjørende for omfanget av rett og plikt i kontraktsforhold, og som derved kan få betydning for rettsutøvelsens rettmessighet.

For norsk retts vedkommende peker jeg først og fremst på den almindelige bestemmelse om, at rettshandler som strider mot ærbarhet er ugyldige. Man kan lenge nok søke å uttømme dette forbud i abstrakte underavdelinger og regler, man vil dog vanskelig kunne komme bort fra, at ved avgjørelsen av om rettshandler strider mot ærbarhet, vil et ganske vidt spillerum være åpnet rettsfølelsen. Likeledes nevner jeg avtalelovens § 36<sup>1)</sup> som erklærer konvensjonalboten ugyldig, hvis rettsfølelsen finner det «aaabenbart ubillig» at den blir betalt. Videre vil jeg peke på den måte hvorpå den rettsstridige tvang og den rettsstridige utbytning er definert. Skjønt utbytningsbestemmelsen er tatt inn i avtaleloven, og straffeloven inneholder ganske inngående bestemmelser om tvangen, blir det dog for begge handlingers vedkommende en umulighet å angi helt abstrakt, hvori de rettsstridige forhold skiller sig fra de rettmessige. Ikke minst gjelder dette for den rettsstridige tvangs vedkommende. Man kan nok opstille en rekke typer på denne tvang<sup>2)</sup>; dog vil det vise sig, at det er en rekke tilfeller, hvis forhold til rettsstridsgrensen man ikke

---

<sup>1)</sup> Muligens eller sannsynligvis dreier det sig dog ikke her om rettsstridsgrensen.

<sup>2)</sup> Se f. eks. Urbye: Norsk Strafferett, s. 210 ff.

abstrakt kan uttale sig om, men for hvilke man må henvise til rettsfølelsens skjønn.

Men først og fremst er det nutidens konkurransekampe i produksjon og omsetningsliv, som i særlig grad har tvunget rettsordnen til å henvise til rettsfølelsen i uhyre stor utstrekning, når rettsstridsgrensen skulde trekkes. Overfor disse moderne fenomener, raffinerte i sine ytringsformer, og med en kameleons forvandlingsevne, strakk de gamle gode, men stive rettsstridsregler, som var bygget på forutsetningen om mere primitive samfundstilstander, ikke til. For da å vebne rettsordnen mot de foretelser som den almindelige rettsbevisshet fordømte, har rettsordnen grepet til det middel, å la denne selv direkte være dommer i de spørsmål som forelegges den. Det er nemlig i virkeligheten dette rettsordnen gjør, når den f. eks i avtalelovens § 38 lar gyldigheten av et konkurranseforbud være avhengig av, om dette *utilbørlig* innskrenker adgangen til erhverv. Ikke minst karakteristisk finner jeg den stilling, som de fleste lands rett inntar til spørsmålet om den illojale konkurranses rettsstrid. Som bekjent har denne konkurranse gitt sig så mange og så merkelige uttrykk, at man med trygghet kan fastslå, at den merkantile fantasi har vist sig å være jevnbyrdig med den kunstneriske. Og de utslag som denne fantasi har gitt sig, har ikke på alle punkter harmonert med rettsfølelsens krav. Å gripe inn overfor de utvekster som konkurransen førte med sig, på den gamle måte at man forbød de handlinger som rettsordnen kjente, og som den kunde beskrive i rettsbudets abstrakte form, har vist sig å arte sig som kampen mot trollet med de mange hoder: hugget man enkelte av, vokste andre ut. Overfor en så smidig motstander måtte rettsordnen gripe til et likeså smidig våben, og den har funnet et sådant i sin henvisning til rettsfølelsens skjønn. En slik henvisning ligger f. eks. i de lover som enten ganske i sin almindelighet forbyr «illojal konkurranse»<sup>1)</sup> eller forbyr i konkurranseøiemed å foreta handlinger som strider mot de gode seder<sup>2)</sup>. Hos oss har ennå ikke rettsordnen tatt positivt standpunkt til den illojale konkurranses problem. Men man kan være forvissat om, at også norsk rett vil være nødt til å, betre den vei, som fremmed rett har slått inn på, og overlate rettsfølelsen den direkte avgjørelse av disse spørsmål. Et forslag til lov i denne retning foreligger da også, i form av utkast fra en komité som i desember 1915 blev nedsatt for å fremlegge utkast til lov om

---

1) Den amerikanske Trade Commission Act av 26/9 1914 § 5.

2) Tysk lov om illojal konkurranse av 7/6 1909 § 1.



illojal konkurranse. Utkastet inneholder nemlig ved siden av flere spesialregler, en bestemmelse som komitéens formann betegnet som lovens viktigste, dens «faneparagraf», og som lyder så: «Under utøvelse av næringsvirksomhet, eller i sådan virksomhets tjeneste, er det ikke tillatt i konkurranseøiemed å foreta handlinger som efter god forretningsskikk er utilbørlige». At her i virkeligheten rettsstridsspørsmålets avgjørelse beror på rettsfølelsens skjønn, er aldeles tydelig.

Det er dog tross alt bare i forholdsvis begrenset utstrekning, at rettsordnens henvisning til rettsfølelsen når rettsstridsgrensen skal trekkes, er gitt uttrykk i *lovens* form. I langt høiere grad er dette tilfelle, når det dreier sig om de lange strekninger av grensen mellom rett og urett, som loven ikke har kunnet eller ikke villet regulere, men som selvfølgelig ikke av denne grunn faller utenfor rettens område.

Som jeg har påvist i § 13, har nemlig rettsordnen her måttet henvise rettsstridsspørsmålets løsning til bonus paterfamilias-skjønnets avgjørelse, som jo bare er et annet navn på rettsfølelsens skjønn. Og da de ulovbestemte deler av rettsstridsgrensen sikkert utgjør de lengste partier av denne, vil allerede derav rettsfølelsens store betydning for bestemmelsen av det rettsstridiges område fremgå.

At rettsfølelsen (den alm. rettsbevissthet) har en kardinal betydning for rettsdannelsen, idet den er en medvirkende faktor ved sedvanerettens dannelselse, er ingen moderne jurist i tvil om. Og det er neppe heller tvilsomt at dens rettsskapende evne ikke er innskrenket til de snevre rammer, som man fra glossatorenes og kanonistenes dager i teorien har villet stille op som betingelse for en sedvaneretts gyldighet. Derimot har det hittil ikke stått klart for alle, at henvisningen til rettsfølelsen i stor og li stadig stigende utstrekning er gått inn i rettsreglenes innhold, er blitt en del av den positive rett. Det er ikke bare de rettsregler som trekker grensen mellom rett og urett, dette gjelder; men skjønt rettsfølelsens skjønn også gjør sig gjeldende på andre områder, tør det vel sies, at den ikke på noget annet felt av rettsordnen inntar en så central og dominerende stilling som nettop her. At derfor grensen mellom rett og urett i stor utstrekning beror på den almindelige rettsfølelses umiddelbare skjønn, anser jeg for å være et trekk, som i vesentlig grad karakteriserer rettsstridens begrep.

Det blir derfor, som jeg også tidligere er kommet inn på, en oppgave av den største betydning for rettsvidenskapen, å rettlede rettsfølelsen under skjønnets avgivelse. Det gjelder å klarlegge så

vidt det er gjørlig, hvilke momenter bør være avgjørende for dette; det rikest mulige materiale bør stilles til rådighet for den som skal avgi skjønnet, og såvidt mulig bør det gjensidige verdiforhold mellom de momenter som skal tas i betraktning, være bragt på det rene. Det arbeide som den nordiske rettsvidenskap har nedlagt i denne retning under sin utformning av interesseavveiingens prinsipp, vil når teorien befries fra visse ensidigheter, og sees under en noget annen synsvinkel, for alltid beholde sin verdi for rettsvidenskapen.

Det er ikke dermed sagt, at disse rettstanker ennå på nogen vis trer frem i avklart og definitiv form. Tvertimot hersker der på flere punkter uklarhet og strid; jeg nevner f. eks. spørsmålet om den abstrakte eller konkrete karakter av interesseavveiingen, den prinsipielle uenighet som råder angående de samfunnsverdier som skal tas med under denne, om adekvansens begrep skal bestemmes subjektivt eller objektivt o. s. v. Alt dette er ting som ennå står i diskusjonens tegn, og som vil gi videnskapen rik anledning til arbeide og fremskritt. Å bringe klarhet i disse forhold er jo av stor betydning. Men betydningen er dog ikke så vital efter den opfatning jeg har gjort gjeldende av interesseavveiingens karakter, som efter den herskende teori, der i dette prinsipp er tilbøielig til å se en umiddelbart bindende rettsregel.

## B.

Jeg antar at de undersøkelser jeg har foretatt viser, at handlingsmannens hensikt i mange tilfeller er avgjørende for spørsmålet om han har handlet rettmessig eller ei. Undertiden er det skadehensikten som kan gjøre den tillatte handling forbudt, undertiden rettsbruddshensikten, undertiden en hvilkensomhelst hensikt, som ikke faller sammen med den som loven krever av handlingsmannen.

Som svar på det spørsmål jeg har reist, om hensiktens betydning for rettsstriden, kan da sies i få ord:

1. Hensikten har i mange tilfeller betydning for rettsstridsgrensen.

2. Antagelig vil dens rolle som rettsstridskriterium bli større i fremtiden, idet spørsmålet herom i flere tilfeller står på dagsordenen.

3. Og ihvertfall er en saklig drøftelse av dette spørsmål nu mulig, idet de vrangforestillinger som behersket teorien, om rettsstridsbegrepets absolutte objektivitet, ikke lenger står hindrende iveien for en fri diskusjon.

Det er imidlertid, som jeg alt bemærket i innledningen, ikke disse resultater i og for sig, som jeg ofrer størst interesse. Visst-

nok er hensikten den umiddelbare gjenstand for min undersøkelse, men ikke for sin egen skyld, men som representant for den indre, sjelelige side av handlingen. For i og med at hensikten, som er et indre, psykologisk fenomen, tillegges relevans for rettsstridsgrensens bestemmelse, er dermed gitt at *handlingens indre side tas i betraktning av rettsordnen under dens vurdering av denne.*

På dette resultat legger jeg den største vekt. Jeg ser heri en lykkelig dementi av den opfatning som jeg innledningsvis refererte, at rettsordnen i kraft av sine forutsetninger, sin oppgave, og sine innskrenkede virkemidler, måtte avstå fra enhver inntrengen på det sjeleliges område, og måtte nøie sig med å ta handlingens ytre og håndgripelige side i betraktning under sine vurderinger; og dette skjønt en handlingens innerside for den almindelige bevissthet mer og mer trenger sig i forgrunnen som handlingens centrum, og skjønt den ved andre samfundsnormers vurderinger, moralens f. eks., tillegges avgjørende betydning.

Når jeg har kunnet konstatere at handlingens indre side i moderne rett tillegges stor betydning for dens rettmessighet, er dette resultat av en utvikling som rettsordnen har gjennomgått og fremdeles står midt oppe i. Det er, iallfall i stor utstrekning, nyerobering fra rettsordnens side, når den også underlegger sig indre, sjelelige domener, og legger kjensgjerninger hentet fra dette område, til grunn for sine normer. Denne utvikling beror vesentlig på to faktorer, én materiell-rettslig og én av teknisk art. En noget nærmere fremstilling av disse vil vise utviklingens grunn og dens begrensning.

I. Det må visstnok sies, at rettsordnen i sitt syn på de menneskelige handlinger, gjennom hele sin historie har befunnet sig på vandring fra det ytre, håndgripelige og objektive som den først oppdaget, henimot en opfatning som også legger vekt på indre og subjektive momenter. «I begynnelsen var ordet» sier Ihering, kunde man sette som motto over rettshandlens tidligste historie. Og endrer man mottoet litt, sier man: «I begynnelsen var handlingens ytre resultat», hadde man et passende motto også over strafferetten i dens eldste tid. At den primitive rett festet sig mest ved yttersiden av de menneskelige handlinger, har sin naturlige forklaring bl. a. i den gamle tids naive tilbøielighet til å identifisere dette ytre og håndgripelige med hele handlingen. Et mere spiritualistisk syn på de menneskelige handlinger er et senere kulturstadium forbeholdt. Men tilbøieligheten til å holde sig til former og andre håndgripelige kjensgjerninger, var ikke bare utslag av eldre tids rettslige naivitet. Den var også dypt praktisk begrunnet i de tiders primitive rettsteknikk, dom-

stolsorganisasjon, og ikke helt utviklede rettsikkerhet. I tider hvor den gamle opfatning, at retten satt på spydodden, ikke var gått helt ut av manns minne, var det en livsbetingelse for rettsordnen, hvis den vilde tenke på å hevde sig, at dens bud iallfall var klare og uomtvistelige, og knyttet til begrepsmerker som ingen kunde ta feil av. Domstolsorganisasjonen, bevisreglene, hele processordningen var også så grovt tilhugget, at de ikke egnet sig for psykologiske undersøkelser, og også av denne grunn måtte rettsreglene gjøres lett erkjennelige og lett praktikable. Når disse kjensgjerninger kombineres med eldre tiders naive tilbøielighet til å holde sig til det som hender kunde føle på, måtte rettens formalisme og objektive preg fremgå som en historisk nødvendighet.

Men hvad det var nødvendig for tusen år siden, er ikke like nødvendig idag, og rettens historie viser at den også selv har erkjent dette. Ser man f. eks. på rettshandlens historie, vil man bli slått av, at rettsutviklingen — iallfall like til den siste tid — har gått i retning av å emansipere sig fra de strenge krav til en ytre og sikker konstatering, og at retten i større og større utstrekning legger vekt på det uskrevne og utalte innhold av rettshandlen. Oprinnelig blev ordet tillagt en magisk kraft, man krevet strenge former, og anerkjente ingen ugyldighetsgrunner hentet fra viljens forhold til kontrakten; men litt efter litt slappet man på formkravet, og introduserte den ene indre ugyldighetsgrunn efter den annen, først tvangen, så sviken, dernest villfarelsen. Ja, så langt gikk man i retning av å tillegge de finere viljesavskygninger relevans, at rettsvidenskapens lære om de ugyldige rettshandler, i den form romanistene gav den, i betenkelig grad antok psykologiens, (eller muligens rettere quasi-psykologiens) preg. Og mens strafferetten oprinnelig knyttet sine regler til den objektive forvoldelse og lukket øinene for spørsmålet om den subjektive skyld, er denne siste faktor nu vokset frem til å bli den centrale, mens det skadelige resultat må nøie sig med å komme i annen rekke. Like til den siste tid har også estatningsrettens utvikling gått parallell med strafferettens.

Likeoverfor denne utvikling fra det objektive til det subjektive syn på en handling, fra den ensidige og fattige, til den fyldige og uttømmende betraktning av de rettslige fenomener, som utvilsomt har funnet sted på de fleste rettsområder, vilde det efter mitt skjønn ha vært en merkelig og beklagelig anomali, om rettsordnen, når det gjaldt den mest fundamentale vurdering av de menneskelige handlinger, nemlig deres forhold til grenselinjen mellem rett og urett, skulde være blitt stående på sitt standpunkt av år 1000.

Overfor strafferettens sterke fremheven av at det er den indre side ved handlingen det kommer an på, antar endog teorien om rettsstridsbegrepets strengt objektive karakter, ikke alene anomaliens, men likefrem selvmotsigelsens karakter. I sin bok om forsøkets straffbarhet<sup>1)</sup> fremhever f. eks. Jul. Lassen i kraftige ordelag det subjektive syn på strafferetten som det eneste riktige. Det er «Retsbruddsindlaget» som er den centrale betingelse for straff; «naar Hensyn tages alene til Straffens Formaal, synes nu de objektive Kjendsgjæringer ikke at være væsentlige efter nogen af de Straffetheorier, om hvilke der i Nutiden kan være Tale». At man allikevel oppstiller visse ytre følger som vesentlige for forbrydelsen, har kun sin grunn deri, «at Sindlaget ikke med fotografisk Nøiagtighed afspeiler sig i Yderverdenen». Jeg mener ikke at denne sterke fremheven av strafferettens subjektive syn på de menneskelige handlinger er feilaktig. Men det er mig uforståelig, at de samme forfattere, som når de skriver om strafferett, ikke sterkt nok kan bedyre at de objektive elementer er ganske uvesentlige for forbrydelsen, i civilretten, hvor de gjerne behandler rettsstridsbegrepet, plutselig inntar det stikk motsatte standpunkt, og vil bestemme dette begrep helt objektivt og prinsipielt vil avvise alle subjektive momenter.

Man synes herved å glemme at forbrydelsen er *en rettsstridig* handling. At rettsordnen foruten å forby en handling, også belegger den med straff, kan vel ikke i og for sig virke tilbake på forbudet, slik at dette antar en annen karakter, og spesielt bestemmes efter ganske andre begrepsmerker enn tilfelle var før straffebudet blev fattet. Det må imidlertid være denne mystiske opfatning av rettsstridens metamorfose gjennom det tilknyttede straffebud, som bl. a. Jul. Lassen, der jo er tilhenger av rettsstridens objektivitet, holder på. Når rettsordnen først forbyr en handling og dessuten belegger den med straff, er grunnen til rettsordnens holdning overfor handlingen, at denne gir uttrykk for et «rettsbruddssinnelag»; de ytre resultater av handlingen er igrunnen uten prinsipiell interesse, de får bare betydning som symptom på den «rettsstridige» vilje. Hvis derimot rettsordnen nøier sig med å forby handlingen, gjør den dette utelukkende på grunnlag av disse samme objektive forhold, mens sinnelaget erklæres irrelevant.

Holder man sig imidlertid for øie, at et straffebud ofte knyttes til en handling som allerede tidligere var forbudt, og ten-

---

<sup>1)</sup> s. 1—2.

ker man sig de overveielser som i praksis kan være avgjørende for spørsmålet straff eller ikke-straff, tror jeg alle må være enige om at rettsstridsbegrepet neppe undergår denne radikale forandring, fordi om straffeklausulen knyttes til det. At overhodet en forsker av Jul. Lassens rang har kunnet hevde en slik opfatning, skyldes visselig at hans systematiske inndeling av stoffet har spillet ham et puss. Mens rettsstridens begrep selvsagt ikke skulde behandles i strafferetten eller ennu mindre i obligasjonsrettens almindelige del, men i *rettssystemets* almindelige del, har den smule behandling man har gitt det, vært henlagt til obligasjonsrettens almindelige del. Allerede denne systematiske anordning må vekke mistanke om at de setninger som oppstilles om rettsstriden, ikke kan hvile på en tilstrekkelig omfattende induksjon, en mistanke som den foregående undersøkelse i rikt mon bekrefter.

Det er etter min mening utvilsomt, at den utvikling hvorved rettsordnen har fått øinene op for det betydningsfulle ved de menneskelige handlingers innerside, i og for sig betegner en berikelse av retten, og et skritt henimot den fullkommengjørelse av denne, som der bør strebes efter. Imidlertid skyldes ikke dette rikere og mere omfattende syn på de menneskelige handlinger, utelukkende en bedre *materiellrettslig* erkjennelse av rettsordnens oppgave overfor disse. Selv om rettsbevisstheten under sin utvikling vennet sig til å vurdere også handlingens sjelelige side, vilde ikke denne nye erkjennelse kunnet få praktiske konsekvenser i form av nye rettsregler om rettsstriden, hvis ikke rettens *teknikk* hadde utviklet sig på en slik måte, at rettsbevisstheten virkelig var blitt i stand til å omsette sine nye synspunkter i rettsreglens form.

II. Hermed er jeg kommet over til den annen faktor, som har gjort det mulig at den moderne rett under sin normering av rettsstridsgrensen har kunnet trenge inn på områder som for den eldre rett var en lukket bok, og hente de faktiske tilknytninger for sine regler herfra: Det er den juridiske teknikks fremskritt som har muliggjort dette.

Enhver rettsregel har nemlig en teknisk side. Som en praktisk ordning hvis formål ligger i dens virkninger, må nemlig rettsordnen gi regler der ikke bare er utmerket på papiret, men som også i sine virkninger fremmer de formål som rettsordnen har stillet sig. Det er derfor meget mulig, at en rettsregel som ideelt sett, efter en teoretisk avveining av de interesser som skulde komme i betraktning, er aldeles ypperlig, allikevel er ubrukelig i praksis, fordi den ikke

lar sig konstatere og anvende på en måte som rettslivet er tjent med. Og da rettsreglens verdi avhenger av dens resultater, er den rettsregel som glipper i den praktiske anvendelse, en dårlig rettsregel, skjønt dens teoretiske fundament var det beste.

Hensynet til den «formelle og materielle realiserbarhet» som Ihering kaller det, må derfor nødvendigvis tas i betraktning under rettsreglens utformning, og det er den juridiske teknikks oppgave å forme rettsreglene slik, at de normer som man ideelt sett kommer til, også i praksis viser sig tjenlige til å fremme øiemedet. De krav som fra et teknisk synspunkt må stilles til en god rettsregel, er først og fremst at den er klar, koncis, lett erkjennelig og lett å praktisere på de konkrete tilfeller som den skal beherske. Bare under disse forutsetninger kan man nemlig opnå den sikkerhet i rettsregler og rettsanvendelse, som er en hovedbetingelse for et ordnet rettsliv. Men skal dette igjen kunne bli tilfelle, må disse krav stilles til rettsreglene: Ikke alene må de i sitt abstrakte innhold være klare og koncise, men de må videre knytte sine regler til kriterier som både dommer og borger lett kan konstatere. Praktisk talt betyr dette, når man tar den menneskelige erkjennelsesevne i tilbørlig betraktning: rettsreglens faktiske tilknytninger bør i størst mulig utstrekning være «äusserlich» og konkrete, ikke «innerlich» og abstrakte<sup>1)</sup>.

Måler man nu rettsstridsreglen med teknikkens krav, kan ingen være blind for, at et objektivt rettsstridsbegrep i denne henseende er overlegent overfor et begrep, som i større eller mindre grad krever hensyn tatt til subjektive momenter hos handlingsmannen. Men herav følger ikke at rettsordnen til evig tid skulde være henvist til det objektive begrep; de tekniske hensyn er nemlig ikke de eneste som rettsordnen kjenner. Tvertimot er hensynet til reglens praktikabilitet ofte et hensyn som rettsordnen bare nødtvunget tar i betraktning. Hvis lovgiveren har funnet en rettsregel som stemmer med rettsordnens ideelle formål, og som teoretisk har avveiet alle de rettsverdige interesser på en lykkelig måte, og han derefter blir nødt til å lempe på denne sin ideelle regel, fordi den ikke stemmer med teknikkens krav, føles dette utvilsomt i sig selv som et onde, om enn et nødvendig onde. Men herav følger, at det blir en av rettens første oppgaver å utvikle sitt tekniske apparat til en slik fullkommenhet, at de innrømmelser som lovgiveren må gjøre til teknikken, reduseres til det minst mulige.

---

<sup>1)</sup> Ihering: Geist I, s. 53.

Ser man på hvad retten har prestert av fremgang i denne retning i de siste hundreår, må det selvsagt erkjennes at dette ikke er bagateller. Mens vikingetidens folkedommere ikke hadde sin force i nogen dypere inntrengen på psykologiens enemerker, vil en nutidsdommer, når han til sin støtte har en smidig og utviklingsdyktig processordning, kunne løse oppgaver som for den gamle tids dommere lå langt utenfor deres rekkevidde. Heller ikke fremtrer kravet om, at rettens regler for samlivet borgerne imellem, må tre frem med en abc's tydelighet og klarhet, i vår tid med samme absolutte styrke som før; rettsordnens hjelp er trådt istedenfor selvtekten, også i den almindelige, folkelige rettsbevissthet; at *domstolene* med sikkerhet er i stand til å mestre rettsreglen, er nutidens viktigste krav til denne.

Eftersom derfor denne evne stiger, kan rettsordnen i tilsvarende grad trekke veksler på den, og behøver ikke lenger å påse at dens regler både i sine forutsetninger, og i sine rettsfølger, er så enkle og lettfattelige at et barn kan praktisere dem. Men dette betyr, når man fastholder at innrømmelser til den juridiske teknikks krav er nødvendige onder, at disse konsesjoner kan gjøres mindre og mindre, og at rettsordnen eftersom teknikken utvikles, kan legge sine regler tettere og tettere op til de behov som skal tilgodesees, og således litt efter litt nærme sig sin ideale skikkelse.

At rettsordnen har kunnet gjennomføre sin utvikling fra det objektive, utvortes, ensidige syn på de menneskelige handlinger, hvorved viktige deler av disse prinsipielt blev erklært for å ligge utenfor rettens rekkevidde, til sitt nye, rikere syn på handlingen, hvorved alle dens eiendommeligheter i subjektiv og objektiv henseende kommer til sin rett, skyldes det fremskritt i teknisk evne, som utmerker nutidens rettsliv i sammenligning med eldre tiders. Ved dette fremskritt er nemlig de tekniske ulemper redusert så sterkt, at de opveies ved de materielle og ideelle fordeler, den nye rettsopfatning fører med sig. At denne utvikling på den ene side langt fra er tilendebragt, tror jeg bestemt å kunne si; at den på den annen side også har sine grenser, er hevet over tvil.

## § 16. Slutningsbemerkninger.

I. Efter den opfatning jeg gjør gjeldende, har altså rettsordnens syn på de menneskelige handlinger, når det var spørsmål om å tillate eller forby disse, beveget sig fra det objektive i subjektiv retning, og grensen mellem rett og urett har efter å ha vært helt



objektivt preget, litt efter litt antatt en mere subjektiv farve. For såvidt kan man altså si at det går en tendens henimot subjektivt anstrøkne rettsregler på dette område av rettsordnen.

For mange vil sikkert en sådan tendens stå som et onde, og hvis de overhodet innrømmer riktigheten av den, kan det hende de anser denne utvikling for et tilbakeskritt, en svekkelse av rettsmekanismen, som dessuten står i avgjort strid med den objektive tendens der i så stor utstrekning gjør sig gjeldende på andre områder av retten, og som derfor bør bekjempes, forat rettsordnen kan komme i harmoni med sig selv og og med sin utviklingslinje.

At en slik objektiv tendens faktisk på visse rettsområder er tilstede, benekter jeg ikke på nogen måte. Ingen opmerksom iakttager av to så viktige rettsfelter som erstatningsretten og kontraktsretten, vil kunne være blind for at den retning utviklingen her har tatt, går avgjort bort fra det subjektive syn, som lot såvel erstatningsplikten som rettshandlens gyldighet være avhengig av subjektive eiendommeligheter hos handlingsmannen, henimot en objektiv opfatning som er tilbøielig til å erklære disse kjensgjerninger for rettslig irrelevante, og bare vil holde sig til hvad der er tilgjengelig for en ytre betraktning.

Men skjønt jeg således innrømmer at en objektiv strømning her — og visstnok også på andre rettsfelter — er tilstede, beviser dette efter min mening ikke på nogen måte, at utviklingen bør gå eller går i samme retning, når det spørres om rettsordnens bedømmelse av handlingen *i dens forhold til rettsstridsgrensen*. Ulike årsaker gir ulike virkninger, forskjell i faktiske forhold gir forskjell i rettsregler. Dette er sannheter som tør forutsettes å være almindelig anerkjent. Da det imidlertid er likeså klart, at det ikke er de samme faktorer som kommer i betraktning på hele rettens vidstrakte område, kan det heller ikke på forhånd utelukkes, at rettens strømninger på forskjellige rettsområder beveger sig i motsatt retning.

Dette er også såvidt jeg forstår tilfelle. Rettsordnen har avgrunner som jeg fullt ut vurderer, funnet å burde gi sine regler om rettshandlens ugyldighet, ja forøvrig hele kontraktsretten, og også erstatningsretten, et mere objektivt tilsnitt enn tidligere, og jeg er helt overbevist om det heldige i denne objektive tendens. Men hvad rettsstriden angår, har rettsordnen beveget sig i motsatt retning, henimot et mere subjektivt syn på de menneskelige handlinger, og også dette betyr efter min mening en berikelse for retten.

Hvad erstatningsplikten angår, erkjennes det jo i moderne rett at denne ikke bør stå i nogen uløselig forbindelse med rettsstridsgren-

sens overskridelse; den er prinsipielt uavhengig av denne, og det som rettsordnen særlig har for øie under sin normering av erstatningsplikten, er i første rekke den skadelidendes tap, altså en helt objektiv kjensgjerning. Selvfølgelig kommer også oftest en menneskelig handling i betraktning, nemlig som skadens årsak; men retten flytter ikke av denne grunn tyngdepunktet av sin betraktning over til den skadegjørendes forhold. Hans handling *vurderes ikke* i sin helhet, den *konstateres* som en av de nødvendige betingelser for erstatningsplikt. Men for dette formål finner ikke rettsordnen det alltid nødvendig å gå inn på handlingens indre side.

Heller ikke for kontraktsrettens område dreier det sig om en prinsipiell vurdering av handlingene. De opfattes kun i relasjon til sine rettsfølger, og skjønt rettsordnen nok kunde ønske å ta subjektive og individuelle forhold i betraktning, når den dekretterer visse rettsfølger som skader handlingsmannen, krever her meget ofte hensynet til medkontrahenten og med ham til omsetningens sikkerhet, at rettsfølgene inntreer på grunnlag av den objektive situasjon, uten hensyn til individuelle og subjektive eiendommeligheter hos handlingsmannen.

Anderledes er forholdet når rettsordnen tar selve handlingen op til prinsipiell vurdering, og betrakter den uten hensyn til dens følger. Da gjør ikke de nevnte hensyn som anbefaler objektive regler, sig gjeldende, da krever den moderne rettsbevissthet at handlingen skal betraktes fra alle sider, forat rettsordnens dom kan felles på det beste og fyldigste grunnlag som overhodet kan skaffes. Og i den utstrekning hvor ikke tekniske hensyn står iveien, bør derfor handlingens innerside tas med under rettsordnens betraktning.

II. «Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts» satte Ihering som motto over sitt berømte verk. Skjønt likeså gammel som rettsordnen, er formålstanken ved den energiske, ja nesten lidenskabelige måte hvorpå Ihering hevdet den, trådt sterkere i forgrunnen i den videnskapelige diskusjon, enn før var tilfelle. Dens betydning for lovgiveren, for videnskapsmannen og dommeren under fortolkningen av loven, og for den siste under hans rettsskapende virksomhet, erkjennes nu av alle. Dens innvirkning på sedvanerettens dunkle tilblivelsesprocess og på rettsfølelsens utvikling i det hele, er likeså sikker, om enn mindre lett å konstatere.

Det formålsbegrep som det tales om i alle disse henseender, er imidlertid ikke helt synonymt med det hensiktsbegrep som denne avhandling bygger på. Formålet sees nemlig ikke bare i relasjon til en virkelig menneskelig hjerne eller til en tenkt sådan, som repre-

senterer syntesen av alle de krefter som tilsammen gir lover, eller som er uttrykk for den almindelige rettsbevissthet. Man gir undertiden formålet en mere objektiv farve, idet man tenker sig at enhver institusjon og enhver rettslig kjensgjerning har sitt formål inkorporert i sig, således at dette kan bestemmes tilsynelatende uten ethvert hensyn til menneskelige viljer. Allikevel er formålsbegrepet også i denne fatning dypt beslektet med det hensiktsbegrep som jeg har gjort til gjenstand for undersøkelse i denne avhandling, idet man i virkeligheten også her refererer formålsbegrepet til visse menneskelige ønsker og behov som søkes tilfredsstillet, idet uten tilknytning til disse, begrepet fra et menneskelig synspunkt blir uten mening.

Ser man derfor hvordan formålstanken tillegges større og større betydning i rettslivet, og hvordan hensiktsbegrepet på viktige rettsområder er bestemmende for rettsordnens dom om en handling, har man efter min mening rett til å si med Duguit — med sikte på formålsbegrepet i begge dets betydninger —: «La notion du but pénètre chaque jour davantage les institutions de droit privé et de droit public».

---

## Tillegg og rettelser.

ad. s. 14 ff.

Under utviklingen her vil man se, at jeg bare har hatt en enkelt slags interessekrenkelsener, nemlig *integritetskrenkelsene*, for øie. Hvis interessekrenkelsen alene består i en unddragelse av rettsnydelsen (*kompetansekrenkelse*), har rettsordnen også et tredje beskyttelsesmiddel til sin rådighet: rettens tvang til å gjenoprette den tilstand som stemmer med den objektive rett.

For disse interessekrenkelsers vedkommende måtte man altså — under forutsetning av at rettsstriden blev oppfattet som det der stred mot en subjektiv rett, — erkjenne at retten var krenket, også hvor denne form for interessebeskyttelse kunde bli aktuell. Denne erkjennelse leder imidlertid langt fra til å klarne og forenkle det i teksten bekjempede, subjektive rettsstridsbegrep, og influerer derfor ikke på det sammesteds antatte resultat.

Enkelte av de forfattere som er enig i at uretten må opfattes som det der strider mot den objektive rett, mener allikevel, at den, foruten *normstridige handlinger* også inneslutter *rettsstridige tilstander*, nemlig den faktiske disharmoni mellom en subjektiv rett, og rettighetshaverens adgang til rettsnydelse. Således Sjøgren: Om Rättsstridighetens Former, s. 71, s. 111 o. fl. st. «Rettsstridig» karakteriseres denne tilstand, fordi den er «i strid» med den berettigende rettssetning, som hjemler og danner kjernen i den subjektive retts begrep.

Rent bortsett fra spørsmålet om denne siste forutsetning er riktig, eller om ikke de subjektive rettigheter som «eneretter», i like høi grad hviler på normer rettet til utenverdenen, antar jeg ikke det er riktig eller heldig å knytte rettsstridens begrep også til «tilstander» av den nevnte art.

Som også Sjøgren er opmerksom på (l. c. s. 87), kan ikke enhver manglende adgang til rettsnydelse karakteriseres som «rettsstridig». Hvis den subjektive rett således har mistet sin gjenstand,

idet denne er gått til grunne ved naturkrefters inngripen, er iallfall ingen rettsstridig tilstand etablert.

Men heller ikke menneskers skadetilføielser anser Sjøgren (l. c. s. 116) for å stride mot den subjektive rett, idet også her dennes materielle forutsetning er forsvunnet. Tilbake blir da kompetansekrenkelsen, som alene utgjør den tilstand, der strider mot den subjektive rett.

Det er riktig at der til dette faktiske forhold knytter sig en viktig rettsregel, nemlig at rettsordnen låner sin hjelp til å gjenoprette harmonien mellom rett og rettsnydelse, uten hensyn til om forholdet søker sin årsak i en forbudt handling eller ikke, om enn det normale vel er, at en «rettsstridig tilstand» søker sin grunn i en forbudt handling.

Men dette er efter min mening ikke tilstrekkelig grunn til å karakterisere tilstanden som «rettsstridig», og bringe forvirring både i terminologien og i rettsreglene om uretten. Så vesensforskjellige ting som «tilstander» og «handling» bør ikke uten de mest tvingende grunner samles under et begrep.

ad. s. 50.

Enkelte bemerkninger s. 50 og s. 54 er muligens egnet til å gi leseren det inntrykk, at jeg mener Eidsvollsgrunnlovens forfattere med full bevissthet har villet gjøre de grunnlovsmessige skranker for lovgivningen elastiske, og tilpasse deres rekkevidde efter rettsutviklingens krav.

En sådan opfatning, som dårlig vilde harmonere med den individualistiske tankegang som dengang satt så fast i sinnene, har sikkert vært grunnlovsgiverne fjern.

Hvad jeg hevder er derimot, at de nevnte grunnlovsbud, for å skaffe sig respekt i rettslivet, til en viss grad er nødt til å lempe sin utstrekning efter samfundets og rettsbevissthetens utvikling, slik at deres rekkevidde f. eks. ikke kan være uberørt av den opfatning som de skiftende tider har av den subjektive retts innhold og begrunnelse.

At dette syn på grunnlovsbåndets karakter er en *historisk nødvendighet*, viser efter min mening ikke bare rettsutviklingen hos oss, men også utviklingen i de forenede stater, det eneste land utenfor Norge, som i en årrekke har anerkjent domstolenes kompetanse til å prøve grunnlovsmessigheten av lover.

Om rettsutviklingen i dette land se Goodnow: *The American Conception of Liberty*.

ad. s. 173.

Et interessant symptom på rettsordnens endrede opfatning av eiendomsretten, ser jeg i følgende uttalelse i den tyske «Reichsverfassung» av 11. august 1919, § 153, tredje ledd: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste».

At dette prinsipp nettop finner et legislativt uttrykk like efter den store krig, er neppe nogen tilfeldighet.

---

## Fortegnelse

over de verker som oftest er citert, og som derfor som regel  
er citert i forkortet form:

- Aschehoug = A: Norges nuværende Statsforfatning I—III. 2. utg. 1891,  
1892, 1893.
- Augdahl = A: Nødverge. 1920.
- Castberg = C: Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft. 1920.
- Getz = G: Om den såkaldte delagtighet i forbrydelser. Juridiske afhand-  
linger s. 3 ff.
- Goos = G: Forelæsninger over den almindelige Retslære I—II. 1889, 1894.
- Gram = G: Om Motivets Betydning i strafferetlig Henseende. 1889.
- Hagerup = H: Aarsakssammenhæng og Retsstridighet. Tidsskrift for  
Retsvidenskab 1909 s. 297—337.
- Jul. Lassen = L: Om Betingelserne for Forsøgets Strafbarhed. 1879.
- Morgenstjerne = M: Lærebog i den norske Statsforfatningsret 2. utg. 1909.
- Stang = S: Erstatningsansvar. 1918—1919.
- Torp = T: Den danske Strafferets almindelige Del. 1918.
- Ussing = U: Skyld og Skade. 1914.
- Vinding Kruse = V. K: Arbejdets og Kapitalens Organisationer, retslig  
bedømt. 1. del, 1913.
- Rt. = Norsk Retstidende.
- T. f. R. = Tidsskrift for Retsvidenskab.
-