

RAGNAR KNOPH

RETTLIGE STANDARDER

SÆRLIG GRUNNLOVENS § 97

OSLO 1939

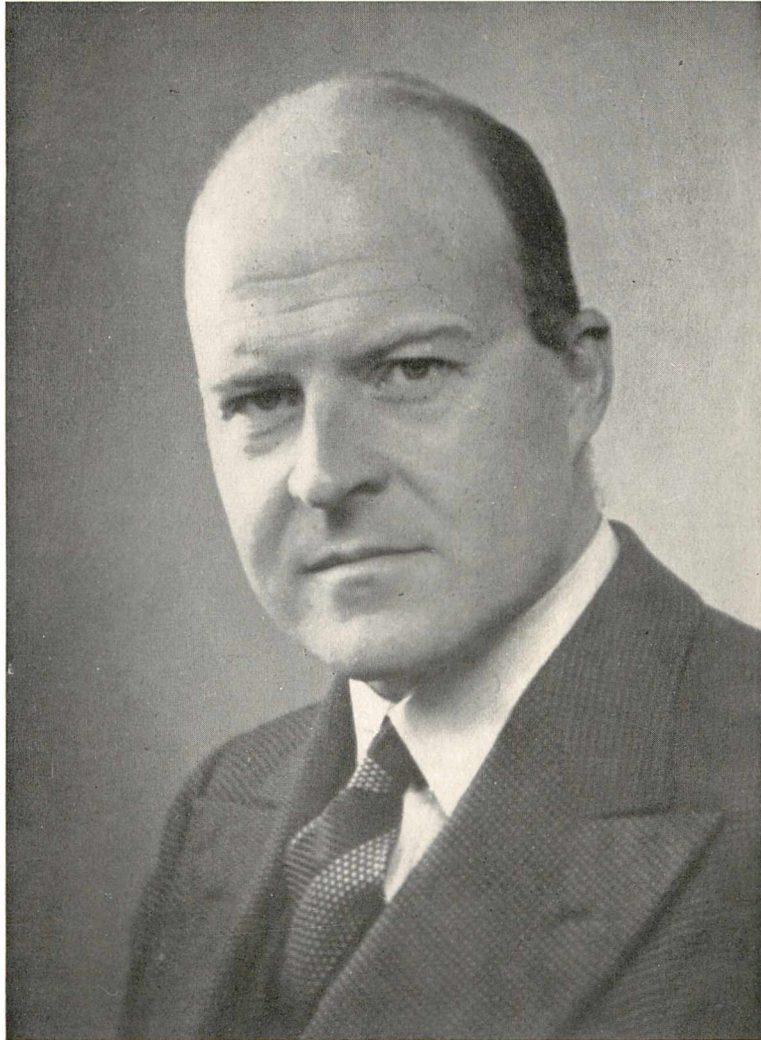
I KOMMISJON HOS GRØNDAHL & SØN

**Grøndahl & Sønns Boktrykkeri, Oslo**

DET JURIDISKE FAKULTETS LOVSAMLINGS-  
FOND utgir hermed professor RAGNAR KNOPHS  
siste arbeid i dyp taknemlighet for hans frem-  
rakende innsats i norsk rettsliv.

Høiesterettsdommer FERDINAND SCHJELDERUP  
har utført arbeidet med gjennomgåelsen av manu-  
skriptet. Fondets styre takker ham for det.

Tanken er senere å utgi også endel utvalgte  
avhandlinger av Ragnar Knoph, som tidligere  
er trykt på spredte steder, muligens i forbin-  
delse med enkelte utrykte arbeider.



*Raymond Krapf.*

NORGES HØIESTERETT  
TILEGNES DENNE BOK

## Forord.

Denne essaysamlingen handler om tilsynelatende heterogene ting.

Velvillige lesere vil visstnok allikevel opdage, at helt uten sammenheng er boken ikke.

Desember 1938.

*Ragnar Knoph.*

Da Ragnar Knoph blev revet bort julenatt 1938 var han nesten ferdig med denne boken. Et notat som lå i manuskriptbunken til standardavsnittet viser dette. Det var skrevet like før han skulde opereres:

«§ 4 i denne avhandlingen er ufullstendig. Eksemplene på gal rasjonalisering — hvorav det viktigste er den nordiske rettstridslæren — mangler.

I grunnlovsavhandlingen mangler § 9 om næringsrettigheter og § 10 om pengelovgivningen.

Allikevel syns jeg det kunde være verdt å trykke den som den er.

7. desember 1938.

*R. K.»*

For i noen grad å supplere boken på de nevnte stedene har jeg som et tillegg tatt med endel forberedende notater og utdrag fra etpar artikler skrevet i 1937 og 1938. Ellers har arbeidet mitt bare bestått i å få gitt ut boken nøiaktig som den forelå; således har jeg latt det bli med den manglende innholds-oversikten til § 3 og § 4 i tredje avsnitt. Hvor norske høieste- rettsdommer er gjengitt, har jeg kontrollert års- og sidetall i Norsk Rettstidende, derimot ikke henvisninger til litteratur, og

heller ikke citater fra lover, dommer eller andre forfattere. Til dette og til å få i stand annet register enn et over dommene har tiden min dessverre ikke strukket til.

Blandt meget annet viser boken, hvordan dommerens stilling til standardene er vesentlig anderledes enn ved annen lovtolkning. Det var da også Ragnar Knophs plan å la den bli fulgt av et verk om hvordan retten blir til og anvendes. At den gamle «rettskildeteori» måtte i støpeskjeen var han ikke i tvil om. — I det hele tatt var hans interesse for de centrale problemer om rettsordenens oppgave i samfundslivet og hvordan den best skal kunne løses like sterk som dengang han for atten år siden sendte ut sitt grunnleggende debutarbeid om «Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett». Og med denne nye boken — konkret i emnevalget som også *den* er, og dermed med feste i det sikre — mente han å ha pekt på de retningslinjene som han gledet sig til å følge i sitt fortsatte arbeid.

8. mars 1939.

*F. Schjelderup.*

## Innhold.

### Om rettslige standarder og om rasjonaliseringen av dem.

#### § 1.

<b>Standarder før og nå.</b>	Side
I. Foreløbig orientering om hvad en standard er . . . . .	1
II. Begrep og karakter . . . . .	2
III. Standarden er en egen, karakteristisk rettsfigur . . . . .	4
IV. Er standardene gamle eller nye i retten? Deres utbredelse i nutiden	6
V. Oversikt over standardproblemerne . . . . .	12
VI. Litteraturen . . . . .	14

#### § 2.

##### **Er standarder av det gode eller av det onde?**

I. Spørsmålet har mange sider. Vi holder oss til den retts tekniske . .	17
II. Det ideale rettsbud . . . . .	18
III. En sammenligning mellom standardene og de egentlige rettsregler	19
IV. Valget mellom dem er avhengig av en rekke utenforliggende forhold	23
1. Området . . . . .	24
2. Tiden . . . . .	25
3. Formuleringen av standarden . . . . .	26
4. Samfunnsforholdene . . . . .	27
V. I stor utstrekning er valget allikevel en temperamentsak	28

#### § 3.

##### **Rasjonaliseringen.**

I. Rasjonaliseringen er det viktigste botemidlet mot den usikkerhet standardene fører med sig . . . . .	29
II. Dens forutsetninger og hensikt . . . . .	29
III. Gjennomføringen og hjelpemidlene . . . . .	31
1. Gjennomføringen . . . . .	31
2. Hjelpemidlene . . . . .	31
3. Et eksempel på rasjonalisering . . . . .	32
IV. Motstanden mot den . . . . .	33
V. Det er et omfattende rasjonaliseringsarbeide rettsvidenskapen driver	36



	Side
§ 4.	
<b>Farene ved rasjonaliseringen.</b>	
I. Feil ved selve fremgangsmåten . . . . .	39
II. Overvurdering av resultatene . . . . .	40
1. Man tror å kunne uttømme standarden i enkeltsetninger . . . . .	40
2. Man behandler «understandardene» som vanlige rettsetninger . . . . .	41
3. Man tillegger præjudikater for stor betydning . . . . .	43
 <b>Grunnlovens § 97, særlig i formueretten.</b> 	
§ 1.	
<b>Innledning.</b>	
I. Bakgrunn og forarbeider . . . . .	45
II. Beslektede regler i andre land, særlig i U. S. A. . . . .	47
III. Tilbakevirkningsforbudet har ikke overalt samme karakter . . . . .	48
IV. Domstolene påser at forbudet blir respektert . . . . .	50
V. § 97 er en central bestemmelse i norsk rettsliv . . . . .	51
 § 2. 	
<b>§ 97 i teorien og i rettspraksis.<sup>1</sup></b>	
I. Teorien . . . . .	52
1. Fredrik Stang m. fl. . . . .	52
2. Aschehoug . . . . .	55
3. Morgenstjerne . . . . .	57
4. Castberg . . . . .	58
5. Knoph . . . . .	59
6. Skeie . . . . .	60
7. Lie . . . . .	60
8. Knoph og Lie . . . . .	61
9. Augdahl og Gjelsvik . . . . .	62
II. Teori og praksis harmonerer ikke helt godt . . . . .	63
 § 3. 	
<b>Hvilken karakter har grl. § 97?</b>	
I. Den er en standard, ingen rettsregel . . . . .	65
1. Ordlyden er ubestemt . . . . .	66
2. Bakgrunnen og forarbeidene peker i standard-retning . . . . .	67
3. Det samme gjør «sakens natur» . . . . .	68
4. Lærdommer fra rettspraksis og fra U. S. A. . . . .	69
II. Er dette akseptert i rettslivet? . . . . .	72
1. Stillingen i teorien . . . . .	72
2. Hva der kan sluttes av domspraksis . . . . .	74
III. Formuleringen av standarden . . . . .	76

**Nærmere om rettferdstandarden.**

I. Ubestemtheten ved standarden nøytraliseres til en viss grad gjennom rasjonalisering . . . . .	76
II. Hva ligger det i rettferdstandarden? . . . . .	78
1. Lovgrunnen til at lover ikke bør virke tilbake . . . . .	78
2. Det er bare de virkelige overgrep som rammes av § 97 . . . . .	79
3. Overgrepet kan enten bestå i utilbørlig hensynsløshet eller i å gjøre vilkårlig ulikhet . . . . .	81
4. Skal dommeren censurere selve innholdet av loven? . . . . .	82
5. Rettferdspørsmålet kan ikke stilles konkret; alle lover kan føre til urimelige enkeltresultater . . . . .	83
6. Det er den levende rettsopfatningen i samfundet dommeren skal falle tilbake på . . . . .	84
7. Denne er aldri i ro. Særlig avhenger den av hvordan man ser på individets forhold til samfundet . . . . .	85
III. Enkelte veiledende undersetninger . . . . .	86
1. Teorien om de velerhvervede rettigheter . . . . .	86
2. Nye byrder må ikke knyttes til eldre handlinger . . . . .	87
3. Sondringen mellom rettigheter som er tilstått vesentlig for individets skyld og dem som er tilstått vesentlig for samfundets skyld . . . . .	90
4. Alle disse setningene er det veiledning i, men deres verdi er betinget og relativ . . . . .	92
IV. Heller ikke likhetsgrunnsetningen lar sig løse op i sine enkelte faktorer . . . . .	93
V. Dømspraksis som hjelpemiddel ved rasjonaliseringen . . . . .	94

§ 5.

**Tilbakevirkningstandarden i formueretten. Innledende orientering.**

I. Almindelig karakteristik av tilbakevirkningsproblemet på dette rettsområde . . . . .	95
II. Det spørres mere efter økonomiske interesser enn efter rettslige kategorier . . . . .	96
III. Noen hovedmomenter som gjør sig gjeldende . . . . .	97
1. Det kvantitative moment . . . . .	97
2. Interesseavveilingen sett fra samfundssiden . . . . .	99
3. Interessene på undersåttsiden . . . . .	101
IV. Ytterligere spesialisering er nødvendig. Oversikt over de følgende paragrafene . . . . .	102

§ 6.

**§ 97 og § 105.**

I. § 105, tekst og tolkning . . . . .	103
1. Skranke, ikke hjemmel for ekspropriasjonslover . . . . .	103

X	Innhold	Side
	2. Den er bare en erstatningsregel . . . . .	104
	3. § 105 må dels tolkes innskrenkende, dels utvidende . . . . .	104
	4. Men hvor langt kan en strekke den? . . . . .	105
	II. I teorien er det delte meninger om dette . . . . .	105
	III. Noen skarp grense mot § 97 kan ikke trekkes . . . . .	108
	1. De to paragrafene har felles opprinnelse og beslektet formål . . . . .	108
	2. Deres rettslige karakter er den samme . . . . .	110
	3. Resymé av forholdet mellom dem . . . . .	112
	IV. Men hvordan stemmer dette med budet om «full erstatning»? . . . . .	112
	1. Ved de egentlige tvangsavståelser . . . . .	113
	2. Utenfor disse . . . . .	114
	V. En viss forskjell forblir det dog mellom § 97 og § 105, både formelt og reelt . . . . .	115
	VI. Praksis er tilbøielig til å tolke § 105 stivere enn jeg mener er riktig . . . . .	116
	1. Ved de egentlige tvangsavståelser . . . . .	116
	2. Utenfor disse . . . . .	117
	3. For å nøytralisere dette, tøier jeg § 97 noe lenger enn jeg ellers vilde ha gjort . . . . .	118

## § 7.

### Eiendomsretten og åndsrettighetene.

I.	Det bør sondres mellom hel og delvis tilintetgjørelse . . . . .	119
II.	Hel økonomisk tilintetgjørelse . . . . .	119
	1. Måten det skjer på er likegyldig. . . . .	120
	2. Som regel må det betales erstatning . . . . .	120
	3. Farlige eller skadelige virksomheter kan dog tilintetgjøres gratis . . . . .	122
	4. Praksis er ikke rikholdig . . . . .	125
III.	Delvis tilintetgjørelse . . . . .	126
	1. Også her er måten likegyldig . . . . .	126
	2. Uvesentlige inngrep passerer som regel uantastet . . . . .	127
	3. Illustrasjoner fra praksis . . . . .	128
	A. Regulerings- og bygningsforskrifter . . . . .	128
	B. Sundhetsforskrifter m. v. . . . .	131
	C. Fredningslover . . . . .	132
	D. Innskrenkninger i den juridiske rådighet . . . . .	133
	E. Moe-dommen . . . . .	136
IV.	Særskilt om likhetsgrunnsetningen . . . . .	138
V.	All kamuflering er nytteløs . . . . .	139
VI.	Rådigheten sitter fordelt på flere hender . . . . .	139
	1. Inngrepet er bare rettet mot delrettigheter . . . . .	139
	2. Det rammer eiendomsrådigheten overhodet . . . . .	140

Innhold XI

§ 8. Side

**Gr. § 97 i kontraktsretten.**

I. Her er særlig forsiktighet påkrevet. Men ikke all tilbakevirkning er forbudt . . . . .	142
II. Hel tilintetgjørelse . . . . .	143
1. Rammes som regel av § 97 . . . . .	143
2. Ikke når avtalene er skadelige eller umoralske . . . . .	143
3. Praksis er sped . . . . .	144
4. Kan eldre ugyldige kontrakter gjøres gyldige? . . . . .	144
III. Andre vidtgående inngrep . . . . .	144
1. Måten det skjer på er likegyldig . . . . .	145
2. Spørsmålet om grunnlovsmessigheten må bedømmes konkret. Enkelte viktige momenter . . . . .	145
3. Illustrasjoner fra rettspraksis . . . . .	149
4. En del særlige tilbakevirkningsprospørsmål . . . . .	155
IV. Kontraktene rammes indirekte . . . . .	158
V. Likhetsgrunnsetningen gjør sig også her gjeldende . . . . .	160
VI. Tvangskontrahering og forlengelse av eldre kontrakter . . . . .	160
1. All regulering av kontraktsforhold rummer et element av tvangskontrahering . . . . .	160
2. Egentlig tvangskontrahering forutsetter normalt erstatning. Om forlengelse av kontrakter kan en ikke ubetinget si det samme . . . . .	161
3. Særlige spørsmål når kontrakten gir rådighet over fast eiendom . . . . .	161

§ 9.

**Noen særlige spørsmål.**

*Fra hvilket tidspunkt kan en lov begynne å virke?*

I. Kan lover anvendes før de er kunngjort? . . . . .	165
II. Kan loven utsette sin egentlige ikrafttreden, men beherske alt som skjer efterat den er utferdiget? . . . . .	167
III. Hvordan arter tilbakevirkningen sig, når loven suppleres av vedtekter etc.? . . . . .	167

*Virkingen av en lov som ikke stemmer med § 97.*

I. Ved andre rettigheter enn de økonomiske blir den alltid ugyldig . . . . .	169
II. Ved de økonomiske er meningene delt . . . . .	170
III. Jeg er enig med <i>Morgenstierne</i> og <i>Castberg</i> . . . . .	171
1. Spørsmålet må ikke ses under strafferettslige synsvinkler . . . . .	171
2. Hvis loven uttaler sig uttrykkelig, må den respekteres . . . . .	171
3. Ellers får man se å finne ut hvad det er rimelig til alle sider . . . . .	173
IV. Det har rettspraksis også gjennomgående forsøkt på . . . . .	175

	Side
§ 10.	
<b>Litt rettspolitikk.</b>	
I. Innvendingene mot § 97 og mot prøvingsystemet . . . . .	177
1. Fra et diktatorsynspunkt . . . . .	177
2. Fra demokratiske synspunkter . . . . .	177
II. Fordelene ved ordningen . . . . .	179
III. Den endelige dom avhenger av mange faktorer . . . . .	181
1. Skal systemet virke godt, må sikkerhetsparagrafene være forsiktig formet . . . . .	181
2. De må dessuten håndheves med takt og i forståelse av at de er standarder . . . . .	181
3. Hvis ikke bærer det galt avsted . . . . .	182
4. Det gir utviklingen i U. S. A. fullgodt bevis for . . . . .	183
IV. Skisse av denne . . . . .	185
V. Hvilken lærdom kan vi trekke av Amerikas eksempel? . . . . .	188

## Ikke-bruk av rett, særlig av åndsrettigheter.

### § 1.

#### Domspraksis.

I. Det fins mange dommer som lar ubrukte rettigheter tape sig med tiden, selvom man ikke har lovhjemmel for det . . . . .	192
1. I tingsrettslige forhold . . . . .	193
2. I kontraktsretten . . . . .	195
3. Forskjellige andre steder . . . . .	198
4. I arbeidsretten . . . . .	199
II. Hovedinntrykket av disse dommene . . . . .	201
III. A r n h o l m s «Passivitetsvirkninger» . . . . .	202
IV. Praksis etter 1932 . . . . .	203
V. Tilbakeblikk og fremtidsoppgaver . . . . .	212

### § 2.

#### Streiftog til utlandet.

I. Problemet har ikke samme skikkelsen i de forskjellige land . . . . .	213
II. Sveits, Russland og Frankrike . . . . .	214
III. England og Tyskland . . . . .	215
IV. Hva utenlandsferden lærer oss . . . . .	223

### § 3.

#### Forsøk på en syntese.

Innhold	XIII
§ 4.	Side
<b>Nærmere om passivitetstandarden.</b>	240
§ 5.	
<b>Passivitetstandarden i åndsretten.</b>	
I. Åndsretten byr et særlig rikt virkefelt for passivitetstandarden . . .	255
II. Ikke-bruk av registrerte forretningskjennetegn . . . . .	257
1. Når kjennetegnet ikke blir benyttet . . . . .	257
2. Når man tolererer andres bruk av tegnet . . . . .	258
3. Illustrasjoner fra rettspraksis . . . . .	261
III. Ikke-bruk av merker som er innarbeidet . . . . .	265
IV. Ikke-bruk av ophavsretten til åndsverker og av patentretten . . . .	266
§ 6.	
<b>Passivitetstandarden som almindelig rettsgrunnsetning.</b>	
I. Passivitetstandarden gjelder alle privatrettslige rettigheter . . .	268
II. Den henger nær sammen med andre passivitetsvirkninger i retten .	268
III. Og med andre regler om virkningen av tidsforløpet . . . . .	270
IV. Den er også i nær slekt med alle de viktige reglene som krever rettsforholdene bedømt efter deres ytre fremtoningspreg og tillater folk å innrette sig efter disse . . . . .	271
V. Passivitetstandardens forhold til læren om misbruk av rett . . . .	273
VI. Når passivitetstandarden har kunnet bryte sig vei uten lovhjæmmel er det fordi den er i pakt med sterke og livskraftige strømninger i nutidsretten . . . . .	274
<b>Tillegg.</b>	
(Ved høiesterrettsdommer F. Schjelderup.)	
I. Endel eksempler på gal rasjonalisering . . . . .	277
II. Grunnlovens § 97 og næringsrettighetene . . . . .	288
III. Grunnlovens § 97 og pengelovgivningen . . . . .	289
<b>Norske høiesterrettsdommer, nevnt i teksten.</b>	295

## Forkortelser.

- Aschehoug = Aschehoug: Norges nuværende Statsforfatning. Bind III. 1885.
- Morgenstjerne = Morgenstjerne: Lærebok i Den norske Statsforfatningsret. 3. udgave. Bind II. 1927.
- Castberg = Castberg: Norges statsforfatning. Bind II. 1935.
- Skeie = Skeie: Eiendomsret og Statsmonopol. 1923.
- Rt. = Norsk Retstidende.
- T. f. R. = Tidsskrift for Rettsvidenskap.
- G R U R = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.

# Om rettslige standarder, og om rasjonaliseringen av dem.

## § 1.

### **Standarder før og nå.**

I. Problemet om rettskildene og om dommerens stilling under rettsanvendelsen hører til dem som har evig aktualitet i jussen. En juristgenerasjon eller to kan nok forsømme det eller endog bille sig inn at de har løst det, men så dukker det plutselig op igjen og får diskusjonen til å blusse på ny. I en sånn epoke befinner vi oss nå, og har i grunnen gjort det nesten siden hundreårskiftet.

Å ta op hele rettskildespørsmålet lar sig naturligvis ikke gjøre innenfor rammen av en avhandling. Men når man grubler over forholdet mellom rett og rettsanvendelse, og søker å danne sig et bilde av dommerens stilling i rettsmaskineriet, kan en ikke undgå å bli slått av at hans rolle arter sig temmelig forskjellig alt efter den formen rettsreglene har, der de står foran ham i lovsamlingen. Selv en meget «praktisk» dommer, som ikke har hang til rettsfilosofiske meditasjoner eller til å dissekere sin egen virksomhet psykologisk, må legge merke til at lovene stundom gir ham svært fri hender, mens de til andre tider binder ham temmelig stramt. Sies det f. eks. at en fordring foreldes 3 år efter forfall, består hans arbeide vesentlig i å finne ut forfallsdag, og så ta almanakken til hjelp. Men sier loven at grovt tyveri straffes med fengsel fra 21 dager til 6 år, kreves det stor personlig aktivitet under avgjørelsen. Innenfor denne vide strafferammen er det nemlig overlatt til dommerens skjønn, hvilken straff som passer for tilfellet.

Undertiden velger dog lovgivningen hverken den ene eller den andre av disse to ytterlighetene, men går en mellomvei:



## 2 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

den lenker ikke avgjørelsen til bestemte og konkrete kriterier som kan konstateres i den ytre verden, sikkert og entydig. Heller ikke lar den dommeren avgjøre hvert enkelt tilfelle helt etter sitt eget hode. Den gir ham et direktiv med på veien, idet den henviser til en målestokk som skal brukes ved pådømmelsen, og som den forutsetter dommeren kjenner og har hjelp av. Sånne rettsforskrifter kaller jeg i min bok om «Åndsretten» (s. 520) for *s t a n d a r d e r*. Et typisk eksempel er generalklausulen i lov om utilbørlig konkurranse av 7. juli 1922: «Under utøvelse av næringsvirksomhet eller i sånn virksomhets tjeneste er det ikke tillatt i konkurranseøiemed å foreta handlinger som efter god forretningsskikk er utilbørlig.»

Men dette eksemplet er langt fra det eneste. Hvor man vender sig i moderne lovgivning ser man standarder dukke op i landskapet, ikke bare hos oss, men i alle land. I den ærverdige Norske Lovs 5-1-2 sies det således at kontrakter som er «imot ærbarhet» ikke behøver å holdes. I nabolovens § 12 (27 mai 1887) forbyes det en grunneier å volde sine naboer «usedvanlig eller upåregnelig ulempe», under hensyn til eiendommenes beliggenhet, tidligere bruk o. s. v. Avtaleloven (31 mai 1918) er også rik på standarder, f. eks. § 33 som under visse vilkår erklærer en viljeserklæring for ugyldig, hvis det vilde stride mot «redelighet eller god tro» å gjøre den gjeldende. Forsikringsavtalelovens § 34 (6 juni 1930) er en enda tydeligere standard; den setter forsikringsvilkår ut av betraktning, når de vilde føre til «åpenbart urimelige og med god forsikringspraksis stridende resultater». Allikevel er det kampene i moderne erhvervs- og arbeidsliv som har gitt lovgivningen aller mest høve til å ta standardene i sin tjeneste. Ved siden av generalklausulen i loven om utilbørlig konkurranse har vi trustlovens regler (12 mars 1926) som nesten alle sammen er standarder — §§ 13, 14, 19, 20, 21, 22 o. s. v. — og de tilsvarende reglene om boikott i arbeidsforhold i arbeidstvistlovens (5 mai 1927) § 6 a, særlig punkt 1 C. Og slik kunde en holde på temmelig lenge.

II. Norske jurister har kanskje ikke enda vennet sig til å bruke ordet «standard» som fellesnavn på de forskriftene som nettop blev gjennomgått.<sup>1</sup> I England og U. S. A. har det der-

<sup>1</sup> I allfall ikke det mindretall blandt dem som ikke har lest «Åndsretten».

imot lenge hatt hjemstavnsrett, og i de senere år har også franskmenne adoptert ordet. Jeg har brukt det fordi man etter min mening trenger et navn på saken, og fordi det kan være nyttig å ha et internasjonalt navn på et internasjonalt rettsfenomen.

En av dem som har beskjeftiget sig mest med standardfenomenet, er den kjente amerikanske jurist *Roscoe Pound*. I tilslutning til ham definerer franskmannen *Stati* standarden som «le procédé qui prescrit au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger».<sup>1</sup>

I Tyskland taler en gjerne om «generalklausuler» og ikke om standarder. Som eksempel på sånne klausuler i selve *B. G. B.* nevner *Hedemann*<sup>2</sup> de fire kjente «kongelige» paragrafene: 157, 242, 826 og 226.<sup>3</sup> De to begrepene er i nær slekt med hverandre, men helt sammen faller de ikke. Som et særkjenne ved generalklausulene pleier det gjerne fremheves at de skjærer en masse forskjellige tilfelle over én kam, og at de tjener til å supplere — og eventuelt korrigere — de resultatene som andre og mere spesielle rettsregler fører med sig. Standarden lar derimot denne siste siden av saken stå åpen. Og skjønt også den er generell, er det ikke dette momentet som er hovedsaken, men at dommeren blir henvist til en kjent, utenforliggende målestokk som han skal dømme efter. Det er derfor ikke til å undres over at ikke alt som tyskerne kaller generalklausuler er standarder i engelsk-amerikansk og fransk forstand. De tre første av *Hedemanns* kongelige paragrafer er det, chikanereglen i *B. G. B.* § 226 derimot ikke.

I sin «Introduction to the Philosophy of Law» gir *Pound*

---

<sup>1</sup> *Marcel O. Stati*: «Le standard juridique» (1927) s. 45.

<sup>2</sup> «Die Flucht in die Generalklauseln» (1933) s. 6.

<sup>3</sup> § 157: «Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.»

§ 242: «Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.»

§ 826: «Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.»

§ 226: «Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.»

#### 4 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

følgende skildring av hvad det særlig utmerker standardene (s. 118): «Three characteristics may be seen in legal standards: 1) they all involve a certain moral judgement upon conduct. It is to be «fair», or «conscientious» og «reasonable» or «prudent» or «diligent». 2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. 3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances, and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that within the bounds fixed each case is to a certain extent unique.»

Størstedelen av dette er jeg enig i. Men pkt. 1) må ikke forstås sånn at det alltid er en moralsk målestokk dommeren skal anlegge. Slik kan det naturligvis være, f. eks. når loven henviser til «ærbarehet». Men oftere er den «korrekte sosiale opptreden» som standarden krever handlingen sammenlignet med, av en annen art. Den kan være hvad det er sedvanlig og påregnelig i naboforhold, rimelig aktpågivenhet i dagliglivet, god forretningsskikk i handelsforhold, god forsikringspraksis o. s. v. Alt sammen sosiale normer i videre forstand, men ikke nødvendigvis moralske.

III. Men danner disse «standardene» virkelig en egen gruppe blandt rettsforskriftene? Har de så mange og tydelige felles egenskaper, at det er grunn til å skille dem ut og behandle dem for sig? Ja, det er min mening, og for å godtgjøre dette er det praktisk å stille standardene ved siden av en del andre og mere kjente «rettsmidler» som moderne lovgivningsteknikk nytter:

Først de almindelige rettsreglene, ordet tatt i sin snevrere mening. Det særegne ved dem er at de regner op bestemte, faktiske kriterier, og knytter rettsvirkningene til dem.<sup>1</sup> Forskriften om at testamenter skal opprettes i visse former, eller at husholdningsgjeld foreldes 3 år efter forfall kan tjene som eksempler. Fra sånne kasuistiske rettsbud skiller standarden sig klart ved sin almindelige karakter, og sine ubestemte faktiske

<sup>1</sup> «Unter einer Norm ist die allgemeine Regelung einer begrifflich bestimmten Gattung von Tatbeständen zu verstehen» sier f. eks. H e r m a n n I s a y (GRUR. 1928 s. 73).

tilknytningspunkter. Men selv om rettsreglen er helt generell i formen, som f. eks. at «kontrakter skal holdes i alle deres ord og punkter», er det ikke vanskelig å se forskjellen fra en standard: I sin anvendelse er den generelle rettsregel like ubønhørlig og skjematisk som den kasuistiske, selv om den er aldri så abstrakt. Standarden derimot kan aldri anvendes mekanisk, fordi den med vilje har gitt avkall på entydige tilknytningspunkter, for å gi plass for individuell vurdering av hvert enkelt tilfelle. Den erkjenner, som P o u n d uttrykker det, «that within the bounds fixed each case is to a certain extent unique».

Enda tydeligere skiller standarden sig fra en slik p r o g r a m e r k l æ r i n g som Weimarforfatningens «Eigentum verpflichtet», eller fra et «rettsprinsipp» eller en «rettsgrunnsetning» som berikelsesgrunnsetningen eller setningen om at ingen skal høste der andre har sådd. Dette er jo i virkeligheten ikke ordentlige rettsetninger som folk er bundet av og som dommerne umiddelbart skal anvende, sånn som tilfelle er med standardene.

Derimot kan det undertiden være vanskelig å holde standarden ut fra de rettsbudene som overlater avgjørelsen til dommerens s k j ø n n, eller som nøier sig med å være b l a n k e t t b u d som andre autoriteter skal fylle ut. Enkelte forfattere — f. eks. H e r m a n n I s a y i flere av sine skrifter — sier da også likefrem at en så typisk standard som general-klausulen i loven om utilbørlig konkurranse i virkeligheten bare er et blankettbud, fordi den ikke gir dommeren «begrifflich bestimmte Tatbestandsmerkmale» å bygge på. Men så tom som blankettbudet eller den rene og skjære skjønnsreglen er standarden allikevel ikke. Med rette betoner H e d e m a n n at en general-klausul er og blir en målestokk, selv om den er bevegelig (l. c. s. 51), og at den i motsetning til skjønnsreglen har et visst eget rettsinnhold (s. 42). Det eiendommelige er bare at dommeren må hente målestokken annetsteds fra, og at han beholder en viss frihet til å vurdere enkelttilfellene individuelt, innenfor den rammen som standarden trekker op. Den virker m. a. o. mere som en veiviser eller et direktiv, enn som et diktamen. Ved å gjøre sig fortrolig med god forretningskikk eller med gjengs opfatning av ærbarhet blir dommeren ganske godt rustet til å avgjøre om en bestemt avtale er ugyldig, eller formen for et

## 6 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

avertissement utilbørlig. Men en selvstendig vurdering må det til, før resultatet foreligger som en kjensgjerning.

Når en skjønnsregel ikke er ren og klar, men loven har fremhevet visse særlige momenter som avgjørende, eller iallfall beskrevet hvordan skjønsspørsmålet skal stilles, må det dog innrømmes at grenselinjen mot de egentlige standarder kan bli flytende. H e d e m a n n kaller f. eks. reglen om at en rekke kontrakter etter tysk rett kan sies op når en «viktig grunn» er til stede, for en generalklausul. Jeg vilde nødige bruke ordet standard i en sånn forbindelse, og heller ikke reglen om at gjensidig tyngende avtaler kan heves p. gr. a. vesentlig mislighold vilde jeg karakterisere på denne måten. Men selvsagt kan det her opstå kinkige smaks- og navnespørsmål.

IV. Er standardene gamle eller nye i retten? Er de levninger fra et primitivt kulturtrin, dømt til å forsvinne som andre atavismer, eller er de nye og hensiktsmessige rettsinstrumenter, skapt av høiere kultur og større teknisk innsikt? Om disse spørsmålene har det stått en ganske interessant diskusjon blandt standard-teoretikerne.

Den kjente, franske statsrettslærer og rettsfilosof H a u r i o u hevder således i en artikkel i *Revue trimestrielle du droit civil* (1926) at systemet med standarder skriver sig fra et primitivt trin i rettens utviklingshistorie, og svarer i grunnen til dette. Spiren til all objektiv rett er ifølge Hauriou at dommerne begynner å la sig lede av visse regler og prinsipper under sine avgjørelser, og ikke bare lar rettsfølelsen rå — eller sitt eget godtykke. Men før rettsreglene blev skrevet ned, var de nettop så ubestemte og svevende i sitt innhold som standardene er nå for tiden. Da så lovene kom til, søkte man å innskrenke dommerens frihet ytterligere ved å forme abstrakte regler med et fast og bestemt innhold, slike som vi nå kaller rettsregler i snevrere forstand eller normer. Og så kom til slutt arbeidet med å skape juridiske begreper og prinsipper på basis av disse reglene — noe som ytterligere gav rettsordnen et fast og sluttet helhetspreg.

En noe mindre kjent, egyptisk forfatter A. A. A l - S a n h o u r y — som imidlertid har skrevet en meget leseverdige bok om «*Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*» — ser derimot rakt mot-

satt på saken. Han fremhever at da lover og andre objektive rettsregler begynte å sette skranker for dommernes — eller prestenes — tidligere, suverene avgjørelsesmyndighet, gikk man overalt konkret til verks: «Den som kaller en annen for en rev,» sier Lex salica, «han skal bøte 3 sous i gull.» Først senere nådde man frem til å forme rettsreglene abstrakt, og enda et skritt på teknikkens fremskrittbane tok man, da standardene blev sloppet til ved siden av de egentlige rettsregler: «C'est un phénomène qui correspond à la complexité croissante de la vie et à l'insuffisance évidente des règles pour tout prévoir et tout régir. C'est aussi un signe qui le système juridique est arrivé à un haute degré de perfection, du fait même qu'il a à sa disposition des instruments différents, appropriés aux différentes situations qu'il est appelé à régir» (l. c. s. 29).

Roscoe Pound har omtrent samme syn på spørsmålet som Al-Sanhoury, men hever sig til enda større høider i rettsfilosofisk og universalhistorisk betraktning. For ham er den stigende bruk av standarder i våre dager en karakteristisk fase i mennesketankens og menneskeåndens utviklingshistorie: «I middelalderen støttet menneskene sig til autoriteten. Kirkefedrene, Aristoteles og Justinian gav svar på alle problemer. Fra renessansen og fremover til 1800 holdt man sig til fornuften, i det 19. århundre til den logiske utvikling av visse fundamentale, metafysiske prinsipper. Idag er det mange tegn på at man går over til å bygge på intuisjonen, som har erfaringen som sitt grunnlag. — I rettens utviklingshistorie hviler «den strenge rett» på autoriteten og på bruk av regler. Billighetens og naturrettens periode bygger på fornuften og anvender moralens prinsipper. I sin manndomsalder hviler retten på logikken, og bruker begreper og konstruksjoner. Idag støtter vi oss på intuisjon, veiledet av erfaring, og vi bruker juridiske standarder. — Men man skal merke sig at i denne utviklingsgangen løser ikke de forskjellige hjelpemidler hverandre fullstendig av. Tvert imot føier vi de nye til dem vi hadde fra før, sånn at vi får et større og mere variert juridisk arsenal, eftersom interessene som skal mestres blir mere komplisert.»

Jeg skal ikke gjøre noe forsøk på å bestemme sannhetsprosenten i Pounds filosoferinger, som unektelig tar sig flott

## 8 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

ut. Heller ikke har jeg hatt anledning til å gå så dypt inn i den universelle rettshistorie at jeg kan påta mig å skifte sol og vind i diskusjonen mellom Frankrike og Egypt om standardenes alder. Noen nøkterne, borgerlige betraktninger vil jeg dog våge mig på: For det første må man ikke forveksle tingen selv med det navn man setter på den. Det er meget mulig at standardfenomenet er gammelt som alle haugene, skjønt det først nylig har fått sin særlige etikett, og blitt gjenstand for større oppmerksomhet fra videnskapens side. Og for det annet må man ikke la sin rettspolitiske vurdering av standarden virke inn på den historiske beskrivelsen av dens utviklingsgang. Hverken Hauriou eller Al-Sanhoury kan ~~kan~~ si sig helt fri for å gjøre dette.

Når utsynet er lettet på denne måten, kan man visstnok konstatere to vesentlige ting: Det man nå kaller standarder har vært et element i rettsverdenen fra meget gammel tid. Romerretten f. eks. gjorde således flittig bruk av dem alt i sin klassiske periode. Bonus paterfamilias-synspunktet, som spilte sånn rolle i mangfoldige livsforhold, og reglen om *diligentia quam in suis* er således typiske standarder. Det samme er henvisningen til *bona fides*, der gikk som en rød tråd gjennom *bonae fidei* kontraktene, og likeså den *exceptio doli generalis* som til slutt kjempet sig frem til anerkjennelse ved *stricti juris* avtalene. Også de gamle germanske rettsforfatningene gav adskillig plass for standarder, og heller ikke senere har man noesteds kunnet undvære dem helt.

Men i den nyeste tid — og dette er det annet punkt jeg vil feste oppmerksomheten ved — er det overalt en stigende tilbøyelighet til å bruke standarder i lovgivningen, så på det ene området og så på det annet. Og resultatet er blitt at det i øieblikket er mektige strøk av retten som beherskes av dem. For å holde oss til Norge: Ved siden av de viktige eksemplene på standarder som blev nevnt på s. 2, skal jeg — nærmest i fleng — sette op en liste på ytterligere 11 numre, hvor det i virkeligheten er standarder man har for sig:

1. Avtl. § 36 gir domstolene adgang til å sette ned en avtalt konvensjonalbot, hvis «det vilde være åpenbart ubillig om den blev erlagt fullt ut». Om konkurranseforbud gir § 38 den hovedreglen at de ikke binder vedkommende, forsåvidt de

«utilbørlig innskrenker hans adgang til erhverv eller må anses for å strekke sig lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse».

2. Strl. § 47 lar rettmessigheten av en nødshandling avhenge av at «omstendighetene berettiget handlingmannen til å anse faren som særdeles betydelig i forhold til den skade som ved hans handling kunde forvoldes». Og nødverge erklæres i § 48 for tillatt, når det «i betraktning av angrepets farlighet, angriperens skyld eller det angrepne rettsgode ei heller må aktes ubetinget utilbørlig å tilføie et så stort onde som ved handlingen tilsiktet».

3. I nesten alle de tilfelle da «god tro» er vilkår for retts-erhverv eller for en gunst av annen art, forutsettes det at den gode troen er «undskyldelig». Og det er den, som Gjelsvik sier (Innledning i rettsstudiet, 2. utg. s. 210) bare, når den «godtroende» har vært såpass våken som folk flest pleier å være i lignende forhold og situasjoner.

4. I samme gaten ligger også den almindelige «legitimasjonsregel», som fører til at en eier ofte mister sin rett hvis han har gitt en annen høve til å ta sig ut som rettighetshaver, og den «legitimerte» så misbruker sin stilling til å rå over retten. Her blir det nemlig et viktig moment, om skikkelige, almindelige folk ikke vilde ha gitt legitimasjonen eller latt den stå ved makt, uten å være klar over den risiko for utenforstående som de dermed skapte.

5. Uhyre viktige er de standardene som i større og større utstrekning er blitt avgjørende for tolkningen og utfyllingen av kontrakter, og som enten henviser dommeren til å bruke *sedvanen* som rettesnor, eller også krever det almindelige *bonafidesynspunkt* lagt til grunn ved avgjørelsen.

I Tyskland har man uttrykkelig lovhjemmel for begge deler i B. G. B., særlig i § 242 og § 157. Den første handler om hvordan skyldneren «hat seine Leistung zu bewirken», og sier at den i alle deler skal være sånn som «Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»; § 157 foreskriver omtrent det samme for tolkningens vedkommende. § 242 har dessuten vist en enestående ekspansjonsevne i praksis, idet den



## 10 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

i øieblikket ikke bare anses for å gjelde skyldnerens plikter, men også kreditors rettsutøvelse, ja hele kontraktsforholdet.<sup>1</sup>

Her i Norge har vi ikke noen almindelig lovregel om at kontrakter skal tolkes og praktiseres under hensyn til hvad tro og ære krever. Men et blick på rettspraksis viser at prinsippet har gyldighet i de aller fleste kontraktsforhold.<sup>2</sup> Og innholdet av det kan vanskelig beskrives anderledes enn som en standard, der henviser dommeren til å tolke og håndheve avtalen sånn som en forstandig og aktsom mann vilde forstå og praktisere den, når han er i besiddelse av den moralske og sosiale ansvarskjensle som rettslivet krever i våre dager.

At sedvanen er et legitimt hjelpemiddel ved tolkningen og utfyllingen av kontrakter er uttrykkelig sagt i kjøpslovens, kommisjonslovens og avtalelovens åpningsparagrafer, men det er ikke tvilsomt at setningen har helt almen bærevidd. Og også her har vi en standard for oss, forsåvidt som selve rettsreglen — den som gir dommeren beskjed om å ta hensyn til sedvanen — ikke personlig løser spørsmålene, men peker på andre sosiale normer som målestokk, sedvane, kutyme, skikk og bruk, eller hvad man vil kalle dem.

6. Et høist aktuelt problem i moderne formuerett er spørsmålet om misbruk av rettigheter — ikke bare av dem som er et ledd i gjensidig tyngende kontraktsforhold. Alt av plasshensyn må jeg avstå fra å gjøre rede for hvor langt gjeldende rett hindrer sånne misbruk, og hvor misbrukskriteriet — eller kriteriene — eventuelt skal søkes. Men det er mitt bestemte inntrykk at man ikke slipper ut med faste og abstrakte regler, men må nøie sig med å veilede domstolene ved å ta moralske eller sosiale standarder til hjelp.<sup>3</sup>

7. Lengere tror jeg heller ikke det er godt å komme, når man skal gjøre rede for de b r i s t e n d e f o r u t s e t n i n g e r

---

<sup>1</sup> Se eksempelvis Hedemann: «Die Flucht in die Generalklauseln» (1933) særlig s. 8 ff. Siebert: «Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung» (1934). Hamburg: «Treu und Glauben im Verkehr» (1930) o. fl.

<sup>2</sup> Se f. eks. de dommene jeg nevner i min artikkel «Til kontraktsrettens almindelige del» i T. f. R. 1937 s. 63.

<sup>3</sup> En enkelt side ved misbruksproblemet er behandlet i den siste avhandlingen i boken, hvor man vil finne tekstens formodning bekreftet.

i kontraktsretten, eller forklare hvor langt en avtale kan omformes når forandrede forhold gjør dette rimelig eller nødvendig.

8. Reglene om bevisbyrden er gjerne elastiske og konkret betonet, og rummer visstnok adskillig standardstoff.

9. Et rikt virkefelt for standarder er også den internasjonale privatrett, eller i det hele læren om lovenes herredømme i rummet. Gjennem århundrer har rettsvidenskapen ganske visst strevet med å stille op detaljerte regler om dette, men resultatet er blitt at man i stor utstrekning er havnet i rummelige og elastiske standarder; de konkrete omstendigheters overveldende nyanserikdom viser sig nemlig å trosse all skjematisk og abstrakt behandling, hvor skarpsindig juristene enn går frem.

Sånn ligger iallfall saken an i Norge. Gang på gang viser det sig at Høiesterett løser spørsmålene ved å falle tilbake på en grunnsetning som første gang blev formulert av dommer Hanssen i «Irma—Mignon»-saken i 1923, og som i all sin enkelhet lyder: «Ved løsningen av internasjonal-privatrettslige spørsmål er det naturlig å ta utgangspunkt i den betraktning, at et forhold fortrinnsvis bør bedømmes efter loven i det land hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.» (Rt. 1923 II s. 60.)<sup>1</sup> Og skjønt den målestokk dommeren her får utlevert er mere enn vanlig ubestemt og utflytende, må det likevel sies å være en standard som Høiesterett har gjort til den internasjonale privatretts centrum, eller iallfall noe som i alt vesentlig har samme karakter.

En standard er også ordre publicreglen — eller forbeholdsklausulen som tyskerne kaller den — der i visse tilfelle hindrer fremmed rett fra å komme til anvendelse ved hjemlandets domstoler, skjønt dette under normale forhold skulde ha blitt resultatet.<sup>2</sup>

10. En grunnleggende sosial standard er videre culpa standarden, som har så meget å si både i erstatningsretten og i strafferetten. Målestokken er her den kjente «forstandige og aktsomme» mann, en efterkommer av romernes bonus pater-

<sup>1</sup> I T. f. R. 1938 s. 46 ff. har jeg behandlet spørsmålet nærmere.

<sup>2</sup> Se min artikkel om «Ordre public-synspunktet i de amerikanske gulldollarsakene» i T. f. R. 1937 s. 356.

## 12 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

familias, og som denne i stand til å optre i de forskjelligste skikkelser og kostymer.

11. Og så — til ellefte og sist: Alle de mere eller mindre ubestemte «rettskildene» som dommeren henvises til, når hverken lov eller sedvanerett løser det spørsmål som er forelagt ham: Fra utvidende tolkning og analogi, gjennom forholdets natur og lovgivningens ånd frem til den nødutvei som den sveitsiske civilloven faller tilbake på når alt annet slår feil: å løse spørsmålet som om han selv var lovgiver. Facitten av det hele kan uttrykkes ganske kort: Standarder op, og standarder i mente!

V. Den stigende bruk av standarder i moderne rett reiser en rekke problemer som videnskapen ikke kan la være å gi sig i kast med.

Rettsosjologisk sett kan man f. eks. spørre hvad det kan komme av at de har hatt sånn vind i seilene i de senere år, og har det fremdeles. I samme forbindelse ligger det nær å peke på hvordan sosiale krefter og faktorer får virke spontant med i rettsdannelsen på denne måten, uten at lovgivningen eller i det hele statsapparatet settes i sving; når en standard henviser dommeren til å avgjøre saken etter de reglene som gjelder for moralen eller sedvanen, for den gode forretningskikk eller den forsiktige familiefar, blir nemlig disse normene rykket direkte inn i den positive rett, som en del av dennes innhold. Dette er et viktig trekk i billedet, når det gjelder å skildre samspillet mellom rett og samfund i våre dager.

Men også når saken sees under den positive rettskildelæres synsvinkler, er det nyttig å være oppmerksom på hvilken rolle standarder spiller i nutidsretten. Den spaltning mellom norm og rettsinnhold som følger av standardteknikken — og som man har parallell til ved de rene blankettbud — kommer uvegerlig til å virke inn på skildringen av hvordan rettsstoffet blir til og forandres. Det stilles selvsagt ikke samme krav til endringer i den gode forretningskikk, som til endringer i lov eller grunnlov, og selv om den legale rammen består uforandret, kan rettsinnholdet godt ha forskjøvet sig betraktelig. — Ikke få diskusjoner innenfor rettskildelæren kunde ha vært avblåst, om man hadde hatt denne enkle sannhet for øie. H a g e r u p og S t a n g var således i sin tid uenige om hvilken

«rettslig natur» kutymene egentlig hadde. Hagerup mente de var en slags rettsetninger — særlig fordi de ofte virker uten at partene kjenner dem. Stang var ikke enig i dette, og pekte særlig på de skjebnesvangre konsekvensene av Hagerups lære, idet man bl. a. måtte kreve lang tids utøvelse opinione juris før virkelige kutymene kunde bli til. En tredje mulighet overså man imidlertid: Uten selv å være rettsregler kan jo de sedvane-messige normene være del av rettsinnholdet i en standard, som henviser dommeren til å tolke og utfylle avtalene sånn som skikk og bruk forlanger. Og hvis dette er tilfelle — hvad det efter min mening utvilsomt er — behøver en hverken kreve opinio juris eller lang tids utøvelse, fordi om kutymene regnes med til den objektive rett.<sup>1</sup>

Ikke mindre nødvendig er det å ha standardteknikken for øie, når en skal skildre rettsanvendelsen og den virksomhet dommerne da utfolder. Den store frihet standardene gir kan ikke las ute av betraktning når domstolenes stilling og samfundsmessige funksjoner skal beskrives; men også de objektive og imperative standardelementene må tas med hvis billedet skal bli riktig. Det helhetskjønn som standarden i siste instans munner ut i hviler i virkeligheten på dobbelt grunnlag: en intuitiv innlevelse i den målestokk det for tilfellet gjelder, og en viss konkret og individuell vurdering som ikke kan undgå å få personlig farve, på tross av det mest opriktige dommerønske om å være objektiv og lojal mot direktivet. Mellom de rasjonelle og irrasjonelle elementene i denne avgjørelsen er det nært samarbeide. Rent mekanisk, ut fra logiske betraktninger alene, kan dommen aldri avsis; på den annen side foregår ikke den skjønnsmessige bedømmelsen i blinde, men dommeren må tilegne sig og dra nytte av alle de forstandsmessige og objektivt tilgjengelige elementene i standarden. Dette samspillet mellom logikk og praktisk skjønn, mellom intuitiv innlevelse i en fremmed målestokk og en følelser-

---

<sup>1</sup> Når det i prosessen er tale om «rettsanvendelsen» eller om «lovens anvendelse», er det også nyttig å huske på den situasjon standardene skaper. Da det var tanken å gjøre Høiesterett til en revisjonsdomstol, sa tvistemålsloven § 357 uttrykkelig at «til rettsanvendelsen hører også fortolkningen av viljeserklæringer og likeledes bedømmelse av sedvaners tilværelse og innhold, når en kjensgjernings rettslige betydning avhenger derav.»

#### 14 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

og viljebestemt anvendelse av den, er ganske visst ikke eien-  
dommelig for standarder alene. Men her ligger forholdet særlig  
klart i dagen, og derfor er studiet av standardene så nyttig for  
den som vil forstå rettsanvendelsen, dens ytre mekanisme så vel  
som dens indre psykologi. Herfra kan det igjen trekkes viktige  
praktiske slutninger i mange retninger, f. eks. til spørsmålet  
om hvilke egenskaper en god dommer bør ha, hvordan man kan  
elske frem disse gjennom universitetstudium og praktisk ut-  
dannelse, om dommergjerningen bør legges i hendene på jurister  
eller om legfolk bør virke med o. s. v.

Allikevel er det kanskje den rettspolitiske vur-  
dering av standardfenomenet som i øieblikket er den vik-  
tigste opgaven for rettsvidenskapen. Sann som standardene nå  
gjennemsyrer lovgivningen har det stor interesse å undersøke  
om de er av det onde eller av det gode, om de bør opmuntres  
eller bekjempes. Sammen med en annen og beslektet tendens i  
nutidsretten — «statt Strenge Milde, statt Härte Weichlichkeit» —  
kaller H e d e m a n n dette problemet for «die wichtigste Frage  
die es überhaupt für den Juristen des 20. Jahrhunderts gibt»,  
og overdrivelsen er ikke verre enn at den kan tilgis. Mens jeg  
lar de andre sidene av standardproblemet ligge — iallfall fore-  
løbig — skal jeg derfor i neste paragraf søke å gi en oversikt  
over hvor landet ligger i så henseende.

VI. Men først kan det være nyttig å gi en skisse av «standard-  
litteraturen», sann som den presenterer sig i øieblikket. I for-  
hold til emnets betydning, og til den bokflom som juridiske  
problemer pleier å løse ut når man først har fått øie på dem,  
er den meget beskjedne.

Siden standardbegrepet har eldst hevd i angelsaksisk-  
amerikansk rettsliv, er det ikke underlig at man her finner den  
første teoretiske behandlingen av det. Den som har beskjeftiget  
sig mest med standarder er antagelig R o s c o e P o u n d.  
I sin «Introduction to the Philosophy of Law», hvis første utgave  
kom ut i 1922, har han et avsnitt om «The Application of Law»  
hvor han analyserer deres særpreg nokså utførlig, og skildrer  
dommerens stilling når han anvender dem. Mere inntrengende  
er visstnok et foredrag av ham om «The administrative appli-  
cation of legal standards», som er trykt i «American Bar Asso-

ciation Reports XLIV s. 445—463, men som jeg dessverre bare kjenner av omtale. Adskillig interesse — særlig når det gjelder de forfatningsmessige standarder som verner borgernes frihet og rettigheter — har også Ernst Friends: «Standards of American Legislation» 1. utg. 1917, 3. utg. 1931.

Gjennem sammenlignende studier av engelsk-amerikanske rettsregler og institusjoner blev den franske teori opmerksom på standard-problemet, og ganske sterkt fanget av det. E d o u a r d L a m b e r t, som ikke minst har gjort en innsats som direktør for «Institut de droit comparé» i Lyon, kom inn på spørsmålet i 1921 i sin interessante bok «Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis» — en bok som i parentes bemerket blev skrevet for å advare mot de forslagene om å gi domstolene rett til å prøve grunnlov-messigheten av lover som dengang var aktuelle i Frankrike. Noen år senere skjøt så den foran nevnte A l - S a n h o u r y undersøkelsen adskillig frem i sin bok «Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise» (1925). Og i 1927 skrev M a r c e l O. S t a t i en bok på hele 386 sider om «Le standard juridique», med forord og anbefaling av R é n é D e m o g u e.

I Tyskland har diskusjonen ikke dreiet sig om standard-begrepet, som tyskerne ikke har tatt op, men om de forskjellige «generalklausuler» i B. G. B. og i særlovene, først og fremst i loven om utilbørlig konkurranse. Undersøkelsene har dog som regel vært nokså spesielle, iallfall til de siste årene. Hver forfatter holder sig gjerne til den klausulen som for øieblikket interesserer ham, og tar ikke op standardproblemet — eller generalklausulenes problem — på bredt, prinsipielt grunnlag. Drøftelsene er allikevel gode å få forstand av.

I første rekke har generalklausulen i loven om utilbørlig konkurranse tildradd sig opmerksomheten, særlig siden den fra 1920 av begynte å ese ut sånn, at den ikke bare truer med å sluke resten av loven, og firma- og varemerkeretten, men patent- og åndsverkslovene med. I en artikkel i G. R. U. R. 1928 s. 71 ff.: «Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 U. W. G.» gjorde H e r m a n n I s a y front

## 16 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

mot denne «utglidningen»,<sup>1</sup> og fremhevet verdien av bestemte og detaljerte enkeltregler på dette som på andre rettsområder. Isays uttalelser fremkalte straks protest fra Rosenthal l. c. s. 169, og senere har diskusjonen om generalklausulen bølget frem og tilbake, i tidsskriftavhandlinger og i de store systematiske fremstillingene av læren om utilbørlig konkurranse. For å nevne noen innlegg i fleng, går Richter inn for å erstatte generalklausulen med strenge og detaljerte regler (G. R. U. R. 1934 s. 561), mens Utescher mener man må holde på den — avhandlingen «Zum organischen Aufbau des Wettbewerbsrecht» (G. R. U. R. 1936 s. 5) — idet han dog ønsker den formet anderledes, så den blir mere i pakt med den nye tid og dens «Weltanschauung».<sup>2</sup>

Men også drøftelsen av de andre generalklausulene i civilretten — og for den saks skyld også i den offentlige rett — har stor interesse for standardproblemet. Også overfor dem er meningene delt; noen tar lidenskapelig til orde mot den tiltagende bruken av standarder, andre billiger dette i like ubetingede vendinger. Et kraftig «varningsord» er således Justus Wilhelm Hedemanns: «Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat» fra 1933, mens Max Hamburgers: «Treu und Glauben im Verkehr» (1930), H. Krauses: «Schweigen im Rechtsverkehr» (1933) og Wolfgang Siebert: «Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung» (1934) hilser generalklausulene i B. G. B. med glede, og ser det som et fremskritt i rettskultur at de blir brukt så flittig.

Her i Norden fins det såvidt jeg vet ingen almindelige drøftelser av standardproblemet. Men de uttalelsene som er falt om avtalelovens § 33 i de forskjellige land — pro et contra — gir

---

<sup>1</sup> I sine senere bøker, f. eks. «Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes» (1933) og den interessante, men paradoksale «Rechtsnorm und Entscheidung» (1929) holder Isay dette standpunktet fast.

<sup>2</sup> Hvilken stilling den offisielle Frankske «Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung» egentlig inntar til spørsmålet: generalklausul eller ikke generalklausul, er ikke lett å forstå. Men den senere nazistlitteraturen synes å vise at man i prinsippet setter stor pris på sånne klausuler, bare de er formet på den rette måten.

nok anledning til å trekke visse slutninger om hvordan vedkommende forfatter stiller sig til det. Denne anledningen skal vi dog for nærværende ikke benytte oss av.

## § 2.

**Er standardene av det gode eller av det onde?**

I. Å gi noe almindelig svar på dette spørsmål lar sig vanskelig gjøre — enn si et svar som har krav på objektiv gyldighet. Standardproblemet har nemlig så mange sider, og forgrener sig så langt inn i samfundslivet, at det nesten er uråd å diskutere det under ett. Og de interessene som skal veies mot hverandre er så lite kommensurable, at resultatet av vurderingen aldri kan komme ut som en matematisk størrelse.

Ser man på spørsmålet under sosiologiske synsvinkler, kommer svaret til å avhenge av om det er heldig eller uheldig at rettsreglene dukker spontant frem av samfundskreftenes spill og kamp, uten å formes og kontrolleres av en organisert statsmakt. De som holder på orden og centralisering i retten vil være tilbøielig til å se skjevt til all rettsdannelse utenom staten, og til å beklage det skjisma mellem stat og samfund som lett blir følgen av dette. I sin kjente bok «Rechtsordnung und Verkehrssitte» har således Paul Oertmann advaret mot overdreven kutymekultus av denne grunn, og hans resonnementer har tilsvarende gyldighet, selv om det ikke akkurat er sedvanemessige normer standardene henviser til. Folk som har et annet syn på samspillet mellem stat og samfund, og ikke er så redde for å slippe samfundskreftene til på egen hånd, vil derimot bedømme spørsmålet anderledes. For å gjøre sig op en mening om hvem som har rett vilde det kreves omfattende sosiologiske undersøkelser, og selv da kunde man sikkert ikke vente å nå frem til noe almengyldig svar.

Fastere grunn får man derimot å stå på, når man innskrenker sig til å vurdere standardene retts teknisk, idet man undersøker om de tilfredsstillende krav som bør stilles til gode rettsregler i så henseende. Skjønt man ikke uttømmer standardproblemet på denne måten, er det klart at den retstekniske siden ved det har vesentlig betydning, og nok er en undersøkelse



verd. I det følgende innsnevrer vi derfor spørsmålet i overskriften til dette.

II. Når standardene skal vurderes som retts tekniske instrumenter, faller det naturlig å sammenligne dem med de andre slags rettsbud som det kunde bli tale om, hvis standardene skulde bli veiet og funnet for lette. Altså først og fremst med «rettsreglene» i snevrere forstand der knytter bestemte rettsfølger til bestemte faktiske forhold, og dernest med de rene og skjære skjønnsregler som legger hele avgjørelsen i dommerens hånd. Men som bakgrunn for denne sammenligningen er det nyttig å holde sig for øie rettens «ideale fordring», der gir beskjed om hvordan en rettsforskrift skal se ut for å være helt fullkommen i teknisk henseende.

Litt skjematisk kan man uttrykke rettsordnens oppgave sånn, at den skal være en fast og sikker ytre ramme for menneskenes samfundsliv og kulturarbeide, og rammen skal dessuten svare til hvad rettferdigheten krever. Denne siste fordringen innebærer bl. a. at rettsbudene helst skal være slik formet at de gir fri adgang til å vurdere hvert enkelt tilfelle i n d i v i d u é l t, og aldri bli stående stille, men følge med tiden og utviklingen. Samfundslivet er nemlig «organisk», d. v. s. ikke bare uendelig rikt på individuelle nyanser og variasjoner, men også i ustanselig bevegelse. Skal den ideale rettferdsfordring stilles tilfreds, må derfor rettsbudene selv ha lignende karakter.

Men kravet om at retten skal være en sikker ramme om kulturlivet peker i annen retning. Hvis dette skal tilgodeses, bør alt være ordnet ved a b s t r a k t e o g u b e v e g e l i g e regler, som gir minst mulig plass for skjønn og vurdering. Her kommer nemlig dommerens personlighet med i spillet, og dette fører uvegerlig til at avgjørelsen blir usikker, efter omstendighetene endog vilkårlig. Skal rettsforholdene bli faste og stabile, bør borgerne imidlertid kunne beregne på forhånd hvilke resultater domstolene vil komme til. Ikke for ingenting var skrevne lover plebeiernes første krav i Rom. Og også i våre dager — ikke minst i diktaturlandene — minnes en stadig om at rettsreglenes første oppgave er å verne mot subjektiv vilkårlighet og maktmisbruk fra de styrendes side, selv om man aldri så meget smykker overgrepene med velklingende fraser.

Når disse to kravene stilles mot hverandre, ser man imidlertid at det er temmelig utpreget strid mellom dem. «D'une part», sier Al-Sanhoury, «la stabilité des situations acquises et la sécurité des opérations juridiques doivent être assurées, mais d'autre part, le Droit doit vivre et se mouvoir, pour rester en harmonie avec un milieu ambiant, qui va en se transformant. Donc, stabilité qui implique immobilité, d'une part, et adaptabilité qui implique évolution, d'autre part. Voilà deux qualités contradictoires, qu'il faut concilier dans toute système juridique» (I. c. s. 56).

Det tragiske er imidlertid at noen full forsoning ikke er mulig i denne skrøpelige verden. Det «ideale rettsbud» eksisterer bare i fantasien, aldri i det virkelige liv.<sup>1</sup> Det forsoningsarbeide som allikevel pågår — og som det er juristenes plikt å drive på med så godt de kan — har derfor adskillig likhet med et Sisyfosarbeide,<sup>2</sup> forsåvidt som man kan si sig selv at helt frem kommer det aldri til å føre.

III. Spørsmålet blir derfor alene hvilke slags rettsforskrifter som nærmer sig mest til å forsone de stridende krav — de egentlige rettsregler, standardene eller de rene og skjære skjønnsregler. Eller kanskje rettere hvem av dem som er minst ufullkommen, når de måles med rettsidealets ubarmhjertige målestokk. For å gjøre sammenligningen enklere skyter jeg imidlertid de egentlige skjønnsreglene ut. At de kan ha sin berettigelse på enkelte områder skal ikke bestrides. Men de misligholder så åpenbart kravet til beregnelighet og til objektiv regulering av forholdene, at det ikke for alvor kan bli tale om å se dem som prototypen på virkelige rettsbud.

Hovedfordelen ved de egentlige rettsregler er at bruken av dem er sikker og utfallet beregnelig — i desto høyere grad eftersom innholdet av reglen er presist formulert, og de faktiske tilknytningene detaljerte, ytre og entydige. Faren for vilkårlighet og for subjektiv dommerinnflytelse synker under disse omsten-

---

<sup>1</sup> Schweigaard taler i den anledning om rettsreglenes «nødrettlige karakter», og mener hermed at de aldri kan komme på høiden med de krav som ideelt sett bør stilles til dem.

<sup>2</sup> Dette være sagt uten spor av bitterhet. Den gode Sisyfos har overhodet vært gjenstand for megen misforstått medlidenhet ned gjennom tiden. Har man full forståelse for arbeidets egenverdi, står Sisyfos' skjebne naturligvis som idealet.

digheter nesten til 0, mens beregneligheten nærmer sig 100 %. Baksiden av medaljen er ikke mindre tydelig: Abstrakte regler skjærer alle forhold over én kam, og ser bevisst bort fra alle de avskygninger og variasjoner som det virkelige liv byr på. I selve sitt prinsipp avviser de følgelig det krav om individuell behandling som rettferdsidealet ikke kan gi op. Den neste store draw-back ved rettsreglene er deres ubevegelighet. Mens livet går videre og forholdene stadig skifter utseende, forblir rettsreglen den samme, inntil den langt om lenge blir bragt å jour ved lovgivningens hjelp — men bare for straks å sakke akterut på ny.

Ser man så på standardene, finner man også her en passende fordeling av lys og skygge — det er nå engang alle menneskelige institusjoners vanskjebne. Bare at det som var lyssiden ved rettsreglene er skyggesiden ved standardene, og omvendt. Det kan således ikke tvistes om at standardene er usikrere i bruken enn rettsreglene er. Dette at dommeren ikke lenger skal være «Paraphenknicht», men i større eller mindre utstrekning «Sittenrichter» (H e d e m a n n s. 71), trekker uvegerlig en viss rettsusikkerhet efter sig.<sup>1</sup> Når subjektive vurderinger og individuelle egenheter får slippe til, blir utfallet naturligvis vanskeligere å forutse, og faren for å gli ut på vilkårlighetens skråplan kan ikke avvises helt. Entusiastiske standardtilhengere, som S t a t i, setter ganske visst spørsmålstegn ved dette, idet de peker på at heller ikke rettsreglene funksjonerer som andre regnemaskiner. Dette er ubestridelig, men kan ikke fordunkle den kjensgjerning at dommeren står e n d a m e g e t f r i e r e ved standardene<sup>2</sup> — man sammenligne f. eks. avgjørelsen av om en solgt gjenstand lider av en mangel, med prøvelsen av om en hensynsløs reklamekampanje er utilbørlig efter god forretningsskikk. Denne egenskapen ved standardene er da også almindelig erkjent. Her i Norge kom det tydelig frem i forarbeidene til boikottloven av 1933, hvor det gang på gang blev betonnet, at

<sup>1</sup> I Frankrike bruker standardforfatterne gjerne mangfoldige sider til å vise at prinsippet om «La séparation des pouvoirs» ikke hindrer lovgivningen fra å bruke standarder. Det slipper vi heldigvis hos oss.

<sup>2</sup> Hans oppgave blir dog ikke lettere i den anledning. «It is easier to live by fixed rules than by tact and judgment» sier A l d o u s H u x l e y i en liten essay om «Spinoza's worm»; det samme gjelder når en skal dømme.

et almindelig boikottforbud i skikkelse av en standard ikke var til samme veiledning for dommeren som presise og detaljerte enkeltregler.<sup>1</sup>

Men standardene har også store og uomtvistelige fordeler: Takket være deres smidighet får dommeren adgang til å nyansere avgjørelsene etter hvert enkelt tilfelles individuelle egenart, samtidig som direktivet i standarden hindrer ham i å gi sig skjønnet eller vilkårligheten i vold. På en helt annen måte enn rettsreglene gir standarden derfor adgang til å øve konkret rettferdighet, og bidrar til å mildne det paradoksale misforhold som alltid består mellom livet og rettsordnen: Mens livet er idel nyanser og flytende overganger, hugger rettsordnen inn med abstrakte regler og trekker skarpe og absolutte grenser. — Også et annet, ikke mindre kostelig retsteknisk aktivum kan standardene godskrive sig.<sup>2</sup> De er «vitale»<sup>3</sup> og utviklingsdyktige i en grad som vanlige rettsregler ikke kan drømme om. De samfundsnormer standardene henviser til er nemlig ikke døde øieblikksbilleder av rettslivet, sånn som rettsreglene uvegerlig blir, når de har vært kjørt gjennom lovgivningsapparatets rotasjonspresse og er lagt fast i lovsamlingen. De er samfundslivets fri fugler, rettslivets spontane skapninger, og denne egenskapen

---

<sup>1</sup> Så innforlivet er de fleste med troen på at egentlige rettsregler er det adekvate virkemidlet for lovgivningen, at man nesten betrakter standardssystemet som en slags legal faneflukt, idet loven unddrar sig en del av sin naturlige opgave og overlater den til dommeren. H e d e m a n n kaller således generalklausulene for «ein Stück offengelassene Gesetzgebung» (s. 81) og W a l k e r sier i sin Internationales Privatrecht 2. utg. s. 244, at lovgiveren «begnügt sich mit halber Arbeit, und überwälzt die andere Hälfte dem Richter». Men dette er en helt vilkårlig opfatning av lovgivningens opgave og rettsbudenes naturlige utseende.

<sup>2</sup> I diskusjonen omkring standardene pleier det gjerne fremheves som deres fornemste fortrin at de er mere l i v s n æ r e enn noen rettsregel kan bli, fordi de er sprunget direkte frem av livet selv, mens rettsreglene betrakter interessene gjennom lovgivningens briller, som ikke alltid har nøytral slipning. Utvilsomt er dette en uhyre viktig side ved standardene. Når jeg ikke nevner den i teksten — like så litt som de betenkeligheter det kan ha å slippe de sosiale krefter og interesser til — er det fordi de ikke hører hjemme under den rent retstekniske prøvelsen av standardene, som teksten begrenser sig til.

<sup>3</sup> Uttrykket har jeg lånt fra den amerikanske dommer H o l m e s, som bruker det om de standardene der garanterer borgernes rettigheter under konstitusjonen. Se den følgende avhandlingen.

## 22 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

beholder de selv om en standard tar dem inn i sig ved å henvise til dem. Men følgen av dette blir igjen at standarden får samme vitale karakter som de fri samfundsnormene selv, og samme evne til å følge med i utviklingen. Og vel å merke: Dette opnår man uten å ha det minste bryderi med å sette lovgivningsapparatet i sving. Idag som i 1687 beherskes vår kontraktsrett av grunnreglen om at kontrakter mot ærbarhet er ugyldige. Men innholdet og rekkevidden av reglen har forskjøvet sig stort siden dengang, fordi opfatningen av hvad det er ærbart veksler med tiden.

Som særlige fordeler ved «generalklausulene» fremhever He d e m a n n — der ellers ikke kan beskyldes for å se dem i rosenskjær — at de har en egen evne til å bygge op «neue auf Dauer berechnete Rechtsinstitute», og ofte bidrar «zur allgemeinen Hebung des Judiziums auf eine höhere Plattform» (s. 61).<sup>1</sup> Som eksempel nevner han fra romertiden at exceptio doli generalis skapte sånne ting som motregningsretten, retensjonsretten og retten til å overdra fordringer, mens moderne standarder har frembragt det interessante rettsinstitutt som tyskerne kaller «Verwirkung».<sup>2</sup> Et bevis for standardenes evne til å høine rettsnivået finner han i den kjensgjerning at tysk kontraktsrett er blitt mere forfinet og etisk anstrøket enn før, takket være grunnsetningen om «Treu und Glauben» som har gjennomsyret den helt og holdent. — Å føre op disse tingene som særlige poster i standardenes generalbalanse ser jeg dog ikke tilstrekkelig grunn til. At der gjennom standardene kan skapes nye og varige rettsinstitutter er bare et enkelt utslag av at de har tatt de drivende krefter i samfundslivet i sin direkte tjeneste, og gitt dem fri anledning til å føre rettsutviklingen fremover. Og når denne utviklingen leder til at rettstilstanden blir finere og mere etisk farvet, kommer ikke dette av standardteknikken, men av tidsånden og tendensen i utviklingen. Hvis det nemlig skulde komme et omslag i så måte, blir resultatet det motsatte: Da dratter retten av sig selv ned igjen på sin tidligere lavere «plattform», og også dette må utvilsomt skrives på standardteknikkens regning.

---

<sup>1</sup> Om disse fordelene i tilfelle vilde være av retsteknisk art, er naturligvis et spørsmål.

<sup>2</sup> Nærmere om dette i det siste avsnittet i boken.

Derimot kan visst Hedemann ha rett i at det er en annen side ved standardene som bør stå på debetsiden i regnskapet: faren ved «Verweichlichung» av rettspleien som han kaller det. Hermed menes det at når dommeren får anvisning på å dømme etter «Treu und Glauben» f. eks., blir han fristet til å avgjøre sakene etter et overfladisk skipperskjønn eller et løst følelsesinntrykk, istedenfor å trenge til bunns i dem og trekke alle relevante omstendigheter frem i lyset; han kan jo alltid søke ly i den skjønsmessige siden ved generalklausulen, hvis det reises kritikk mot hans dom.<sup>1</sup> — I og for sig er dette kanskje ikke generalklausulens feil. Sånn optreden er nemlig et oplagt misbruk fra dommerens side, idet standardene ingenlunde fritar for å prøve sakene tvers gjennom, og bringe klarhet over de sidene ved dem som har rettslig betydning.<sup>2</sup> Men det skal innrømmes at faren for misbruk ligger nær, p. gr. a. standardenes særegne form. Og da man i jussen som i livet må regne med menneskene som de er, tør det være riktig å se dette som en svakhet ved standardene, når de vurderes ut fra rettstekniske synspunkter.

IV. Etter dette skulde det synes selvsagt at man ikke kan treffe noe absolutt valg mellom rettsreglene og standardene, og si at den ene eller den annen av dem er overlegen i teknisk henseende, under alle forhold og på alle rettsområder. Det er vel også alle deltagerne i standarddiskusjonen enige om — iallfall i roligere øieblikk. Under inntrykket av sine argumenters kraft er dog flere av dem tilbøielig til å glemme det — S t a t i for å kanonisere standardene, H e d e m a n n for ubetinget å fordømme «flukten inn i generalklausulene». Også P o u n d s universalhistoriske oversikt (gjengitt foran på s. 7) gir nok standardene mere enn de med rette kan gjøre krav på, men det skjer vel nærmest for å få den rette stigning i utviklingslinjen, og frapperende dybde i det historiske perspektiv.

Skal en velge mellom rettsregler og standarder, er det i

---

<sup>1</sup> Den samme «Flucht zur Generalklausul» mener Hedemann også å kunne konstatere hos lovgiveren. Er han makelig anlagt, er det fristende å la det bero med en rummelig skjønsmessig standard, istedenfor å dissekere problemene og søke å gi detaljerte regler om dem.

<sup>2</sup> Se nedenfor s. 30 og 36.

## 24 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

virkeligheten en mengde forskjellige omstendigheter som får innflytelse på valget. Et lite, men nokså representativt utvalg av dem skal vi gjøre i det følgende:

1. Først og fremst får det betydning h v i l k e t o m r å d e a v r e t t e n man befinner sig på. Det fins rettsfelter hvor det er så viktig å ha sikre avgjørelser og være trygg for vilkårlighet og overgrep, at dette må tilstrebes for enhver pris, selv om det skjer på bekostning av rettsbudenes evne til å følge med tiden og gi plass for fin og riktig individualisering. Her har de egentlige rettsregler sitt selvsikre virkefelt. På andre områder er livet så nyansert og innviklet at en stiv og skjematisk rettsordning er uheldig eller kanskje likefrem umulig, idet forholdene bare lar sig mestre gjennom smidige og omfattende almenregler, som ikke kan fortøies i faste og uforanderlige faktiske kriterier. Hvis det dessuten er stadig bevegelse og utvikling til stede, er det klart at standarden er det tekniske hjelpemidlet som det faller naturlig å gripe til.

Et rettsområde hvor standarder bør være banlyst er straffetretten, hvor historisk erfaring har godtgjort hvilken fare det er for borgernes rett og frihet, at dommeren kan ilegge straff hvis han finner handlingen straffverdig, moralsk forkastelig, samfunnskadelig, stridende mot den almindelige rettsbevissthet e. l.<sup>1</sup> Andre grener av retten hvor standarder er lite påkrevet er arveretten, person- og familieretten, fordi det her er så viktig at alle parter vet nøiaktig hvad de har å holde sig til.

I stats- og forvaltningsretten har standardene derimot et ikke ubetydelig virkefelt. Når det f. eks. er tale om delegasjon av lovgivningsmyndighet, er det ofte praktisk at loven nøier sig med en standard, som den så overlater til administrasjonen å fylle ut med detaljregler.<sup>2</sup> Og også når det gjelder forvaltnings-

<sup>1</sup> Det tør være kjent at tendensen i enkelte land nå går klart i motsatt retning.

<sup>2</sup> I den kjente Schechterdommen av 1935 har Høiestrett i U. S. A. antatt at delegasjon av lovgivningsmyndighet bare var forfatningsmessig tillatt, dersom loven selv formulerer den standard som administrasjonen skal ha for øie, når den gir sine supplerende regler. Derimot ikke hvis loven gir avkall på å stille op sånne direktiver, eller former dem så ubestemt og luftig at det i virkeligheten ikke ligger noen veiledning — og noen begrensning — i dem. Se S c h j e l d e r u p i T. f. R. 1938 s. 146.

messige enkeltavgjørelser kan en lignende fremgangsmåte være nyttig: Gjennom henvisning til en bestemt målestokk som forvaltningen skal innrette sig etter, kan man effektivt og praktisk sette grenser for det såkalte «diskresjonære skjønn», der ellers unddrar sig rettslig kontroll.<sup>1</sup>

Det viktigste arbeidsfelt for standardene er dog sikkert erhvervs- og forretningslivet. Ikke minst trenger de sig på når det gjelder å regulere et så innviklet apparat som den moderne konkurransekamp i ervervslivet, eller alle de vanskelige spørsmålene som sammenslutningsbevegelsen har ført med sig i omsetningen og i arbeidsforholdene. Åndsretten er også et område hvor standardenes særlige fordeler kommer til sin rett. Godenes ulegemlige karakter gjør det her vanskelig å dra absolutte grenser og arbeide med faste kriterier, mens en all-round betraktning har større chance til å gjøre rett og skjell, når den er dirigert av en elastisk standard.<sup>2</sup>

Helt uundværlig har standardene vist sig å være innenfor den internasjonale privatrett, som vi alt foran har gjort oppmerksom på (s. 11). Og det samme kan en trygt si når det er tale om en bestemt side av forfatningsretten, nemlig når en grunnlov søker å trygge borgernes liv og eiendom mot overgrep fra fremtidens lovgivning. Å brodere ut dette vernet i detaljerte og uforanderlige rettsregler vilde ikke bare være ugjørlig, men også fåfengt. Ingen tid og ingen enkelt generasjon kan låse fast utviklingen på denne måten. Gjennom smidige og utviklingsdyktige standarder kan oppgaven derimot løses — i den utstrekning det virkelig er berettiget. Det skal jeg komme nærmere tilbake til i den følgende avhandlingen.

2. En annen faktor som får betydning når valget skal

---

<sup>1</sup> På s. 51 peker H e d e m a n n på at sånne klausuler bare fyller sin hensikt og virker som en virkelig målestokk og maktbegrensning, når domstolene er uavhengige, og all statsmakt ikke er samlet hos et enkelt organ. Holder ikke dette stikk, hører i virkeligheten «die Generalklausul auf Masstab zu sein und wird zur einseitig und unkontrollierbar zu führende Waffe», selv om den i det ytre skulde bli stående som før. At man skulde komme derhen betegner Hedemann som «die äusserste Gefahr der Generalklauseln». — Dette må være rart for ham å lese nå, da han som en vet hører til de autoriserte «Rechtswahrer» under nazisystemet.

<sup>2</sup> Se nærmere Åndsretten s. 631—3.



## 26 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

treffes mellom rettsregel og standard, er tiden og dens karakterpreg. I perioder av rolig kontemplasjon, hvor samfundet er optatt med å fordøie de fremskritt som er gjort, er standardene klarligvis mindre påkrevet enn i gjærings- og nybrottsstider, da allting flyter og intet synes fast. I sånne perioder er kravet om bevegelighet og ekspansjonsevne hos rettsordnen nemlig større enn ellers.<sup>1</sup>

3. Også formuleringen av standarden er meget viktig når den skal jevnføres med rettsreglen som lovgivningsinstrument. Jeg tenker naturligvis ikke her på at selve innholdet av standarden er uheldig eller urettferdig — f. eks. de kjente russiske forskriftene i civillov og prosessordning, som stiller arbeidere og bønder i en gunstigere rettstilling enn andre folk. Det jeg sikter til er selve den tekniske siden ved formuleringen, som kan la de gode og dårlige egenskapene hos standardene komme mere eller mindre tydelig frem.<sup>2</sup>

Jo mere grumset og omtrentlig standarden er i formen, jo mere ubestemt, utilgjengelig og omstridt en målestokk den henviser til, desto større blir naturligvis usikkerheten ved den. I Rt. 1932 s. 212 fremhevet Høiesterett med rette at det er særlig betenkelig å forme en standard sånn, at selve det formål som skal forfølges blir overlatt til domstolenes skjønn. Men dette er langt fra den eneste formuleringsfeil standardene kan gjøre sig skyldig i. — Omvendt trer ulempene ved dem mere i bakgrunnen når det henvises til en målestokk som alle kjenner og bøier sig for, eller det iallfall er på det rene hvilket formål standarden har og hvilken almindelig interesseavveining den går ut fra. I så fall minker også faren for at dommeren lar være å tenke saken ordentlig gjennom, og bare setter sig til rette «in dem bequemen Polster der Generalklausul».

Det hender at lovgiveren gir sin standard en kommentar med på veien, for å klargjøre og presisere innholdet av den. I nabol. § 12 sies det f. eks., at ved avgjørelsen av om det er voldt naboen «usedvanlig eller upåregnelig ulempe» skal det på den ene siden tas hensyn til «stedets og omgivelsenes beskaffenhet

<sup>1</sup> Det fremhever også P o u n d.

<sup>2</sup> Også formuleringen av de egentlige rettsregler kommer naturligvis i tilsvarende betraktning.

og tidligere benyttelse», på den annen side til «hvorvidt strøket efter sine naturlige forhold eller tidligere bruk finnes overveiende egnet til annen benyttelse». Og avtalel. § 36 (jfr. også samme lovs § 38) illustrerer forskriften om at «åpenbart ubillige» konvensjonalbøter kan settes ned på følgende måte: «Ved avgjørelsen av dette spørsmål skal hensyn tas til samtlige foreliggende omstendigheter, således ikke bare til det pengetap rettighetshaveren lider, men også til den interesse han ellers måtte ha i at forpliktelsen blir opfylt.» At slike lovgiverord er til hjelp for dommeren, og minker faren for usikker og uensartet rettsanvendelse, sier sig selv.

4. Om et system med standarder skal virke godt eller dårlig, avhenger videre av en lang rekke sosiale faktorer i det land og på den tid det er tale om.

Først og fremst kanskje av *d o m m e r s t a n d e n*, dens rekruttering og innsikt, utdanning og innstilling. «Die grosse historische Frage ob die Generalklauseln Segen stiften oder Fluch bringen,» sier *H e d e m a n n* (s. 74), «hängt letzten Endes von der Richterschaft des einzelnen Volkes ab.» Og *S t a t i*, som ikke pleier å være enig med Hedemann når det gjelder standardene, understreker (s. 168) at «le problème de la formation des juges primera le problème des méthodes juridiques». Spørsmålet fagdommere — legdommere spiller ingen liten rolle i denne forbindelse: Legdommerne har ofte standardene nærmere inn på livet og sikrere intuitiv forståelse av den målestokken de viser til, men er på den annen side nok mere fristet til å misbruke den frihet standardene gir, istedenfor å etterleve dem lojalt. I mange land har standardteknikken også gjort spørsmålet om særdomstoler aktuelt, eventuelt domstoler med administrativt tilsnitt. Skal standardene virke godt, forutsetter de nemlig undertiden særegne innsikter og erfaringer, som vanlige dommere ikke alltid har. I U. S. A. har *P o u n d* vært meget inne på denne siden av saken. I Norge er Trustkontrollrådet, som håndhever de standardene Trustloven vrimler av, et kjent eksempel på at spørsmålet har vært aktuelt.

En annen forutsetning for at standard-systemet skal ha hell med sig er at *r e t t s b e v i s s t h e t e n* i folket er *f o r h o l d s v i s h o m o g e n* på de områdene av samfunds-

## 28 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

livet hvor målestokkene hentes fra. Svikter denne forutsetningen, får rettspraksis lett et tilfeldig og ujevnt preg, og det bidrar naturligvis ikke til å kreditere systemet. En praktisk konsekvens av dette er at man skal være forsiktig med å bruke standarder på rettsområder hvor vurderingene står særlig skarpt mot hverandre, og ikke minst hvor politiske motsetninger gjør sig gjeldende. Et praktisk arbeide på å jevne ut vurderingsforskjellen kan også være på sin plass innen visse grenser. Hvis et helt folk har samme «Weltanschauung» i tykt og tynt — like fra spørsmålet om sjelens udødelighet til problemet om damers hårfrisyrer — vil dette selvsagt gjøre bruken av standarder vesentlig lettere.

Til slutt må det nevnes at standardssystemet stiller større krav til rettskultur enn vanlige rettsregler gjør, og nødvendig bør anvendes medmindre rettsapparatet er solid og stabilt, og folk har rotfestet tillit til domstolenes uavhengighet og plikttroskap. Man kan nemlig ikke lukke øinene for at systemet trekker ganske store vekslere på domstolenes goodwill i så henseende, og i det hele er langt mere sårbart enn et rettssystem som bare arbeider med egentlige rettsregler. Merker man derfor tegn til at rettsidéen glir ut, eller det viser sig tendenser til å fingre ved de institusjoner som med rette har vært betraktet som garantier for en virkelig rettstat, bør man omgå standardene med større forsiktighet enn før. I farlige tider beskikker den kloke mann sitt hus, og gjør sig så lite sårbar som mulig overfor fiendtlige angrep.

V. Selv om spørsmålet «standard eller regel» blir stillet med alle de forbehold som er nødvendig efter det foregående, og med all den relativitet som skal til, er det dog klart at noe almengyldig svar på det kan en ikke gi. Interessene på begge sider er så uensartet at det i stor utstrekning blir en smaks- og temperamentssak, hvilken av dem man foretrekker. Ja, det er ikke fritt for at hele ens «Weltanschauung» gjør sig gjeldende, så dypt i personligheten sitter de kreftene som bestemmer valget. En som anser sikkerhet og fred for de høieste goder vil således være tilbøielig til å se anderledes på spørsmålet enn den som, med Mussolini, heller lever 1 dag som en løve enn 100 år som en sau. Elskere av hanemarsj og universell Gleichschaltung skulde også være anderledes innstillet enn de som foretrekker å gi tanke og individualitet sin chance, også når det gjelder rettsanvendelsen.

Dertil kommer at standardtendensen ikke er noe isolert fenomen i samfundslivet, men henger sammen med andre strømninger i nutidsretten som også har krav på oppmerksomhet. H e d e m a n n har således sikkert rett i at standardbevegelsen henger sammen med en annen utvikling, der har ført bort fra eldre tiders «strengt rett», da båndet for Justitias øine var tett og ugjennemsiktig, henimot en mere human og forståelsesfull rettsanvendelse, hvor gudinnen nok undertiden skotter litt frem under sløret. Men en sånn optreden fra rettferdighetens side vil det sikkert alltid være delte meninger om.

§ 3.

**Rasjonaliseringen.**

I. Enten man anser standardene for et onde og et degenerasjonstegn, eller hilser dem som fremskritt i teknikk og rettskultur, ett er sikkert: De er der, og de lar sig i lengden ikke ignorere. Praktisk anlagte jurister — og hvem vil ikke gjerne gjelde for det i våre dager? — har derfor en meget nærliggende oppgave å ta fatt på: Å undersøke hvordan man kan få fordelene ved standardene til å komme til sin rett, samtidig som de mindre heldige sidene ved dem blir redusert så sterkt som mulig.

Eftersom det avhenger av en lang rekke rettslige og sosiale faktorer om standardteknikken skal virke heldig eller ikke — jeg henviser i så måte til forrige paragraf — blir det et rikt arbeidsfelt som her åpner sig, for juristen som for sosialpolitikeren. Det må undersøkes hvilke områder av retten standardene egner sig best på, og om de bør håndheves av særlige domstoler, eventuelt med administrativt islett. Betydningen av standarder for spørsmålet legdommere—fagdommere må klarlegges, og likeså hvilken innflytelse de bør tillegges for dommer- og juristutdannelsen. Det må drøftes om det er ønskelig eller mulig å skape en ensrettet mentalitet til å praktisere dem o. s. v. For den som i første rekke beskjeftiger sig med den positive rett, sånn som den nå engang er, blir det allikevel r a s j o n a l i s e r i n g e n av standardene der fortoner sig som den viktigste oppgaven.

II. Som jeg løselig var inne på i § 1 virker både rasjonelle og irrasjonelle elementer inn, når dommeren gjør bruk av en

standard. Han dekreterer f. eks. at en sterkt personlig og aggressiv averteringsmåte er i strid med god forretningskikk, fordi den foretar en nærgående sammenligning med en bestemt konkurrents produkter. Så lenge dommeren foretar efterforskninger for å finne ut hvordan skikkelige og hederlige forretningsfolk ser på denslags, står han på helt rasjonell grunn, og bruker bare sin objektive fornuft. Det samme gjør han når han slår op i Retts-tidende, og leter efter eldre rettsavgjørelser som kan være ham til veiledning. Men når han så går fra efterforskningen til avgjørelsen, er det ikke logiske syllogismer han betjener sig av. Han skaffer sig et helhetsbillede av situasjonen ved å leve sig intuitivt inn i den, og så vurderer han den ut fra en målestokk som han mere eller mindre tydelig har fått «på kjenn», gjennom de undersøkelsene han har foretatt i rettslivet og i domssamlingene. Disse to siste prosessene står ikke under forstandens eneherredømme, og kan aldri få så objektiv og almengyldig karakter som rene fornuftsdommer. Men den usikkerheten som følger av dette — og som efter hvad vi sa foran er hovedsvakheden ved standardene — gjelder det selvsagt å minske så sterkt som mulig.

Det er dette rasjonaliseringen forsøker på. Den stiller sig ikke den uløselige opgaven å føre de irrasjonelle elementene i standarddommene over i forstandsmessige kategorier — vil ikke som den fremstormende naturvidenskap i sin tid «gjøre alt målelig som ikke er det». Det som virkelig er målelig vil den derimot måle, d. v. s. den vil søke å få de forstandsmessige sidene ved avgjørelsen så skarpt frem og så klart belyst som det fins råd til. Dette betyr ikke at man trenger inn på felter hvor det ikke er fornuften som rår, men intuisjon, rettsinstinkt og rettsfølelse. Man gjør bare et forberedende orienteringsarbeide før de irrasjonelle kreftene tar fatt, så de ikke griper til i blinde, men virker på grunnlag av et materiale som er bearbeidet og gjennomlyst av forstanden så langt det går an.

Denne fremgangsmåten kaller jeg å rasjonalisere standarden. I Tyskland taler man i stedet om å «systematisere» den. Men jeg synes det første navnet rammer bedre, fordi det er de forstandsmessige sidene ved standarden det gjelder å få

frem, og fordi ordet systematisering bare peker på en enkelt del av rasjonaliseringsarbeidet. Det vil fremgå av følgende romertall, hvor rasjonaliseringsprosessen og dens hjelpemidler blir skildret.

III. 1. Det hender at loven selv besørger rasjonaliseringen, eller iallfall hjelper en godt på vei. I forrige paragraf nevnte vi således eksempler på at standardene var ledsaget av en kommentar, som forklarte hvilke linjer avgjørelsen skulde legges an etter (se s. 26). Men det hører til sjeldenhetene at man så direkte får vink fra lovgivningsmakten. I mangel av dette får rettsvidenskapen ta fatt på egen hånd, og det blir da især 3 hovedoppgaver den må stille sig:

a) Selve målestokken i standarden må gjøres så klar og uttrykksfull, så presis og entydig som dens natur tillater. Det må slås fast hvilket formål den forfølger, hvilke interesser den vil beskytte og hvilke den forkaster. Kreves det en avveining av interesser som i sig selv er rettsverdige, bør også standardens almindelige interessevurdering bringes på det rene, eller om man vil dens hovedinnstilling til de kollisjonene det er tale om.

b) For å gjøre standarden mere konkret — og følgelig lettere å bruke — bør man søke å dra frem visse typiske situasjoner som den er anvendelig på, og stille op mere spesielle *u n d e r s t a n d a r d e r* i tilknytning til dem.<sup>1</sup> Et skritt i samme retning er det også å klarlegge de momenter og faktorer som har noe å si ved avgjørelsen, og helst også antyde hvilken relativ vekt de bør ha.

c) For den som skal bruke standarden i livet er det endelig til stor støtte at han får se *p r a k t i s k e e k s e m p l e r* på hvordan den virker. Sånn anskuelsesundervisning tør i det lange løp være et vel så effektivt middel til å få den riktige målestokken i blodet, som teoretiske forklaringer om standardenes innhold og hensikter.

2. Det materiale som trenges til en sånn rasjonaliseringsprosess kan en imidlertid ikke ta ut av luften, eller fra sine egne, subjektive opfatninger. Tross sitt ubestemte omfang hører jo standardene med til den positive rett, og det er derfor bare

---

<sup>1</sup> Det er denne delen av arbeidet som det faller naturlig å kalle «systematisering».

positivrettslig materiale som kan brukes til å klargjøre og rasjonalisere dem. Foruten de kommentarer loven selv måtte ha gitt, og den støtte man finner i forarbeider m. v., blir det derfor, såvidt jeg kan se, vesentlig 4 forskjellige kilder som kommer i betraktning:

a) Enkeltregler i loven der tydeligvis er utslag av samme tankegang som standarden, og derfor kan betraktes som konkrete eksempler på hvordan den er tenkt å virke. De fleste særreglene i naboloven — om graving til vanlig kjellerdybde, vindu inn mot nabogrunn o. s. v. — er således nærmest kasuistiske utslag av reglen i § 12 om at man ikke må volde naboene «usedvanlig eller upåregnelig ulempe», og illustrerer derfor hvad det ligger i denne. Det samme gjelder særreglene i loven om utilbørlig konkurranse, i forhold til den «generalklausul» som loven begynner med.

b) Lignende regler i andre lover som står i forbindelse med det rettsområde standarden virker på.

c) Andre lovregler eller prinsipper der mere eller mindre tydelig røper den hovedinnstilling som standarden må antas å ha, og den interesseavveining den går ut fra.

d) Enkeltavgjørelser i praksis. Oftest er det naturligvis domsutslag som kommer i betraktning,<sup>1</sup> men når standarden henviser til andre målestokker enn de rettslige — ærbarhet, god forretningskikk etc. — virker avgjørelser av de kompetente sosiale instanser på samme måten.

3. I min bok om «Åndsretten» s. 523 ff. har jeg gitt et praktisk eksempel på en sånn «rasjonalisering», hvis teori jeg nettop har risset op. Det knytter sig til generalklausulen i loven om utilbørlig konkurranse (22 juli 1922 § 1), der forbyr de næringsdrivende å foreta konkurransehandling «som efter god forretningskikk er utilbørlige».

Det første spørsmålet blir her: Utilbørlig, men overfor hvem? — m. a. o. spørsmålet om hvilke interesser der beskyttes

---

<sup>1</sup> Man er ofte tilbøielig til å tro at praksis bare har betydning for rettslivet, fordi der skapes «præjudikater» d. v. s. dommer som gjør bruk av visse bestemte rettsetninger. Men mon ikke de dommene har like stor betydning for rettslivet og for rettsutviklingen, som gir eksempler på anvendelsen av standarder og skjønnsregler, til veiledning for kommende avgjørelser?

ved klausulen. På grunnlag av de andre bestemmelsene i loven og regler i beslektede lover kom jeg til at det først og fremst er konkurrentenes interesser loven tenker på, mens det sjeldnere blir tale om å erklære en handling rettstridig fordi den er utilbørlig i forhold til publikum, eller endog i forhold til det offentlige.

Det neste skritt på rasjonaliseringsveien var å presisere hvad det menes med «god forretningskikk». Støttet til forarbeidene m. v. antok jeg at dette var den skikk som «de gode og hederlige elementer innenfor forretningsverdenen holder på og handler efter», idet domstolene dog må forbeholde sig en viss censur i så henseende. På samme måten mente jeg å kunne slå fast at den «gode forretningskikk» gjerne kan være bransjemessig bestemt og begrenset, for den saks skyld også lokalt.

Ved hjelp av materiale fra rettspraksis og enkeltanvendelser av utilbørlighetstandarden i konkurranseloven og andre lover, søkte jeg til slutt å stille op en del understandarder, som efter min mening var typiske for de forhold generalklausulen vil slå ned på.<sup>1</sup> Viktigst blandt disse var setningene om at man aldri må bruke usmakelige eller likefrem anstøtelige midler i konkurransekampen, sette fremmede forretningskjennetegn på sine varer for å villedde publikum, eller snylte på andres arbeide og innsats på utilbørlig måte.

At en sånn rasjonalisering aldri kan bli fullkommen eller «uttømmende» er vel overflødig å si. På den annen side finner jeg det innlysende at den er til god veiledning for dommeren, og tar bort adskillig av usikkerheten ved de svevende ordelagene i loven.

IV. Det er særlig i Tyskland at problemet om standardenes rasjonalisering har vært diskutert.<sup>2</sup> Og heller ikke her har man drøftet det helt almindelig, men med tanke på en spesiell, meget praktisk standard, generalklausulen i loven om illojal konkurranse av 7 juni 1909. Skjønt de aller fleste forfattere er enig i at det både er nyttig og nødvendig å «systematisere» klausulen så den blir mindre ubestemt og flytende, har det dog også hevet

---

<sup>1</sup> Man kunde sikkert ha funnet flere. Men jeg holdt mig til disse, fordi de har særlig interesse for generalklausulens forhold til Åndsretten, og det var det eneste jeg skulde behandle.

<sup>2</sup> A l-S a n h o u r y s. 66 ff. og S t a t i s. 145 ff. er dog også inne på det.



sig stemmer til protest. Premissene for dette er imidlertid forskjellige. Mens noen holder systematiseringen for å være overflødig, finner andre den tom og intetsigende, og en tredje gruppe forfattere mener likefrem at all systematisering er skadelig og farlig.

Tilhengerne av den første opfatningen hevder gjerne at det bare var i den gamle «liberalistiske» tiden, det var nødvendig å gjøre bruken sikrere ved å rasjonalisere standardene. Da hadde man jo ikke noen fast, autorisert verdensanskuelse, og da kunde man nok risikere at dommer X anvendte en standard anderledes enn hans kollega Y. Men når denne skandalen er bragt lykkelig ut av verden — Dank dem Führer — er det ikke lenger grunn til engstelse. I «die Instinktsicherheit des deutschen Richters»<sup>1</sup> har man tilstrekkelig garanti for en ensartet rettspraksis, både i konkurranseretten og annetsteds. — Så pålitelige i instinktene er imidlertid ikke dommerne i alle land, f. eks. neppe de norske. Og så lenge våre dommere forblir fri og selvstendige personligheter som både har meninger og tør dømme efter dem, kommer det nok fremdeles til å skorte i så måte. Så lenge er det også plass og behov for rasjonaliseringen.

Som ordfører for dem der finner all rasjonalisering intetsigende kan nevnes en grev D o h n a, som H e d e m a n n citerer: «Man wird alle diese Erläuterungen auf eine Stufe stellen dürfen mit jener anderen, wonach die Armut meistens von der Povertät herrührt», sier han kategorisk, «sie führen nicht einen Schritt weiter». Det vilde ikke være riktig å legge skjul på at greven undertiden kan ha rett. Når Reichsgericht således — «in ständiger Rechtssprechung» — har oversatt og «systematisert» generalklausulens «gute Sitten» med «die Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden», må det innrømmes at dette nærmest er på stedet marsj. Og ingen som ikke har del i den nye tyske verdensanskuelsen kan visstnok begripe at det skal være noen fordel å erstatte «die guten Sitten» med «das Sittlichkeitsbewusstsein des deutschen Volkes» (U t e s c h e r I. c.).

<sup>1</sup> Jfr. også artikkelen i Svensk Juristtidning 1937 s. 416 om hvordan den felles nazistiske Weltanschauung også skal nøytralisere farene ved de generalklausuler man overveier å innføre i strafferetten, i strid med setningen «nullum crimen sine lege».

Det smaker ikke meget av virkelig rasjonalisering, men desto mere av «innerlig mystikk», når Utescher forsøker å forklare hvorfor denne nye standarden er så meget fastere og sikrere: «An die Stelle der wandelbaren, im Fluss des sittlichen, geistigen und wirtschaftlichen Lebens wechselnden Auffassung darüber was sittenwidrig ist, tritt ein aus dem Urquell des Rechts schöpfendes, mit dem Dasein des deutschen Volkes schicksalverbundenenes organisch sich entwickelndes Rechtselement.» Men fordi om disse — og andre — rasjonaliseringsforsøk er flau og verdiløse, behøver jo ikke alle sammen være det. At dette er tilfellet har man til gode å bevise.

Større oppmerksomhet fortjener innvendingen om at det er farlig og skadelig å rasjonalisere standardene, fordi dette motvirker deres formål og oppgave, og strider mot selve ånden i dem. Den kjente ekspert i konkurranserett, *Rosenthal*, blev aldri trett av å fremheve dette, dengang han ennå hadde adgang til å ta ordet.<sup>1</sup> Alt under diskusjonen efter *Isays* foredrag i 1928 om «die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 U. W. G.» hevdet han at generalklausulen ikke måtte løses op i mindre undernormer, fordi dette var til hinder for at dommeren tok umiddelbar stilling til hvert enkelt individuelt tilfelle, ut fra sitt «sittliches Bewusstsein» (GRUR 1928 s. 169). Og i sin store kommentar til konkurranseloven kommer han gang på gang tilbake til det samme. «Feste Begriffe bedeuten Erstarrung! In solchem Erdreich gedeiht nur noch Phantasielosigkeit und Instinktschwäche» sier han på s. 3. Og et annet sted: «Die Auflösung des § 1 in abstrakte Einzelnormen die von mancher Seite im angeblichen Interesse der Rechtssicherheit gefordert wird, widerstreitet dem Geiste und Sinne der Generalklausel» (s. 130). Og som *Rosenthal* så *Martin Wolff*, bare at det dennegang er «forbeholdsklausulen» i den internasjonale privatrett det gjelder: «Elastische Normen wollen es für die Rechtsweiterbildung nutzbar machen, dass nur das Anschauen konkreter Tatbestände guten Richtern die Gerechtigkeitsnähe gewährt; eine «Wissenschaft» die voreilig der Hand des Richters entwindet, was nur er leisten kann, handelt gegen den Geist des Rechts» (Int. Privatrecht (1933) s. 42).

<sup>1</sup> Se artiken: «Jødespørsmålet i tysk rettsvidenskap» i T. f. R. 1937, s. 125.

Hvis Rosenthal hadde hatt rett i at rasjonaliseringen siktet på å skjulte ut alt som heter dommerfrihet, og gjøre den intuitive betraktning av hvert enkelt rettsstille overflødig, vilde hans kritikk sikkert ha vært på sin plass. Men slik er det jo slett ikke. Som jeg sterkt har fremhevet er det ikke tanken å eliminere — ikke engang å redusere — de sidene ved avgjørelsen hvor intuisjon og instinkt, rettsfølelse og suntt iudicium kommer til orde. Opgaven er bare å bearbeide det forstandsmessige grunnlaget som dommeren må gå ut fra, så han kan møte godt rustet i så måte, og ikke får anledning til å unddra sig denne siden av avgjørelsen ved straks å henge sig til skipperskjønnet og den tilsynelatende makeligere intuitive betraktning.<sup>1</sup> Bare hvis man holder på at intuisjon og skjønn arbeider best i blinde, og at man hemmer og forkvakler denne formen for åndsvirksomhet ved å skyve den forberedende forstandsmessige undersøkelsen så langt frem som mulig, kan man med rette bryte staven over rasjonaliseringen.<sup>2</sup>

Vel å merke: Hvis den også virkelig holder sig de grensene etterrettelig som programmet trekker op. Men det skal innrømmes at det gjør den slett ikke alltid. Som vi skal vise i neste paragraf lurer det mange slags fristelser på dem som gir sig av med å rasjonalisere standarder, og mange er de som faller for fristelsen. Men om det kan påvises eksempler på misbruk, må oppgaven bli å rette disse, ikke å gi avkall på alt som heter rasjonalisering, også den som drives efter alle kunstens regler! Man skal ikke kaste barnet ut med badevannet, sier ordsproget.

V. Det vilde også være tragisk, om alle videnskapens anstrengelser for å rasjonalisere de forskjellige rettslige standarder skulde

<sup>1</sup> I sin bok om «Der unlautere Wettbewerb» s. 37 presiserer C a l m a n n dette: «Nicht sollen die Tätbestände in ein Schema gepresst werden, dessen Starrheit das farbige Spiel der Erscheinungen tötet, nicht sollen die Gruppierung zur Entseelung führen, sondern es soll verhindert werden, dass durch eine allzu starke Abnutzung und einseitige Betonung der im Sittenbegriff liegenden Gefühlsmomente die schon an sich diesem Begriff innewohnende Gefahr der Rechtsunsicherheit durch Richtungslosigkeit der Rechtsprechung und durch Verdunkelung der ihr zugrunde liegenden Rechtsgedanken vergrößert wird.»

<sup>2</sup> Rasjonaliseringen virker forsåvidt i samme retning som kravet om domspremisser: Den tvinger dommeren til å gjøre sig rede for hvilket grunnlag dommen egentlig hviler på.

være omsonst eller likefrem fordervelige. Da vilde nemlig «ganze Bibliotheken» omgående bli «zu Makulatur», uten at man engang trengte de berømte «drei berichtigende Worte der Gesetzgeber» for å hitføre katastrofen.

I Rettsencyklopedien gjør f. eks. H a g e r u p priselige anstrengelser for å vise hvad det egentlig ligger i reglen om at rettshandler mot ærbarhet er ugyldige, og stiller op flere representative grupper av sånne. På samme måten behandler S t a n g avtale. § 33, og jeg selv generalklausulen i loven om utilbørlig konkurranse. K r i s t e n A n d e r s e n s arbeide om «Rettsstilling til konkurranseregulerende sammenslutninger og avtaler» er for en vesentlig del viet rasjonaliseringen av noen av de viktigste standardene i trustloven. Og skjønt forfatterne ikke selv vil underskrive det, er A s c h e h o u g s, M o r g e n s t i e r n e s og C a s t b e r g s skarpsindige utviklinger om hvad det ligger i det lakoniske grunnlovsbud om at lover ikke skal virke tilbake, i virkeligheten eksempler på det samme.<sup>1</sup>

I fremtredende grad gjelder dette også læren om lovenes herredømme i rummet. Litteraturen om den internasjonale privatrett gjør jo gigantiske og maurflittige forsøk på å rasjonalisere standarden om at de private rettsforhold skal stå under det lands lov hvor de hører nærmest hjemme, eller hvor de alt i alt har sin sterkeste tilknytning.<sup>2</sup> Og drøftelsen av den såkalte «forbeholdsregel» har samme karakter.

Eller tenk på læren om de «bristende forutsetninger»! Hvad er den annet enn famlende forsøk på å nå frem til en standard som kan mestre dette tornefulle rettsområde, og på å krystallisere ut visse understandarder som er dommeren til hjelp underveis? G j e l s v i k s sontring mellom almene og individuelle motiv (Innledning s. 113), og setningen om at den som har chansen til gevinst regelmessig også må ta risikoen for tap o. s. v., er således tydelig forsøk i denne retning, og må behandles og vurderes derefter.

Og den berømte «nordiske rettstridslæren»! Da G e t z og G o o s «spaltet uaktsomhetsbegrepet i to», og krevet rettstrid som et eget vilkår for erstatningsplikten, hvad var dette annet

<sup>1</sup> Se nærmere det følgende avsnittet.

<sup>2</sup> Jfr. min artikkel i T. f. R. 1937 s. 46 ff.

enn en klaring og rasjonalisering av den gamle culpa-standard, som lett kunde misforstås sånn at man nøide sig med en rent subjektiv og følelsesbestemt daddel over handlingen, for å la den trekke erstatningsplikt etter sig. Og når de samme forfattere pekte på interesseavveiiingsprinsippet som hjelpemiddel til å avgjøre om rettstridsgrensen var overskredet — særlig i forhold til nestens subjektive rettigheter — var også dette et viktig skritt i samme retning: Sånn sammenligning av interessene spiller nemlig stor rolle når den «gode familiefar» skal ta stilling til handlingen, og bør også gjøre det når en ser saken fra samfundets synspunkt.

Og så til slutt — teorien eller teoriene om «misbruk av rett», som er et så viktig trekk i rettsbilledet nå for tiden. Noen rasjonalisering av en fiks og ferdig standard er det ganske visst ikke tale om her — like så litt som ved de bristende forutsetninger. Skjønt de fleste har en sterk følelse av at rettigheter ikke må brukes på en måte som er moralsk og sosialt anstøtelig, har man ennå ikke nådd frem til å formulere sånne grenser for dem, at en ikke lammer de viktige samfundsinteresser som rettighetene skal tjene. I mellemtiden slår man sig frem med mindre standarder så godt en kan, og rasjonaliserer dem etter evne. Dette er naturligvis først og fremst forarbeider til den store misbrukstandarden som kanskje en gang vil komme.<sup>1</sup> Men det kan også betraktes som en slags forskudds rasjonalisering av denne, og beholder sikkert sitt verd om arbeidet en gang skulde føre frem.

#### § 4.

##### **Farene ved rasjonaliseringen.**

Da vi drøftet om det var berettiget å «rasjonalisere» de forskjellige standarder, nevnte jeg at en sånn prosess ikke er helt farefri. Det er lett å ta feil av selve fremgangsmåten (I) og enda lettere å overvurdere rekkevidden av de resultatene man kommer til (II).

---

<sup>1</sup> Et eksempel — i mindre målestokk — på hvordan en går frem, når det gjelder å vinne ut en standard av det råmateriale som rettslivet byr en, gir det tredje avsnittet i denne samlingen.

I. Å kaste virkelig lys over den målestokk en standard forutsetter, og over interesseavveilingen som ligger bakenfor den, er slett ikke alltid så liketil. Materialet som skal brukes er nemlig ikke for hånden i raffinert tilstand. For å slutte sig til standardens innhold og innstilling må en jo bygge på detaljreglene i loven, på analogier fra lover med beslektet innhold, på avgjørelser i rettspraksis, eller på mere eller mindre tydelige forutsetninger i forarbeidene — alt sammen ting som er temmelig flytende og som det er vanskelig å trekke entydige, logiske slutninger fra. Selv om man går nokså lojalt til verks, og søker å fastholde at det er den positive retts innstilling det gjelder om, og ikke ens egen mening, vil personlige sympatier og opfatninger lett sette sitt preg på billedet. Det gjelder naturligvis særlig, når målestokken må hentes fra områder hvor politiske motsetninger gjør sig gjeldende, eller hvor ens livs- og samfundsopfatning spiller særlig sterkt inn. Å se bort fra alt dette og skape sig om til et rent neutrum som bare søker den «objektive sannhet», viser sig erfaringsmessig å ha sine vanskeligheter.

Det er heller ikke noen smal sak å sette op en liste over de faktorene som skal tas i betraktning ved avgjørelsen, eller uttrykke i abstrakte setninger hvilken betydning de skal ha. Det er således fort gjort å tolke en foreliggende rettsavgjørelse uriktig, idet man enten ikke får fatt på de momentene som i virkeligheten har vært avgjørende, eller legger annen relativ vekt på dem enn domstolen egentlig har tenkt sig. Det er også menneskelig å generalisere for sterkt eller for hurtig — enten det nå er en dom eller en legal enkeltanvendelse av standarden en tar utgangspunkt i. Man ser f. eks. at det ikke har noen betydning for culpa-standarder om folk er halte eller døve eller tåpelige eller dumdristige, men at det kreves samme aktsomhet av dem alle sammen. På grunnlag av dette slår man så fast at aktsomheten må opfattes helt generelt og objektivt, og overser at målestokken kanskje må nyanseres efter visse grupper eller typer av gjerningsmenn, sånn at ikke alle sammen blir skåret ganske over samme kam. Eller man konstaterer at retten til et registrert varemerke faller bort eller taper sig, hvis en annen har brukt samme merke for sine varer i lang tid og i god tro. Så ophøier man disse siste omstendighetene til absolutte vilkår for at «passivitetsstandardens»

kan gjøre sig gjeldende,<sup>1</sup> og sier at man alltid må kreve «god tro» fra usurpantens side og dertil en fast og langvarig «besiddelsesstand». Når så domstolene lar rettstap inntre i et tilfelle hvor innarbeidelsen oprinnelig er skjedd i «ond tro», eller likefrem i forvekslingshensikt, kommer hele rasjonaliseringsmetoden lett i miskreditt, skjønt den selvsagt ikke burde holdes ansvarlig for at folk bruker den forkjært.<sup>2</sup>

II. Hovedfaren er allikevel at man ikke respekterer de grenser som selve sakens natur stiller for rasjonaliseringen. Man glemmer at det er en standard man har for sig, og overvurderer derfor de resultatene som den rent forstandsmessige behandlingen fører til. Det er særlig 3 grupper av feil som i så måte er almindelige:

1. Når man gjennomlyser en standard intellektuelt, og finner den ene understandard gjemt i den efter den andre, innbillen man sig lett at det ikke er grenser for hvor langt denne virksomhet kan drives. Som f. eks. tallet 30 kan «løses op i sine enkelte faktorer»,  $2 \times 3 \times 5$ , setter man sig dristig til mål å behandle standardene på samme måten. Det gjelder bare om å være flittig, og ikke gi op for tidlig.

Dette er dog en påtagelig misforståelse. Likeså nyttig som det er å trekke frem mere spesielle og konkrete enkeltsetninger innenfor rammen av den store og ubestemte hovedstandard, likeså skjebnesvangert er det å tro at man kan uttømme den helt på denne måten, sånn at det aldri skulde bli nødvendig å falle tilbake på noen intuitiv, skjønnsmessig helhetsbedømmelse av situasjonen. Man kan streve nokså lenge med å spesifisere hvad det kreves av en aktsom mann i den eller den situasjon; noe uttømmende register over hvad culpabegrepet inneholder

<sup>1</sup> Det er i virkeligheten sånn Schumann argumenterer i sin artikkel «Der Zusammenbruch der Verwirkungslehre» i GRUR 1933 s. 81. Enda mer vilkårlig er dog den fremgangsmåten Isay bruker under sitt angrep på hele standardssystemet (Der Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 U. W. G., GRUR 1928 s. 71): Han trekker selv forskjellige «undernormer» ut av de dommene som er avsagt, viser så at disse undernormene er for generelle i sin fatning, og slutter herav at «generalklausulen» ikke gir dommeren noen som helst virkelig veiledning. At en sånn argumenteringsmåte ikke kan forsvares må en gi Rosenthal rett i (l. c. s. 167 ff.).

<sup>2</sup> Nærmere om den i det siste avsnittet.

klarer en dog aldri å få i stand. Forklaringen er den meget nærliggende, at livets mangfoldighet og nyanserikdom trosser det mest fullkomne kartoteks-system. Og siden det nettop er en av standardenes hovedoppgaver å la enkelttilfellenes individualitet komme til sin rett — de erkjenner jo som P o u n d har uttrykt det at «each case is to a certain extent unique» — er det i oplagt strid med tankegangen i dem, hvis man tar sikte på å oppløse dem helt og holdent i generelle enkeltsetninger. Det vil alltid kunne dukke op forhold som disse setningene ikke passer på, og som derfor må konfronteres direkte og umiddelbart med hovedstandardens selv.

2. Enda almindeligere er dog en annen feil som også skyldes at man miskjenner standardens karakter: Man behandler de undernormene man kommer til, ganske som almindelige rettssetninger, mens de i virkeligheten bare er u n d e r s t a n d a r d e r som har samme skjønnsmessige og elastiske karakter som hovedstandardens. I praksis viser feilen sig i at man helt mekanisk subsumerer de tilfelle som forekommer under en eller annen enkeltnorm — uten å foreta noen konkret, skjønnsmessig vurdering av dem, og uten å kontrollere at det resultat man kommer til virkelig er i hovedstandardens ånd.

Også dette er imidlertid en klar overskridelse av de grenser som «sakens natur» stiller for rasjonaliseringen. Kvintessensen av standarden er jo at hvert enkelt tilfelle skal bedømmes efter en gitt, temmelig ubestemt målestokk, hvis anvendelse forutsetter en skjønnsmessig helhetsvurdering av situasjonen, hvor både rasjonelle og irrasjonelle krefter får anledning til å gjøre sig gjeldende. Å sjalte ut disse siste lar sig ikke gjøre, selv om man har trukket frem visse særlige forhold som er typiske eksempler på hvad standarden vil ramme, og stillet op spesielle undersetninger med sikte på dem. Individuelt skjønn lar sig nå engang ikke erstatte med generelle regler, og irrasjonelle faktorer ikke sette om i forstandsmessige kategorier. Verdien av «undersetningene» ligger i at de er mindre omfattende enn hovedstandardens er og mere konkret betonet. Men de har alle standardegenskapene i behold, og noen virkelig e g e n v e r d i er de ikke i besiddelse av: Det er bare som uttrykk for hovedstandardens interessevurdering de kommer i betraktning, og derfor må det



alltid kontrolleres at denne forbindelsen er i orden, d. v. s. at man måtte ha kommet til samme resultat om forholdet var blitt betraktet direkte under hovedstandardens synsvinkel.

Et par eksempler vil gjøre meningen tydeligere: En av de viktigste undersetningene som ligger gjemt i generalklausulen i loven om utilbørlig konkurranse er at man ikke har lov til å tilegne sig fruktene av en konkurrents arbeide på usmakelig og sosialt sett forkastelig måte. Men det vilde være ytterst bakvendt om en dommer gav sig til å anvende denne setningen omtrent som forskriften om at risikoen for en solgt løsøreting går over ved leveringen. Og ved å foregripe den følgende avhandlingen støter vi på et lignende eksempel: Grl. § 97 inneholder i virkeligheten en standard, idet det bare er den urettferdige og vilkårlige tilbakevirkningen den vil til livs. Adskillig veiledning i så henseende har man i setningene om at eldre kontrakter ikke må legges inn under nye lovers herredømme, og at «velerhvervede rettigheter» i det hele har krav på lovgivningsmaktens respekt. Men ingen av disse setningene må anvendes like blindt og passivt som en foreldelsesfrist eller en skattebestemmelse. — Det er forsyndelser i så måte som har fått *Rosenthal* og andre til å klage over at rasjonaliseringen gjør likefrem vold på standardene, idet den stanser det livsens pulsslag som banker i dem og setter døde og abstrakte begreper isteden.<sup>1</sup> Men er man klar over at også undersetningene er veiledende direktiver, mister denne kritikken sin berettigelse.

En særlig grunn til å føre kontroll med at understandardene gir riktig uttrykk for hovedstandardens interessevurdering er den «vitale» utviklingsdyktigheten som alle standarder er i besiddelse av: Holdes ikke forbindelsen med hovedstandarden ved like, risikerer man at livet løper fra de undersetningene man møisommelig hadde kommet frem til gjennom rasjonaliseringen. Eksempelvis var det kanskje en gang en utløper av ærbarhetsgrunnsetningen, at man ikke kunde oprette testament til fordel for sin elskerinne; men det vilde sikkert være uriktig å stille op denne undersetningen idag, da forestillingene om hvad det er ærbart ikke er fullt så umedgjørlike.

---

<sup>1</sup> Nærmere foran på s. 36.

3. Den tredje almindelige feilen er å overvurdere den betydning eldre rettsavgjørelser har for praktiseringen av standarden, idet man tillegger dem større vekt som præjudikater enn de etter sakens natur kan gjøre krav på.

Man sier gjerne det foreligger præjudikat for en rettsetning når en dom har gjort bruk av den for å nå frem til sitt resultat. Sånne præjudikater pleier andre domstoler å rette sig efter, særlig når det er Høiesterett de skriver sig fra. Riktig smell i præjudikatet er det imidlertid bare når det er en rettsetning i snever forstand det er gjort anvendelse av, d. v. s. når setningen er av den art at den ubetinget og generelt skal legges til grunn når visse bestemte fakta er for hånden; i sånne forhold ligger det nær å bedømme saken på samme måten, neste gang det identiske faktum dukker op. — Hvis den rettsetningen som er anvendt gir plass for konkret skjønn under anvendelsen, kan man dog ikke drive lojaliteten mot præjudikatet så vidt at man slavisk kopierer domsresultatet. Det vilde tvert imot være i strid med selve den rettsreglen den første dommen er bygget på, idet den nettop forlanger konkret skjønn og individuell behandling. Om den ene innbruddstyven således får 120 dagers fengsel for tyveri, er det ikke i strid med præjudikatet at den andre får 90. — Heller ikke i andre fall når rettsetningen krever individuell behandling viser man illojalitet mot eldre rettsavgjørelser, fordi om man kommer til et annet konkret resultat. All kontraktstolkning skal således være individuell — dette er i hovedsaken hvad den objektive rett innskrenker sig til å si om saken.<sup>1</sup> Derfor er det ingenlunde i strid med et eldre «præjudikat» om de samme ordene blir tolket i en annen retning i en ny sak, idet sammenhengen og hele situasjonen kan vise at partene har tillagt dem en annen betydning.<sup>2</sup> Desto klarere er dette når det gjelder testamentstolkning. For her skal jo tolkningen ikke bare være individuell, men også subjektiv, og da står det jo i den beste samklang med rettsbudet at ett og samme uttrykk blir tolket i ulik mening i to forskjellige testamenter. — Alt dette betyr

<sup>1</sup> Ved siden av at den regelmessig skal ta objektive utgangspunkter.

<sup>2</sup> Når sånne individualiserende momenter mangler — f. eks. når det gjelder å tolke tariffen, planer eller andre stereotype kontraktsrammer — står saken derimot anderledes.

#### 44 OM RETTSLIGE STANDARDER, OG OM RASJONALISERINGEN

selvsagt ikke at eldre rettsavgjørelser er uten betydning når det ikke er tale om strenge abstrakte rettsregler. Tvert om er de til stor veiledning, både når det gjelder å illustrere de egentlige skjønnsreglene, og når det dreier sig om forhold hvor en individuell bedømmelse er uundværlig. Men det sier sig selv at domstolene her står friere enn ved de virkelige «præjudikatene», likesom det også kan disputeres om det ikke er rettest å forbeholde dette navnet for de dommene som legger egentlige rettsregler til grunn.

Hvad standardene angår, er det ikke mindre enn to grunner som hver for sig utelukker slavisk «præjudikatsdyrkelse» i forbindelse med dem: For det første er det et hovedtrekk ved standardene, at de forutsetter en individuell helhetsbedømmelse av hver eneste konkret situasjon. Og for det annet er den målestokken de henviser til aldri i ro, men i stadig bevegelse og utvikling. Men når rettsbudet inneholder en bevegelig faktor, må selv den stiveste præjudikatsdyrker gi tapt. Mere enn et autentisk bilde av øieblikkets rett kan det umulig forlanges at domstolens avgjørelser skal gi; selv ikke de mest høistærverdige dommere kan autoritativt foregripe morgendagens. Eldre høieste rettsdommer må derfor alltid betraktes med skepsis når det er en standard de har gjort bruk av; ofte har dommene bare retts-historisk interesse. Å føre dem kritikkløst i marken som «præjudikater», når det gjelder å kaste lys over hvad det nå ligger i en standard, er iallfall en misforståelse.<sup>1</sup>

Å fremheve så selvsagte ting skulde synes overflødig, men er det neppe. Juristene er så vant til å tumle med de egentlige rettsregler og så lite fortrolig med standardene og deres egenheter, at de uten videre fører over til disse hvad barnelærdommen har sagt dem om rettsreglene. Og præjudikatslæren er dessuten i sig selv så lite gjennomarbeidet hos oss, og så ensidig fremstillet med tanke på de egentlige rettsetninger, at det også av denne grunn er nyttig å klarne begrepene. At dette kan ha ganske stor praktisk betydning tør bl. a. den følgende avhandlingen vise.

---

<sup>1</sup> Herav følger selvsagt ikke at rettspraksis er uten verdi når det gjelder å rasjonalisere standardene. Tvert imot er jo dette nesten det viktigste materialet en har, jfr. foran s. 32.

# Grunnlovens § 97, særlig i formueretten.

§ 1.

## **Innledning.**

I. Det er ikke bare B. G. B. som har sine langtrekkende, «kongelige» paragrafer, ved siden av de mere kasuistiske, jevne og borgerlige. Heller ikke vår demokratiske grunnlov av 17 mai 1814 er fri for sånne rojalistiske innslag, og en av de paragrafene som hever sig over mengden i kraft og virkning er utvilsomt § 97. I all sin knapphet sier den at «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft».

§ 97 står i avsnitt E, hvor en rekke «Almindelige Bestemmelser» er samlet. Dens nærmeste naboer er § 95 som forbyr dispensasjoner og moratorier, § 96 som utelukker tortur og sier at ingen må dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom, § 99 som setter stopper for vilkårlig fengsling, § 100 som garanterer trykkefriheten, § 101 og § 102 som verner næringsfriheten og hjemmets frihet, og endelig § 105 som tilsier borgerne full erstatning av statskassen, hvis deres eiendom blir tatt fra dem til offentlig bruk.

Disse paragrafene er ikke bare naboer i ytre forstand, men i nær slekt med hverandre. De er fylt av samme ånd og har grodd på samme jord. Alle søker de å verne borgeren mot overgrep fra statsmaktens side, gi ham et fredlyst tilfluktsted som selv ikke regjeringen eller lovgivningsmakten kan ta fra ham. Og gjennom dem alle merker en den liberale og individualistiske tankegang som var en så viktig side ved den mektige n a t u r r e t t s l i g e ånds- og samfundsbevegelsen — den som just nådde sitt høydepunkt i tiden før Eidsvollsgrunnloven blev til. I skarp opposisjon til absoluttismens statstanke, som lot borgerne helt

rettløse overfor enevoldskongen, hevdet naturretsfilosofene at menneskene kommer til verden med visse medfødte, naturlige rettigheter som ikke engang staten kan ta fra dem, men som det tvert om er dens oppgave å forsvare og garantere. «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme», heter det i art. 2 i den berømte «Menneskerettighetenes erklæring» fra 1789. «Ces droits sont la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression.»

Såne rettighetserklæringer, der skulde være grunnlag for hele statsdannelsen, gav naturlige og adekvate uttrykk for tidens mentalitet og hele innstilling. Man hadde ganske visst svær tillit til loven som uttrykk for «la volonté générale». Men smertelige erfaringer opfordret unektelig til forsiktighet, og til å fjerne enhver mulighet for misbruk. Dette egnert grunnlovsformen sig godt for, siden såne lover står over den vanlige lovgivning. Det tiltalte også tiden at de nye fundamentale rettsprinsippene blev mere uforgjengelige på denne måten — brennende overbevist som man var om deres riktighet, og sikker på at de var evige og umistelige. En viss rolle spilte det kanskje også at man i disse «samfundskontraktens» tider fant det naturlig å uttale kontraktens grunnleggende bestanddeler uttrykkelig, og i en ekstra høitidelig form.

Hvorom allting er — i nesten alle de fri forfatningene som kom til verden i slutten av 1700-tallet blev såne erklæringer tatt inn. Alle de tre franske revolusjonsforfatningene hadde dem, og det samme hadde de fleste grunnlovene i de amerikanske enkeltstater, så vel som unionsforfatningen av 1787. Og det er ikke minst her Eidsvollsgrunnloven har sine forbilleder, iallfall når det gjelder de almindelige bestemmelsene i avsnitt E. Fullstendig enslydende med § 97 — som gir forbudet mot tilbakevirkning helt almindelig form — er dog ikke alle disse erklæringene. De fleste av dem innskrenker sig til å uttale prinsippet for straffelovers vedkommende. Det gjør således § 8 i menneskerettighetenes erklæring fra 1789, og det samme gjelder den amerikanske unionsforfatningens art. 1, seksjon 9. Frankrikes direktorialforfatning fra 1795 har derimot en videre formulering, idet den sier i art. 14 at «ingen lov kan ha tilbakevirkende kraft, enten det er en straffelov

eller en civil lov». Og i adskillige amerikanske enkeltstaters grunnlover blev setningen uttalt i tilsvarende vendinger, således i Tennessee's av 1776, New Hampshire's av 1784 og Ohios av 1803.

På Eidsvoll hadde flere av de grunnlovutkastene som blev forelagt Riksforsamlingen forbud mot å la lover virke tilbake. I *Alder—Falsens*, som på dette som på så mange andre punkter fikk særlig betydning, lød det: «Ingen må dømmes uten efter en lov der var publisert da forbrytelsen blev begått. Å gi en lov tilbakevirkende kraft (effectum retroactivum) er urettferdig.» Konstitusjonskomitéen, hvis formann var *Falsen*, redigerte forslaget litt anderledes: «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft eller gjelde før den er bekjentgjort.» Under redaksjonskomitéens behandling falt de siste ordene ut, og paragrafen fikk sin nuværende form.

II. Man får imidlertid ikke noe fullstendig bilde av de amerikanske bestemmelsene som forfatterne av § 97 hadde for øie, bare ved å gjengi forskriftene om den egentlige tilbakevirkning. Såvel i unionsforfatningen som i flere av enkeltstatenes grunnlover er nemlig tilbakevirkningsforbudet satt i forbindelse med andre regler som skal beskytte borgerne overfor staten, og denne sammenstillingen viser ikke bare hvilken atmosfære forbudet beveger sig i, men kaster også lys over reglen selv, så ubestemt og lite sigende som ordlyden i virkeligheten er.

Unionsforfatningens art. 1 § 9 inneholder som vi hørte et forbud mot å gi tilbakevirkende straffelover. Men § 10, som forbyr enkeltstatene å gjøre det samme, sier i samme åndedrett at de heller ikke må gi lover som svekker avtalers bindende kraft — «any law impairing the obligations of contracts». Louisiana's grunnlov av 1812 gir tilbakevirkningsreglen følgende form: «Ingen straffelov må gis tilbakevirkende kraft; ei heller må noen lov besluttes som svekker kontraktens gyldighet, eller som tilintetgjør velerhvervede rettigheter, medmindre det skjer for den offentlige nyttes skyld og mot passende erstatning.» Langt viktigere er det dog at en lignende bestemmelse også kom inn i selve konstitusjonen gjennom det såkalte «5. amendment» der blev vedtatt i 1791, og som gikk ut på at borgerne ikke ved

en unionslov kunde bli «deprived of life, liberty or property without due process of law».<sup>1</sup>

Når slike setninger er stillet ved siden av tilbakevirkningsforbudet og fra første ferd oppfattet i tilknytning til dette, ligger den slutningen unektelig nær, at også forbudet mot tilbakevirkning vil gi borgerne beskyttelse mot at nye lover bryter inn i rettsposisjoner som eldre lovgivning har anerkjent, eller som det kort pleier å uttrykkes, mot at «velerhvervede rettigheter» blir tilintetgjort. Som vi senere skal se, har man i praksis alltid oppfattet grl. § 97 sånn, og derfor har jeg funnet det nyttig å gjengi de nevnte amerikanske bestemmelsene med en gang. Dels kan de tjene til forklaring på at § 97 er blitt forstått som den er blitt, dels kan man hente viktige bidrag til forståelsen av vår egen grunnlov ved å se på hvordan de amerikanske parallellreglene er blitt praktisert gjennom tiden.<sup>2</sup>

III. Bortsett fra enkelte av leddstatene i U. S. A. er det for tiden ikke andre grunnlover enn den norske, som har et helt almindelig forbud mot at lover virker tilbake. Når det gjelder straffelover er stillingen derimot en annen; her er jo tilbakevirkning også særlig oprørende.<sup>3</sup>

Men fordi om grunnloven tier, behøver det ikke være noe ukjent prinsipp i et lands civilrett at lover skal virke fremover og ikke tilbake. Tvert imot er denne setningen almindelig anerkjent, og et standpunkt som det *J u s t i n i a n* i sin tid

---

<sup>1</sup> Ved et amendment fra 1868 — 14. amendment — blev et lignende forbud også uttalt for enkeltstatenes lovgivning.

<sup>2</sup> At det er naturlig sammenheng mellem de grunnlovbestemmelsene som søker å verne borgernes liv, frihet og eiendom mot lovgivningsmakten, og de som tar sikte på å hindre tilbakevirkning, er innlysende den dag idag. I Finland har man således ikke noe forbud mot dette siste; men regjeringsformens § 5 og § 6 garanterer borgernes likhet for loven, og lover også at de skal være «tryggad enligt lag till liv, ära, personlig frihet och gods». Herom sier *B j ö r k s t e n* (Tidsskrift utg. av Juridiska Föreningen i Finland 1925 s. 476) at «de stadgandenden som förläna visse rättigheter grunnlagsskydd, praktisk komma att betyda det-samma som et begränsat förbud att gi lagar tilbakeverkande kraft». — At det langt-fra er likegyldig om grunnlovforbudet har den ene eller annen form må dog straks betones.

<sup>3</sup> Både i eldre tid og i den aller nyeste er det som man vet gjort skandaløse brudd på prinsippet i utlandet.

inntok, og som gikk ut på at alle fremtidige rettstvister skulde bedømmes etter hans nye lovbok, vilde nå for tiden bli stemplet som barbarisk — antagelig overalt. I enkelte land har prinsippet om at lover ikke virker tilbake fått plass i civilrettskodifikasjonene, f. eks. i den franske av 1804 og den sveitsiske av 1907. Andre steds — f. eks. i Tyskland og England — holder man setningen for så sikkert hjemlet i sedvaneretten at man ikke har følt trang til å uttale den i lovs form.

Allikevel er det en vesensforskjell mellom disse landene og vårt eget, hvor forbudet mot å gi lover tilbakevirkning er tatt inn i selve grunnloven. I Frankrike og Sveits f. eks., er setningen uttrykk for et lovgivningsprinsipp som statsmaktene har knesatt, og som får betydning når det gjelder å tolke forskrifter hvis herredømme i tiden lar rum for tvil; men hvis en lov sier med rene ord at den ønsker å virke tilbake, må også denne siden av loven respekteres. Hos oss vilde det derimot være *r e t t s t r i d i g* å gi en sånn lov, fordi tilbakevirkning er forbudt i en overordnet rettsnorm, grunnloven. Men samtidig har setningen naturligvis også den annen og svakere virkning, at man ikke i utrensmål bør tolke en lov sånn at den virker tilbake, når den ikke sier dette med rene ord.

Men også *i n n h o l d e t* av tilbakevirkningsforbudet blir forskjellig, eftersom det optrer som et tolkningsprinsipp med almindelig lovkraft, eller som et ubetinget forbud i grunnlovs form. I siste fall må setningen nemlig formes langt forsiktigere enn i første. For som *C a s t b e r g* sier (II s. 241) er det tenkelig «at lovgiveren kan ha god grunn til å skåne visse interesser, og at dommeren kan være opfordret til å fortolke loven slik at disse interesser skånes, uten at lovgiveren derfor er forfatningsrettslig forpliktet til å skåne dem». Dette må man ikke glemme, når man leser fremmede forfatteres betraktninger om hvordan loven virker i tiden.<sup>1</sup>

Det er altså motsetningen mellom grunnlov og lov som setter det norske tilbakevirkningsforbudet i en annen stilling enn

---

<sup>1</sup> Disse uttalelsene er visst *M o r g e n s t i e r n e* uenig i. I Tillegg s. 8 sier han nemlig at «det praktisk talt neppe gjør noen stor forskjell, enten forbudet mot tilbakevirkende lover finnes i grunnloven eller i den almindelige lovgivning».



f. eks. det sveitsiske eller franske. I en artikkel i Statsvetenskaplig Tidskrift for 1925 s. 301 ff. («Till frågan om lagars grunnlagsenlighet») sier Karl Olivecrona, at denne motsetningen faller sammen med en annen kjent motsetning, nemlig mellom naturretten og den positive rett. Denne uttalelsen er i høi grad egnet til å misforståes. Hvis den bare sikter til at grl. § 97 — som så mange andre bestemmelser i vår grunnlov — er en avlegger av de rettsidealer som naturrettslærerne i sin tid gjorde sig til talsmenn for, er det ingenting å innvende. Heller ikke hvis Olivecrona vil fremheve at tilbakevirkningsforbudet forutsetter en vurdering ut fra visse rettferds- og rimelighetsprinsipper som grunnloven ikke selv spesifiserer, og som godt kan sies å ha «naturrettslig» preg; dette er jeg, som det fremgår av det følgende, ganske enig i. Men er det meningen å hevde at forskriften i § 97 ikke hører den positive rett til, er misforståelsen påtagelig. Selv i land hvor domstolene ikke kan prøve om lovene stemmer med forfatningen vilde det ikke være heldig å kalle grunnloven for «en lapp papir», når den vender sig mot lovgivningsmakten og setter grenser for hvad den kan foreta sig. Desto galere blir det her i Norge, hvor domstolene har denne retten.

IV. I selve grunnloven står det ganske visst ikke et ord om dette. Og kunde man interpellere grunnlovsfedrene i deres graver, er det ikke sikkert de vilde bekrefte at domstolene skulde ha en sånn rett.<sup>1</sup> Våre eldre statsrettsforfattere mente også gjennomgående at grunnloven ikke skulde forstås på denne måten, og så vel fra et tolkningsynspunkt som lovgivningspolitisk sett kan det anføres adskillig til fordel for dette standpunkt.

Hvad grunnloven egentlig tenkte sig om saken har imidlertid bare historisk interesse idag. Ganske visst er domstolenes rett til å prøve grunnlovmessigheten av lover ikke slått dramatisk fast ved en enkelt dom, sånn som John Marshall gjorde det i U. S. A. gjennom Marbury—Madison-dommen i 1803. Men spørsmålet er allikevel ikke tvilsomt. Kraftig støttet og opmuntret av den senere teori — først og fremst av Aschehoug og

---

<sup>1</sup> Se især Lie: Dokument nr. 13 s. 43 ff.

M o r g e n s t i e r n e — har rettspraksis gitt mange og utvetydige beviser for at domstolene mener sig å ha både rett og plikt til å prøve om de lover som påberopes stemmer med grunnloven. Og dette standpunkt har — iallfall forutsetningsvis — også fått tilslutning i lovgivningen, gjennom § 2 i lov 25 juni 1926 om forandring i lovgivningen, gjennom Høiesterett hvor det heter: «Når det under Høiesteretts behandling av en sak viser sig at tre eller flere av rettens medlemmer vil bygge avgjørelsen på at en bestemmelse i en lov, stortingsbeslutning eller provisorisk anordning er i strid med grunnloven, skal spørsmålet om bestemmelsen er i strid med grunnloven forelegges for den samlede Høiesterett, som avgjør det ved kjennelse.»

Hvad det skal til for at en lov må erklæres for grunnlovstridig er det derimot ikke samstemmighet om. Enkelte forfattere — først og fremst M o r g e n s t i e r n e — hevder energisk at konflikter mellom grunnlov og lov må løses etter akkurat samme linjer som når to lover støter sammen. Andre, som A s c h e h o u g og M i k a e l L i e, mener at domstolene skal være forsiktige med å sette lover til side, særlig når de to andre statsmaktene har drøftet spørsmålet inngående og funnet at forholdet til grunnloven er i orden. — Spørsmålet kan være viktig nok, og jeg skal i en annen forbindelse komme tilbake til det (§ 10). Men foreløbig kan det stå åpent. På dette trin av undersøkelsen er det nok å slå fast at når grl. § 97 forbyr lover å virke tilbake er dette en f u l l t e f f e k t i v, p o s i t i v- r e t t s l i g b e s t e m m e l s e, der håndheves av domstolene som andre rettsnormer. Denne ordningen av forholdet mellom grunnlov og lov stemmer ikke bare med gammel praksis i U. S. A., men har også vunnet tilslutning i flere andre land i de senere år.

V. Grl. § 97 er en central bestemmelse i norsk retts- og samfundsliv. Den lever så visst ikke bare på papiret, men påberopes titt og ofte, både i den politiske diskusjon og for skranken. Og ikke minst i vårt eget århundre har domstolene ganske ofte satt lover til side, fordi § 97 kom i veien.<sup>1</sup> Det

<sup>1</sup> Dette forklarer også at det i de senere år er fremsatt mange forslag om å opheve hele paragrafen. Et av de mest kjente er M i k a e l L i e s fra 1923, trykt som St.dok. nr. 13 for 1923.

er derfor svært viktig å være klar over hvad det egentlig ligger i bestemmelsen, og hvilke skranker den stiller for lovgivningsmakten på de forskjellige områder av samfundslivet.

## § 2.

### § 97 i teorien og i rettspraksis.

I. Det faller naturlig å begynne undersøkelsen av § 97 med et referat av hvordan teorien har tolket bestemmelsen ned gjennom tiden. For selv om den ikke i ett og alt har bestemt domstolenes avgjørelser, har teorien — og ikke minst de teoretiske formuleringer av spørsmålene — spilt stor rolle i rettspraksis, og gjør det for den saks skyld enda.

Noen «bewährte Lehre» om innholdet av § 97 kan det ikke sies at vi har. Tvert om har teorien sett nokså forskjellig på paragrafen fra 1814 og til nå. Og utviklingen er forsåvidt intressant, som de seneste uttalelsene om spørsmålet nærmer sig sterkt de standpunkter våre eldste grunnlovstolkere inntok.

1. At § 97 ikke bare forbyr domstolene å anvende lover som ennå ikke er vedtatt er oplagt, og har aldri vært betvilt; et sånt forbud vilde jo også ha vært temmelig overflødig. Men bortsett fra dette har det vist sig vanskelig å bli enig om hvor langt forbudet mot tilbakevirkning rekker.

De første forfatterne som skrev om § 97 uttalte sig meget forsiktig om den. De var klar over at det var vanskelig — kanskje umulig — å bestemme generelt hvad tilbakevirkende kraft vil si, og lot det derfor klokkelig stå litt i det blå. At man ikke kunde ta setningen bokstavelig, sånn at alle rettsforhold og rettigheter skal være sakrosankte og eldre kjensgjerninger stå helt under den tidligere rett, var de fleste av dem dog på det rene med, skjønt uttrykkene naturligvis varierer fra mann til mann.

I sin bok om «Norges grunnlovbestemte rett» fra 1833 behandler Fredrik Stang § 97 temmelig inngående, og sier bl. a. (s. 607): «I den store ubestemthet om hvad der skal

anses for tilbakevirkende kraft av en lov, siden ikke sjelden enhver skade noen lider ved forandrede samfunnsinnretninger anføres som eksempel på lovers tilbakevirkende kraft, turde det være fornødent å bemerke at setningen i grl. § 97 naturligvis ikke må utstrekkes videre enn nødvendig er, forat den kan få betydning og fyldestgjøre et ubetinget og til enhver tid gjeldende rettferdighetskrav» (uth. av mig). Ut fra dette synspunkt sonderer Stang mellom lover som gir sig direkte anvendelse på eldre rettsforhold, og de som bare indirekte har sånn virkning. Efter hans mening kan innholdet av § 97 omskrives omtrent slik: «Ingen ny lov må således innsettes eller anvendes, at derved til skade for noen skjer direkte forandring i noe før loven utkom allerede eksisterende rettsforhold eller rettighet, der ikke efter sitt vesen og sin grunn måtte av enhver vedkommende betraktes som foranderlig eller avhengig av statsstyrelsens dom om det til enhver tid for samfundets tarv hensiktsmessige» (s. 610).

G a a r d e r slutter sig nær til Stang i sitt skrift «Fortolkning over grunnloven» (1845). Han sier om § 97 at «det gjelder om denne almensetning som om de fleste andre sånne at den ikke kan tas like efter ordene, men må forstås med visse nærmere bestemmelser og begrensninger» (s. 447). Hvilken begrensning han tenker sig forklarer han på s. 449: «Grunnloven kan ikke antas å ville ha § 97 forstått i noen annen betydning eller videre utstrekning enn den hvori den gjalt og gjelder i den juridiske verden, og hvorefter den fortolket i overensstemmelse med dens grunn og forholdenes vesen viser sig som et ubetinget rettferdighetskrav (uth. av mig), mens den tatt ubetinget efter ordene eller undergitt en utstrakt forklaring og bortsett fra de rettsforholds natur som affiseres av den nye lov eller måten hvorpå dette skjer, vilde komme i strid med den rettferdighetsfordring hvorpå setningen hviler, og så godt som stanse all utbedring av lovgivningen og samfunnsinnretningene.»

I det juridiske fakultets betenkning av 18. januar 1841 om det bergenske bakerlaugs privilegier (gjengitt i Rt. 1895 s. 292) kommer S c h w e i g a a r d og M o t z f e l d t inn på grl. § 97, og på spørsmålet om domstolene i tilfelle kunde sette den loven

til side som hadde ophevet bakerlaugets privilegium. «Det vil formentlig lettelig erkjennes,» uttaler fakultetet, «hvor mislig og farlig for den borgerlige rettsorden det vilde være å gjøre lovens kraft og gyldighet avhengig av fortolkningen av en efter sin natur så ubestemt og i så almindelige ord uttrykt rettsregel (uth. av mig) som den i grl. § 97 uttalte. En lovs «tilbakevirkende kraft» er et begrep av en så forviklet og vanskelig natur, at det ikke på noen måte kan ha formodningen for sig at det skulde aktes noen tillatt med juridisk virkning i påkommende tilfelle å bestride den anskuelse derav hvorfra den lovgivende makt selv er gått ut.»

Munch-Ræders standpunkt («Den norske statsforfatnings historie og væsen» (1841) s. 179) er særeget, forsåvidt som han mener at tilbakevirkningsforbudet efter sin natur burde være en smidig grunnsetning, mens grl. § 97 har gjort det til en stiv og absolutt rettsregel: «Måskje er der skjedd mere skade enn gagn ved å gjøre en grunnlovsbestemmelse av denne i vår, som i enhver rettfærdig lovgivning, forlengst anerkjente grunnsetning. Den har derved ophørt alene å være en regel som svevet lovgiver og dommer for øinene mens den lempedes efter omstendighetene; men den er blitt absolutt stringent forskrift. Som, sånn er den ofte vanskelig å iaktta og kan ofte sette dommeren som skal adlyde både den offentlige og private lov i pinlig forlegenhet; den leder dessuten til resultater som man oprinnelig neppe har tenkt sig, f. eks. at ikke heller lover som formilder forhen bestående straffebestemmelser kan anvendes på de før deres ophevelse begåtte overtredelser.»

Winter-Hjelm («Om grunnlovens prinsipper» (1863) s. 56) forstår uttrykket «tilbakevirkning» sånn, at «strengt tatt har enhver lovforandring tilbakevirkende kraft, forsåvidt den forrykker de forutsetninger hvorefter man har trodd å kunne legge sine planer, og i større eller mindre mon har innrettet sig». Men da grl. § 97 ikke kan antas å beskytte enhver sånn forventning, må den ikke tas strengt på ordet, uten at forfatteren dog angir nærmere hvad det blir igjen av paragrafen.

Ørsted har ved flere leiligheter uttalt sig om lovers herredømme i tiden. I første bind av Haandbogen (gjengitt i hans «Privatrettslige Skrifter i Udvalg» 1 Afdeling, 1930 s. 52 ff.)

gjør han således inngående rede for hvad det ligger i setningen om at lover ikke må virke tilbake, når den betraktes som et lovgivningsprinsipp og som en naturlig grunnsetning for tolkningen. I en anmeldelse av *M u n c h-R æ d e r* (Tidsskrift for litteratur og kritik 1841 s. 339—40) betrakter han prinsippet fra den side som har umiddelbar interesse for oss, nemlig som et grunnlovsmessig bånd på lovgivningsmakten. Han mener det er betenkelig å gi en ubestemt setning som tilbakevirkningsforbudet så stor kraft og betydning, og understreker at man ikke kan ta § 97 umiddelbart på ordet: «Grl. § 97 har vel kun opstillet en almindelig erkjent rettsetning», sier han, «men foruten at denne har sine bestemte undtagelser, f. eks. m. h. t. formildende straffelover, så behøver dens betydning også iøvrig mangfoldige bestemmelser og begrensninger for ikke å legge en uoverskridelig hindring i veien for beriktigelsen av en ufullkommen og forvansket rettstilstand.»

2. Sin egentlige karriere i norsk rettsteori — og for den saks skyld også i domspraksis — skylder grl. § 97 imidlertid *A s c h e h o u g*. I sitt tre binds verk om «Norges nuværende Statsforfatning», hvis første utgave blev avsluttet i 1885, skrev han ikke mindre enn 200 sider om paragrafen. Og skjønt de resultatene han kom til ikke alltid var rimelige, og heller ikke stod så ubetinget godt til hverandre, har hans behandling av § 97 nydt stor anseelse hos domstolene, helt frem til våre dager.

*Aschehoug* begynner med å si at «forbudet i grl. § 97 umulig kan opfattes således at det avskjærer lovgivningen all adgang til å forandre en allerede stedfunnen kjensgjernings rettslige betydning» (s. 94). Leste man det sånn, vilde det nemlig «berøve den lovgivende makt nesten all evne til å omdanne rettstilstanden eftersom rettferdigheten eller samfundets tarv krever det». Men den innsnevring av ordlyden som må til finner man ikke ved å følge de anvisningene som *S a v i g n y* og *L a s s a l l e* hadde gitt. *S a v i g n y* hevdet at det bare var lover om erhverv og tap av rett som ikke måtte virke tilbake, mens man stod helt fritt når det gjaldt å regulere rettighetenes «tilværelse» til enhver tid. *L a s s a l l e*s lære var enda ugunstigere for de «erhvervede rettigheter». Siden en rett aldri kan bestå i strid med den almindelige rettsbevissthet, var det efter hans mening ikke utilstedelig

å endre eller opheve eldre rettigheter, hvis rettsbevisstheten ikke lenger kunde godta dem. Ingen av disse teoriene stemmer ifølge Aschehoug med den norske grunnlov. Men det vilde ikke være mindre uriktig å skrive om § 97 sånn, at nye lover aldri «må gis innflytelse på allerede erhvervede rettigheter» (s. 106). Det er slett ikke all innvirkning på eldre rettigheter grunnloven vil til livs. Det den vil hindre er at bestående rettigheter blir krenket av nye lover, og det er ikke alltid tilfellet fordi om de blir ophevet eller omdannet (s. 108). Grensen mellom tillatt påvirkning og utilstedelige «krenkelser» eller «inngrep» kan imidlertid ifølge Aschehoug ikke angis generelt, men må «bero på det mål av rettsikkerhet en civilisert stat skylder individet».

Med denne smidige almenstemningen er Aschehoug i god overensstemmelse med hvad de eldre grunnlovstolkerne, med Fredrik Stang i spissen, gjennomgående hadde ment om paragrafen.<sup>1</sup> Men i motsetning til dem nøide han sig ikke med dette, men søkte å komme tilbakevirkningsforbudet nærmere inn på livet, for å gi rettsanvendelsen noe mere bestemt å holde sig til. Efter å ha understreket at man ikke kan angi i en presis og abstrakt setning når det er tillatt å la nye lover «virke tilbake», fremhever Aschehoug at avgjørelsen på den annen side heller ikke beror på et vilkårlig skjønn. Gjelder det eldre rettigheter, må det avgjørende være om de er «tillagt individet vesentlig for dets egen skyld, eller vesentlig for andre personers eller for hele samfundets skyld». De første er helt ukrenkelige, mens de siste «når som helst må kunne forandres eller endog ganske opheves» (s. 108—109). Hvad nye forpliktelser angår, må det sondres: De som «efter sin natur må være selvpåtatt» kan ifølge § 97 ikke knyttes til eldre handlinger eller kjensgjerninger. Det kan loven derimot gjøre med andre forpliktelser, og det selv om handlingene «derved kommer til å medføre rettsvirkninger handlingsmannen ikke hadde kunnet forutse da han foretok dem» (s. 111.) Men heller ikke disse setningene er ifølge Aschehoug almengyldige. Det viser sig nemlig når man går spørsmålene riktig på klingen, at «det sanne innhold av forbudet mot å gi lover tilbakevirkende

<sup>1</sup> At Aschehoug i motsetning til de fleste av disse holdt på at domstolene skulde prøve spørsmålet er en annen sak.

kraft ikke kan utvikles gjennom så abstrakte setninger (som de nevnte og en del andre), men først ved å betrakte dette forbud i anvendelse på de forskjellige slags rettsforhold» (s. 132). Dette tar han sig så fore i de 150 sidene som er igjen av fremstillingen.

Det er en lang rekke enkeltregler, meget detaljerte og tilsynelatende helt absolutt formet, som Aschehoug her stiller op. Blandt de mest kjente er setningen om at nye kontraktslover aldri kan anvendes overfor eldre avtaler, og at også visse næringsrettigheter står i tilsvarende gunstige stilling. Derimot er hverken § 97 eller § 105 til hinder for at en eiers rådgighetsadgang blir innskrenket eller gjort illusorisk ved ny lovgivning, og heller ikke kan en fordringshaver beklage sig, hvis en ny lov forbyr skyldneren å foreta handlinger som han kontraktmessig hadde forpliktet sig til.

3. Ved siden av Aschehoug er det særlig Morgenstierne som representerer den klassiske norske statsretts-teori om grl. § 97. I det vesentlige holder han Aschehougs lære fast, men foretar en ikke uviktig, prinsipiell forskyvning av den. Morgenstierne begynner med å si at § 97 har betydning både på de økonomiske rettsområder og på de mere personlige. Når det gjelder økonomiske interesser må forbudet mot tilbakevirkning imidlertid modifieres og begrenses gjennom en analogi fra grl. § 105, sånn at paragrafen må leses som om den sa: «Lover må ikke — eller forsåvidt økonomiske rettigheter angår, ikke uten full erstatning til skadelidende — gis tilbakevirkende kraft.» (Den norske satsforfatningsrett, 3. utg. s. 398.)

Når der foreligger grunnlovstridig tilbakevirkning vil heller ikke Morgenstierne uttrykke i noen enkelt almenning. Han er enig med Aschehoug i at det spiller stor rolle i så måte, om rettsforholdet eller rettigheten er utformet med tanke på innehaveren eller på samfundet. Men mens Aschehoug brukte dette momentet som tolkningsmiddel overfor grunnloven — altså for å finne ut hvad det ligger i ordene «tilbakevirkende kraft» — tar Morgenstierne et skritt til: Med uthevet trykk forklarer han at spørsmålet om hvor langt nye lover kan gå overfor eldre rettsforhold og rettigheter «prinsipielt ikke beror på en fortolkning av grl. § 97, eller overhodet på en utvikling av hvad der skal forstås ved et forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft, men på en fortolk-



ning av de eldre lovbud som hjemler personen denne rettstilling» (s. 370). Men da lovene gjerne er tause i så henseende, blir det ikke stor praktisk forskjell mellom ham og Aschehoug.

Også Morgenstjerne formulerer dessuten en rekke enkelte setninger om hvor langt forbudet mot tilbakevirkning rekker. Som regel er han enig med Aschehoug, men dissenterer dog leilighetsvis. Særlig mener han at lovgivningsmakten ikke kan foreta en hvilken som helst beskjæring av rådighetsinnholdet i eiendomsretten, uten at hverken § 97 eller § 105 kommer eieren til undsetning. Hvis innskrenkningen går så vidt at den tar omtrent all glede av tingen fra eieren, vil Morgenstjerne gi ham krav på erstatning, mens Aschehoug ikke vilde det.

4. Som vi så var både Aschehoug og Morgenstjerne tilbøielige til å anbefale at § 97 blev løst op i en rekke mindre setninger som gav domstolene noe mere konkret å holde sig til. Av disse setningene skal forstås og behandles som selvstendige og absolutte rettsregler sies ganske visst ikke uttrykkelig, men er en slags underforstått forutsetning. Helt bevisst trer denne opfatningen frem i *F r e d e C a s t b e r g s* skrift «Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft» fra 1919. Han sier selv i forordet, at han i motsetning til Aschehoug — som fortrinsvis interesserte sig for alle enkeltspørsmålene — vil forsøke å nå frem til en virkelig *t e o r i*, gjennom å stille op en rekke, generelle ledesetninger «som uttrykk for gjeldende rett». Disse setningene skulde så anvendes umiddelbart av domstolene, uten at det trengtes noen konkret, skjønnsmessig vurdering av tilbakevirkningen i hvert enkelt tilfelle.

Sine enkeltresultater når Castberg frem til ved sproglig analyse av ordene «virke tilbake», og ved å holde dette sammen med øiemedet for § 97. Efter hans mening er dette «å s k a p e b e r e g n e l i g h e t — å gjøre det mulig for borgerne å forutsi sin fremtidige rettstilling» (s. 51). Heri ligger igjen to ting: «Borgerne må for det første kunne stole på at deres handlinger og undlatelser ikke skal trekke byrder efter sig som gjeldende lov ikke gir noe varsko om. Dernest må borgerne kunne stole på at deres rettigheter i. h. t. gjeldende lov ikke skal bli berøvet dem ved fremtidig lov, uten at de selv kan avverge det.» Ut fra denne tankegang antar Castberg at man kan omsette § 97 i to skarpe

og absolutte forbud: 1) mot å knytte uberegnelige og skadelige rettsfølger til eldre handlinger eller begivenheter og 2) mot å røre ved eldre rettigheter, uten som følge av tilregnelige, fremtidige handlinger eller undlatelser fra eiernes side. Denne opfatningen, som gjennomføres med stor konsekvens i resten av boken, fører ikke alltid til rimelige resultater.<sup>1</sup> Det er dog liten grunn til å gå nærmere inn på dette, idet Castberg nå har modifisert sine tidligere meninger, jfr. «Norges Statsforfatning» II, s. 233 ff.

I denne boken holder han fast at det ikke er nok å si — som f. eks. *M i k a e l L i e* hadde gjort — at nye lover ikke må virke tilbake «så sant dette vilde føre til urettferdighet». Han vil fremdeles opstille en mere objektiv og detaljert «teori». For å nå frem til denne legger han som i 1919 vekt på det øiemed han finner uttrykt i § 97, og som han beskriver omtrent som dengang. Han ser det også stadig som de to viktigste sidene ved § 97 at nye byrder ikke må knyttes til eldre handlinger, og at eldre rettigheter ikke må «angripes på den måte at den nye lov knytter nye rettsfølger til handlinger eller begivenheter som i tid ligger foran loven» (s. 248). Men disse setningene hevdes ikke lenger så absolutt og undtaksfritt som før. Forfatteren er klar over at de må håndheves med en viss skjønnsomhet, og at de nok kan trenge tilbygning eller lempning under hensyn til de konkrete forhold.

5. I «Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett» (1921) kom også *j e g* inn på grl. § 97, til dels også på § 105. Noen allsidig behandling tok jeg ikke sikte på — det var som et ledd i forsøket på å vise hvilken betydning formålet kan ha for rettstridsgrensen at jeg overhodet kom til å streife dem. Men fremstillingen gav mig anledning til å anstille visse prinsipielle betraktninger over § 97 — i ganske sterk motsetning til daværende, gjengs teori.

Mitt grunnsyn på bestemmelsen uttrykte jeg på s. 61, hvor det sies at den efter sin natur er «et kompromiss mellom rettighetshaverens interesse og rettsutviklingens krav på albuerum». «På den ene side ønsker nemlig grl. å sikre de private rettighetshavere, å gi dem en trygget rådighetssfære som ikke senere lovgivning skal kunne frata dem. Men p. d. a. side kan grl. ikke være blind for at hvis de private rettigheter var absolutt hevet

<sup>1</sup> Se eksemplene i min bok om «Hensikten» s. 53 ff. og *K n o p h o g L i e* s. 5.

over loven, slik at denne ikke i minste måte kunde antaste dem, vilde dette bety fullkommen stagnasjon i rettsutviklingen» (54). De skranker for lovgivningsmakten som disse synsmåtene resulterer i kan ikke være faste og uforanderlige, og lar sig ikke uttrykke i absolutte og abstrakte regler. De må være *s m i d i g e*, sånn at de både er gjenstand for en viss skjønnsmessig bedømmelse i det enkelte tilfelle, og sånn at de følger med i rettsutviklingen, og ikke blir «stående på rettsbevissthetens standpunkt av 1814» (s. 50).

For bedømmelsen av grunnlovmessigheten spiller bl. a. reglenes *f o r m å l* stor rolle. For det første må det alltid ligge virkelige samfundshensyn bak et inngrep i eldre rettsforhold, og lovgiveren må opptre åpent og lojalt, idet det ikke nytter å kamouflere det formålet som driver ham. Dernest har det stor betydning hvor nødvendig det er å ofre de bestående rettsforhold og interesser, og hvor sterke og berettiget disse interesser er i sig selv. I denne forbindelse festes bl. a. oppmerksomheten ved at *s i t u a s j o n e n* kan få innflytelse på bedømmelsen av tilbakevirkningen (s. 63) og ikke mindre det *k v a n t i t a t i v e* moment, om inngrepet er mere eller mindre vesentlig (s. 61). Disse synsmåtene anvendes så til kritikk av visse almindelige setninger som eldre forfattere hadde ment å kunne trekke ut av grunnloven.

6. I en utredning fra 1923 om «Eiendomsrett og Statsmonopol» gjør *S k e i e* gjeldende et syn på grl. § 97 og § 105 som i meget faller sammen med hvad jeg hadde uttalt i «Hensikten». Han kritiserer skarpt *Aschehoug*s lære om at det aldri blir tale om erstatning, når loven innskrenker eiendomsrådigheten. Ikke alene finner han det klart at lovgiveren ikke kan «uthule eiendomsrådigheten ved påbud og forbud med senere ekspropriasjon for øie», men grunnloven er heller ikke tilfredsstillet ved at man lar eieren beholde den juridiske rådighet og eiernavnet, mens man tar den fysiske fra ham (s. 279). Videre fremholder *Skeie* (s. 288) at «når man skal avgjøre om et forbud kan gjennomføres uten erstatning til den skadelidende, må det alltid først undersøkes i hvilket øiemed og under hvilke omstendigheter innskrenkingen er gjort».

7. Et viktig bidrag til forståelsen av § 97 blev samme år gitt av *Mikael Lie*. Justisdepartementet hadde gitt ham i

opdrag å uttale sig om de foreliggende forslag til ophevelse av § 97, og hans betenkning blev trykt som «Dokument nr. 13» (1923), med undertitlen «Betenkning angående grl. § 97 og 105 og om domstolenes myndighet til å prøve lovers indre gyldighet».<sup>1</sup> Lie fremholder her at det hverken historisk eller saklig er riktig å legge inn alle de setningene i § 97 som teorien hadde vært tilbøielig til, for å verne individet og dets «velerhvervede rettigheter» (s. 53 ff.). Våre eldre statsrettslærere, som stod grunnloven og dens ånd nærmere, hadde ikke oppfattet § 97 sånn, men som et almindelig og elastisk rettferdskrav som lovgivningen til enhver tid skulde respektere. Lie var enig i dette, og fant det også bekreftet i forarbeidene til § 97, særlig i Adler-Falsens utkast. Bortsett fra strafferetten, hvor forbudet mot tilbakevirkning var ubetinget og «rigorøst», måtte § 97 efter hans mening leses slik, at «en ny lov ikke skal virke tilbake så sant dette vilde føre til urettferdighet. Lenger kan man ikke nå med en sånn enkelt kort sats, og mere kan det ikke legges i grl. § 97» (s. 57).

8. Det var dog ikke Mikael Lies tanke at man skulde sette punktum efter denne almindelige setningen, og overlate anvendelsen av den helt til domstolene. Formålet for hans utredning var å ta stilling til om § 97 burde opheves, ikke å gi alle de bidrag til dens forståelse som overhodet stod i teoriens makt. På flere steder i betenkningen erklærer han sig enig i det jeg hadde skrevet om formålets betydning for grunnlovsspørsmålet (s. 63, jfr. s. 57), og dette viser at han var på det rene med at almenheten om urettferdig tilbakevirkning nok kunde trenge nærmere belysning i enkelthetene.

På min side syntes jeg straks at Mikael Lies formulering gav adekvat uttrykk for den opfatningen av § 97 som jeg selv hadde søkt å gjøre gjeldende. At Lie og jeg i virkeligheten var skjønt enig om hvordan bestemmelsen burde leses og behandles viste sig da også i en «Betenkning om grunnlovsmessigheten av ikrafttredelsesbestemmelsen i skattelovsnovellen av 3. mai 1918» som vi utarbeidet sammen, og som blev trykt i 1923. I tilslutning til Lies utredning begynte vi med å si, at det efter vår mening hadde «vært grunnlovgivernes fornemste hensikt å skape borgerne et

<sup>1</sup> Den er også kommet ut som bok: «Domstolene og grunnloven».

vern mot vilkårlighet fra lovgivningens side, sikre dem mot den tilbakevirkning som må stemples som urettferdig» (s. 2). Denne grunnsetningen var etter sin natur skjønnsmessig og elastisk, og lot sig ikke «snøre inn i faste og abstrakte formler» som i detalj og en gang for alle slo fast hvad det var grunnlovstridig tilbakevirkning, og hvad ikke. Vi tok derfor avstand fra de tendenser i denne retning som hadde gjort sig gjeldende i teorien fra Aschehoug og fremover, enten det nå skjedde ved å ta beregnelighetssynspunktet til hjelp, eller ved å falle tilbake på mere eller mindre aprioriske forestillinger om «velerhvervede rettigheter» (s. 4 ff.).

Men dette betydde ikke at vi frakjente disse synsmåtene all betydning, eller anså tolkningen for uttømt når § 97 var redusert til et forbud mot urettferdig (eller vilkårlig) tilbakevirkning. Til ytterligere belysning anførte vi bl. a. at dommen om dette avhang av omstendighetene i hvert enkelt foreliggende tilfelle, og at den også stod «i nøie avhengighetsforhold til den almindelige rettsbevissthet og den fremadskridende rettserkjennelse» (s. 6). I tilslutning til Aschehoug betonet vi også at «grunnlovsforbudets gjennomslagskraft blir ytterst forskjellig på de forskjellige rettsområder», og at det nok også hadde «en viss betydning å sondre mellom de tilfelle at en ny lov knytter sine regler til eldre handlinger og til en foreliggende tilstand». — Også beregnelighetssynspunktet hadde efter vår mening krav på oppmerksomhet. Men hverken dette eller de spesielle setningene som teorien hadde arbeidet med hadde mere enn s y m p t o m a t i s k og v e i l e d e n d e betydning. De måtte «aldri få lov til å fordunkle den store hovedsetning som forbudet mot tilbakevirkning gir uttrykk for: Alene den inngripen i eldre retts- og livsforhold som den almindelige rettsopfatning stempler som vilkårlig og urettferdig er det grl. forbyr» (s. 7).

9. De bidragene til belysning av § 97 som senere er kommet går gjennomgående i den retning som M i k a e l L i e — og til dels jeg selv — hadde anvist.

I en kort artikkel i Rt. 1935 s. 33: «Noen bemerkninger om grl. § 97 og § 105» kritiserer således A u g d a h l M o r g e n s t i e r n e s opfatning av § 97, og sier at «innholdet av § 97 jfr. § 105, anvendt på inngrep i bestående rettigheter, kan ikke bli annet enn følgende: En rettighet er beskyttet mot inngrep

fra en senere lovs side forsåvidt inngrepet ut fra de prinsipper som grunnloven bygger på, må fremstille sig som en urettferdighet, et overgrep fra lovgiverens side». I en utførligere avhandling i «Tidsskrift for Rettsvidenskap» for 1938 (s. 379 ff.) utdyper han dette ytterligere, idet han samtidig gjør front mot andre av de eldre teoriene om hvad det ligger i paragrafen.

I 3. utgave av «Innledning i rettsstudiet» (1937) understreker også Gjelsvik at det er et rettferdskrav som er uttrykt i § 97. Og dette grunnsyn fører ham til å tolke bestemmelsen langt mere bøielig enn eldre teori hadde villet. Særeget for Gjelsvik er det at han stiller grl. § 97 sammen med reglene om lovers herredømme i rummet,<sup>1</sup> idet han mener det kan dras nyttige paralleller fra disse, når det gjelder å bestemme hvor langt § 97 rekker.

II. Det foregående romertall har formentlig gitt leseren inntrykk av at teorien om § 97 ikke egentlig kan kalles ensrettet. Dette inntrykket fortar sig heller ikke om man så vender sig til rettspraksis, og spør hvilket innhold domstolene har lagt i forbudet mot tilbakevirkning.

I enkelte stykker er praksis ganske visst utvetydig, og lar ingen tvil tilbake om bestemmelsens rette mening: For det første er det på det rene at tilbakevirkningen må være til skade for undersåttene hvis grunnloven skal fordømme den. Om en ny lov lar mildere straffe- eller tollover virke tilbake til fordel for forbrytere eller importører, har § 97 ikke noe å innvende mot dette. — For det annet er det ikke bare straffelover bestemmelsen tar sikte på. Efter forarbeidene og de fleste av dens forbilleder kunde man ganske visst være fristet til å tro dette; men ordene i § 97 er helt almindelige, og hverken teori eller praksis har noensinne tvilt på at de må leses som de lyder i dette stykke. — For det tredje må det sies å være slått fast at § 97 har et litt forskjellig innhold, eftersom den tilbakevirkende lovgivningen ligger på det økonomiske område eller annetsteds. I siste fall er forbudet absolutt. Men er det bare økonomiske interesser som rammes, kommer § 97 aldri i harnisk når det bare blir gitt erstatning for tilbakevirkningen. — Endelig er rettspraksis klar over at § 97 ikke bare forbyr å

<sup>1</sup> I Tyskland har Zitelmann gjort det samme.

knytte nye og skadelige virkninger til handlinger eller forhold som helt hører fortiden til. Også eksisterende rettigheter og rettsforhold har i en viss utstrekning krav på å være i fred for nye lover. § 97 virker altså i samme retning som de fremmede grunnlovsbudene der sikrer borgernes liv og frihet, eiendom og kontrakter mot attentater fra lovgivningsmaktens side.

Men ønsker man nærmere beskjed om hvor langt denne beskyttelse rekker, kommer også rettspraksis ut på tynn is. Domstolene har riktignok gjort redelige forsøk på å honorere de anvisningene som teorien hadde utstedt, og særlig Aschehougs behandling av § 97 har vært betraktet med betydelig venerasjon, helt til den seneste tid. Men praksis har ikke vært i stand til å følge teorien i tykt og tynt, og i de senere år er det avsagt en rekke høiesterettsdommer som ikke stemmer med hvad Aschehoug —Morgenstjerne hadde gått god for.

Når det gjelder en så viktig retts- og samfundsregel som § 97, er det svært uheldig at teori og praksis ikke har funnet hverandre bedre. For teorien må denne kjensgjerning være en stadig spore til å prøve sine resultater på ny, siden det viser sig at de ikke vinner full tilslutning hos domstolene. Men også domspraksis lider under forholdet. Når Høiesterett må manøvrere sig frem fra sak til sak uten sikker veiledning i teorien — til dels endog i direkte opposisjon til den — er det ikke rart om praksis blir litt vaklende. Nå må det ganske visst sies at alt i alt har det ikke gått så verst — i betraktning av de anvisningene teorien gjennomgående har gitt får en nærmest glede sig over at det ikke har gått verre. Men det foreligger unektelig også dommer som man ikke kan la være å sette spørsmålstegn ved, og det er heller ikke alltid lett å få dem til å stemme helt med hverandre.<sup>1</sup> Og så lenge det ikke er bragt klarhet over hvilke prinsipielle linjer tolkningen skal legges an efter, er det alltid fare for at rettspraksis forblir skiftende og usikker. At mange dommere kjenner sig på utrygg grunn når de nærmer sig grl. § 97, vet jeg fra personlige vidnesbyrd. Og når selv høiesterettsdommere kan være i villrede om hvad det egentlig ligger i bestemmelsen, er det ikke underlig at praktiserende jurister og den almindelige mann er det samme,

<sup>1</sup> A u g d a h l s uttalelse i T. f. R. 1938 s. 406 er dog sterkt overdrevet.

bare i langt høyere grad. I avisdiskusjoner og i dagspolitikken gjøres det stadig fantastiske forsøk på å bruke § 97 til å stanse lover man ikke synes om. Og blir man gjennom «Rettstidende» fra de senere år, ser man at også advokater kan lansere selsomme påstander om hvor langt paragrafen rekker. Denne usikkerheten er særlig uheldig, fordi man må regne med at det vil bli appellert hyppig til § 97 i de årene som kommer, hvis den sosiale om-dannelsesprosessen vi nå står midt oppe i fortsetter i samme tempo.<sup>1</sup>

Det er derfor en viktig oppgave å forsone praksis og teori med hverandre, og bringe uvissheten omkring § 97 til ophør — så langt det da lar sig gjøre. En sãnn opklaringsprosess kan gripes an fra to kanter, idet man enten tar utgangspunkt i teorien eller i de dommene som foreligger. Ved første blikk kunde den siste fremgangsmåten synes å være den riktige, men nærmere besett tror jeg allikevel den andre fører sikrere til målet. Det som først og fremst trengs er nemlig en prinsipiell opprydning i teorien, og når den er foretatt faller resten omtrent av sig selv. Naturligvis vil ikke alle de høiesterrettsdommene som er falt få teoretisk vigsel på denne måten; men jeg tror det skal lykkes mig å vise at det gjennomgående er ganske god sammenheng i dem, og at rettspraksis gir verdifull støtte for den opfatning av § 97 som jeg ut fra teoretiske resonnementer mener er den riktige.

Denne oppgaven tar vi nå fatt på.

### § 3.

#### **Hvilken karakter har grl. § 97?**

I. For å forstå § 97 og anvende den rett, må en fra første ferd være klar over hvad slags rettsforskrift den er: På tross av sin absolutte ordlyd og tilsynelatende ubetingede form kan den ikke opfattes som noen vanlig rettsregel. Den er for en meget vesentlig del en s t a n d a r d, og efter det må den også behandles.

På strafferettens område gjelder dog ikke dette. Her både kan og bør man ta forbudet mot tilbakevirkning på ordet, og rekkevidden av det kan uten større unøiaktighet gjengis omtrent

---

<sup>1</sup> Usikkerheten forklarer også forslagene om å opheve den.



sånn: Grunnloven tillater ikke at folk blir straffet for eldre, straffri handlinger, og heller ikke at de får strengere straff for sine forgåelser enn lovgivningen dengang stillet i utsikt.<sup>1</sup>

Til nød kan man også oprettholde troen på at tilbakevirkningsforbudet er en vanlig rettsregel, når det er tale om å knytte nye byrder direkte til eldre handlinger, f. eks. når en ny lov vil legge toll på varer som forlenget er ført inn i Norge.

Men tar man enda et skritt og oppfatter § 97 som et almindelig vern for bestående rettigheter og rettsforhold, lar det sig ikke lenger gjøre å betrakte grunnlovsbudet på denne måten. Enten man vil eller ikke tvinges man i så fall til å erkjenne at det ikke er noen stiv og ubetinget rettsregel, men et smidig og skjønnsmessig betonet direktiv, som ved nærmere betraktning avslører sig som en typisk standard. Det er en anselig rekke argumenter som fører frem til dette resultat:

1. Når man først forlater den forståelsen av § 97 som kanskje ligger sproglig nærmest — at dommeren ikke må anvende lover som ennå ikke er vedtatt — viser det sig at ordlyden i paragrafen får temmelig ubestemt rekkevidde, og at det kan disputeres i det uendelige om hvad «tilbakevirkning» vil si. Mens de fleste vil kalle det tilbakevirkning, om nye lover ophever eiendomsretten til vannfall eller erklærer eldre kartellavtaler ugyldige, faller svaret kanskje anderledes, hvis de nøier sig med å kreve konsesjon når en foss skal selges, eller innfører meldeplikt for konkurranseregulerende avtaler. At det er liten hjelp i å analysere ordet «tilbakevirkning» er da også nesten alle de forfatterne enig i som har skrevet om § 97. Fra historikken i forrige paragraf minner jeg om uttalelsene av Stang, Schweigaard og Motzfeldt, Ørsted og Aschehoug, og fra den nyere tid kan bl. a. Hagerup føies til (Rettsencyklopedi 1931 s. 22).

---

<sup>1</sup> Jfr. Lie, Dokument nr. 13 s. 57. Det kan dog opstå tvilsomme enkeltspørsmål om hvor langt budet i § 97 rekker, f. eks. når det er tale om nye foreldelses- eller påtaleregler. Som et kuriosium kan det nevnes — og som et bevis på hvor mangetydig begrepet «tilbakevirkning» er, selv på dette område — at Bernhard Getz ikke mente § 97 stod i veien for å anvende nye straffelover på handlinger som senere blev pådømt (se § 4 i hans utkast til straffelov fra 1886), og at Francis Hagerup i prinsippet erklærte sig enig i dette (Strafferettens alm. del, 1911 s. 86).

2. Denne ubestemtheten ved § 97 skyldes ikke konsipistenes sviktende evne til å gi presise uttrykk for hvad de tenkte og mente.<sup>1</sup> Det var med velberådd hu paragrafen blev formet som et alment prinsipp, og ikke som en spesiell og presis rettsregel.

M i k a e l L i e mener likefrem at dette er uttrykt i forarbeidene, som han tolker sånn at de — utenfor strafferetten — bare vil ha tilbakevirkning forbudt «såsant dette vilde føre til urettferdighet» (s. 57). Bestemmelsen hviler nemlig på § 24 i Adler-Falsens utkast, som først bestemte at nye straffelover ikke kunde anvendes overfor eldre forbrytelser, og så føiet til: «Å gi en lov tilbakevirkende kraft er urettferdig.» Etter Lies mening inneholder denne paragrafen ikke én, men t o bestemmelser, nemlig: 1) et absolutt og ubetinget forbud mot at straffeloven virker tilbake, og 2) et elastisk og betinget forbud mot at andre lover gjør det samme når dette efter forholdene virker urettferdig. Og selv om formen i Adler-Falsens utkast blev endret, og begge forbudene slått sammen til ett, mener Lie at innholdet ikke blev forskjøvet i den anledning. — Om det er riktig å slutte på denne måten tør dog være tvilsomt. Den gjengse lesningen av Adler-Falsens utkast er at det bare tok sikte på straffelover, og dette har sikkert meget for sig. Men selv om Lies tolkning av § 97 kanskje ikke støttes direkte av forarbeidene, taler hele tankegangen i tiden sterkt til fordel for den, og det samme gjør de andre «garantiparagrafene» som § 97 alltid må holdes sammen med.

Som foran nevnt er § 97 nemlig ikke noen isolert foreteelse i grunnloven. Både formelt og reelt henger den sammen med en rekke andre forskrifter som sikter på å verne individet mot overgrep fra statsmaktene, og som er direkte etterkommere av de rettighetserklæringer tiden før 1814 var så rik på. Men at disse ikke var å forstå som stive og undtaksfri rettsetninger, men som bøielige prinsipper eller tendenser, var alle i samtiden klar over, selv de som gikk mest begeistret inn for dem. Det kom f. eks. frem under debatten om den berømteste av alle menneskerettighetserklæringene, den franske av 1789. Når det overhodet blev reist diskusjon om den, var det ikke fordi det hersket tvil om at

<sup>1</sup> Castberg s. 324 synes å anta at en omhyggeligere redaksjon av tilbakevirkningsforbudet kunde ha fjernet uvissheten.

prinsippene var fortrinlige, men fordi enkelte fant det uriktig å forme dem så absolutt og almengyldig. «Remarquons bien», sa således en taler som Charles Beudant<sup>1</sup> forestiller som le judicieux Malouet, «qu'il n'est aucun des droits naturels qui ne se trouve modifié par le droit positif. . . . . Pourquoi commencer par les transporter sur une haute montagne et leur montrer un empire sans limites, lorsqu'ils doivent la descendre pour trouver des bornes à chaque pas?» Men til det svarte giron-dineren Bar nave at enhver bygning trengte sitt fundament. Og dessuten hadde erklæringen to praktiske fordeler: «La première est de fixer l'esprit de la législation afin qu'on ne le change pas à l'avenir; la seconde est, de guider l'esprit par le complément de cette législation qui ne peut pas prévoir tous les cas.» — Noen illusjon om at menneskerettighetenes erklæring skulde tas på ordet, og tolkes og anvendes som en annen rettsregel, gjorde man sig derimot ikke. En sånn misforståelse vilde ha stått i like sterk strid med formen som med ånden i erklæringen. Og når enkelte land senere ophøiet sine rettighetserklæringer til bindende rettsforskrifter som domstolene skulde håndheve, er det klart at de ikke fikk noen ny karakter i den anledning.<sup>2</sup>

3. Hvad ordlyden antyder og forarbeidene bekrefter styrkes også på en avgjørende måte av selve saken s n a t u r. Det lar sig nemlig vanskelig gjøre å forme en regel som § 97 i presise og entydige vendinger, når det er meningen den skal gi borgerne en helt almindelig beskyttelse mot overgrep fra lovgivningsmaktens side.

Det blir en mengde forskjelligartede forhold tilbakevirkningsforbudet i så fall skal anvendes på. De påvirkes av nye lover på ulikt sett, interessene på begge sider har forskjellig vekt, og situasjonene er i det hele svært uensartet. Å forme tilbakevirkningsreglen helt abstrakt og detaljert, uten at de individuelle

<sup>1</sup> Le droit individuel et l'Etat (1891) s. 141.

<sup>2</sup> En lignende tankegang gir A u g d a h l uttrykk for s. 390. — Hvad det er sagt i teksten om prinsippet i § 97 gjelder også de fleste andre prinsippene i grunnloven, enten de nå har fått uttrykk i en bestemt paragraf eller ikke: Prinsippet om domstolene som egne statsorganer, om at delegasjon av myndighet ikke ubetinget er tillatt, at der er likhet for loven, at kongen har den utøvende makt o. s. v.

omstendigheter får virke nyanserende inn, vilde derfor ikke alene være betenkelig, men også temmelig håpløst.

Dertil kommer at reglen har sin plass i konstitusjonen — altså i et dokument som ikke bare rører ved livsinteressene hos folket, men er beregnet på å stå gjennom tiden, og virke under skiftende forhold og vekslende politiske opfatninger og maktgrupperinger. Hvis et grunnlovsforbud mot tilbakevirkning skal kunne hevde sig under disse omstendigheter, må det ikke alene lempe sig efter de konkrete forhold, men også være utviklingsdyktig. Former man det derimot som en stiv og stillestående rettsregel, vil det sikkert gå som jeg sa i «Hensikten»: «Hvis derfor grunnlovsbudene var stive og umedgjørilige 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.<sup>1</sup> Eller grunnlovsbudet vilde, hvis dets ord rakk kortere og dets detaljrikdom var mindre, få en ytterst beskjeden rekkevidde, idet de statsorganer mot hvilke grunnlovens forbud var rettet, uten å kolliderere med ordlyden vilde komme utenom dem, ved å bruke andre veier enn dem grunnloven har tenkt på» (s. 50). Det livet krever av en forskrift som grl. § 97 er altså nettop at den skal ha *s t a n d a r d e n s* karakter, sånn som jeg har skildret den i foregående avhandling. Her — om noesteds — er dette det adekvate hjelpemidlet til å løse oppgaven.

4. Interessante erfaringsbeviser for dette henter jeg fra to kanter, temmelig langt fra hverandre.

Det første er negativt og innenlandsk, og ligger i den kjensgjerning at våre domstoler aldri har gått med på å behandle § 97 som en vanlig, absolutt rettsregel, skjønt den klassiske statsrettsteori har gjort store anstrengelser for å få dem til det — jfr. det følgende romertall.

Det andre beviset er positivt og oversjøisk: rettsutviklingen

<sup>1</sup> «The life of the state cannot well be bound in rigid formulas» sier amerikaneren *F r e u n d* (Standards of American Legislation s. 273).

i De forente stater. Ganske visst har de amerikanske forfatningsbestemmelser en annen ordlyd, og rekker fremfor alt lenger enn vår egen § 97. «Due process klausulen» i det 5. og 14. amendment<sup>1</sup> forstås nemlig sånn at domstolene ikke bare skal passe på at de lovlige former er iakt tatt, men også overvåke «the conformity of that enactment to those essentials of order and justice which in our minds are indispensable to the nature of law» (F r e u n d s. 207). Men den norske og amerikanske grunnloven ligner hverandre i det, at begge sikter på å gi etablerte rettigheter og rettsforhold vern mot overgrep fra lovgivningens side, og bruker vendinger som tilsynelatende er helt almindelige. Deres karakter og struktur kan da neppe være forskjellig. Dertil kommer at ved siden av Norge er U. S. A. det eneste land i verden hvor man gjennom lengere tid har praktisert reglen om at domstolene kan prøve om grunnloven er gått for nær.

Helt til slutten av det 19. århundre stillet Høiesterett sig temmelig fritt til forbudene mot å ta fra borgerne liv, frihet og eiendom uten «due process of law», og tolket dem under hensyn til forholdene og utviklingen. Det var J o h n M a r s h a l l s prinsipper for grunnlovstolkning som dengang behersket domstolens praksis: «Vi må aldri glemme at det er en konstitusjon vi tolker,» hadde han sagt, «en konstitusjon som er ment å skulle stå gjennom slektleddene, og følgelig bli anvendt under de forskjelligartede kriser et menneskelig samfund kan bli utsatt for.»<sup>2</sup> Eller som den store, nylig avdøde dommer H o l m e s uttrykte det i en senere dom: «Konstitusjonens bestemmelser er ikke matematiske formler hvor formen helt ut dekker innholdet; de er organiske levende institusjoner, omplantet fra engelsk jord. Deres betydning er vital, ikke formel. En finner den ikke bare ved å ta for sig ordene og et leksikon, en må ta deres opprinnelse med i betraktning og måten de er vokset frem på.»<sup>3</sup>

Henimot århundredskiftet vant imidlertid en annen retning flertall i domstolen. Den mente at grunnlovsbudene til vern

<sup>1</sup> Gjengitt på s. 48.

<sup>2</sup> Citert efter Schjelderups avhandling i T. f. R. 1938 s. 14 ff. og 121 ff. Se s. 21—22.

<sup>3</sup> Schjelderup s. 137.

for borgerne — og ganske særlig det som garanterte friheten — måtte tas strengt på ordet, sånn at konstitusjonen bl. a. sikret den mest uhindrede adgang til å slutte avtaler uten at lovgivningen la sig i det. I 1897 sa således et flertall i retten med dommer *P e c k h a m* i spissen, at ifølge 14. amendment «skulde det stå en borger fritt å utnytte alle sine evner og benytte dem på alle lovlige måter, bo og arbeide hvor han vilde, og drive hvilken som helst lovlig virksomhet, og i den anledning inngå alle slags kontrakter» (Schjelderup s. 36). Og omtrent i samme retning uttrykte en av de nåværende dommere, *M c. R e y n o l d s*, sig så sent som ifjor (Schjelderup s. 160). Ut fra dette syn erklærte domstolen en lang rekke lover for grunnlovstridige, f. eks. om maksimalarbeidsdag og minimumslønn, om maksimalfrakter for jernbaner, tvungen ulykkesforsikring og alderdomspensjonering, foruten en rekke lover som siktet på å beskytte fagforeningene ved å forby arbeidsgiverne å boikotte organiserte.

Gjennem de dommene som Høiesterett avsa ifjor vår (Schjelderup s. 151 ff.) har flertallet igjen vendt tilbake til den rummelige og «vitale» forståelsen av konstitusjonen som *Marshall* og *Holmes* hadde gått inn for; den stive bokstavfortolkningen som retten hadde anvendt i en årrekke hadde da ført landet nesten til revolusjonens rand. Alt i 1934 gav dommer *R o b e r t s* klart uttrykk for den nye kurs: «Istedenfor å opfatte 5. og 14. amendment som absolutte og ubevegelige,» sa han, «må domstolene i hvert enkelt tilfelle avgjøre om omstendighetene rettfærdiggjør den angrepne regulering som en rimelig utøvelse av statens myndighet, eller om de fordømmer den som vilkårlig og urettferdig» (Schjelderup s. 341). Samme tanken gjorde *R o o s e v e l t* gjeldende i en tale han holdt ved konstitusjonens 150 års jubileum den 17. september 1937: Konstitusjonen måtte, uttalte presidenten, ikke leses og praktiseres som et formularjuridisk aktstykke, som en forsikringspolise eller en kontrakt om et avbetalingskjøp. Etter ophavsmennenes hensikt var den en samling almengyldige grunnsetninger som måtte tilpasses etter utviklingen, og derfor kunde brukes til å løse de nye problemene som stadig meldte sig i en nasjons liv. Konstitusjonen var ikke «a lawyer's contract», men snarere «a layman's charter» (Svensk Juristtidning 1938 s. 160).

Det syn på de individuelle garantiene i konstitusjonen som livet nå synes å ha kjempet frem til endelig seir i domspraksis, har lenge vært rådende i amerikansk rettsteori. I sin bok om «Standards of American legislation» beskriver således Ernst Freund due process-klausulen som en typisk standard. Og Roscoe Pound sier det samme i et foredrag i American Bar Association 1929: «Due process of law er ikke et abstrakt begrep, hvorfra man kan trekke absolutte slutninger som gjelder allesteds og til alle tider. Det er en standard til domstolenes veiledning, og denne standarden må anvendes under hensyn til tidsforholdene, stedsforholdene og den offentlige mening» (gjengitt efter Lambert s. 88).<sup>1</sup>

II. Men kan det sies at dette syn på § 97 er godtatt i livet, i teori så vel som i rettspraksis? Spørsmålet kan ikke besvares med et enkelt ja eller nei.

1. Som alt nevnt forstod våre eldre statsrettslærere paragrafen på denne måten, skjønt de ikke presiserte det like skarpt og utvetydig, og skjønt ingen av dem tok ordet «standard» i sin munn. Den seneste teori på området er også orientert i samme retning. Av historikken i forrige paragraf fremgår det at Mikael Lie, Augdahl og jeg selv kan tas til inntekt for dette, og visstnok også Skeie og Gjelsvik.

Også vår «klassiske» teori om § 97 — representert av Aschehoug, Morgenstierne og til dels Castberg — går i virkeligheten ut fra at § 97 ikke kan behandles som en ordinær rettsregel over hele linjen. Den er således klar over at en streng ordtolkning ikke kan forsvares; da vilde jo heller ikke mildere lover kunne virke tilbake. I familieretten og personretten opfattes også forbudet mot tilbakevirkning fritt og skjønnsmessig — for ikke å snakke om i den offentlige rett. I formueretten er behand-

---

<sup>1</sup> På de forskjelligste felter og i de forskjelligste land har man for øvrig eksempler på at domspraksis har gjort tilsynelatende absolutte regler om til standarder, når det vilde stride altfor sterkt mot livets krav om man tok dem på ordet.

I U. S. A. hadde f. eks. den såkalte Shermanloven av 1890 nedlagt forbud mot alt som heter truster og karteller. Domstolene blev imidlertid stående ved å tolke forbudet sånn at det ikke var anvendelig hvis avtalen var «reasonable».

Meget lærerik er også utviklingen av den engelske domspraksis om kontrakter «in restraint of trade».

lingen derimot en annen, og står i avgjort strid med hvad en måtte komme til hvis det var en standard man hadde for sig.

At utviklingen har tatt denne retning er det *Aschehoug* som har hovedansvaret for. Og det er forsåvidt rart, som han begynte med å fremheve at man ikke kunde presisere bestemt hvor grensene for tilbakevirkningsforbudet gikk; de måtte «bero på det mål av rettsikkerhet en civilisert stat skylder individet». Men i løpet av fremstillingen glemmer han dette, og såvel hans egen gjennomgåelse av paragrafen som *Morgenstierne*s og *Castbergs* er helt uforenelig med standardteorien.<sup>1</sup> Alle de hovedsetningene som da skulde gjelde<sup>2</sup> forsynder man sig nemlig imot:

a) Man søker å uttømme rettsinnholdet i § 97 i en rekke særlige undersetninger, mens dette ikke lar sig gjøre hvis det er en rettferdstandard paragrafen gir uttrykk for.

b) Disse setningene forutsettes videre å binde dommeren absolutt. Hvis det er en standard det gjelder om, må dommeren derimot alltid kontrollere at de virkelig stemmer med den almen vurderingen som er standardens egentlige rettsinnhold.

c) Det forutsettes at forbudet i § 97 er ubevegelig og uberørt av tiden, og at præjudikater derfor kan påberopes uten hensyn til deres alder. Men også dette er uriktig hvis § 97 er en virkelig standard. Målestokken som den anviser har nemlig

<sup>1</sup> En av grunnene til utglidningen hos *Aschehoug* var sikkert at han brukte både *Savignys* og *Wächters*, både *Merlins* og *Laurents* uttalelser om tilbakevirkningsforbudet til å kaste lys over § 97. Alle disse forfatterne forutsatte imidlertid at forbudet bare var en lovgivningspolitisk maksime eller et almindelig tolkningsprinsipp, og da behøvet de ikke si uttrykkelig at det bare var veiledende setninger de stillet op. Dette synes *Aschehoug* imidlertid ikke å ha vært opmerksom på. Utelukket er det vel heller ikke at hans sterke ønske om å verne individet og dets rett mot politiske «rothuggere» i en oppløsningens tid ubevisst kan ha tilskyndet ham til å strekke § 97 så langt som mulig, og lenger enn dens karakter tillater. — Noe lignende kan vel også sies om *Morgenstierne*. Men for *Castbergs* vedkommende er forklaringen en annen: *Castberg* har alltid betonert det verdifulle ved de sidene av rettstenkningen som hviler på rent logisk grunnlag, og ser derfor med adskillig skepsis på alt som heter standarder. Mot å opfatte § 97 på denne måten innvender han således meget karakteristisk at dette er å «gi plass for en større subjektivitet ved bedømmelsen av lovens forhold til grunnloven enn den juridiske tenknings natur nødvendiggjør».

<sup>2</sup> Se foran s. 40—44.



sine kilder i folkets levende rettsbevissthet, og er derfor ikke stasjonær, men endres med tiden. En tilbakevirkning som vilde vært grunnlovstridig i 1814, behøver ikke være det idag, og omvendt.

Det mest tilspissede uttrykk for denne opfatningen av grunnloven er det dog ikke en teoretiker, men en dommer som har gitt. I sitt votum i den «store konsesjonssak» (Rt. 1918 s. 407) sier dommer Mejdell: «Jeg tror ikke at de spørsmål som nærværende sak foranlediger kan løses på basis av mere eller mindre metafysisk uklare naturrettslige betraktninger. Det er en fortolkning av grunnlovens positive bud det gjelder, en fortolkning der må støtte sig til den rettsopfatning der på grunnlovens tid gjorde sig gjeldende, og ut fra hvilken opfatning bestemmelsene må antas å ha fått sitt innhold. Det gjelder ikke her å drøfte om det standpunkt forfatterne av grunnloven inntok har vært tilstrekkelig fremsynt, eller uttale noe om hvorvidt dette standpunkt også vilde ha vært inntatt av grunnlovskonsipistene om de hadde levet i vår tid, og i vår tid skulde ha skrevet grunnloven.»<sup>1</sup>

2. Ikke rettere enn jeg forstår har rettspraksis imidlertid vært absolutt uvillig til å se sånn på § 97. Vi nevnte i forrige paragraf at teori og praksis ikke var riktig på «speaking terms» med hverandre. Og hovedgrunnen til dette er nettop at teorien har behandlet § 97 som en almindelig, stillestående rettsregel, mens praksis ikke har kunnet godta de resultatene man kom til på denne måten. I teorien blev det således forklart at det var utilstendig at nye lover virket inn på eldre kontrakter; i flere dommer slo Høiesterett derimot fast at så absolutt kunde man ikke ta reglen (se eksempelvis Rt. 1918 s. 497, 1921 s. 721, 1926 s. 732 og s. 955). At staten betinget sig hjemfallsrett som vilkår for

---

<sup>1</sup> Som illustrerende parallell gjengir jeg et citat av den amerikanske høiesterettsdommer M c. R e y n o l d s. Så sent som ifjor sa han — i en dissens, akkurat som Mejdell: «Vi må ikke glemme at vi lever under en skreven konstitusjon. Ingen citater fra irrelevant statistikk og ingen appell til menneskelige følelser kan utvide den myndighet som kongressen har fått. Heller ikke kan vi ved å forsøke å male en hvit rose rød betrakte situasjonen på en annen måte enn konstitusjonens fedre gjorde.» (Schjelderup s. 164).

å gi konsesjon blev fremstillet som et klart brudd på grunnloven; ikke desto mindre blev loven oprettholdt, riktignok med 4 mot 3 stemmer (Rt. 1918 s. 401). Som en «bombsikker» setning blev det sagt i teorien at staten ikke kunde røre de såkalte «livsvarige brennevinsrettigheter» uten erstatning; allikevel avviste Høiesterett erstatningskravet, og det til og med enstemmig (Rt. 1922 s. 624).

Det er dog ikke min mening å hevde at når domstolene har trådt i opposisjon til teorien i alle disse tilfellene, er det fordi de har hatt full forståelse av standardprinsippet og dets konsekvenser. Det var ut fra sitt rettsinstinkt og sin sunde praktiske fornuft, de nektet å følge lærebøkene. Men nettopp dette er et avgjørende bevis for at teoriens innstilling til bestemmelsen har vært feilaktig: Med den beste vilje til å sverge til magisterens ord har domstolene gang på gang måttet ta avstand fra hvad teorien lærte om grl. § 97.

Og ser man på rettspraksis under ett, gir den i mine øine også god støtte for det positive: at det er en standard man har for sig, og ikke en ordinær rettsregel. I så måte bygger jeg ikke større på at det stundom er sagt i Høiesteretts premisser at bestemmelsen er sånn å forstå.<sup>1</sup> Jeg vil heller ikke hevde at alle dommene om § 97 blir uangripelige, bare man ser dem under standardens synsvinkel. Men jeg mener rettspraksis får ganske god sammenheng på denne måten, og dertil et perspektiv og en prinsipiell holdning som man hittil har vært tilbøielig til å frakjenne den. Billedlig talt kan man si

---

<sup>1</sup> Fra litt eldre tid kan f. eks. henvises til assessor *Løvenskiolds* uttalelser i Rt. 1882 s. 229 og assessor *Motzfeldts* i Rt. 1909 s. 417. Det klareste uttrykk for tankegangen har jeg dog funnet i en nokså ny dom, Rt. 1926 s. 955, som angikk en jaktrett. Her sier dommer *Lie* med rettens tilslutning: «Jeg mener at der under disse omstendigheter — og med skyldig hensyn til hvad der for øvrig kan komme i betraktning — ikke ved anvendelsen av loven i det foreliggende tilfelle foregår noen efter vår rettsopfatning utilbørlig tilsidesettelse av den foreliggende eldre rettighet, og derfor heller ikke tilføies den noen krenkelse i strid med grl. § 97. Som et særlig moment fremhevet dessuten dommer *Larsen*, at retten var erhvervet uten godtgjørelse, hvilket «blir et ikke uviktig moment ved bedømmelsen av hvorvidt en ny lovregels anvendelse vilde være et efter almindelig rettsopfatning utilbørlig inngrep i rettigheten».

at den opfatningen jeg gjør gjeldende har ligger latent i domstolens underbevissthet og derfra motivert en rekke av dens utslag, og at det bare kreves et lite støt fra teoriens side, for å få den til å overskride bevissthetsterskelen og tre frem i dagen.

Beviset for dette må jeg dog vente med til jeg har gjort nærmere rede for innholdet av tilbakevirkningstandarden, og vist hvilke resultater den fører til. Først når dette er gjort, er tiden kommet til å konfrontere min opfatning med praksis.

III. En ting er imidlertid å slå fast at en ikke kan lese § 97 som en stiv og ubevegelig rettsetning, men at tilbakevirkningsforbudet må være smidig og levende som bare en standard kan være det. Noe annet — og ikke mindre vanskelig — å gi adekvat uttrykk for hvilken målestokk det egentlig ligger gjemt i paragrafen, som en underforstått begrensning av de absolutte ordene.

At det er rettferdstanken § 97 i hovedsaken faller tilbake på, synes dog alle tilhengerne av standardteorien å være enig om. Det fremhever så vel Stang som Gaarder, så vel Lie som Augdahl og Gjelsvik. I Lies og min betenkning fra 1923 er innholdet av § 97 imidlertid nyansert en smule, forsåvidt som det ikke bare er urettvis tilbakevirkning grunnloven antas å ville hindre, men også den som berører bestående rettigheter og rettsforhold ulikt, og derfor har vilkårlig karakter.

Imidlertid ligger det ikke stor vekt på uttrykkene. Når selve standarden må tolkes inn i grunnloven, er det vanskelig å påstå at man har funnet den eneste saliggjørende formuleringen. Man får være glad hvis ånden og tanken er riktig gjengitt. Og i så måte er det ikke ordene det kommer an på, men det reelle innhold av den målestokk som det henvises til. Foreløpig lar jeg derfor de foreliggende formuleringforsøkene stå ved sitt verd.

#### § 4.

##### **Nærmere om rettferdstandarden.**

I. Mot å opfatte § 97 som en standard der bare hindrer den tilbakevirkningen som er urettferdig eller vilkårlig, ligger det nær å innvende at bestemmelsen blir løs og ubestemt på denne måten, og gir fritt spillerum for den enkelte dommers subjektive

syn og politiske eller sosiale innstilling. «Et så generelt og ubestemt synspunkt gir praktisk talt ingen veiledning ved løsningen av de spørsmål anvendelsen av grl. § 97 reiser,» sier *C a s t b e r g* (II s. 243—4), og *M o r g e n s t i e r n e* uttaler sig ikke mindre bestemt: «Er der noe, hvorom menneskene til dages ende vil være uenige, så er det vel om hvad der kan kalles rettferdig eller urettferdig, om hvilke samfundsmessige hensyn er berettiget og hvilke ikke, om en inngripen skal kunne kalles påkrevet eller ikke. Å bygge rettslige kriterier på den slags betraktninger forekommer mig helt forfeilet» (tillegg s. 12).

Det lar sig ikke nekte at innvendingen har adskillig på sig.<sup>1</sup> En høiremann og en kommunist oppfatter ikke rettvisens krav ganske ens, og selv om dommerne ikke står på så motsatte politiske plattformer, vil deres vurdering av en gitt tilbakevirkning lett kunne falle forskjellig ut. Men man peker allikevel ikke ut i tomme luften, når rettferdsmålestokken stilles op som veiledning for domstolene.<sup>2</sup> En standard som denne er neppe mere subjektiv og ubestemt enn mange andre som rettslivet arbeider med i våre dager. Men dessuten skal en huske at den som andre standarder kan rasjonaliseres, idet man søker å kaste lys over de rent forstandsmessige sidene ved den, og finne frem til hvad den rummer av objektivt rettsinnhold, så usikkerheten kan svinne inn.

Her har teorien efter min mening sin viktigste oppgave, når talen er om grl. § 97. Det er vel og bra å peke på at den ikke er noen almindelig ubetinget rettsregel, men en bøielig og «vital» standard som har tatt rettferdstanken i sin tjeneste. Men arbeidet med § 97 er bare såvidt begynt når dette er konstatert; det vesentligste står fremdeles igjen. — Fremgangsmåten ved rasjonaliseringen blir den samme som ellers: Først må selve målestokken presiseres så skarpt som mulig, idet man

---

<sup>1</sup> *A u g d a h l* har derimot svær tillit til de objektive elementene i rettferdsbegrepet: «Ett er om den veiledning som det nevnte prinsipp gir er riktig eller gal. Men at man vil nekte at synspunktet gir en veiledning, og at det endog er veiledende i aller høieste grad kan jeg ikke forstå.» (T. f. R. 1938 s. 391.)

<sup>2</sup> Selv om det var riktig at standarden var så løsaktig, vilde dette forresten ikke gjøre det av med den tolkningen av § 97 som jeg forsvarer. Noen annen forståelse er nemlig — som jeg søkte å vise i § 3 — ikke praktisk mulig.

søker å få tak i grunnlovens hovedinnstilling til tilbakevirkningsspørsmålet, dens almindelige interessevurdering og det ideal den vil gjøre til virkelighet (nedenfor under II). Det neste ledd i rasjonaliseringsprosessen blir å dra frem særlige momenter som har betydning ved bedømmelsen, og prøve å bestemme hvilken virkning de har (III og IV). Endelig vil rettspraksis her som ellers gi verdifull illustrasjon av hvordan forbudet mot tilbakevirkning håndheves i livet, d. v. s. som del av den positive rett (V).

II. 1. For å forstå § 97, bør man begynne med å gjøre sig klar over hvilke hensyn som ligger bak det almindelig anerkjente prinsipp om at lover ikke må virke tilbake. De har ikke forandret sig, siden Ø r s t e d gjorde rede for dem i sin fortrinlige fremstilling i Haandbogen, for over 100 år siden: «At det virkelig Forbigangne, at de Handlinger som det ei er muligt at indrette efter den nye Lov bør bedømmes efter de forhen gjældende Love og Retsregler kan ikke være nogen Tvivl underkastet,» begynner Ø r s t e d; «thi den nye Lovs Anvendelse paa saadanne Tilfælde vilde dels være umulig, dels hensigtsløs og uretfærdig» (s. 54).

Men dette er ikke alt. Et lands borgere har påtagelig interesse i at rettsordnen er s t a b i l, sånn at de vet hvad de har å regne med i fremtiden, og kan handle og kalkulere på lengere sikt. Dette ønske kan lovgivningen dog ikke etterkomme helt, så gjerne den enn vilde: «At Fordele som man i Medhold af gjeldende Love har erhvervet, eller dog banet sig Vei til kunne gaa tabte eller blive innskærkede ved senere Love er vel i sig selv et Onde, men et Onde som flyder umiddelbart og med Nødvendighed af den Omstændighed at man staar under en positiv og altsaa foranderlig Lovgivning. Enhver Lovs Uforanderlighed, den eneste Betingelse hvorunder hin Uleilighed lod sig forebygge, vilde dog aabenbart være et endnu større Onde» (s. 55). Men en beskyttelse for sine forventninger og beregninger bør borgerne allikevel ha: «Hvis Borgerne med Lyst og Mod skulle kunne nyde og benytte deres Eiendomme og indrette deres Handlinger efter forstandige Hensigter, maa de kunne stole paa at den nærværende Tingenes Orden ikke l e t s i n d i g e n f o r r y k k e s ved nye Love, der betage Eiendomme sit Værd og give Ens Fore-

tagender en uberegnet og for den Paagjældende skadelig Virkning.<sup>1</sup> Lovgiveren bør derfor saavidt som mulig skaane de allerede stiftede Retsforhold for bebyrdende Indflydelse af den Lovforandring han finder det gavnligt at iværksætte.» For riktignok må det formodes at den nye loven er «fortrinligere» enn den gamle — det er iallfall lovgivernes egen mening. Men «den Usikkerhed i Retstilstanden som flyder af vilkaarlige Indgreb i allerede erhvervede Rettigheder maa ordentligvis anses som et større Onde end det Afbræk den nye Lovs Øiemed kan lide ved at den ikke strækkes til det allerede eksisterende Tilfælde» (s. 56).

Det er denne tankegang man bygger på, når det overalt erkjennes at nye lover ikke bør virke tilbake, men i prinsippet nøie sig med å herske i fremtiden. Som Ørsted understreker er det ikke tale om noe ubetinget og kategorisk imperativ, men om en typisk kompromissregel, hvor hensyn som i og for sig er berettiget må veies mot hverandre. At området for prinsippet til en viss grad må bli ubestemt sier under disse omstendigheter sig selv.

2. I så måte skifter setningen heller ikke karakter, om den — som her i Norge — ikke bare er en lovgivningspolitisk maksime, men er avansert til et virkelig rettsgyldig bånd på lovgivningsmakten. Men rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet er dermed blitt en annen.

Som nevnt i § 1 må det nemlig trekkes snevrere grenser for forbudet, når det virker som bånd på lovgivningen enn som veiledning for denne. Selv om man vilde ha funnet større for-

---

<sup>1</sup> Det er omtrent samme tanken Castberg uttrykker ved å si at hovedformålet for § 97 er «å skape beregnelighet — å gjøre det mulig for borgerne å forutse sin fremtidige rettsstilling» (s. 29). Når Lie og jeg har tatt avstand fra denne uttalelsen (Betenkning s. 2 og s. 5) — for øvrig i altfor kategoriske vendinger — kom det dels av at den etter vår mening var vel ubetinget, og at Castberg var tilbøielig til å trekke for direkte og langtrekkende slutninger av den. Dels syntes vi også at beregnelighetssynspunktet var svært formelt, og at det reale grunnlaget for tilbakevirkningsforbudet ikke kom klart nok frem: Når borgerne kan kreve respekt for etablerte rettigheter og rettsforhold er det ikke fordi de ellers vilde lide skibbrudd som profeter, men fordi håndgripelige interesser kan være knyttet til den bestående rettsstillingen. Jfr. om beregnelighetssynspunktet også dommer Lie i Rt. 1923 II s. 23.

siktighet tilrådelig, lovgivningspolitisk sett, er det ikke derfor sikkert at en tilbakevirkning er grunnlovstridig. Først når den føles som en likefrem urettferdighet, eller som Aschehoug uttrykker det, når den nye loven ikke respekterer «det mål av rettsikkerhet en civilisert stat skylder individet», griper § 97 inn. Og dommeren kan godt finne det både ønskelig og rimelig at en lov hadde vist større pietet for de eldre rettsforholdene uten at han derfor vil felle en så massiv fordømmelsesdom over den.<sup>1</sup>

Så meget klarere er det naturligvis at det aldri blir plass for § 97 når tilbakevirkningen ikke går lenger enn man ut fra de Ørstedeske interesseavveininger må finne rimelig og forsvarlig. Det streker også Gjelsvik under i sin «Innledning» (s. 59): «Ei slagviddi i tidi kann ikkje vera grunnlovstridig når ho i seg sjølv er den mest naturlege og rimelege, so ho må reknast for den rette endåtil utan positiv heimell o: når ikkje lovi sjølv eller ei onnor lov fastset noko um slagviddi i tidi».<sup>2</sup> — Her vil en dommer ha stor nytte av å se på hvordan fremmede lover har ordnet tilbakevirkningsspørsmålet.<sup>3</sup> For hvis andre land har funnet det forsvarlig å la loven virke tilbake, er det ikke trolig at man her i Norge må kalle det bent frem urettferdig å innrette sig sånn — hvis det andre landet har omtrent samme rettskultur som vårt eget. Grovt uttrykt er det derfor bare den tilbakevirkningen man i alle land vilde reagere mot, som grl. § 97 setter stopper for.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Den samme tanken ligger bak A u g d a h l s formel om at det må foreligge et virkelig «overgrep».

<sup>2</sup> Som eksempel nevner Gjelsvik at det ikke — som A s c h e h o u g hadde ment — vilde rammes av § 97, om en ny lov anvendte reglen «Hand muss Hand wahren» overfor eiere som hadde lånt bort tingene sine før loven trådte i kraft.

<sup>3</sup> Det kan nok også trekkes paralleller fra den internasjonale privatrett, sånn som Gjelsvik anbefaler. Men noen større hjelp finner en neppe her. For det første er det bare når et rettsforhold «flytter» fra et lands rett til et annet, at analogien er til synderlig nytte. Og for det annet er det — som også C a s t b e r g betoner (s. 242) ikke selve grunnlovsspørsmålet der belyses på denne måten, men spørsmålet om hvilken slagvidde i tiden som er rimelig og naturlig.

<sup>4</sup> Dette betyr på ingen måte at bestemmelsen er overflødig. Dels funksjonerer rettsbevisstheten ikke like pålitelig overalt, og dels viser mange lands lovgivning — ikke minst i den aller seneste tid — umiskjennelige tegn til å bevege sig i baner som grunnlovsforfatterne ikke tenkte sig muligheten av.

3. Ikke rettere enn jeg ser er det særlig to ting som kan bringe en tilbakevirkning i konflikt med rettferdigheten og derigjennem med § 97: Hovedgrunnen er at loven har optrådt så hensynsløst overfor eldre forventninger og etablerte rettsforhold, at det ikke stemmer med de fordringene man har lov å stille i en rettsstat. Men som et særlig moment bør det også fremheves at tilbakevirkningen kan bli urettferdig fordi den griper inn i eldre rettsforhold på vilkårlig måte, uten å respektere det likhetskrav som all lovgivning bør holde i ære.

At det skal være likhet for loven har grunnloven ganske visst ikke sagt uttrykkelig. Men det er neppe for dristig å anta at den stiller dette kravet til lovgivningsmakten. For datidens rettsbevissthet var likhetsprinsippet nesten enda mer selvsagt enn frihetsprinsippet, og hang også nøie sammen med de grunnlovsreglene som beskytter borgernes liv og eiendom. Det trer klart frem i Adler—Falsens grunnlovsutkast § 15, hvor likhetsgrunnsetningen var høitidelig uttalt, midt oppe i de andre garanti-paragraphene: «Loven, som er et fritt og høitidelig uttrykk av den almindelige vilje eller hele selskapets vilje, uttrykt ved majoriteten av dets borgere eller deres representanter, må være ens for alle, hvad enten den beskytter eller den straffer.» Når bestemmelsen ikke kom med i selve grunnloven<sup>1</sup> var det antagelig fordi man fant likhetsprinsippet selvsagt, og dessuten uttalt i en lang rekke enkeltanvendelser, §§ 23, 95, 101, 107, 109, og på formuerettens område ganske særlig i § 105. Men også i § 97 går likhetstanken inn som et viktig element: Når grunnloven verner borgerne mot hensynsløs tilbakevirkning, selv om den nye loven er nødvendig og uklanderlig i sitt anlegg, er det desto klarere at den reagerer overfor lover som krenker eldre rettsforhold i utrensmål eller på en vilkårlig måte.

Alle som har skrevet om § 97 er vel i grunnen enige om dette. Når det ikke alltid kommer så skarpt frem, skyldes det visst at man har gått ut fra som selvsagt at tilbakevirkningsreglene har respektert likhetsprinsippet, som jo har helt almindelig karakter. Hist og her sies det dog — nærmest en passant — at

---

<sup>1</sup> Det 14. amendment i U. S. A. ender derimot sånn: «Nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law, nor deny any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.»



vilkårlige inngrep i borgernes rettigheter alltid støter an mot § 97 (se f. eks. *Morgenstiernes* overskrift på s. 375), men såvidt jeg vet var det først *Knoph og Lie*, som fremhevet dette som en egen side ved tilbakevirkningsforbudet, efterat jeg i «Hensikten» hadde gitt uttrykk for det samme — forøvrig i vel pompøse vendinger.<sup>1</sup>

Når jeg fremdeles anser det praktisk å regne forbudet mot vilkårlig tilbakevirkning som en egen side av § 97, har dette en dobbelt grunn: For det første er ulik behandling et særlig slående eksempel på urettvis tilbakevirkning, enten nå dette er den eneste anstøtsstenen, eller den er ledsaget av annen hensynsløshet. For det annet kommer sammenhengen med § 105 tydelig frem på denne måten, og det legger jeg adskillig vekt på, som jeg skal vise i § 6.

4. Noen kritikk av *innholdet* i nye lover skulde § 97 derimot i prinsippet ikke gi adgang til: De kan være så urimelige og urettferdige de være vil, bare de settes i verk med tilbørlig hensynsfullhet i overgangstiden, skulde alt være i orden fra grunnlovens side. I dette stykke er det forskjell mellom vår forfatning og f. eks. den amerikanske, som i det 5. og 14. amendement forbyr loven å røre ved visse prominente samfundstøtter som «life, liberty and property».

Forskjellen er dog ikke så stor som en skulde tro. Beskyttelsen for life og liberty byr vårt tilbakevirkningsforbud ganske visst ingen riktig parallell til; bl. a. kan det ikke utledes av § 97 at «kontraktsfriheten» skal respekteres, sånn at enhver skal ha rett til å slutte de avtalene han vil om sin person og sin eiendom. Men vernet for property og contracts kommer til å minne ganske sterkt om det de har i Amerika, siden man i praksis har oppfattet § 97 sånn at den beskytter velerhvervede rettigheter og rettsforhold mot altfor hård pågang fra lovgivningens side.

En viktig nyanseforskjell blir dog tilbake. Heller ikke i Amerika vilde det visstnok være riktig å anse en bestemt tidspreget samfundsovfatning for å være grunnfestet til evig tid, og enda mindre en særlig sosialøkonomisk teori. «Det 14. amendement har ikke lovfestet *Herbert Spencer's* «Social Statics»,» sier dommer *Holmes* i en kjent dissens (*Schjell-*

<sup>1</sup> S. 54—55.

derup s. 123). Men sånn som de amerikanske forfatningsbudene er formet er det forståelig at man har kunnet legge noe slikt inn i dem, og det lar sig ikke nekte at Unionens høiesterrett har vært tilbøielig til å gjøre det, til og med i et temmelig langt tidsrum. Hos oss skulde en sånn misforståelse være utelukket. Grunnloven har jo ikke garantert eiendomsrettens ukrenkelighet eller borgernes fulle personlige og økonomiske frihet til evig tid, men nøiet sig med å si at nye lover skal være noenlunde hensynsfulle mot dem som har innrettet sig efter den gamle loven. Det vern som property og contracts får på denne måten, går ikke alene mindre vidt enn i U. S. A., men må også ses under en noe annen synsvinkel. Derfor skal en være forsiktig med å bruke amerikanske dommer og ytringer om konkrete tilbakevirkningsspørsmål til direkte veiledning her i Norge.

5. Om § 97 forbyr urettferdig og vilkårlig tilbakevirkning, betyr ikke dette at hver eneste anvendelse av den nye loven må kunne stå for en individuell rettferdsprøve. Det er lovgivningsmakten § 97 er rettet til, og det er under utformningen av lovteksten den skal holde sig rettferdskravet etterrettelig. Hvis den det har gjort, er alt i orden, selv om tilbakevirkningen virker hårdt i et enkelt tilfelle, fordi lovens regel er generelt formet, eller fordi man har foretatt visse retts-tekniske forskyvninger for den praktiske brukbarhets skyld.

Et eksempel vil gjøre det klarere hvad jeg mener: For å komme smuglertrafikken til livs bestemmer den nå endrede l. 1. 8. 1924 § 52 f<sup>2</sup>, at båter som blir knepet in flagranti blir inndradd. Denne reglen skal gjelde selv om eiendomsretten er stiftet før loven, og heller ikke eldre panterett står i veien for inndragningen. At dette ikke er urettvis tilbakevirkning, hvis herrerne hadde approbert trafikken, er klart. Det samme gjelder om den eldre panthaver får bevisbyrden for at han ikke hadde kjennskap til hvad båten blev brukt til, skjønt dette naturligvis kan føre til at en helt uskyldig mann blir berøvet sin panterett. Men forholdet til grunnloven blir heller ikke et annet, fordi om loven finner det nødvendig å forme inndragningsreglen absolutt, for å hindre stråmannsvesen og vidtløftig prosedyre, og ut fra den betraktning at panthaveren får holde øie med hvad båten blir

brukt til, efterat den nye loven er trådt i kraft. At en sånn regel kan komme til å virke urettferdig er ikke nok til å gjøre den grunnlovstridig, all den stund loven er uangripelig i hele sitt anlegg.<sup>1</sup>

Noe motsatt er det heller ikke grunn til å legge i Rt. 1926 s. 294, der handlet om et sånt tilfelle som vi nettop talte om. Riktignok sa Høiestere rett at her kunde tilbakevirkningen passere, fordi den eldre panthaveren visste eller burde vite at båten gikk i smuglertraden. Men det vilde være temmelig bakvendt å anse dommen som et «præjudikat» for den motsatte løsningen, hvis stillingen er en annen i så måte.

6. Når grl. § 97 bare reagerer mot urettferdig og vilkårlig tilbakevirkning, betyr dette at dommeren må spørre sig selv hvordan en innsiktsfull og forstandig mann med sin sunde rettskjensle i behold vilde se saken. Det er denne målestokken grunnloven tenker sig, og ikke en original og subjektiv som vedkommende dommer måtte ha laget sig til privat bruk.

Men er ikke dette en ren fiksjon? Er det ikke så at en sånn god- og rettroende tredjemann aldri har eksistert, og at det i virkeligheten blir dommerens eget skjønn og personlige vurdering som avgjør saken? Nei, det kan man ikke si. Selvsagt må det innrømmes at den målestokken dommeren skal bruke, ikke spankulerer fiks og ferdig omkring i samfundslivet, i objektiv og upersonlig skikkelse. Men forestillingen om hvad der er urettferdig og vilkårlig varierer heldigvis ikke så fundamentalt fra mann til mann, at det blir rene slumpen hvilken opfatning dommeren faller tilbake på. I lengden kan et samfund ikke holde sammen, medmindre det hersker en viss tilnærmet enighet om de fundamentale retts- og moralforestillinger, bl. a. om kjernen i det som kalles rettfærdighet. Og det er denne levende norm dommeren blir henvist til, akkurat som han i andre forhold må avgjøre sakene efter hvad det er utilbørlig eller almenskadelig, stridende mot ærbarhet, tro og ære, god forretningskikk eller lignende.

Man skal heller ikke overse de objektive momentene som rettfærdighetsbegrepet rummer, og som tjener til å minske usikker-

---

<sup>1</sup> Dette har jeg også fremholdt i «Hensikten» s. 67.

heten ved det. Når det er spørsmål om å erklære en tilbakevirkning for grunnlovstridig fordi den er gjennomført på vilkårlig måte, vil dommeren således ha temmelig sikker grunn under føttene. Ganske visst er det *reell* og ikke matematisk likhet grunnloven forlanger, men opfatningen av denne er tross alt nokså objektiv og entydig, og varierer forholdsvis lite etter personlighet og samfunnsinnstilling. Det samme kan ikke sies om den andre siden av rettferdsstandarden. Men selv her er manglene på objektive støttepunkter ikke fullstendig: For det første vil flere av de andre «sikkerhetsparagrafene» i grunnloven gi ganske gode fingerpek om hvordan § 97 tenker sig standarden praktisert; særlig er erstatningsreglen i § 105 meget uttrykksfull i så måte. Dernest skal man huske at det ikke er innholdet av lovene som skal bedømmes, men om de er satt i verk brutalt og hensynsløst, og dette vil folk lettere kunne enes om. Endelig får naturligvis de subjektive og usikre momentene ved rettferdsstandarden desto mindre anledning til å gjøre sig gjeldende, eftersom de objektive, forstandsmessige sidene ved den blir klarlagt — sånn som vi i øieblikket er i full gang med å forsøke på.

7. En ting må man imidlertid være klar over, og den kan neppe betones sterkt nok: Den målestokk som en tilbakevirkning skal sammenlignes med for å finne ut om den strider mot § 97, er ikke konstant og i hvile, men i stadig bevegelse og utvikling. Det gjelder rettferdsforestillingene på alle områder, men ganske særlig her, hvor spørsmålet rettferdig eller ikke-rettferdig lett kommer til å avhenge av en så skiftende faktor som tidens almindelige syn på forholdet mellom individ og samfund. Ingen kan tvile på at vurderingen av en bestemt tilbakevirkning kan bli forskjellig, eftersom dommeren er innstillet på at staten er til for borgernes skyld og har til hovedoppgave å verne om deres naturlige rettigheter, eller det er den motsatte tendensen som rår i samfundslivet, og folk har suget inn med morsmelken at «*Gemeinnutzt geht vor Eigennutz*». Når målestokken skifter på denne måten, sier det sig selv at også *rettsinnholdet* i § 97 blir et annet. Dette er jo — som påvist i den forrige avhandlingen — et typisk standardfenomen: Ved å ta levende og utviklingsdyktige sam-

fundsnormer i sin tjeneste blir også standarden selv «vital», som dommer Holmes sier, og kan følge med tiden og forme sig etter dens krav.

Nå er det en kjent sak at det siden 1814 er foregått store forskyvninger i opfatningen av forholdet mellom individ og stat. Hele samfundsmentaliteten er blitt en annen. Jeg skal ikke trette med å skildre denne utviklingen, men dens facit kan vel kort gjengis sånn, at tanken på individet og dets rettigheter har tapt terreng i forhold til samfundsprinsippet, dets krav og dets behov. Dette har igjen ført med sig at opfatningen av om en tilbakevirkning er forsvarlig eller utilbørlig, er blitt en annen enn før i tiden. Mangt og meget som vilde ha blitt ansett for urettferdige overgrep i første halvdel av det 19. århundre, kan derfor ha gode chanser til å passere uantastet i våre dager.

III. Når man derefter skal gi en oversikt over de momentene som kommer i betraktning ved tilbakevirkningsspørsmålet, og helst også antyde litt om hvilken betydning de har, er det naturlig å ta utgangspunkt i de eldre forsøkene i samme retning.

1. I fremmed teori om lovers herredømme i tiden — og til dels også hos oss — har det vært almindelig å hevde som en ubetinget sannhet, at nye lover aldri må driste sig til å røre ved de såkalte *velerhvervede rettigheter*, «les droits acquis». Interesser som bare er knyttet til forventninger eller forhåpninger — «les simples expectatives» — er derimot aldri vernet av grunnloven. Som en avart av disse siste nevnes gjerne de såkalte «allemannsrettigheter» — retten til ferdsel, fløtning o. s. v. Men denne omskrivning av tilbakevirkningsforbudet er ikke så forferdelig vellykket. Teorien gir for det første ikke noe virkelig bidrag til å avgjøre, når en rett er «velerhvervet» i forhold til grunnloven. Det kan — som bl. a. P l a n i o l har sagt — endog være et spørsmål om man ikke snarere bør kalle de rettighetene *velerhvervet* som er beskyttet mot nye lover, enn å slutte at de har dette vernet fordi de er *velerhvervet*. Setningen går dessuten for langt, når den vil forby et aldri så lite inngrep i en eldre, *velerhvervet* rett. Og endelig kan det ikke trekkes noen knivskarp grense mellom rettigheter og ikke-rettigheter i forhold til grl. § 97. Ikke alene er alle klar over at paragrafen også virker på rettsområder hvor det

ikke er naturlig å tale om subjektive rettigheter,<sup>1</sup> f. eks. i straffetretten, eller når det gjelder rettsevnen eller handleevnen. Men selv der hvor sontringen har mening, er setningen ikke ubetinget riktig, idet det sikkerlig fins rettslige situasjoner som er vernet mot tilbakevirkning, uten at det faller naturlig å kalle dem for subjektive rettigheter. Allemannsrettighetene f. eks. er — som jeg har fremhevet i T. f. R. 1922 s. 235 — beskyttet mot lover som ikke respekterer likhetsprinsippet, idet de bare angår et enkelt vassdrag eller en del av dette. Og i ly av den almindelige handlefrihet kan det også gro op verdier og interesser som nye lover ikke ubetinget kan blåse i, f. eks. de som knytter sig til en oparbeidet forretning.<sup>2</sup>

Men selv om setningen om de velerhvervede rettigheter ikke må tas bokstavelig, har den allikevel en kjerne av verdi.<sup>3</sup> Ikke fordi grunnlovsfedrene — som riktignok i stor utstrekning var sorenskrivere — må antas å ha slukt juristbegrepet «subjektiv rett» med hud og hår, og trukket skarpe og absolutte grenser for tilbakevirkningen i den anledning. Nei, forklaringen er mere prosaisk: Hvis de private interesser skal ha sånn styrke at det føles urettferdig om nye lover krenker dem, må de oftest være knyttet til en bestemt person, og gi ham en så markert og eksklusiv maktstilling at det faller naturlig å tale om en subjektiv rett. Er det derimot spørsmål om å forskyve eller begrense den handlefrihet som alle og enhver har kunnet glede sig ved, vil inngrepet sjelden ha sånn karakter. Men mere enn v e i l e d e n d e er synspunktet ikke, som jo sontringen mellom rettigheter og ikke-rettigheter i det hele er relativ og flytende.

Overhodet må en være varsom med å trekke grensen for § 97 efter formaljuridiske kriterier og distinksjoner. Det er r e e l l e v e r d i e r og interesser grunnloven vil verne om, og bare som uttrykk for disse får juridiske kunstord og sontringer betydning. Ikke minst i formueretten er det nyttig å huske på dette.

2. Som en viktig side ved tilbakevirkningsforbudet nevnes

---

<sup>1</sup> Se f. eks. referatet av C a s t b e r g foran på s. 59. Dette synes A u g d a h l å overse i sitt angrep på teorien i T. f. R. 1938 s. 380 ff.

<sup>2</sup> Se nærmere § 8.

<sup>3</sup> Jfr. også C a s t b e r g s. 247. Anderledes A u g d a h l i T. f. R. 1938 s. 384.

det ofte at nye lover ikke må knytte skadelige følger til eldre handlinger eller begivenheter. Den østerrikske lovboken av 1811 sier dette uttrykkelig i sin § 5; her i Norge har særlig Castberg lagt vekt på det samme.

Men teorien om de «fri handlinger» rekker lenger enn som så. Den kombineres gjerne med læren om de velerhvervede rettigheter, og tjener til å utdype denne — delvis også til å begrense den. Når velerhvervede rettigheter beskyttes av § 97, er dette ifølge Morgenstierne bare en konsekvens av hovedreglen om at «der til allerede foretatte fri og vilkårlige handlinger ikke kan knyttes nye, for den handlende uheldige rettsvirkninger». En rettighet kan nemlig bare kalles velerhvervet, hvis den er vunnet «ved en fri handling som kan anses hvilende på forutsetningen om rettens ukrenkelighet», som f. eks. en kontrakt (tillegg s. 6). Castberg har i det vesentlige samme opfatning, men supplerer den en del forsåvidt angår omfanget av beskyttelsen: Alle rettigheter er etter hans mening beskyttet av § 97 hvis de angripes «på den måte at den nye lov knytter nye rettsfølger til handlinger eller begivenheter som i tid ligger forut for loven» (s. 248).

Heller ikke disse setningene gir imidlertid noe helt riktig bilde av hvad det ligger i § 97. Det er således ikke absolutt forbudt å la en eldre «fri handling» trekke nye og ubehagelige konsekvenser etter sig. Hvis følgen er knyttet direkte til handlingen, og denne dessuten er det eneste årsaksmomentet som kommer i betraktning, vil § 97 visstnok regelmessig hindre det. F. eks. når det er tale om å legge toll på varer som alt er ført inn i riket.<sup>1</sup> Men saken står anderledes når handlingen er et ledd i et mere komplisert årsaksforhold, hvis virkninger dessuten strekker sig fremover i tiden, f. eks. den ting å legge sig til et barn. Det kan umulig sies å være i strid med § 97 om en lov knytter «nye og skadelige virkninger» til en sånn handling, i form av øket underholdsbidrag, nye regler om arverett og navnerett eller lignende. Det er heller ikke noe ubedragelig tegn på at en rettighet er «velerhvervet» i forhold til grunnloven, at den skyldes en «fri og vilkårlig handling» fra rettighetshaverens side. På den ene

<sup>1</sup> I så fall kan det som alt nevnt tale gode grunner for å ta § 97 på ordet, og ikke behandle den som en standard.

siden kan også andre rettigheter være like «velerhvervet»; retten til falt arv eller til å få erstatning for overkjøring kan en ny lov således ikke ta fra folk uten videre. På den annen side er ikke alle rettigheter som hviler på fri handlinger beskyttet, eller beskyttet fullt ut — man tenke f. eks. på retten etter en statsborgerbevilling eller et næringsbrev, og for den saks skyld også på retten etter en ganske almindelig kontrakt. Endelig er det ikke avgjørende for nye lovers adgang til å regulere eldre rettigheter, om de knytter rettstapet til eldre eller yngre eller til ingen handlinger fra rettighetshaverens side.<sup>1</sup> Det vil den følgende fremstillingen gi nok av eksempler på.

Men selv om de setningene som søker tilknytning til de «fri, eldre handlinger» ikke har ubetinget gyldighet, følger ikke herav at de er ganske mislykket. Tvert om rører de utvilsomt ved en viktig side ved tilbakevirkningsforbudet, og kan være til stor hjelp når § 97 skal tolkes: Godtfolks rettsbevissthet reagerer nemlig gjerne sterkt og utvetydig, hvis en lov graver frem handlinger og begivenheter som i alle deler er op- og avgjort, og knytter nye byrder til dem. Men selv om handlingen ikke er det eneste tilknytningsmomentet, og selv om virkningen av den fremdeles består, vil en sånn optreden ofte føles som et overgrep fra den nye lovens side. Det er nemlig — som *Morgenstierne* uttrykker det — «en nærliggende mulighet for at handlingen ikke var foretatt, hvis vedkommende rettsvirkning allerede ved handlingens utførelse hadde vært knyttet til handlinger av denne art, således at den handlende kan sies av statsmyndighetene å være lokket i en felle» (tillegg s. 6). Man finner sig også lettere i å få regulert rettigheter som er falt ned fra himlen, enn de man har strevet og slitt for. Og hvis inngrepet i bestående rettigheter er betinget av yngre begivenheter eller handlinger av eieren er rettsbevisstheten snarere til å forsone sig med tilbakevirkningen, enn om rettstapet hadde vært knyttet til ting som ligger forut for loven: Disse siste har eieren det nemlig ikke i sin makt å la være eller å forebygge.

Men mere enn r e l a t i v v e r d i og veiledende betydning

---

<sup>1</sup> Særlig er det klart at loven ikke alltid er på den sikre siden, fordi om den lar rettstapet inntre som følge av fremtidige handlinger. Se «Hensikten» s. 65 ff.



for rettfærdsspørsmålet har disse synsmåtene ikke. Og jeg synes i grunnen Ørsted alt har sagt hvad det med rette kan sies om dem.<sup>1</sup> «Ved en Lovs Virkning paa allerede eksisterende Tilfælde bliver vel noget Hensyn at tage til den Forskjel der er paa de Retsforhold som opstaar ved den Paagjeldendes egne frie forpligtende Handlinger, og dem som Lovene stifte uden saadanne Handlingers Mellekomst. Hvad hine Retsforhold betegner maa Enhver antages at indrette sine Handlinger saaledes at samme efter de da gjeldende Love, ville svare til hans Hensigter, og han bliver derfor, i en særdeles Grad brøstholden naar en senere Lovforordning betager hans Handlinger deres tilsigtede Virkninger. Imidlertid kan man neppe gjøre en absolut Forskjel mellem hine to slags Tilfælde, thi dels kan en Rettighed, skjønt den ikke skyldes egne frie paa denne Erhvervelse anlagte Handlinger, men Lovens Omsorg, dog, naar den engang er erhvervet ikke betages Nogen ved en senere Lov uden at forrykke den Tilstand hvorpaa han med Grund havde bygget; dels ere der næsten altid frie Handlinger som uden at udgjøre den erhvervede Rettigheds Grund, dog staa i nøieste Forbindelse med samme, og som man vilde have givet en anden Retning, hvis den gjeldende Lovgivning havde været anderledes beskaffen. Man kan altsaa blot sige at Lovgiveren, og forsaavidt dennes Villie ei tydelig er tilkjendegivet, Dommeren bør være end mere varlig i at give nye Love Indflydelse paa de Virkninger af en eldre Handling som denne umiddelbart har været lagt an paa, i Medhold af de gjeldende Love at frembringe, end i at gribe ind i stiftede Retsforhold, hvori den fri Villie kun har en fjærnere og mere tilfældig Andel.»

3. For å avgjøre om en rettighet er beskyttet av § 97 vilde Ascheoug legge avgjørende vekt på om innehaveren hadde fått den vesentlig for sin egen skyld eller vesentlig for samfundets skyld. Denne tanken tok Morgenstjerne op, men forskjøv den samtidig, så den fikk større rekkevidde og et annet prinsipielt innhold: Når man skal bedømme om en tilbakevirkning er utilstedelig, kommer

---

<sup>1</sup> l. c. s. 57—58. Ørstedes ord gjelder ikke direkte § 97, men tilbakevirkningsspørsmålet i sin almindelighet. Men de har tilsvarende gyldighet også i forholdet til grunnloven.

det i prinsippet ikke an på å tolke grl. § 97, men den loven som vedkommende rettighet eller rettsforhold hviler på. Er denne sånn å forstå at den tilsikrer borgerne deres rettsstilling som ufortapelig, er tilbakevirkning utelukket, mens saken derimot står anderledes hvis loven ikke kan tolkes på denne måten. Denne tankegang — som i virkeligheten skjalter ut § 97 temmelig fullstendig — har spilt adskillig rolle i diskusjonen om tilbakevirkningsproblemet. Den klinger igjen i flere høieste-rettsvoteringer fra de senere år (f. eks. i Rt. 1931 s. 865 og 1936 s. 430) og også i lovgivningen har den satt spor etter sig.<sup>1</sup>

Noe Columbi egg — som Morgenstjerne visstnok trodde — er den imidlertid ikke. Som A u g d a h l fremhever (Rt. 1935 s. 33 og 35, T. f. R. 1938 s. 387) gir teorien vanligvis liten hjelp, fordi den loven som hjemler rettigheten gjerne er taus om tilbakevirkningsspørsmålet, og hvis rettigheten har sedvanerettslig grunnlag svikter anvisningen helt. Ved å forlegge tyngdepunktet i tilbakevirkningsproblemet fra grunnloven til den almindelige lovgivning forvirrer man dessuten hele spørsmålet, og kjører det oven i kjøpet inn i en blindgate: Den almindelige lovgivning har nemlig slett ikke noen uinnskrenket adgang til å bestemme at rettigheter enten skal være uangripelige til evig tid, eller også stå helt til disposisjon for fremtidens lovgivning. Det første vilde stride mot Stortingets rett til ikke bare å gi, men også «opheve lover», og det siste vilde stemme dårlig med ånden og tanken i grl. § 97.<sup>2</sup> Ingen annen forfatter har da heller fulgt Morgenstjerne i hans eiendommelige forsøk på å løse tilbakevirkningsproblemet utenom § 97, og redusere det til et spørsmål om almindelig lovfortolkning.

Hverken Aschehous eller Morgenstjernes synsmåter er dog verdiløse. Men de må reduseres til sine rette proporsjoner, og helst også formuleres litt anderledes, så realiteten bak dem kommer klarere frem: Når Morgenstjerne således vil la det komme an på en tolkning av lovgrunnlaget om en rettighet skal være

---

<sup>1</sup> L. 7. juni 1917 § 33, som ophevet eldre skjenkerettigheter, bestemmer således at der skal betales erstatning til de rettighetshavere, «hvis adgang til salg eller skjenking . . . . må anses tilsagt som en rettighet der skal bestå uavhengig av senere lovgivning».

<sup>2</sup> Jfr. i det hele A u g d a h l l. c.

beskyttet eller ikke, er den virkelige tanken sikkert at noen rettigheter er mere følsomme for tilbakevirkning enn andre, fordi det er særlig viktig at eieren kan stole på dem og innrette sig på at de skal bestå.<sup>1</sup> Og når Aschehoug forbyr nye lover å røre rettigheter som eieren har fått «vesentlig for sin egen skyld», gir han uttrykk for omtrent det samme, idet det er sånne rettigheter det er særlig viktig å kunne bygge på, i omsetningslivets og rettsikkerhetens interesse.

Men når dette er forholdet, kan man la både Aschehougs og Morgenstiernes synsmåter gå op i en bredere og mere prinsipiell setning, som spiller den største rolle for forståelsen av § 97: Siden realbetraktningene for og imot tilbakevirkning stiller sig forskjellig i de ulike livsforhold, kan heller ikke innholdet av paragrafen være det samme over hele linjen. Forbudet mot å la lover virke tilbake har forskjellig rekkevidde og karakter, alt efter det område av retten som loven beveger sig på. Særlig viktig er det å understreke at det har ganske annen kraft innenfor næringslivet,<sup>2</sup> enn når det er personlige, familie- eller offentligrettslige rettsforhold som berøres av tilbakevirkningen. Denne motsetningen får vi senere høve til å utdype.

4. De gjengse forsøkene på å løse op § 97 i en rekke ubetingede almensetninger viser sig altså ikke å føre frem. For dem som har lest de foregående paragrafene og er enig i dem, kommer dette neppe overraskende: En standard som § 97 lar sig nemlig ikke behandle på denne måten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> En viss adgang til å treffe uttrykkelig bestemmelse om dette kan man sikkert heller ikke frakjenne lovgivningen. Morgenstierne går således ut fra som selvsagt at hvis en rett uttrykkelig er tillagt en mann for et visst antall år, kan senere lov ikke ta den fra ham (Tillegg s. 7), og Castberg antar (s. 256) at det ikke er noe i veien for å bestemme at de rettighetene som innrømmes i en lov, alltid skal kunne tas tilbake ved ny lovgivning. Den retten lovgivningen her har, må dog utøves innen rimelige grenser. Augdahl forkaster den så vidt jeg forstår helt.

<sup>2</sup> Strafferetten kunde naturligvis vært nevnt i samme forbindelse. Men her er jo behovet for beskyttelse så sterkt at tilbakevirkningsreglen må opfattes som en absolutt rettsregel og ikke som noen standard.

<sup>3</sup> Omvendt er det — som vi alt har fremstillet på s. 75, et sterkt indisium på at grl. § 97 ikke er noen almindelig rettsregel, at alle sånne forsøk ueverlig lider skibbrudd.

Men når man presenterer enkeltsetningene som veiledende, og er oppmerksom på at de aldri gjør det konkrete helhets- og rettferdskjønnnet overflødig, er det bare priselig at teorien har slått inn på denne veien. Det arbeide som i årenes løp er lagt ned på § 97 er da heller ikke spilt: Alle de særlige setningene som har vært oppstillet inneholder riktige iakttagelser og synspunkter, bare man fjerner den uheldige drakten de optrer i, og ikke gir dem større bærevide enn de har krav på.<sup>1</sup> Men selv sagt er ikke dette de eneste setningene det kan være veiledning i, og heller ikke gir de beskjed om alle de faktorer som har betydning for tilbakevirkningsspørsmålet. Tvert om er det en uuttømmelig rekke av omstendigheter der kommer i betraktning under den omfattende konkrete interessevurderingen som danner grunnlag for skjønnnet om en tilbakevirkning er rettferdig eller ikke.

Det svarer imidlertid neppe regning å trekke frem flere hovedmomenter til almindelig belysning av § 97. Da tilbakevirkningsforbudet har så forskjellig utseende på de ulike rettsområder får ikke de samme faktorene betydning over hele linjen, og selv om momentene er de samme har de forskjellig valør og vekt. En virkelig detaljanalyse av tilbakevirkningsforbudet må derfor nødvendigvis bli spesiell, idet man tar de enkelte rettsområder for sig efter tur. Jeg bryter derfor tråden av her, og tar den op igjen i neste paragraf, hvor jeg søker å skildre tilbakevirkningsforbudet på formuerettens eller overhodet på det økonomiske livs område.

IV. Også den likhetsgrunnsetningen som grl. § 97 underforstår, har man forsøkt å gi mere presis skikkelse, ved å løse den op i mindre enkeltregler. Om lover som påbyr ting ødelagt eller innskrenker eierens rådighet har man således sagt at de må ha almen form, sånn at de ikke bare rammer en enkelt eier eller en liten krets, men alle som sitter med denne slags eiendom. Hvis det derimot blev gitt nye hugstvedtekter eller nye fredningsregler bare for dem som hadde særlige hugst- eller

---

<sup>1</sup> I sine «Causeries du Lundi» lar Sainte Beuve Diderot uttale, at han aldri hadde lest en helt dårlig bok eller truffet et gjennom slett menneske. Noe lignende gjelder efter min erfaring også om juridiske teorier og argumentasjoner. De inneholder nesten alltid noe godt og riktig, bare man forstår å finne det og dra nytte av det.

fangstrettigheter, mens eierne selv fikk hugge og jage akkurat som før, skulde dette ikke være i samklang med grunnloven. Se *C a s t b e r g*: Grunnlovens forbud s. 101—102.

Man kan imidlertid ikke si at § 97 stiller så absolutte og ubetingede krav. Det er reell likhet den krever, hvor ikke bare alle likhetsmomentene blir tilgodesett, men også alle ulikheter, for såvidt de har naturlig relevans. Når dette siste er tilfellet lar sig imidlertid ikke uttrykke abstrakt, men forutsetter en konkret og skjønsmessig vurdering av forholdene. Også likhetsprinsippet er derfor en *s t a n d a r d*, ingen stiv og ubetinget rettssetning.<sup>1</sup>

Eksempelvis vilde det ikke gå an å plukke ut en enkelt bedrift eller en enkelt skogeier, og innskrenke deres eiendomsrett, fysisk eller juridisk. Men det kan være både forsvarlig og rasjonelt å gi sånne lover begrenset slagvidde, idet man bare rammer fabrikker i bymessig bebyggede strøk, eller skoger av bestemt størrelse, beliggenhet eller karakter. Etter omstendighetene vilde det heller ikke være utelukket å gi strengere regler for særlige hugst- og fangstrettigheter enn for eierens egen rådgivhetsutøvelse, fordi faren for rovdrift gjerne er mindre i siste fall. De setningene som i teorien har vært tilbøielig til å hevde som absolutte reduseres altså til å få *v e i l e d e n d e* eller *s y m p t o m a t i s k b e t y d n i n g* — akkurat som de andre almensetningene man har villet presse rettferdstandarden i § 97 inn i.

For at grunnloven skal være krenket er det her som ellers en forutsetning at det er gjort et nokså *a l v o r l i g b r u d d* på likhetsprinsippet, ikke bare en mindre «skjønnhetsfeil»<sup>2</sup>. Men selv mindre forsyndelser mot idealet kan få betydning som et trekk i tilbakevirkningsbilledet: Hvis utfallet ellers stiller sig tvilsomt vil vektskålen nemlig lett synke i disfavør av den nye loven, hvis den ikke bare har tillatt sig adskillig hensynsløshet overfor etablerte rettsforbud, men også gått noe vilkårlig frem.

V. Det lønner sig heller ikke å ta rettspraksis til hjelp for å søke den generelle analysen av grl. § 97 ført lengere frem.

---

<sup>1</sup> Jfr. «Hensikten» s. 55, jfr. s. 62.

<sup>2</sup> Akkurat som det bare er grov hensynsløshet som virkelig kan kalles urettferdig.

Dette betyr selvsagt ikke at jeg frakjenner praksis verdi, når det gjelder å skildre innholdet av paragrafen. Tvert imot er dette hjelpemidlet her som ellers uvurderlig, når man bare husker på at det er en standard dommene illustrerer. Som jeg fremhevet i det foregående avsnittet (s. 44) kommer nemlig prækjedsprøsmålet i en egen stilling i den anledning, siden bruken av standarder ikke alene er konkret betinget, men målestokken dessuten i stadig bevegelse. Om Høiestrett har ansett et inngrep i eldre leierettigheter for grunnlovstridig under situasjonen A., behøver det ikke stride med «den av retten uttalte rettsopfatning» at man senere kommer til det motsatte resultat under situasjonen B. Og om en tilbakevirkning er blitt fordømt i 1880, under hensyn til de rettferdsforestillingerne som dengang rådet, behøver det ikke være i strid med dommen at man mener noe annet i 1938, skjønt sakene ligner hverandre på en prikk. Den usikkerheten som hviler over rettspraksis tilsier naturligvis også at man må være forsiktig med å bygge på en enkelt dom. Men selv med disse reservasjoner gir praksis rikt materiale til belysning av grunnlovsbudet.

Når jeg allikevel ikke søker å utnytte det her, er årsaken den samme som nettop fikk mig til å avbryte den almindelige undersøkelsen av tilbakevirkningsprøsmålet: Det er jo enkeltanvendelser av § 97 dommene gir eksempler på. Og da disse efter hvad vi foran sa ter sig forskjellig på de ulike rettsområder, blir dommenes illustrerende evne nødvendigvis også begrenset. Derfor er det praktisk å vente med rettspraksis til vi kommer til den «spesielle del» av fremstillingen.

#### § 5.

### **Tilbakevirkningstandarden i formueretten.**

#### **Innledende orientering.**

I. På formuerettens, eller i det hele på næringslivets område er tilbakevirkningsproblemet særlig aktuelt, men også særlig vanskelig.

På den ene siden ligger det i dagen at nettop her har forbudet mot tilbakevirkning ekstra stor berettigelse: Behovet for stabilitet i rettsreglene er sterkt og levende, siden formueretten

nå engang er «det private initiativ» og omsetningens rett, og siden kalkulasjoner og diskontering av fremtiden er livsnerven i alt forretningsliv. Dertil kommer at selve rettighetssynspunktet og tanken på at individet har fått rett «for sin egen skyld» har større vekt i formueretten enn annetsteds, likesom det også spiller inn at rettighetene gjerne er vunnet ved egne eldre handlinger, for da er det særlig betenkelig å røre dem. På den annen side er det neppe noe rettsfelt hvor lovgivningen har større behov for å kunne bevege sig fritt: Jo raskere den økonomiske utvikling er, desto nødvendiggere for samfundet å holde sine regler å jour med tiden, og desto uheldigere om hensynet til etablerte forhold og fortidens rettsordning skulde stå i veien for dette. Et rettssamfund i ekspansjon og sund livsutfoldelse har liten lyst til å la «døde hefte på livets reise». — Det rettfærdskjønn som skal avgjøre tilbakevirknings spørsmålet kommer derfor enda tydeligere enn ellers til å stå i kompromissets tegn. Hovedsynspunktet må som Gjelsvik uttrykker det være: «Eit rimelegt og rettvist vern for einskildmannen, eit høvelegt olbogerum for lovgjevingsmakti.»<sup>1</sup>

I U. S. A. har de et særlig navn på den retten statsmakten har til å virke inn på eldre rettigheter og rettsforhold. De kaller den for statens «police power».<sup>2</sup> I kraft av den kan lovgivningen regulere og begrense private rettigheter når vitale offentlige hensyn krever det, skjønt konstitusjonen høitidelig har garantert «the inviolability of vested rights». Og skjønt vi ikke har noe eget navn på tingen, er stillingen ikke synderlig anderledes hos oss. Livets og utviklingens logikk er nå en gang den samme øst og vest for Atlanterhavet.

II. Denne hovedinnstillingen til tilbakevirkningsproblemet — eller om man vil det særlige preg som rettfærdskjønn får i formueretten — er det meget viktig å merke sig. Men ellers følger det av sig selv, at alt vi sa i forrige paragraf om rettfærdstandardens innhold og anvendelse har gyldighet også her. En enkelt ting er det dog grunn til å understreke, før vi

<sup>1</sup> Innledning 3 utg. s. 66. Noe lignende sa jeg selv i «Hensikten» s. 61.

<sup>2</sup> Ifølge Lambert (s. 45) defineres den av Ernest Freund som «le pouvoir de développer le bien-être public en restreignant et réglementant l'usage de la liberté et de la propriété». Jfr. Skie s. 257.

tar op tråden i rasjonaliseringsprosessen på ny og søker å føre den videre:

Under behandlingen av setningen om de «velerhvervede rettigheter» advaret vi mot å bygge på formaljuridiske begreper og distinksjoner, istedenfor på reale betraktninger og levende, menneskelige interesser. Det var praktiske erfaringer fra enevoldstiden Eidsvollsmennene gikk ut fra, og det var praktisk-politisk idealisme som drev dem når de søkte å bygge mur mot overgrep fra statsmaktens side, både i § 97 og i de andre sikkerhetsparagrafene. Juridiske posisjoner og distinksjoner hadde de mindre interesse for.

Overalt hvor § 97 virker har denne betraktningen gyldighet. Men i formueretten er det særlig viktig at man ikke glemmer den. De økonomiske verdiers rett er nemlig etter tusenårig bearbeidelse blitt så overbrodert med juridiske begreper og kunstord, og så gjennompløiet av sondringer på kryss og tvers, at noen hver kan bli fristet til å bevege sig efter disse, når grensen for tilbakevirkningsforbudet skal trekkes. Så meget mere som reglene blir fastere og mere objektive på denne måten — noe som all rett i og for sig streber efter. Det er imidlertid et realt og ikke noe formelt rettfærdsideal grl. § 97 søker å gjøre til virkelighet. Derfor må en ikke løse tilbakevirkningsspørsmålet efter rent juridiske begrepslinjer, medmindre de er uttrykk for realiteter som virkelig har relevans i forhold til grunnloven.<sup>1</sup> I formueretten er det imidlertid økonomiske realiteter som fortrinsvis fører ordet. Om en tilbakevirkning er tillatt eller ikke avhenger derfor først og fremst av hvordan den virker på de økonomiske interesser og verdier som berøres av den. Denne erkjennelsen har ikke bare betydning for de konkrete tilbakevirkningsspørsmålene. Hele behandlingen må være preget av dem, anlegget så vel som enkelthetene.<sup>2</sup>

III. I tilknytning til fremstillingen i § 4 skal vi så fortsette skildringen av de hovedfaktorer som gjør sig gjeldende.

1. I første rekke — nærmest i en klasse for sig selv — står det k v a n t i t a t i v e m o m e n t, om inngrepet i rettighetene er

<sup>1</sup> En sånn relativ betydning tillå vi, som man vil huske, sondringen mellem virkelige rettigheter og andre rettsbeskyttede interesser.

<sup>2</sup> Jfr. nedenfor s. 127.



stort eller lite, vesentlig eller uvesentlig. I alle menneskelige forhold spiller gradforskjell og kvantitative overganger avgjørende rolle. Sånn er nå engang livet, og det må rettsreglene regne med og innrette sig efter. «Det får ikke hjelpe» sa *O l i v e r W e n d e l l H o l m e s* en gang, «at det hele efter min opfatning er et spørsmål om gradforskjell. Sånn er det med hele rettsordnen, såsant den er civilisert.»<sup>1</sup> Men det skal vel være vanskelig å finne et rettsområde, hvor man så åpenbart er henvist til å bygge på gradforskjell og kvantitative ulikheter, som når det gjelder å trekke grensen for tilbakevirkningsforbudet i grl. § 97. Ser man bort fra det likhetskravet som ligger i bestemmelsen, går den jo ut på å fordre en viss hensynsfullhet og resignasjon, når nye lover griper inn i rettigheter eller rettsforhold som har festnet sig under den eldre rett. Men dette kravet forutsetter — nærmest med «begrepsmessig nødvendighet» — en undersøkelse av hvor hårdt de eldre rettighetshaverne er blitt trått på tærne. Det gjelder overalt hvor tilbakevirkningsforbudet har virkning, men i formueretten er det særlig oplagt, siden penger og pengeinteresser — altså kvantitetsstørrelser par excellence — her spiller sånn avgjørende rolle.

I U. S. A. har man alltid vært klar over gradsmomentets betydning, når det gjelder å bestemme hvilke inngrep det kan gjøres i bestående økonomiske rettigheter i kraft av statens «police power». «Jeg er efter noen tvil blitt stående ved at loven er hjemlet ved det vi i almindelighet kaller the police power», sa *H o l m e s* i en sak fra 1908, hvor det var tale om en lov som hadde bestemt at skolebarn skulde reise for halv pris på jernbanen. «Denne myndighet kan bestemmes derhen at kon-

<sup>1</sup> *Schjelderup* s. 138. Det er svært mange juridiske forfattere som ikke er opmerksom på hvilken rolle gradforskjell spiller når der resonneres over juridiske spørsmål. For å godtgjøre at grl. § 105 ikke hjelper eieren, om staten forbyr ham nesten all rådighet over tingen. uttaler *A s c h e h o u g*, at hvis det i k k e var så, vilde paragrafen også kunne påberopes om forbudet bare «i ringere grad forminsket rettighetenes verdi» (s. 78). Og et eksempel fra i år: I T. f. R. 1938 gjør *A u g d a h l* gjeldende overfor *M o r g e n s t i e r n e*, at en lov ikke kan erklære de rettighetene den hjemler for å være absolutt ukrenkelige, og heller ikke kan den si, at alle rettigheter som måtte opstå i fremtiden, skal være helt uten vern efter grunnloven. Herav slutter han så at da må loven savne e n h v e r adgang til å bestemme noe om dette, enten i den ene retning eller i den annen.

stitusjonelle rettigheter som andre rettigheter er kvantitative størrelser, og at de store konstitusjonelle garantier til vern om formuerettigheter ikke må drives ut i logiske ytterligheter, men må forstås slik at de — iallfall hvor det gjelder lovgivning til fremme av almenvellet — tillater at der påføres relativt små tap uten at erstatning kan kreves. . . . På denne måten innskrenker da spørsmålet sig til å gjelde størrelsen av den pålagte byrde.»

Her i Norge har ikke teorien lagt tilsvarende vekt på størrelsen av inngrepet — eller om man vil på hvor v e s e n t l i g det er. Ingen har visstnok sagt med rene ord at dette momentet var likegyldig, men man har gjerne gått forbi det i hast eller i taushet, og isteden dvelet ved de «fri handlinger» eller de «velerhvervede rettigheter». Forklaringen er sikkert at det er vanskelig å skaffe plass for kvantitative størrelser og betraktninger, når man forestiller sig § 97 som en samling abstrakte og absolutte enkeltsetninger. I rettspraksis er stillingen imidlertid anderledes, som vi senere skal se.

Når vesentligheten av inngrepet kan bli avgjørende for grunnlovsspørsmålet, sier det sig nesten selv at det er svært viktig om det blir ydet e r s t a t n i n g eller ikke. Ikke bare sånn at saken alltid er i orden, når tapet er helt ophevet, fordi full erstatning er betalt. Også en mindre godtgjørelse kan etter omstendighetene få betydning, idet den kan være tilstrekkelig til å bringe et tvilsomt forhold over på den riktige siden av § 97. Det kommer vi nærmere tilbake til i neste paragraf.

2. Men ellers er det naturligvis en uendelig rekke faktorer som gjør sig gjeldende, når argumentene for og imot tilbakevirkning skal veies på rettferdighetens vektskål.

På «samfundsiden» blir det av betydning å få vite hvilket f o r m å l den nye loven har, hvilke hensyn og interesser den tjener, og hvor brede og sterke de er. I min bok om «Hensikten» har jeg vært adskillig inne på denne siden av § 97, idet jeg særlig fremhevet at illegitime formål aldri kan berettige et inngrep, og at det heller ikke nytter lovgiveren å kamuflere sin virkelige hensikt for å komme utenom en eventuell erstatningsplikt. Men formålets betydning er ikke uttømt med dette: Jo mere almene og vitale behov som gjør sig gjeldende, desto lettere vil

man holde det for berettiget å fremme dem — selv på bekostning av en generende tilbakevirkning — mens man kanskje kommer til et annet resultat hvis grunnlaget for inngrepet er spinklere.<sup>1</sup> Ganske særlig må en være på vakt når det er fiskale hensyn som ligger bak, eller iallfall blander sig inn i motiveringen. Et formål som dette kan ganske visst ikke kalles illegitimt. Men grunnlovens likhetsgrunnsetning — sånn som den gir sig uttrykk i de såkalte «rasjonelle beskatningsprinsipper» — trekker allikevel bestemte grenser for tilbakevirkningen. Det får vi senere anledning til å vise gjennom eksempler fra praksis.

Som et eget, viktig moment bør det videre fremheves at man må ta hensyn til den ytre situasjon som staten befinner sig i på inngrepstiden, og som gjør den nye loven nødvendig. Hvis statskassen er full og det hersker fred og glede overalt, må lovgivningen optre mere hensynsfullt overfor private interesser og rettigheter, enn når det er fare på ferde og landet er i nød. I sånne tider er det ikke bare staten som får spenne livremmen inn. Borgerne må stå solidarisk med sin stat, og finne sig i at deres rettstilling blir regulert mere hårdhendt enn man vilde ha funnet rettferdig i normale tider. Og selv om det ikke er tale om noen egentlig nødstilstand, vil situasjonen og dens krav aldri kunne stenges ute fra det helhetskjønn som til slutt avgjør om en tilbakevirkning er urettferdig.<sup>2</sup> I U. S. A. — hvis praksis på disse områder vi stadig søker å dra lærdom av — er man fullt oppmerksom på at samfundsforholdene

---

<sup>1</sup> Et eksempel utenfor formueretten: I Innledning, 3 utg. s. 10 antar Gjelsvik at det ikke vilde være grunnlovstridig å gi en lov om at kvinner skal være umyndige virkning bakover, sånn at den også ramte dem som var myndige da loven kom. Hvis myndighetsalderen blir hevet f. eks. til 23 år, mener han derimot det ikke vilde gå an å la ungdom mellom 21 og 23 miste myndigheten igjen. Castberg (s. 241) antar at heller ikke dette vilde stride mot § 97, men etter min mening er det ikke usannsynlig at det er Gjelsvik som har rett. Om en ny lov om myndighetsalderen må vente et par år med å bli fullt effektiv er nemlig ikke så farlig. Derimot vilde det føre til stor usikkerhet, om det i en lang og ubestemmelig overgangstid skulde vandre både myndige og umyndige kvinner omkring i samfundet.

<sup>2</sup> Som det fremgår av teksten er det selve grunnlovsbudet, hvis rekkevidde innsnevres eller utvides eftersom samfundssituasjonen ligger an. I Rt. 1930 s. 1408 har dommerne Rivertz og Bonnevie gitt uttrykk

på inngrepstiden har meget å si, når det spørres om hvilken respekt borgernes frihet og rettigheter har krav på. Det vilde være mere enn rart om vår egen § 97 skulde være anderledes å forstå, og kreve all tilbakevirkning bedømt under den evige freds synsvinkel.

Heller ikke denne siden ved grunnlovsbudet har dog teorien i Norge festet sig større ved.<sup>1</sup> Ø r s t e d har derimot pekt på den. I Tidsskrift for Litteratur og Kritik 1841 s. 339—340 nevner han den norske loven om pengevesenet fra 1816 og sier om den: «Her var et Nødstilfælde for Haanden, hvori den norske Lovgivning for at bringe Sikkerhed i Borgernes fremtidige Samhandel og afverge virkelig Uret ved Opfyldelsen af de allerede indgaaede Forpligtelser paa ny, ligesom den fælles danske og norske Lovgivning faa Aar forud greb ind i Retsforhold der efter deres Natur aller mindst burde være udsatte for nogen Modifikation ved en yngre Lovgivning.» At Ørsted billiger dette er klart efter sammenhengen; men om han anser det som et utslag av at § 97 tøier sig efter forholdene, eller kan settes til side når nød er for hånden, er kanskje ikke like uomtvistelig.

3. Vender vi oss dernest til «undersåttsiden», er det også her en lang rekke forhold som kan få betydning for utfallet av interesseavveilingen.

Vi har alt nevnt hvilken vekt sontringen mellom rettigheter og beskyttede interesser har i denne forbindelse, idet det som regel bare er de første som er så faste i fisken, og så eksklusivt

for et annet syn. De er nok enige i at vernet for private rettigheter må innskrenkes i krisetider. Men grunnen er ikke at forbudet i § 97 tøier sig, men at man setter sig ut over paragrafen under sånne omstendigheter, i kraft av «konstitusjonell nødrett». — Efter min mening vilde det være beklagelig om denne opfatningen skulde vinne frem. For det første skal man ikke være for rask med å falle tilbake på konstitusjonell nødrett, aller minst i tider som de nåværende; under ingen omstendighet bør det skje, hvis man kan løse et spørsmål tilfredsstillende innenfor forfatningens ramme, ved å tolke dens regler på rimelig måte. For det annet har situasjonen stor betydning for rekkevidden av § 97, selv om den ikke er så prekær at det kan være tale om å mobilisere en så stor kanon som den konstitusjonelle nødrett.

<sup>1</sup> I «Hensikten» s. 63 og «Norges rett» s. 117 har jeg gjort rede for hvilken betydning situasjonen har i forhold til § 97. Jfr. også G j e l s v i k: Innleiding 3 utg. s. 78.

forbeholdt eiermannen, at de gjør nevneverdig motstand mot tilbakevirkning. Men også ved de virkelige rettigheter er det mange ting å bite merke i: Om de er betydningsløse eller verdifulle, brukt eller ubrukt, lettkjøpte eller dyrekjøpte, usikre eller sikre, betingede eller ubetingede, skadelige eller uskadelige, beskyttelsesverdige eller mindre beskyttelsesverdige o. s. v.

Det skal således mere til å angripe en rett som skyldes kjøp eller arbeide, enn en som er vunnet gratis og tilfeldig, og det er heller ikke likegyldig at eieren har vist i gjerning om han estimerer retten eller ikke. På samme måte vil man være raskere til å kalle tilbakevirkningen urettferdig, når den rammer en ubetinget og aktuell rett enn en betinget og fremtidig, for ikke å snakke om rettigheter hvis tilblivelse eller ophør er avhengig av hvad en annen person finner for godt. Ikke mindre interesse har rettighetens moralske habitus og hele samfundsmessige fremtoningspreg: Er den uskadelig og moralsk uangripelig, må ny lovgivning være varsommere med å røre den enn om retten er noe tvilsom, sosialt sett, og er den bent frem umoralsk eller skadelig, kan beskyttelsen mot tilbakevirkning endog synke ned til 0.

IV. Enda et skritt på spesialiseringens vei må en imidlertid ta. De formuerettslige rettigheter er nemlig så vidt ulike, og påvirkes så forskjellig av nye lover, at det ikke er mulig å si stort mere enn vi nå har gjort om tilbakevirkningskjønnet i sin almindelighet. Først når de ulike rettsforhold betraktes hver for sig faller det mere lys over spørsmålet, idet man da kan vise hvordan de abstrakte synsmåtene virker i det enkelte og muligens også peke på nye momenter, særegne for den slags rettigheter det i hvert tilfelle gjelder.

Å gi noen uttømmende fremstilling av alle erhvervslivets rettsforhold overstiger imidlertid mine krefter. Jeg holder mig isteden til læren om «det naturlige utvalg», og plukker ut visse grupper av rettigheter som er representative og særlig illustrerende. Det blir allikevel hele 4 paragrafer som må forbeholdes spesialbehandlingen: § 7 om eiendomsretten og åndsrettighetene, § 8 om kontraktmessige rettigheter, § 9 om næringsrettigheter og § 10 om endringer i pengelovgivningen.<sup>1</sup>

Men før vi tar fatt på disse paragrafene foretar vi en til-

<sup>1</sup> (Mangler; se tillegget II og III).

synelatende deviasjon, og trekker også grl. § 105 inn i fremstillingen. Hist og her har vi alt nevnt denne bestemmelsen, og fremhevet at den ikke var uten forbindelse med reglen i § 97; men i hovedsaken har § 105 hittil holdt sig diskret i bakgrunnen. Før eller senere må det imidlertid gjøres rede for hvordan § 97 og § 105 egentlig forholder sig til hverandre, og jeg skulde tro at tiden nå var inne til dette.

§ 6.

**§ 97 og § 105.**

I. I grl. § 105 har § 97 en mektig forbundsfelle — kanskje også en rival — når det gjelder å beskytte borgernes pengepung mot lovgivningsmakten. «Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han ha full erstatning av statskassen», heter det i § 105. Dette er en såkalt «almindelig rettsgrunnsetning», som alle kulturfolk anerkjenner i våre dager — iallfall på papiret.<sup>1</sup> I motsetning til tilbakevirkningsforbudet, som ikke pleier å optre i grunnlovene, er grunnsetningen om at ekspropriasjon bare skal skje mot erstatning en stående paragraf i de fleste moderne rettsforfatninger.

Holder man sig bare til ordlyden, synes det kanskje som om §§ 97 og 105 ikke har større å gjøre med hverandre. Men den illusjon blir en snart revet ut av, når en begynner å gå innholdet av dem efter. Og det er ikke noe tilfelle, men dypt grunnet i forholdene, at i enkelte land er forbudet mot konfiskering vevet helt sammen med de reglene som hindrer lovene i å virke inn på eldre rettigheter. Jeg henviser særlig til de amerikanske forfatningsbestemmelsene som er gjengitt i § 1.

Som en innledning til skildringen av samspillet mellom de to paragrafene er det praktisk å risse op en grov skisse av hvordan § 105 må tolkes.

1. I vår statsrettslige teori er det stor enighet om at det ikke er grl. § 105 som gir hjemmel for ekspropriasjonslover. Noen sånn særlig tillatelse har lovgivningsmakten ikke bruk for. Det er som s k r a n k e f o r e k s p r o p r i a s j o n s

<sup>1</sup> Så rotfestet er setningen, at en stat har rett til å reklamere på folkerettslig grunnlag, hvis dens undersåtter blir behandlet i strid med den i et fremmed land.

l o v g i v n i n g e n, ikke som hjemmel for den, at § 105 kommer i betraktning.

2. Ut fra dette grunnsyn hevder man gjerne videre at det ikke er alle misbruk av ekspropriasjonsinstituttet § 105 setter sig imot. Den innskrenker sig til å kreve full erstatning for det økonomiske tap som en ekspropriasjon fører med sig; men er denne siden av saken i orden, er grunnloven tilfreds. Efter denne lære — som ubetinget er den «herskende» — forlanger § 105 således ikke at man bare skal ta fra folk deres eiendom, når «statens tarv» virkelig fordrer det.<sup>1</sup> Enn mindre hindrer den at der eksproprieres til fordel for private. Heller ikke krever grunnloven at man skal la være å ekspropriere eiendeler som det knytter sig ideelle interesser til, eller at også disse skal søkes erstattet i penger. — Alt dette lar jeg stå ved sitt verd; det er ikke § 105, men § 97 jeg har bestemt mig til å skrive om.

3. Den erstatningsreglen som § 105 på denne måten er redusert til, er imidlertid ikke knyttet strengt til ordlyden. Alle er klar over at man må løsne litt på ordene, dels i innskrenkende retning (a), dels i den motsatte (b).

a) Det er således en kjent sak at folk årligårs må avgi adskillig av sin eiendom til offentlig bruk, uten å få erstatning av statskassen i den anledning. Alt som heter skatter og avgifter går jo efter ordene inn under § 105. Det samme gjør inndragningsreglene i strl. §§ 34—36, og for den saks skyld alle bestemmelser om bøtestraff. Men at man ikke kan søke vern i § 105 mot skattepålegg eller mot straff for smugling, vil de fleste visstnok ha på følelsen.

b) Det er ikke bare når s t a t e n eksproprierer — når det m. a. o. er tale om «avgivelse til offentlig bruk» — at eieren skal ha erstatning for hvad han mister. Erstatningskravet er like ubetinget om ekspropriasjonen skjer til fordel for private, skjønt ordene i § 105 ikke dekker dette. Det samme gjelder når det ikke er «eiendom» i streng forstand som avstås, men

---

<sup>1</sup> Adskillig skepsis overfor gjengs teori på dette punkt gir S k e i e uttrykk for s. 280—281. — Den danske grunnlovs § 80 forbyr ekspropriasjon «uten hvor almenvellet krever det». I menneskerettighetenes erklæring fra 1789 art. 17 heter det at «eiendomsretten ikke kan berøves noen, hvis ikke en på lovlig måte konstatert offentlig interesse nødvendig krever det».

andre formuerettigheter, som fordringer,<sup>1</sup> bruksrett, patent- eller ophavsrettigheter o. s. v. Eksproprianten er heller ikke fri for erstatningsplikt, fordi om han ikke forsyner sig med hele retten, men bare tar en del av den, f. eks. en bruksrett eller en panterett. Det har også alltid vært på det rene at påbud om å ødelegge en ting må stilles i klasse med virkelig tilegnelse i forhold til erstatningsplikten. Om en mann får beskjed om å rive ned huset sitt, fordi det ligger i skytelinjen til en påtenkt ekser-serplass, eller staten eksproprierer det for å rive det ned, kommer jo omtrent ut på ett for den som bor i huset.

4. Så langt rår enighet. Men spør man så videre om dette er de eneste utvidelsene man kan tillate sig overfor § 105, eller om ikke også visse andre forhold faller inn under erstatningsbestemmelsen, kommer man ut på gyngende grunn.

Når det f. eks. ikke er tale om å kreve ting avstått eller ødelagt, men om å tilintetgjøre en rettighet «juridisk», er det da plass for paragrafen? Hvis en ny lov ophever negerslaveriet eller eiendomsretten til vann, tar fra folk deres næringsrett, op-havsrett eller patentrett eller ophever gyldigheten av kontrakter, er dette noe som det må betales erstatning for etter § 105? Eller hvis loven ikke går så langt, men huler ut retten ved å gjøre alskens innskrenkninger i den — man gir strengere naboregler, større adgang for almenheten til å bruke åndsverker eller op-finnelser, griper inn i eierens disposisjonsrett gjennom konse-sjonslover, husleieregulering eller maksimalpriser — er dette forhold som rammes av bestemmelsen? Eller hvis loven retter nye og byrdefulle pålegg til rettighetshaveren — en fabrikk-tilsynslov, en bygningslov eller helselov — kan han da svare at han vil ha erstatning for å opfylle dem?

Sund og naturlig rettstankegang vil neppe finne det selvsagt at svaret på sånne spørsmål må søkes i det grunnlovsbudet som beskytter borgerne mot konfiskasjon. Minst like nær skulde jeg tro det måtte ligge å vende blikket mot § 97, og spørsmålet blir derfor hvor grensen mellom disse budene går.

II. Efter norsk statsrettsteori stiller det sig imidlertid

---

<sup>1</sup> Hvordan erstatningsbudet arter sig når man eksproprierer ting som eieren har sluttet obligatoriske kontrakter om, er et vanskelig og omstritt spørsmål.



med et mildt ord uklart om det overhodet kan trekkes noen skarp grense mellom § 97 og § 105, og hvor den i tilfelle befinner sig.

Det er dem som mener at budet i § 105 må tolkes «strengt», og ikke strekkes lenger enn ordene uomtvistelig fører med sig. I sin betenkning om det bergenske bakerlaug uttalte således *Schweigaaard* og *Motzfeldt* at det «ikke går an på hin paragraf i grunnloven å bygge noen innsigelse imot et lov- buds gyldighet eller rett til erstatning for den i samme formentlig liggende krenkelse, når dette lovbud overhodet ikke angår avgivelsen av ens rørlige eller urørlige eiendom» (Rt. 1895 s. 292). Også *Aschehoug* holdt på at § 105 bare handlet om virkelig «avgivelse» av eiendom fra det ene rettssubjektet til det andre. Rådighetsinnskrenkninger som ikke skjer til fordel for en bestemt tredjemann går derimot aldri inn under paragrafen, og heller ikke ophevelse av næringsrettigheter, avskaffelse av visse tinglige rettigheter, forbud mot å oppfylle kontrakter o. s. v. (§ 80). Skal borgerne være beskyttet mot sånt, må det i tilfelle bli gjennom § 97. Den som har advart kraftigst mot å «strekke § 105 ut over sine naturlige grenser» og mot å «blande den sammen» med § 97 er allikevel *Mikael Lie*.<sup>1</sup> «Avgivelse av eiendom til offentlig bruk (grl. § 105) har intet med innskrenkninger i eiendoms- rådigheten å gjøre. Ekspropriasjon er et selvstendig og sær- preget rettsinstitutt» sier han i Dok. nr. 13 s. 63. En lignende «streng» tolkning av § 105, som fører til at man «savner hjemmel til å anvende den utenfor de tilfelle den selv taler om, nemlig ekspropriasjon eller virkelig tvangsavståelse», møter en også stundom i Høiesteretts premisser, således bl. a. i den «store konsesjonssaken» (Rt. 1918 s. 401), hvor justitiariene *Berg* og *Thinn* uttalte sig i denne retning. Og er denne tolkningen riktig, kommer grensen mot § 97 naturligvis aldri til å volde vanskelighet.

Den almindelige mening er imidlertid at man ikke kan ta § 105 så absolutt på ordet, men at den også kan få betydning utenfor de rene tvangsavståelser. *Fredrik Stang* sa således om § 105 at «adskillig måtte flyte av dens ånd og analogi» (s. 578), og i nyere tid har *Skeie* hevdet det samme, og det

<sup>1</sup> Jfr. også *Johs. Bergh* i Rt. 1893 s. 337.

i meget determinerte vendinger. Efter Skeies mening må det nedlegges bestemt innsigelse mot at «de korte setninger hvori grunnloven vil sikre borgerne mot lovgivningsmakten blir innsnevret ved bokstavfortolkning». Det er et prinsipp som er uttalt i § 105, og innholdet av det er «utvilsomt» dette: «Staten kan ikke pålegge den enkelte borger økonomiske ofre som andre under tilsvarende omstendigheter går fri. Fordrer statens tarv at en enkelt må ofre sine økonomiske rettigheter, skal han ha fullt vederlag. Når grl. har nevnt bare eiendom som gjenstand for inngrepet og bare avgivelse som form, er det fordi denne gjenstand er det almindelige og mest kjente, det typiske. Men heri ligger ingen vilkårlig begrensning i grunnlovens prinsipp» (s. 280). Også Morgenstjerne og Castberg er enig i at visse inngrep som ikke er tvangsavståelser kan falle inn under § 105, og det samme har jeg gått ut fra i min bok om «Hensikten». Også rettspraksis peker gjennomgående i denne retning. I en lang rekke dommer fremheves det at § 105 kan ha betydning ut over ordlyden, at det kan være berettiget å slutte analogisk fra den o. s. v. Et par av dommene er særlig karakteristiske. I Holthersaken fra 1880 (Rt. 1880 s. 257), hvor en mann fikk erstatning fordi han blev hindret i å bygge på tomten sin, sier således justitiarius Thomle at «hensynet til hvad naturlig rettferdighet og billighet mot enkeltmann tilsier, ikke mindre enn hensynet til den i grl. § 105 uttalte almindelige grunnsetning må medføre at den enkelte ikke bør være pliktig til å tåle sånn innskrenkning». Og i Bachke dommen fra 1891 (Rt. 1891 s. 569) hvor det gjaldt en tomt som var regulert til offentlig plass, søkte den daværende justitiarius Lambrechts avgjørelsen i «hvad rettferdighet og billighet tilsier, overensstemmende med grunnsetningen i § 105».

Tillegger man paragrafen sånn ekspansjonsevne, blir man imidlertid nødt til å ta stilling til hvordan den forholder sig til § 97. Om dette lærer Morgenstjerne at § 105 alltid er anvendelig, når det er tale om å avgi eller å tilegne sig en eller annen formuerett. Men dessuten vil han bruke bestemmelsen ved særlig radikale inngrep i eiendomsretten og andre «eiendomsartede rettigheter», hvilket i denne forbindelse visst betyr andre

absolutte rådighetsrettigheter som forfatterrett, patentrett o. s. v. Er det ellers tale om å verne «velerhvervede rettigheter», blir det i tilfelle § 97 som må tre i bresjen. Også *C a s t b e r g* trekker helt abstrakte grenser mellom § 97 og § 105, men så vidt jeg forstår etter litt andre linjer. Etter hans mening beskytter § 97 for det første de rettighetene som grunner sig på eldre handlinger, f. eks. alle kontrakter. Dernest hindrer den at andre rettigheter blir ophevet eller innskrenket, hvis det skjer p. gr. a. eldre handlinger eller begivenheter. Andre inngrep i en rettighet vedkommer derimot ikke § 97. Men det er mulig de kan støte an mot § 105, selv om eiendom ikke egentlig kreves avgitt, fordi det forbud eller påbud som det gjelder har samme økonomiske funksjon som en tilegnelse (s. 347 jfr. s. 355) og derfor har en «ekspropriasjonsartet karakter».

Andre forfattere har ikke gjort sig tilsvarende umak med å holde § 97 og § 105 fra hverandre. I min bok om «Hensikten» tok jeg dem nærmest under ett, idet jeg ikke fant det nødvendig å presisere om det var den ene eller andre som kom i betraktning. Heller ikke *S k e i e* gjør nærmere rede for hvor grensen går mellom de to paragrafene. Og i sin artikkel i Rt. 1935 s. 33, hvor *A u g d a h l* tolker § 97 som et helt almindelig rettferdskrav, tar han § 105 med på kjøpet, under overskriften «Noen bemerkninger om grl. § 97 og § 105.» På samme måten har også rettspraksis gjennomgående stillet sig. Snart bygger dommene på § 97 og snart på § 105, uten at det lar sig gjøre å finne noen fyllestgjørende begrunnelse for valget. Meget ofte støtter de sig også til begge to, idet man henviser til «prinsippet i § 97 og § 105», til «§ 97 jfr. § 105» eller lignende.

III. Denne siste opfatningen av forholdet kan det også anføres gode grunner for:

1. Ingen kan være i tvil om at § 97 og § 105 er i nær slekt med hverandre, skjønt det ikke fremgår direkte av ordlyden. Som jeg alt nevnte i innledningen har de begge sin rot i naturretten, og er sammen med de andre «rettighetserklæringene» i grunnloven typiske uttrykk for tidens liberale og individualistiske tankegang. Men det er ikke alt. Mellom § 97 og § 105 er forbindelsen særlig nær, idet de ikke bare har felles innstilling, men i ikke liten grad s a m m e f o r m å l.

Sånn som § 97 er blitt forstått i praksis tar den først og fremst sikte på å verne bestående rettsforhold og rettigheter mot uttidig og urettferdig hensynsløshet fra nye lovers side. Men den gjør også front mot vilkårlig tilbakevirkning, idet det ikke tillates lovgivningen å gjøre for sterke brudd på den naturlige likheten mellom rettighetshaverne, når nye regler settes i kraft.

For § 105 er det *likhetstanken* som står i forgrunnen. Offentlige tiltak bør ikke finansieres av den tilfeldige rettighetshaver, hvis eiendom er nødvendig for å føre dem gjennom. Som de er til felles nytte, bør de også bæres i fellesskap. Derfor skal eieren ha erstatning for ekspropriasjonen, mens utgiftene ved den fordeles gjennom beskatningen, hvis dette er nødvendig. At det er likhetstanken som bærer § 105 er visst alle enig om. I Adler—Falsens utkast stod ekspropriasjonsreglen like ved siden av § 15, som høitidelig forkynte at loven «må være ens for alle, hvad enten den beskytter eller den straffer». *Fredrik Stang* sier (s. 578) at § 105 sikter på å skaffe likhet m. h. t. økonomiske byrder. *Skeie*: «Det prinsipp som er uttalt i grl. § 105 er utvilsomt dette: Staten kan ikke pålegge den enkelte borger økonomiske ofre som andre under tilsvarende omstendigheter går fri» (280). Og *Castberg*: «Bak bestemmelsen ligger likhetens idé» (s. 321). — Men også i § 105 blander den tanken sig inn, at det må være en viss grense for lovenes hensynsløshet overfor borgernes «velerhvervede rettigheter», selv om likhetsprinsippet ikke direkte er krenket. En helt konfiskasjonsartet skattelovgivning vilde således neppe stå sig overfor grunnloven, selv om likheten forsåvidt blev respektert som alle landets eiendomsbesittere blev stående uten skjorten på kroppen.

Det viser sig altså at det er samme to hensyn som ligger bak både § 105 og § 97. Det som skiller dem er i virkeligheten bare at *aksenten* er forskjellig: Ved § 97 er hovedsaken å hindre unødig hensynsløshet fra lovgivningsmaktens side, mens likhetstanken trer i bakgrunnen. Ved § 105 er forholdet omvendt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> I U. S. A. har man aldri tvilt på at vernet for borgernes frihet og rettigheter hang uløselig sammen med budet om at ekspropriasjon bare kan skje mot erstatning. Et talende vidnesbyrd om dette gir § 110 Louisianas forfatning som vi alt

Et tydelig symptom på forbindelsen mellom de to paragrafer er den setningen jeg nevnte foran. Selv om en tilbakevirkende lov ikke er formet som en ekspropriasjonslov, strider den aldri mot § 97, hvis rettighetshaveren får full erstatning for det tap han lider. Her er samarbeidet mellom de to paragrafene til å ta og føle på.

2. Også den rettslige karakter av de to grunnlovsbestemmelsene er i virkeligheten ens. På tross av sin absolute og energiske ordlyd er nemlig heller ikke § 105 noen vanlig, kasuistisk rettsregel, men uttrykk for et langtrekkende prinsipp. Man skal huske at det er en av «rettighetserklæringene», det gjelder, et ledd i forsøket på å trygge individet overfor staten frem gjennom tiden. I full bevissthet om at den ikke kan tas helt på ordet, uttrykker grunnloven sig her i korte og malmfulle setninger, som også andre forfatninger hadde gjort i samme situasjon. Til gjengjeld stoler den på at man ikke margstjeler dem gjennom pedantisk ordfortolkning, men at de får den slagvidden de har krav på etter sin ånd og hensikt. Men dette fører igjen til at også § 105 i adskillig utstrekning må oppfattes som en standard, som tar likhets- og rettferdstanken i sin direkte tjeneste.

Selv når vi befinner oss innenfor bestemmelsens uomtvistelige ordlyd gjør denne tanken sig gjeldende, som en latent begrensning av paragrafen. På tross av ordlyden hindrer § 105 jo ikke at borgerne må «avgi sin eiendom til offentlig bruk» i form av skatter eller avgifter. Og når man skal trekke grensen mellom en tillatt skatt og en forbudt konfiskasjon, er det ikke navnet det kommer an på. Hvis den såkalte «skatt» er en hån mot likhetstanken, eller så hard at den i virkeligheten er jevngod med en konfiskasjon, hjelper ikke etiketten det spor. Det eneste som kan redde den overfor grunnloven er at den stemmer med «rasjonelle beskatningsprinsipper», og disse er igjen uttrykk for de samme likhets- og rettferdsforestillingerne som § 105 ellers

---

en gang har citert: «Ingen straffelov må gis tilbakevirkende kraft; ei heller må noen lov besluttes som svekker kontraktens gyldighet, eller som tilintetgjør vel-erhvervede rettigheter, medmindre det skjer for den offentlige nyttes skyld og mot passende erstatning.»

bygger på. Selv om paragrafen ikke inneholder en henvisning til rettferdstandarden i positiv form, kan man derfor si at den gjør det i negativ: Den skal ikke anvendes hvis påbudet om avgivelse kan forsvares ut fra rasjonelle skattehensyn, sånn at likhets- og rettferdsprinsippet ikke er krenket.<sup>1</sup>

Desto klarere synes det å være at påbudet om erstatning ikke kan være absolutt, dersom en lar § 105 få anvendelse på annet enn virkelige tvangsavståelser. De inngrepene det da blir tale om er særlig påbud om ødeleggelse, betingede, fremtidige og delvise avståelser, radikale innskrenkninger i rådighetsadgangen, ophevelse eller annen tilintetgjørelse av eldre rettigheter. At også sånne inngrep kan dekkes av tankegangen i § 105 må ubetinget medgis. På den annen side ser enhver at situasjonen ikke er så helt identisk med en tvangsavståelse, at man uten videre kan anvende paragrafen analogisk. Selv en kraftig beskjæring av eiendomsrådigheten er således noe annet enn å gi tingen fra sig; en sånn foranstaltning kan nok stride mot likhets- og rettferdskravet i § 105, men behøver ikke å gjøre det.

Nå så vi foran, at selv ved tvangsavståelser måtte § 105 leses med den reservasjon at den ikke kom til anvendelse hvis de kan forsvares etter rasjonelle skatteprinsipper. Desto sikrere må det være, at hvis en vil bruke paragrafen utenfor ordlyden, må man ha visshet for at erstatningsplikten er like sterkt grunnet som ved egentlig tvangsavståelse, når en ser forholdet i lys av de likhets- og rettferdsprinsipper som § 105 gir uttrykk for. Men det vil igjen si, at hvis paragrafen med rette skal kunne anvendes analogisk, må det bli i form av en standard, hvor

---

<sup>1</sup> Om denne grensen er overskredet, blir det her som ellers domstolenes sak å avgjøre. Det må dog foreligge et temmelig oplagt misbruk av beskatningsmyndigheten, hvis domstolene skal stemple det som brudd på § 105. Det er visstnok dette *Castberg* mener, når han på den ene siden sier at «avgjørelsen av hvorvidt en ydelse kan kreves i kraft av statens beskatningsmyndighet eller ikke beror ikke på hvorvidt domstolene finner fordelingen av denne byrde rettferdig eller ikke», men straks etter tilføier at «beskatning foreligger ikke medmindre byrden er fordelt etter generelle bestemmelser som tilsikter å realisere en fordeling efter likhetens og rettferdighetens krav». (S. 342, jfr. dog s. 343 øverst.)

erstatningsspørsmålet avhenger av et konkret skjønn om disse prinsippene virkelig er krenket.

Denne løsningen anbefaler sig også sterkt av lovgivningspolitiske grunner. Hvis man nemlig utvider § 105 sånn at den byr bestående rettigheter en viss almindelig beskyttelse mot lovgivningsmakten, får alle de argumentene anvendelse der taler imot å opfatte sånne bestemmelser som stive og absolutte. Se fremstillingen foran i § 3.

3. Er man enig i dette, kommer rettsinnholdet i § 105 til å minne ganske sterkt om det vi kjenner fra § 97. Og det er da bare naturlig at en heller ikke kan holde virkefeltet for paragrafene skarpt fra hverandre. Når det gjelder å verne folks formue mot altfor varme tilnærmelser fra lovgivningsmaktens side, fortøner de sig i virkeligheten som to dioskurer, som arbeider så nøie sammen at det ikke er lett å si hvor den ene slutter og den andre begynner: I sine utgangspunkter står de hverandre slett ikke så nær, og så lenge de holder sig innenfor hver sin ordlyd, trer heller ikke standardmomentene ved dem synderlig i dagen. Men sprenger de ordenes tilfeldige rammer og tar det området i besiddelse som de har krav på efter sin ånd og tanke, skifter billedet. I så fall optrer begge to som ubestemte og bøielige standarder, hvis formål og almindelige idéinnhold ligner hverandre. Den målestokk de viser til når det gjelder å trekke grensen for hvad en «civilisert stat skylder individet» av rettsbeskyttelse er også temmelig ens, skjønt det nok gjør sig visse nyanser gjeldende, både når det gjelder målestokken selv og bruken av den.

Under disse omstendigheter er det ikke rart at de ikke virker helt naturlige og selvfølgelige, de forsøkene som har vært gjort på å skille skarpt mellom § 97 og § 105. At meningene er så vidt delt om hvor grensen egentlig går, tyder jo også på at saken kan ha sine vanskeligheter. Men siden det efter hvad vi nettop sa ikke spiller stor rolle enten det er den ene eller den andre av dioskurene som trer i funksjon, skulde det ikke være synderlig påkrevet å søke denne gordiske knuten løst.

IV. Men hvordan stemmer denne tolkningen av § 105 med kravet om «full erstatning», som unektelig er kjernen i

paragrafen? Tilsier ikke disse ordene at det må trekkes en skarp grense mot § 97, siden det her ikke gjelder noen absolutt regel om at erstatning skal ydes, men det bare er et moment under rettfærdskjønnen om vedkommende blir holdt helt eller delvis skadesløs? Nei, jeg kan ikke tro det.

1. Selv ved de egentlige tvangsavståelser kan reglen om at erstatningen skal være «full» ikke tas helt bokstavelig og matematisk. Den er et praktisk rettfærdskrav av stor moralsk styrke, men gjennomføringen må lempes litt etter forholdene.<sup>1</sup> Hva «full erstatning» betyr kan sjelden bestemmes helt eksakt. En tings objektive pengeverdi er gjerne tvilsom, og det er heller ikke lett å si hvilke subjektive faktorer man er forpliktet til å regne med, for å finne eierens individuelle tap. Særlig sterkt gjør skjønsmessige momenter sig gjeldende, når ekspropriasjonen også har bragt fordeler med sig, og disse skal trekkes fra i erstatningen. Grensen mellom økonomiske tap, som skal erstattes, og tap av annen art — som det ikke tas hensyn til — er også temmelig flytende. Det står heller ikke i rettsordnens makt å gi anvisning på en helt ufeilbar metode til å få tapet fiksert. Det midlet en gjerne bruker — skjønn av «uvillige»<sup>2</sup> menn — er så visst ikke ideelt, men i mangel av noe bedre må en som regel falle tilbake på det. Men hvis man kan komme til sikrere resultater ved å bestemme erstatningen efter abstrakte regler, bør det selvsagt ikke være noe i veien for dette. Og da § 105 er en praktisk rettfærdregel, rettet til lovgivningsmakten, og ikke et etisk postulat med apriorisk gyldighet, må det også være tillatt å ta lovtekniske hensyn, sånn at man godtar erstatningsregler som leder til riktige og rettfærdige gjennomsnittresultater, selv om de ikke lar den skadelidende vederfares full

<sup>1</sup> Flere av de grunnlovene som hjemler erstatning for ekspropriasjoner føier til, at detaljreglene herom får lovgivningen gi. En høist egenartet erstatningsregel foreslår det nye, danske grunnlovsutkast: «Spørsmålet om en fastsatt erstatningsstørrelse kan forelegges Høiesterett, såfremt regjeringen skjønner at der foreligger sånne ganske særlige forhold, at en ytterligere prøvelse må ansees for ønskelig. Finner Høiesterett at foreliggende omstendigheter gjør det tvilsomt om den fastsatte erstatning er passende, utpeker retten særlige sakkyndige og uhildede vurderingsmenn hvis avgjørelse er endelig.»

<sup>2</sup> I det maskinskrevne manuskript hadde trykkfeilsdjevlen erstattet dette ordet med «uvettige».



individuell rettferdighet i hvert enkelt tilfelle.<sup>1</sup> En viss smidighet og rumslighet i erstatningsberegningen anbefaler sig også av andre grunner: I mange tilfelle er det et tvilsomt og vanskelig skjønsspørsmål om eieren virkelig har noe erstatningskrav fordi om formuesgoder blir tatt fra ham; særlig kan det være vanskelig å avgjøre hvor langt skattehensynet bærer. Når eierens tap skal beregnes, kan man heller ikke se bort fra at det offentlige ofte har adgang til å innskrenke rådigheten over tingen uten å betale erstatning — noe som ikke kan undgå å virke inn på tingens verdi på eierens hånd. Endelig synes selve den rettferdsidé som ligger bak erstatningsreglen ikke å være helt fri for relative elementer, idet dens krav vel i noen grad må avpasses etter tiden, situasjonen og forholdene.

Med alt dette må man imidlertid være meget varsom med å lempe på prinsippet om at erstatningen skal være «full», så lenge det dreier sig om virkelige avståelser — til staten eller til private. Ellers vilde nemlig § 105 kunne hules ut, og den risiko må en ikke løpe. Dertil er prinsippet for fundamentalt i en virkelig rettstat, og grensene for dets anvendelse tross alt så pass presise at det ikke er forbundet med uoverstigelig vanskelighet å hevde og praktisere dem.<sup>2</sup>

2. Derimot er det umulig å la prinsippet om full erstatning følge uavkortet med, hvis § 105 blir utvidet til å gjelde også andre inngrep i «velerhvervede» formuerettigheter, de være mer eller mindre smertefulle.

Hvis det er riktig hvad jeg har søkt å vise, at grunnlovmessigheten her må bero på et konkret betonet skjønn, hvor hele forholdet blir vurdert efter hvad naturlig rettferd krever, kan det ikke være noe ueftergivelig krav at der skal betales erstatning for inngrepet — enn si full erstatning. Hvis sånn erstatning blir gitt, er grunnloven ganske visst alltid beroliget. Men selv en mindre erstat-

---

<sup>1</sup> Vi minner i denne forbindelsen om at sånne hensyn også er legitime, når det er tale om rettferdstandarden i § 97. Se foran s. 83.

<sup>2</sup> Parallellen til § 97 er klar: Så lenge det gjelder forhold som tydelig dekkes av ordene — i forhold til § 97 tenker jeg særlig på straffelover og lover som knytter nye byrder direkte til fortidens handlinger og begivenheter — må man ta grunnloven nokså strengt på ordene, og ikke la standardbetraktninger e. l. få for lett spill.

ning vil etter omstendighetene kunne stille grunnlovens rettferdstandard tilfreds, når den virker sammen med de andre faktorene som gjør sig gjeldende,<sup>1</sup> og det ligger heller ikke utenfor mulighetens grenser at domstolene kan finne loven rimelig og rettferdig, selv om en rettighetshaver ikke får noen som helst godtgjørelse for den skade som nye lover tilføier ham.

V. Med alt dette må en ikke tro at man uten videre kan slå § 97 og § 105 sammen til en, eller at det er ganske og aldeles likegyldig, om et tilfelle blir ført inn under den ene eller andre av dem.

Det egentlige område for § 105 er jo tvangsavståelsene, og bare de inngrepene som frembyr likhet med disse er det derfor rimelig å bedømme etter § 105. To momenter er karakteristiske for den ekspropriasjonsituasjon grunnloven her har for øie: En rett må tas fra den som sitter med den, og helst også føres over til en annen, staten eller en privatmann. I samme grad som disse momentene er til stede — eller eventuelt et enkelt av dem — er det derfor naturlig å søke tilknytning til § 105 når det er tale om grunnlovsmessigheten, mens § 97 blir det nærmestliggende støttepunkt, når rettigheter angripes på annen måte. Påbud om ødeleggelse og alle regler om konsesjonstvang, hjemfallsrett eller annen delvis avgivelse faller det derfor rimelig å prøve i forhold til § 105, mens innskrenkninger i rådighetsadgangen og regler som ophever ophavsrettigheter eller erklærer kontrakter ugyldige naturligst må holdes sammen med § 97.<sup>2</sup>

Heller ikke for den reale bedømmelsen av forholdene er det helt uten betydning om de sogner nærmest til § 105 eller nærmest til § 97. Når det dreier sig om virkelige tvangsavståelser er nemlig rettferdskravet på erstatning særlig klart og uomtvistelig. Og i samme grad som man nærmer sig en sånn situasjon, idet det enten er tale om virkelig avståelse, eller innskrenkningen iallfall kommer bestemte tredjemenn til gode, desto engsteligere må en være med å la forholdet passere etter grunnloven — selv om det alt i alt blir § 97 som det er naturlig å falle tilbake på. Dette synspunktet får vi adskillig

---

<sup>1</sup> Jfr. hvad det er sagt på s. 99.

<sup>2</sup> Jfr. «Hensikten» s. 51—52.

bruk for i det følgende, ikke minst i § 8, hvor kontraktsretten blir behandlet.<sup>1</sup>

VI. Hva jeg nå har sagt om tolkningen av § 105, og særlig om hva det ligger i «full erstatning», kan imidlertid ikke i alle stykker betraktes som hevet over diskusjon.

1. For først å holde oss til de egentlige tvangsavståelser, fins det nok enkelte lovbestemmelser som går ut fra at det må være en viss frihet til å bestemme og regulere erstatningsplikten. Ifølge skjønsl. § 57 kan en eksproprietant således vente 1 år med å si fra om han vil ta eiendommen etter den takst som er satt — uten hensyn til at dette utvilsomt kan føre til at taksten ikke gir eieren full erstatning i det øieblikk han gir fra sig eiendommen.<sup>2</sup> Og også i Høiesteretts premisser finner en leilighetsvis uttalelser som faller i tråd med hva jeg har fremholdt, f. eks. assessor *Løvenskiolds* votum i *Holthersaken* (Rt. 1880 s. 257) og særlig dommer *Lies* i *Refugiosaken* (Rt. 1925 s. 1014). Men resultatet i denne siste saken går i en annen retning, idet rettens flertall tolket budet om full erstatning nettop så mekanisk og absolutt som jeg har advart mot: Etterat det under panikken etter krigsutbruddet var satt maksimalpris på korn, la staten den 21 august 1914 beslag på dampskibet «Refugio»s kornlast, og vilde ekspropriere den etter maksimalpris, sånn som loven gav adgang til. Men dette fant flertallet i Høiesterett (4 dommere) stridende mot § 105, og gav eieren erstatning etter skjønn. Ganske visst var det på det rene at kornet var bestemt til salg, og at eieren da hadde måttet nøie sig med maksimalprisen. Det var også notorisk at korn ikke kan gjemmes i det uendelige, og at det under den daværende situasjon vilde ha vært en høist «usosial» optreden, om eieren hadde gitt sig til å lagre kornet for å ågre med det i fremtiden. Ikke desto mindre antok flertallet at maksimalprisen ikke representerte den «virkelige verdi», idet man under henvisning til *Aschehoug* mente det var «grunnlovens forutsetning, at erstatning efter § 105 i

<sup>1</sup> Sammenlign f. eks. hvor forskjellig vesentlighetskravet arter sig ved innskrenkning av eiendomsrådigheten på den ene siden, og av kontraktmessige rettigheter på den annen.

<sup>2</sup> Jfr. *Castberg* s. 303, som ikke holder bestemmelsen for grunnlovstridig i den anledning. Det gjør derimot *Morgenstjerne* s. 387.

almindelighet bør skje ved skjønn i judisielle former». At det var satt maksimalpris på kornet var en omstendighet som skjønnet fikk ta hensyn til når lastens verdi blev bestemt, men denne prisen kunde ikke uten videre anses for å dekke eierens hele tap.

Jeg vegrer mig imidlertid i det lengste ved å se Refugiodommen som uttrykk for gjeldende rett i vårt land. Den er en enslig dom, avsagt under sterk dissens, og hele måten å argumentere på stemmer lite med hvad Høiestrett ellers har for skikk, når sikkerhetsparagrafene i grunnloven skal tolkes. Resultatet er dertil så urimelig at jeg ikke kan tenke mig at retten vil føle sig bundet av det: Å la maksimalprisen bestemme erstatningen når lett bedervelige salgsvarer skulde eksproprieres, var jo det eneste rasjonelle og praktiske under de forhold som forelå. Og muligheten for at en enkelt eier ikke vilde bli holdt helt skadesløs p. gr. a. særlige forhold var så fjern, at loven med god samvittighet kunde sette den ut av betraktning, selv om den vilde være helt lojal overfor tankegangen i grl. § 105.<sup>1</sup>

2. Noen høiestrettsdom som sier at erstatningen skal være like «full» som i Refugiosaken, også når det gjelder analogiske anvendelser av prinsippet i § 105, har man så vidt jeg vet ikke. Men plenumsdommene om den midlertidige forlengelsen av husmannskontrakter i Rt. 1927 s. 1057 og 1930 s. 1408 og Møedommen i Rt. 1931 s. 865 vekker allikevel en viss betenkelighet i så måte. I den første av dem kjente Høiestrett en lov grunnlovstridig, fordi den hadde forlenget en husmannskontrakt som alt var sagt op, og i den siste lot den eldre panthavere beholde sin rett til å få dekning ut over odelstaksten, skjønt denne retten var blitt ophevet av en ny lov.

Ganske visst er det § 97 og ikke § 105 disse dommene bygger

---

<sup>1</sup> Tenker man et øieblikk på hvad det ellers passerer av ekspropriasjoner og ekspropriasjonerstatninger i våre dager, blir dommen i Refugiosaken enda mindre rimelig. Alle vet vi jo at iallfall visse ekspropriasjonskjønn — f. eks. i henhold til jordloven — regelmessig bringer eieren tap. Og ingen kan heller være blind for at tidens omfattende ekspropriasjonslovgivning, sammen med skjønnsinstitusjonen, betegner en langt alvorligere beskjæring av den private eiendomsrett enn man kunde drømme om på grunnlovfedrenes tid. Men når man har slukt kameler som dette — for å bruke et celebret billede — synes det unektelig overflødig å «utsile» en sånn mygg som det eventuelt kunde være tale om i Refugiosaken.

på. Og begrunnelsen er, som det heter i dommen av 1927, at «når loven således som i det foreliggende tilfelle griper inn i tidligere kontraktsforhold til skade for den ene part uten å sikre denne full erstatning,<sup>1</sup> antas den å måtte settes ut av betraktning som stridende mot grl. § 97». Men det ligger nær å tro at det er analogislutninger fra § 105 som har ført retten til å stille op denne setningen. Man har visst resonnert som så, at likesom man kan utlede av § 105 at tilbakevirkning aldri er forbudt når det bare ydes full erstatning, er den også alltid grunnlovstridig når dette ikke blir gjort.

Jeg kommer senere tilbake til disse dommene, og skal da søke å vise at en så absolutt setning ingenlunde ligger i § 97, og står i avgjort strid med hvad Høiesterett har antatt i en rekke andre dommer.<sup>2</sup> Her vil jeg bare ha pekt på at selv om man hadde bygget avgjørelsene på § 105 og ikke på § 97 — hvad det godt kunde ha vært tale om i dommen av 1927 — vilde det efter min mening ha vært uriktig å gå ut fra at erstatningen nødvendigvis måtte være «full», om loven skulde passere efter grunnloven.

3. Men selv om man ikke tar disse tre dommene altfor tungt, beholder en allikevel det inntrykk, at Høiesterett er tilbøielig til å opfatte budet om «full erstatning» stivere og strammere enn jeg mener er riktig. Og for å nøytralisere denne — som jeg mener — uheldige innstillingen bør man være dobbelt forsiktig med å bruke § 105 når det ikke er tale om egentlige tvangsavståelser, selv om man på denne måten tøier § 97 noe lenger enn det naturlige samspillet mellem paragrafene skulde tilsi. Man kommer naturligvis ikke utenom de uheldige dommene på denne måten. Men det er allikevel lettere å få gjort op regnskapet med dem, og i det hele nå frem til rimelige og sammenhengende resultater utenfor de egentlige ekspropriasjonstilfelle, når selve det grunnlovsbudet som skal brukes ikke inneholder en tilsynelatende absolutt regel om at erstatningen alltid skal være full.

---

<sup>1</sup> Eller i Moedommen, når man rører ved en beskyttet «særrett».

<sup>2</sup> Hermed være det ikke sagt at ikke det konkrete resultat i de to dommene var riktig.

Under den følgende undersøkelsen av hvor langt formue-rettigheter er beskyttet av grunnloven holder jeg mig derfor til § 97.<sup>1</sup> Men hvis noen skulde innvende at det er § 105 som byr den nærmeste tilknytningen i et konkret tilfelle, er det ikke sikkert jeg vil gi ham urett i mitt hjerte.

### § 7.

#### **Eiendomsretten og åndsrettighetene.**

I. Etter denne lille avstikker til grl. § 105 tar vi op igjen tråden fra § 5. Når jeg behandler eiendomsretten og åndsrettighetene som en egen gruppe, kommer det av at de stort sett står på samme linje, når det er tale om vern etter § 97. De er alle sammen rådighetsrettigheter — over legemlige ting eller over ulegemlige, som et åndsverk eller en oppfinnelse, et firma eller et varemerke. Videre er de absolutte og rettet mot alle og enhver, ikke særlig mot en enkelt debitor, sånn som fordringsrettighetene. Dette gjør at en eventuell «tilbakevirkning» berører dem omtrent på samme måten.

Fremstillingen faller i to deler: Først tar vi for oss sånne lover som tilintetgjør rettighetene helt, idet de berøver dem all økonomisk verdi. Derefter ser vi på den tilbakevirkningen som ikke går så vidt. Når jeg deler inn stoffet sånn, er det i samsvar med hvad jeg sa foran, om at økonomiske realiteter og ikke juridiske formaldistinksjoner må bli avgjørende i forhold til grunnloven. Jeg tror også det vil vise sig at inndelingen er praktisk.

II. Det er mange måter en rett kan bli økonomisk ruinert på, uten at man likefrem tar den fra eieren:<sup>2</sup> En ny lov kan således tilintetgjøre den ting retten knytter sig til, som når eieren får beskjed om å slakte kuene på båsen. Videre kan lovgivningen drepe rettigheten juridisk, ved simpelthen å opheve den. Sånn gikk det eiendomsretten til negrene i sin tid, og sånn vilde stillingen bli om man satte en strek

---

<sup>1</sup> Egentlige tvangsavståelser snakker jeg derfor ikke om.

<sup>2</sup> I så fall foreligger jo utvilsomt en ekspropriasjon, som ikke faller inn under § 97, hvor langt man enn strekker denne, jfr. foregående paragraf.

over alt som heter ophavsrett eller patentrett, firma- eller varemerkerett. Endelig kan det tenkes at rettens økonomiske verdi blir rasert, idet eierne berøves all den rådighet som gav retten innhold.

1. Om lovgivningen velger den ene eller annen av disse fremgangslinjene kommer omtrent ut på ett i forhold til grunnloven. For eieren kan det — billedlig talt — være det samme om han blir halshugget eller hengt, og også for lovgivningsmakten stiller det sig ofte sånn at den ene veien kan være like effektiv som den andre.

2. Konfronterer man disse energiske «tilbakevirkningene» med grunnloven, må hovedreglen<sup>1</sup> utvilsomt bli at de ikke kan gjennomføres uten erstatning til dem de går ut over. Sånn hensynsløshet overfor interesser som hadde rettens vigsel efter den eldre lovgivning vil de aller fleste kalle urettferdig, uten at det trenger synderlig overveielse eller vurdering av de «kryssende interessers relative styrke». Og grunnlovens eget syn på saken fremgår klart ved å jevnføre forholdet med § 105. For selv om man ikke tar selve tingen fra eiermannen, krever man dog dens verdi ofret på samfundets alter, og det må komme ut på det samme, hvis det virkelig er reell interessebeskyttelse grunnloven vil sikre borgerne.

En enkelt side av denne setningen har Aschehoug imidlertid nedlagt innsigelse mot: Mens han er meget streng når det gjelder å opheve negerslaveriet, eller røre ved kontrakter og visse næringsrettigheter, vil Aschehoug gi lovgivningen fullstendig *carte blanche* til å gjøre innskrenkninger i eiendomsrådigheten over legemlige ting. Når selve tingen ikke avstås, kan nye lover ta fra eieren all den fysiske og juridiske rådighet som retten gav ham, bare han beholder eiernavnet som et fikenblad til å skjule sin nøkenhet med. Det kommer av at eiendomsretten er «ubestemt» efter selve sitt begrep, idet den som *code civil* uttrykker det, nok gir almindelig rådighet over tingen, men bare så langt som loven til enhver tid tillater.

---

<sup>1</sup> Når jeg sier «hovedreglen» ligger heri en reservasjon overfor helt ekstraordinære nødsituasjoner, fremkalt ved krig o. l. Men i så fall må det visselig også gjøres undtak fra den egentlige ekspropriasjonsreglen i § 105.

Denne opfatningen er dog sikkert uriktig. Den gir eiendomsretten for lite vern i forhold til § 97 — eller eventuelt § 105 — idet den oppfatter grunnloven nettop så formelt og juridisk som vi ovenfor advaret mot. Dernest — og dette er nesten verre — setter den det naturlige forhold mellom eiendomsretten og andre rettigheter fullstendig på hodet.<sup>1</sup> Ingen som ikke har forlest sig på Aschehoug vil være i tvil om, at også i forhold til grunnloven må eiendomsretten høre til de sterkeste rettighetene vi har, og ikke til de svakeste. At retten til gård og grunn skal ligge grunnloven mindre på hjerte enn retten til å drive håndverk eller til å selge korn eller vin, vil de ha vondt for å få inn i hodet. Men også rent juridisk er det ubegripelig hvordan Aschehoug har kunnet havne i så underlig en opfatning. At en rettighet gir helt almindelig rådighet, sånn at dens innhold blir negativt begrenset, er langt fra tegn på mindreverdighet, men på styrke og rotfestet posisjon. Det gir bl. a. åndsrettighetenes utviklingsgang beskjed om.<sup>2</sup>

Aschehougs lære har da heller ikke slått igjennom, hverken i teorien eller i rettspraksis. Selv *Morgenstjerne* fant det, som vi alt har nevnt, nødvendig å opponere mot den, og *Skeie* sier kategorisk (s. 279) at det «må være åbenbart at lovgiveren ikke kan omgå grunnlovens påbud om å svare erstatning ved å velge den fremgangsmåte at man lar eierne beholde den juridiske rådighet, men forbyr den fysiske, uten hvilken gjenstanden ikke har noen verdi for ham eller noen annen eier».<sup>3</sup>

I rettspraksis finner man fra første ferd pregnante uttalelser som tar avstand fra Aschehoug. I saken om *Hjorth og Sundts petroleumslager* (Rt. 1882 s. 229) sier således assessor *Løvenskiold*: «Jeg kan ikke la det bero ved den bokstavelige fortolkning av grl. § 97, hvorefter tillateligheten av å gi en lov

<sup>1</sup> Dette har også *Skeie* betonet, s. 274 ff.

<sup>2</sup> I lang tid var det våre forfatters krav å komme bort fra det gamle systemet, hvor loven regnet op positivt hvilken rett de skulde ha over bøkene sine. Det var en almindelig rådighet de ønsket, og den har de nå fått. Men dette skulde ifølge Aschehoug være en veritabel *Pyrrhusseir*: Mens retten før var solid og uangripelig, skulde den nå være så skrøpelig og «ubestemt» at nye lover kan beskjære den så meget de har lyst!

<sup>3</sup> Jfr. også fremstillingen i «Hensikten», særlig s. 68.



tilbakevirkende kraft skal bero på om loven efter sitt innhold bokstavelig kun gjelder fremtidige handlinger, i dette tilfelle benyttelsen av den omhandlede bygning til oplagring av større kvantiteter . . . . Jeg tror at det må være tanken i grl. § 97 at hovedreglen er den at erhvervede formuesrettigheter ikke kan angripes på den måte som her, hvorved de blir verdiløse.» Og i den annen sak om det samme lageret (Rt. 1889 s. 601) uttrykker Ferd. Roll sig nesten enda bestemtere, idet det denne gang var § 105 som blev påberopt: «Det er visstnok så at lovgivningen i vid utstrekning må kunne innskrenke adgangen til å benytte eiendom uten at derav opstår noe erstatningskrav for vedkommende eier. Det tilsies med nødvendighet av statsamfundets behov. Men når innskrenkningen går så vidt at eiendoms-gjenstanden blir på det nærmeste eller endog helt utnyttet i g, da synes det å være grunn til å innrømme erstatning, og da synes det også å være mest stemmende med grl. § 105 og med den anvendelse det i vår private lovgivning hittil er gjort av nevnte grunnlovsbestemmelse at der tilkjennes erstatning. Det er i virkeligheten relativt til eieren ingen forskjell mellem til bruk for det offentlige å ta en eiendoms-gjenstand fra en mann, og i det offentliges interesse å forby ham å bruke gjenstanden til det hvortil den overhodet kan brukes, eller mellem gjenstandens fysiske og økonomiske tilintetgjørelse. Det som er av interesse for eieren, det for hvis skyld han har erhvervet gjenstanden, er ikke den blotte ytre ihendehavelse, men beføielsen til å rå over gjenstanden. Denne beføielse danner eiendomsrettens positive innhold.»<sup>1</sup> — Riktignok fins det også uttalelser i rettspraksis som mere eller mindre ubetinget slutter sig til Aschehoug. Men det er ikke avsagt en eneste høiesterettsdom som går god for hans lære i hele dens utstrekning, og — som vi nedenfor kommer tilbake til — er det ikke helt få avgjørelser som står i bestemt strid med den.<sup>2</sup>

3. En meget vesentlig modifikasjon må den dog tåle, setningen om at formuerettigheter ikke kan gjøres helt verdiløse

<sup>1</sup> Se også daværende assessor Kjerschows votum i byrettsdommen om hvalfredningen. Siewers Byrettsdomme 1906—1909 nr. 1.

<sup>2</sup> Se Rt. 1880 s. 257, 1891 s. 569 og 1904 s. 465. Jfr. også utredningen hos Skeie s. 278 ff.

uten at grunnloven griper inn. Hvis «den handling eller den benyttelse av et derpå rettet anlegg som ved den nye lov forbys er i sig selv u moralsk, skadelig eller farlig for den offentlige sikkerhet eller økonomi», blir det aldri tale om å gi erstatning for inngrepet, sier *A s c h e h o u g* i et fakultetsresponsum fra 1903 (Rt. 1903 s. 241), og på dette punkt har ingen sagt ham imot. Selv en følsom rettferdsans og en grunnfestet respekt for individet og dets rett kan nemlig ikke forlange at lovgiveren skal tolerere umoral, eller holde sin hånd over rettigheter som hindrer det fredelige, byggende samfundsarbeide.

Men om dette er klart i prinsippet, kan det ha sine vanskeligheter å bestemme de praktiske grensene for setningen:

a) Det er ofte tvilsomt om ting eller handlinger kan kalles farlige og skadelige for samfundet, eller om det ikke snarere er en interessekollisjon til stede, hvor to i og for sig legitime hensyn kjemper med hverandre. Et klassisk eksempel er det forbud mot hvalfangst som blev utferdiget ved lov 7 januar 1904. Begrunnelsen var her at hvalfangsten var «skadelig», fordi man trodde den generte fisket, hvis betydning for vårt folk unektelig er større. Men varierer man eksemplet sånn at de to produksjonsgrener nærmer sig hverandre i betydning, ser alle at grensen mellem det som er farlig for samfundet og generende for andre næringsveier blir helt flytende.

b) Når tingen eller virksomheten oprinnelig var ufarlig, men har forandret sig i uheldig retning, er det ingen tvil om at loven kan kreve den ødelagt eller stanset uten erstatning. Men står saken på samme måten hvis gjenstanden selv er den samme, men det er utviklingen og forholdene som har bragt den i disharmoni med omgivelsene? Eldre trebebyggelse er således blitt brannfarlig, fordi den ligger i centrum av en storby, et lager for trelast eller bensin er blitt slukt av en by som lå i nærheten, biler med dårlige bremses blir trafikkfarlige fordi ferdslen på veiene øker, o. s. v.

Å si at hele samfundsutviklingen er rettighetshaveren uvedkommende, og at det som engang var ufarlig har rett til å være i fred, vilde åpenbart gå for langt. På den annen side er det en central side ved § 97 at man ikke skal være brutal og hensynsløs, selv ikke i samfundsutviklingens navn. Og dette kan nok

føre til at lovgivningen må være forsiktigere med å gripe inn overfor foreteelser som er blitt mislige i kraft av forholdene, enn om de hadde vært det helt fra fødselen.

Et viktig moment blir det for øvrig, om rettighetshaveren burde ha vært forberedt på utviklingen, eller kanskje endog er blitt direkte varslet om den. Det fremhevet Høyesterett sterkt i Hjorth & Sundt-saken (Rt. 1889 s. 601), hvor det blev krevet erstatning fordi et oljelager måtte legges ned p. gr. a. brannfaren: «I en materie som denne kan også bemerkes, m. h. t. det mindre følelige og ubillige i ingen erstatning, at app.s eiendom ligger nær Rodeløkken eller Vaageby, om hvis innlemmelse i Kristiania by allerede på Stortinget i 1869 reistes spørsmål, og således kunde forutses å ville bli byterritorium.»

c) Som andre mennesker kan lovgiveren ombestemme sig, eller komme til bedre erkjennelse. Handlinger som før var ansett for moralske eller indifferente kan da bli satt på index, og ting man trodde var uskyldige bli avsløret som farlige eller skadelige. Skal det heller ikke da betales erstatning til de rettighetshavere som blir offer for omvendelsen?

Noe ubetinget krav på dette har de sikkert ikke. Om loven har tolerert en sundhetskadelig bedrift nokså lenge, har den ikke derved fått hevd på å fortsette. Og om lovgivningen vinner ny erfaring om en virksomhets farlige karakter, eller endrer opfatning av hvad moralen forlanger, er det ikke noe ubetinget rettferdskrav at der skal betales erstatning til alle som står i veien for at den nye, og presumtivist bedre, erkjennelsen blir satt ut i livet. Særlig er dette klart, dersom forholdet alt lenge har vært betraktet som utiltalende, uten at lovgivningen har grepet direkte inn. Et godt skoleeksempel på dette er ophevelsen av negerslaveriet, hvor eierne ikke hadde krav på erstatning, fordi om slavene blev satt i frihet.<sup>1</sup>

Men også i sånne forhold bør man efter tankegangen i § 97 ikke gå for hensynsløst frem overfor de eldre rettighetene. Og det kan nok efter omstendighetene få betydning om lovgiveren har foretatt en bråvending, eller rettighetshaverne har fått

---

<sup>1</sup> A s c h e h o u g mente derimot at om vi hadde ventet til 1880-årene med å gi trellene våre fri, måtte statskassen ha betalt full erstatning til eierne.

varsel om hvad der forestod gjennom lengere tids forskyvning av moral- og rettsopfatningen i samfundet.

d) Når det er unødvendig å erstatte «umoralske, farlige eller skadelige» rettigheter, selv om de blir helt tilintetgjort i økonomisk henseende, var det — som vi betonet foran — fordi det isåfall ikke er noe rettferdskrav at eierne blir holdt skadesløse. Skjønnnet om dette blir i siste instans domstolenes sak — her som ellers. Om lovgivningen har funnet virksomheten farlig eller skadelig er ikke ubetinget avgjørende, det er jo nettopp ikke lovgivningsmakten grunnloven har fortrøstet sig til i disse spørsmål, men den rettferdsstandard som lever i folket til enhver tid, og som også andre grunnlovsbestemmelser bygger på.<sup>1</sup>

e) Grensen mellom det farlige og ufarlige, mellom det umoralske og det passable er selvsagt flytende. Det vilde derfor være en ufullkommen ordning hvis det bare var to alternativer å velge mellom fra grunnlovens side: ingen erstatning hvis grensen var overskredet, full erstatning i motsatt fall. Sånn er det imidlertid ikke. Også en delvis godtgjørelse kan etter omstendighetene være tilstrekkelig til å bringe tilbakevirkningen klar av § 97. Sånn ligger saken an, når en virksomhet riktignok ikke er så forkastelig at lovgivningen kan knuse den helt erstatningsfritt, men allikevel så pass tvilsom at det ikke føles som et urettferdig overgrep, om den blir likvidert med et mindre beløp som avfinnelse.

4. Noen særlig rik rettspraksis som kan illustrere det som nå er sagt, foreligger ikke. Det hører nemlig til sjeldenhetene at nye lover angriper eldre rettigheter så radikalt at det ikke blir noe igjen av dem. At det regelmessig må betales skadebot i slike fall er imidlertid praksis fullt på det rene med. Det kan man slutte av de dommene som gir rettighetshaveren erstatningskrav, selv om inngrepet ikke går så langt, og som vi skal gjøre rede for nedenfor.

Men også setningen om at man erstatningsfritt kan tilintetgjøre skadelige virksomheter eller rettigheter som moralsk er anløpne, har domstolene leilighetsvis gjort bruk av. I byretts-

---

<sup>1</sup> Anderledes Castberg s. 347. Noe annet er at domstolene vanskelig vil sette sig ut over lovgivningsmaktens lojale skjønn forsåvidt. Se i det hele nedenfor i § 10.

dommen om hvalfredningssaken (Siewers 1906—1909 nr. 1) uttaler således flertallet at «denne grunnsetning ikke kan bestrides». Meget illustrerende er også høiesterettsdommen i Rt. 1935 s. 815, skjønt det ikke fremgår av premisene hvilken tankegang den egentlig hviler på: En mann hadde i 18 år drevet restauranten «Middagsbørsen» i Trondheim, da børsloven av 19 juni 1931 § 2 forbød andre enn virkelige børsere å bruke dette ordet som forretningskjennetegn, enten alene eller i sammensetninger. Byretten fant det stridende mot grl. § 97 å anvende forbudet overfor et eldre firma, men Høiesterett mente noe annet. Loven tok nemlig sikte på å verne forretningsmoralen, idet publikum kan bli villedet og konkurrentene handicappet, om privatfolk får lov til å skilte med ordet «børs» i firmanavnene sine. Og selv om et sånt misbruk tidligere hadde vært tolerert, var det ikke derved erhvervet noen grunnlovbeskyttet rett til å fortsette med å kaste folk blå i øinene.<sup>1</sup>

III. Langt mere praktisk er det imidlertid at nye lover nøier sig med å beklippe og barbære de eldre rettighetene, uten å tilintetgjøre dem helt. Her er det i virkeligheten tampen brenner.

1. Rettens økonomiske verdi kan bli redusert på mange forskjellige måter. Rådighetsadgangen kan således bli innskrenket, den fysiske eller den juridiske; eieren får ikke lov til å bruke tingen i visse retninger, eller han hindres i å selge den eller sette den i pant, skille jaktretten fra eiendommen o. s. v.<sup>2</sup> Det kan også være at tingen synker i verdi fordi det rettes nye påbud til eieren, enten sånne som ubetinget må oppfylles, eller som iallfall er vilkår for at han skal få beholde den tidligere,

<sup>1</sup> Høiesteretts begrunnelse er ganske visst formet i andre — og efter min mening ikke så heldige — vendinger. Det fremheves nemlig at selv om restauratøren efter varemerkel. § 26 hadde vunnet en firmarett som var beskyttet o v e r f o r k o n k u r r e n t e r, «kan det ikke derved være erhvervet noen særrett, beskyttet overfor det offentlige, slik at den senere lovgivning ikke fritt kunde gripe regulerende inn».

<sup>2</sup> Ifølge Vinding Kruses skjema for «eiendomsbeføielserne» er det også en innskrenkning i eiendomsretten, at det blir forbudt å ta utlegg i tingen, idet eieren samtidig blir hindret i å bruke den som kredittbasis. Å kalle dette for en innskrenkning i eiendomsretten er imidlertid svært unaturlig. Det kan iallfall ikke være tale om at eieren er beskyttet av § 97 mot sånne lover. Derimot er det mulig at kreditorene er det, jfr. nedenfor s. 158.

fulle retten. Endelig kan det tenkes at eieren får beskjed om å gi fra sig deler av tingen eller av dens verdi; en delvis avståelse er det også, selv om pålegget gjelder hele tingen, når avståelsen er fremtidig eller betinget av uvisse handlinger eller begivenheter.

Om loven er formet på den ene eller andre måten spiller dog ikke nevneverdig rolle i forhold til grunnloven. Det fins nok forfattere som legger svær vekt på dette, og endog deler inn fremstillingen etter den fremgangsmåten loven har valgt. Etter min mening er stillingen imidlertid ganske den samme som når rettighetene blir helt tilintetgjort: De økonomiske realiteter er avgjørende, de juridiske fremgangslinjer uvesentlige. Derfor behandler jeg alle disse lovene under ett.

2. Mens rettferdskjønnen gjerne gir klart utslag, når eldre rettigheter blir fullstendig rasert av lovgivningsmakten, kan det umulig stilles op noen tilsvarende almenregel for de mindre inngrepenes vedkommende. Her er kollisjonen mellom de «kryssende interesser» særlig akutt, og deres «relative styrke» ofte temmelig jevnbyrdig. Selv Justitia kan være fristet til å telle på knappene — om hun har noen — før hun bestemmer hvor vektskålen skal synke. Erhvervede rettigheter og forventninger skal beskyttes — men uten å utarte til arkimediske punkter, hvorfra innehaveren kan vippe op hele rettsamfundet. Og utviklingens krav på spillorum skal tilgodesees — men uten å åpne plass for vilkårlighet og brutal hensynsløshet.

Å la denne interesseavveilingen munne ut i en eneste eller noen få ubetingede regler er umulig. Men adskillig støtte vil dommeren ha i setningen om at *u v e s e n t l i g e e l l e r r e g u l e r e n d e* inngrep i eldre rettigheter må eierne gjerne finne sig i, mens de oftest kan protestere mot de *v e s e n t l i g e e l l e r s u b s t a n t i e l l e*.<sup>1</sup> Men denne setningen har ingen absolutt egenverdi, den står og faller med at den virkelig gir uttrykk for hvad en omfattende helhetsvurdering av forholdet fører til, og under denne vurderingen gjør alle de momentene sig gjeldende som vi har gjort rede for i § 4 og § 5.

Selve «vesentligheten» er for øvrig en variabel og relativ

<sup>1</sup> Begge uttrykkene forekommer i Høiesteretts premisser. Valget mellem dem synes til dels å være avhengig av hvad slags rett det er tale om. Så vidt jeg forstår betyr de dog ganske det samme.

størrelse og avhenger i høi grad av hvilke forhold det gjelder, og hvilke interesser og faktorer som optrer på begge sider. Særlig må det understrekes at det får betydning for kravene til vesentligheten, hvor stor krets inngrepet kommer til gode. Som regel er det ganske visst almene hensyn som får lovgivningen til å røre ved etablerte forhold og rettigheter. Men det behøver ikke være noe misbruk av lovgivningsmakten, at man regulerer borgernes innbyrdes rettigheter sånn at det den ene mister kommer en annen til gode, eller iallfall en begrenset krets. Men i så fall må man være meget varsom hvis ikke grunnloven skal komme i harnisk. Stundom vil det være en virkelig ekspropriasjon som foretas, og da er § 105 direkte anvendelig. Men selv om dette ikke er tilfellet, stråler det ut sterke analogigrunner fra denne bestemmelsen, og fra den likhetsgrunnsetning som både den og § 97 er uttrykk for. Og disse omsetter sig igjen i den praktiske setning, at jo mindre krets der nyter godt av inngrepet, desto varsommere må en være med å la det passere, eller — om man vil — desto snarere med å kalle inngrepet for vesentlig. Denne betraktningen får vi bl. a. bruk for når vi kommer til inngrep i kontraktsforhold.

3. Men avgjørelsen er allikevel så konkret bestemt, at man ikke kommer stort lenger med almindelige setninger, selv om det betones at de bare er veiledende. På dette trin av rasjonaliseringsprosessen har vi derimot stor nytte av rettspraksis. Ved å gå gjennom de dommene som foreligger gir man praktisk anskuelserundervisning i hvordan rettferdstandarden anvendes i livet, og illustrerer den derigjennem bedre enn abstrakte utviklinger er i stand til. Samtidig blir det satt prøve på om praksis har godtatt det syn på § 97 som jeg har søkt å gjøre gjeldende, og i tilfelle hvor langt.

Den gruppering av dommene som Skeie bruker i sitt skrift om «Eiendomsrett og statsmonopol» gir god oversikt over feltet.

#### *A. Regulerings- og bygningsforskrifter.*

De lovene det her er tale om begrenser eierens adgang til å rå fysisk over sin grunn: Han får ikke lov til å bygge som han vil, eller får tilhold om å gjøre om loft eller kjeller sånn

som nye bygningslover forlanger. Han hindres i å bygge ut sin foss, fordi det offentlige tenker på å ekspropriere den og holder forsøksstakst i den anledning. Eller han må avgi gratis grunn til gate, eller bidra til utgifter som kommunen har hatt for å ekspropriere sig frem ved en gateregulering.

I en lang rekke dommer har Høiesterett antatt at eieren ikke har krav på erstatning for det tap han lider ved sånne innskrenkninger i eiendomsrådigheten. Jeg nevner som eksempler Rt. 1877 s. 673 (en mann fikk ikke lov til å føre op igjen et stabbur som hadde stått like i kanten av en vei), 1897 s. 593 (reguleringsplan hindrer eieren i å bygge på hele tomtten), 1900 s. 849 (villaklausul blir pålagt), 1902 s. 97 (byggeplan blir ikke approbert), 1903 s. 247 (eieren lider tap ved en reguleringsbeslutning og ekspropriasjonstakst som ikke blev forfulgt), 1930 s. 1329 (eieren av en foss blir i flere år hindret fra å utnytte den ved forsøkspropriasjoner som ikke blev til noe).

På den annen side har man også mange eksempler på at eieren har fått erstatning, idet Høiesterett har oppfattet den nye loven som et urettferdig overgrep overfor ham: Rt. 1880 s. 257 (en mann fikk erstatning fordi en kommunal reguleringsplan hadde lagt ut hans grunn til gate, så han ikke kunde bygge på den, men uten at kommunen hadde villet ekspropriere eiendommen), 1891 s. 569 (lignende tilfelle), 1892 s. 49 (grunneier som hadde innrettet sig efter en vedtatt reguleringsplan fikk erstatning for at den blev forandret), 1902 s. 53 (lignende sak), 1904 s. 465 (en grunneier i Aker fikk erstatning for særlig vidtgående byggeforbud, vesentlig pålagt i naboenes interesse). — Et par dommer om endring av bygningsforskriftene nevner jeg for sig: Rt. 1836 s. 495 (en mann fikk lov å beholde nedgangen til kjelleren, efterat det gamle huset hans var brent, og det var kommet nye bygningsforskrifter som ikke tillot sånne kjellernedganger) og 1906 s. 698 (da det var innrettet beboelsesleilighet på loftet før en ny bygningslov forbød det, måtte eieren ha rett til å sette ovn derinn, på tross av den nye loven).

Bygningslovgivningens regler om erhverv av gategrunn har gitt anledning til flere rettsaker. Helt fra førstningen av det 19. århundre hadde lovene gjerne pålagt grunneierne å gi gratis grunn til anlegg av gater; man tenkte som så at fordelene ved



gaten veide op tapet av grunnen og mere enn det. Ved dom i Rt. 1880 s. 278 slo Høiesterett imidlertid fast at denne ordningen var i strid med grl. § 105. Man gikk så over til å betale full erstatning for grunnen, men lignet ut beløpet på alle eiendommene langs den nye gaten. At en sånn fremgangsmåte ikke var grunnlovstridig sålenge det ikke blev krevet større refusjon enn grunneieren hadde fordel av gaten, antok Høiesteret i Rt. 1903, s. 545 og 1917 s. 816. I Rt. 1934 s. 997 (plenumsdom) tolket rettens flertall § 46 i den nye bygningsloven (lov 22 februar 1924) sånn, at det ikke var meningen at refusjonskravet skulde strekke sig videre; men også det mindretall som ikke begrenset refusjonsplikten på denne måten, holdt bestemmelsen for å stemme med grunnloven. Ved dom i Rt. 1915 s. 492 har retten også forkastet en påstand om at det skulde stride mot grl. § 97 å legge refusjonsplikt på en eiendom som alt var bebygget, da vedkommende bygningslov kom i stand.

Det fremgår av disse dommene at når det bare er tale om mindre reguleringer av eiendomsrådigheten, er Høiesterett svært tilbøielig til å la dem passere uhindret av grunnloven. Vesentlige inngrep anses derimot regelmessig for å kolliderere med § 97 — eller eventuelt med § 105 — og kan ikke settes i verk uten at eieren får erstatning. Hvad det skal til for at inngrepet er vesentlig avhengig av forholdene, bl. a. av den krets som det skjer til fordel for (Rt. 1904 s. 465).<sup>1</sup> Og er det tale om rent faktiske tilstander som er lovlig etablert i henhold til eldre rett, må nye lover være temmelig forsiktig med å røre ved dem.

Særlig interessant er Høiesteretts praksis ved gateanlegg. At det ikke stemmer med grl. § 105 å ekspropriere gategrunn uten erstatning, forekommer mig oplagt. Om eieren overhodet har fordel av gaten er slett ikke sikkert — det kan bl. a. hende at gategrunnen var den eneste han eide — og den ulikheten som uvegerlig inntreer hvis man lar byrden ved ekspropriasjonen bæres av dem som tilfeldig eier gategrunnen, er i åpenbar strid med

---

<sup>1</sup> «For mitt vedkommende» sa assessor R o l l «legger jeg adskillig vekt på at det er til fordel for en forholdsvis liten krets byggereglene er gitt; der foreligger ikke noe større alment behov: Relativt til behovet er det offer som kreves av eieren efter min oppfatning uforholdsmessig.»

tanken i grl. § 105.<sup>1</sup> På den annen side kan det ikke være utelukket å fordele utgiftene til grunnerhvervelsen på eierne langs gaten, hvis man aldri pålegger dem å refundere mere enn hvad reguleringen har bragt dem av fordel. Men blir denne grensen overskredet, melder grunnlovsspørsmålet sig, og her synes jeg det både er illustrerende og riktig hvad mindretallet sier i Rt. 1934 s. 997. Skjønt det var visse nyanser til stede, tror jeg tankegangen kan gjengis omtrent sånn: Hvis det skal kunne forsvares overfor grunnloven å la utgiftene til gateerhvervelser bæres av grunneierne, istedenfor å la kommunekassen dekke dem, må «berettigelsen søkes i det beskatningsmessige synspunkt» (dommer B o n n e v i e). Men dette forutsetter at det er et rasjonelt grunnlag for å legge denne særlige byrden på grunneierne, og at kretsen av de avgiftspliktige begrenses overensstemmende hermed, sånn at grunnlovens forutsetning om likhet og rettferdighet i beskatningen blir respektert. Dette betyr selvsagt ikke at avgiftsplikten må være helt rasjonell overfor hver eneste grunneier, eller at det må være matematisk likhet i måten den rammer på. En viss hårdhet og en viss ulikhet må borgerne finne sig i, bl. a. av lovtekniske grunner, fordi lovene må skjære mange tilfelle over en kam. Men hvis loven er lagt lojalt an, og hverken avfattet eller praktisert sånn at den fører til alvorligere ulikhet og urettferdighet, kommer den allikevel ikke i konflikt med grunnloven. Og det mente alle dommerne i mindretallet var tilfellet, skjønt uttrykksmåten som sagt ikke faller helt sammen.

*B. Sunnhetsforskrifter. Skadelige eller farlige ting eller virksomheter.*

Her har praksis vært temmelig fast og avvist alle erstatningskrav, selv om forbudet mot å bruke tingen eller drive virksomheten kan ha vært nokså generende for eieren. En særlig kjent dom er Hjorth & Sundt-dommen i Rt. 1889 s. 601, hvor det forgjeves blev krevet erstatning for at et petroleumslager måtte legges ned. Oprinnelig hadde det ligget utenfor Oslo, men da byen utvidet sig kom det innenfor bygrensen, og falt inn under ildsfarlighetslovens regler. Andre karakteristiske av-

<sup>1</sup> Det var ikke sånne lover jeg tenkte på da jeg på s. 113 gikk inn for at budet om «full erstatning» ikke skal tolkes pedantisk og matematisk, men slik at resultatet stemmer med praktisk rettferdighet.

gjørelser i samme retning er Rt. 1881 s. 161 (en grunneier nektet å sløife et avløp til en kommunal kloakk, skjønt en ny lov hadde forbudt sånne avløp av sanitære grunner, 1882 s. 584 (en baker nektet å forhøie sin pipe, efterat sundhetskommisjonen hadde forlangt det av hensyn til naboene), 1884 s. 349 og 1897 s. 420 (lignende saker), 1911 s. 337 (et grisehus midt i Trondheim måtte sløifes, skjønt det hadde bestått i 39 år; hele tiden hadde myndighetene dog hatt adgang til å forby grisehold hvis det var skadelig for sundheten), 1924 s. 1223 (nye sundhetsforskrifter anvendt overfor fjøs som var godtatt efter de gamle forskriftene).

Facitten av disse dommene er liketil: Når det er tale om å forby rådighet som er skadelig eller ubehagelig for omgivelsene, vil en eier vanligvis ikke kunne beklage sig, selv om det ikke er bedriften som har forandret sig, men omgivelsene, eller kravene til renslighet og trygghet i samfundslivet. Det gjelder iallfall helt ut, hvis ikke tingen blir ganske verdiløs i den anledning.<sup>1</sup>

#### C. Fredning av skog, vilt, fisk etc.

Også disse dommene er gode å få forstand av. Om skogfredning har vi en kjent dom i Rt. 1909 s. 417 (Thamssaken), som imidlertid lå eiendommelig an, fordi det ikke var eieren, men en hugstberettiget som blev ramt av de skjerpede skogvedtektene. Denne dommen gjemmer vi derfor til senere. I Rt. 1911 s. 38, 1920 s. 397 og 1927 s. 49 er imidlertid bestemmelser om laksefredning blitt gjennomført uten erstatning til rettighetshaverne; i den siste dommen virket forbudet mot å bruke visse fiskeredskap endog som totalfredning i forhold til fiskeretten. Når sånne inngrep ikke er blitt ansett for å være urettferdige overfor rettighetshaverne, har det utvilsomt vært et vesentlig moment at «bestemmelsene åbenbart er diktert av almene hensyn og i fiskerinæringens egen interesse», som dommer B a c k e r uttrykte det i Rt. 1911 s. 39.

Om hvalfredning er det avsagt en celeber byrettsdom, Siewers 1906—1909 nr. 1, som vi alt tidligere har vært inne på. Da hvalfangst blev forbudt i 1904, anla eierne av en fangstasjon erstatningsak mot staten, idet de hevdet at fredningen

<sup>1</sup> Da kan nok spørsmålet bli tvilsomt, jfr. foran s. 120.

hadde gjort stasjonen verdiløs. Byretten avviste enstemmig erstatningskravet, og saken kom ikke til Høyesterett. Avgjørelsen er for såvidt interessant, som flertallet i byretten til dels er uenig i hvad jeg har anført om grunnlovsspørsmålet. De slutter sig for det første til *A s c h e h o u g s* lære — som for anledningen hadde fått tilslutning av et flertall i det juridiske fakultet<sup>1</sup> — om at staten erstatningsfritt kan ta all rådigheten bort, bare eieren beholder selve tingen tilbake. Og dernest uttales det i dommen, at det er lovgivningens sak å bedømme om et forbud mot hvalfangst er nødvendig fordi fangsten er «skadelig», mens domstolene aldri skulde ha noe med å prøve om dette er tilfellet. — Om jeg ikke er enig i dette, kan dommen kanskje forsvares av andre grunner. Som den dissenterende dommer sier blev fangststasjonen neppe helt verdiløs ved den nye loven, og det var iallfall tvilsomt om ikke hvalfangsten var «farlig» for en eldre og viktigere næringsvei, fiskeriene. Og disse to tingene tilsammen kan kanskje bringe dommen frelst gjennom skjærsilden.

#### *D. Innskrenkninger i den juridiske rådighet.*

Den første dommen som her skal nevnes er den såkalte «store konsesjonsak», Rt. 1918 s. 401. Den gjalt grunnlovmessigheten av lov 18 september 1909, som krevet konsesjon av Kongen, hvis en fosseier vilde selge til andre enn staten, norske kommuner og norske statsborgere. Blandt konsesjonsvilkårene var også den såkalte «hjemfallsrett» til staten efter 60 à 80 år. Med 4 mot 3 stemmer blev det avgjort at det ikke var grunnlovstridig å gjøre et sånt inngrep i retten til den aktuelle eier.

Av dommene om husleiereguleringen fester vi oss i denne forbindelsen bare ved dem som tok stilling til om det var grunnlovstridig å sette grense for leiesummen, fordi dette var en utilstedelig beskjæring av *e i e r e n s f r i d i s p o s i s j o n s r e t t*.<sup>2</sup> Spørsmålet forelå første gang for Høyesterett i Rt. 1917 s. 415. Kjæremålsutvalget erklærte sig her enig med meddomsretten, som hadde uttalt at «staten har grunnlovsmessig adgang til å

<sup>1</sup> Rt. 1903 s. 242.

<sup>2</sup> Andre sider ved husleielovgivningen, som nærmest angår kontraktsforholdet mellem partene, behandler vi i neste paragraf.

treffe bestemmelser om regulering av husleien, likesom den ofte ellers treffer regulerende bestemmelser angående eiendomsrettens utøvelse m. h. t. andre gjenstander, og retten finner ikke at staten er gått for vidt, således at det foretatte inngrep i husleiers eiendomsrett kan karakteriseres som vesentlig eller substantielt.» Dette standpunkt holdt retten fast i Rt. 1921 s. 721, hvor det blev påstått at en nedsettelse av husleien stred mot § 105, idet det offentlige hadde tilegnet sig en del av gårdens leieverdi uten å betale full erstatning. «Denne innskrenkning i eierens rådighet og den dermed sammenhengende verdiforringelse», heter det i den stadfestede byrettsdom, «kan imidlertid ikke skjønnes å være mere vidtgående enn mange andre innskrenkninger i eiendomsretten som domstolene har funnet tilstedelige.»

Også adgangen til å sette maksimalpriser er blitt bestritt på lignende grunnlag. I en dom om cementfabrikken «Norge» (Rt. 1924 s. 949), slo Høyesterett imidlertid fast at grunnloven ikke står i veien for dette, når myndighetene går lojalt og saklig frem. Selv ikke om maksimalprisen notorisk bringer enkelte næringsdrivende tap, fordi bedriften ligger uheldig an. I samme retning går også en senere dom, Rt. 1929 s. 771.

Også dommene om eksportforbud og om melkeavgiftene kan nevnes i samme forbindelse.<sup>1</sup> I Rt. 1929 s. 149 søkte Stordø kisgruber erstatning av staten, fordi de ikke hadde fått lov å eksportere kis under krigen. Retten fant det overflødig å undersøke om staten vilde ha vært ansvarsfri ved et helt almindelig eksportforbud. Sann som forholdene her lå an måtte den iallfall være det. Det var nemlig ikke fiskale grunner, men frykten for Englands repressalier, som lå bak forbudet. Regjeringen hadde i det lengste søkt å holde eksporten gående, men da de engelske motforanstaltningene var til «større skade for almindelige norske interesser enn regjeringen fant å burde påføre disse av hensyn til Stordøs utførsel», blev utførselsforbud utferdiget. Og under disse omstendigheter kunde staten ikke ha erstatningsplikt etter grunnloven. — Melkeavgiftsdommene gikk ut på følgende (Rt. 1933 s. 1041, jfr. Rt. 1936 s. 540): Efter lov 6 juni 1930 og tilleggslov av 24 juni 1931 kan Kongen legge avgift på konsum-

<sup>1</sup> Man kan også se dem som eksempler på inngrep i næringsrettigheter. I § 9 kommer vi derfor tilbake til dem. [Mangler; se tillegget II.]

melk for å jevne ut prisforskjellen mellom denne melken og «produksjonsmelken» hvis en forening av meieri- og melkeprodusenter som representerer storparten av melkeomsetningen har vedtatt en sånn avgift. Loven tillater altså en slags tvangsorganisasjon, idet avgiften må betales også av dem som ikke er med i vedkommende samskipnad, og den disponeres av Omsetningsrådet til næringens felles beste. Grunnlovmessigheten av denne ordningen ble bestridt under henvisning til § 105, men Høiesterett viste enstemmig påstanden tilbake. «Lovene av 1930 og 1931» sa førstvoterende dommer L i e, «må ved avgjørelsen av spørsmålet om de er grunnlovmessige sees på bakgrunn av den jordbrukskrise som har fremkalt dem». Som forholdene lå an var det et meget gagnlig tiltak at melkeprodusentene blev enige om å jevne ut prisforskjellen på melk ved å legge avgift på konsummelken, og når de som ikke frivillig vilde være med på dette blev pålagt en lignende avgift av det offentlige, var dette «et samfundsmessig begrunnet tiltak i melkenæringens interesse under vanskelige økonomiske forhold». Sånn som ordningen var gjennomført hadde man også «sterke garantier for at den ikke kommer til å virke i utrengsmål, og for at den ikke skulde føre større byrder med sig enn behovet krever.» Under disse omstendigheter kunde det ikke sies at man hadde gått grunnloven for nær.

Av disse dommene<sup>1</sup> kan en vel dra ut følgende lærdom: Her som ellers spiller det stor rolle overfor grunnloven, om det er gjort et mere eller mindre v e s e n t l i g skår i eierens tidligere rådighet, og derigjennem i rettens verdi. F o r m e n for inngrepet spiller derimot liten rolle. I konsesjonsaken blev hjemfallsretten således holdt for en forholdsvis uvesentlig beskjæring, skjønt den i tidens fylde fører hele eiendomsretten over til staten. Og om innskrenkningen i de fri melkeprodusenters salgsrett hadde form av en avgift, var dette ikke i og for sig avgjørende i forhold til grunnloven. Derimot er f o r m å l e t for reguleringen svært viktig, idet det bestemmer vekten av de samfundsmessige behov som gjør inngrepet påkrevet. I og for sig er det ikke utelukket at formålet er fiskalt, eller at sånne hensyn

<sup>1</sup> Også lovene om forlengelse av husmannskontrakter gjør naturligvis innskrenkning i eierens juridiske rådighet. Jeg tror imidlertid det er praktisk å vente til neste paragraf med dommene om dem.

blander sig inn; men inngrepet må isåfall ikke være byrdefullere enn en direkte avgift kunde ha vært, og må stemme med den likhetsgrunnsetningen som gjelder for disse. *Situasjonen* og dens krav gjør sig også gjeldende som en særlig faktor ved interesseavveiingen; det kom klart frem i husleiesakene, i melkeavgiftsaken og i saken om Stordø kisgruber. Endelig får det stor betydning om den rådigheten som klippes bort er *farlig* for andre eller for hele samfundet, sånn som kiseksporten fra Stordø viste sig å være under krigen.

*E. Moe-dommen (Rt. 1931 s. 865).*

Mens alle disse dommene støtter og illustrerer den opfatningen av § 97 som jeg gjør gjeldende, kan ikke det samme ubetinget sies om plenumsavgjørelsen i Moe-saken, Rt. 1931 s. 865: Lov 26 juni 1929 hadde ophevet skjønsl. § 67, der påa odelsløseren å overta alle panteheftelser som bedre odelsberettiget hadde stiftet, selv om odelstaksten ikke var så høi. Denne loven vilde en løsningsmann gjøre gjeldende i et tilfelle da odelsgodset var solgt før loven trådte i kraft. Med stort flertall sa Høiesterett imidlertid at dette vilde være grunnlovstridig både overfor panthaveren og overfor eieren.<sup>1</sup> Reglen om at odelsløseren måtte overta pantegjeld utenfor takstsummen var nemlig til vern både for panthaveren og for eieren. Den gav dem en virkelig «særrett» i forhold til de odelsberettigede (dommer *Rivertz*), og denne retten måtte være beskyttet av grunnloven. Ganske visst vilde den ha måttet vike hvis odelsmannen hadde ekspropriert odelsgodset; den taksten som da blev satt, måtte såvel eier som panthaver ha latt sig nøie med. Men en odelstakst og en ekspropriasjonstakst behøver ikke å falle sammen, skjønt også den første skal sette eiendommen til «gangbar pris i egnen». Ekspropriasjonserstatningen skal nemlig dekke visse tap som odelstaksten ikke tar hensyn til, bl. a. «det tap eller de ulemper som kan være forbundet med selve fravikelsen av eiendommen» (dommer *Evensen*). Og da den nye loven ikke regnet med

---

<sup>1</sup> Dette siste står ganske visst ikke i dommen; men den betenkningen som retten senere gav angående forslaget om å la odelsløseren ekspropriere sig frem isteden, viser at et flertall av dommerne så sånn på spørsmålet.

dette, men ubetinget forlangte odelstaksten lagt til grunn, fikk de interesserte ikke «full erstatning» i grunnlovens forstand, og da måtte det være i strid med grl. § 97 å gi loven innvirkning overfor dem.

Jeg kan ikke skjønne annet enn at dette resonnement er skjevt, og står i strid med den måten som Høiesterett ellers pleier å se grunnlovsspørsmålet an på: Det er nemlig i k k e s å at retten har ansett ethvert inngrep i eldre rettigheter utilstedelig — de være «særretter» så meget de vil — medmindre vedkommende blir holdt fullt skadesløs; de dommene som er gjengitt ovenfor<sup>1</sup> er tilstrekkelig bevis for dette. Og når først retten enstemmig mente at det ikke stred mot grunnloven å skjære gjennom både eierens og panthaverens preferansestilling med en ekspropriasjonsregel,<sup>2</sup> skulde tilbakevirkningsspørsmålet efter min mening ha vært stillet omtrent sånn: Blev eier og panthaver tilføiet så stor skade<sup>3</sup> ved den nye loven — ut over hvad man hadde grunnlovsmessig adgang til å påføre dem gjennom en ekspropriasjonslov — at det måtte fortone sig som et urettferdig og utilbørlig inngrep å la loven virke tilbake, til tross for de ganske sterke sosiale behov som lå bak lovforandringen?

Hvis spørsmålet hadde vært formulert slik, tror jeg neppe loven av 1929 var blitt erklært grunnlovstridig. Et ganske sterkt indisium på at dette resultat var det riktige er den kjensgjerning, at efterat lov 6 juli 1933 hadde gitt odelsløseren adgang til å ekspropriere sig frem overfor de eldre rettighetshaverne, har skjønnet a l d r i tilkjent dem noen særlig erstatning ut over odelstaksten (jfr. dommer S c h j e l d e r u p s opplysninger i

<sup>1</sup> Og de som nedenfor vil bli omtalt vedkommende kontrakter.

<sup>2</sup> Hvis det først skulde være alvor med å beskytte den gunstige rettsstilling som skjønnsloven gav eieren og panthaveren — og som man i det praktiske liv regnet sterkt med — kunde det ha talt adskillig for å ta skrittet fullt ut, og si at den også måtte være beskyttet i tilfelle av ekspropriasjon. Men å gå så langt var naturligvis betenkelig.

<sup>3</sup> Under bedømmelsen herav måtte det naturligvis tas hensyn til at inngrepet kom en bestemt person til gode, odelsløseren, eller den sosiale gruppe som han representerer. Forsåvidt byr forholdet en viss likhet med inngrep i kontraktsforhold, jfr. nedenfor s. 163. Det er kanskje dette dommer B a n g vil ha frem, når han bygget sitt resultat på at grl. § 97 hindrer nye lover fra å gjøre «vesentlig inngrep i rettigheter i henhold til eldre kontrakter».



Rt. 1934 s. 969). Som stillingen nå er, tar den sig unektelig litt snurrig ut fra et realitetstandpunkt: Først erklærer Høyesterett med overveiende flertall at loven av 1929 ikke kan anvendes overfor de eldre eiere og panthavere, fordi dette vilde være et urettferdig angrep på velerhvervede rettigheter. Så sier retten enstemmig at det dog ikke er noe i veien for å la odelsmannen sette i verk ekspropriasjon overfor dem. Og så erklærer ekspropriasjonskjønnene alle som én, at da skal eierne og pant-haverne stå nøiaktig i samme stilling som efter den første grunnlovstridige loven!

IV. Enten det dreier sig om hel tilintetgjørelse eller delvis nedskjæring av rettighetenes økonomiske verdi, må l i k h e t s g r u n n s e t n i n g e n alltid være respektert, i den skikkelsen den blev fremstillet i § 4. Det gjelder like fullt, enten det er § 97 eller § 105 forholdet har sin nærmeste tilknytning til. Særlig stor praktisk betydning har denne siden av tilbakevirkningsforbudet dog ikke. De lovgivende myndigheter har gjerne holdt den smukt i ære, og sånn vil det forhåpentlig bli ved.<sup>1</sup>

Å gi noen nærmere beskrivelse av hvad det ligger i likhetskravet — ut over hvad vi alt har sagt i § 4 — lar sig neppe gjøre. Heller ikke er det lett å stille op veiledende undersetninger, eller peke på visse hovedfaktorer som får betydning ved bedømmelsen. Rettspraksis gir heller ikke synderlig bidrag til belysningen — av den grunn vi nettop nevnte.<sup>2</sup> Et undtak er dog dommen i Rt. 1934 s. 997. De synsmåtene som mindretallet her fremholdt, og som vi har gjort rede for på s. 131 er helt i tråd med hvad jeg har utviklet om likhetsgrunnsetningen som et ledd i grunnlovsvernet for erhvervede rettigheter.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Skulde det kunne tenkes at man også her i landet fikk lover som var rettet mot eiendom til folk av en bestemt rase, vilde spørsmålet derimot straks bli aktuelt.

<sup>2</sup> De dommene som angår rettferdigheten av skatteloven — særlig den såkalte dobbeltbeskatning — tar vi ikke med, da de så åbenbart angår § 105 og ikke § 97.

<sup>3</sup> Når det blev reist erstatningskrav fra de eksportørers side som blev hindret i å handle med Italia, mens Etiopiasanksjonene stod ved makt, skjedde dette under påberopelse av likhetsprinsippet. Om man på dette grunnlag kunde nå frem til noe erstatningskrav — fullstendig eller ufullstendig — skal jeg ikke undersøke her.

V. For sikkerhets skyld minner jeg også om hvad det blev sagt foran om at alle inngrep i eiendomsrådigheten må skje lojalt og åpent. Det nytter ikke lovgiveren å kamuflere sine virkelige formål og den egentlige begrunnelsen for inngrepet, for å komme utenom erstatningsplikten. Han har således ikke adgang til å forby eller beskjære en rådighet, fordi han vil ekspropriere den tingen det gjelder, eller foregi at rådigheten er farlig, mens han i virkeligheten vil den til livs av andre grunner. Hvis domstolene gjennomskuer det virkelige forhold, bedømmer de grunnlovsspørsmålet etter realiteten, og tar ikke hensyn til den drakten inngrepet optrer i.

Heller ikke disse setningene kan imidlertid bilegges med illustrasjoner fra praksis — man får vel si heldigvis.

VI. Eiendommelige problemer oppstår når eiendomsrådigheten ikke sitter samlet, men er fordelt på flere hender. Eieren har således leiet ut tingen, eller stiftet andre særlige rettigheter over den, en forfatter har overdradd en side av ophavsretten til en forlegger, en annen til et teater, en tredje til en opler og en fjerde til et filmforetagende. Hvis så nye lover gjør innhugg i eiendomsretten eller i ophavsretten, hvordan ligger da grunnlovsspørsmålet an overfor de rettighetshaverne som har sikret sig part i retten gjennom avtaler?

Svaret blir forskjellig eftersom inngrepet 1) bare tar sikte på delrettighetene, eller 2) rammer en bestemt slags rådighet over tingen, enten nå retten er stykket ut eller sitter samlet hos eieren.

1. Som eksempel tenker vi oss at en ny lov finner det nødvendig å regulere uthugstrettigheter eller andre positive servitutter over skog. Det bestemmes således at hugstrettigheter bare kan utøves etter utvisning, eller at det ikke skal være lovlig å barke trær i annenmanns skog, selv om man har betinget sig det pr. kontrakt.

Når loven bare har adresse til de særlige tinglige rettighetene, må grunnlovsspørsmålet bedømmes derefter. Særlig må vesentligheten av inngrepet ses i forhold til særretten, og ikke til hele eiendomsrådigheten. Det samme gjelder naturligvis spørsmålet om rådigheten er så farlig eller skadelig at loven har grunn til å forby eller beklippe den.

Et eget spørsmål blir det dessuten om det kan forsvares etter likhetsgrunnsetningen å gi særlige regler om delrettighetene, mens de som sitter med hele eiendomsrådigheten går fri. Det beror på forholdene. Erfaring kan således ha vist, at rådigheten lett blir misbrukt når den er gjenstand for en særlig rett, mens det ikke er tilsvarende grunn til å forby eierne å behandle skogen på samme måten.

2. Hvis rådighetsinnskrenkningen er formet helt alment, sånn at det ikke bare er delrettighetene som rammes, står saken derimot anderledes. Her må man i prinsippet se inngrepet i forhold til hele eiendomsrådigheten, særlig når det skal avgjøres om det er vesentlig eller ikke.

Fra lovgivningens synspunkt blir det nemlig likegyldig om eiendomsrådigheten er delt eller udelt, når det er tale om å begrense den i utviklingens medfør, og til fremme av almene formål. Og om den enkelte eier har adgang til å stykke op retten, bør han ikke i den anledning kunne legge strengere bånd på lovgivningsmakten enn om rettigheten hadde vært udelt.<sup>1</sup> Det bør også de rettighetshaverne regne med som har sikret sig «parter» av eiendomsrådigheten ved avtale med eieren.<sup>2</sup>

I den kjente dom i Thamssaken (Rt. 1909 s. 417) har flertallet i Høiesterett imidlertid resonnert anderledes. Firmaet Thams hadde i sin tid kjøpt noen uthugstrettigheter, som gav adgang til å hugge til svært små dimensjoner. Imidlertid kom det nye og strengere hugstvedtekter, og hvis disse skulde legges til grunn vilde firmaets rettigheter bli omtrent verdiløse. Med 5 mot 2 stemmer fikk Thams medhold i at dette vilde være i strid med grl. § 97, idet flertallet stillet grunnlovsspørsmålet nettopp sånn som jeg foran forklarte at det ikke må stilles. Man erklærte det nemlig for å være betydningsløst at vedtektene ikke bare gjaldt uthugstkontrakter, men også eierne selv, og spurte derfor

---

<sup>1</sup> Denne tankegang kommer vi oftere tilbake til, særlig i paragrafen om endringer i pengelovgivningen (§ 10). [Mangler; se tillegget III.]

<sup>2</sup> Som alle prinsipper kan dog også dette være gjenstand for modifikasjon: Hvis eieren har benyttet sig av sin adgang til å dele op rettigheten, er det dog under rettsordnens beskyttelse skapt en ny faktisk situasjon, som man ikke bør se helt bort fra, når det spørres om nye inngrep i eiendomsrådigheten er rettfærdige eller ikke.

ikke om inngrepet var vesentlig i forhold til hele eiendomsrådigheten, men til den spesielle uthugstkontrakt som Thams hadde sikret sig. Særlig skarpt blev dette presisert av assessor *V o g t*: «Helt forskjellig herfra (d. v. s. fra regulerende og ordnende forskrifter om selve eiendomsrådigheten) stiller det sig i det foreliggende tilfelle, hvor de tiltalte påstås forpliktet til uten vederlag i noen form helt ut og for all tid å gi avkall på en v e s e n t l i g del av en t i d s b e g r e n s e t r å d i g h e t over en annens eiendom, som de ved gyldig kontrakt og mot full valuta har erhvervet sig.»

Det riktige syn var dog også representert i domstolen. I et fortrinlig votum fremholdt *H a g e r u p B u l l* at det måtte legges vekt på at hugstvedtektene var helt almindelige, og gjaldt eierne såvel som de hugstberettigede. Men da måtte grunnlovsspørsmålet stå ganske ens enten eiendomsretten fremdeles var samlet,<sup>1</sup> eller en del av den var ført over på andre ved kontrakter: «Overalt hvor lovgivningen på områder som er den almindelige kontraktsfrihet underkastet vil etablere almengjeldende regler, må den være forberedt på å støte på forhold som allerede for kortere eller lengere tid er ordnet ved kontrakt. Vil man ikke at lovgivningen på disse områder skal være berøvet adgangen til å gi virkelig almengyldige regler, så må disse regler da også kunne omfatte forhold som tidligere er ordnet ved kontrakt. De vilde ellers bli gjennomhullet med undtagelser i en utstrekning som kun i de ferreste tilfelle på forhånd kan overskues.»

Når disse kloke ord ikke overbeviste flertallet, tror jeg det kom av de særegne forholdene i saken. Thams hadde nemlig alt betalt for hugsten, og skogeierne nektet bestemt å gi pengene tilbake — noe som flertallet i Høiesterett synes å ha betraktet som deres selvfølgelige rett. Under disse omstendigheter er det forklarlig at de fant det urettferdig om Thams ikke skulde få hugge, mens skogeierne fikk både i pose og sekk, idet de ikke bare beholdt pengene, men også fikk glede av at trærne blev stående og legge på sig.

Hagerup Bull gikk derimot ut fra at hvis hugstvedtektene blev gjort gjeldende for Thams, måtte også forholdet til eierne

<sup>1</sup> At eierne isåfall ikke hadde kunnet protestere mot loven, var alle på det rene med.

reguleres. Det kunde efter hans mening bli spørsmål om flere måter å ordne sig på, men dette lå utenfor saken. Heller ikke jeg er i tvil om at man måtte ha tatt op forholdet til eierne, hvis Thams hadde tapt. Det k o n t r a k t m e s s i g e o p g j ø r som her skulde til arter sig imidlertid på samme måten som når andre avtalsbestemte rettigheter blir berørt av nye lover. Jeg tror derfor det er praktisk å vente med dette til neste paragraf, hvor grunnlovsbeskyttelsen for eldre kontrakter blir behandlet i sammenheng.

### § 8.

#### **Grunnlovens § 97 i kontraktsretten.**

I. Hvis formueretten er den del av privatretten hvor § 97 har mest å si, er kontraktsretten igjen det område av formueretten hvor man må være aller forsiktigst med å la nye lover virke tilbake. Dette er alle enige om, praksis så vel som teori. «Obligatoriske rettsforhold, navnlig sånne som er stiftet ved kontrakt,» sier A s c h e h o u g «hører til dem der minst tåler påvirkning av senere lover. De må i det hele tatt bedømmes efter den på deres stiftelsestid gjeldende lovgivning» (s. 132). I Høiesterett hører man ofte det samme. I Thamssaken (Rt. 1909 s. 417) erklærer således assessor M o t z f e l d t sig uttrykkelig enig med Aschehoug, og i sin dissens i saken om husleiereguleringen (Rt. 1918 s. 497) sier assessor S k a t t e b ø l at «det er forlengst fastslått at en ny lov ikke kan forandre bestående kontrakter til skade for den ene part».

Det er mange årsaker som trekker i denne retning. For det første virker alle de argumentene der taler for å være varsom med tilbakevirkning i formueretten (foran s. 92) i potensert grad når det gjelder fordringene. En omkalfatring av gjensidige rettigheter og plikter kommer dessuten til å minne sterkt om ekspropriasjon, idet den ene part gjerne får fordel på den annens bekostning. Endelig vil det som regel ikke være noen landsulykke om lovene pålegger sig en viss resignasjon overfor kontrakter der er sluttet tidligere. Som regel er de nokså kortvarige, og rekkevidden av dem begrenset.

Men alt dette betyr ikke at alt som kaller sig kontrakter

er tabu, og at nye lover ikke må røre dem på noen måte, vesentlig eller uvesentlig, direkte eller indirekte. Her som ellers munner forbudet mot tilbakevirkning ut i en rettferdstandard, og om målestokken kanskje er strengere enn ellers, får ikke reglen en annen karakter for det. En nærmere undersøkelse av spørsmålet må det derfor til. Som ved rådighetsrettighetene kan det være praktisk å se først på sånne lover som helt tar livet av gamle avtaler (II), og derefter på dem som bare omdanner eller beskjerer dem, så deres økonomiske verdi blir redusert (III).

II. 1. Det er naturligvis ikke noe i veien for at også fordringer blir gjenstand for egentlig ekspropriasjon, d. v. s. at fordringshaveren må overlate dem til staten eller til en annen privatmann. At dette ikke kan skje uten erstatning følger av grl. § 105; hvis fordringen er helt verdiløs, er det dog ikke noe i veien for å bestemme at den skal falle bort — for å klarne forholdene og skape rent bord. Men hvis nye lover tilintetgjør eldre fordringsrettigheter på annen måte, vil § 97 som regel komme i harnisk. Det må i prinsippet gjelde enten man blankt erklærer dem for ugyldige, eller skjærer dem av ved roten ved å forby kreditor å kreve inn fordringen, eller skyldneren å oppfylle den. Rettferdstanken i § 97 taler her sitt tydelige sprog, og ikke mindre klar er analogien fra § 105, og fra det tilsvarende spørsmålet ved eiendomsretten til legemlige ting.

2. Kontrakter hvis innhold er umoralsk, eller som det vilde være farlig eller skadelig å oppfylle, står dog ikke i denne gunstige stilling. På samme måten som ved eiendomsretten må en her gjøre forbehold overfor reglen, idet det umulig kan være noe rettferdskrav at lovgivningen skal holde sin hånd over denslags.

Imidlertid kan det også her dukke op tvilsomme grensespørsmål, når det er samfundsforholdene som har gjort eldre, uskyldige kontrakter farlige, eller når lovgiveren skifter mening om hvad det er skadelig eller umoralsk. Noen ubetinget garanti mot dette gir § 97 ikke. Hvis nye lover skjerper reglene om åger eller om ærbarhet fordi samfundets moralske syn er blitt et annet, kan det derfor neppe nytte å pukke på eldre kontrakter. På samme vis ligger saken om en trustlov erklærer sammenslutninger eller kartellavtaler ugyldige, eller gir myndig-

hetene adgang til å oppløse dem. Sånne foreteelser er i lovens øine farlige for samfundet, og selv om lovgivningen oprinnelig har tolerert dem, kan det ikke sies å være noe rettfærdskrav at også fremtidens lovgivning skal gjøre det samme; det vilde jo føre til at samfundets kontrollvirksomhet blev lammet i lang og ubestemt tid. Men er det tale om en ren og skjær omvurdering fra lovgivningens side, uten at kontraktsforholdet tidligere lå på grensen, og uten at kontrahentene har fått varsel om at der forestod et skifte i samfundsoptatningen, kan det naturligvis stille sig tvilsomt om tilbakevirkning er tillatt, eller om det ikke iallfall er nødvendig å formidle overgangen gjennom en avviklingstid eller lignende.

3. Noen egentlig domspraksis som godtar disse setningene foreligger ikke. Men de fleste vil visst være enige i dem. Såvidt jeg vet har det således ikke vært bestridt, at f. eks. trustl. § 20 kan anvendes overfor eldre avtaler eller sammenslutninger, sånn at de kan oppløses hvis deres virkemåte er utilbørlig, eller de «utøver en skadelig innflytelse på pris-, produksjons- og omsetningsforhold her i landet.»

4. Undertiden er det ikke spørsmål om å erklære eldre kontrakter for ugyldige, men akkurat om det omvendte: En ny lov ophever eldre ugyldighetsgrunner eller fjerner andre hindringer som stod i veien for avtalen, f. eks. et eksportforbud eller en maksimalpris. At dette siste ikke er noen utilstedelig tilbakevirkning er klart. Men man pleier å si det motsatte når egentlige ugyldighetsgrunner blir ophevet, iallfall når de ikke ligger utenfor selve kontraktsforholdet, som formforskrifter eller krav om tinglysning.

Det skal også innrømmes at det sjelden vil være større opfordring til å la sånne lover virke tilbake, og at spørsmålet i det hele er nokså «akademisk». Men helt absolutt tror jeg nok ikke setningen kan hevdes. Hvis et land f. eks. gikk over fra viljes- til erklæringsteorien, vilde det da være urettferdig å la forandringen virke overfor eldre kontrakter, hvor ugyldigheten ikke tidligere var gjort gjeldende?

III. Den praktisk viktige tilbakevirkningen er imidlertid her som ved rådighetsrettene, at man nøier sig med å beskjære og regulere de kontraktsforholdene som alt består.

1. Langt på vei er problemene også helt parallele: Det spiller således ingen rolle *h v i l k e n m å t e* loven går frem på. Det er det økonomiske resultat som teller, ikke den teknisk-juridiske fremgangsmåten. Det kan f. eks. tenkes at en ny lov setter ned kontraktsprisen, eller reduserer motydelsen fra den annen side. Den forkorter eller forlenger kontraktstiden, — f. eks. gjennom et moratorium — eller gjør en uopsigelig avtale opsigelig. Den innfører andre regler om ansvaret for mislighold, andre risikoregler, nye forskrifter om granskings- og reklamasjonsplikt, eller om gjensidig plikt til påpasselighet og hensynsfullhet, nye sosiale forsorgsplikter o. s. v. I sitt innhold er sånne regler naturligvis svært forskjellige, men i forhold til § 97 i grl. står de ens.

2. Om det lar sig gjøre å foreta sånne mindre innhugg i kontraktene uten å innhentes av grl. § 97, er det ikke mulig å si i to ord. Som ved de partielle inngrepene i eiendomsrådigheten får man ikke noe ensartet utslag, når man betrakter forholdet under rettferdstandardens synsvinkel. En konkret undersøkelse av hvert enkelt tilfelle må til, og da vil det også her vise sig at enkelte slags tilbakevirkning passerer gjennom nåløiet, andre ikke. Alle de momentene som blev nevnt i § 4 og § 5 må tas med i betraktningen. Og de må vurderes i lyset av den hovedsetning vi begynte med ovenfor, at i kontraktsretten må man være ekstra forsiktig med å la nye lover virke tilbake.

Vi skal ikke repetere hvilke momenter det siktes til. Men enkelte av dem har særlig betydning eller en egen valør i kontraktsretten, og dem er det viktig å peke på. Dessuten er det visse modifikasjoner ved tilbakevirkningen som man ikke har maken til annetsteds, p. gr. a. kontraktens eiendommelige natur:

a) Det er ikke tvilsomt at også i kontraktsretten spiller det stor rolle for grunnlovmessigheten om inngrepet er mere eller mindre følelig. Men grensen mellom det vesentlige og uvesentlige kan ikke trekkes på samme måten som når det f. eks. er spørsmål om å innskrenke eiendomsrådigheten. Heller ikke her er det «vesentlige» for øvrig noen konstant proporsjon; på s. 128 har vi forklart at eftersom den kretsen innsnevres som inngrepet skjer til fordel for, desto raskere må en være med å kalle det for vesentlig. I kontraktsretten er stillingen imidlertid, at



det som den ene part mister ved reguleringen får den annen gjerne godt av, og derfor skal det gjennomgående svært lite til før et inngrep holdes for vesentlig og stanses av grl. § 97.

Denne forskjellen er ikke gått Høyesterett forbi. I enkelte vota presses den endog så sterkt, at det ser ut som om vesentlighetskravet ikke skulde ha betydning i kontraktsretten, men at ethvert inngrep er forbudt av § 97. I et særvotum i en av sakene om forlengelse av eldre husmannskontrakter (Rt. 1930 s. 1408) sier således dommer R i v e r t z med tilslutning av dommer B o n n e v i e: «Jeg anser det unødvendig å ta standpunkt til spørsmålet om hvorvidt resultatet vilde ha blitt et annet, hvis skaden hadde vært mindre vesentlig. M. h. t. dette spørsmål skal jeg for øvrig bemerke at det visstnok både i teorien og i enkelte tidligere rettsavgjørelser er antatt at en ny lov kan gjøre inngrep i et bestående rettsforhold, når loven kun har tilsiktet å regulere utøvelsen av visse rettigheter uten å angripe det vesentlige i deres innhold. Men i disse tilfelle har det såvidt jeg har oppfattet det, ikke vært spørsmål om forandringer i partenes gjensidige rettigheter og plikter i et kontraktsforhold, men om innskrenkning i partenes handlefrihet i forhold til det offentlige, og forsåvidt har det alltid vært anerkjent at lovgivningen har en temmelig vid adgang til å gjøre inngrep i bestående forhold. Derimot kan jeg ikke hverken i teori eller rettspraksis finne noen støtte for den opfatning at en lov uten å støte an mot grl. § 97 skulde kunne til skade for den ene og til gunst for den annen part i et kontraktsforhold endre de i kontrakten fastsatte vilkår når endringen er av vesentlig mindre betydning.» — Denne uttalelsen går dog for langt. Det er riktig at vesentlighetskravet arter sig anderledes overfor eiendomsrådigheten, enn når kontraktmessige rettigheter blir regulert. Men det er ikke riktig at størrelsen av inngrepet er uten betydning i siste fall, idet grunnloven forbyr selv det minste inngrep i dem. En så umulig regel har Høyesterett aldri godtatt. Det fremgår av de dommene vi nevner nedenfor.

b) For spørsmålet om hvor langt en kan omdanne bestående kontraktsforhold har det videre betydning hvilke hensyn den nye loven har for øie. Er det moralske

eller sosiale betraktninger som ligger bak, gjør kontraktene minst motstand mot tilbakevirkning. Nedsettelse av maksimalrenten, forkortelse av langvarige arbeidskontrakter eller av arbeidstiden for kvinner og barn er typiske eksempler. I samme gate ligger også regler som sikter på å verne den svakere part i kontraktsforholdet, eller å gjennomføre rent sosiale foranstaltninger som tvungen forsikring, hjemreise og begravelse for sjøfolk, godtgjørelse for opsigelse uten saklig grunn o. s. v. Varsommere må loven derimot være når det bare er tanken på medkontrahenten som ligger bak, som når det gis nye regler om reklamasjon eller om virkningen av casus. Men selv isåfall vil det jo være samfundshensyn som skal fremmes, idet loven søker å skape objektiv rimelighet i kontraktsforholdet og høine nivået i kontraktsretten, ved å pålegge partene plikt til å ta rimelig hensyn til hverandre. Et talende symptom på lovgiverens hensikt er det naturligvis at han har funnet det nødvendig å gjøre reglene tvingende. Men også fravikelige forskrifter kan ha et tydelig sosialt formål, og mere enn relativ betydning har forskjellen derfor ikke.

c) Som rimelig kan være spiller det også stor rolle for tilbakevirkningsspørsmålet hvilket trin av kontraktens avvikling de nye reglene griper inn på. Å endre reglene om reklamasjonsplikt, mislighold, ansvar for casus m. v. med virkning for leveringer eller ulykker som alt har funnet sted vil lettere kollidere med § 97,<sup>1</sup> enn når det er fremtidens forhold man innskrenker sig til å regulere. Særlig forsiktig må en være når avtalen alt er avviklet fra den ene siden,<sup>2</sup> og aller engsteligst når det har funnet et formelig oppgjør sted, sånn at forholdet normalt skulde være ute av verden.

d) Det er heller ikke likegyldig hvilke deler av kontraktsforholdet den nye loven forgriper sig på. Tilbakevirkningen vil snarere støte an når det rokkes ved noe som partene har truffet uttrykkelig avtale om, enn når det er lovgivningens supplerende kontraktsregler som skifter utseende.

---

<sup>1</sup> For misligholdets vedkommende gjør jo også rent offentligrettslige prevensjons- og sanksjonshensyn sig gjeldende.

<sup>2</sup> «Sterkest gjelder dette, når kontrakten allerede er opfyldt fra den ene side,» sier assessor Motzfeldt i Thams-saken (Rt. 1909 s. 417).

Ganske visst har det vært sagt — og det av ingen ringere enn Ørsted — at dette ikke burde bety noe, for når partene kjenner loven er det overflødig å si det samme i kontrakten. Det er ubestridelig at saken kan ligge sånn an. Men den muligheten består unektelig også at de i k k e har kjent disse reglene, eller lagt samme vekt på dem som på de uttrykkelige delene av kontrakten. Og derfor behøver ny lovgivning neppe å vise samme kvalifiserte respekt for de supplerende kontraktsreglene som overfor uttrykkelige avtaler.

En lignende tankegang ligger til grunn for hvad jeg skrev i «Aftenposten» for mange år siden (1926 s. 955), at det er lettere<sup>1</sup> å gi u t f y l l e n d e kontraktsregler tilbakevirkning, enn rene tolkningsregler som innskrenker sig til å klargjøre betydningen av ord. I og med at ordene er brukt, rykker tolkningsreglene nemlig like inn i centrum av kontrakten, og er derfor nærmere knyttet til partenes vilje og forutsetninger enn utfyllingsreglene gjerne er.<sup>1</sup>

e) Her som overalt får det dessuten betydning hvor fast og sikker rettigheten er, hvad den har kostet eieren og hvilken pris han setter på den, om han har brukt den eller ikke brukt den o. s. v.<sup>2</sup> Alt dette virker nemlig inn på det r e e l l e tapet ved tilbakevirkningen. I denne forbindelse har det også stor interesse om rettigheten kan sies op eller ikke. For ganske visst har også en opsigelig rett sitt verd, og fordi om medkontrahtenten kan bringe den til ophør er det ikke sikkert at lovgiveren bør kunne det samme; men retten er allikevel så uviss og tvilsom, at det regelmessig ikke vil være urettferdig tilbakevirkning om en ny lov setter sig ut over den.

---

<sup>1</sup> C a s t b e r g s. 270 synes å tro at jeg tillå sondringen absolutt virkning, men det var ikke meningen.

<sup>2</sup> Dette viktige realmomentet la Høiesterrett vekt på i dommen om de bergenske bakerlaug i Rt. 1845 s. 380. Men dette innbragte retten en streng reprimande fra A s c h e h o u g: «Efter den almindelige lære er nemlig en ifølge sitt vesen eller sin oprinnelse uangripelig rettighet like sterk, hvad enten den er benyttet eller ubenyttet. I private rettsforhold er setningen soleklar. Men den må gjelde likeså fullt i offentlige rettsforhold» (s. 274). — I det følgende avsnittet skal jeg vise hvordan det kan få følger i privatrettslig henseende at en eier ikke bruker sin rett. Her gjelder det om å godtgjøre at dette svekker retten overfor grunnloven. Forbindelsen mellem de to ting ligger imidlertid i dagen.

Endelig vil jeg for sikkerhets skyld minne om at hvis oppfyllelsen av eldre kontrakter vil være skadelig for samfundet, eller endog utsette det for likefremme rystelser, må lovgivningen ha en meget vid adgang til å modifisere dem. Dette er en likefrem slutning fra det mere til det mindre: Sånne kontrakter kan jo endog helt tilintetgjøres — akkurat som farlige ting eller skadelige virksomheter.

3. Gjennem eksempler fra praksis skal jeg søke å vise at disse synspunktene også er blitt påaktet i rettslivet. Først nevner jeg noen dommer som har ansett tilbakevirkning for tillatt (a), så noen som er kommet til det motsatte resultat (b) og tilslutt føier jeg til en del refleksjoner for egen regning (c).

a) Jeg begynner med en av dommene om husleiereguleringen, Rt. 1918 s. 497. En leiekontrakt fra før krigen kunde sies op av partene med 14 dagers varsel. I medhold av husleiereguleringsloven bestemte Oslo husleienevnd i 1917 at leien skulde settes ned «fra den tid som der kan bli lovlig opsagt til», uten at kontrakten var sagt op fra noen av sidene. Verten mente dette var i strid med § 97, og byretten var enig med ham. I Høiesterett vant derimot leieboeren med 5 mot 2 stemmer.

Meget interessant er Rt. 1926 s. 732. Et skibsmannskap der blev avmønstret i Japan før tjenestetiden var slutt, krevet oppgjør efter sjøl. § 88 som gjaldt dengang hyrekontrakten blev sluttet. Rederiet vilde derimot gjøre op efter sjømannsloven av 1923 som var trådt i kraft i mellemtiden, og som i dette særlige tilfelle var gunstigere for rederen. Høiesterettsflertallet sa: «Det følger av almindelige fortolkningsregler at den nyere lov kommer til anvendelse i tilfelle som det foreliggende. Det dreier sig her om hvilke legale virkninger det skal medføre at en sjømann blir avskjediget før tjenestetidens utløp. Det antas da, når intet motsatt sies i loven, å måtte være dens mening at de i loven bestemte virkninger av en sånn avskjedigelse skal inntre i ethvert tilfelle hvor avskjedigelsen har funnet sted efterat loven er trådt i kraft. Man kan ikke dele den av de innstevnte hevdede opfatning at man herved gir den nye lov tilbakevirkende kraft i strid med grl. § 97, idet kravet på ekstrahyre ved avskjedigelsen ikke kan opfattes som en ved avslutningen av hyrekontrakten erhvervet rett.»

Enda betydningsfullere er Rt. 1926 s. 955. I 1899 hadde dr. Heiberg leiet en jaktrett<sup>1</sup> for 20 år, og betalt den med 1 000 kr. Samtidig hadde han betinget sig å fornye retten for nye 20-års perioder mot samme betaling. Etterat kontrakten var sluttet bestemte jaktloven av 20. mai 1899 at jaktrett ikke kan forpaktes bort for mere enn 10 år. Da kontrakten løp ut i 1919 ønsket Heiberg den fornyet, men grunneieren vilde ikke og henviste til jaktloven. Heri fikk han også medhold av Høiesterett. Retten forstod jaktloven sånn at den også skulde gjelde eldre jaktkontrakter, slike som den foreliggende. Og den mente ikke det stred mot § 97 at den avtalte adgang til å fornye kontrakten falt bort.

I samme retning går også en kjæremålskjennelse i Rt. 1929 s. 766: En kommune hadde fått akkord etter lov 22. juni 1928. En kreditor bragte akkorden inn for kjæremålsutvalget, idet han fant det var utilstедelig å la loven virke på eldre gjeld. Kjæremålsutvalget erklærte sig imidlertid enstemmig enig med Justisdepartementet i at spørsmålet om dette var tillatt efter grunnloven «utvilsomt måtte besvares bekræftende».

b) En viktig dom med motsatt utfall er Rt. 1923 II s. 23: Et skib blev torpedert i april 1918. I henhold til den loven som da gjaldt fikk mannskapet  $\frac{1}{2}$  måneds tilleggs-hyre av rederiet. I august s. å. kom det imidlertid en lov som satte tilleggs-hyren til 3 måneder, og påbød efterbetaling for alle krigsforlis som hadde funnet sted efter 1. januar 1918. Ved HRD i Rt. 1920 s. 497 blev rederiet dømt til efterbetaling, idet flertallet fant at loven i alle tilfelle måtte lystres, og at rederen fikk kreve erstatning av staten hvis han mente loven stred mot grl. § 97. I erstatningssaken, som blev avgjort i 1923, blev staten imidlertid enstemmig dømt. Høiesterett sa at «når loven av 9 august 1918 har utvidet rederiets plikt til å svare mannskapet hyre i  $2\frac{1}{2}$  måned lengere efter forliset enn det påla det efter hyre-avtalen og den lov som gjaldt da forliset fant sted, er loven forsåvidt gitt tilbakevirkende kraft.»

En annen dom som kom inn på § 97 er den kjente «Aufwertung»-dommen i Rt. 1934 s. 152. I inflasjonstiden hadde

<sup>1</sup> Dommen angikk også en fiskerett, men det ser jeg bort fra for enkelhetens skyld.

en nordmann kjøpt en tysk grunneiendom som det hvilte 90 000 Mk. pantegjeld på — et forsvinnende beløp i tider da det kostet millioner å kjøre med trikken. Før forfallstid blev han enig med panthaveren om å løse inn obligasjonen med 3 000 norske kroner, som svarte til et fantastisk antall tyske mark. Litt senere solgte han eiendommen, og fikk 65 000 norske kroner for den. Året etter, i 1925, kom imidlertid den tyske loven om Aufwertung, og i henhold til den fikk nordmannen en regning på 20 000 gullmark fra den tidligere panthaver. Kravet blev enstemmig vist tilbake i Høiesterett, men på litt forskjellig grunnlag. 3 dommere mente at den tyske loven ikke kunde anvendes overfor en nordmann, hvis eneste berøring med Tyskland var den eiendommen som han hadde solgt i god tid før Aufwertungsloven kom. De 4 andre hadde imidlertid en begrunnelse som bragte grl. § 97 inn i saken. De anså det utelukket å anvende den tyske opskrivningsbestemmelsen, «fordi dette forutsetter at loven gis tilbakevirkende kraft ved å knytte nye rettsvirkninger til et rettsforhold som på lovlige måte er bragt til ophør, endog med uttrykkelig frafallelse av alle herpå grunnede krav. Anerkjennelsen av en sånn tilbakevirkning vilde stride mot en hovedgrunnsetning i vår rettsorden som er kommet til uttrykk i grl. § 97, og som også må sette en grense for anvendelsen av fremmede lovbestemmelser.»

En tredje og siste dom er Rt. 1935 s. 358, hvor § 97 for øvrig ikke optrådte på selve scenen, men rullet som en ildevarslende torden ute i kulissene. I januar 1930 hadde kaptein A. og skibsreder B. sluttet avtale om at A. skulde bli fører av B.'s skib, mot å tegne aksjer i selskapet. Etter skibsaksjeloven § 47 var sånne avtaler ugyldige, men ugyldigheten måtte gjøres gjeldende innen 2 år. I 1933 blev A. avmønstret, og krevet da aksjetegningen gjort om. Fra 1 juli 1930 var loven nemlig blitt forandret sånn, at ugyldigheten kunde påberopes sålenge vedkommende stod i tjenesten og innen 1 år etterpå. Kapteinen vant saken i byretten, men tapte enstemmig i Høiesterett. Som retten så på saken blev det ikke nødvendig å ta direkte stilling til grunnlovsspørsmålet; man tolket nemlig loven sånn at den ikke hadde ment å virke tilbake: «Den foretatte endring i foreldelsens utgangspunkt, fra en sikker og kort til en uviss

og uoversiktlig frist, betegner en så vesentlig omlegging av disponentens ansvarsforhold, at det er et både sunt og rimelig krav at den lov som her vilde virke tilbake gir klar beskjed herom.»

c) Det er ikke svært mange dommene jeg har kunnet trekke frem, og det kan sies at materialet er spinkelt. Etter min mening er de imidlertid riktige alle sammen, og gir god støtte for min opfatning av § 97, kanskje ikke akkurat *in modo*, men desto mere *in re*.

Særlig oplagt var vel resultatet i sakene om kommunens akkord på den ene siden, og om etterbetalingen av hyre for eldre krigsforlis på den andre. Om en ny lov i alle kreditorenes interesse endrer reglene om akkord, kan dette umulig sies å være så urettferdig overfor eldre fordringshavere at grl. § 97 griper inn. Omvendt synes det klart at dette er tilfellet, når det ikke alene knyttes nye byrder til begivenheter som forlengst har funnet sted, men hvor alt er op- og avgjort på grunnlag av den eldre rett, før loven omsider kommer på andre tanker.

At det forelå en utpreget tilbakevirkning i Aufwertungs-saken er naturligvis uten tvil. Men om grl. § 97 vilde ha hindret en lignende ordning her i Norge, hvis den var satt i verk u n d e r s å n n e f o r h o l d s o m g j o r d e d e n n ø d v e n d i g i T y s k l a n d, skal jeg ikke uttale mig om — iallfall ikke for øieblikket. Resultatet i saken var sikkert riktig nok, men det hadde neppe vært nødvendig å trekke inn grl. § 97.<sup>1</sup>

Både dommen om husleiereguleringen (Rt. 1918 s. 497) og den om reisen fra Japan stemmer svært godt med hvad jeg har fremhevet ovenfor, skjønt jeg ikke vilde ha motivert dem akkurat sånn som Høiesterett. Når det ikke var grunnlovstridig tilbakevirkning at leien blev satt ned fra den tid avtalen kunde ha vært opsagt til, kom dette ifølge dommer B a c h e r av at «leiekontraktens fortsatte beståen er avhengig av en rettshandel som i tid ligger efter lovens ikrafttreden. Konsekvensen av denne opfatning blir da, at når loven forbyr en eier å erholde større leie enn av nevnden godkjent fra den tid som kontrakten kan bli lovlig opsagt til, så griper loven ikke inn i en rett som var kontraktsmessig endelig erhvervet av eieren ved lovens ikraft-

<sup>1</sup> Jfr. mine artikler i T. f. R. 1937 s. 362 og 1938 s. 57.

treden, men kun i en rett, hvis opståen var avhengig av en i tid efterfølgende rettshandel.» Hvis det ikke hadde vært av hensyn til teorien om de «etterfølgende handlinger» etc. tror jeg imidlertid ingen vilde ha funnet på at når en opsigelig kontrakt løper i årevis, blir den fornyet hver fjortende dag ved stadige «rettshandler» mellom partene, skjønt ingen av dem foretar sig det spor. Det virkelige grunnlag for dommen var derimot dette: Når kontrakten kan sies op av leietageren, er husvertens rett til leiesummen aldri sikker lenger enn for den løpende termin. Den uvisse chance til å beholde samme leie i fremtiden behøver ikke lovgivningen respektere, når den av hensyn til husnøden begrenser eiernes rett til å bestemme husleien selv.<sup>1</sup>

Heller ikke premissene til Japan-dommen (Rt. 1926 s. 732) er formet med mesterhånd, forsåvidt som det legges vekt på at mannskapets rett til ekstrahyre ved avskjed «ikke kan oppfattes som en ved avslutningen av hyrekontrakten erhvervet rett.» Den kritikk som de dissenterende dommere — Broch og Bade — retter mot denne begrunnelsen er temmelig drepende. Men dommen selv berøres ikke av dette. For bak den mislykkede teoretiske formuleringen skimter en følgende sunde og virkelighetsnære betraktninger, som nok er istand til å bære resultatet oppe: Reglene om hvordan det går når mannskapet får avskjed i utide, er typiske utfyllingsregler, som ligger nokså langt ute i periferien av kontrakten, og som en sjømann sjelden tenker på når han tar hyre. De har dessuten tildels «sosial» karakter, og derfor er det naturlig at loven bør kunne ordne forholdet som den finner rimelig til enhver tid, når den bare holder sig til fremtidige oppgjør. Uten tanke på grl. § 97 er det derfor en naturlig ordning fra sjømannslovens side at den lar sine regler gjelde alle fremtidige avmønstringer. Og den tilbakevirkningen som i sig selv er rimelig kan aldri rammes av § 97, som bare sikter på urettferdig og hensynsløs innvirkning på eldre forhold. Sånn fortolket holder jeg dommen i Japan-saken for å være meget viktig, og vel egnet til å kaste lys over hvordan tilbakevirkningsforbudet arter sig i kontraktsretten.

<sup>1</sup> På samme måten vilde saken ha stått om en maksimalpris hadde grepet inn i en langvarig, men opsigelig salgskontrakt.



Enda større glede har jeg dog av dommen om dr. Heibergs jaktrett, for her kan jeg ikke bare slutte mig til resultatet, men også til begrunnelsen. Lovgrunnen for den nye reglen i jaktloven — så fremhever dommer L i e — var «at der er behov for å gjøre grunneieren ubundet av særskilte forføininger over jaktretten, som angår et tidsrum hvis forhold og omstendigheter han ikke kan forutsettes å ha oversikt over når forføiningen skjer, særlig hvad verdiforholdet angår.» Og hvad selve grunnlovspørsmålet angår, vilde han «legge avgjørende vekt på den betingede fornyelsesadgangs egen beskaffenhet. Den inneholder kun en ensidig rett for dr. Heiberg, som det står ham fritt for å benytte sig av eller ikke når tiden kommer, og som det på forhånd må stille sig uvisst om han vil benytte sig av, idet det kun er mot en nærmere bestemt avgift at retten kan utøves. Det står ved lovens emanasjon tilbake om han i sin tid vil bestemme sig til selv å binde sig, overta de dermed forbundne byrder og derved inntre som leier også i det nye tidsrum. Jeg mener at der under disse omstendigheter — og under skyldig hensyn til hvad der for øvrig kan komme i betraktning — ikke ved anvendelse av loven i det foreliggende tilfelle foregår noen efter vår rettsopfatning u t i l b ø r l i g t i l s i d e s e t t e l s e av den foreliggende eldre rettighet og derfor heller ikke tilføies den noen krenkelse i strid med grl. § 97.» En annen av de voterende, dommer L a r s s e n, pointerte særlig at det ikke var «erlagt noen godtgjørelse eller ydet noe offer for å opnå retten til fornyelse», og at dommen ikke avgjorde noe «om en senere lovs forhold til en rett til fornyelse av en kontrakt, i tilfelle hvor godtgjørelse er opplyst å være erlagt for retten.» Dette kunde nemlig lett «ha betydning for rettens endelige karakter i forhold til ny lovgivning, idet det blir et ikke uviktig moment ved bedømmelsen av hvorvidt en ny lovregels anvendelse vilde være et efter almindelig rettsopfatning u t i l b ø r l i g inngrep i rettigheten.»

Ingen annen høiesterrettsdom støtter mitt prinsipielle syn på grl. § 97 så sterkt som denne: For det første betones det at forbudet i § 97 er en smidig og ubestemt standard, som krever en konkret vurdering av samtlige foreliggende omstendigheter. Formuleringen av standarden ligger videre nær op til den jeg

holder på, idet det bare skal være den «etter vår rettsopfatning utilbørlige tilsidesettelse» av eldre rettigheter, eller et «etter almindelig rettsopfatning utilbørlig inngrep» som rammes av grunnloven. Endelig legger retten vekt på en hel rekke av de faktorene som også jeg har dradd frem under interesseavveilingen: På den ene side lovens berettigede ønske om å komme bort fra lange jaktkontrakter som er uheldige for eieren, bl. a. fordi de er så hasardiøse. På den annen side rettens ensidige og fremtidige karakter, at det ikke er betalt noe særlig vederlag for den o. s. v.<sup>1</sup>

4. Disse dommene gir naturligvis ikke noe uttømmende bilde av hvordan forbudet mot tilbakevirkning arter sig i kontraktsretten. Jeg skal derfor fylle dem ut ved en del tenkte eksempler, hvor spørsmålet lett vil bli aktuelt:

a) I bevegede tider føler lovgivningen undertiden trang for å gi skyldnerne henstand med å betale, idet det som man sier blir innført et *m o r a t o r i u m*. Særlig når det gjelder å komme over en akutt krise og kvele alle tilløp til økonomisk panikk, kan sånne lover være praktiske, både hos oss og annesteds. Ved krigsutbruddet i 1914 fikk således alle pengeskyldnere en måneds utsettelse med å betale, og ved lov 15 desember 1923 og 6 juli 1933 er det gitt et betinget moratorium til fordel for dem som har lovet å betale i gullkroner, eller i fremmed mynt alternativt med den norske. At sånne lover «virker tilbake» er det selvsagt ikke tvil om, og spørsmålet blir derfor hvordan § 97 stiller sig til dette.

Ut fra sitt absolutte — og temmelig livsfjerne — syn på bestemmelsen stillet *A s c h e h o u g* sig i sin tid helt avvissende til alt som heter moratorier. Selv i krig måtte kontraktens ordlyd respekteres: «Hjemsøkes landet med krig, vilde lovgivningen selvfølgelig(!) ikke kunne bevilge alle vekseldebitorer henstand med betalingen av deres eldre gjeld», sier han i Statsforfatningsretten s. 136.

Efter min mening er det like selvsagt at moratorier i k k e b e h ø v e r å være grunnlovstridige, skjønt de naturligvis må anvendes med måte. Blandt de momentene som veier

<sup>1</sup> Derimot har jeg vanskelig for å forstå at dommer *L i e* kan finne endog «vesentlig støtte» for sin forståelse av § 97 hos *Aschehoug*.

tyngst når man skal ta stilling til et konkret moratorium er på den ene siden situasjonen og dens krav, på den andre siden utsettelsens lengde og kreditors godtgjørelse under ventetiden.<sup>1</sup>

b) Nye lover om konkurranse-regulerende avtaler, og idet hele lover som sikter på den offentligrettslige reguleringen av næringslivet, vil som regel kunne gå nokså skarpt frem overfor bestående kontrakter, uten at man kan tale om grunnlovstridig tilbakevirkning. Det samme kan lover som regulerer kontraktsfriheten av moralske eller sosiale grunner eller for å verge den svakere parten i forholdet, som f. eks. forskriftene i avtalel. § 36—38.

Hvis de eldre kontraktene er moralsk forkastelige, eller representerer en likefrem fare for omsetningslivet eller for samfundet, kan dette ikke godt dras i tvil (jfr. foran s. 102 og s. 123). Men selv om man ikke kan bruke så sterke ord, vil ikke § 97 gi dem stor beskyttelse mot sånn lovgivning. Særlig klart er det at avtalene ikke er beskyttet, hvis de er inngått nettop for å sabotere en regulering man vet er på trappene. Som når fabrikanter i hui og hast binder sig ved langsiktige kontrakter for å undgå truende minsteprisforskrifter.

c) Et spørsmål som har vært adskillig drøftet i teorien er om foreldelses- og reklamasjonsfrister kan gjøres lengere eller kortere, med virkning for kontrakter som alt er sluttet. Man pleier gjerne si at det ikke er noe i veien for å forlenge sånne frister når de fremdeles løper, og man har også lov til å korte dem av, hvis det bare levnes fordringshaveren rimelig tid å holde retten i live.

I reglen holder dette sikkert stikk. Men grunnen til at fristen kan forlenges er ikke, som A s c h e h o u g mener (s. 127) at skyldneren «kun har en utsikt til engang i fremtiden å bli fri for sin forpliktelse, men intet virkelig rettskrav herpå», og forklaringen til at de kan gjøres kortere er ikke at man alltid kan la rettigheter falle bort, hvis ikke eieren foretar en viss fremtidig handling (s. 123). Nei, saken er at foreldelses- og reklama-

<sup>1</sup> Et interessant vidnesbyrd om hvordan Høiesterett i U. S. A. har sett på spørsmålet har man i den såkalte Missouri-moratoriumdom, som S c h j e l d e r u p gjengir i T. f. R. 1938 s. 290—292.

sjonsreglene hører til de perifere delene av kontraktsforholdet, som partene sjelden skjenker større oppmerksomhet. Derfor vil det som regel ikke føles som noe overgrep om nye lover fikser på dem innen rimelige grenser — forutsatt at fristen ikke alt var løpet ut, eller den nye fristen er så kort at det blir umulig eller altfor besværlig for fordringshaveren å holde sin rett ved makt.

Men det er ikke tvilsomt at stillingen kan være en annen — noe som for øvrig også Aschehoug er klar over. Hvis f. eks. en særlig kort foreldelsesfrist er det naturlige motstykke til at kontrakten er streng i andre punkter, kan det være urettferdig å gjøre den lenger, fordi dette forrykker likevekten i kontraktsforholdet. Og hvis det gjelder en egentlig reklamasjonsfrist, som åpner adgang til å velge mellom to alternativer, vil en forlengelse undertiden gi den ene part sånn adgang til å spekulere på den annens bekostning, at tilbakevirkningsspørsmålet kan stille sig på samme måten. Det er ikke usannsynlig at Høiestere rett var tilbøielig til å se sånn på saken i den dommen som er gjengitt i Rt. 1935 s. 358.

d) Om nye prosesslover heter det gjerne at de kan anvendes i alle fremtidige rettstretter, selv om disse har rot i eldre forhold, f. eks. i en kontrakt. Fordringshaveren har — så resonneres det — ganske visst fått sin fordring anerkjent av rettsordnen, men han har ikke brev på at statens rettshåndhevelse skal være ens til evig tid. Om han skuffes i sine prosessuelle forventninger kan han derfor ikke søke hjelp i grl. § 97. Stort sett er dette riktig nok, og derfor er det adskillig veiledning i å sondre mellom prosessuelle og materielle regler i tilbakevirkningsspørsmålet. Men man må ikke tro at grunnloven har slukt denne sonderingen rå, og at man derfor kan erstatte realundersøkelsen og den konkrete interesseavveining med en formalanalyse av motsetningen mellom materielle og prosessuelle lover — en motsetning som for øvrig ubetinget hører til de flytende.

På den ene siden kan det tenkes «prosessregler» som er så viktige for rettighetens virkelige innhold og verdi, at det vilde være grunnlovstridig om man gav dem tilbakevirkning. Helt klart er dette hvis en ny lov tok bort retten til å gjøre fordringen gjeldende ved domstolene — om da en sånn regel kunde

kalles «prosessuell» — men stillingen vilde visst ikke bli en annen om eksekusjonsmidlene blev skåret avgjørende ned, f. eks. ved at retten til å gjøre skyldneren konkurs falt bort. Noe lignende måtte en si om nye «bevisregler» som forlangte skriftlig bevis for alle kontrakter over 100 kr., og også bevisbyrdereglene kan nok tenkes å bli lagt om så radikalt, at en fordringshaver med rette kunde protestere mot at de fikk tilbakevirkning.

På den annen side er det ikke noe i veien for å foreta mindre forskyvninger i dekningsadgangen og i ansvarsreglene, selv om det kanskje er materiellrettslige regler man har for sig. Hvis en ny lov således gir arvingene beneficium inventarii, mens de før hadde valget mellom solidaransvar og fragåelse, er det ikke tvilsomt, at den kan anvendes på eldre fordringer, bare arvefallet selv er yngre.<sup>1</sup> Og i rimelig utstrekning må det samme også gjelde lover som utvider skyldnerens rett til å undta ting fra utlegg, letter adgangen til tvangsakkord, eller avskaffer gjeldsfengsel.<sup>2</sup>

IV. Hittil har vi gått ut fra at de tilbakevirkende lovene ramte eldre kontrakter *d i r e k t e*, som når de f. eks. bestemmer at sjøfolk skal ha større tillegshyre ved krigsforlis enn hyrekontrakten gav dem. De fleste avtaler går imidlertid ut på å binde handlefriheten, eller å føre over goder som eiendomsretten eller andre rådhetsrettigheter har utstyrt en med. Og hvis disse rettighetene blir innskrenket, eller grensene for handlefriheten trukket strammere enn før, kan det hende at også inngåtte kontrakter blir berørt av dette, skjønt riktignok på *i n d i r e k t e* vis. Hvis A. har lovet B. å levere visse norske varer i Hamburg, blir han således hindret fra å gjøre dette, dersom det kommer eksportforbud. Og hvis C. har tatt på sig å arbeide om søndagen i D.'s fabrikk, blir kontrakten gjort umulig, hvis det utstedes forbud mot søndagsarbeide. På samme måten går det, hvis E. har lovet F. å levere smått tømmer fra sin skog, og det så blir forbudt å hugge så langt ned.

<sup>1</sup> A s c h e h o u g, s. 161 mente det motsatte.

<sup>2</sup> Hvis partene uttrykkelig har gjort de gjeldende prosessreglene til «deler av avtalen» ved å ta dem inn i selve kontrakten, hvordan går det da? Her blir det antagelig samme forskjellen som mellom uttrykkelige kontraktsbestemmelser og lovens utfyllende regler, i forhold til nye kontraktslover.

Når kontraktene rammes på denne indirekte måten, forlanger ikke grl. § 97 at der vises samme varsomhet med tilbakevirkningen som når loven griper direkte inn i dem. Tvertimot må hovedreglen bli den omvendte, at adgangen til å begrense handlefriheten eller regulere eiendomsrådigheten ikke kan innsnevres av kontrakter som borgerne har sluttet sig imellem. Dette er helt klart når det dreier sig om lover som bestemmer hvad folk har lov til og hvad de ikke har lov til.<sup>1</sup> Men det samme må gjelde om innskrenkninger i eiendomsrådigheten. Vi forklarte foran at det var uten betydning for forholdet til § 97 at retten er delt op i smådeler, istedenfor å være samlet hos eieren,<sup>2</sup> men stillingen er helt analog når eieren nok sitter tilbake med hele den tinglige rådigheten, men har inngått «obligatoriske» kontrakter om å la andre nyte godt av tingen. Om en mann har fått rett til selv å hugge i naboens skog, eller skogeieren har lovet å levere ham tømmer fra denne skogen, kommer ut på ett i forhold til grunnloven.

En viss retusjering må dog den nevnte hovedreglen ha. Når folk faktisk har benyttet sig av den kontraktsadgangen som for tiden består, er det unektelig skapt en ny faktisk situasjon som i og for sig er beskyttelsesverdig. Sånn vekt at hele lovgivningsapparatet stanser kan det ganske visst ikke legges på disse kontraktene, men det vilde ikke stemme med tankegangen i § 97 om man så helt bort fra dem under lovforberedelsen.

Når nye lover griper inn i kontraktsforholdene på den indirekte måten vi nå forutsetter, blir det naturligvis spørsmål om hvilken virkning dette har på det innbyrdes forhold mellom partene. At resten av kontrakten ikke kan bestå som før, når en av ydelsene blir gjort umulig ved senere lovgivning, er klart. Skogeieren kan ikke fordre betaling for det tømmeret han ikke får lov til å hugge, og arbeideren ikke lønn for søndagsarbeidet, når han ikke kan møte i fabrikken.<sup>3</sup> Men saken står ikke anderledes fordi om eieren har skilt ut en særlig tinglig rett av den

<sup>1</sup> Her viser det sig aller best, at ingen stat kan gi borgerne absolutt sikkerhet for at deres fremtidsberegninger ikke blir skuffet.

<sup>2</sup> Se foran s. 139 ff.

<sup>3</sup> Jfr. Aschehoug s. 145.

fulle eiendomsrådigheten, sånn at forbudet mot hugsten rammer denne retten i første hånd, mens eieren selv tilsynelatende går fri. Det bør det på tross av visse uttalelser i premissene til Thamsdommen (Rt. 1909 s. 417) ikke være tvil om. I en senere sak (Heibergdommen i Rt. 1926 s. 955) har Høyesterett også gått ut fra dette.

Imidlertid sier man kanskje at denne siden av saken ikke har noe med grl. § 97 å gjøre; privatlovgivningen får ordne den eller også rettspraksis. På sett og vis forholder det seg også så. Men hvis man er enig i at det er rettferdighetens fordringer grl. § 97 søker å gjennomføre under tilbakevirkningen, kommer man iallfall i strid med å n d e n i b e s t e m m e l s e n, om det ikke sørges for at rettsforholdet mellom dem som berøres av nye lover blir ordnet og jenket sånn som naturlig rimelighet tilsier.<sup>1</sup>

V. I korthet bør det videre fremheves at også i kontraktsretten har l i k h e t s k r a v e t i § 97 sin fulle betydning. Å plukke ut visse kontrahenter og gi særregler om dem, eller å innskrenke tilbakevirkningen til enkelte slags avtaler, går således ikke an hvis da ikke utvalget kan forsvares av saklige grunner, som dypere sett bringer forholdet i samklang med hvad sann likhet forlanger.

VI. De foregående romertall handler i hovedsaken om lover som gjør i n n g r e p i eldre kontraktsrettigheter. Altså lovforanstaltninger som regulerer innholdet av et bestående kontraktsforhold ved å minske de rettighetene som den ene eller annen av partene har sikret sig, eller pålegge dem byrder som de var fri for etter kontrakten. Imidlertid har § 97 også en annen side i forhold til kontraktsretten: Det må bringes på det rene hvordan grunnloven stiller sig til lover om t v a n g s k o n t r a h e r i n g, og til forskrifter som virker i lignende retning.

1. På sett og vis har all regulering av eldre kontrakter et element av tvangskontrahering i sig, iallfall potensielt. Det er

---

<sup>1</sup> På samme måten har jeg mine sterke tvil om det stemmer med det rettsferdsideal som også § 105 er utslag av, om man lar «obligatoriske» kontrakter helt ute av betraktning ved ekspropriasjoner; mens man gir eieren «full erstatning», sånn at ekspropriasjonen kanskje bringer ham klekkelig gevinst. Jfr. om spørsmålet Castberg, s. 335 ff. og det der citerte.

nemlig ikke sikkert at partene hadde innlatt sig på avtalen, om de nye reglene hadde vært i kraft på kontraktstiden.

Sålenge man bare innskrenker rettighetene etter kontrakten, faller slektskapet med tvangskontrahering dog ikke sterkt i øinene. Men når man ikke bare relativt, men også absolutt sett øker de plikter den fører med sig, begynner likheten å tre tydeligere frem. Og ganske påtagelig blir den hvis man forlenger kontraktstiden, eller gjør en opsigelig kontrakt uopsigelig. En viss forskjell blir det dog alltid tilbake, såvel i rettslig som i faktisk henseende: Hvis man søker tilknytning til avtaler som er inngått frivillig, og nøier sig med å forlenge virkningen av dem, er dette tross alt et mindre vidtgående inngrep enn om man tvinger folk til å slutte avtaler på helt bar bakke.

2. Egentlige tvangskontrakter kan lovgivningen normalt ikke pålegge borgerne, medmindre det blir betalt erstatning for mulige tap.<sup>1</sup> Noen vil si at dette følger av grl. § 105, andre vil støtte sig til § 97. Men alle må være enig i at en sånn lovgivning ligger så nær de ekspropriasjonstilfelle som § 105 taler om, at erstatningsspørsmålet ikke kan stå i en vesentlig annen stilling. Og hvis reglen om «full» erstatning ikke opfattes altfor trangbrystet, kommer det omtrent ut på ett, hvilket av grunnlovsbudene man holder sig til.

Noen tilsvarende ubetinget regel om at det også skal svares erstatning når et bestående kontraktsforhold blir forlenget, kan derimot ikke oppstilles. Tvertimot så vi foran at grl. § 97 ikke stod i veien for moratorier, hvis de var av rimelig lengde og grunnet i ekstraordinære forhold. Sånne lover må idethele ses under omtrent samme synsvinkler som når det gjøres andre modifikasjoner i rettsforholdet mellom partene. En knivsodd større forsiktighet må man imidlertid forlange siden analogien fra tvangskontrahering og fra de egentlige ekspropriasjoner ligger nærmere enn ellers.

3. Spørsmålet om nye lover kan forlenge eldre kontrakter uten å støte an mot grl. § 97 har særlig vært praktisk hos oss,

---

<sup>1</sup> Reservasjonen som ligger i ordet «normalt» sikter dels til krig og annen «force majeure», dels til at tvangslån e.l. efter omstendighetene kan forsvares ut fra skatte- og avgiftssynspunkter.



når kontraktene gir rådighet over fast eiendom. Aller størst betydning har lovgivningen om husleieregulering hatt. Men også de midlertidige lovene om forlengelse av husmannsfeste, som var innledning til den avvikling av husmannsinstitusjonen som nå er i full gang, gjorde spørsmålet aktuelt.

I sånne forhold synes det klart at man ikke kan nøie sig med å se tilbakevirkningsspørsmålet obligasjonsrettslig an, som et rent og skjært spørsmål om nye lovers adgang til å virke inn på bestående kontrakter. I minst like høi grad gjør lovene inngrep i rådigheten over fast eiendom og må vurderes deretter. Det innebærer bl. a. at det må tas hensyn til hvor vesentlig inngrepet er i forhold til hele eiendomsrådigheten. Den samfundsmessige bakgrunn for inngrepet blir også lett en annen; å sitte med fast eiendom er nå engang et sosialt privilegium, hvis regulering til sine tider er bydende nødvendig.

I de dommene som blev avsagt i forbindelse med husleiereguleringen har Høiesterett også lagt disse synsmåtene til grunn. Loven av 10 mai 1916 hadde for det første bestemt at leiesummen kunde settes ned av husleienevnden, og for det annet at eieren kunde si op leieboere som satt med eldre opsigelige kontrakter, da loven blev vedtatt.<sup>1</sup> Og spørsmålet blir da om disse to ting til sammen betød et sånt inngrep i eldre kontrakter eller i eiendomsrådigheten, at eierne kunde protestere under henvisning til grunnloven. I flere dommer — de to viktigste i denne forbindelse er Rt. 1918 s. 497 og 1921 s. 721 — svarte Høiesterett nei til dette. Man tok særlig hensyn til at husleieregulering hadde vist sig nødvendig, hvis ikke eiendomsretten skulde bli misbrukt til å utnytte leieboerne under husnød og krise. Videre var det sikkert et viktig moment at loven ikke brøt inn i bestående kontraktsforhold for å skaffe de aktuelle leiere økonomisk fordel på eierens bekostning, men til gunst for en stor og generelt bestemt samfundsgruppe, leieboerne, som inkarnerte selve almeninteressen i den situasjon som nå engang var opstått. Under disse forhold fant man det forsvarlig såvel å regulere leien som å påby de eldre kontraktene forlengt, skjønt

<sup>1</sup> Leiekontrakter av ubestemt lengde, f. eks. på livstid, forekommer ikke. Og ved HRD. i Rt. 1920 s. 909 blev loven tolket sånn at den ikke skulde gjelde kontrakter som var sluttet på bestemt tid.

ingen kunde være blind for at hver enkelt grunneier umulig kunde få «full erstatning» for sitt virkelige individuelle tap på denne måten.

I saken om forlengelsen av eldre husmannskontrakter (lov 23 juli 1920) var stillingen forsåvidt anderledes, som det ikke dreiet sig om å ta fra husbonden hans rett til å si op løpende kontrakter med ubestemt varighet. I den første saken som blev forelagt Høiesterett hadde husbonden alt sagt op husmannen før loven om forlengelse kom. (Rt. 1927 s. 1057) og i den annen gjalt festet på livstid, og husmannen døde temmelig straks efter loven. (Rt. 1930 s. 1408). I begge sakene kom Høiesterett til det resultat at grl. § 97 hindret sånn tilbakevirkning som det var tale om. — Av mange grunner har jeg betenkelighet ved disse dommene. Ikke så meget ved selve resultatet, for rettfærdskjønnnet efter § 97 vil det jo alltid kunne være delte meninger om. Det er rettens innstilling til spørsmålet og dens måte å argumentere på som efter min mening innbyr til kritikk, og som stemmer så lite med hvad Høiesterett har lagt for dagen i andre dommer fra de senere år, først og fremst i dommen om dr. Heibergs jaktrett, Rt. 1926 s. 955. Efter min mening skulde forholdet ikke bare ha vært betraktet som en forlengelse av en løpende kontrakt, men som en regulering av selve eiendomsrådigheten. For å vurdere denne burde man ha tatt i betraktning at det ikke var tale om å begunstige enkelte individuelle leietagere, men en viktig sosial gruppe — husmennene — hvis stilling var blitt så uholdbar at en virkelig jordreform var blitt nødvendig.<sup>1</sup> Dessuten var det et moment at det dreiet sig om jord som husmannen eller hans slekt ofte har brutt op, eller iallfall lagt ned arbeide på, at plassene regelmessig er av

<sup>1</sup> I et foredrag på juristmøtet i Helsingfors i 1937 fremholdt professor Haataja (forh. s. 104 ff.) at når det er tale om «tvangsåtgärder» overfor eieren av fast eiendom, har det avgjørende betydning om det gjelder en egentlig jordreform eller ikke. Bare i siste fall når «de tvangsåtgärder som tillgripes äro av allmän karaktär (idet de ordna hela samhällsklassers ekonomiska och sociale ställning)» fant Haataja det berettiget å gripe inn med ekspropriasjon. Som dommer Solem sa i diskusjonen (forh. s. 115) kan man ikke trekke så snevre grenser for ekspropriasjonsinstituttet hos oss. Men at Haatajas sondring har stor verdi når det gjelder å avgjøre om en lovforanstaltning er grunnlovstridig eller ikke, kan det ikke være tvil om.

underordnet betydning for hovedbølet, og at selve husmannsinstitusjonen har overlevet sig selv. Alt dette skulde så ha vært veiet mot eierens berettigede forventning om å få igjen disposisjonsretten over plassen, og i så måte var det selvsagt et viktig faktisk moment, om eieren alt hadde sagt op husmannen da den nye loven kom, eller hadde lang og kanskje ubestemt tid å vente.

Avgjørelsene i Høiesterett beveger sig imidlertid efter andre linjer. I dommen av 1927 festet retten sig utelukkende ved at det var tale om å forlange en kontrakt som eieren alt hadde sagt op. Videre gikk man ut fra som en ubetinget setning, at sånt aldri kunde skje medmindre det blev gitt «full erstatning», og kravene til denne minner adskillig om dem Høiesterett stillet i Refugiosaken (Rt. 1925 s. 1014). «Det var ikke tale om å innskrenke en rett som eieren har forbeholdt sig», sa overretten som Høiesterett sluttet sig til. «Eieren har gjort sin opsigelsesrett gjeldende og kanskje foretatt økonomiske ofre.» Og fra Høiesteretts side blev det føiet til: «Loven har trodd å være i harmoni med § 97, når den åpner adgang til forhøielse av leien. Men dette skaffer ikke alltid eieren full erstatning i anledning av den tvungne forlengelse av leieforholdet.» Noen virkelig real prøvelse av forholdet, og en vurdering av om tilbakevirkningen alt i alt var sånn at den ikke kunde stå sig for rettferdighetens domstol, inneholder premissene derimot ikke.<sup>1</sup> — Det gjør heller ikke dommen fra 1930. Og her kommer dessuten det momentet til, at domstolen nådde sitt resultat gjennom en rent logisk slutningsrekke på grunnlag av dommen av 1927, uten tilsyne-

---

<sup>1</sup> Med full rett gjorde dommer H a z e l a n d opmerksom på at det standpunkt retten tok i denne saken ikke harmonerte godt med dommene om husleiereguleringen: «Efterat det er funnet forenlig med grl. § 97 å gripe inn i bestående kontraktsforhold på den måte som skjedd navnlig ved husleiereguleringen, finner jeg ikke tilstrekkelig grunn til å bedømme forholdet anderledes hvor det gjelder en opsigelse som har funnet sted i henhold til kontrakten før lovens ikrafttreden, men som på dette tidspunkt ennu ikke er utløpen. I det ene tilfelle som i det annet kan man komme til å krysse disposisjoner som allerede før lovens ikrafttreden er truffet i tillit til kontrakten. Der kan være en gradforskjell, men efter min mening ingen vesensforskjell.» — En henvisning til at moratorier ingeniende alltid er grunnlovstridige vilde også ha vært på sin plass i samme forbindelse.

latende å legge ringeste vekt på den faktiske forskjell som ubestridelig var tilstede. Når det var avgjort at loven ikke kunde forlenge husmannskontrakter som alt var opsagt, måtte det samme efter flertallets mening også gjelde a) når kontrakten var inngått på bestemt tid, eller b) avhengig av en ubestemt begivenhet som viser sig å inntre. I forhold til § 97 var det nemlig avgjørende at varigheten av kontrakten i alle tilfelle er bestemt på forhånd, uten at partenes senere handlinger har noen innflytelse på den.

Jeg behøver vel ikke si at en så formell argumentasjonsmåte er lite fyllestgjørende, ut fra mitt syn på grunnloven. Det eneste som kan forklare dommen er at husmannen var eldgammel da den nye loven kom, sånn at eieren hadde kunnet regne med å få plassen igjen i nær fremtid. Tar man premissene på ordet, skulde man imidlertid kunne resonnerer sig til at det var likegyldig for grunnlovsspørsmålet, enten man forlenget en kontrakt som var opsagt til fratreden om en uke, eller en som nylig var inngått på livstid med en yngling på 20 år. Og holder man denne dommen sammen med avgjørelsene angående husleiereguleringen, blir resultatet enda mere forbløffende fra et realitetsstandpunkt sett: Retten synes nemlig virkelig å mene at det skulde være mere betenkkelig å berøve eieren chansen til å få igjen en eiendom som er leiet bort på livstid, enn å ta fra ham retten til å si op en leieboer som han for sikkerhets skyld har forbeholdt sig å kunne bli kvitt når som helst, bare med 14 dagers varsel!<sup>1</sup>

### § 9.

#### Noen særlige spørsmål.

I denne paragrafen skal jeg drøfte noen spredte enkeltspørsmål som reiser sig omkring grl. § 97, og som det har vært en del meningsforskjell om.

#### *Fra hvilket tidspunkt kan en lov begynne å virke?*

I. Et spørsmål som naturlig melder sig i denne forbindelsen er dette: Går det an å anvende lover som ikke er kunngjort

<sup>1</sup> En sånn regnekunst minner nesten om gutten som regnet ut at han var eldre enn far sin.

for borgerne, eller inneholder tilbakevirkningsreglen i § 97 også et forbud mot dette?

I sin endelige form uttaler paragrafen sig ikke uttrykkelig om spørsmålet. Men som den oprinnelig var vedtatt hadde den — ved siden av tilbakevirkningsforbudet — en regel om at en lov aldri skulde «gjelde før enn den er bekjentgjort». Denne bestemmelsen blev imidlertid sløifet av den komité som skulde sette teksten i «stil og orden», og kom ikke med i selve grunnloven.

I teorien har det likevel vært hevdet at tankegangen i § 97 må tilsi at en lov ikke kan begynne å virke før den er behørig kunngjort, iallfall ikke overfor dem som hverken kjente den nye loven eller hadde rimelig adgang til å kjenne den. «Det motsatte» sier *A s c h e h o u g* (s. 86) «vilde støte mot grl. § 97, efter hvis tanke det er urettferdig og skal være forbudt å gjøre lover gjeldende mot noen som ikke har visst eller kunnet vite at han skal innrette sine handlinger efter dem». Jfr. også *C a s t b e r g* s. 256—258, jfr. I s. 376. Efter dette skulde det altså være grunnlovstridig tilbakevirkning at man anvender nye straffebud på handlinger som var begått efterat loven var vedtatt, men før den er kunngjort. Og har en mann erhvervet en rett i dette samme tidsrum, skulde han stå like sterkt som om retten var stiftet før loven kom til. I begge fall er det dog forutsetningen at vedkommende hverken har kjent eller burde kjenne den nye loven, sånn at det virker urettferdig at han allikevel blir ramt av den.

Skjønt jeg har adskillig sympati for tendensen i denne grunnlovstolkningen — som i virkeligheten strekker § 97 ut over ordene for å komme k o n k r e t u r e t t f e r d i g h e t til livs — tror jeg ikke den lar sig forsvare som gjeldende norsk rett. At lover bør kunngjøres før de tar til å virke er ganske visst en naturlig ting, og kan efter omstendighetene vokse til et ubetinget rettsferdskrav.<sup>1</sup> Det skal også medgis at de grunnene som taler så sterkt for dette, er i slekt med dem som tilsier at nye lover ikke får virke tilbake. Imidlertid er det ikke a l l u r e t t f e r d i g h e t i lovgivningen som § 97 reagerer mot, men bare mot den som ligger

<sup>1</sup> I «Rettskildene» drøfter *B e n t z o n* inngående om det ligger i lovenes «natur» at de må kunngjøres før de kan virke, men finner ikke at man kan gå så langt.

i at lover griper bakover i tiden, og det kan det jo strengt tatt ikke sies at de gjør, når de holder sig til fremtidige forhold, selv om innholdet av lovene ikke er meddelt offentligheten. En utvidende tolkning av § 97 er her for dristig — særlig når en husker på at paragrafen oprinnelig hadde en uttrykkelig bestemmelse i denne retning, men at denne senere blev strøket.

Så vidt jeg kan se har Høiestere rett også tatt bestemt avstand fra en sånn tanke. Dommene i Rt. 1918<sup>11</sup> s. 287, 1919 s. 307 og 1937 s. 42 er visstnok ikke til å komme forbi.

II. Det har leilighetsvis vært drøftet om § 97 står i veien for at en lov utsetter sin ikrafttreden til et senere tidspunkt, men bestemmer at alt som skjer efter utferdigelsen skal bedømmes efter den nye loven, når denne omsider trer i kraft.

C a s t b e r g har hevdet at det må en lov ha adgang til (s. 256) og jeg kan ikke skjønne annet enn at dette må være riktig. Formelt sett kan jo forholdet opfattes sånn at loven t i l d e l s tillegger sig virkning alt fra utferdigelsen av, og når folk har fått beskjed om hvad de har å innrette sig efter, kan det heller ikke sies å være noe overgrep i realiteten, når loven til slutt trer i full funksjon.

Men vilkåret må være at det virkelig er fiksert et b e s t e m t t i d s p u n k t for ikrafttredelsen. Så lenge det bare er sagt at loven skal tre i kraft senere, når Kongen beslutter eller lignende, er ikke noen endelig lovbeslutning kommet i stand, og før dette tidspunkt kan ikke loven begynne å «virke» i forhold til § 97.<sup>1</sup>

III. I en viss forbindelse med dette står et tredje spørsmål: Hvordan skal tilbakevirkningsforbudet opfattes, når loven selv nøier sig med å gi en blankettbestemmelse, som senere skal fylles ut av andre, et departement, et kommunestyre, trustkontrollrådet etc.? Er det da utferdigelsen av loven som blir avgjørende for tilbakevirkningsspørsmålet, eller av den kommunale vedtekt som supplerer den?

Det kan efter min mening ikke være tvil om at det er d e t t e s i s t e t i d s p u n k t som i prinsippet er det avgjørende. Først når kommunestyret har fylt ut den blanketten loven har gitt, er det skapt en virkelig rettsregel som binder borgerne. Og også de realitetshensynene som bærer forbudet mot tilbakevirkning

<sup>1</sup> Jfr. her E i n a r H a n s s e n s votum i Rt. 1935 s. 8.

fører avgjort til samme resultat. Om trustkontrollrådet derfor gir regulerende bestemmelser om kontraktsforhold, må det avgjøres etter tidspunktet for utferdigelsen om de har grunnlovstridig tilbakevirkning; det vilde være uriktig å si at alle kontrakter som er blitt til etter 1927 ubetinget må finne sig i reguleringen. Og hvis et herredsstyre i 1908 vedtar hugstvedtekter i medfør av en lov av 1893, og vedtektene tillegger sig virkning overfor hugstkontrakter som er sluttet i 90-årene, er det vedtektenes og ikke delegasjonslovens datum, som er avgjørende for spørsmålet om dette kan gå an i forhold til grl. § 97, jfr. høiesterettsdommen i Thamssaken, Rt. 1909 s. 417.<sup>1</sup>

Det hender imidlertid at delegasjonsloven sier uttrykkelig at de vedtektene som kommunestyret senere måtte fatte, skal ha virkning helt fra loven selv trådte i kraft. Det gjorde f. eks. husleiereguleringsloven av 10. mai 1916. Den bestemte i § 7 at alle leiepålegg som fant sted i fremtiden skulde være ugyldige uten husleienevndens samtykke, forsåvidt kommunestyret måtte bestemme sig til å utvide loven til den slags leiligheter som det var tale om. Om dette var grunnlovsmessig kom for Høiesterett i en interessant sak i Rt. 1919 s. 742, hvor pålegget var gitt i juni 1916, mens kommunestyrets beslutning kom i november s. å.

---

<sup>1</sup> C a s t b e r g mener at denne avgjørelsen er uriktig, s. 256 n. l. Om tilbakevirkningsspørsmålet blir stillet sånn som teksten sier, er det ikke derfor sikkert at tilbakevirkningen er urettferdig, og dermed grunnlovstridig. I så måte er det tenkelig at delegasjonsloven gir sånt varsko om at vedtektene kommer, og om det innholdet de vil få, at folk som skygger sig å inngå kontrakter før kommunestyret får tid til å gjøre vedtak, må finne sig i å se sine rettigheter redusert eller ophevet. En sånn mulighet synes også forutsatt i Thamsdommen, hvor man dog med rette mente at det ikke var plass for dette resonnement (Merk dog assessor H a m b r o s motsatte standpunkt). «Den omstendighet» sier førstvoterende «at der er mulighet for at der i fremtiden vil bli gitt vedtekter — på samme måte som der er mulighet for nye lover — kan efter min mening ikke rokke en lenge før vedtektens utferdigelse avsluttet uthugstkontrakt. Her er tillike det å merke, at loven har ikke selv bestemt noe om vedkommende vedtekters innhold. Man er ikke alene i uvisshet om hvorvidt der vil bli utferdiget vedtekter i henhold til den av loven givne bemyndigelse; her sees å være hengått 15 år innen kommunen benyttet adgangen. Men man er også fullstendig i uvisshet om, av hvilket innhold de eventuelle kommende vedtekter vil bli. Jeg mener at en kontrakt og dens innhold også likeoverfor vedtektene må bedømmes efter hvad det gjaldt på kontraktstiden.»

og husleienevndens vedtak om å sette ned leien i februar 1917. Med 4 mot 3 stemmer fant retten at det ikke forelå grunnlovstridig tilbakevirkning. «Situasjonen blir rettslig sett den, at i tiden fra lovens ikrafttreden og til kommunestyrets beslutning foreligger, har de leieforhøielser som i mellemtiden foretas kun en betinget gyldighet, idet de er avhengig av hvorvidt kommunestyret treffer beslutning om at de skal være undergitt regulering.»

Denne avgjørelsen var etter min mening riktig under hensyn til de konkrete forhold. Men det kan sikkert ikke sies helt almindelig at lovgivningen har det i sin makt å la gyldigheten av fremtidige avtaler være avhengig av eventuelle, kommende vedtak fra de kommunale autoriteters side. Hvis dette skulde gå an, vilde borgerne nemlig helt miste det vern for sine kontraktmessige rettigheter som grl. § 97 har villet gi dem.<sup>1</sup> De «ganske utålelige rettstilstander» som vilde inntre på denne måten, legger mindretallet i Høiesterett sterk vekt på i sin dissens.

Når man innskrenker sig til en enkelt slags kontrakter under en vanskelig situasjon, hvor det er om å gjøre å hindre folk i å lamme effektiviteten av loven, og det dessuten må forutsettes at kommunestyrets vedtak ikke vil la vente lenge på sig, kan det derimot neppe sies at man går grunnloven for nær. En antydning av den grensen som her må trekkes finner en også i flertallsbegrunnelsen i Rt. 1919 s. 742: «Det har fra app.s side vært fremholdt at det kunde dra uheldige følger med sig, hvis et kommunestyre først lang tid efterat loven av 10. mai 1916 var trådt i kraft, besluttet sig til heromhandlede husleieregulering. Dette tilfelle foreligger imidlertid ikke her, idet den tid som her er hengått mellem lovens ikrafttreden og kommunestyrets beslutning, ikke kan sies å ha vært urimelig lang, når hensyn tas til at det jo vil være det almindelige at et kommunestyre vil ha grunn til å undersøke, hvorledes leieforholdene i det hele ligger an på vedkommende sted før det treffer sin beslutning.»

*Virkningen av at en lov ikke stemmer med § 97.*

I. Siden det er tanken at § 97 skal være en effektiv skranke for lovgivningsmakten — om dette oprinnelig var meningen kan i denne forbindelse stå hen — er det naturlig å gå ut fra

---

<sup>1</sup> Jfr. A u g d a h l s. 388.



at hvis en lov ikke holder sig innenfor de rette skranker, blir den forsåvidt uvirksom, eller om man heller vil, ugyldig. «Jeg mener» sa justitiarius S c h e e l i Rt. 1920 s. 497, «at den naturlige følge av at der er gitt en lov i strid med forbud i grunnloven må være den at vedkommende lovbestemmelse blir ugyldig på samme måte som en regel som er fastslått av kongen eller noen annen statsmyndighet må bli ugyldig, såfremt den ikke har hjemmel i lov».

Forsåvidt angår rent økonomiske rettigheter, kan setningen imidlertid ikke oprettholdes uavkortet. Her gjelder nemlig tilbakevirkningsforbudet bare med den vesentlige modifikasjon at det ikke blir betalt erstatning for inngrepet. Og da er det et nærliggende spørsmål om man ikke bør innskrenke sig til å pålegge staten erstatningsplikt, hvis lovgivningen har gått § 97 for nær — akkurat som man ikke lar en ekspropriasjonslov gå helt overende fordi om den fikserer erstatningen for snau, men lar domstolene tilkjenne eksproprianten det som mangler på at kravet i § 105 om full erstatning er stillet tilfreds.

II. Som så mange andre steder i læren om § 97 står meningene om dette spørsmålet skarpt mot hverandre.

På den ene ytterfløien finner en regjeringsadvokat J o h s. B e r g h. I en artikkel i Rt. 1893 s. 337 gjør han gjeldende at en tilbakevirkende lov alltid må settes til side, hvis den ikke uttrykkelig er formet som en ekspropriasjonslov, og erstatningen dessuten er bestemt og utbetalt på forhånd. Fullt så langt går ikke P e r A u g d a h l. (T. f. R. 1938 s. 399 ff.) Men også efter hans mening må ugyldighet bli den alt overveiende følgen av tilbakevirkningen, idet den bare kan undgås ved at loven har gitt uttrykkelig tilsagn om erstatning til dem som blir rammet av den.

Det andre ytterstandpunktet representeres av U r b y e i Rt. 1918 s. 257 og efter ham av M i k a e l H. L i e i Dok. nr. 13 s. 59 ff.: «Når der handles om formuerettigheter som kunde vært ekspropriert», sier Urbye, «må den som mener at en ny lov anvendt overfor ham vilde gjøre et grunnlovstridig inngrep i noen ham tilkommende rettighet, bøie sig for loven, men ha adgang til gjennom civilt erstatningssøksmål å få avgjort om noen ham tilkommende rett er krenket». En annen lære vilde efter Urbyes

og Lies mening være betenkelig, idet den svekker respekten for lovene og for lovgivningsmakten.

Den almindelige mening er imidlertid at man bør gå en mellomvei, og ikke sverge til noen av disse ytterstandpunktene. Denne opfatningen er første gang gjort gjeldende av *Morgenstjerne* i et svar til Johs. Bergh i Rt. 1893 s. 737 og senere fastholdt i Statsforfatningsretten. I det vesentlige har også *Castberg* sluttet sig til den. Kjernen i deres lære er at det til en viss grad må komme an på den tilbakevirkende loven selv, hvilken virkning det skal ha at den ikke kan gjennomføres uten å komme i konflikt med grl. § 97. I almindelighet vil det være rimelig å tillegge loven virkning efter sitt innhold, idet man forbeholder den krenkede å kreve erstatning av staten. Men når det «fremgår som lovgiverens vilje av lovens ord eller premisser at lovreglen ikke blir å gjennomføre hvis det viser sig at dette vil medføre en erstatningsplikt for staten» (*Morgenstjerne* s. 399), kan en ikke holde dette standpunktet fast, men må ubetinget erklære loven for ugyldig.<sup>1</sup>

III. Jeg er i hovedsaken enig med *Morgenstjerne* og *Castberg*. Men da spørsmålet er viktig, og da dette standpunktet nylig er blitt voldsomt angrepet av *Augdahl* l. c. skal jeg begrunne det noe nærmere enn jeg ellers vilde ha gjort.

1. Her som når det gjelder innholdet av § 97 må en ta saken praktisk og realistisk, og søke å bestemme rettsvirkningene av paragrafen sånn at de på den ene siden gir borgerne effektivt vern mot tilbakevirkning, men på den annen side ikke blir mere generende for staten enn nødvendig. Å anskue dette vanskelige utligningsspørsmålet under deliktmessige synspunkter, og trekke «logiske» konsekvenser herav vilde efter min mening være så uheldig som vel mulig.<sup>2</sup>

2. Hvis den tilbakevirkende loven uttrykkelig har sagt at de som rammes skal ha erstatning, er saken klar, og forholdet til grunnloven i orden.

På den annen side vil de aller fleste være enig i at når det

---

<sup>1</sup> Urbyes bemerkninger på siste tredjedelen av s. 260 gjør det kanskje tvilsomt om han i virkeligheten er uenig med *Morgenstjerne*.

<sup>2</sup> Jeg står derfor helt fremmed overfor *Augdahl*s behandling av spørsmålet.

står uttrykkelig i loven at erstatning ikke skal svares, må domstolene ubetinget erklære loven for ugyldig, hvis de finner at uten sånn erstatning er den i strid med grunnloven.<sup>1</sup>

Men det kan heller ikke være loven forment å innta et tredje standpunkt, og si at den ubetinget skal gjennomføres, og at de som skades ved den skal få erstatning, i den utstrekning domstolene måtte finne det nødvendig for å få loven til å stemme med § 97. Så flytende og skjønsmessige grenser som denne bestemmelsen trekker, kan det klarligvis være av stor interesse for staten å kunne gå frem på denne måten, for ikke å risikere å tilsi erstatning i utide.<sup>2</sup> Og skjønt det naturligvis er generende for en rettighetshaver å være henvist til å søke sin rett gjennom søksmål, kan ikke dette være nok til å stemple loven som så hensynsløs og urettferdig at grunnloven kan påkalles mot dette. Det er jo bare virkelige «overgrep» § 97 yder beskyttelse mot.<sup>3</sup>

At det ikke kan være grunnlovstridig å ordne sig sånn har de fleste også gått ut fra som selvsagt. «I tilfelle hvor det er tvilsomt om en lov vil gripe forstyrrende inn i enkelte borgeres formuesrettigheter, må lovgivningen uten å støte an mot grunnloven kunne i loven innta den bestemmelse at hvis loven finnes å være av sånn beskaffenhet forbeholdes der dem der finnes ved lovens forskrifter å lide tap av formuerettigheter, erstatning av det offentlige» sier førstvoterende i Rt. 1895 s. 297, uten å møte motsigelse. Og da lov av 7. juni 1917 om forandringer i brennevinslovgivningen gjorde alvor av dette, ved å bestemme at de

---

<sup>1</sup> Jfr. *Morgenstjerne* i Rt. 1893 s. 743: «Lovgiveren kan naturligvis også gi en lovbestemmelse den begrensning at den alene skal gjelde, såfremt den faller utenfor hine beskyttelsesområder, således at derved ingen utgift av heromhandlede art forvoldes statskassen.»

<sup>2</sup> *A u g d a h l* innvender mot dette (s. 404 n. l.) at det ikke er noen grunn til å verne staten mot denne muligheten, fordi det er rimelig at det betales erstatning for et inngrep lenge før man når den grensen som § 97 trekker. Sånn kan nok stillingen være. Men sandelig kan situasjonen også være den at det likefrem er en plikt for staten å skjære så langt inn på de bestående rettighetene som grunnloven overhodet gir anledning til.

<sup>3</sup> Under henvisning til en uttalelse i *Thamssaken* hevder *Augdahl* derimot at «bare den ting å henvise den krenkede til å måtte tvinge sig frem til erstatning ved å saksøke staten, er i strid med de mest elementære hensyn til rettferdighet» I. c. s. 405.

som måtte sitte med grunnlovsbeskyttede rettigheter skulde ha erstatning for det inngrepet som loven gjorde, var det ingen som hevdet at en sãnn lovbestemmelse måtte være ugyldig.<sup>1</sup>

3. Imidlertid hører det til de store sjeldenheter at en lov tar uttrykkelig stilling til spørsmålet. Som regel sies det ikke et ord om hvordan det skal forholdes, hvis loven måtte finnes å ha gått § 97 for nær. Forklaringen kan enten være at man overhodet ikke har vært opmerksom på saken, eller har ansett grunnlovsmessigheten for oplagt, eller at man ikke har villet provosere frem spørsmålet ved å peke på det i selve loven. Fra flere synspunkter er det ganske visst ønskelig om loven kunde si uttrykkelig hvordan den skal forstås; men som nettop sagt kan det være undskyldelig og forståelig at den ikke har gjort det, og noe grunnlovskrav i motsatt retning kan en iallfall ikke stille op.

Ut fra den innstillingen til spørsmålet som vi beskrev et par sider foran (s. 171) ligger det da nær å slutte som den «herskende teori» har gjort: Man får søke å tolke lovens tanke og hensikt, for å finne ut om den bare tillegger sig virkning hvis den kan gjennomføres uten erstatning, eller om den vil gjelde ubetinget selv om staten må svare skadebot til den som rammes. Bare hvis en sãnn løsning vil påføre borgerne så stor risiko og ulempe at det ikke stemmer med det rettferdskravet som ligger gjemt i § 97, kan dette standpunktet — som åpenbart er det lempeligste for staten — forkastes.

For å løse dette tolkningsspørsmålet er det neppe riktig å opstille noen formodning om at en lov «i almindelighet må forstås således at den under enhver omstendighet skal bringes i anvendelse, og at det blir domstolenes sak å avgjøre om noen i anledning av loven med hjemmel av grl. § 97 kan gjøre erstatningskrav gjeldende». (M o r g e n s t i e r n e s. 399.) Dertil er forholdene for uensartet, og de momentene som kommer i betraktning for mange. I noen tilfelle er således den motsatte løsningen den eneste rimelige, f. eks. når det dreier sig om tilbakevirkende skattelover, arveavgiftslover, tollover o. s. v. Gjelder det lover om brann- eller sunnhetsvesenet, fredningslover e. l. som tar direkte sikte på samfundets trygghet og velferd, er stillingen regelmessig den

<sup>1</sup> Jeg forstår ikke A u g d a h l s moralske indigasjon over denne loven, og er heller ikke enig i den måten han omskriver dens innhold på.

motsatte. Justitiarius *Scheel* sier i Rt. 1920 s. 499 at det også kan være grunn til å se forskjellig på lover som «ophever eller innvirker på bestående rettigheter på en ekspropriasjonsartet måte», og de som direkte «pålegger borgerne utbetaling av penger». Et særlig betydningsfullt moment synes det endelig å være hvem inngrepet skjer til fordel for, staten, eller privatfolk. Hvis det nemlig ikke er staten eller almenheten som har fordel av inngrepet, er det på forhånd mindre sannsynlig at det er sånn om å gjøre å gjennomføre reguleringen, at staten eventuelt er villig til å betale gildet av sin egen pung. Ikke minst når det gjelder inngrep i kontraktsforhold har denne betraktningen vekt.

Men forbyr ikke hensynet til borgerne at man avgjør spørsmålet etter en sånn konkret tolkning av loven? Jo, sier *Augdahl* (s. 405): «Den krenkede vil nemlig — selv om han er på det rene med at loven vil bli ansett som grunnlovstridig — aldri kunne vite på forhånd hvad der vil bli resultatet av domstolenes gjetning<sup>1</sup> m. h. t. virkningen av grunnlovsbruddet. Undlater han å opfylle loven, risikerer han straff eller annet av en lovovertrædelse følgende ansvar, nemlig for tilfelle av at domstolenes gjetning går i retning av lovens gyldighet. Oppfyller han derimot loven og anlegger erstatningsøksmål mot staten, risikerer han at domstolene gjetter på ugyldighet og derfor avslår hans erstatningskrav under henvisning til at han ikke hadde behovet å etterkomme loven.»

Denne siste risiko bør borgerne sikkert være skånet for, i rettferdighetens navn. Velger en rettighetshaver å bøie sig for loven, idet han forbeholder sig sitt erstatningskrav etter grunnloven, bør han *a l l t i d* trenge gjennom med dette, selv om kanskje lovgiveren vilde ha foretrukket å legge loven på loftet, om han hadde forutsett en sånn mulighet. Den ulempen får lovgivningen finne sig i, når den ikke uttaler sig uttrykkelig om virkningen av eventuelle anstøt mot grl. § 97, og kan dette være en stimulans til å tale tydelig om saken, er det bare bra. De som tar det motsatte standpunkt, og nekter å bøie sig for loven løper derimot unektelig en viss risiko, forsåvidt som de kan bli straffet og få to prosesser på halsen istedenfor én. Men under hensyn til reglene om rettsmistak — ikke om selve grunnlovstriden, men

<sup>1</sup> I min terminologi: tolkning.

om hvad loven har tenkt sig skulde bli følgen av den — og til den kjennsgjerning at man kan undgå all risiko ved å bøie sig for loven og kreve skadebot, synes ikke disse ulempene større enn at folk efter omstendighetene får finne sig i dem. Det er jo ikke noen helt dagligdags foreteelse at borgerne setter sig op mot lovgivningsmakten under henvisning til grunnloven — og bør heller ikke være det.

IV. Ikke rettere enn jeg ser, gir rettspraksis nokså utvetydige vidnesbyrd om at domstolene ser på spørsmålet omtrent sånn som jeg har hevdet ovenfor.<sup>1</sup> I Rt. 1895 s. 297 — dommen om de bergenske bakerlaug — har Høiesterett uttrykkelig adoptert teorien, og denne dommen er særlig viktig, fordi spørsmålet nettop hadde vært drøftet så inngående i diskusjonen mellem Johs. Bergh og Morgenstjerne. I Thamssaken (Rt. 1909 s. 417, særlig 418—19) og i minoritetsvotumet i Rt. 1927 s. 1057 er også dette teoretiske synspunktet uttrykkelig formulert. Men ellers nøier Høiesterett sig som rimelig kan være med å gjøre konkret bruk av det i de sakene som melder sig. Og skjønt det naturligvis kan diskuteres om alle avgjørelsene er riktige og faller helt i tråd med hverandre, syns jeg alt i alt de lar sig forsvare svært godt.

For ikke å gå lenger tilbake enn til 1895 — dengang Morgenstiernes synspunkter fikk offisiell tilslutning av Høiesterett i dommen om de bergenske bakerlaug — har man for det første en rekke dommer, hvor en lov som strider mot § 97 er blitt erklært ugyldig uten videre, uten at noe annet alternativ egentlig synes å ha vært drøftet: Rt. 1910 s. 124 (inngrep i en næringsrett), s. 174 (tilbakevirkende regel om arveavgift), s. 181 (inngrep i næringsrett), 1924 s. 12 (tilbakevirkende skattelov), 1931 s. 865 (Moe-dommen, hvor en panthavers rett overfor en odelsløser blev regulert med tilbakevirkende kraft). At spørsmålet, om loven ikke burde erklæres gyldig mot erstatning overhodet ikke blev reist i disse sakene er meget forklarlig ut fra de synsmåtene vi utviklet foran.

I Thamssaken (Rt. 1909 s. 417) og i de to dommene om midlertidig forlengelse av eldre husmannskontrakter (Rt. 1927 s. 1057 og 1930 s. 1408) blev utfallet det samme, men her drøftet Høieste-

<sup>1</sup> A u g d a h l bedømmer praksis vesentlig anderledes. Han finner at domstolene har «vinglet i en likefrem utrolig grad» s. 406.

rett erstatningsalternativet og forkastet det uttrykkelig. Også disse dommene lar sig imidlertid lett forklare ut fra de tolkningssynspunktene som jeg har gjort gjeldende: Når en lov beskjerer panthaverens interesser til fordel for løsningsmannen, eller eierens til fordel for husmannen, er det sannsynlig den vilde betenkt sig på å gjøre det, hvis det i siste instans skulde bli statskassen som må betale fornøielsen.

Foruten dommen om de bergenske bakerlaug er det særlig Rt. 1920 s. 497 og Rt. 1927 s. 49 som har tatt det standpunkt at loven i alle tilfelle må lystres, sånn at det får bli en ny skål om den rammede har krav på erstatning. Den siste dommen — som angikk en fredningslov — har imidlertid ikke stort å si, fordi Høiesterett her fant at inngrepet var grunnlovsmessig, sånn at det i grunnen var overflødig å tilføie at selv om dette hadde stilt sig anderledes, måtte loven ha vært respektert. I 1920 gjaldt det en lov som gav krigsforliste sjømenn rett til større tilleggs-hyre enn før, selv om forliset alt var gjort op da den nye loven kom. Denne dommen kunde synes å bygge på at tilbakevirkende lover a l l t i d må lystres, selv om de måtte være aldri så grunnlovstridige. Men det er neppe grunn til å trekke den efter hårene i så måte. Å komme de krigsforliste sjøfolkene til hjelp var jo en så viktig statsoppgave, at det ikke var utenkelig at staten vilde ha loven gjennomført, selv om det blev den selv og ikke rederen som måtte betale i siste instans. Og hvad de tilsynelatende absolutte ordene angår er det interessant å se, at når det senere er henvist til dommen, går man gjerne ut fra at det var en konkret bedømmelse av loven og av situasjonen som førte retten til dens resultat. I sin dissens i Rt. 1927 s. 1057 (om forlengelsen av eldre husmannskontrakter) sier således dommerne *Broch, Dahl og Bugge* at «spesielt under hensyn til den absolute form som loven er gitt og dens karakter av beskyttelseslov finner vi at de synsmåter som ligger til grunn for høiesterettsdom i Rt. 1920 s. 497 også må finne anvendelse i nærværende sak».

## § 10.

**Litt rettspolitikk.**

Hittil har vi holdt oss til den positive rett og søkt å vise hvad det ligger av levende rettsinnhold i grl. § 97, og hvilke praktiske utslag den gir sig på enkelte viktige felter av retten. En rettsregel der griper så dypt inn i samfundslivet som denne bør man dog ikke forlate før det også er sagt noen ord om den lovgivningspolitiske siden av saken.

I. Det er ikke alle som er enig i at en grunnlov bør sette grenser for lovgivningsmakten for å verne borgernes frihet og rettigheter, og enda mindre rår det samstemmighet om den ordningen vi har hos oss, at domstolene skal prøve om grunnlovens bud er respektert. Men argumentene mot dette tar sig svært forskjellig ut, alt efter det utgangspunktet en tar.

1. Fra et diktatorsynspunkt er det klart at det er forkastelig å stille op et skille mellem grunnlov og lov. I den «autoritære» eller «totalitære» stat fins det bare en virkelig rettskilde: førerens vilje. Om mulig enda meningsløsere er det at domstolene skal kunne sette til side lover som føreren selv har gitt, eller som skriver sig fra organer som han har utrustet med lovgivningsmyndighet. I enevoldstatens øine er en sånn ordning det rene anarki, idet den betyr et fundamentalt brudd med den totalitære stats idé.

Da sånne synspunkter heldigvis er fremmede her i Norden, finner jeg det dog unødvendig å si noe mere om dem i denne forbindelse.

2. Men selv om man går ut fra vår egen, demokratiske rettstat, kan det reises visse anker mot domstolenes rett til å prøve om lovene stemmer med grunnloven.

Mange vil således holde dette for å være i strid med folkestyret. Det er folket som skal ha den høieste makt i staten, og det vilde være et skår i «husbondsretten» om domstolene kunde nekte å bruke de lovene som folkets ombudsmenn hadde vedtatt. Man kan nok holde fast at domsmakt er noe annet enn lovgivningsmakt, og at domstolene ikke går foran stortinget, fordi om de prøver grunnlovmessigheten av lover. All erfaring viser dog — har man sagt — at likevekten mellem de høieste statsorganer er labil, og at ett av dem alltid får hegemoniet. Og



mens dette i et virkelig folkestyre bør være lovgivningsmakten, blir det domstolene som tar ledelsen hvis prøvingsretten er anerkjent. Sånn mener mange det er gått i Amerika, hvor man har kalt styreformene for en «gouvernement des juges»,<sup>1</sup> i motsetning til det parlamentariske styresett som rår f. eks. i England og Frankrike.

En slik ordning, heter det videre, er også ytterst uheldig i saklig henseende. Når domstolene overveier om en lov virker tilbake, eller om borgerne er berøvet sin liberty eller property «without due process of law», er det efter manges mening ikke «judicial» spørsmål de står overfor, men lovgivningspolitiske. «Der kreves,» sa f. eks. Mikael Lie i sin tid, «en samlet vurdering av de momenter som efter lovgivningsmyndighetens opfatning bør være bestemmende — momenter av samfundsmessig art, hensyn til de interesserte individer og til tankegangen i lovgivningen på beslektede områder» (s. 57). Men sånne spørsmål har domstolene ingen særlige forutsetninger for å løse. Lovgivningsmakten har rikere erfaring og videre overblikk, og har dessuten tekniske hjelpere som kan gi spørsmålene en mere allsidig og inngående behandling enn domstolene kan. Nesten uimotståelig blir disse fristet til å «jussifisere» problemene, forvandle politiske spørsmål og interessevurderinger til juridiske tolkningsoppgaver, og dette er ikke til gagn for løsningen. I Amerika klager både Pound og Freund over at de fleste politiske problemer har utpreget tilbøielighet til å maskere sig som forfatnings spørsmål,<sup>2</sup> og den atmosfæren de flyttes over i på denne måten er ikke sunn for dem.<sup>3</sup> Det er dessuten aldri heldig at det i mange år hersker uvisshet om viktige lover gjelder eller ikke, fordi ingen kan si sikkert hvilken stilling Høiesterett vil ta når det kommer til stykke. Denne usikkerheten har gjort sig sterkt gjeldende i U. S. A. under reformlovgivningen fra de senere år. Da Høiesterett — mot manges formodning — hadde funnet det tilstedelig å gi en minste-

---

<sup>1</sup> Se særlig Lamberts bok med denne titelen.

<sup>2</sup> Lambert s. 209.

<sup>3</sup> Som en interessant parallell kan en minne om at både unionskampen og våre indrepolitiske maktkamper i forrige århundre gjerne tok form av juridiske tolknings spørsmål.

lønnslov for kvinner, advaret således ukebladet «The Nation» mot å stole for trygt på kursendringen: «Den liberale margin i lovgivningens favør som er vunnet ved dommene er ikke annet enn den margin som utgjøres av dommer R o b e r t s meget omskiftelige sinn, en lite solid knagg å henge sitt håp på.»<sup>1</sup>

Den alvorligste innvendingen mot domstolenes prøvingsrett er allikevel at den betyr en hindring for fremskritt og sosial utvikling, idet domstolene lett blir et slags k o n s e r v a t i v t o v e r h u s som kan holde folkeviljen i sjakk.<sup>2</sup> At domstolene er «la plus conservative des trois branches du gouvernement» går L a m b e r t ut fra som en almenyldig erfaringsetning, og han forklarer den ikke så meget ved dommernes sosiale rekruttering som ved deres særlige utdanning og metier. «Pour défendre l'ordre moral existant contre les défaillances et l'esprit de concession possibles des législateurs à venir», sier han (s. 222), «on ne saurait en effet, recourir à des gardiens plus vigilants et plus tenaces qui ne le sont les juges. Car les cours de justice reflètent la mentalité moyenne de la profession légale qui, en tous temps et en tous lieux, a toujours été la mentalité sociale la moins perméable aux ferments révolutionnaires ou même réformistes.» Dette er sterke ord, men helt blottet for sannhet er de neppe.

II. På den annen side ligger det store verdier i den ordningen som i decenniene har vært gjeldende rett her i Norge. At lovgivningsmakten ikke er allmektig, men må respektere visse skranker som er stillet den av hensyn til borgernes frihet og rettigheter, skaper ikke bare trygghet og sikkerhet for individet. Det er selve r e t t s t a n k e n som understrekes på denne måten — tanken om at også staten er bundet av retten, og at ikke alt som har statsmakten bak sig er sanne rettsregler, selv om de optrer i lovens form. Og når domstolene er satt til å prøve om lovene stemmer med grunnloven, er det også her rettstanken som gjør sig gjeldende: Når to lover strider med hverandre, er

<sup>1</sup> Schjelderup i T. f. R. 1937 s. 154.

<sup>2</sup> Lambert citerer en artikkel av Reed Powell i Journal of comparative legislation 1919, som ender sånn: «De forente Staters høiesterett er den amerikanske erstatningen for det britiske overhus. Den er forbundsforfatningens virkelige og eneste konservative annetkammer.»

det jo et rent rettspørsmål hvem av dem der skal vike, og saken står ikke anderledes fordi om den ene er en grunnlov, som i kraft av dette har krav på å gå foran. Selvsagt kan det bestemmes i forfatningen at spørsmålet allikevel skal være unddradd domstolene. Men det er en seir for rettstanken at det ikke er gjort.<sup>1</sup>

Den ordningen vi har er også i dypeste forstand liberal, idet den skaper en fredet sfære for borgerne som statsmakten ikke kan trenge inn i. Og den er videre demokratisk, for såvidt som alt sant demokrati må holde rettsprinsippet i ære, og ikke kan bestå i det lange løp, hvis man ikke respekterer de grenser rettstanken trekker og de grunnprinsippene den munner ut i. Det var derfor ikke noe tilfelle at domstolenes rett til å prøve lovers grunnlovsmessighet hadde så sterk medbør straks etter verdenskrigen, og blev slått fast i en rekke av de demokratiske forfatningene som dengang så dagens lys.<sup>2</sup> Og når vinden nå blåser i motsatt retning, er dette ikke bare uttrykk for reaksjonen mot liberalisme og demokrati, men også for den fornektelse av rettstanken som er et av de mest fremtredende trekk i tiden.

Denne sammenhengen må ikke glemmes, når en tar stilling til vår gjeldende rett. Og erfaringene fra den seneste tid tør dessuten ha godtgjort at det er en illusjon å tro at borgerne ikke lenger trenger vern mot statens overgrep, fordi rettskulturen er i stadig fremgang. Det er dessuten klart at problemet tar sig forskjellig ut, ettersom det er tale om å innføre prøvingsrett for domstolene, eller om å avskaffe en sånn rett som har mangeårig hevd. Derfor er det fullt forklarlig at Mikael Lie i sin tid tok avstand fra denne siste tanken, skjønt han ikke fant hjemmel for prøvingsretten i grunnloven, og heller ikke trodde den var anbefalelsesverdig i sig selv. «Gjalt det hos oss å innføre systemet,» sier han (s. 68), «vilde efter mitt skjønne de beste grunner tale imot. Anderledes står saken når det må erkjennes at setningen er inngått som en karakteristisk og betydningsfull del av vår rettsforfatning, og dermed optatt i den

<sup>1</sup> Forsåvidt er jeg ikke enig med Mikael Lie i at adgangen til å prøve grunnlovsmessigheten av lover er en «særskilt forfatningsfunksjon» som ligger utenfor den vanlige domsmyndighet, (s. 40).

<sup>2</sup> Se tillegg til Dokument nr. 13 s. 3—4.

almindelige rettsbevissthet. Der foreligger ingen nødvendighet for her å bruke kniven. Den nuværende ordning gir den almindelige mann en trygghetsfølelse som har sitt store folkepsykologiske verd uten hensyn til om den er mere eller mindre begrunnet i reale forhold.»

III. Om systemet med prøvingsrett skal bli til velsignelse eller ikke avhenger imidlertid av en hel rekke forskjellige faktorer i det land det er tale om, rettslige så vel som sosiale. Særlig er det to omstendigheter som står i forgrunnen: innholdet og formuleringen av de grunnlovsbudene det gjelder, og måten som domstolene praktiserer prøvingsretten på.

1. Den første betingelsen for at systemet skal virke godt er at sikkerhetsparagrafene i grunnloven er formet klokt og forsiktig, og fremfor alt ikke er så svevende og langtrekkende at de i en nidkjær dommerstands hender kan stanse hele lovgivningsapparatet. Tok man f. eks. menneskerettighetenes erklæring fra 1789 og satte domstolene til å håndheve dem, kunde resultatet lett bli betenkelig, og heller ikke Weimarforfatningens tallrike prinsipputtalelser egnet sig større til å etterprøves av domstolene. Et verdenshistorisk eksempel på langtrekkende beskyttelse er forfatningen i De forente Stater. Som nevnt i § 1 er det her ikke bare satt stopper for lover «impairing contracts», men også for dem som berøver borgerne «life, liberty and property without due process of law».

Her i Norge går grunnloven heldigvis ikke så langt. Når det gjelder formuerettslige rettigheter nøier den sig med et par fundamentale retts- og rettferdskrav som lovgivningen alltid skal respektere — § 105 som krever erstatning ved ekspropriasjon, og § 97 som forbyr tilbakevirkende lover. Og disse bestemmelsene går ikke lenger enn at de aller fleste vil være enig i dem, uansett politisk opfatning.

2. Men det er ikke nok at teksten i grunnloven holder måte. Det gjelder også at domstolene praktiserer den i samme ånd.

De må for det første ikke være for snare med å sette en lov til side som grunnlovstridig. Dette er jo en ganske alvorlig sak, all den stund det dreier sig om tiltak som de to andre statsmaktene er enige om, og som de kanskje har drøftet i det vide og brede før de gav dem endelig form. Lovgivningsmaktens

autoritet har ikke godt av for mange dommer i denne retning.<sup>1</sup> Det stemmer heller ikke med grunnlovens tanke at domstolene skal tre i gevær for den minste ubetydelighet; det er virkelige *o v e r g r e p* grunnloven har tenkt på og villet verne mot, ikke små «skjønnhetsfeil» som lovgivningen måtte gjøre sig skyldig i fra tid til annen.

Det er imidlertid ikke nok at domstolene håndhever sikringsparagrafene med takt og reservasjon. Skal ordningen virke efter sin hensikt må de heller ikke opfatte dem som stive og absolutte rettsregler, hvis innhold er fiksert en gang for alle, men mere som bøielige og tøielige prinsipper der kan føie sig efter forholdene og følge med sin tid. For ganske visst blir rettsanvendelsen usikrere på denne måten, fordi subjektive dommeropfatninger og vurderinger slipper lettere til. Men til gjengjeld vinner grunnlovsbudene en vitalitet og tilpassingsevne som de ikke kan undvære, hvis de skal kunne realisere sitt ideelle formål under skiftende forhold og tider, uten å hindre den bevegelsesfrihet som lovgivningsmakten har berettiget krav på.

Teoretisk uttrykkes denne erkjennelsen sånn at domstolene må være klar over at det er en *r e t t f e r d s t a n d a r d* de *a d m i n i s t r e r e r*. I praktisk henseende munner den ut i en rekke viktige enkeltkrav som dommerne må ha for øie når de gjør bruk av § 97: De må aldri ta paragrafen bokstavelig, og la grunnlovmessigheten avhenge av en rent filologisk undersøkelse av hvad ordet «tilbakevirkning» betyr. Aldri stivne i skjemaer og præjudikater, men huske at rettferdstandarden ikke er stasjonær, men preges av tiden og forholdene. Aldri la rent juridiske resonnementer få overvekten over de praktisk-økonomiske, og fremfor alt ikke tro at grunnloven har villet autorisere en bestemt politisk opfatning eller økonomisk teori som evig og almengyldig sannhet.

3. Hvis domstolene følger disse linjene, vil ankene mot § 97 og mot prøvingsretten miste størstedelen av sin kraft. Men hvis de ikke gjør det, beholder kritikken sin styrke, og da kan situasjonen lett utvikle sig i betenkelig retning.

Tar man § 97 strengt bokstavelig, kommer den nemlig lett

<sup>1</sup> Denne bemerkningen har ikke bare adresse til domstolene. Også stortinget bør selvsagt være engstelig for å gå grunnloven for nær.

til å sette bom for alt sosialt og økonomisk fremskrittssarbeide — særlig hvis domstolene ser på bestemmelsen med briller fra 1814, og holder den for å ha grunnlovfestet en ytterliggående individualistisk samfundsopfatning. I et folkestyrt land vil parlamentet imidlertid ha vanskelig for å finne sig i at et dommerkollegium stanser lovgivningsarbeidet på denne måten, og det danner sig lett en kløft mellom domsmakt og lovgivningsmakt som ikke er av det gode. Fra parlamentet vil misstemningen overfor domstolene bre sig utover i folket. Med rette eller urette blir dommernes holdning oppfattet og fremstillet som uttrykk for klassejustis og politisk reaksjon, og dette vil svekke tilliten til dem også på andre felter, og bidra til å undergrave hele rettsordningen. Hvis forholdet så varer ved, og det oven i kjøpet inntreffer en kritisk periode, hvor lovgivningsmakten føler sig tvunget til å handle mot domstolenes forståelse av grunnloven, blir spenningen ytterligere skjerpet, og før man vet ordet av det står man oppe i en akutt krise som på en eller annen måte må løses — innenfor rammen av gjeldende rett eller eventuelt utenfor denne.

4. Å belyse denne skildringen med eksempler fra norsk rettspraksis lar sig imidlertid — man får si heldigvis — ikke gjøre. Domstolene har nemlig aldri praktisert § 97 sånn som jeg ovenfor advaret mot, og de skjebnesvangre følgene av dette har vi derfor ikke fått syn for sagn for.

Både i teori og i praksis har det således vært samstemmighet om at domstolene må tenke sig godt om, før de setter lover til side. At dette ikke skal være noen dagligdags affære er også lov 25 juni 1926 om forandring i lovgivningen om Høiesterett vidnesbyrd om. Den sier nemlig i § 2, at hvis «tre eller flere av rettens medlemmer vil bygge avgjørelsen på at en bestemmelse i en lov — — — er i strid med grunnloven», skal spørsmålet behandles i plenum; en enkelt avdeling av retten kan således ikke lenger nekte å ta en lov til følge. Til denne ytre høitidelighet svarer også en indre forsiktighet. Alt *A s c h e h o u g*, som jo har hovedansvaret — eller hovedæren — for at domstolenes prøvingsrett er blitt anerkjent, sier om dette: «Domstolene bør derfor i så fall (nemlig når «spørsmålet om den gitte lovs grunnlovmessighet har vært gjenstand for en inntrengende drøftelse

av statsmaktene) ikke sette lovene til side, hvor de selv finner spørsmålet tvilsomt, likesom de overhodet alltid må være forsiktige dermed» (s. 368). Og hist og her i Høiestretts domspremisser finner en uttalelser i samme retning, eller som endog setter snevrere grenser for prøvingsretten enn Aschehoug. I den såkalte store konsesjonssak (Rt. 1918 s. 401) uttalte således dommer *B a c k e r* sin uttrykkelige tilslutning til Aschehoug. Og nåværende justitiarius *B e r g* sa med støtte av justitiarius *T h i n n*: «Den rettsopfatning som man med sikkerhet kan si har festnet sig går efter min mening ikke lenger enn til at domstolene har rett og plikt til ikke å håndheve eller anvende en lov som åpenbart eller utvilsomt strider mot grunnloven.» — Det tør være at denne siste uttalelsen er for kategorisk, likesom det vel i virkeligheten er umulig å presisere hvor påtagelig grunnlovkrenkelsen må være før domstolene har plikt til å gripe inn. Som uttrykk for den riktige innstillingen til spørsmålet har den imidlertid utvilsom verdi.<sup>1</sup>

Stort sett må det også sies at Høiestrett har vist adskillig forståelse for at § 97 både er smidig og utviklingsdyktig, så det heller ikke forsåvidt er lett å finne riktig rammende illustrasjoner til vår skildring av farene ved den motsatte tolkningen.

Derimot gir utviklingen i De forente Stater et godt bevis for at jeg ikke har malt fanden på veggen. I § 3 har vi gitt en

---

<sup>1</sup> Dette er også den riktige kjerne i den setningen en stundom støter på, at sikkerhetsforskriftene i grunnloven skal tolkes «strengt». Derimot må den, som vi har påvist foran, ikke forstås sånn at det er en strikte ordfortolkning det kommer an på.

Også i Danmark er det antatt i praksis at domstolene har rett til å sette grunnlovstridige lover tilside. Men karakteristisk for opfatningen innen Høiestrett er følgende uttalelse i en dom fra 1921, som handlet om gyldigheten av en leilendingslov av 14 april 1920: «Det kan ikke med den sikkerhet som måtte kreves for at domstolene skulde kunne tilsidesette bestemmelsene i en på grunnlov-messig måte vedtatt lov som grunnlovstridig statueres at eieren av festegodset ikke vil få full erstatning.»

Amerikansk rettspraksis gir ofte uttrykk for det samme. *J o h n M a r s h a l l* mente således i sin tid at «spørsmålet om en lov er ugyldig fordi den strider mot konstitusjonen er alltid et meget ømtålig spørsmål som sjelden — om noensinne — bør avgjøres i bekreftende retning, såsant det er tvilsomt.» (*L i e* s. 13). Og i nyere tid har bl. a. *H o l m e s* og *C a r d o z o* sagt noe lignende. (*S c h j e l d e r u p* s. 120 og 167.)

kort skisse av hvordan den har artet sig, og brukt dette som argument for at forskriften i § 97 er en standard, ingen bokstavelig rettsregel. Men for å få det fulle inntrykk av hvad den motsatte opfatningen kan føre til, er det nødvendig å supplere billedet i detaljene.

IV. Som nevnt i § 3 var det først omkring 1890 at den stive og bokstavelige tolkning av forfatningen vant frem til seir i Unionens Høyesterett. Før den tid hadde man tolket forfatningens garantiparagrafer med forsiktighet, og vært klar over at de hadde elastisk og «vital» karakter. Den nye retningen tok dem derimot strengt på ordet, og mente særlig at garantien for friheten gav borgerne en ubegrenset rett til å slutte kontrakter uten at lovgivningen la sig i det.<sup>1</sup> Som dommer *H o l m e s* stadig fremholdt i sine dissenser var det altså en ultraliberal økonomisk og politisk opfatning man anså for å være grunnlovfestet i De forente Stater. Ut fra den avsa Høyesterett en rekke dommer som satte effektiv stopper for nesten all sosiallovgivning, sånn som vi forlengst er fortrolig med den her i Europa. Noen av de viktigste avgjørelsene skal jeg gjengi:

I 1890 (*C h i k a g o - M i l w a u k e e* dommen) blev en lov erklært forfatningstridig, fordi den hadde satt tariff for jernbanebefordring. I 1897 underkjente man en lov som innskrenket kontraktfriheten ved å forby folk å forsikre sig hos assurandører som ikke opfylte de krav statens lover stilte (*A l l g e y e r v. L o u i s i a n a, L a m b e r t* s. 48—49).<sup>2</sup> *L o c h n e r* dommen fra 1904 stempler det som grunnlovstridig å gi en lov om 10-timers maksimalarbeidsdag i bakerier.<sup>3</sup> I *A d a i r*-saken (1907) blev en kongresslov kjent ugyldig, fordi den hadde forbudt arbeidsgiverne å gjøre forskjell på organiserte og ikke-organiserte arbeidere. I *v e s* dommen (1911) underkjente en lov om tvungen ulykkesforsikring for arbeidere.<sup>4</sup> *A d k i n s-*

<sup>1</sup> Se eksempelvis citatet av dommer *P e c k h a m* foran på s. 71.

<sup>2</sup> Alt i 1886 hadde Pennsylvanias høyesterett erklært det stridende mot kontraktfriheten å forby «truck-systemet» i arbeidsleieforhold. (*L a m b e r t* s. 70).

<sup>3</sup> I *M u l l e r - O r e g o n* saken fra 1908 blev derimot en lov om 10 timers arbeidsdag for kvinner oprettholdt.

<sup>4</sup> Her var det ikke Unionens høyesterett, men høyesterett i New York som hadde ordet.



*Childrens Hospital* dommen (1922) erklærte det grunnlovstridig å påby minstelønn for kvinnearbeide; Amerikas kvinner hadde forfatningsmessig rett til å forlange så lav arbeidslønn de vilde.

Her i Europa vakte disse dommene forbauselse, men de følelsene de løste ut i Amerika var — som en kan tenke sig — av en noe annen art. Alle fremskrittvenner vendte sig med forbitrelse mot Unionens høyesterett, som blev beskyldt for å ha tatt et rent reaksjonært standpunkt og lagt sig i veien for den mest påtrengende sosiale lovgivning. I arbeidermassenes øine kom domstolene snart til å stå ansvarlig for all sosial nød og for den dårlige organisasjon av samfundslivet (*L a m b e r t s.* 92). Og denne fiendtlige stemningen vendte sig snart også mot lovene, og steg til en almindelig uvilje mot lov og rett, og mistro til alle som hadde noe med dem å gjøre.<sup>1</sup> At dette var et stort samfundsonde kunde ingen være blind for. Og for å fjerne årsaken til det foreslo man det ene botemidlet efter det annet. Omkring 1910 innførte således et par av enkeltstatene noe som kaltes «recall», og som gikk ut på, at dommere kunde miste sitt mandat før tiden, hvis et visst antall av borgerne begjærte det, og det fikk flertall ved et almindelig valg. På denne måten håpet man å hindre at dommene i utide gikk på tvers av folkemeningen. En sånn institusjon var dog så åpenbart uheldig fra et rettstandpunkt sett, at de aller fleste ledende jurister optrådte mot den, og bevegelsen stanset snart op. I stedet foreslo man å åpne adgang til folkeavstemning, hvis domstolene hadde erklært en lov for å være forfatningstridig. Dette var således et av hovedpunktene i *Theodore Roosevelts* valgprogram i 1912. Men heller ikke dette forslaget var ideelt — og særlig ikke lett å praktisere — og alt blev ved det gamle.

Gjennem den nuværende *Roosevelts* omfattende reformlovgivning blev motsetningen mellem lovgivningsmakt og domstoler ytterligere skjerpet, og tilspisset sig snart til en virkelig forfatningskrise som nesten hadde revolusjonær karakter. Den økonomiske krisen som Statene hadde gjennomgått fra 1929 hadde nemlig ført til en nyordning av næringslivet i «plan-

<sup>1</sup> At denne stemningen ennå ikke har fortatt sig helt, er dessverre en kjensgjerning.

økonomien»s tegn, og det måtte være klart for alle, at hvis Høiesterrekt skulde følge sine gamle linjer vilde dette reformarbeidet bli kjørt uhjelpelig i grøften. De første dommene som falt lovet imidlertid bra, og syntes å vise at Høiesterrekt var klar over at ekstraordinære tider krevet ekstraordinære tiltak. I 1934 blev således det 14. amendment forgjeves ført i marken mot en moratorielov for farmere i staten Missouri, og likedan gikk det i *Nebbia - New York* saken, hvor det gjaldt en lov om avgift på melkeforsyningen (*Schjelderup* s. 146). Også gullklausuldommene — som vi allerede har gjort nokså inngående rede for<sup>1</sup> — pekte avgjort i samme retning. Men så kom det slag i slag en rekke dommer som gikk Roosevelt imot. *Schechter* dommen (som for øvrig ikke direkte angår det emnet vi behandler) erklærte enstemmig hans National Industrial Recovery Act ugyldig, fordi den gav administrasjonen større adgang til å gi materielle lover enn sunde delegasjonsprinsipper kunde forsvare. Samme skjebne ramte «The Railroad Pensions Act» av 1934, som påla alle jernbanene å opprette et felles pensjonsfond for å hindre at funksjonærene kom på bar bakke, hvis et enkelt selskap gikk konkurs. Dette fant flertallet i Høiesterrekt grunnlovstridig, bl. a. fordi man berøvet de velsituerte selskapene deres eiendom uten «due process of law». Andre lover som blev underkjent gjaldt et 5-årige moratorium for farmere, adgang til å ordne arbeidsforholdene i kullindustrien, til å regulere omsetningen av landbruksprodukter gjennom avgiftspålegg og tilskudd, og så til slutt — i *Tipaldo* dommen av mai 1936 — en lov om minstelønn for kvinner.

Den 5 februar 1937 meddelte så Roosevelt kongressen at han fant det nødvendig å gå til inngripende endringer av rettsvesenet i Amerika. Hans viktigste forslag var at det skulde åpnes adgang til å utnevne inntil 6 nye høiesterrektssdommere. At hensikten var å bryte Høiesterrektts motstand mot reformlovgivningen la Roosevelt ikke skjul på. Forslaget blev møtt med et ramaskrik fra republikanernes side, og selv blandt Roosevelts egne partifeller var meningene delte. Fra et rettstandpunkt sett måtte nemlig et sånt skritt stå som ytterst betenkelig,

---

<sup>1</sup> Mangler; se tillegget III.

og bare som et siste nødmiddel i en farlig, revolusjonær situasjon kunde man gi sin tilslutning til det. Imidlertid vilde skjebnen at spørsmålet ikke kom helt på spissen. For midt under den voldsomme diskusjon som det gav anledning til, foregikk det en påtagelig endring i Høiesteretts praksis, sånn at argumentene i forslaget favør mistet adskillig av sin brodd. Den 27 mars blev det slått fast at det ikke var grunnlovstridig å pålegge jernbaneselskaper plikt til å forhandle med fagorganisasjonen (Virginia Railroad Cosaken), og heller ikke at farmerne fikk visse lettelser under gjeldsinndrivelsen. Samme dag blev en lov om minstelønn for kvinner oprettholdt av Høiesterett, i direkte strid med den 11 måneder gamle Tipaldodommen. Enda større betydning hadde dog dommene av 12 april om «The Wagner Act» som tok sikte på å hindre «unfair labour practice» fra arbeidsgivernes side, bl. a. ved å gjøre forskjell mellom organiserte og uorganiserte arbeidere og ved å bruke kontraktfriheten som kampmiddel mot organisasjonen og organisasjonstanken. Denne loven var blitt angrepet både fordi den grep inn på enkeltstatenes område, og fordi den stred mot arbeidsgivernes kontraktfrihet, men med 5 mot 4 stemmer blev den oprettholdt. Måneden etter kom det enda et par viktige dommer i Roosevelts favør, idet Høiesterett forkastet påstanden om at det var grunnlovstridig å innføre arbeidsledighetstrygd og alderstrygd i Unionen. Disse dommene blev mottatt med lettelse av storparten av det amerikanske folk, og førte til sånn avspenning at Roosevelts «attentat på Høiesterett» gled ut av praktisk politikk. Hvor dyptgående og varig den er, den svingningen som Høiesterett foretok i den 12. time, er det dog ennå for tidlig å ha noen sikker mening om.

V. Men har da utviklingen i U. S. A. noe bud til oss? I Norge er det jo ingen som har drømt om å strekke § 97 så langt som domstolene har tøiet forfatningen i Amerika, og om det der truet med å ende med forferdelse, hvad beviser dette for Norges vedkommende?

Det er naturligvis riktig at de fleste av de dommene som stanset sosiallovgivningen i U. S. A. ikke vilde ha vært tenkelige her i Norge. Det kan ha mange årsaker. Som vi flere ganger har sagt går sikkerhetsparagrafene i U. S. A. meget lenger enn §§ 97 og 105, og frister sterkere til ekstreme tolkninger i en ytterlig-

gående konservatismes tegn. Mange av dommene støtter sig også til forfatningsbestemmelser som vi ikke har paralleller til, og som tar sikte på å verge enkeltstatenes selvstendighet mot overgrep fra forbundslovgivningens side. Det har nok også hatt sin betydning at dommentaliteten er forskjellig, idet domstolenes innstilling til lovene og til lovgivningsmakten ikke er den samme som her i landet. Engelske og amerikanske jurister anser fremdeles den gamle præjudikatbestemte common law for den naturlige og prinsipale rettskilden, mens lovene nesten betraktes som parvenyer, der trenger sig inn på områder hvor de egentlig ikke har noe å gjøre. Denne opfatningen bidrar case-dyrkelsen til å holde liv i, og det samme gjør rettsundervisningen, hvor studiet av præjudikater spiller en hovedrolle, mens lovene trer i bakgrunnen. På mange måter gjør denne mentaliteten sig gjeldende. Det er således slett ikke sjelden at når lovgivningen søker å reformere common law strander forsøket på domstolene, som blidt men bestemt tolker lovene sånn, som det ikke var meningen å gjøre brudd på hevdvunnen sedvanerett.<sup>1</sup> Og den samme innstillingen har sikkert virket med, når domstolene har følt sig kallet til å øve så nærgående censur overfor lovene som de til sine tider har gjort.

På tross av alt dette er utviklingen i De forente stater meget lærerik for oss nordmenn. Selv om formen er forskjellig, har jo garantibestemmelsene i forfatningen samme praktiske formål og karakter, og på begge sider av Atlanterhavet kan de tolkes på to måter: Enten som stive og absolutte rettsregler der en gang for alle søker å sette mur for lovgivningen, eller som smidige og utviklingsdyktige standarder der prøver å realisere rettferds-tanken i forholdet mellom staten og borgerne under vekslende

---

<sup>1</sup> Et godt eksempel på sånn «construction» er Shermanlovens skjebne. Denne loven, som blev vedtatt i 1890, tok sikte på å ramme truster og karteller, idet den blankt erklærte alle sånne avtaler og sammenslutninger for å være ugyldige. Ifølge common law kom det derimot an på om de var «reasonable» eller ikke. I praksis hadde imidlertid forbudet i Shermanloven vanskelig for å trengje gjennom, og i 1911 erklærte Høiesterett i Standard Oil saken at man måtte forstå loven sånn at det bare var de u r i m e l i g e sammenslutningene og avtalene den vilde tillivs — m. a. o. at den ikke hadde tenkt å røre ved eldre, common law. Men at det nettop var dette lovgivningen hadde eslet sig til, var ikke tvilsomt. (L a m b e r t 140 ff.).

tider og samfundsforhold. Med likefrem plastisk anskuelighet viser utviklingen i U. S. A. hvad de to mulighetene fører til: Så lenge man var klar over standardkarakteren og tolket forfatningsbestemmelsene i samhøve med dette, gikk alt fredelig og rolig for sig. Men da den andre opfatningen vant flertall i Høiesterett, og blev praktisert i en årrekke med ytterliggående konsekvens, skiftet billedet. Efterat uerstattelige rettsverdier var gått tapt og den sosiale bitterhet stadig skjerpert, blev stillingen til slutt så uholdbar, at den annen statsmakt følte sig tvunget til å true med skritt som heller ikke hører til de dagligdagse, og som ikke var egnet til å styrke rettstanken og domstolenes autoritet. Når eksplosjonen allikevel uteblev, var hovedårsaken sikkert at situasjonen undergikk en avspenning i siste øieblikk, idet Høiesterett stakk fingeren i jorden og vendte tilbake til sitt opprinnelige syn på sikkerhetsbestemmelsene i forfatningen.

Når dette eksemplet er så opplysende for oss nordmenn, skyldes det de perspektivene det åpner. For ganske visst er ikke § 97 et så tjenlig middel til å sabotere sosialt fremskrittsarbeide som due process klausulen er; men praktiseres den tilstrekkelig stivbent og bokstavelig, og av dommere som er tilstrekkelig døvhørte for rettsutviklingens krav, rummer nok også § 97 adskillige muligheter i så måte. Tolkingsanvisningene i den «klassiske» statsrettsteori taler her sitt tydelige sprog, og ikke mindre uttrykksfulle er dissensene i konsesjonssakene og husleiereguleringssakene, for å nevne noen særlig celebre eksempler.<sup>1</sup> Og hvis mulighetene gikk over til virkelighet, ved at Høiesterett begynte å tolke § 97 som en absolutt og ubevegelig rettsregel, vilde det sikkert få samme skjebnesvangre følger som i Amerika. Kom man så dertil op i en situasjon hvor det virkelig røinet på, sånn at lovgivningsmakten krevet bevegelsesfrihet med selvopholdelsesdriftens hele styrke, vilde også vi komme op i samme revolusjonære situasjon som U. S. A. var i for noen år siden. I en sånn konflikt vilde domstolene sikkert trekke det korteste strå, hvis de ikke bøide av i tide som amerikanerne gjorde. Kreftene på den andre siden er nemlig, når alt kommer til alt, så meget sterkere at de ikke lar sig stanse i

<sup>1</sup> Dommene i Moe-saken og i sakene om forlengelse av husmannskontraktene kunde også nevnes i samme forbindelse.

det lange løp.<sup>1</sup> På en eller annen måte skaffer de sig nok avløp — selv om det skal skje på siden av gjeldende rett, eller i likefrem strid med denne. Og skulde man komme dit hen, vilde det ikke bare være § 97 og domstolenes prøvingsrett som røk i luften, men selve rettstanken og rettsordningen vilde ha fått en knekk, som det i beste fall tok tid å reparere.

En sånn mulighet vil vel alle være enig i å be oss skånet for. Og det er ikke minst med tanke på den at jeg også av lovgivningspolitiske grunner anser det så viktig at § 97 blir opfattet og behandlet som en standard. Dette vil neppe møte motsigelse fra dem som er tilhengere av fremskritt, men samtidig har øie for de verdier som sikkerhetsparagrafene i grunnloven representerer. Men også fra et mere «samfundsbevarende» synspunkt må en komme til samme resultat — eller rettere sagt da blir det nesten enda klarere at denne tolkningen er den riktige. I stillestående, «normale» tider er det riktignok forståelig at en konservativ borger finner det sikrest å begrense statens maktfullkommenhet så absolutt og snevert som mulig — skjønt man efter min mening må være nokså nærsynt for ikke å opdage de sosiale og rettslige ulempene ved en sånn ordning. Men er samfundet i gjæring og vekst står saken anderledes, for ikke å snakke om i veritable krisetider, hvor statens trygghet eller eksistens er truet. Hvis sikkerhetsparagrafene da skal kunne hevde sin stilling som del av vår gjeldende rett, og uten at samfundet utsettes for skjebnesvangre rystelser, er det ikke bare hensiktsmessig å opfatte dem som standarder, men likefrem *n ø d v e n d i g*.

I sånne tider kunde man nesten fristes til å si om standardteorien hvad *V o l t a i r e* sa om Vårherre, hvis tilværelse han for øvrig mente å ha ført avgjørende beviser for: Skulde han allikevel ikke eksistere, på tross av alle de gode argumentene, måtte man snarest opfinne ham — for verdensordningens skyld.

---

<sup>1</sup> *M i k a e l L i e* slutter sitt skrift om domstolene og grunnloven med følgende advarsel: «Skulde derimot § 97 bli oprettholdt, og vår praksis i alt vesentlig følge den forståelse av bestemmelsene i §§ 97 og 105 som nyere retts-teori gir anvisning på, vilde det føre til innskrenkninger i lovgivningsmyndighetens virkeevne som vilde være i strid med den folkelige rettsbevissthet i vårt land. Og dermed vilde systemet være dømt.»

# Ikke-bruk av rett, særlig av åndsrettigheter.

§ 1.

## **Domspraksis.**

I. Det var engang en mann som eide en sjøbu. I strid med retten hans hadde Oslo — eller som byen dengang het Christiania — kommune bygget om en brygge. Eieren så på bryggen i 10 år uten å protestere, men da anla han sak for å få den gamle tilstand gjenoprettet. Ved HRD. i Rt. 1893 s. 481 blev påstanden imidlertid avvist: «Det er efter min mening en naturlig regel,» sa førstvoterende, «at i et tilfelle som det foreliggende den der mener sig forurettet, for å kunne fordre fullstendig omgjørelse av det som er passert, må gjøre reklame innen en viss rimelig tid. I og for sig derved at en viss tilstand varer en lengere tid, får den efter min mening fordring på en viss fasthet, og når man efterat der er hengått en sånn lengere tid krever en forandring, vil dette alltid lede til større ulemper enn om kravet var fremsatt med det samme» (in casu var det omtrent umulig å få ført forholdet tilbake igjen). — Skadebot måtte eieren av bua derimot få, idet hans taushet ikke kunde «tillegges så stor betydning at han ved den skulde ha fraskrevet sig rett til erstatning. Det forekommer mig forat man skulde gå inn på en sånn betraktning som at der forelå en stilltiende vedtagelse, måtte der komme noe mere og spesielt noe mere positivt enn hans blotte og bare taushet». 3 dommere voterte dog for at man også burde ta dette skritt, idet den lange passiviteten gav byen rett til å gå ut fra at eieren samtykket i det som var skjedd.

Denne dommen er et godt eksempel på at man kan risikere å miste eller svekke sin rett ved ikke

å bruke den i tide,<sup>1</sup> selv om det ikke akkurat fins noen positiv lovbestemmelse som forholdet kan føres inn under. Og det er så langt fra den eneste avgjørelsen hvor domstolene har bygget på et sånt resonnement. Fra hundreårskiftet og fremover<sup>2</sup> fins det en lang rekke dommer som har gjort det samme, og noen av dem skal jeg gjengi i det følgende:

1. Rt. 1902 s. 641: En mann gikk i gang med å bygge uten å varsle naboen efter nabol. § 3, og kom til å bygge litt inn på grannegrunden. Eieren blev opmerksom på saken før muringen begynte, men foretok sig ikke noe, og bygget senere helt inn til grannehuset. Da dette så var ferdig krevet han det revet, medmindre han fikk 5000 kr. i «erstatning». I underretten blev kravet tatt til følge, men Høiesterett avviste det enstemmig. Retten fremhevet at det hadde vært eierens plikt å «underrette byggherren eller den byggmester der forestod byggearbeidet om den begåtte feil, mens der ennu var lett adgang til å rette den. Og når han forsømmer dette, finner man at han i en så vesentlig grad selv har skyld i det skjedde, at han ikke kan ha krav på erstatning for den skade som han selv med letthet kunde ha avverget. Heller ikke antas han under disse omstendigheter — uansett naboens forsømmelse av å iaktta bestemmelsen i nabol. § 3 — å kunne kreve den kostbare bygnings nedrivelse. Herom bør det så meget mindre være spørsmål som han, der selv har opført sitt hus like inn til appellants, nå ingen legitim interesse kan ha av å få den påbyggede strimmel av tomten ryddiggjort.» Ikke engang dobbelt ulempeerstatning efter nabol. § 8 vilde retten ha gitt ham: «Det meste som han under de foreliggende omstendigheter kunde kreve måtte være godtgjørelse for hvad bebyggelsen av den påbebyggede strimmel var verd for appellanten.» Men da denne hadde vært villig til å utrede den dobbelte ulempeerstatningen, måtte dommen gå ut på dette.

Rt. 1905 s. 235: Bergens kommune hadde laget kai på et

---

<sup>1</sup> Sånn som jeg oppfatter innholdet av subjektive rettigheter, kan «Ikke-bruken» av dem bestå i to ting: Enten utøver ikke rettighetshaveren den rådig-heten retten gir anledning til, eller han lar være å protestere når andre trenger inn på hans enemerker.

<sup>2</sup> Så man godt efter i «Rettstidende», vilde man sikkert også finne eldre dommer som er utslag av samme tankegang.



sted hvor A. hadde rett til å sette båtene sine på land. A. forlangte skadebot og endring av kaien, men kommunen blev frifunnet for begge kravene. Førstvoterende antok at A. «ved den måte, hvorpå han har forholdt sig under kaiens opførelse, har forspilt sin rett til å forlange adkomst for sine båter. A. har nemlig selvfølgelig den hele tid visst om at kaien blev opført, og sett arbeidet skride frem inntil det var ferdig; og det er ikke, efter hvad det foreligger, fra A.'s side fremsatt noen som helst protest mot arbeidets utførelse, eller noen som helst forestilling om at kaien måtte innrettes anderledes enn det skjedde. Først efterat alt var ferdig fremkommer der fordring på en sådan forandring, at A. skal kunne anlegge en brygge hvor han kan legge til med sine båter. Ved å forholde sig på denne måte har han forspilt sin adgang til å forlange at der nå skal gjøres forandring med kaien, at den nå delvis skal nedrives, forat der kan bli anledning for ham til å legge til med sine båter på samme måte som ved den gamle brygge». Skadebot kunde det heller ikke bli tale om, fordi det i virkeligheten ikke var litt noe tap. Med tilslutning av de andre dommerne føiet annenvoterende til, at A. ikke bare hadde vært passiv under bryggearbeidet, men gitt kommunen positiv grunn til å gå ut fra at han ikke hadde noe imot kaien. Han henviste til dommen i Rt. 1902 s. 641 som «et meget analogt tilfelle».

I Rt. 1913 s. 646 var det bare minoriteten (2 dommere) som vilde la retten falle bort p. gr. av ikke-bruk: En mann hadde forandret sin eiendom i strid med en servitutt som naboen hadde. Imidlertid hadde ikke denne nedlagt formell protest, og hadde også på bestilling utført malerarbeide på nybygget. Endelig hadde han ventet nesten 10 år med å gå til sak. Herved måtte han «ved sin opptreden sies å ha samtykket — iallfall stilltiende — til de av appellanten foretatte endringer». Flertallet var dog av annen mening, og synes særlig å legge vekt på at naboen hadde tenkt sig forholdet ordnet i mindelighet, og nødvendig vilde miste en kunde ved å nekte å overta malerarbeidet.

Rt. 1923 s. 793: En fellesfløtningsforening som hadde hevdet en damrett bygget en ny dam på et annet sted uten å ha rett til dette. Grunneieren vilde ha dammen revet og dertil erstatning, men det første kravet blev avvist. Foreningen hadde

nemlig vært i god tro, og eieren hadde fått underretning i tide — ja, da arbeidet begynte hadde han endog vært på åstedet sammen med fløtningsforeningens direktør, uten å åpne munnen til protest. «Da mener jeg,» uttalte førstvoterende, «at man bør tillegge hans passivitet den virkning at han ikke nu efterpå kan gjøre gjeldende krav på en så vidtgående foranstaltning som nedriving av dammen, hvad der formentlig vilde påføre fellesfløtningsforeningen et tap som ikke står i noe rimelig forhold til den interesse eieren kan ha av å få grunnen frigjort.» Noen «fracfallelse av kravet på erstatning for den uberettigede disposisjon over hans grunn» kunde man derimot ikke legge i passiviteten.

2. De eksempler på rettstap som hittil er nevnt angikk tinglige rettigheter eller krav som støttet sig til dem. Men når tiden og ikke-bruken kan ha sånn virkning i stabilitetens og de evige rettigheters verden, er det ikke underlig at en ofte støter på samme fenomen i fordringsretten, hvor det nesten over hele linjen er tale om tidsbestemte og tidsbegrensede krav. I § 2 i sin bok om «Passivitetsvirkninger» gir *Arnholm* et anskuelig bilde av hvordan taushet og passivitet ofte får betydning i denne delen av retten. Noe av dette savner direkte betydning for vårt emne, f. eks. de dommene der lar fordringer komme til verden p. gr. a. passivitet, som når «skyldneren» ikke protesterer overfor bekreftelsesskrivelser, lar en ikke-fullmektig operere videre i sitt navn, eller tillater falske papirer å cirkulere uten å skride inn. Andre dommer handler derimot om ikke-utøvelse av fordringsrettigheter der alt er kommet til, og enkelte av disse skal vi gjengi innholdet av:

I Rt. 1918 II s. 65 krevet således en avskjediget lærer sin stilling igjen, men fikk ikke medhold, bl. a. fordi han ikke hadde gått til aksjon i rimelig tid. I Rt. 1910 s. 600 avvistes statens refusjonskrav overfor et rederi som hadde gjort op med mannskapene efter et forlis, fordi denslags krav aldri før var gjort gjeldende fra statens side, sånn at rederiet ikke kunde tenke sig muligheten av at det vilde bli fremmet, dengang det gjorde op med mannskapet. I Rt. 1928 s. 638 anså man en bank for å ha gått med på en privat likvidasjon ved hele sin holdning, skjønt noe formelt samtykke ikke var gitt.

Hvis en fordringshaver forholder sig rolig når skyldneren urettelig annullerer kontrakten eller meddeler ham at ingen kontrakt er kommet i stand, kan det ofte stille sig så at skyldneren blir fri for sin forpliktelse. Således i Rt. 1918 s. 494, 1919 s. 533, 1919 s. 761 og 1921 s. 70. Særlig under nervøse markedsforhold eller på områder hvor det er nødvendig å handle raskt, vil retts- tap lett følge passiviteten i hælene, fordi fordringshaveren ellers vil få en farlig spekulasjonsadgang på den annen parts kostnad. Det er ikke engang alltid nok å protestere i ord, undertiden må man la handling følge på ordene, og gå til sak innen rimelig tid, Rt. 1912 s. 980. Det kan også hende at ens senere handlinger ophever virkningen av protesten, fordi de står i strid med det standpunkt protesten gav uttrykk for. Et sånt tilfelle hadde man i Rt. 1921 s. 61: Selgeren vilde heve en handel, skjønt kjøperen protesterte og krevet levering gang på gang. Selgeren holdt dog på sitt, og enden blev at kjøperen dekket sig hos selgeren på dennes nye vilkår. Derved fant Høiesterett at han hadde frafalt sin tidligere protest.

I litt langvarige kontraktsforhold hender det ikke sjelden at partene håndhever sine rettigheter på lempelig måte, uten å henge sig for sterkt i den strenge ordlyd. Hvis dette har vært praktisert i lengere tid, er det ikke sikkert man når som helst kan begynne å praktisere kontrakten efter bokstaven, iallfall ikke uten å underrette den annen part på forhånd. Med adskillig rett kan denne nemlig si, at han ikke hadde regnet med at kontrakten plutselig skulde håndheves på en annen måte enn man hadde vennet sig til. Dette resonnementet har dog hittil ikke nådd lenger frem enn til dissenterende vota i Høiesterett. Men i to interessante dommer (Rt. 1902 s. 436 og 1931 s. 169) var det bare en eneste stemmes overvekt på den andre siden.

Derimot har retten ofte antatt at en fordringshaver må reklamere hvis han er misnøid med skyldnerens prestasjon, selv om man ikke akkurat har lovhjemmel for dette. På den annen side har domstolene krevet at motparten skal ta standpunkt raskt og utvetydig, hvis han vil påberope sig at reklamasjonen er for sen eller mangelfull i andre retninger. Tier han bare stille, skal det ikke meget til før han mister den rett som den ufullkomne reklamasjon gav ham. Og det samme gjelder hvis han

gir op retten i gjerning — noe praksis har vært tilbøielig til å anta, når han innlater sig på å drøfte om reklamasjonen var på sin plass i realiteten (Rt. 1910 s. 790, 1920 s. 831 og 1928 s. 980).

En av grunnene til reklamasjonsplikten er ønsket om å få klarlagt situasjonen så fort som mulig, så ikke den ene av partene får høve til å spekulere på den annens kostnad. Så sterk en uvilje har domstolene mot dette, at de endog har nektet fordringshaveren å bruke visse rettigheter som loven uttrykkelig gir ham, hvis de under konkrete forhold fører til et sånt resultat. Jeg sikter til den kjente reglen i kjøpsl. § 21, som gir kjøperen valget mellom å fastholde og heve kjøpet hvis selgeren misligholder det på vesentlig måte. Når dette holdes sammen med § 25, må en komme til det resultat — jfr. A l m é n s kommentar til § 25 — at kjøperen har rett til å regne sig til gode prisstigning som har funnet sted efter misligholdet, hvis han kan godtgjøre at han virkelig har holdt kjøpet fast, og først har hevet det når prisen f. eks. er steget til det dobbelte. Og dette, vel å merke, selv om selgeren på sin side «hever» kontrakten av alle krefter, og gir utvetydig uttrykk for at levering skal det ikke bli noe av.

I flere dommer (Rt. 1920 s. 34, 1920 s. 458 og 1921 s. 568) har Høiesterett imidlertid beregnet erstatningen efter prisen på den dag da selgeren gav «utvetydig beskjed» om at han ikke vilde levere, og nektet kjøperen å godskrive sig senere prisstigning, selv om han aldri så meget kan bevise at han hele tiden har holdt kjøpet fast.<sup>1</sup> Ved en overfladisk lesning av disse dommene — særlig av den første og siste — synes det endog som de uten videre tillegger selgerens kontraktstridige «hevning» av kjøpet endelig virkning, skjønt loven utvetydig gir kjøperen rett til å holde kjøpet fast, d. v. s. kreve det opfylt efter ordlyden. Dette

---

<sup>1</sup> I Svensk Juristtidning 1932 s. 129 forklarer Herman Lie denne praksis sånn, at det ikke, som A l m é n har hevdet, er noen nødvendig sammenheng mellom retten til å fastholde kjøpet og til å kreve erstatningen beregnet efter prisene på hevningstiden. «Det avgjørende blir her ikke en logisk slutning, men en reell vurdering.»

For mitt vedkommende kan jeg ikke skjønne annet enn at Alméns tolkning av kjøpsloven er riktig. Men Høiesterett har funnet å måtte sette en strek over retten til naturalopfyllelse, når kjøperen burde har sørget for å få gjort op forholdet med en gang, av hensyn til selgeren og hans interesser.

er dog ikke meningen, og i dommen i Rt. 1920 s. 458 kommer begrensningen frem: «I et tilfelle som det foreliggende hvor det gjelder aksjer med hurtig varierende kurs, hadde det vært innstevntes plikt snarest mulig å foreta det ved appellants leveringsnektelse foranledigede dekningskjøp», straks denne «på aldeles avgjørende måte har tilkjennegitt sin beslutning om ikke å ville levere». I sånne spekulasjonsforhold, hvor naturalopfyllelse dessuten ikke har noensomhelst interesse, mente Høiesterett at en lojal forretningsmann bør foreta dekningskjøp straks selgerens leveringsnektelse er endelig, selv om lovens ord gir ham adgang til å spekulere på selgerens kostnad ved å holde kjøpet foreløbig fast. I andre tilfelle derimot, når Høiesterett har funnet det forsvarlig av kjøperen å handle som han gjorde, har man ansett denne retten for å være i behold og har derfor tatt hensyn til senere prisstigning under beregningen av skadeboten. Jfr. Rt. 1928 s. 980.<sup>1</sup>

3. Også fra en rekke andre livsforhold kan det — nærmest i fleng — hentes eksempler på at rettigheter går tapt eller minker, når de ikke utøves eller forsvares, og tiden går: I Rt. 1914 s. 692 var det reist krav om å få gjort om en odelsløsning, fordi løsningsmannen i virkeligheten bare var stråmann. Løsningen hadde funnet sted i 1875, men først i 1904 gikk eieren til aksjon, skjønt han iallfall hadde hatt sterk formodning om sammenhengen. Han blev imidlertid avvist, dels fordi det var vanskelig å finne en rettferdig tilbakeføring, — skogen hadde vokset og prisene steget — men også fordi det var urimelig at den gamle eier skulde kunne holde saken svevende, til han så hvordan konjunktorene utviklet sig. — Med støtte i aksjel. § 67—69, som setter en kort

<sup>1</sup> De som holder strengt på at rammen for en avhandling bør respekteres, vil med en viss rett kunne si at de dommene som er behandlet i teksten ikke hører inn under temaet. De er nemlig ikke eksempler på at en rett — in casu retten til å holde kjøpet fast — svekkes eller forsvinner når den ikke brukes; kjøperen får overhodet ikke anledning til å gjøre bruk av retten, når dette efter omstendighetene vilde være for hårdt overfor selgeren. Det er derfor teorien om misbruk av rett, og ikke læren om ikke-bruk som de illustrerer.

Dette kan være riktig nok. Når jeg allikevel har tatt dem med er det dels fordi ikke-bruks læren kun er et utsnitt av den almindelige teori om misbruk av rett (se nærmere § 6) dels fordi dommene så åpenbart er fylt av samme ånd som de egentlige ikke-bruks dommene.

frist for aksjonærenes adgang til å angripe ulovlige beslutninger av generalforsamlingen, er det slått fast i flere dommer at man ikke må drøie for lenge med å kreve styre og representantskap til ansvar i anledning av deres disposisjoner i selskapet (A r n h o l m s. 66—69). — Og skjønt Rt. 1927 s. 641 kanskje ikke er noe egentlig «præjudikat», trekker den dog sterkt i retning av at når slektsarvingene vil angripe et testament, må de ofte skynne sig litt, og kan ikke la skinnarvingene sitte med arven i det uendelige eller dele den mellom sig. — Også i den interessante rettspraksis som gikk forut for navneloven av 1923 kom det frem gang på gang, at det ikke var likegyldig for eneretten til navnet om innehaveren hadde latt andre bruke det i lang tid uten å gjøre noe ved det. I det første «leading case» på området — Aarsdommen i Rt. 1896 s. 530 — var Høiestereff ganske visst ikke synderlig lydhør for sånne synsmåter, men feiet dem av med at «navn selvfølgelig ikke er gjenstand for hevd». Men Riddervolddommen (Rt. 1911 s. 735) betegner et prinsipielt omslag; her fikk en uvedkommende beholde navnet, fordi han hadde brukt det fra sin tidligste ungdom, også som forretningsnavn. Man måtte, sa Høiestereff, være varsom med «en forstyrrende inn gripen i festnede familierettslige forhold og i betydelige sosiale og økonomiske interesser, som må erkjennes å ha et likeså berettiget krav på beskyttelse som ønsket om å hevde et bestemt familienavn for en avgrenset krets av personer». Denne innstillingen har retten senere holdt fast, og har ikke sjelden latt slekten tape navnesøksmålet, hvis den har ventet for lenge med å gå til sak mot folk som har brukt navnet i god tro, og som vilde rammes hårdelig om det plutselig skulde bli tatt fra dem.

4. Et fruktbart felt for de tankene som læren om ikke-bruk hviler på har endelig arbeidsretten vært,<sup>1</sup> og ganske særlig t a r i f f r e t t e n.

I flere arbeidsrettsdommer er det således antatt, at når arbeiderne foretar tariffstridige aksjoner, må ikke den annen part vente for lenge med å gå til Arbeidsretten med sin klage, hvis han ikke skal risikere å få erstatningen satt ned (A.R.D.

---

<sup>1</sup> Hvis en arbeider begår en feil som i og for sig er avskjedsgrunn, kan arbeidsherren således ikke legge den på is, og ta den frem når det passer ham å påberope sig den.

1916—17 s. 53 og 194 og flere andre). Men særlig er det organisasjonens krav på etterbetaling når arbeiderne ikke er blitt tariffmessig lønnet, som har gjort spørsmålet om ikke-bruk av rett aktuelt.<sup>1</sup> I P a a l B e r g s: Arbeidsrett heter det om dette: «Konjunktorene kan ligge slik an at en arbeidsgiver ikke kan betale tarifflønn, og i den tro at arbeiderne hadde sin organisasjons samtykke blir han enig med dem om nye lønninger som ligger under tariffens satser. Fagforeningen får kjennskap til at der betales for lave lønninger, men tier stille, fordi den skjønner at et inngrep fra dens side vil føre til at driften blir stanset. Og først etterat krisen er over, går den på med sitt krav om etterbetaling etter tariffavtalens takst. Det vilde i et slikt tilfelle ikke være rimelig at fagforeningen skulde kunne gjøre gjeldende at arbeidsgiveren ikke hadde sikret sig dens samtykke, og at den derfor ikke for den forløpne tid var bundet av den ordning som var truffet. Har foreningen fått kjennskap til at tariffavtalen ikke blir overholdt, krever redelighet i avtaleforhold at den gjør sin rett gjeldende innen en rimelig tid, og ikke lar tiden gå til det kan være mere opportunt å reise kravet. Har arbeidsgiveren holdt driften gående i tillit til at alt var i orden, bør han ikke overraskes med et krav som kunde vært gjort gjeldende tidligere, og som — om det var blitt gjort gjeldende tidligere — vilde ha ført til at han måtte ha tatt under overveielse om han kunde fortsette» (s. 186—7).

Disse setningene illustreres godt av to arbeidsrettsdommer (A.R.D. 1922 s. 162 og 1923 s. 242). I den første av dem hadde en bedrift innført en annen arbeidstid enn tariffavtalens. Forbundet protesterte ikke, skjønt det var kjent med fabrikkens lønnsoppgjør, og visste den ikke mente det skulde beregnes overtidsbetaling i den anledning. Først etter flere måneders forløp, og etterat ordningen hadde hørt op, reiste forbundet krav på etterbetaling, men tapte: «Vilde forbundet reise et sånt krav, pliktet det å komme med det innen en rimelig tid. Og ved å la tiden gå så lenge som her var tilfellet, uten at noe blev gjort,

<sup>1</sup> En annen kjent «passivitetsvirkning» i arbeidsretten er denne: Når den ene eller annen av partene hadde særlig opfordring til å reise et bestemt krav under tarifforhandlingene, anses tariffen for å utelukke kravet, dersom de venter til etterpå med å komme frem med det.

og uten at forbundet har gitt noen tilfredsstillende forklaring av denne sin lange taushet, har forbundet forspilt det krav det ellers måtte ha kunnet gjøre gjeldende.» Den andre dommen gikk i motsatt retning. Her antok Arbeidsretten at forbundet ikke hadde visst om det lønnsnedslaget arbeiderne hadde gått med på, mens bedriften kjente forbundets prinsipielle stilling til sånne nedslag. «Bedriften måtte derfor vite at en viss risiko var forbundet med disse lønnsnedslag, så lenge den ikke hadde sikret sig forbundets samtykke. Den kan derfor ikke høres med at den har innrettet sig på at dette var noe som den trygt kunde stole på var i orden. Den måtte være forberedt på at saken når som helst kom op. Til tross for den lange tid som er gått, finner derfor Arbeidsretten at de krav som forbundet måtte ha overfor bedriften ikke bør anses som forspilt.»

II. De fleste av de dommene som nå er gjengitt vil man rent umiddelbart finne fornuftige og rimelige, hvis ens rettsbevissthet er noenlunde frisk og våken. Men begrunnelsen for dem er ikke alltid like selvfølgelig og overbevisende.

Som rett og riktig er søker dommerne overalt å fortøe sine avgjørelser i «gjeldende rett» — de vil jo nødvendigvis gi dem ut for hvad de selv finner rimelig og passende. Men efter hvad de hadde lært på Universitetet var det gjeldende rett at rettigheter består inntil en ny «rettstiftende kjensgjerning» bringer dem til ophør, og at hevds-, foreldelses- og præklausjonsreglene er positive undtak fra hovedreglen. Ikke minst i tingsretten var det en klippefast setning at «rettigheter ikke dør av elde». Og når *Scheel* fremholdt at «en tinglig rett aldri bortfaller derved at de berettigede ikke utøver den» (Tingsretten s. 381), var ikke dette bare hans egen personlige mening, men blev opfattet som en sannhet der ikke for alvor kunde diskuteres.<sup>1</sup>

For å frelse avgjørelsene i land falt det under disse omstendigheter naturlig å falle tilbake på viljeserklæringen, som i sin «stilltiende» form jo er tjenlig til nesten hvad som helst. Når det gikk rettighetshaveren ille hvis han lot retten ligge ubrukt, var det fordi han stilltiende hadde frafalt den, godkjent den nye tilstand, eller gitt medkontrahenten fri. Undertiden gikk dette galant,

---

<sup>1</sup> Heller ikke *Gjelsviks* Tingsrett tar større avstand fra setningen.



men ofte hadde det sine vanskeligheter, særlig når eieren ikke visste om at retten holdt på å bli undergravet, eller når en uttrykkelig avtale ikke kunde ha reddet forholdet. Under slike omstendigheter — og når det var tale om riktig oplagte rettsmisbruk — gikk man derfor dristigere og mere direkte på saken, og sa at rettighetshaveren hadde forspilt sin rett ved sin optreden (Rt. 1905 s. 235), eller at han burde ha underrettet naboen om grenseoverskridelsen mens feilen lett hadde kunnet rettes (Rt. 1902 s. 641).

Egentlig holdning eller sammenheng kunde praksis vanskelig få på denne måten. Avgjørelsene har gjennomgående et tilfeldig preg, og man får inntrykk av at når dommerne gav efter for rettsfølelsens krav var det til en viss grad motstrebende — billedlig talt under bordet. Ingen tenkte sig iallfall muligheten av at det var en sterk og central rettstanke som var i ferd med å bryte sig vei.

III. I 1932 skrev så Carl Jacob Arnholm en liten bok om «Passivitetsvirkninger. Et bidrag til læren om de rettstiftende kjensgjerninger». Gjennom den fikk spørsmålet om ikke-bruk av rett ny og interessant belysning.

Arnholms første — og ingenlunde ringe — fortjeneste er at han trakk de forskjellige passivitetstilfellene frem av halvmørket, og stillet dem ved siden av hverandre. Derved blev alle klar over at det ikke var noen få, spredte undtaksfenomener man hadde å gjøre med, men at ikke-bruk av rett, og passivitets-tanken i det hele, spiller stor rolle på de forskjelligste felter av rettslivet. Dernest betonet han at de dommene som legger vekt på passiviteten gjerne er riktige og fornuftige avgjørelser, som rettsordnen kan være vel bekjent av. Og skjønt det ikke alltid er lett å få dem til å stemme med «bewährte Lehre und Überlieferung», så han ingen grunn til å neglisjere dem for det. Tvert om måtte det slå en at passivitetstanken er en av «de setningene som stadig trenger gjennom» i moderne rett. Med den hjemmel som livet selv gir kunde den derfor kreve plass blandt de «almindelige rettsgrunnsetninger» som hele vår rettsorden bygger på (s. 112).

Hvad denne grunnsetningen egentlig inneholder, og hvor langt den rekker, uttaler Arnholm sig imidlertid nokså reservert

om. Han antar det ikke lar sig gjøre å «sammenfatte den i en enkelt positiv regel» — dels fordi man for tiden befinner sig i en overgangsperiode, og dels fordi forsøket «under enhver omstendighet vilde støte på den vanskelighet at man måtte ta så mange reservasjoner m. h. t. de enkelte tilfelles beskaffenhet, at reglen vilde bli temmelig intetsigende». Arnholm vil derfor nøie sig med å la passivitetstanken munne ut i en *t e n d e n s*, eller «om man vil en negativ regel: Man må være opmerksom på at det ikke alltid er nok å konstatere at en rettighet er gyldig stiftet og at den ikke senere er endret ved ny avtale, ikke er foreldet o. s. v. Selv om ingen av de almindelige ophørsgrunner griper inn, vil rettighetshaveren allikevel risikere at hans rett forsvinner fordi han ikke verger den» (s. 113—114). Og blandt de momentene som har betydning i så måte nevner han (s. 111) partenes forretningsinnsikt, om den ene eller annen part har optrådt illojalt, om rettighetshaveren kan skaffe sig spekulasjonsmulighet ved å vente, om hans uvirksomhet utsetter andre folk for betydelig skade, og om den passive part ikke har våget å si fra fordi han var den svakere i forholdet.

IV. *Arnholms* bok om passivitetens virkningene fikk adskillig betydning. I teoretisk henseende var det et fremskritt at det blev pekt på et problem som før hadde undgått oppmerksomheten, men som stadig får mere å si. Videre gav Arnholm problemet dets rette perspektiv, ved å understreke at det ikke var tale om spredte og tilfeldige enkeltforeteelser — eller rettsforvildelser — men om en virkelig «almindelig rettsgrunnsetning». Endelig ryddet han marken for en positiv og byggende behandling av spørsmålet ved å avlive troen på at man slipper ut ved å snakke om stilltiende samtykke, stilltiende frafallelse av retten o. s. v. Denne forklaringen er regelmessig fiktiv, og gir ingen virkelig løsning. Tvert om hindrer den at problemet blir alvorlig behandlet, fordi den skaper illusjon om at man alt har løst det.

For å gjøre oss op en mening om hvilken innflytelse boken har hatt på rettspraksis, skal vi gjengi de viktigste dommer som er falt siden den kom ut:<sup>1</sup>

I Rt. 1932 s. 1029 blev en fullmakt ansett for bortfalt uten

---

<sup>1</sup> Jeg tar dem kronologisk for å understreke at undersøkelsen er helt almen.

skriftlig opsigelse, fordi den ikke var blitt brukt i over 3 år. Høiestrett sa: «Det har formodningen mot sig at partene har tenkt sig fullmakten varende i årevis uten at M. (fullmektigen) fremkom med noe kjøpetilbud. Og H. (fullmaktsgiveren) har som part forklart at de under et møte i 1927 enedes om at fullmakten skulde anses bortfalt. Hermed stemmer det også at M. intet foretok sig overfor H., da han høsten 1929 — altså 3 år efterat fullmakten blev utstedt — blev opmerksom på at o.r.sakfører I. averterte til salgs en eiendom som M. må ha skjönt var Tollbodgaten 4. Under disse omstendigheter kan Høiestrett ikke legge noen avgjørende vekt på at tilbakekallelse av fullmakten ikke er foregått skriftlig.

Meget avvisende overfor tanken om at man kan miste sin rett ved passivitet er derimot Rt. 1933 s. 511: I 1921, mens Svalbard var ingenmannsland, foretok Birger Jacobsen okkupasjons handlinger på øya, idet han satte op en del hytter, grensmerker og skilter som gav beskjed om okkupasjonen. Senere på året kom en ekspedisjon fra Norges meteorologiske institutt til Svalbard, og den okkuperte storparten av det område som Jacobsen hadde sett sig ut. Da Jacobsen fikk rede på dette, sendte han en skarp protest til Utenriksdepartementet, men gjorde så ikke mere for å utnytte okkupasjonen, og var ikke på Svalbard før i 1929. Samme år anla han prosess mot staten for å få sin eiendomsrett anerkjent, og fikk flertallet i Høiestrett med sig.

Førstvoterende fant det ikke nødvendig å avgjøre om Jacobsen hadde foretatt tilstrekkelige okkupasjons handlinger i 1921, eller om han burde ha supplert dem gjennom næringsvirksomhet eller lignende. For når det offentlige bestred okkupasjonen og hindret Jacobsen i å komme i vei, kunde iallfall ikke staten bygge på at okkupasjonen skulde ha vært forfulgt. Og så fortsetter han: «Det som for mig har fremstillet sig som i noen grad tvilsomt, er spørsmålet om hvorvidt man ikke iallfall måtte kreve av Jacobsen at han noenlunde snart skred til saksanlegg mot Det meteorologiske institutt eller Den norske regjering, for å få fastslått sine rettigheter og få Det meteorologiske institutts okkupasjon kjent ugyldig i forhold til ham. Her innskrenket Jacobsen sig til så snart han fikk rede på Det meteorologiske

instituttets angivelige okkupasjon å innsende en meget bestemt skriftlig protest til Utenriksdepartementet, men først i mars 1929, altså ca. 7 år senere, uttok han forlikssklage. Jeg er dog blitt stående ved at det ikke kan være riktig å tillegge denne omstendighet med det sene saksanlegg den virkning, at Jacobsen derved nu skal ha mistet noen rett som han vilde hatt i behold ved tidligere å gå til søksmål. Det er helt på det rene at det i hans forhold ikke kan innfortolkes noen slags tilsiktet oppgivelse av hans krav, og det går da etter min mening ikke an uten støtte i positive rettsregler å avgjøre saken på det grunnlag at han har tapt sin rett ved noen slags foreldelse. At han ventet så lenge kan her ha sin fullt tilstrekkelige forklaring i økonomiske forhold.» — Enda mere kategorisk avvises passivitetstanken av to andre dommere, som for øvrig sluttet sig til førstvoterende: «Det kan ikke være nødvendig for bevaring av den ved okkupasjonen erhvervede rett, at okkupanten innen en viss frist skrider til saksanlegg mot den som bestrider hans rett. Her som ellers hvor det ikke gjelder noen lovbestemt foreldelsesfrist, må det være overlatt til rettighetshaveren selv om han vil søke domstolenes beskyttelse, uten at undlatelsen herav kan medføre noen rettsfortapelse.»

Et dissenterende votum (2 dommere) viste dog større forståelse for at rettigheter undertiden må utøves og forsvares for å holde sig ved makt. Disse dommerne gikk ut fra at man ikke kunde foreta en effektiv okkupasjon bare ved å ta land i besiddelse, men at man også måtte nytte ut feltet innen rimelig tid. Under den usikkerhet som det voldte Jacobsen at staten bestred hans okkupasjon, kunde det ganske visst ikke bebreides ham at han ikke kom i gang på selve okkupasjonsområdet. «Men vilde han bevare sin prioritetsrett i forhold til Meteorologiske institutt, måtte han efter vår opfatning beskytte sin rett ved søksmål mot instituttet på et tidligere tidspunkt enn skjedd, og ikke som skjedd alene innskrenke sig til en formell protest. Er det først berettiget å opstille utnyttelse av arealet som en betingelse for at en effektiv okkupasjon skal anses å foreligge, — fulle okkupasjonsrettigheter erhverves — ligger heri efter vår opfatning også det krav at en okkupant for å bevare sin prioritetsrett må søke denne beskyttet innen rimelig tid overfor andre okku-

panter som legger hindringer i veien for okkupasjonsfeltets utnyttelse.» Det kunde være tvilsomt hvor lang fristen skulde være. Men når Jacobsen hadde ventet over 7 år før han gikk til søksmål, var den iallfall oversittet.

Heller ikke flertallsbegrunnelsen i Rt. 1933 s. 887 røper synderlig lyst til å gå med på at folk kan undergrave sin rettsstilling ved passivitet: Med sin kurators samtykke hadde en mindreårig dame stillet sikkerhet for lån til et familieaksjeselskap hvor hun selv var hovedinteressent. Sånn sikkerhet var ugyldig etter 1-21-12, men kreditor hevdet at den var effektiv for de lån som var gitt etterat pantsettersken var blitt myndig. Hverken underrett eller Høiesterett gikk dog med på at den ugyldige pantsettingen var «ratihabert» på denne måten. «Bare i den omstendighet at saksøkersken ikke straks etter opnådd fullmyndighet skred til saksanlegg, kan ikke ses en ratihabisjon. Dertil vil ordinært kreves enten uttrykkelig samtykke med bevissthet om ikke å være forpliktet, eller konkludente handlinger som manifesterer dette samtykke.» Saksøkersken hadde imidlertid først fått visshet om ugyldigheten flere år etterat hun var blitt myndig, og da gikk hun straks til prosess. — Også i denne saken var det imidlertid to dissenterende dommere som var mere fylt av «Passivitetsvirkningenes» ånd. De mente det ikke var uvitenhet alene, som hadde avholdt pantsettersken fra å kreve pantet tilbake. Som deltager i familieaksjeselskapet var hun interessert i å la pantsettingen stå ved makt, selv om hun hadde visst om ugyldigheten. «Hvorledes det enn måtte forholde sig hermed, vilde hun også uten å påberope sig bestemmelsen i 1-21-12 hatt adgang til å opsi sin sikkerhetsstillelse, men har intet foretatt sig, kfr. professor A r n h o l m: Passivitetsvirkninger s. 5 og s. 63. Det vilde efter vår mening være urimelig om hun skulde fritas for ansvar for de kassakredittlån som er ydet efterat hun blev myndig, all den stund hun måtte skjønne at banken bevilget disse lån i tillit til hennes sikkerhetsstillelse. Om hun enn ikke kan antas å ha kjent til at hennes sikkerhetsstillelse fra først av var uforbindende, må hun således som situasjonen her lå an iallfall betraktes som den der efter opnådd myndighetsalder stilltiende på ny har deponert pantobligasjonen qu. som sikkerhet like overfor banken for dens senere

lån. Å legge avgjørende vekt på at hennes sikkerhetsstillelse opprinnelig var uforbindende er en altfor teoretisk betraktning. Det får gå ut over henne selv, om hun ikke har kjent til våre lover på heromhandlede område. Etter å være blitt myndig pliktet hun under de foreliggende omstendigheter å si fra overfor banken, om hun ikke vilde være ansvarlig for senere lån. Hennes passivitet har da den virkning at banken for disse lån må kunne holde sig til den av henne deponerte pantobligasjon.»

I Rt. 1933 s. 1082 dreiet spørsmålet sig om en byrdefull husmannskontrakt fra 1874 som aldri hadde vært i virksomhet. «Når det i løpet av ca. 45 år ikke er foretatt noe til iverksettelse av kontrakten, likesom den opprinnelige fester forlengst er død, har det all formodning for sig at kontrakten i virkeligheten av de interesserte forlengst er ansett bortfalt som aktuell rettighet,» uttalte Høiesterett her.

I Rt. 1934 s. 260 var retten igjen inne på spørsmålet om rettstap gjennom passivitet, men her fant man enstemmig at det efter forholdene ikke kunde bli tale om dette: En forsikringsagent i London, som representerte både et norsk og et dansk selskap, overførte reassuranser til det norske selskapet på en rettstridig måte. I dettes senere konkursbo støttet danskene sitt krav på at nordmennene ikke hadde gjort bestemt front mot forpliktelsen, og i det hele hadde forspilt sin rett til å protestere ved lang tids passivitet. Men Høiesterett var ikke enig: «Efter denne fremstilling av hvad der er passert,» sier førstvoterende, «kan jeg ikke skjønne at der foreligger tilstrekkelig grunnlag for å fastsette noen stilltiende vedtagelse fra de norske selskapers side av overførselen fra Syndikatet til dem. Den lange passivitet som er utvist må sees som en naturlig følge av omstendighetene, og jeg mener at Syndikatet ikke kunde ha noen rimelig grunn til å gå ut fra, at der ikke fra de norske selskapers side vilde fremkomme noen bestridelse av at overførselene var i orden. Syndikatet måtte vente, at først når dets fordring på behørig måte var anmeldt i boene og de innledede forlikshandlinger hadde vist sig ikke å føre frem, først da kunde der være grunn for boene til å ta op til nærmere drøftelse det hele forhold, bl. a. hvilke innsigelser der skulde gjøres gjeldende imot fordringen.»

En viktig, prinsipiell avgjørelse som enstemmig gikk i passivi-

tetstankens favør er derimot Rt. 1934 s. 613: Etterat Ålesunds Kreditbank hadde innstillet sine betalinger i 1922, blev den rekonstruert i 1924. Så var den i fri virksomhet til 1928, da den igjen trådte i likvidasjon. Sommeren 1931 meldte en innskyter, Helland, hele sitt opprinnelige tilgodehavende i banken, til tross for at han hadde gått med på den første rekonstruksjonen. Han anførte nemlig at betingelsene for denne ikke var oppfylt — noe som dog først var konstatert ved HRD. av 24 mars 1931 mellom en annen innskyter og banken. Hvorvidt dette i virkeligheten var tilfellet fant retten det dog ikke nødvendig å avgjøre; den nøiet sig med å si at saksøkeren under enhver omstendighet hadde forspilt sin rett ved passivitet. Og dennegang sløifet man omveien om den «stilltiende frafallelse»: «Jeg anser det for nærværende saks avgjørelse unødvendig å behandle spørsmålet om forutsetningen for Hellands tegning er oppfylt fra bankens side,» sier førstvoterende, «og om hvilken betydning for dette spørsmål den nevnte høiesterettsdom har. Ti uansett hvordan Hellands rettsstilling muligens vilde ha vært ved rettidig anlagt søksmål, kan jeg ikke finne det rimelig eller stemmende med almindelig rettsopfatning at han under de i saken foreliggende forhold venter en årrekke med å reise krav, for så på grunnlag av en dom mellom andre parter å gå til sak. En slik passivitet er i en rekke høiesterettsdommer tillagt avgjørende betydning.» Det kunde heller ikke hjelpe Helland at han hadde vanskelig for å følge med i alt som angikk bankens rekonstruksjon, fordi han bodde i Amerika. Han var bankmann av profesjon, og hadde iallfall fått klarhet over forholdene sommeren 1931.

En annen enstemmig dom som peker i samme retning er Rt. 1936 s. 481. Også her gjaldt det en innskyter i Ålesunds Kreditbank som mente sig ubundet av den første rekonstruksjonen, og gikk til sak mot bankens likvidasjonsbo i 1932. Skifteretten sa: «Det er vel riktig at hverken R. (innskyteren) eller hans enke har hatt oversikt over situasjonen, og det synes kunstig og uberettiget i deres passivitet å legge en frafallelse eller oppgivelse av et mulig krav. Når man imidlertid i norsk rett idag i en rekke tilfelle tillegger den faktiske passivitet en rettsfortapende virkning, så er det like meget ut fra den betraktning at den annen part har et rimelig krav på å se bevart den tingenes tilstand som

har bestått gjennom lengere tid og som man har innrettet sig efter. Dette gjelder med stor styrke Ålesunds Kreditbank. Med andre ord: den part som har undlatt å fremsette innsigelse i tide får ta risikoen, selv om man ikke kan rette en direkte bebreidelse mot ham for hans passivitet. Retten har her å henvise til de betraktninger som er gjort gjeldende av dr. juris Carl Jacob Arnholm i hans bok om «Passivitetsvirkninger» § 1 s. 4 og 5.» I Høyesterett kom ikke spørsmålet om passivitetsvirkning på spissen, fordi retten ikke anså det godtgjort at innskyteren hadde sluttet sig til akkorden på sviktende forutsetninger. Men allikevel fant førstvoterende — med tilslutning av hele retten — grunn til å uttale følgende: «Det forekommer mig iøvrig at meget taler for at et krav som det her reiste, fremsatt mange år efterat ordningen er truffet, ikke under noen omstendighet bør kunne tas op. Kravets gjennomførelse vilde bety en oprivning av et innviklet interessentskapsforhold, som samtlige interesserte måtte ha rett til å anse endelig ordnet. Jeg henviser til de almindelige uttalelser i Hellanddommen. Rt. 1934 s. 613. Efter hvad jeg foran har anført finner jeg dog ikke grunn til å gå nærmere inn på denne side av saken.»

Fullstendig kronår på passivitetsdommer hadde man endelig i 1937. Rt. 1937 s. 158 angikk Follafoss almenning, som gikk over fra staten til privat eie i 1801. I denne almenningen blev almuen nektet å hugge til gårdsfornødenhet, vesentlig fordi retten ikke hadde vært brukt fra gammel tid. «Det som idag fremtrer som det faktiske forhold i Follafoss,» sa førstvoterende, «er at eierne rår over skogen, uten at det foregår noen bruksutøvelse fra bygden i form av hugst til gårdsbehov. Efter det jeg har nevnt om disse strekningers spesielle historie fra lang tid tilbake — jeg fremhever her ikke minst den manglende bruksutøvelse fra bygdens side — er det min opfatning at denne bestående tilstand har krav på å anerkjennes som hvilende på et rettslig grunnlag. Nu å foreta en oprivning i disse forhold, som har festnet sig på en sånn måte og gjennom et så langt tidsrum som det her gjelder, vilde efter min mening være stridende mot en bærende grunnsetning i almenningsretten.»

Rt. 1937 s. 436 handler om passivitet i skatteforhold. En mann hadde klaget over ligningen 3 år i trekk, og fått medhold



av domstolene hver gang. Efter omligningen forlangte han så gjennemsnittsligning for disse 3 årene, men dette gikk flertallet i Høyesterett ikke med på: «Det kan ikke komme i betraktning, om grunnen til at B. ikke allerede i forbindelse med anken over utpantningen medtok kravet på gjennemsnittsligning var den, at han den gang ikke var opmerksom på at der efter loven skulde ha vært anvendt gjennemsnittsligning. Avgjørende er at han — som allerede nevnt — visste at han faktisk ikke var gjennemsnittslignet, og at han således har hatt full adgang og opfordring til å ta med kravet på gjennemsnittsligning blandt sine angrepsmidler overfor de for hvert år avholdte utpantninger. Høyesterett finner under disse omstendigheter at han ikke under omligningen kunde reise krav om gjennemsnittsligning.» — To voterende mente at passiviteten ikke kunde få betydning. Det var en feil at gjennemsnittsligning ikke var brukt, og denne feilen måtte skattyderen ha adgang til å gjøre gjeldende ved domstolene.

I Rt. 1937 s. 452 er stoffet hentet fra tingsretten: Svein Westad påstod å ha rett til å føre op sagbruk og disponere over vannet i en elv, hvor to av hans naboer hadde anlagt elektrisitetsverk i 1927—1928. Herredsretten fant at saksøkeren kanskje engang hadde hatt en sånn rett, men at han «ved sin opptreden må anses for å ha stilltiende frafalt sagrett i elven, eller å ha forspilt adgangen til nu å gjøre den gjeldende likeoverfor de saksøkte». Flertallet i overretten var derimot av en annen mening: «Det kan nok sies at den ankende part, hvis han vilde gjøre sin rett gjeldende, burde sagt tydelig fra i tide før elektrisitetsverket blev anlagt, men dette kan ikke fortolkes som noen frafallelse eller begrunne noen forspillelse av hans juridiske rett.» Høyesterett kom enstemmig til samme resultat som herredsretten. Førstvoterende begynte med å si at den gamle sagretten oprinnelig kunde ha stillet sig tvilsom. De ankende parter hadde imidlertid ikke visst om den påståtte rett da verket blev anlagt, mens motparten alt da satt med det materialet han senere gjorde gjeldende i prosessen. «Når Svein Westad under disse omstendigheter selv var med på å få elektrisitetsverket i stand uten å gjøre opmerksom på den påståtte rettighet, og når han enn videre i to år betaler sin avgift til elektrisitetsverket uten å si fra, må de

ankende parter høres med at han dengang ikke regnet med noen rettighet etter det gamle dokument, eller at enhver sånn rettighet iallfall var opgitt. Han måtte være klar over at en rettighet av den art som han nu påstår å ha vilde vært av den største betydning, og en meget betenkelig anstøtssten for anlegget av verket. Og det er som nevnt på det rene at han selv har medvirket til å få anlegget i stand. Han har visst at man regnet med ham som en av de større avtagere av kraft, som skulde gjøre anlegget regningssvarende.»

Den siste, men ikke minst interessante dommen er Rt. 1937 s. 544, som gjalt et arveforhold. Gjennom en interessentskapskontrakt med sin far hadde en forretningsmann, S. Ryder Larsen, fått rett til å løse inn farens gård etter takst, hvis den skulde bli solgt. I farens testament ble det dessuten bestemt at S. skulde ha rett til å kreve gården utlagt etter takst når faren var død. Da gården var verd meget mere enn den fri kvart, var denne siste bestemmelsen ikke bindende for de andre barna. På skiftesamlingene i farens dødsbo gikk man imidlertid ut fra at testamentet var i orden, og innrettet sig etter dette. Først etter 1½ års forløp reiste søsteren B. sak, og krevet at de disposisjonene som var truffet skulde gjøres om igjen. Dette fikk hun dog ikke medhold i. Førstvoterende begynte med å si at ifølge møteboken i skiftesamlingene hadde alle arvingene oprinnelig vært enige om å respektere testamentet, og det var naturlig at S. hadde innrettet sig etter dette. «Jeg finner at dette forhold må tillegges adskillig vekt ved bedømmelsen av hvorvidt B. kan gjøre krav på omstøtelse av noen av de senere trufne disposisjoner i henhold til testamentet. Selv om man prinsipielt må opstille den almindelige setning at en arvings frafallelse av sin rett ikke er bindende hvis arvingen ikke har fullt kjennskap til denne sin retts beskaffenhet, kan dog etter min mening denne setning ikke forfølges ut over rimelighetens grense. En viss avveining av interessene må finne sted. Jeg mener da at det vel nok må kunne stilles et visst krav til aktivitet fra en arving som deltar i et skifte, når det gjelder å bringe på det rene hvilke rettigheter han har. Hans stilling er for så vidt ikke helt den samme som en forbigått arving, idet han er aktiv deltager i skiftets gjennomgåelse. Her er stillingen den at B. har hatt til disposisjon testa-

mentet fra skiftets begynnelse. Hun har hatt full anledning til juridisk hjelp og har benyttet sig av det. Allikevel fremkommer innsigelsen mot testamentets gyldighet først ca. 1½ år etter skiftets begynnelse. I denne forbindelse finner jeg også å burde fremheve at B. under skiftet har optrådt aktivt ved sin advokat. Overskiftetakst blev forlangt av ham, og i skrivelse av 3 april 1934 gav advokaten uttrykk for at spørsmålet om overtagelsen av gården burde påskynnes, og at det måtte stilles en frist for overtagelsen. . . . Disse omstendigheter taler efter min mening sterkt i favør av den påstand at kravet på testamentets omstøtelse er kommet for sent. Meget taler for at S. måtte ha rett til å anse testamentet for positivt godkjent ved konkludente handlinger fra søsterens side. Jeg henviser til Høyesteretts dom i Rt. 1927 s. 641, som frembyr visse likhetspunkter med nærværende sak. Selv om man imidlertid ikke vil gå så langt, mener jeg at andre grunner taler avgjørende imot å gi B. medhold i hennes krav. Mener man først at det iallfall i noen grad kan tilregnes henne at angrepet på testamentet blir såvidt sent fremsatt, bør medarvingene iallfall høres med at gjennomførelsen av kravet liten eller ingen økonomisk interesse innebærer for henne, og at den ikke står i noe rimelig forhold til ulempen for medarvingene. Efter de foreliggende beviser må jeg gå ut fra at S. har betalt eiendommen med dens fulle verdi. . . . Når man så ser hen til at S. hadde hatt adgang til å bli eier av gården mot takst, kan det ikke innses at hun lider noe tap eller overlast ved den stedfunne overtagelse. At på den annen side en omstøtelse vilde volde medarvingene betydelige ulemper kan vel ikke være tvilsomt.»

V. Hovedinntrykket av rettspraksis i femårsperioden 1932—1937 er at forståelsen for passivitetstanken er i stadig vekst. Hist og her i dommene — men fremfor alt i dissenterede vota — tas det riktignok fremdeles avstand fra en sånn tanke, men ikke så ofte og så avgjort som i den præ-Arnholmitiske tid. Særlig i de aller siste årene synes opposisjonen for øvrig å være i ferd med å stilne.

Også i det ytre har dommene skiftet. Mens de før gjerne opererte med alskens frafallelser og stilltiende samtykker, og bare i nødsfall vedkjente sig at eieren kan risikere rettstap når han ikke bruker eller verger retten i tide, er de nå blitt adskillig

frimodigere. Illustrerende i så måte er f. eks. Rt. 1934 s. 613, 1936 s. 481 og alle fire dommene fra 1937.

At *Arnholms* bok om «Passivitetsvirkninger» har hatt betydning i begge disse henseender er det vel ikke for dristig å gå ut fra. Men ennå er det langt fra at læren om ikke-bruk av rett er klar som krystall og sikker som Bibelen. Tvert imot har praksis fremdeles et litt famlende preg, og de forholdsvis hyppige dissensene viser at man ikke beveger sig helt trygt. Fremfor alt er det uvisst om dommene er tilfeldige og kasuistiske undtak eller utslag av et almindelig prinsipp — hvad dette prinsippet i tilfelle innebærer, hvilke virkninger det fører med sig, og hvilke momenter det kommer an på. Og så lenge sakene står slik, kan en ikke vente at praksis skal få helt sikre konturer.

I boken om Passivitetsvirkninger uttrykker *Arnholm* sig ganske visst pessimistisk om muligheten av å komme passivitets-tanken nærmere inn på livet, og usikkerheten i rettspraksis synes å tyde på at denne sterke resignasjon fra teoriens side kanskje er på sin plass. — Å resignere i utide er imidlertid en svær forsyndelse. Og jeg synes under alle omstendigheter det er umaken verd å p r ø v e, om det ikke lar sig gjøre å presisere «passivitetstendensen» noe nærmere enn *Arnholm* er tilbøielig til. Kanskje det da viser sig at det ikke er utelukket å sette den om i rettsregler, eller på annen vis skape støttepunkter for rettsanvendelsen. Et sånt forsøk skal bli gjort i det følgende.

## § 2.

### **Streiftog til utlandet.**

I. Når det gjelder et så alment rettsproblem som ikke-bruk av rett, er det stor veiledning i å se på hvordan andre land har stillet sig til saken, i lovgivning, teori og rettspraksis. Direkte sammenligning er det dog ikke alltid lett å foreta — særlig fordi uttrykksmåten varierer så sterkt fra land til land, og fordi de lovreglene man må ta utgangspunkt i ofte er formet med helt andre formål for øie.

Meget viktig er også motsetningen mellem de land som har utviklet en almindelig teori om misbruk av rettigheter — regelmessig med støtte i en eller annen lovbestemmelse — og de som

ikke har gjort det. I første fall kommer nemlig problemet om ikke-bruk gjerne til å arte sig som en enkelt side av misbrukslæren, mens det ellers gjerne blir til at man slår sig frem med små slag, og ser spørsmålet som et mere spesielt rettsproblem, ofte begrenset til særlige områder. Til den første gruppen hører Sveits, Frankrike og Russland, mens England og — iallfall til den siste tid — Tyskland har gått mere kasuistisk, man kan kanskje også si mere eksperimentelt, til verks.

II. I Sveits bestemmer den kjente art. 2 i civilloven at «jeder mann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.» Den russiske civillovs § 1 lyder i tysk oversettelse: «Die bürgerlichen Rechte geniessen Gesetzesschutz mit Ausnahme derjenigen Fällen, in denen sie in Widerspruch zu ihrer sozialwirtschaftlichen Bestimmung verwirklicht werden.» I Frankrike har man ingen tilsvarende uttrykkelig regel om misbruk av rett, men de fleste forfattere er visst enig om at erstatningsreglen i code civils § 1382 — som i all almindelighet taler om å skade andre ved sin «faute» — også danner det naturlige legale tilknytningspunkt for den omfattende og interessante teori om «abus de droit», som har optatt både videnskapen og domstolene så sterkt.

I alle disse landene glir spørsmålet om ikke-bruk av rett inn som en del av misbrukslæren. At dette kan ha sine fordeler både fra teoretiske og praktiske synspunkter er ubestridelig. Men den ulempen har det, at dette særlige spørsmålet lett drukner i den almindelige fordømmelse av alt som kan kalles «misbruk», uten at man gjør sig skarpt rede for når ikke-bruken har sånn karakter at det er grunn for rettsordenen til å reagere overfor den. En slik inntrengende spesialanalyse kommer en derimot ikke utenom når en almindelig misbruksregel savnes, og man følgelig ikke har anledning til å sette sig til rette i dens «bekvemme polster», som H e d e m a n n vilde ha uttrykt det.

Dette er forklaringen til at det ikke er disse landene som gir de verdifulleste bidrag til å belyse ikke-bruksproblemet, i den skikkelse det foreligger hos oss. Vi har jo ingen legal general-klausul om misbruk av rett, og har praksis utviklet en sånn, er det iallfall på det uvisse hvad den inneholder og hvor langt

den rekker. Hos oss bør man derfor ikke nærme sig problemet fra denne kanten,<sup>1</sup> men gå direkte og kasuistisk frem. Og da er det naturlig at en høster størst lærdom av retten i de landene hvor spørsmålet ligger likedan an.

III. I England som annetsteds har man adskillige lovregler som gir uttrykk for at rettigheter kan tape sig eller falle bort med tiden, dersom de ikke gjøres effektivt gjeldende. Man har lover om «limitation» både for fordringer og for tinglige rettigheter — svarende henholdsvis til foreldelsen og til hevden hos oss. Videre fins det en særlig regel om at varemerkerett faller bort, hvis merket ikke har vært brukt i 5 år.

Men dette er langt fra de eneste eksempler på at rettigheter minker når de ikke blir brukt, eller innehaveren holder sig passiv på annen måte. «Es würde schon ganz allgemein der Natur des englischen Rechts widersprechen,» sier den tyske forfatter Siebert<sup>2</sup> med rette, «wenn eine verzögerte Geltendmachung nur in den geschilderten, an bestimmte Fristen gebundenen Fällen rechtsmindernde Wirkungen äussern sollte.» Og ser man nærmere til, er det da heller ikke tilfellet. Fra gammelt har equity-domstolene vært klar over at også utenfor de lovbestemte præriskpjonstilfelle kunde det være urimelig å la en mann beholde sin fulle rett, hvis han ikke bruker eller hevder den, og har støttet dette på selve det equity-prinsipp som det var deres hovedoppgave å realisere. «A Court of Equity» heter det i en dom fra 1767 (Smith v. Clach), «has always refused its aid to state demands where a party has slept upon his right and acquiesced for a great length of time. Nothing can call forth this Court into activity but conscience, good faith and reasonable diligence. Where these are wanting, the court is passive and does nothing.»<sup>3</sup> Dette almindelige synspunkt har fått en litt fastere form i flere forskjellige «doctrines», nemlig om laches, om acquiescence og om estoppel.

---

<sup>1</sup> Derimot kan læren om ikke-bruk kaste adskillig lys over det almindelige misbruksproblem, som vi senere skal vise (§ 6).

<sup>2</sup> Hvis arbeide «Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung» (1934) vi stadig citerer i det følgende.

<sup>3</sup> Andre og beslektede equity-maksimer lyder: «Delay defeats equities» eller «Equity aids the vigilant and not the indolent.»

Noen sikker grense er det ikke mellom dem, særlig ikke mellom de to første. Det har man dog ikke følt sig genert av, rettstradisjonen tro. Nyanseskjell er det nok, men alle tre er i grunnen bare særlige utslag av et stort equity-prinsipp, som man nærmest har gått ut fra fulgte av sig selv. «Laches», som sproglig betyr det samme som «delay», er dog den mildeste form for passivitet fra rettighetshaverens side. «Acquiescence» fordrer en mere positiv optreden, «a sort of active assenting» til den tilstand som er i strid med retten. I begge fall holder dog domstolene fast, at hverken det blotte tidsforløp eller den blotte ikke-bruk er nok til å bringe retten til ophør. Rettighetshaveren må ha hatt særlig foranledning til å handle, sånn at rettsutøvelsen får et illojalt anstrøk når han endelig våkner av dvalen. Hvad «akviesensen» angår, legges det særlig vekt på om rettighetshaveren har uttalt sig eller optrådt på en måte «from which it can be reasonably inferred that he induced other persons to think he would raise no objection to what they were doing». I sånne fall kan det endog være naturlig å tale om virkelig stilltiende rettsoppgivelse — «abandonment» eller «release». Når man bygger på eierens ytre optreden i så måte, og ikke på hans indre vilje, er det forøvrig ingen skarp grense mellom tilfellene.

Også den berømte «estoppel»-læren har en side som får betydning for spørsmålet om rettigheter kan falle bort ved ikke-bruk. Å snøre dette rike og mangesidige instituttet inn i en fast definisjon lar sig neppe gjøre. Men det er kanskje riktig som Siebert sier, at overalt hvor det optrer — og man finner det igjen i de forskjelligste forhold — gir det uttrykk for en eneste stor grunnsetning: «Wer durch sein Verhalten einen anderen zu rechtlich erheblichem Handeln veranlasst (verleitet) hatt, muss sein Verhalten und die berechtigten Folgerungen, die andere aus diesem Verhalten zog, gegen sich gelten lassen» (s. 50).<sup>1</sup> På flere måter kan dette synspunktet få betydning, når det er tale om ikke-utøvelse av en subjektiv rett. Men særlig blir det

---

<sup>1</sup> I kraft av denne regel kan en mann bli hindret — «estopped» — fra å gjøre gjeldende at en tilsynelatende fullmektig ikke var det, og miste vindikationsretten overfor tredjemann, hvis han frivillig har gitt besittelsen av tingen fra sig.

plass for det, når skyldneren eller andre interesserte har innrettet sig på at retten ikke vil bli gjort gjeldende, i tillit til den passivitet rettighetshaveren har lagt for dagen. I alle tilfelle forutsetter estoppelreglen at forholdet bedømmes konkret og individuelt. Og den individuelle vurderingen munner i virkeligheten ut i en helt almen avveiing av de forskjellige hensyn som krysser hverandre: «Es handelt sich darum, die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen mit dem Ziel, diejenigen zu schützen, deren Gesamtlage schutzwürdiger erscheint» (S i e b e r t s. 52).

I Tyskland har problemet om rettstap ved ikke-bruk vært livlig diskutert i de senere år, og det foreligger også mange viktige dommer om emnet. Det tekniske navn man har satt på fenomenet er «Verwirkung», idet man spør om en rett blir forbrutt eller forspilt — «verwirkt» — ved at den ikke har vært utøvet i lengere tid.

I denne tekniske betydningen er «Verwirkung» et nokså nytt begrep, men alt i B. G. B. finner man det brukt på flere steder. § 339 taler således om at en konvensjonalbot «verwirkes» når skyldneren kommer i mora, og § 1680 sier at faren «verwirkt die elterliche Gewalt», hvis han begår forbrytelser overfor barnet. I teorien har ordet «Verwirkung» vært anvendt om mange slags rettstap, f. eks. når megleren mister sin provisjon p. gr. av uredelighet, eller finneren kravet på finnerlønn, fordi han ikke har sagt fra om funnet.

Men først i de senere år har begrepet fått sin nuværende faste betydning. Både i rettspraksis og i videnskapen brukes det nå omtrent utelukkende om det rettstap som inntreffer fordi en rettighet ikke blir gjort gjeldende eller forsvart i tide. Og det er på en rekke områder instituttet har betydning. Et av de første stedene det brøt gjennom var i «Aufwertungs»-retten. Når en kreditor hadde holdt sig rolig i flere år efterat retten til Aufwertung var blitt anerkjent, blev hans krav ofte avvist av domstolene, «weil es gegen Treu und Glauben verstiesse, den Schuldner, der sich auf Grund des untätigen Verhaltens des Gläubigers auf eine Nichtgeltendmachung von Aufwertungsansprüchen einrichten konnte, plötzlich doch mit einem derartigen Anspruch zu überfallen, und damit seine geschäftlichen



Berechnungen und Massnahmen über den Haufen zu stossen» (Siebert s. 2). I arbeidsretten satte Verwirkungstanken inn, når det blev reist tariffmessige krav på etterbetaling for et lengere tidsrum, og når en arbeider blev avskjediget for tjenestefor-seelser etter svært lang tid, og etterat arbeidsgiveren hadde vist i gjerning at han hadde «tilgitt» ham. Men det er dog først og fremst i åndsretten at Verwirkungs-instituttet har røpet livskraft, og gitt anledning både til en rik rettspraksis og til interessante teoretiske drøftelser.

Ikke minst i kjennetegnenes rett blir det ofte plass for det.<sup>1</sup> Når innehaveren av et forretningskjennetegn lar andre bruke tid og penger på å arbeide inn hans kjennetegn som sitt, er det en betenkelig sak å la rettighetshaveren kaste sig over dem i tidens fylde, med påstand om at de værsgod skal la merket eller firmanavnet i fred. Det har de tyske domstolene hatt på følelsen, og i en lang rekke dommer har de latt rettigheten rammes av «Verwirkung» i slike høve. I førstningen var de henvist til å løse spørsmålene fra «Fall zu Fall», og det vilde ikke være menneskelig om alle avgjørelsene hadde stått i full harmoni med hverandre. I de senere år er praksis dog blitt mere avklaret, og den utviklingsveien som er tilbakelagt kan ifølge Siebert deles inn i 3 perioder:<sup>2</sup>

a) I førstningen søkte domstolene å løse konflikten mellom eldre registrerte og yngre innarbeidede kjennetegn ved å si at faren for forveksling var falt bort, fordi tegnene hadde bestått ved siden av hverandre i lengere tid. Imidlertid er det åpenbart at dette ikke alltid er riktig, og like åpenbart at man ikke kan løse alle konfliktsituasjonene på denne måten. I erkjennelsen av dette gikk domstolene derfor inn i

b) annen Verwirkungsperiode, hvor man støttet Verwirkungen til generalklausulen i loven om illojal konkurranse. Man sa nemlig som så, at det etter omstendighetene kan være utilbørlig å gjøre gjeldende retten til et registrert forretnings-tegn, hvis en annen har arbeidet tegnet inn som sitt, og brukt tid

<sup>1</sup> At det også har gjort sig gjeldende i ophavsretten til åndsverker og i patentretten se Siebert s. 24.

<sup>2</sup> Andre forfattere har andre inndelinger. Schumann f. eks. finner ikke mindre enn 5 forskjellige faser i rettsutviklingen. (GRUR 1933 s. 81).

og penger i den anledning. Særlig tydelig er dette, hvis innehaveren selv ikke bruker merket — det er et såkalt «defensivmerke» eller et reservemerke — men sitter stille og ser på hvordan konkurrenten kaster bort penger ved å reklamere op merket for sine varer. Oprinnelig stilte man derfor gjerne som vilkår for Verwirkung at merket ikke måtte være brukt av innehaveren selv (a), at en annen i god tro (b) hadde arbeidet inn merket som sitt (c), og at merkerettens innehaver hadde fullt kjennskap til dette (d). «Die Verwirkung» skulde da virke sånn at de to merkene ikke alene blev stående ved siden av hverandre, men at det registrerte endog kunde kreves strøket.

Gjennom en rekke interessante dommer fant det dog nokså snart en forskyvning sted. Man la ikke lenger hovedvekten på om den krenkede rettighetshavers forhold måtte fordømmes, under de gode seders og den forsvarlige forretningskikkens synsvinkler. Den annen parts «Besitzstand», den kjensgjerning at han hadde fått merket i sin «besiddelse» ved hjelp av arbeide, tid og penger, trådte stadig sterkere i forgrunnen, og derfor begynte man å lempe de vilkårene for Verwirkung som man før hadde vært tilbøielig til å stille. Også merker som selv hadde vært i bruk blev således efter omstendighetene rammet av Verwirkung. Kravet om at merkerettens innehaver måtte ha visst om den konkurrerende innarbeidelsen holdt man heller ikke ubetinget fast; «grov uaktsomhet» kunde efter omstendighetene være nok. Og mens det oprinnelig var en ufravikelig betingelse at innarbeidelsen skulde ha funnet sted i grunnet god tro, slappet man snart også dette kravet. Man lot «bona fides superveniens» klare sig, og praktiserte dette sånn at hvis eieren av det registrerte merke holdt sig passiv, kunde dette skape den tro hos usurpanten at han ikke hadde noe imot innarbeidelsen. Selv med disse modifikasjoner holdt dog praksis fast, at det bare kunde bli tale om Verwirkung når det var utiltalende og utilbørlig at merkeretten blev gjort gjeldende, og generalklausulen i loven om illojal konkurranse var stadig rettsgrunnlaget. Under disse omstendigheter måtte Verwirkungsinstituttet lett bli oppfattet som særlig konkurranserettslig, ikke som noen almen begrensning av privatrettslige rettigheter overhodet. I så henseende er det imidlertid skjedd en forandring i

c) den tredje perioden av Verwirkungsinstituttets utviklingsgang. Det leading case som innledet den er «Hunyadi-Janos»saken (Ent. 1934 s. 38), hvor innehaveren av et registrert forretningstegn blev avvist, skjønt det ikke kunde bebreides ham at han hadde vært uvitende om det nye tegnet som holdt på å arbeide sig inn: «Gewiss,» sier Reichsgericht, «geht namentlich die frühere Rechtssprechung in der Verwirkungsfrage von der Voraussetzung aus, dass der klagende Teil von dem sein Recht verletzenden Verhalten des anderen Kenntniss erlangt hat, oder mindestens in grobfahrlässiger Unkenntnis war, und dass der Besitzstand des Beklagten in redlicher Weise begründet worden ist. Der Gedanke der sog. Verwirkung im Wettbewerbsrecht und in dem nur einen Teil davon bildenden Warenzeichenrecht beruht jedoch nicht auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten, auch nicht auf dem Erfordernis, dass dem Kläger bei Verfolgung seines Anspruchs eigener unlauterer Wettbewerb zur Last falle. Er beruht vielmehr auf dem das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben, welchen der Rechtsverfolgung entgegensteht, wenn sie so spät erfolgt, dass der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als eines vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen darf. Entscheidend sind danoch stets die Umstände des einzelnen Falles, und zwar nicht auf der Seite des Klagers, sondern auf der des Beklagten.»

Skjønt også denne dommen ligger innenfor konkurranse-retten, knytter den allikevel forbindelsen med resten av privat-retten, fordi grunnsetningen om Treu und Glauben er en almindelig privatrettslig grunnsetning, som i Tyskland har fått uttrykk gjennom § 242 i B. G. B. Og denne sammenhengen er blitt ytterligere understreket i senere dommer, som dessuten presiserer hvilke faktorer der spiller inn ved Verwirkung-spørsmålet, samtidig som de utvider Treu- und Glauben-betraktningen sånn, at alle omstendighetene ved det konkrete forhold blir trukket inn under bedømmelsen: ikke bare de private partsinteressene på begge sider, men efter omstendighetene også publikums interesse, og samfundets ønske om å beskytte oparbeidede verdier. Dette betyr naturligvis ikke at man ser bort fra de momentene som eldre rettspraksis la vekt på: Den oparbeidede Besitzstand,

det registrerte merkes bruk eller ikke-bruk, den gode eller onde tro hos de respektive konkurrentene. Men det betyr at de for fremtiden ikke får selvstendig eller avgjørende betydning, men synker ned til å bli faktorer i den store generalvurderingen som avgjørelsen trer frem av i hvert enkelt tilfelle.

Det er rettspraksis som har hatt ledelsen av denne utviklingen; men teorien har fulgt med så godt den har kunnet. Den har registrert — og til dels kritisert — de forskjellige domsutslagene, og søkt å tolke dem og stille dem inn i sin naturlige sammenheng. Men siden praksis var famlende, og tilla snart ett, snart et annet moment avgjørende virkning, før man nådde frem til det frigjorte og frigjørende syn som representeres av utviklingsfase nr. 3, er det naturlig at også «teoriene» er motstridende, og mange av dem ikke lenger up to date.

Gjennomgående kan det sies at «Verwirkungstanken» har møtt stor forståelse hos teoretikerne. De fleste er enig i at den er sund og livskraftig, og at moderne rett trenger den. Men selvsagt fins det undtak fra dette. De som holder på at retten frem for alt skal være fast og «streng» ser med skepsis på alt som smaker av generalklausuler, og hevder at en subjektiv rett aldri kan falle bort, medmindre en positiv rettsregel gir hjemmel for det. Hva særlig angår B. G. B. § 242, hevdes det at denne bestemmelsen aldri bør føre til at velgrunnede rettigheter blir tilintetgjort (N o l f i n g H a u f f i GRUR 1932 s. 1088). Andre går ikke så langt, men understreker at etter «tro og ære» bør en ta minst like meget hensyn til rettighetshaveren, som til den der trenger inn på hans rett. Heller ikke bør en undervurdere betydningen av at retten og rettighetene har skarpe og klare linjer, så enhver kan vite hvor langt hans kongerike strekker sig (S c h u m a n n: Zusammenbruch der Verwirkungslehre i GRUR 1933 s. 81).<sup>1</sup>

Men også blandt dem som gir domstolenes Verwirkungspraksis tilslutning i prinsippet, er det delte meninger om hvordan den skal forklares. Noen mener at «stilltiende»samtykker og

---

<sup>1</sup> Som nevnt foran på s. 40, tar S c h u m a n n også sterk avstand fra forsøkene på å lage en «Verwirkungsdogmatikk», ved å rasjonalisere den almindelige Verwirkungsreglen. Denne siden av hans artikkel har vi snakket om før.

rettsoppgivelser kan gjøre tjenesten, men dem er det liten grunn til å opholde sig ved. Andre finner at hele instituttet i grunnen ikke inneholder noe nytt, men at det er den eldgamle *exceptio doli generalis* som hindrer rettighetshaveren i å gjøre bruk av sin formelle rett. (Således f. eks. *B a u m b a c h*). *S e l i g s o h n* m. fl. hevder at det er en egen slags hevd man har for sig, og vil derfor gjøre hevdsvilkårene gjeldende, f. eks. det ubetingede kravet om god tro. Det fins også dem som anser reglene om spesifikasjon for å gi den nærmeste tilknytningen, fordi det er innarbeidelsen som er årsak i at den eldre rett går til grunne. Særlig omtale fortjener de teoriene som oppfatter *Verwirkungsdommene* som utslag av et eldgammelt tysk rettsinstitutt som heter «*Verschweigung*» (*U l m e r* og særlig *K r a u s e* i skriftet: «*Schweigen im Rechtsverkehr*», 1933). Dette gikk ut på at når en mann hadde tidd stille i lengere tid — som regel i år og dag — skjønt han visste at den faktiske situasjon stod i strid med den, mistet han adgangen til å gjøre retten gjeldende: «*Er hat sich verschwiegen, und muss nun für immer schweigen.*»<sup>1</sup> Samme tanken går nå igjen i *Verwirkungsdommene*, som enten føres direkte tilbake til det gjenopståtte, eller stadig levende *Verschweigungs*instituttet, eller iallfall fortolkes sånn at forestillingen om *Verschweigung* er den «bærende rettstanken» under anvendelsen av *B. G. B. § 242*.

Den herskende mening er dog den — en «herskende» mening kan man aldri undvære i Tyskland, aller minst nå — at ingen av disse forklaringene strekker til, men at dommene gir uttrykk for en ny almindelig rettsgrunnsetning, som kan uttrykkes omtrent sånn: «*Wer mit der Verfolgung seiner Rechte so lange zurückhält, dass die jetzige Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstösst, wird mit seinem Vorbringen abgewiesen; ob ein solcher Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt, ist aus den Umständen des einzelnen Falles festzustellen.*» Hjemmelen for setningen finner man gjerne i *B. G. B. § 242*, som ikke bare utvides til å gjelde fordringshaverens rettsutøvelse, men alle subjektive rettigheter overhodet. Generalklausulen i konkurranseloven kommer bare i betraktning når man ikke

<sup>1</sup> Se *Arnholm* s. 1 ff.

nøier sig med å forsvare sig mot mislig rettsutøvelse, men ønsker å ta offensive skritt mot rettighetshaveren — f. eks. få ham dømt til å fjerne sitt merke fra registret.

Det er ikke bare i åndsretten eller i konkurranseretten eller i arbeidsretten denne grunnsetningen gjør sig gjeldende, selv om det er her man finner de fleste dommene om *Verwirkung*. Ved alle subjektive rettigheter er det plass for den, og overalt virker den som en begrensning av det rådighetsinnhold retten gir anledning til. Men hermed er det klart at også i Tyskland kommer problemet om ikke-bruk av rett i nær forbindelse med det generelle misbruksproblem, idet det jo også fins annen rettsutøvelse som står i strid med hvad tro og ære forlanger. Den slutningen har man til dels også dradd, både i teori og i rettspraksis. Hvor langt det kan sluttes i denne retning er dog ennå litt i det blå, og det samme gjelder enkelthetene i misbrukslæren, dersom det er riktig å opfatte denne som gjeldende tysk rett. Disse spørsmålene skal vi dog ikke for-dype oss i.

IV. Som et resultat av vår lille utflukt til det fremmede kan vi for det første konstatere at problemet om ikke-bruk av rett er grepet nokså forskjellig an i de ulike land. Men midt i all ulikheten må en bli slått av et sterkt fellestrekk: Overalt strever man med å skaffe plass for en slags «*Verwirkung*» ved siden av de gamle stive reglene om hevd, foreldelse etc., og herav kan det vel sluttes at det er sterkt behov for sånne regler i moderne rettsliv. Det består, som Siebert sier, «das Bedürfnis, neben den starren Folgen des reinen Zeitablaufs ein elastisches, die besonderen Umstände des einzelnen Falles berücksichtigendes Rechtsinstitut zu schaffen, das an die illojale Verspätung der Rechtsausübung rechtsmindernde Folgen knüpft» (s. 53).

En slutning til kan vel også trekkes: Det er ikke bare på enkelte spesielle rettsområder man kan risikere å se sin rett svekket, hvis den ikke blir brukt eller forsvart. Det er et alment rettspørsmål man står overfor, og efter det må en også behandle det, hvis det skal være håp om å nå frem til riktige og endelige resultater. En sånn undersøkelse må selv-sagt ta utgangspunkt i våre egne rettsinstitusjoner — det lar sig

ikke gjøre å importere en eller annen regel fra utlandet og presentere den som gjeldende norsk rett. Men både de fremmede rettsreglene og den teoretiske behandling av dem gir adskillig støtte under arbeidet. Det gir de følgende paragrafene nok av beviser på.

### § 3.

#### **Forsøk på en syntese.**

I. Når det skal gjøres forsøk på å skildre problemet om ikke-bruk av rettigheter her i Norge, er det naturligvis domspraksis en må øse av. Og de dommene som kommer i betraktning har vi i hovedsaken gjort rede for i § 1.

Det vilde dog neppe være praktisk å ta fatt på bar bakke, når dommene skal klassifiseres og tydes. Rettspraksis bør ses på bakgrunn av de lovreglene som gjelder om lignende forhold. Lojale dommere søker nemlig veiledning og inspirasjon i lovene når de står overfor spørsmål som ikke er direkte løst, og derfor er det lettere å forstå rettspraksis når en har denne bakgrunnen for øie.

Men enda et «bakteppe» tør det være grunn til å opholde sig et øieblikk ved. Man får nemlig ikke riktig fatt i problemet om ikke-bruk av rett, før man også har betraktet det fra den sosiologiske eller om man vil den lovgivningspolitiske siden, og sett hvilke krefter og faktorer som fremkaller det og gir det karakter. Dette skal vi forsøke på i det romertall som følger.

II. 1. Hvordan subjektive rettigheter skal defineres har det stått heftig strid om, som alle vet. Ikke mindre livlig har man diskutert hvad det er grunnlaget for dem, og særlig hvordan de forholder sig til den objektive rett. To ting synes det dog å være enighet om i våre dager: Det vi kaller «rettigheter» hviler ikke på apriorisk grunnlag, men på rent fornuftmessige, praktiske overveielser fra rettsordenens side. Og deres oppgave er ikke å virkeliggjøre døde og abstrakte prinsipper som viljens autonomi eller lignende, men å beskytte levende og konkrete interesser, som rettsordenen vil holde hånd over.

Når dette er stillingen, er det klarligvis forutsetningen at den som har fått en rett bruker og passer den, for ellers er jo ikke de interessene til stede som loven har tenkt sig. All ikke-bruk av rett er derfor på en måte en strek i det lovgivningspolitiske regnestykket som rettigheten er resultatet av.

Det fins dog rettigheter hvor en kan ta dette med ro. Om A. lar være å kreve inn sin fordring på B., kan rettsordenen ignorere dette med god samvittighet for det er ingen andre som lider skade i den anledning. Anderledes, når det er tale om eiendomsretten eller andre rådighetsretter over godene i naturen. Siden disse bare er til stede i begrenset mengde, er det med en viss overvinnelse rettsordenen utleverer dem til en enkelt, i erkjennelse av at dette alt i alt er den beste måten å gjøre godene fruktbringende på. Når da eieren lar tingen ligge uten å bruke den, er dette en betenkelig ting fra et sosialt synspunkt, og kan nok gi rettsordenen grunn til å ta sin stilling til rettigheten op til ny overveielse. Desto klarere er saken, når rettigheten er en *e n e r e t t* i streng forstand — sånn som åndsrettighetene er — hvor godene efter sin art kunde ha stått til rådighet for alle mennesker samtidig, men allikevel er reservert en enkelt som særrett.

2. Som oftest må dog retten ha ligget ubrukt i *e n v i s s t i d*, før det kan være grunn til å spørre om eieren fremdeles bør ha den i behold. Men det er ikke bare som multiplikator av de sosiale ulempene ved ikke-bruken at tidsforløpet kommer i betraktning. Samspillet mellom de to faktorene er mangesidigere enn som så. At tiden går virker nemlig inn på situasjonen på mangfoldige måter, og dette er hovedgrunnen til at ikke-bruksproblemet blir så tilspisset og så komplisert som det faktisk er.

Undertiden faller dog løsningen noenlunde av sig selv. Det fins nemlig rettigheter som knytter sig til goder der må nytes i nuet og ikke kommer igjen, som f. eks. retten til å se en bestemt teaterforestilling eller til å følge med et skib som passasjer på en bestemt tur. At ikke-bruken her setter punktum for retten er oplagt.

Så radikal pleier tidens destruktive virkning dog sjelden å være. Men derfor kan den være merkbar nok. Alle rettigheter



virker jo i samfundslivet, og er viktige deler av dette. Men samfundet er som andre «organismer» aldri i hvile — tingene, forholdene og menneskene forandrer sig stadig. Derfor er heller ikke det reelle interessegrunnlaget for rettighetene noensinne i ro, men skifter uophørlig. Og ganske særlig når retten ligger brakk blir det rik plass for forskyvninger.

Hvis en rettighet befinner sig i dvale i lengere tid, gror det uvegerlig mose på den — om ikke rent fysisk så ialfall i godtfolks bevissthet. Eller for å bruke et annet bilde: Tidsforløpet virker som en ustanselig, fin askeregn over rettsforholdet, der litt efter litt mister sine konturer og til slutt begravnes helt, sånn som Pompeii blev det i askeregnen fra Vesuv. Og alle forsøk på å grave det frem igjen og restaurere situasjonen sånn som den engang var, vil støte på instinktiv og sterk motstand i et sunt rettsamfund.

For det første kan det ha sine vanskeligheter å få rekonstruert forholdet korrekt. Når den faktiske tilstand stemmer med hvad folk holder for riktig, pleier man ikke å være så nøie med å gjemme de bevismidlene som godtgjør at alt er i orden. Arkivene til privatfolk er gjerne tarvelige, og rettsordenen bør heller ikke opmuntre dem for sterkt til å rette på dette. Når en mann derfor vil rote op i festnede eiendomsforhold, eller vekke til live en fordring ved hjelp av gamle dokumenter e. l., bør man se med skepsis på sånne forsøk på å kalle fortiden til vidne mot nutiden. Det er en nærliggende mulighet for at rettsforholdet kan være forrykket i mellemtiden, skjønt måten det er skjedd på er gått i glemmeboken.

Men selv om den nuværende tilstand ikke er blitt til på helt regulær vis, er det ikke sikkert retten bør låne sin hjelp til å få skruet forholdet tilbake til det som engang var «rett og riktig». Tiden og passiviteten kan nemlig ha forskjøvet interessesituasjonen sånn, at en lovgivningspolitisk vurdering av den faller anderledes ut enn dengang retten blev tilstått: Når en rett ikke blir brukt, regner fornuftige folk snart med at den heller ikke er til, og tilliten til dette er en meget respektabel interesse, som ikke kan las ute av betraktning når det skal avgjøres om retten allikevel bør være i behold. Det er nemlig ikke bare psykologisk forklarlig at man reagerer på denne

måten, men til en viss grad også sosialt berettiget.<sup>1</sup> All ubestemt-  
het i rettsforholdene, all disharmoni mellom rett og rådighets-  
tilstand er i strid med det ordensideal som rettsordenen streber  
mot, og for å rette på dette vil den nokså snart være tilbøielig  
til å la en faktisk bestående tilstand forvandles til virkelig rett.

Så meget større grunn kan det være til dette, som det ofte  
er umulig å la retten virke i sin oprinnelige skikkelse uten at  
andre, viktige samfundsinteresser går med  
i løpet. Det er ikke det samme for selgeren, om kjøperen  
reklamerer straks han opdager at varene er mangelfulle, eller  
venter noen måneder med å si fra. I siste fall er selgeren definit-  
tivt avskåret fra å få undersøkt og kanskje rettet feilen i tide,  
han kan ikke lenger få dekket tapet hos sin egen selger, og frem-  
for alt: Man kan ikke se bort fra den spekuljonsmulighet som  
kjøperen har sikret sig på selgerens kostnad, ved å se tiden an  
og iakttatt konjunkturutviklingen. Ingenting av dette kan gjøres  
om igjen, når kjøperen endelig våkner til handling.

Og hvis det ytterligere har spiret frem nye, positive  
interesser i ly av den tillit som rettighetshaverens uvirk-  
somhet har skapt, blir det om mulig enda klarere at det kan  
være betenkelig å la rettigheten bestå som før. Det kan være  
interesser av mange slag, men det fellestrekket har de at de  
ikke smertefritt kan strykes ut igjen. Når offeret for en over-  
svømmelse ikke forlanger en elv ledet vekk fra sitt nye leie, dyrkes  
det gamle elveleiet op. Når eieren ikke protesterer skjønt det bygges  
på hans grunn, skyter en ny bygning i været. Når en arving  
lar være å angripe et ugyldig testament, men lar skiftet finne  
sted og arvetingene spres for alle vinde, er det ikke interesse-  
situasjonen ved dødsfallet som foreligger, når han endelig bestem-  
mer sig til å gjøre bruk av sin rett. Og på samme måten står  
saken, hvis en mann har en innsigelse mot rekonstruksjonen av

---

<sup>1</sup> Noen vil kanskje innvende at dette er en sirkelslutning, idet tilliten  
bare er berettiget i den utstrekning rettsordenen virkelig knytter rettstap til passi-  
viteten. En sånn logikk minner dog betenkelig om Erasmi Montani. Her som  
så ofte ellers kan tilliten gro op i kraft av godtfolks naturlige innstilling og sunde  
psykologiske reaksjon, uten hensyn til om loven honorerer de forventninger  
som stilles. Men hermed er det skapt en sosial verdi, som rettsordenen  
kan ha opfordring til å ta under vingene.

en bank, men lar banken arbeide i flere år før han bestemmer sig for å gjøre ugyldigheten gjeldende.

Sånn kunde en fortsette temmelig lenge, uten å være sikker på å bli ferdig. Men det som nå er sagt tør være tilstrekkelig til å gi et visst inntrykk av hvor landet ligger.

III. Vender vi oss så til den positive lovgivning, finner vi massevis av eksempler på at ikke-bruken og tidsforløpet kan forme om en rettighet. Snart er det den ene faktor som står i forgrunnen og snart den andre.

1. Den rene og skjære passivitet — altså når det ikke er dukket op nye, motstående interesser mens retten lå i dvale — fører forholdsvis sjelden til rettstap, selv om den varer i noen tid. Lovgivningen resonnerer som så, at egoismen og selvheldelsen gjerne er sterke nok til å garantere at rettighetene blir brukt, og de undtak som forekommer er ikke flere enn at man kan se bort fra dem. I lovens øine er det ikke desto mindre mot forutsetningene at en rett blir liggende brakk, og når dette strider mot viktige samfundsinteresser mangler det ikke eksempler på at man griper regulerende inn. Typiske i så henseende er reglene i enkelte fremmede varemerkelover (i England og Sveits), om at retten til et registrert merke faller bort hvis merket ikke er brukt i et visst antall år; man vil ikke at det skal ta op plassen for andre til ingen nytte. En lignende tankegang ligger også bak patentl. § 9, som bestemmer at patenter blir gjenstand for tvangslisens hvis de ikke utnyttes ordentlig her i landet innen 3 år. Åndsverkslovens ekspropriasjonsregel, som er betinget av at verket ikke holdes effektivt tilgjengelig for almenheten, kan også nevnes i samme forbindelse, og det samme kan bergverkslovens § 30, som sier at en mutingsrett faller bort hvis gruben ikke holdes i stadig drift. Lovgivningen om forsvunne gir også vidnesbyrd om at samfundet ikke er tjent med at verdier ligger ubrukt. Håndgripelige utslag av samme tanken finner en videre i jordloven og i skogloven. En grunneier har således ikke lov til å la være å dyrke jorden, sånn at den går over til skoggrunn, havnegang eller utslått (jordl. § 54), og driver han ikke gården sånn at den står «fullt på høide med godt drevne jordbruk i bygden», kan han risikere at den blir tatt fra ham ved ekspropriasjon (§ 15), eller at han får beskjed fra jordstyret om å bringe jordbruket op (§ 55). I skogloven er det særlig reglene

om kulturplikt som er av interesse i samme forbindelse (skogl. §§ 17—19). Fra krigstiden husker man også reglene om tvangsdyrkning av korn, om forbud mot å la husrum stå ledig, om å holde varer tilbake fra omsetningen etc. Disse budene er ganske visst ophevet nå, men de har beholdt sin symptomatiske betydning, som uttrykk for lovgivningsmaktens innstilling.

2. At «tidens tann» kan tære på en rett når innehaveren ikke bruker eller verger den er bl. a. hevds- og foreldelsesreglene eksempler på — de første ved tinglige rettigheter, de siste ved fordringene. Begge instituttene skyldes i første rekke rettsordenens uvilje mot å rote op i gamle, festnede forhold: Når en mann har sittet riktig lenge med en ting er det sannsynlig han har fått den på lovlig måte, selv om han ikke lenger kan bevise dette; og hvis en fordring er blitt svært gammel er det rimelig den er gjort op, selv om skyldneren ikke gemmer kvitteringene sine til evig tid. Men selv om det godtgjøres at formodningene ikke slår til, virker hevden eller foreldelsen like godt. Den interesseavveiingen som i sin tid førte til at retten blev anerkjent er nemlig blitt rystet og undergravet i tidens løp. Mens rettighetshaveren har vist at han ikke setter større pris på den, har skyldneren eller hevderen oparbeidet sig en goodwill, som rettsordenen nødig vil tilintetgjøre ved å la rettigheten stå ved makt. Skyldneren har innrettet sig i tillit til at fordringen ikke vil bli gjort gjeldende, og hevderen har enda bedre kort på hånden. Han har i lang tid vært i aktiv besiddelse av den herlighet som retten gjelder, og har lagt ned arbeide på å dyrke den. Vilkårene for rettstapet er dog slett ikke ens. Særlig skal man merke sig at mens god tro er et ueftergivelig hevdsvilkår, kan en skyldner bli kvitt sin gjeld når foreldelsesperioden er gått, selv om han hele tiden har vært klar over at han skyldte pengene.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Vinding Kruse finner denne forskjellen uberettiget, fordi hevd og foreldelse er ett og det samme. En sånn slutning er dog forhastet. Hevd og foreldelse er ganske visst i slekt, og det er fortjenstfullt å understreke dette. Men det er også viktig forskjell mellom dem, og den skriver sig hovedsakelig fra at tinglige rettigheter og fordringer har så forskjellig karakter. Hverken i begrunnelse eller i rent faktisk henseende faller hevden og foreldelsen helt sammen, og dette kan nok forklare at både den ene og den annen detaljregel blir forskjellig. Selv de rettsforfatningene som har felles navn på hevden og foreldelsen — code civils prescription, Østerrikes Verjährung, den engelske

Også præklausjonsreglene hører hjemme i samme gruppen, men her kreves det dessuten en offentlig kunngjøring, som opfordrer rettighetshaveren til å melde sig hvis ikke retten skal falle bort; til gjengjeld er fristene meget kortere. Præklausjon er det plass for både ved fordringer og ved tinglige rettigheter — man tenke f. eks. på reglene om hittegods som eieren mister, hvis han ikke melder sig når lensmannen lyser ut funnet. Det er først og fremst ønsket om å skape orden og klarhet i rettsforholdene som ligger bak reglene om præklausjon. All ubestemthet og uvisshet er rettstanken imot, regninger bør betales på dagen og rettsbokholderiet i samfundet gjøres endelig op, helst fra dag til dag. Ut fra denne begrunnelsen er det forståelig, at det som regel ikke spiller noen rolle om det foreligger «god tro» på den ene eller annen side.

Det neste store eksemplet er alle fristene, som også begrenser rettsutøvelsen i tiden, og det undertiden temmelig hårdhendt. I prosessen vrimler det av dem, men også materielle rettigheter kan ofte være knyttet til tidsfrister. I varemerkel. § 10 sies det f. eks. at den som har vunnet merkerett gjennom innarbeidelse må reise søksmål innen 3 år, hvis en annen i god tro har fått registrert samme merket for sine varer. Og § 15 i navneloven er eksempel på det samme.<sup>1</sup> Den som mener at hans subjektive navnerett er krenket ved en navnebevilling fra justisdepartementet må gå til sak om dette innen 3 år.<sup>2</sup>

En egen slags frister er reklamasjonsfristene

retts limitation — er fullt klar over dette. Det lar sig derfor ikke gjøre å slutte logisk, at det er galt å gjøre forskjell mellom rettsreglene. Men det kan være nyttig å holde ulikhetene op mot hverandre, for å se om de lar sig saklig forklare, eller om de bare kommer av at de to instituttene tilfeldigvis har utviklet sig hver for sig.

<sup>1</sup> I § 16 gis det også anvisning på en egen slags navnerettslig «hevd», men ganske visst bare til fordel for dem som hadde begynt å hevde før loven: «Hvis noen fra før utferdigelsen av denne lov og efter sitt fylte 18 år i god tro har brukt et navn som slektsnavn uten at sak har vært anlagt mot ham for å få ham fra dømt navnet, er dette å anse som hans rette slektsnavn.»

<sup>2</sup> Fra de forskjelligste rettsfelter kunde det selvsagt nevnes eksempler på at rettigheter faller bort, når de ikke gjøres gjeldende innen en viss frist. Man kan endog risikere å bli far på denne måten — ved ikke å reise farskapssak i tide. Om dette er et eksempel på rettstap eller rettserhverv kan i denne forbindelse være likegyldig.

hvis betydning vokser fra dag til dag, ikke bare i forretningslivet, men også utenfor. Som regel er det ikke her tale om noe bestemt tidsrum, men retten faller bort eller endres til rettighetshaverens skade, hvis det ikke reklameres i rimelig tid, som regel «uten ugrunnet opphold». De rettigheter det her gjelder er oftest hvad tyskerne kaller «Gestaltungsrechte», d. v. s. ikke selvstendige fordringer eller selvstendige rådighetsrettigheter, men spesielle krav og beføielser som et mere omfattende rett- og pliktforhold gir høve til, f. eks. retten til å heve, kreve prisavslag, omlevering, erstatning eller hvad det kan være. Også reklamasjonsreglene hviler til en viss grad på det samme formelle ordenssynspunkt som reglene om præklausjon: Den som mener han ikke har fått hvad han skal ha, eller at den faktiske tilstand ikke svarer til hans rett, bør ikke la det unormale forhold vare lenger enn nødvendig.<sup>1</sup> Det viktigste er dog at det taler sterke reelle argumenter i samme retning. Av mange grunner er motparten nemlig interessert i å få beskjed med en gang, for å sikre sine beviser og rettetlinjer, og for å hindre medkontrahenten i å spekulere på hans kostnad. Reklamasjonsplikt betyr ganske visst bryderi for rettighetshaveren, men det er et karakteristisk trekk ved nutidsretten, at man ikke legger avgjørende vekt på dette. Når det kan skje uten at egne interesser berøres på vesentlig måte, skal subjektive rettigheter utøves med hensynsfullhet overfor andre, og ganske særlig overfor dem som rettighetshaveren er bundet til gjennom kontrakt.

Efter det grunnlag reklamasjonsreglene hviler på er det rimelig at fristen ikke begynner å løpe før rettighetshaveren hadde rimelig foranledning til å si fra. På den annen side smaker det så dårlig å belønne svindel og kjeltringskap at man godt kan forstå f. eks. kjøpsl. § 53, som fritar kjøperen for den strenge reklamasjonsplikten når selgeren har handlet svikaktig.

3. Nesten enda viktigere for vårt emne er imidlertid en tredje gruppe av rettsregler, hvor både ikke-bruk og tidsforløp er forutsetninger for rettstapet, men hvor dette også er betinget av andre omstendigheter, som lett kommer til å spille hovedrollen i begrunnelsen. Ifølge vassdragsl. § 9 har

<sup>1</sup> Det er for såvidt den gamle, tyske «Verschweigungstanken» man har for sig.

således en skadelidende grunneier rett til å føre en elv tilbake til sitt tidligere leie, hvis den har brutt sig et nytt; men har den nye tilstanden vart i 2 år, må han betale erstatning for de utgifter som «måtte være anvendt enten på det gamle elveleies opdyrkning og desslike, eller på foranstaltninger siktende til å utnytte vannet i dets nye løp». Ikke mindre uttrykksfulle er reglene i naboloven. I § 16 sies det f. eks. at et anlegg som i og for sig skulde være ulovlig fordi det påfører naboene «usedvanlig eller upåregnelig ulempe», allikevel ikke kan kreves stanset hvis det alt har vært drevet 3 år i trekk. Og § 17 bestemmer at en nabo ikke kan forlange erstatning for ulemper, medmindre han på forhånd har «advart den skyldige mot å fortsette den lovstridige fremgangsmåte». Aller interessantest er allikevel § 8: Hvis nemlig noen «i undskyldelig uvidenhed om grenseskjellet» har satt en del av sin bygning inn på naboens grunn — og han dessuten har opfylt kravet i § 3 om å tilkalle naboen før han tar til å bygge — da må han, sier loven, «uansett bestemmelsen i N. L. 6-15-18, mot en ulempeerstatning lik det dobbelte av hvad grunnen er verd for ham, tåle at bygningen blir stående, såfremt borttagelsen vilde påføre eieren et i forhold til ulempen for naboen og bygningens verdi alt for stort tap». En regel som er temmelig parallell til denne har man også i åndsverkslovens § 23. Tanken i alle disse bestemmelsene er klarligvis, at når det er vokset frem nye interesser mens eieren har holdt sig uvirksom, bør ikke disse ubetinget ofres til ære for det formelle rettighetssynspunkt, hvis dette vilde føre til at betydelige samfunnsverdier gikk til spille. Helt enerådende er disse sosialøkonomiske synsmåtene dog ikke. Det er således bare når en bygning i «undskyldelig uvitenhet om grenseskjellet» er satt inn på naboens grunn, at den får lov å bli stående. Hvis dette kravet ikke er opfylt skulde grunneieren nå som efter lovboken kunne forlange huset revet, selv om nokså mange millioner gikk fløiten.

4. Beslektet med disse forskriftene er også reglene om s a m m e n f ø i n g og s p e s i f i k a s j o n, som ganske visst ikke er lovfestet, men ikke mindre sikre for det. I første fall går eiendomsrett tapt fordi det er umulig eller uforsvarlig å løse op fellesskapet igjen, og i siste fall kommer en til samme resultat, fordi spesifikantens arbeide har så meget mere å si enn material-

verdien. Den formelle tilknytning til læren om ikke-bruk av rett ligger her i den kjensgjerning, at eieren ikke har utøvet sin rett særlig aktivt og kontinuerlig når uvedkommende har kunnet slippe til, og at de forandringer som er skjedd med tingen nødvendigvis krever sin tid. Langt viktigere er dog den *reelle* sammenhengen mellom reglene: På tross av sin autoriserte rett må eieren vike i den nye interessesituasjon som tiden og forholdene har lagt til rette. Ellers vilde man nemlig ofre for sterkt til den gamle setningen: *Fiat justitia, pereat mundus*.<sup>1</sup>

5. Betydelig interesse for vårt emne har endelig reglen i ikrl. § 25, annet ledd. Etter å ha slått fast at den skadelidendes uaktsomhet skal tas i betraktning ved beregningen av erstatningen, sier nemlig loven at det også regnes som uaktsomhet «når den skadelidende har undlatt etter evne å avvende eller begrense skaden, eller når han har undlatt å fjerne eller forminske en usedvanlig fare for skade når dette uten vanskelighet kunde skje». Den «passivitetsvirkning» som blir følgen av dette inntre ganske visst ikke fordi eieren ikke har brukt sin rett, eller ikke hevdet den overfor andre. Hvad det her kan bebreides rettighetshaveren er at han ikke har passet på selve tingen<sup>2</sup> sånn som en aktsom mann vilde gjøre, og som rettsordenen har lov å regne med når den innrømmer folk subjektive rettigheter. Allikevel har reglen stor betydning for ikke-bruksspørsmålet. Den viser nemlig hvilken atmosfære problemet ånder i, fordi den er et så tydelig symptom på hvordan loven i det hele ser på rettigheter og på rettsutøvelse i våre dager: Enhver som krever beskyttelse for

---

<sup>1</sup> Også her er det lærerikt å se på de subjektive momentene som kreves forat eierens rett skal kunde «eksproprieres». At ond tro ikke utelukker retts-erhvervet ved sammenblanding og sammenføiing er på det rene. Men ved spesifikasjon hevdes det gjerne hos oss at reglen er en annen. Helt absolutt tror jeg dog ikke man kan si dette (Se min oversikt over Norges rett s. 179). Men gir den objektive interesseavveining ikke noe avgjørende utslag, kan vektskålen naturligvis lett synke i den oprinnelige eiers favør, hvis spesifikanten er i «ond tro». — B. G. B. § 950 lar alltid spesifikantens rettserhverv være avhengig av god tro, mens § 726 i den sveitsiske civilloven overlater det til dommeren å avgjøre hvilken virkning den onde troen skal ha.

<sup>2</sup> § 25 kommer dog også i betraktning når den skadelidende venter for lenge med å gå til sak, for å få slutt på en ulovlig rettstilstand.



sine rettigheter må på sin side vise den sosiale ansvarsfølelse som tiden forlanger, og som etter omstendighetene godt kan forplikte ham til en viss aktivitet for å hindre at samfunnsverdier går tapt — selv om disse skulde sitte på andre hender enn hans egne, sånn som tilfellet er når eieren må gripe inn for å minske skadevolderens erstatningsplikt.

6. De lovreglene som nå er gjengitt er vidnesbyrd om at rettsordenen ikke lar det bero med den interesseavveiingen som opprinnelig ligger til grunn for rettighetene, når forholdene kommer i for sterk strid med de forutsetninger som denne avveiingen hviler på. Det kan naturligvis være mange årsaker til dette, men i de tilfellene vi har dradd frem er det ikke-bruken og tiden som er de drivende årsaksfaktorer, sammen med de krefter og forhold som får anledning til å virke inn på interessesituasjonen, takket være dem. I to ord kan man derfor si at disse reglene er likeså mange forsøk fra lovgivningsmaktens side på å holde sin interesseavveiing à jour med forholdene, sånn som disse kan utvikle sig når rettighetshaveren ikke bruker retten, og forvandlingens lov gjør sig gjeldende eftersom tiden går.

IV. Imidlertid har det vist sig at domstolene ikke synes man slipper ut med de faste, lovbestemte reglene om hvordan ubrukte rettigheter kan tape sig med tiden. Både hos oss og annetsteds har de dekretert rettstap i en lang rekke tilfelle, hvor dette har forekommet dem påkrevet etter forholdene. Herunder har de, som rett og riktig er, latt sig inspirere av de positive lovreglene som nettopp blev gjennomgått, og av den interesseavveiingen som disse forekom dem å gi uttrykk for. De resultatene som praksis er kommet til på denne måten kan kanskje sammenfattes omtrent sånn:

1. Overfor den rene ikke-bruk — hvor tiden og forholdene ikke har forrykket interessesituasjonen — har domstolene ikke følt sig opfordret til å gripe inn. Om en fiskerett ligger ubrukt i årevis eller et varemerke vegeterer i registret, består rettighetene like godt, når andre ikke har tilegnet sig fiskeretten eller brukt merket for sine varer. Fra et lovgivningssynspunkt kan det kanskje tale adskillig for å modifisere rettsforholdet i sånne høve, men det er vanskelig å gjøre det uten

positiv lov. Iallfall har ikke domstolene hos oss — og neppe andre steder heller — dristet sig til å gå lovgivningen i næringen, når passiviteten nok er mislig fra samfundets synspunkt, men uten at det vilde være i strid med konkrete privatinteresser om retten plutselig skulde våkne til live.

2. Når dette siste er tilfellet, har praksis klart sig et godt stykke på vei ved hjelp av setningen om at rettighetshaveren ofte må anses for å ha gitt op sin rett ved passiviteten. Hvis en mener at «erklæringsvilje» i subjektiv og streng forstand er et nødvendig vilkår for en rettshandel, blir det ganske visst ikke stor plass for dette — forutsatt at en holder sig til virkelighetens verden og ikke gir sig fiksjonene i vold. Men når det — som hos oss — kan sluttes til erklæringsviljen fra handlingsmannens ytre opreden og de foreliggende objektive forhold, står saken noe anderledes. Særlig stor plass for virkelig stilltiende rettsoppgivelse blir det dog neppe — dertil er menneskene for lite altruistiske av sig.<sup>1</sup>

Det har også hendt at Høiesterett har erklært en rett for bortfalt, fordi en særlig lang tids ikke-bruk skaper sterk formodning for at den er bragt ut av verden på en eller annen måte, skjønt ingen nå kan si hvilken. Slik resonnerer man i Rt. 1933 s. 1082, hvor det gjalt en gammel husmannskontrakt som aldri hadde vært i virksomhet. «Det har all formodning for sig at kontrakten i virkeligheten av de interesserte forlengst er ansett bortfalt som aktuell rettighet,» sa Høiesterett her. Og det kan naturligvis også tenkes at en ubrukt rett er så eldgammel at man alt av denne grunn har liten lyst til å anerkjenne den som levende; slik resonnerer f. eks. mindretallet i Sveåsdømmen (Rt. 1938 s. 790)<sup>2</sup> — for øvrig uten å få flertallet med sig. Men det er allikevel ikke sånne tankebaner de fleste passivitetsdommene beveger sig i.

3. Den viktigste grunn til at rettigheter taper sig ved ikke-bruk er derimot at domstolene finner foranledning til å bebreide rettighetshaveren at han ikke har

---

<sup>1</sup> Grensen mellem disse tilfellene og dem hvor rettstapet inntreer av andre grunner er for øvrig temmelig flytende.

<sup>2</sup> Det dreiet sig her om en gammel rett til å ta op sæter i en almenning, som ikke hadde vært brukt siden den var stiftet i 1781.

hevde retten i tide, idet passiviteten efter omstendighetene er illojal overfor dem som har innrettet sig på at den ikke bestod.)

Mest iøinefallende er dette hvis eieren sitter likefrem på lur og ser andre legge ned penger og arbeide på ting som nødvendigvis vil være bortkastet, når retten en gang blir gjort gjeldende. Om det er skadefryd som er drivfjæren, eller bare ringeakt for andres skjebne, spiller liten rolle i denne forbindelse. Sånn lå saken an i mange av de dommene som blev nevnt i § 1. I Rt. 1893 s. 481 holdt eieren av sjøbua sig passiv, mens kommunen satte sig i utgifter ved å bygge om bryggen i strid med hans rett. Det samme gjorde naboen i Rt. 1902 s. 641, hvor det gjaldt hus på fremmed grunn, og de rettighetshaverne som optrådte i Rt. 1905 s. 235, 1923 s. 793 og 1937 s. 452 hadde i virkeligheten ikke stort renere mel i posen. I alle disse tilfellene anså domstolen en rettighet for å være forspilt eller svekket, fordi det var illojalt av eieren at han hadde ventet med å gjøre den gjeldende, og fordi det vilde skade rettsverdige interesser om den plutselig stod op fra de døde.

På samme måten ligger saken an i mange av de andre passivitetssdommene, skjønt rettighetshaverens optreden her er mindre graverende. Jeg tenker f. eks. på dem som lar en fordringsrett falle bort fordi det ikke er reagert i tide overfor en uberettiget annullasjon (Rt. 1918 s. 494 og 1921 s. 70), på læreren som ikke krevet sin stilling igjen innen rimelig tid (Rt. 1918 II s. 65) og på de dommene som avskjærer adgangen til å påstå at en reklamasjon er kommet for sent, når man har tatt til motmele mot den i realiteten (Rt. 1910 s. 790, 1920 s. 831 og 1928 s. 980). Arbeidsrettsdommene som nekter fagforeninger å kreve etterbetaling når de nøler med å gjøre tariffbrudd gjeldende, bygger også på samme tanken, og det gjør Hellanddommen i Rt. 1934 s. 613, den andre Ålesunddommen (i Rt. 1936 s. 481), skattedommen i Rt. 1937 s. 436 og Ryder Larsendommen (Rt. 1937 s. 544).

Uttrykksmåten i dommene varierer ganske visst betraktelig. Noen av dem — særlig de litt eldre — taler gjerne om at retten er «stilltiende frafalt», eller at det stilltiende er gitt samtykke til den nye tingenes tilstand. Men også de dommene som fører mere direkte tale, uttrykker sig forskjellig: «Det er en naturlig

rettsregel,» heter det i Rt. 1893 s. 481 (om kommunens brygge), «at i et tilfelle som det foreliggende den der mener sig forurettet, for å kunne fordre fullstendig omgjørelse av det som er passert, må gjøre reklame innen en viss rimelig tid.» I Rt. 1902 s. 641 (bygging inn på nabogrunnen) sies det at eieren «burde ha underrettet byggherren om den begåtte feil, mens der ennå var lett adgang til å rette den». Dommen om kaien i Bergen (Rt. 1905 s. 235) erklærer kort og godt at «ved den måte hvorpå de har forholdt sig under kaiens opførelse har de forspilt sin rett til å forlange adkomst for sine båter». I Hellanddommen (Rt. 1934 s. 613) fant retten det «ikke rimelig eller stemmende med almindelig rettsopfatning at han under de i saken foreliggende forhold ventet en årrekke» med å angripe bankens rekonstruksjon. I Westadsaken (Rt. 1937 s. 454) taler herredsretten om at «saksøkeren ved sin opptreden må anses for å ha stilltiende frafalt sin sagrett i elven eller å ha forspilt adgangen til nu å gjøre den gjeldende», mens Høiesterett sier at «de ankende parter må høres med at han dengang ikke regnet med noen rettighet efter det gamle dokument eller at enhver sånn rettighet iallfall var opgitt». Endelig heter det i Ryder Larsensaken (Rt. 1937 s. 549): «Mener man først at det iallfall i noen grad kan tilregnes arvingen at angrepet på testamentet blev såvidt sent fremmet, bør medarvingene iallfall høres med at gjennomførelsen av kravet liten eller ingen økonomisk interesse innebærer for henne, og at den ikke står i noe rimelig forhold til ulempene for medarvingene.» Men bak all variasjon i ordvalget er det samme rettstanken som overalt gjør sig gjeldende: Domstolen finner ikke at rettighets-haveren har optrådt som han skulde når han har holdt sig absolutt i ro, og som følge herav finner man det rimelig at hans rett blir beklippet eller ophevet.

Blandt de lovreglene man herunder har søkt tilknytning til står reklamasjonsreglene i første rekke. De var jo for størstedelen utviklet i praksis lenge før kjøpsloven og andre lover kodifiserte dem,<sup>1</sup> og har utvilsomt større naturlig virkefelt enn lovene uttrykkelig har anvist. De er videre særlig uttrykksfulle eksponenter for tanken om at alle rettigheter skal brukes

---

<sup>1</sup> Se Grundtvig: «Om Reklamasjon», og de dommene han nevner.

med hensynsfullhet, og former dertil rettstapet som en direkte reaksjon mot den forsømmelsen som ligger i at «reklamasjonsplikten» ikke er behørig opfylt. Endelig byr reklamasjonsreglene også forsåvidt bedre støtte for analogi enn hevds- og foreldelsesreglene, som de ikke er bundet til bestemte frister, men forutsetter en konkret, allsidig vurdering av situasjonen og dens krav.

Det er imidlertid ikke bare tanken om at passiviteten er illojal og dadelverdig som binder så mange av ikke-bruksdommene sammen. Den målestokk domstolene anvender når de bebreider rettighetshaveren hans uvirksomhet, går også igjen fra dom til dom. Noen matematisk størrelse er det naturligvis ikke tale om, og en generell og adekvat formulering av målestokken finnes ikke i noen av dommene. Men det er allikevel ikke for dristig å si at de alltid spør om ett og det samme: Vilde en fornuftig og aktsom mann ha optrådt på denne måten når han aktet å hevde sin rett, og hadde så utviklet sosial ansvarskjensle og sånn respekt for nestens interesser som rettsordenen krever av en rettighetshaver i våre dager? Det er denne standard for «korrekt sosial optreden» som i virkeligheten er prøvestenen i de aller fleste dommene om ikke-bruk av rett.

4. Men ikke i alle. Det fins nemlig dommer som lar tiden og ikke-bruken få skjebnesvangre følger, selv om passiviteten ikke kan bebreides rettighetshaveren, enn ikke ut fra den fineste sosiale ansvarskjensle. Også i dette stykke har rettspraksis arbeidet videre på det grunnlag lovgivningen har lagt. Hevds-, foreldelses- og præklausjonsreglene virker jo uten hensyn til om rettighetshaveren er uangripelig i det konkrete tilfelle, og det samme gjør forskriftene om spesifikasjon og sammenblanding, såvelsom nabol. § 8. Ikke minst er det denne siste bestemmelsen hvis tankegang domstolene har søkt støtte i. Det er særlig dommene i navnesaker som må nevnes i denne forbindelse. Når en uvedkommende har brukt navnet i svært lang tid, og kanskje opparbeidet sig en forretning eller en ansett posisjon under det, har ikke slekten fått medhold i sitt angrep, selv om det ikke kan bebreides den at man har ventet så lenge med å hevde eneretten. Og skjønt det kanskje ikke kan påvises direkte dommer om det, er jeg ikke i tvil om at praksis vilde gjøre det samme også i andre tilfelle hvor rettighetshaverens passivitet er ganske uforskyldt,

men hvor det ikke desto mindre vilde føre til uforholdsmessig verditap om en rettighet skulde bli gjort gjeldende i sin oprinnelige, uavkortede skikkelse. Tror noen at et «ondtroende» millionbygg som streifet annenmanns grunn vilde bli revet ned, selv om eieren kunde gi en fullt tilfredsstillende forklaring til sin passivitet? Eller at en rekonstruksjon av en bank vilde bli underkjent etterat banken hadde arbeidet i en årrekke, fordi om en enkelt innskyter hadde samtykket under gale forutsetninger, uten at det kunde bebreides ham at han hadde ventet så lenge med å gå til sak?<sup>1</sup>

I slike fall har en ingen umiddelbar glede av den grunnsetningen som blev stillet op for et øieblikk siden. Her er det jo ikke rettighetshaverens illojale passivitet man må bygge på, men rent objektive kriterier: Om det i forholdenes medfør er blitt et sånt misforhold mellem den faktiske interessesituasjon og den interesseveiing lovgiveren har tenkt sig, at det ikke er forsvarlig å la rettigheten stå uavkortet ved makt. Når dette er spørsmålet, har en tilsynelatende ingen hjelp av den gode og fornuftige rettighetshaver med sin sosiale ansvarskjensle i behold; men ser man nærmere til tør det være at billedet skifter: Det kan jo ikke angis i bestemte tall hvor stort verditap det skal til før den subjektive rett må vike, og heller ikke settes op noe skjema over de faktorer som kommer i betraktning og over deres relative vekt. Enten en vil eller ei, må man falle tilbake på en mere smidig og ubestemt målestokk. Og tar en tilfellene under ett, sånn som de forekommer i praksis eller må tenkes i fantasien, kan jeg ikke skjønne annet enn at man også her havner i en standard, som jeg kunde tenke mig formet sånn: Hvis en mann med sosial ansvarskjensle ikke vilde finne det forsvarlig å bruke sin rett under de foreliggende forhold — eller iallfall ikke vilde ha brukt den fullt ut — da er det et sånt misforhold mellem virkelig og forutsatt rettsutøvelse at domstolene har rett og plikt til å gripe regulerende inn.

5. Gir man setningen denne form, og ser den som en nødvendig — skjønt ikke svært vesentlig — tilføielse til den passivi-

---

<sup>1</sup> Ulysten til å anerkjenne rettskrav som vilde legge uforholdsmessige samfundsverdier øde, gjør sig som kjent gjeldende på diverse rettsområder. Se f. eks. S t a n g s: Erstatningsansvar s. 102.

tetsgrunnsetningen som blev utviklet noen sider foran, kan man i virkeligheten klare sig med en eneste setning, når det spørres om hvad ikke-bruk av rett kan føre til, hvis den har vart i noen tid:<sup>1</sup> Rettighetshaveren må finne sig i at retten tapes eller svekkes, dersom en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvarskjensle ikke vilde undlatt å bruke retten i tide, eller ikke finne det forsvarlig å kreve den gjennomført i streng og uavkortet skikkelse, under den forandrede situasjon som tiden og forholdene har lagt til rette.

Det er denne setningen jeg annetsteds har omtalt som passivitetstandarden ved de subjektive rettigheter.

#### § 4.

##### **Nærmere om passivitetstandarden.**

I. Når det gjelder å gi en nærmere beskrivelse av den grunnsetningen vi arbeidet oss frem til i forrige paragraf, må det først og fremst understrekes at den [ingenlunde er noen almindelig «rettsregel», men en standard: Den gir ikke dommeren fikse og ferdige avgjørelser, men bare et direktiv å gå efter, idet den peker på en viss sosial målestokk som han forutsettes å være fortrolig med. Alle de egenskapene som utmerker standardene — jfr. den første avhandlingen i boken — finner en igjen her i tur og orden.

At man må nøie sig med en standard i disse forholdene, og ikke kan trekke faste og detaljerte rettsregler ut av dommene om ikke-bruk av rett, bør ikke vekke forundring. Man får snarere være glad for at man har vunnet så pass sikre holdpunkter som en standard kan gi. Ja på en måte kan det sies at standarden nettop er det adekvate hjelpemiddel i teknisk-juridisk henseende, når det gjelder å holde de subjektive rettigheter à-jour med tiden og utviklingen: Da interessene stadig skifter og de individuelle nyanser er uten tall, kan stive og abstrakte rettsregler aldri svare helt til den konkrete virkelighet,

<sup>1</sup> Jeg ser bort fra de sjeldne tilfellene som er behandlet under 2.

eller følge med i rettslivets rinnende strøm. Men dette har jo, som vi har sett, standardene adskillig evne til.

Jeg vil dog ikke påstå at den formen jeg har gitt passivitetstandarden er hevet over kritikk, eller den eneste som gir et korrekt og samlende uttrykk for de rettstankene praksis har bygget på. All den stund dommene ikke henfaller til generelle prinsipputtalelser — og neppe heller i fremtiden vil innlate sig på å autorisere en bestemt formulering av passivitetstandarden — vil det alltid kunne diskuteres om man har truffet spikeren på hodet. Den formuleringen jeg har forsøkt er dog vel så presis og uttrykksfull som den man arbeider med i andre land. I Tyskland f. eks. fører de hele passivitetslæren tilbake til «Treu und Glauben»-synspunktet, sånn som dette er uttrykt i B. G. B. § 242. Før i tiden var det særlig «die guten Sitten» man opererte med, iallfall i åndsretten og i konkurranseretten. Men nå synes disse å være avløst av det enda almindeligere «Treu und Glauben», eller iallfall degradert til en slags understandard under dette. Hverken henvisningen til «Treu und Glauben» eller almensetningen om misbruk av rett som andre land nøier sig med, byr dog rettsanvendelsen så pass hjelp som den passivitetstandard jeg har trodd å kunne stille op. Den målestokk en aktsom manns opptreden gir, når hans sosiale ansvarskjensle er tilstrekkelig våken, er tross alt presisere og mere konkret. Og differentieringen i standarden savner heller ikke praktisk verdi: Om selve passiviteten må kalles mislig fra et sosialt synspunkt, eller det er rent objektive interesseforskyvninger der krever rettsutøvelsen beskåret, gir det høve til en strategisk sondring som en går glipp av, hvis hele problemet blir gitt «Treu und Glauben» i vold.

Hermed være det dog ikke sagt at «passivitetstandarden» ikke trenger adskillig rasjonalisering, hvis den skal kunne by praksis så god og sikker veiledning som den efter sin natur er i stand til. Og under henvisning til hvad det er anført foran om rasjonaliseringens formål, fremgangsmåte og begrensning skal jeg forsøke å gi noen bidrag til dette.

II. 1. Når det skal avgjøres om det er plass for passivitetstandarden, må dommeren alltid danne sig et konkret helhetsbillede av situasjonen, hvor a l l e s i d e n e ved den får komme til sin rett og ingen individuelle avskygninger settes ut av betrakt-



ning. Men enkelte omstendigheter er særlig viktige og representative, og det lar sig også gjøre å gi noen generelle anvisninger om hvordan de skal bedømmes.

2. Et hovedspørsmål blir det således, på hvilket grunnlag man egentlig kan bebreide en rettighetshaver at han ikke har brukt eller forsvart de gaver som rettsordenen har gitt ham til «odel og eie». Som vi sa i forrige paragraf er det ikke nok at eieren har latt retten ligge ubrukt, selv om en sånn optreden ter sig unormal og utakknemlig fra samfundets synspunkt. Mig bekjent fins det ikke en eneste dom som har funnet dette tilstrekkelig til å rette en sånn bebreidelse mot rettighetshaveren at retten er blitt ansett for å være forspilt i den anledning. Han må ha hatt en særlig grunn til å handle, hvis passivitetstandarden skal kunne innhente ham.

Denne «særlige grunn» er alltid at andres rettsverdige interesser — enkeltmenns eller mere almene — vilde skades, om eieren ustraffet skulde kunne vente med å gjøre sin rett gjeldende. Sånt bør nemlig en ansvarsbevisst rettighetshaver ikke se på uten å si fra. De interesser det her kan bli tale om får man et ganske godt bilde av ved å gjenkalle i erindringen hvad vi sa foran om hvordan tiden virker inn på forholdene, når eieren ikke holder retten blank: Selve den ting at den faktiske tilstand står i strid med rettigheten kan efter omstendighetene gi en ansvarsbevisst rettighetshaver opfordring til å vise livstegn, når forholdet har vart tilstrekkelig lenge. For, som Høiesterett sier i dommen om Christiania kommunes brygge (Rt. 1893 s. 431): «I og for sig derved at en tilstand varer en lengere tid får den fordring på en viss fasthet, og når man efterat der er hengått en sånn lengere tid, krever en forandring, vil dette alltid lede til større ulemper enn om kravet var fremsatt med det samme» (jfr. også dommen om Follafoss almenning. Rt. 1937 s. 158). — Har så sinnene innstillet sig på den nye tilstand, og der er skapt tillit til at den skal bestå i fremtiden, er det dobbelt betenkelig at rettighetshaveren lar forholdet drive uten å gripe inn. Ikke minst når han selv har foranlediget eller styrket tilliten ved positive skritt, skal det svært lite til før man vil bebreide ham at han ikke har hevdet sin rett i tide. Han har f. eks. foretatt innbetalinger på en ugyldig

kontrakt, innlatt sig på å drøfte om en levering var kontraktstridig uten å nevne at det er reklamert for sent (Rt. 1910 s. 790, 1920 s. 831 og 1928 s. 980), dekket sig hos selgeren på dennes vilkår skjønt han hadde krav på andre og bedre (Rt. 1921 s. 61), eller vært med å male det huset, som han har rett til å fordre revet (minoritetsvotumet i Rt. 1913 s. 646). Når han allikevel krever sin rett uavkortet, handler han som tyskerne uttrykker det «i strid med sin egen tidligere optreden» — *venire contra factum proprium* — og dette er efter alles mening et viktig moment når det er spørsmål om *Verwirkung* av subjektive rettigheter. — Enda nærmere ligger dog bebreidelsen for passivitet når motparten i forholdet har fått sin rettstilling redusert ved forhalingen, idet han er gått glipp av muligheter og fordeler som aldri kommer tilbake — altså det samme synspunkt som i hovedsaken ligger til grunn ved alle de legale reklamasjonsreglene. Hvis fabrikken hadde visst at fagforeningen ikke vilde fire en tomme på tariffen, kunde den ha innstillet driften (A. R. D. 1922 s. 162), og hvis en fordringshaver plutselig begynner å praktisere sine rettigheter anderledes og strengere enn før, avskjæres skyldneren adgangen til å innrette sig efter dette i tide, så han kan undgå fordringshaverens vrede (minoritetsvotumet i Rt. 1902 s. 436 og 1931 s. 169). — Den hyppigste grunnen til at passiviteten kan bli dadelverdig er og blir dog at det vokser frem nye interesser på grunnlag av den bestående «rettstridige» tilstand, sånn at eieren kommer til å «rive op festnede forhold» når han endelig gjør retten gjeldende. Hvis en arving lar skiftet passere og arvetingene spres for alle vinde, er det så sin sak å føre alt dette tilbake igjen (Rt. 1937 s. 541). Og har en rekonstruert bank fortsatt virksomheten i mange år, er det simpelthen umulig å gjøre om igjen alt som er foretatt siden rekonstruksjonen, selv om en innskyter skulde ha rett i at den er kommet i stand på feilaktig grunnlag (Rt. 1934 s. 613 og 1936 s. 481). Nesten enda sterkere er oppfordringen til å hevde retten, når det i rent fysisk forstand graves ned verdier i det område som en tredjemann feilaktig holder for å være sitt — som når en tomteeier bygger inn på nabogrunnen (Rt. 1902 s. 641) eller en kommune støper brygge i strid med en båtfesterett eller med eiendomsretten til en sjøbu (Rt. 1905

s. 235 og 1893 s. 481). Her er det til å ta og føle på at samfunnsverdier vil gå tapt, hvis arbeidet ikke blir stanset i tide. Men også i de øvrige eksemplene må rettighetshaveren si sig selv at det skader andre om han droier med å hevde sin rett, og sånn som tiden nå ser på subjektive rettigheter er det ikke sikkert domstolene vil holde ham in salvo, når han slår sig til ro med at dette er noe som ikke kommer ham ved.

Hvilken aktivitet det skal kreves av rettighetshaveren, forat han skal gå klar av bebreidelsen for illojal passivitet avhenger naturligvis av forholdene. Regelmessig er det nok å hevde retten i ord, og bryderiet med dette er jo ikke verre enn at man kan pålegge ham det uten større skrupler. Men undertiden må det også settes handling bak ordene, f. eks. i form av en rettsak, jfr. Rt. 1912 s. 980. Og her som ellers gjelder det naturligvis at ens senere optreden ikke må stå i strid med rettshevdelsen, for da rammes man lett av setningen om *venire contra factum proprium*.

Hvad angår de subjektive faktorene i regnestykket, vil man som regel bare kunne bebreide rettighetshaveren uvirk-somheten når han har vært i «ond tro», d. v. s. har visst om både retten og den tilstand som står i strid med den. Men efter omstendighetene kan det nok klare sig med uaktsomhet i begge henseender, sånn som bl. a. dommene i Hellandsaken (Rt. 1934 s. 613), skattesaken i Rt. 1937 s. 436 og Ryder Larsensaken (1937 s. 544) er eksempler på. Hvilken aktpågivenhet det kan forlanges av rettighetshaveren avhenger i høi grad av det rettsområde man beveger sig på. I landsens forhold f. eks. tilgir man lettere at eieren ikke holder skarpt øie med sin rett, enn i handels- og bankforhold, for ikke å snakke om typiske spekulasjonsforretninger.<sup>1</sup> I Hellanddommen blev det eksempelvis fremhevet at den innskyteren som vilde omstyrte rekonstruksjonen var bankmann selv, og måtte forutsettes å ha god forstand på tingene. Rent individuelle momenter som kan tjene til undskyldning for passiviteten — pengemangel f. eks. — må man dog være meget forsiktig med å ta hensyn til,

<sup>1</sup> Dette gjelder forresten ikke bare bedømmelsen av de subjektive momenter, men plikten til aktivitet overhodet. Sammenlign kjøpsloven, som gir meget strengere reklamasjonsregler i handelskjøpet enn i det borgerlige kjøp.

hvis en ikke vil forfuske det objektive og sosiale preget til passivitetstandarden. Man vilde komme ut på et farlig skråplan, om Høyesterett skulde søke for sterk tilknytning til noen bemerkninger som falt i dommen om okkupasjonen av Jan Mayen (Rt. 1933 s. 511) og som la vekt på at det var manglende mynt der hadde hindret saksøkeren i å forfølge okkupasjonen i alle de årene som var gått.<sup>1</sup>

Om den som bryter inn i rettigheten er i god eller ond tro, er naturligvis heller ikke likegyldig for hvilke skritt det med rimelighet kan forlanges av rettighetshaveren. Det får man tydelig vink om ved å se på de lovreglene som dekreterer retts- tap som følge av passivitet: Såvel hevd som nabol. § 8 forutsetter god tro hos den som skal vinne rett, og kjøpsl. § 53 lar reklamasjonsplikten falle bort når den annen part har handlet svikaktig. Da har han som *S t a n g* sier, «ikke krav på den oppmerksomhet som ligger i en reklamasjon». Sånn vil man også som oftest resonnerer, når det gjelder de ulovbestemte følgene av ikke-bruk, som passivitetstandarden regulerer. Men reglen er ikke ubetinget; her som ellers må den gode eller onde tro gå inn som et ledd i det helhetsbillede av situasjonen som foreligger til bedømmelse.<sup>2</sup> Dessuten skal en huske at en oprinnelig ond tro kan bli «god» i tidens løp, p. gr. a. rettighetshaverens passivitet eller øvrige optreden. Sånn «bona fides superveniens» har bl. a. de tyske domstolene gjort flittig bruk av, når det gjelder å bestemme vilkårene for «Verwirkung» i åndsretten.

3. I den andre fasen av passivitetsproblemet — når det i og for sig ikke kan bebreides rettighetshaveren at han har latt tiden gå uten å hevde retten aktivt — kommer selvsagt de objektive momentene i interessesituasjonen helt i forgrunnen: Hvis eieren skal være avskåret fra å gjøre retten gjeldende i streng og uavkortet skikkelse, er det fordi så store samfundsverdier står på spill, at en ansvarsbevisst mann vilde finne det naturlig å resignere. Men også i denne situasjon får det betydning om okkupanten er i god eller ond tro. Det sier sig nemlig selv at man sjelden vil finne grunn til å fra-

<sup>1</sup> Også Rt. 1913 s. 646 røper en viss tendens i samme retning.

<sup>2</sup> Fra den positive lovgivning er det grunn til å minne om at hverken foreldelse, præklausjon eller spesifikasjon ubetinget forutsetter god tro.

vike de normale reglene om rettsutøvelse til fordel for en mann som ikke har vært i god tro. Men helt ut kan en ikke hevde dette. Så store verdier kan det være tale om, og så oplagt kan misforholdet være mellom eierens og usurpantens interesser, at man — nesten mot sin vilje — nekter å ta rettigheten tilfølge i dens fulle strenghet.<sup>1</sup> Og hvad det oprinnelig har vært ond tro kan dessuten i tidens løp ha gått over til god.

Man skal forresten være opmerksom på at det ikke består noe skarpt skille mellom de to delene av passivitetstandardene. Når det er tvilsomt om det kan rettes noen synderlig bebreidelse mot rettighetshaveren, og om utøvelsen av rettigheten betyr sånt verditap at den må stoppes av denne grunn, kan det hende domstolene bygger rettstapet på begge sidene av standarden. Det gjorde Høiesterett i Ryder Larsensaken (Rt. 1937 s. 544), hvor man først fremhevet at arvingen burde ha opptrådt før når han mente testamentet var ugyldig, og dessuten føiet til at han hadde liten eller ingen interesse i å rive op boet, mens det vilde være til ulempe for mange om dette blev gjort.

4. Men enten det er den ene eller andre siden av passivitetstandarder det er spørsmål om, må dommeren aldri tape de motstående interessene av syne — de som ligger bak setningene om at rettigheter ikke dør av elde, og at det kreves nye «rettsstiftende kjensgjerninger» hvis rettsordenen skal ta tilbake en rett som engang er tilstått. En rettighetshaver har legitim interesse i å kunne bevege sig fritt innenfor rettens grenser, uten hvert øieblikk å være på vakt, og uten å behøve å avlegge regnskap for hvordan han bruker eller ikke bruker retten. Og ikke mindre påtagelig er rettsordenens interesse i at rettighetene er trukket op skarpt og generelt, så det blir så lite diskusjon som mulig om hvad de egentlig gir adgang til.

Når disse momentene kastes i vektskålen for å veie op dem som taler for å minske retten i kraft av passivitetstandarder, ser en imidlertid straks at de virker med ulik tyngde, eftersom uvirksomheten må bebreides rettighetshaveren eller det er tale om å beskjære hans rettstilling ut fra mere objektive interessebetraktninger. I første fall må en ta utgangspunkt i det øieblikk

<sup>1</sup> At lovgivningen frembyr mange eksempler på at rettigheter forsvinner selv om den annen part er i ond tro, har vi nevnt foran.

da rett og rettstilstand begynner å skilles, og spørre om det er grunn til å pålegge rettighetshaveren en forholdsvis liten opofrelse for å redde andres verdier. Hvis det derimot ikke kan bebreides rettighetshaveren at situasjonen har utviklet sig som den har gjort, virker rettighetssynspunktet med full tyngde, sånn at det aldri blir anvendelse for passivitetstandarden medmindre det både gjelder temmelig store verdier, og det er et påtagelig misforhold mellom interessene på begge sider. I så henseende får det bl. a. betydning hvilken interesse eieren selv har i å gjennomføre sin rett etter ordene. Det kom klart frem i Ryder Larsen-saken (Rt. 1937 s. 544), hvor Høyesterett la stor vekt på at «gjennomførelsen av kravet liten eller ingen økonomisk interesse innebærer for saksøkeren, og at den ikke står i noe rimelig forhold til ulempene for medarvingene».<sup>1</sup>

5. Hva angår den målestokken passivitetstandarden vil ha forholdet bedømt etter, lar den gode mann med utviklet sosial ansvarskjensle sig naturligvis ikke fremstille kjemisk ren, og er spesielt ingen konstant størrelse som en kan ta frem hver gang det er bruk for ham. En intuitiv innlevelse fra dommerside må det til. I praksis vil han naturligvis begynne med å spørre sin egen rettsfølelse til råds, idet denne forhåpentlig er på bølgelengde med de etiske og sociale standardene som er gjengs i samfundslivet, og som rettsordenen kan godta.

Det er ikke altfor «idealistiske» og overspente krav det her blir tale om; men det vilde på den annen side stemme dårlig med tidens ånd om kravene til sosial ansvarskjensle blev stillet for lavt. I de lovene som hjemler de forskjellige «passivitetsvirkninger» vil dommeren finne adskillig veiledning, ikke minst i alle reklamasjonsreglene, fordi de er så typiske for tendensen i utviklingen. Og også dommer som har anvendt passivitetstandarden i praksis kan han dra nyttig lærdom av. Men når han studerer dem må han aldri glemme at det er en standard de illustrerer, og at målestokken ikke ligger stille, men endrer sig med tiden og tidsånden.<sup>2</sup> Eldre passivitetsdommer som

---

<sup>1</sup> Også i Rt. 1902 s. 641 peker retten på at den mann hvis grunn det var bygget på, «nu ingen legitim interesse kan ha av å få den påbyggede strimmel av tomten ryddiggjort.»

<sup>2</sup> Se nærmere § 6.

avviser all tale om rettstap behøver derfor ikke ha stor betydning nå, fordi innstillingen til ikke-bruksproblemet kan være blitt en annen i mellemtiden.

6. En form for rasjonalisering er det naturligvis også at man søker tilknytning for passivitetstandarden i en eller annen kjent rettstanke, eller i et rettsinstitutt som er regulert ved lov. I Tyskland har teorien utfoldet stor aktivitet i så måte, for å føre den nye og mystiske «*Verwirkung*» tilbake til gamle og anerkjente rettskategorier. Noen har således ment at det er «*Ersitzungs*»-læren man her har en variant av, andre forklarer *Verwirkungs*-instituttet som stilltiende rettsoppgivelse («*Verzicht*»), mens en tredje og fjerde teori går ut på at det er utslag av den gamle *Verschweigungs*reglen,<sup>1</sup> eller av grunnsetningen om at ingen har lov til å handle i strid med sin egen tidligere optreden, «*venire contra factum proprium*».

Disse forsøkene var både forklarlige og priselige, så lenge det gjaldt å finne positiv hjemmel for de dommene som dekreterte rettstap når en rettighet hadde ligget ubrukt i lang tid. Men når dette hensyn ikke veier lenger, fordi passivitetstandarden har så godt feste i praksis at den kan stå på egne ben, må man omgås den med større forsiktighet. Fremdeles har det ganske visst interesse — bl. a. av hensyn til sammenhengen i rettsystemet — å peke på hvordan passivitetstandarden er i slekt med hevdsreglene, reklamasjonsreglene, spesifikasjonsreglen o. s. v., og hvordan snart den ene og snart den annen av dem byr den nærmeste analogi, alt efter det område som standarden for øieblikket optrer på. Men det er en illusjon å tro at det bare er en enkelt rettstanke som virker i passivitetstandarden,<sup>2</sup> eller at man kan uttømme rettsinnholdet i den ved å ta aldri så mange av de gamle rettsinstituttene til hjelp. Som en vaskeekte standard

<sup>1</sup> Vi har alt vært inne på disse teoriene i § 2, s. 217 ff.

<sup>2</sup> Helt forkastelig er det å trekke «konsekvenser» av et sånt synspunkt, for å bestemme vilkårene for bruken av standarden. I Tyskland er det ikke få som har forsyndet sig mot dette. De som oppfatter passivitetsvirkningene som en slags «*Ersitzung*» forlanger således at usurpanten alltid må være i god tro for å vinne rett, tilhengerne av «*Verzicht*»-teorien mener at rettighetshaveren alltid må ha visst om at hans rett blev undergravet o. s. v. At sånne absolutte setninger er i avgjort strid med passivitetstandardens vesen behøver jeg vel ikke å si.

gjør passivitetstandarden bestemt motstand mot å bli behandlet på denne måten. Det er et nytt og særpreget rettsinstitutt som her har holdt sitt inntog i vår rett. Noe «Fremdkörper» i retten er det derimot ikke. Slektskapet med de andre rettsreglene som lar ubrukte rettigheter tape sig i tidens løp er nært og levende, og det er for å supplere disse standarden hovedsakelig er kommet til verden.

III. Hvilken virkning har det på rettighetene at passivitetstandarden trer i funksjon?

Rent i almindelighet gjelder det at rettighetshaverens stilling blir svekket, og at mulighetene for å øve rådighet skrumper inn. Men ellers beror det på forholdene hvilke rettsfølger passivitetstandarden trekker etter sig. Også i dette stykke kommer standardkarakteren for dagen: Den skjærer ikke alle sakene over én kam, men krever fri og konkret individualisering, også når det gjelder rettsfølgene. I så måte kan forøvrig lovgivningen tjene som eksempel, for heller ikke den bestemmer virkningen av tidsforløpet og ikke-bruken akkurat på samme måten: Ved hevd, foreldelse og præklausjon faller således den gamle retten praktisk talt bort, ifølge nabol. § 8 og § 17 får den rettstridige tilstand bestå mot en mere eller mindre kraftig erstatning, efter kjøpsl. § 7 fører passiviteten til at bevisbyrden kastes om o. s. v.

Så meget kan det dog sies om virkningene av passivitetstandarden, at i prinsippet går de så langt som de hensyn krever der gjør standarden berettiget. Ofte — kanskje endog som regel — vil dette føre til at rettighetshaveren mister retten for alltid: Når fagforeningen lar være å gjøre anskrik i anledning av tariffstridig underbetaling, arvingen å angripe testamentet eller innskyterne å ta til motmele mot bankens rekonstruksjon, er de en gang for alle avskåret fra å gjøre det. Men undertiden er passivitetstandarden fornøid, når eieren blir hindret i å bruke retten i dens prinsipielle og absolutte form, mens dens økonomiske verdi fremdeles forbeholdes ham. Særlig ligger denne løsningen nær, når det ikke er daddelverdig uvirksomhet, men mere objektive interesseavveiiingsbetraktninger som får dommeren til å sette skranke for rettsutøvelsen: Grunneieren må ikke få lov til å ødelegge uforholdsmessige verdier ved å kreve en kostbar bygning revet, men den økonomiske interessen i eiendommen bør helst



ikke tas fra ham. Løsningen blir da at han får erstatningskrav mot dem som har bygget ulovlig på hans grunn, idet den større interesse på en måte får lov til å ekspropriere sig frem overfor den mindre.

Sånn har i virkeligheten også Høiesterett resonnert i flere av de grunnleggende passivitetsdommene. Uttrykksmåten er ganske visst preget av den gamle teori om «stilltiende frafallelse», men meningen er ikke til å ta feil av. I dommen om sjøbua og bryggen (Rt. 1893 s. 481) førte eierens taushet til at han mistet retten til å få bryggen fjernet, men ikke retten til erstatning. «Det forekommer mig,» sa førstvoterende, «at forat man skulde gå inn på en sånn betraktning som at der forelå en stilltiende vedtagelse fra app. side måtte der komme noe mere, og spesielt noe mere positivt enn hans blotte og bare taushet.» I Rt. 1902 s. 641, hvor grunneieren likefrem hadde ligget på lur, fant Høiesterett derimot at «hans forhold like overfor den stedfunne grenseoverskridelse må utelukke ham fra rett til den i nabol. § 8 omhandlede ulempeerstatning», og sånn k a n saken sikkert også stille sig i andre tilfelle, når rettighetshaverens optreden er særlig graverende. Men også en hvilken som helst mellemløsning må det i prinsippet være adgang til — så smidig er standarden, og så lydhør for alle de individuelle nyansene i livet.

I Tyskland har man spekulert svært på hvordan den egentlig skulde karakteriseres, den «Verwirkung» som praksis har slått fast når en rettighet ikke blir brukt i lang tid. Noen mener det er en virkelig «Rechtsendigungsgrund» man har for sig, men de fleste holder på at retten nok fremdeles er i behold; det er bare dens «Ausübung» som det midlertidig eller definitivt er satt stopper for, som en slags straff for passiviteten, eller for at man vil gjøre retten gjeldende under den forandrede situasjon. Her i Norge har man imidlertid ingen grunn til å se slik på saken. All den stund innholdet av en rett ikke er annet enn de rådighetshandlingene den gir adgang til, er det eneste naturlige å opfatte saken sånn, at det er selve i n n h o l d e t a v r e t t e n s o m f o r d a m p e r under innflytelse av tiden og passiviteten.<sup>1</sup> Når f. eks. sjøbueieren måtte nøie sig med erstatning og ikke

<sup>1</sup> Således også D ä n z e r - V a n o t t i i Deutsche Juristenzeitung 1936 s. 1461 og M a n i g k sammesteds s. 355.

kunde få kommunens brygge fjernet (Rt. 1893 s. 481), skjedde det ikke til straff for at han gjorde gjeldende en rett som han i og for sig var i besiddelse av; det var selve eiendomsretten til grunnen der i tidens løp var gått over til å bli en rett til dens økonomiske verdi. Og når en arving venter for lenge med å angripe et skifte, eller en innskyter med å protestere mot en bankrekonstruksjon, er det unaturlig å anse arveretten og innskyterretten for å være i behold, mens det bare er «utøvelsen» av dem det er satt punktum for.

Hvis man er enig i dette, sier det sig selv at også en senere kjøper av rettighetene må finne sig i å utøve dem i redusert skikk; noe ekstinktivt erhverv som skulde kunne reparere det rettstapet som har funnet sted, vil det sjelden eller aldri bli plass for. Derimot er det slett ikke sikkert at tapet er definitivt. Hvis interessesituasjonen igjen forskyver sig til den oprinnelige rettighetshavers gunst — en bygning på fremmed grunn brenner f. eks. totalt ned — er det således meget mulig at retten atter utvider sig til sitt fulle oprinnelige omfang.

IV. Når en generalklausul har spesialregler ved siden av sig, og disse er uttrykk for samme behov og tankegang som den selv, blir det alltid et vanskelig spørsmål hvordan kompetansefordelingen mellom dem skal være<sup>1</sup>. Så også her ved passivitetstandarden. Lovreglene om hevd, foreldelse, præklausjon, reklamasjon, nabol. § 8 o. s. v. hviler jo på samme hensyn som passivitetstandarden, og kan på en måte opfattes som forløpere for denne. Spørsmålet blir da om de er helt uavhengige av standarden i innhold og virkning, eller om man kan supplere — kanskje også korrigere — dem ved standardens hjelp. Det vilde føre for langt å gå til bunns i dette, men et par hovedlinjer skal jeg forsøke å trekke op:

At passivitetstandarden fyller ut de spesialreglene som lar tiden og ikke-bruken virke inn på rettighetene er soleklart. Vanskelighetene oppstår først når man befinner sig nettop på det område hvor særreglene gjelder. Kan dommeren f. eks. forkorte hevdsperioden ved passivitetstandardens hjelp, eller la en byg-

<sup>1</sup> I «Åndsretten» har jeg behandlet forholdet mellom konkurranselovens generalklausul og alle særreglene på dette rettsområde. Det samme spørsmålet oppstår ved naboloven, trustloven, avtaleloven o. s. v.

ning på fremmed grunn bli stående, selv om ikke vilkårene etter nabol. § 8 er til stede?

Både naturlig lovtolkning og naturlig forsiktighet fører her til å si som så: Når loven lar rettigheten tape sig eller falle bort under visse vilkår og etter en viss tid, skjer dette etter en avveiing av de interesser som kommer i betraktning, og det har formodningen for sig at ordningen skal være u t t ø m m e n d e: Hvis hevdsterminen eksempelvis er satt til 20 år og foreldelse først inntreffer etter 10, kan ikke dommeren la en eier miste sin rett f. eks. etter 10 år og en fordringshaver etter 5, fordi dette etter hans mening fortøner sig som en rimelig følge av passiviteten.

Men denne betraktningen har ikke gyldighet, hvis forholdet har sider som ligger utenfor den interesse-situasjon lovgivningen går ut fra. Hvis eieren således sitter likefrem på lur, og ser sin godtroende nabo pløie op og kultivere en del av gårdens utmark, kan han ikke være sikker på å ha eiendomsretten i behold, om han venter med å si fra til hevdstiden nærmer sig slutten. Og det er heller ikke bare foreldelsesterminen som setter stopper for en innskyters krav på å få en bankrekonstruksjon kjent ugyldig, eller for aksjonærenes rett til å dra styret eller andre funksjonærer til ansvar. Et godt eksempel på at passivitetstandarden tilsynelatende kan korrigere loven i sånne høve er Rt. 1902 s. 641: Her hadde grunneieren vært fullt opmerksom på grenseoverskridelsen, og hadde dertil ikke ringeste interesse av å få flyttet nabohuset noen centimeter, fordi han selv hadde bygget helt inn til det. Under disse omstendigheter fant Høiesterett at han ikke hadde rett til å få bygget revet, skjønt nabol. § 8 krever eieren varslet på forhånd, hvis det skal bli tale om å begrense eiendomsretten på denne måten. Og skjønt loven sier at eieren alltid skal ha dobbelt erstatning i slike fall, vilde ikke retten tilkjenne ham en øre, så dårlig syntes den om hans optreden.

V. Det kan unektelig ha sine farlige sider at rettspraksis har anerkjent en almindelig passivitetstandard ved de subjektive rettigheter, ved siden av de positive reglene om hevd, foreldelse, præklausjon o. s. v. Jeg tenker ikke her på betenkeligheten ved at domstolene lager rett på egen hånd, eller på de innvendingene som alltid kan gjøres mot rettsbud av standardtypen, og som

vi har gjort rede for i den første av disse avhandlingene. Når domstolenes passivitetspraksis er blitt angrepet så sterkt som den til dels er blitt, er det andre og mere spesielle argumenter som føres i marken.

Når en rettighet blir svekket p. gr. a. ikke-bruken og tidsforløpet skjer det — har man sagt — på bekostning av interesser som de subjektive rettigheter i og for sig skulde tjene, og går derfor i virkeligheten på selve rettstanken løs. Man premierer rettsanmasselsen på bekostning av den legitime rettighetshaver, og svekker rettsordenens autoritet ved å skape løshet, uklarhet og uorden istedenfor den fasthet, klarhet og orden som rettsidealet forlanger. I en artikkel vi ofte har nevnt om «Der Zusammenbruch der Verwirkungslehre» (GRUR 1933 s. 96) gir Schumann en meget levende skildring av dette: «Man ist heute in der Ausgleichung der Interessen zu weich. Man sollte nicht immer mit dem Verletzer Mitleid haben, sondern eher mit dem Verletzten und auch prüfen ob nicht mit dem Verletzten und seinem Recht auch das Gesamtinteresse, nämlich die Idee der Rechtsordnung als einer alle unterwerfende Norm, berücksichtigt wird. Man sollte ferner bedenken, dass ein strenges Recht und eine strenge Rechtsprechung die beste Gewähr für das Heraufkommen und das Bewahren eines sittlich fest fundierten Rechtsgefühl ist. Vor lauter Weichheit und Mitleid mit dem Gesetzesübertreter vergisst man heutzutage vielfach die Erziehungsfunktion der Rechtsordnung, entnervt damit die Rechtsanwendung und untergräbt schliesslich die Rechtsordnung selbst damit. Zu diesen entnervenden Giften gehört die Verwirkungslehre.»

Hvad Schumann her fører frem, har uten tvil krav på oppmerksomhet. I to ord er det den statiske sikkerheten i retten han går så kraftig inn for — ønsket om at rettsreglene, og ganske særlig de subjektive rettigheter, skal ha sikre og uomtvistelige konturer, så folk kan leve trygt og fredelig i ly av dem. Men om fred kanskje er det beste, er det ikke det eneste hensyn som rettsordenen må ta. Den skal også søke å nå frem til gode og rettfærdige enkeltresultater, og når tiden og utviklingen legger nye interessesituasjoner til rette, kan den ikke ubetinget lukke øinene for dette, selv om man ikke lenger kan holde det formelle

rettighetsynspunkt fast. Også dette kan for øvrig ses som et ønske om å befordre rettsikkerheten — dog ikke den statiske, som er best tjent med at all rett og alle rettigheter er i hvile, men den dynamiske sikkerheten,<sup>1</sup> som krever beskyttelse for de interesser og situasjoner som vokser frem i kraft av samfunnsforholdenes uundgåelige utvikling. Det er denne trang til dynamisk sikkerhet som passivitetstandarden i det vesentlige er sprunget frem av. Og den har vist sig å være så sterk at rettspraksis i de fleste land har tatt hensyn til den, og arbeidet sig frem til noenlunde ensartede resultater, skjønt det positivrettslige grunnlaget noe hvert sted var skrøpelig.

Men dette betyr naturligvis ikke at den motstående «statiske» sikkerhetstendensen har mistet sin berettigelse og betydning. Men den må nøie sig med å virke innen passivitetstandarens egen ramme — ikke som noe kategorisk imperativ der setter standarden helt ut av betraktning. Den gode mann med velutviklet sosial ansvarskjensle må søke å forsone de stridende hensyn så godt han kan, når han skal avsi dommen om et konkret tilfelle. Og her kan det nok sies at den Schumannske advarsel maner til å bruke passivitetstandarden med økonomi. Særlig må domstolene vokte sig for å la sine følelser løpe av med sig, og løse spørsmålene til rettighetshaverens ugunst, ut fra en rent umiddelbar, emosjonelt betonet vurdering av det enkelttilfelle som foreligger. Her som ellers må de søke å bevare overblikket og huske på de hensyn som taler i motsatt retning, skjønt de ikke ligger sånn i overflaten som medlidenheten med en uheldig «okkupant» der er kommet på glattis, og heller ikke appellerer like sterkt til rettsfølelsen og ønsket om å gjøre rett og skjell i det konkrete, foreliggende tilfelle.

Å si at det bare er i nødssfall at domstolene skal gjøre bruk av passivitetstandarden, vilde dog ikke være riktig. Særlig ikke når det er daddelverdige uvirksomhet som forklarer og begrunner rettstapet. Men hvis det er rent objektiv interesseovervekt som krever resignasjon fra rettighetshaverens side, tør

---

<sup>1</sup> Denne motsetningen er særlig betonet og behandlet av franskmannen Demogue.

det være noenlunde korrekt å se sånn på saken.<sup>1</sup> I begge situasjoner skal en dog merke sig at tendensen i rettsutviklingen går ganske sterkt i passivitetstandardens favør — noe domspraksis sikkert vil ha gitt inntrykk av, og som vi kommer tilbake til i § 6.

### § 5.

#### **Passivitetstandarden i åndsretten.**

I. I åndsretten er problemet om ikke-bruk av rett særlig aktuelt, og der har passivitetstandarden et av sine aller viktigste virkefelter.<sup>2</sup>

En av årsakene til dette er at åndsrettighetene er virkelige enerettigheter, d. v. s. de forbeholder eieren en eksklusiv rådighet over goder som etter sin art kan nytes av mange mennesker samtidig. At det da ligger særlig nær å ta stillingen under overveielse når innehaveren lar retten ligge brakk på tross av den preferansestilling han har fått, kan ikke forundre. Ikke minst i patent- og forfatterretten trenger sånne synsmåter sig på.

Den viktigste grunnen er imidlertid at tiden virker særlig sterkt og mangfoldig på disse rettighetene, når innehaveren ikke bruker dem eller hevder dem. Det kommer av at hverken kjennetegnene eller åndsverkene har noen egen fysisk eksistens, sånn som f. eks. tingene har. De eksisterer bare i godtfolks bevissthet, og lever i og med at man tilegner sig deres åndsinnhold eller bruker dem i praksis. Men p. gr. a. denne flyktige aggregatformen er de stadig utsatt for forandringer — ikke minst kjennetegnene. Hvis eieren f. eks. tillater at et varemerke blir brukt i fleng, mister det lett sin distinktive evne, og går over til å bli et fritegn eller slett og rett en artsbetegnelse.

---

<sup>1</sup> Denne siden av passivitetstandarden får en uvilkårlig til å tenke på nødrettsreglen i strl. § 47. Også her må rettens abstrakte grenser modifieres under presset av den aktuelle situasjon. En skjønnsmessig, konkret bedømmelse avgjør hvor langt de må trekkes tilbake, og målestokken er ikke vesensforskjellig fra den passivitetstandarden arbeider med.

<sup>2</sup> Det er forsåvidt ikke noe tilfelle at de aller fleste tyske dommene om Verwirkung ligger på dette området — jfr. foran i § 2 — og at man i førstningen endog var tilbøielig til å tro at Verwirkungstanken var særegen for firma- og varemerkeretten.

Og hvis to firmanavn eller to merker står lenge ved siden av hverandre i det praktiske liv, kan faren for forveksling bli borte, selv om den oprinnelig ikke var altfor fjern. Når eneretten ikke blir hevdet, vil uvedkommende også lett kunne arbeide det samme tegnet inn som sitt, og erobre sig en egen «Besitzstand» til det, som tyskerne uttrykker det. Og i motsetning til den tingsrettslige besiddelsen kan dette skje uten at merkerettens innehaver mister besiddelsen på sin side, og uten at han behøver å vite om den okkupasjon som holder på å finne sted. Alt dette gjør det særlig maktpåliggende at rettsreglene i åndsretten tar tidsforløpet i betraktning, og søker å ta hensyn til de forskyvningene som det uvegerlig fører med sig. «Die ständige Gefahr der Sinnwandlung und die entsprechende Labilität des Rechtsobjekts fordern eine ausnahmsweise grosse Beweglichkeit in der rechtlichen Normierung», sier tyskeren U I m e r med rette.<sup>1</sup>

Dette behov kommer de positive åndsrettsreglene svært lite imøte. I tingsretten og fordringsretten har en da iallfall hevdene og foreldelsen, der søker å tilpasse rettighetene til de nye interessesituasjoner som tidsforløpet legger til rette. Men de virker jo ikke i åndsretten, og vilde forresten heller ikke være effektive eller lette å tilpasse til forholdene.<sup>2</sup> Men når de vanlige korrektivene svikter, blir det dobbelt bruk for et rettsinstitutt, der som passivitetstandarden har evne til å holde rettighetenes balansekonto noenlunde à jour med utviklingen. Og den smidighet som standarden er i besiddelse av stemmer også godt med det krav til «gesteigerte Dynamik» som alle er enig om å stille i disse nyanserte og stadig skiftende rettsforhold. Dertil kommer endelig at passivitetstandarden har lettere for å få innpass i konkurranseretten enn annetsteds, for her kan den ofte støtte sig til generalklausulen i lov 22 juli 1922 § 1. Det gir den følgende fremstillingen flere eksempler på.

Det er i kjennetegnenes rett disse betraktningene virker sterkest, og ikke-bruken av rett har størst praktisk betydning. Derfor begynner vi her.

<sup>1</sup> Citert efter Siebert s. 30.

<sup>2</sup> Foreldelsen forutsetter bl. a. en viss «forfallsdag» hvor den kan ta fatt, mens det i åndsretten blir en bestående rettsstridig tilstand man eventuelt mister retten til å angripe.

## II. Ikke-bruk av registrerte forretningskjennetegn.

I den positive lovgivning finner en ingen antydning om at den som har fått et forretningskjennetegn registrert må bruke det og hevde eneretten, hvis han ikke skal risikere at stillingen blir svekket i tidens løp. Se varemerkelovens § 5, jfr. § 22 og firmal. § 6. Men dette behøver naturligvis ikke bety at det ikke blir plass for passivitetstandarden eller lignende synsmåter. Heller ikke ved eiendomsretten eller fordringsretten har jo standarden positiv lovhjemmel.

For oversiktens skyld er det praktisk å sonde litt skarpere enn ellers mellom den «ikke-bruk» som består i at kjennetegnet ikke blir benyttet (1) og ikke-bruken av selve eneretten, d. v. s. at man tolererer andres bruk av tegnet (2).

1. Når et kjennetegn ikke anvendes i livet, men bare figurerer i varemerkeregistret, kan det tale gode lovgivningspolitiske grunner for å la eneretten tape sig eller falle bort. Ganske visst blir ikke publikum og samfundet snytt for noen åndsnytelse på denne måten, sånn som når dikterverker eller oppfinnelser holdes under lås og lukke. Men utvalget av gode merker er ikke rikere enn at det kan være betenkelig å la en enkeltmann legge beslag på dem uten skjellig grunn. Og merker som ikke optrer i livet vil dessuten lett bli en fallgrube for andre, som kanskje kommer til å arbeide dem inn for sig, uten å være opmerksom på at de alt er optatt.

I fremmed rett tar man på mange måter hensyn til disse betenkelighetene. I England, Holland, Italia og Sveits faller således eneretten bort hvis et merke ikke blir brukt i en viss tid, fra 2 til 5 år. Og for å hindre at registret blir belemret med døde merker kreves det stundom at merket alt skal være i bruk når man begjærer registrering — som i U. S. A. — eller iallfall at man har til hensikt å bruke det — som i England.

På den annen side kan det være legitime interesser som trekker i motsatt retning. En fabrikkeier kan f. eks. finne det praktisk å la ett av sine merker hvile noen år. Og det er utvilsomt også et visst behov for å kunne registrere merker som «defensivmerker» eller for å ha dem parat i påkommende tilfelle — «Vorratszeichen» som tyskerne kaller dem.<sup>1</sup> Det er derfor

<sup>1</sup> Se Åndsretten s. 469.



fullt forklarlig at vår varemerkelov ikke har satt som vilkår for registreringen at man virkelig skal ha til hensikt å gjøre bruk av merket, og heller ikke gitt noen regel om at eneretten faller bort, når merket ikke har vært brukt i en viss tid.<sup>1</sup>

Under disse omstendigheter er det forståelig at heller ikke rettspraksis har følt sig opfordret til å stille op sånne regler på egen hånd, selv om det har gått nokså lang tid siden merket optrådte i forretningslivet.<sup>2</sup>

2. Derimot er det langt fra noen sjeldenhet at eneretten svekkes eller blir borte, hvis uvedkommende får anledning til å gjøre bruk av kjennetegnet i lengere tid — og det uten hensyn til om eieren selv har brukt det i samme tidsrum eller bare har hatt det stående i registret.

Er bruken riktig almindelig, har vi alt nevnt at tegnet kan miste sin distinktive evne, og bli fritegn for en viss bransje, eller endog en helt almindelig arts- eller kvalitetsbetegnelse. Varemerkerettens historie byr mange celebre eksempler på sånne forvandlinger, både hos oss og i utlandet (se Åndsretten s. 467). Dette har imidlertid ikke noe med passivitetstandarden å gjøre, men følger direkte av merkenes og merkerettens egen natur.

Når det samme merket er arbeidet inn som særlig kjenne-

---

<sup>1</sup> Se Åndsretten s. 468—70. At det er adgang til å registrere defensivmerker er også slått fast ved HRD i Rt. 1937 s. 119. En av de voterende, dommer *Alten*, mente imidlertid at rettsvernet for sånne merker er anderledes enn for dem som er i bruk. Mens disse siste også er beskyttet mot merker som kan forveksles med dem — fordi det i virkeligheten er *s a m m e r k e t*, skjønt i en annen utgave — skulde registrering av et defensivmerke bare hindre at det blir brukt av andre i nøiaktig samme skikkelsen. De andre dommerne mente imidlertid at loven ikke gav hjemmel for noen sånn sonndring; en av dem, justitiarius *Berg* fant dog at det lovgivningspolitisk sett kunde være adskillig som talte for å trekke den. Det tror jeg imidlertid ikke det er. En regel som dommer *Altens* vilde bety et brudd med den grunnreglen i varemerkeretten, at «merket» — som rettsgode betraktet — ikke er identisk med den spesielle utgaven av det som er ført inn i registret. Og de hensyn som *Alten* har for øie kan fullt ut tilgodeses — og på en mer adekvat måte — når man tar hensyn til defensivmerkenes særegne karakter, hvis de kommer i kollisjon med merker som virkelig har vært i bruk. Herom nærmere i teksten.

<sup>2</sup> Et sånt skritt har jo praksis heller ikke tatt ved andre rettigheter, jfr. foran.

tegn for en konkurrent, står saken derimot anderledes.<sup>1</sup> På tross av lovens ubetingede regel om at den som har fått et kjenntegn registrert har enerett til det så lenge registreringen står ved makt, er det lite tvilsomt at det etter omstendighetene kan bli plass for passivitetstandarden — her som ved andre rettigheter. Det gjelder både den ene og den andre av de to setningene, som standarden oppløser sig i (se foran s. 238—239).

Hvis rettighetshaveren således sitter og ser på at en konkurrent bruker tid og penger på å innarbeide hans kjennetegn som sitt, vil en domstol sikkerlig bebreide ham en sånn uvirksomhet, som en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvarskjensle ikke vilde ha hengitt sig til, når han ikke aktet å gi op retten. Og selv om det efter omstendighetene ikke kan rettes noen bebreidelse mot rettighetshaveren fordi han går til aksjon så sent, kan det allikevel hende han lider nederlag, fordi misforholdet mellem interessene er blitt så stort at en aktsom og ansvarsbevisst mann ikke vilde finne det forsvarlig å kreve sitt pund kjøtt skåret ut, sånn som forholdene ligger an. Som ellers når det er tale om å bruke passivitetstandarden kreves det også her en rummelig vurdering av forholdene, hvor alle relevante momenter blir tatt i tilbørlig betraktning: Om uvirksomheten har vart lenge eller kort, hvor generende konkurransen mellem merkene arter sig, hvor meget tid og arbeide usurpanten har lagt ned på merket, og hvor fast «Besitzstand» han har vunnet i publikums bevissthet, om den ene eller begge parter har vært i «god tro» eller visst om kollisjonen hele tiden o. s. v. — hvorved man dog skal merke sig at en lov som opprinnelig er ond nok kan bli god i tidens løp, eller iallfall noenlunde undskyldelig.<sup>2</sup> Ingen av disse momentene er avgjørende i sig selv, men alle setter de farve på det helhetsbilledet av situasjonen som dommeren må danne sig, før han bestemmer om det er plass for passivitetstandarden. — En enkelt omstendighet fortjener dog å nevnes særskilt, fordi den så lett kommer til å gjøre utslaget: Hvis eieren ikke bruker merket selv, vil man raskere slippe passivitetstandarden til, enn når

<sup>1</sup> Eventuelt også, om det skulde være lykkedes ham å få merket registrert i strid med varemerkelovens § 3.

<sup>2</sup> Jfr. i det hele foran s. 246.

også han har anvendt det hele tiden, og derfor har større interesse i å få beholde eneretten, enn når det er et defensiv- eller reserve-merke det dreier sig om. Det får man et sterkt inntrykk av ved å lese referatet av de tyske dommene som er gjengitt nedenfor.

I begge sine faser kan passivitetstandarden søke tilknytning til generalklausulen, som forbyr alle handlinger — og følgelig også all utøvelse av subjektive rettigheter — der efter god forretningskikk er utilbørlige. Stundom kan den anvendes umiddelbart, som når rettighetshaveren likefrem har ligget på lur, og da blir det naturligvis ikke spørsmål om å falle tilbake på passivitetstandarden. Men selv om ikke dette lar sig gjøre, er det til støtte for dommeren at den er der, fordi dens program og innstilling stemmer godt med passivitetstandarden, og fordi generalklausulen forutsetter omtrent samme skjønsmessige helhetsbedømmelse av forholdet.

Følgene av at passivitetstandarden trer i funksjon er like mangfoldige og vekslende som ellers. Stundom kan det være at omfanget for rettsvernet bare blir ubetydelig redusert, sånn som når et varemerke har stått uanfektet ved siden av et annet i lengere tid, skjønt faren for forveksling er så pass betydelig at rettighetshaveren kunde ha grepet inn i kraft av varemerkel. § 5 jfr. § 3. Isåfall vil domstolene være tilbøielig til å si, som Høiestrett gjorde i Rt. 1936 s. 946, at når eieren har vært passiv så lenge, ser man bort fra en forvekslingsmulighet som man under andre forhold kanskje hadde funnet tilstrekkelig.<sup>1</sup> Regelmessig virker dog standarden sterkere, idet man lar de to forretningskjennetegnene bli stående ved siden av hverandre for fremtiden, selv om det er vitterlig at forveksling kan finne sted. Og det er heller ikke utelukket at man tar enda et skritt, og tvinger innehaveren av det registrerte merket til å stryke det i registret, fordi han rolig har sett på at det blev brukt av en annen. Så skarp vil reaksjonen dog vanskelig bli hvis også eieren har hatt kjennetegnet i bruk, og selv et defensiv- eller reservemerke vil

<sup>1</sup> «Man legger også vekt på den omstendighet at H. M.'s trikotasjefabrikk i en årrekke har benyttet det ordmerke den har fått registrert («Bjørn Uldgarn») uten innsigelse fra innehaverne av de tidligere registrerte merker som inneholdt bildet av en bjørn.»

man nødvendig påby strøket, hvis ikke innehaveren har visst positiv beskjed om innarbeidelsen uten å gripe inn.<sup>1</sup>

3. Praktiske illustrasjoner til disse setningene er det dog ikke lett å finne i våre domsamlinger — bortsett fra Rt. 1936 s. 946, jfr. Rt. 1938 s. 52. I Tyskland har man derimot en rik og interessant praksis på området, og noen av disse dommene vil jeg gjengi, fordi spørsmålet i virkeligheten stiller sig omtrent likedan hos oss. Den første dommen av interesse er «Goldina-dommen» av 1925 (Entscheidungen des Reichsgerichts 111, s. 195): Siden 1906 hadde A. hatt ordet «Goldina» registrert som reservemerke for margarin, og i 1921 fikk B. det registrert for spise fett. A. ventet i flere år med å gjøre noe ved det, men anla tilslutt sak. B. tok motoffensiven og krevet det ubrukte merket slettet. B. fikk medhold, idet det stred mot «gode seder» at A. nå vilde ta merket i bruk, efterat han rolig hadde sittet og sett på at B. arbeidet det inn som sitt.

«Grammofox»dommen (Ent. 114 s. 360): A. hadde registrert merket «Grammophon» i 1913. I 1921 registrerte B. merket «Vox» for grammofonplater og brukte det også som firmanavn. A. hadde imidlertid et registrert defensivmerke «Grammofox», og 8 måneder efter B.s registrering anla han sak for merkekrenkelse. Dette blev imidlertid stemplet som et misbruk av den «formale Zeichenrecht», og A. ansås for å ha mistet sin rett ved Verwirkung. Hvis han hadde villet hevde sin rett, måtte han ha grepet inn straks han fikk kjennskap til det nye merket. Han kunde ikke vente i 8 måneder «und während dieser ganzen Zeit mit ihrem dem Verkehr unbekanntem Zeichen «Grammofox» im Verborgenen bleiben».

«Waldorfkrone»dommen (GRUR 1927 s. 124): Siden 1914 hadde A. hatt merket «Waldorfkrone» registrert for cigaretter, men praktisk talt ikke brukt det. I 1921 registrerte B. merket «Batschari-Krone» for sine cigaretter, og arbeidet dem inn under slagordet «Kronecigaretten». Stimulert av konkurrenterfs suksess

<sup>1</sup> I Tyskland opfattes forholdet gjerne sånn, at sålenge eieren av det innarbeidede merke bare forlanger en «plass i solen» ved siden av det registrerte, er det B. G. B. han støtter Verwirkungspåstanden på. Går han offensivt tilverks og krever det registrerte merke strøket, må det eventuelt bli generalklausulen som får anvendelsen. En viss verdi har denne nyanseforskjellen også hos oss.

fant A. frem sitt gamle ordmerke «Waldorfkrone», og begynte fra 1924 å bringe sigaretter i handelen under dette merket. Dette blev imidlertid erklært for rettstridig. Ganske visst hadde også et «Vorratszeichen» krav på beskyttelse. Men den formelle merkerett kom i strid med den «rett av høiere orden» som general-klausulen representerer, «wenn die Beklagte ihr 10 Jahre lang im Verborgenen gehaltenes Wortzeichen «Waldorfkrone» hervorholt und für eine billigere Zigarettensorte verwendet, nachdem es der Klägerin unter Aufwand erheblich Mühen und Kosten gelungen ist, das Wort «Krone» zum Schlagwort für ihre teuren Zigarette «Batschari-Krone» in den Verkehr allgemein einzuführen».

I «Typobar»dommen (GRUR 1927 s. 304) søkte det eldre defensivmerke «Typobar» forgjeves å komme det innarbeidede merke «Typar» til livs, og begrunnelsen var omtrent den samme som i Waldorfkronedommen: Det var efter rettens mening «unsittlich», når «die Klägerin plötzlich ihr so lange im Verborgenen gehaltenes, niemals benutztes Zeichen hervorholt und nun, gestützt auf ihre formalen Zeichenrechte, Schutz gegenüber der unter starker Werbearbeit in dem Verkehr eingeführten Bezeichnung «Typar» für sich in Anspruch nimmt».

Alle disse dommene handler om Verwirkung av rett til kjennetegn som i k k e h a d d e v æ r t b r u k t i livet. Men også brukte tegn kan lide samme skjebne, hvis eneretten ikke blir hevdet, sånn at uvedkommende får anledning til å bruke eller registrere dem. Den første dommen som slo dette fast var visst «Gazelle»dommen (GRUR 1929 s. 493). A. hadde siden 1914 brukt ordet «Gazelle» som varemerke, og B. hadde siden 1914 samme ordet i sitt firma. I 1915 søkte B. å få det registrert som merke, men det gikk ikke fordi A. protesterte. Men da han så 12 år senere også vilde ta firmanavnet fra B. viste retten hans påstand tilbake, fordi B. hadde erhvervet «einen Besitzstand», og måtte anses for å ha vært i god tro.

Dette siste kunde det imidlertid sikkert settes spørsmålstegn ved, på bakgrunn av hvad det hendte i 1915. I «Gargoyle»dommen (GRUR 1930 s. 1203) erkjente Reichsgericht imidlertid for første gang åpent at det i k k e var noe absolutt vilkår for Verwirkung at bruken av det fremmede merket har funnet sted

i god tro. Her skrev begge merkene sig fra 1908, og det «saksøkte» var oprinnelig erhvervet i forvekslingshensikt. Men saksøkeren blev allikevel avvist fordi han hadde ventet 20 år med å gå til sak, idet retten gikk ut fra at saksøktes onde tro var gått over til å bli god i tidens løp.

Enda et skritt tok Reichsgericht i «Hunyadi-Janos»dommen (Ent. 134 s. 38) hvor subjektive momenter overhodet ikke blev drøftet, men eneretten ansås «verwirkt» på rent objektivt grunnlag: Siden 1865 hadde A. forhandlet et mineralvann som stammet fra de berømte Hunyadi-Janoskilder. Fra 1880 av hadde B. solgt et kunstig mineralvann, og angav på etiketten at det var «hergestellt auf Grund der Analyse des Hunyadi-Janos Brunnens». Først i 1929 blev han saksøkt i den anledning, men frifunnet. I denne dommen sa Reichsgericht, at avgjørende for Verwirkungsspørsmålet «sind stets die Umstände des einzelnen Falles, und zwar nicht auf Seite des Klägers, sondern auf der des Beklagten». Verwirkung kunde således efter omstendighetene inntreffe selv om inngrepet oprinnelig hadde vært «sittenwidrig», og «die Kenntniss des Klägers von der Wettbewerbshandlung des andern bildet keine notwendige Voraussetzung für die Beurteilung der Verwirkung».

Dette synspunktet blev ytterligere utdypet i «Mitin»dommen (GRUR 1932 s. 872), som støttet die Verwirkung på B.G.B. § 242, og sa uttrykkelig at man bare kunde finne en rettfærdig løsning «bei Abwägung aller hier beteiligten Interessen». Forholdet var her at A. siden 1905 brukte det innarbeidede merke «Mitin», mens B. i 1924 fikk ordet «Litin» registrert. I begynnelsen var ikke A. genert av konkurransen og holdt sig i ro, men i 1930 anla han sak, efterat B.s forretning var vokset betraktelig. Efter omstendighetene fikk han i k k e medhold i sin påstand om å få det nye merket strøket.

Men det fins også mange dommer hvor Verwirkungspåstanden ikke har nytt medhold. «I «Kavasan»dommen fra 1928 (GRUR 1928 s. 656) hadde således A. registrert ordmerket «Kavasan» i 1903, som reservetegn. I oktober 1925 begynte B. å bruke ordet «Lavasan» som merke, og omtrent et år efter gikk A. til sak. Under henvisning til at A. ikke hadde noen plikt til å bruke sitt reserve-merke, og at sånne merker «grundsätzlich» nyter samme rettsvern

som benyttede varemerker, blev påstanden om Verwirkung avvist. I «Granitol»dommen (GRUR 1931 s. 161) gjaldt det ikke reservetegn, men et merke som var i bruk. I 4 år hadde innehaveren latt en konkurrent bruke merket «Granulit» uten å gripe inn. Allikevel blev dette merke dømt til å forsvinne, vesentlig fordi eieren av det eldre merket først hadde fått greie på forholdet like før han gikk til sak.

En lignende avgjørelse traff Reichsgericht i «Mitropa»dommen av 1930 (GRUR 1930 s. 535), hvor eieren av merket hadde ventet 3 år med å gå til sak, men motparten til gjengjeld ikke hadde vært i god tro.

Også «Nordsee»dommen fra 1932 (GRUR 1933 s. 65) er verd å merke sig: Et stort fiskefirma, som hadde filialer over hele Tyskland brukte ordet «Nordsee» som slagord i sitt firma. I 1926 begynte en fiskeforretning i Braunschweig å bruke samme ordet. Da så det første firmaet startet filial i Braunschweig i 1927, advaret partene hverandre gjensidig mot å bruke ordet «Nordsee», men først i 1931 blev det reist sak mot Braunschweig-firmaet. I betraktning av at saksøkeren utvilsomt hadde prioritet til navnet, at 4 år ikke var lang nok tid til å grunne en sikker «besiddelsesstand» for saksøkte, og at hans gode tro iallfall måtte være blitt rystet ved «advarselen» av 1927, trengte påstanden om Verwirkung i k k e gjennom.

For å vurdere disse dommene skal en for det første huske at det var en ny rettstanke som arbeidet sig frem i Verwirkungsinstituttets skikkelse; derfor er det ikke så rart om ikke alle dommene harmonerer med hverandre. Dernest søkte man i begynnelsen andre støttepunkter og analogier enn i de senere år, hvor man i hovedsaken finner hjemmelen til Verwirkung i B.G.B. § 242, og vurderer a l l e sider av forholdet under hensyn til «Treu und Glauben».<sup>1</sup> Det er denne siste fasen av utviklingen som har størst interesse som illustrasjon av hvordan passivitetstandarden må antas å arte sig hos oss. Men også de eldre dommene har jeg tatt med, fordi de anskueliggjør problemene, og viser hvordan de tyske domstolene har søkt å komme til rette med dem på en måte som stemmer med rettsfølelsen og med forretningslivets behov.

<sup>1</sup> Enkelthetene i denne utviklingen er skildret foran i § 2.

## III. Ikke-bruk av merker som er innarbeidet.

Enda mere skjebnesvanger kan ikke-bruken bli, når retten til kjennetegnet ikke hviler på registrering, men på *i n n a r b e i d e l s e* — eller som varemerkel. § 23 uttrykker det, når kjennetegnet «er kjent som en forretnings særlige kjennetegn for varer av samme eller lignende slags innen vedkommende omsetningskrets» (jfr. samme lovs § 26 for de innarbeidede forretningsnavns vedkommende).

Som denne retten støtter sig på bruken, lever den også i bruken, og hvis kjennetegnet derfor ikke holdes friskt i publikums bevissthet ved å anvendes i omsetningen, faller retten snart bort av sig selv, uten at det forlanges at andre skal ha tilegnet sig kjennetegnet. Før eller senere — og helst før, så glemsomme som folk er — kommer nemlig det tidspunkt da merket ikke lenger kan sies å være «kjent i vedkommende omsetningskrets» som forretningens særlige kjennetegn.

Dessuten kan naturligvis også en sånn merkerett falle bort, hvis en konkurrent har brukt merket i lengere tid uten at eieren har sagt fra. Her gjelder det samme som når et registrert merke kolliderer med et senere innarbeidet — jfr. noen sider foran.

Derimot er situasjonen særegen, når eierens passivitet og slapphet har ført til at en konkurrent får registrert samme merke for sine varer, sånn at han etter hovedreglen skulde ha enerett til det etter varemerkel. § 5. En sånn situasjon søker loven ganske visst å forebygge, idet den sier i § 3, at registreringsmyndighetene skal avvise et merke som «allerede før innsendelsen om krav om registrering var vitterlig kjent innen vedkommende omsetningskrets som en annen forretnings særlige merke» for samme slags varer. Men har uheldet allikevel vært ute, anviser den i § 10 den positive løsning av kollisjonen, at eieren av det eldre innarbeidede merke må gå til sak «innen 3 år fra den dag merket er innført i varemerke-registret», undtagen hvor kravet om registrering er fremsatt i ond tro. Og virkningen av at fristen oversittes er ikke alene at det registrerte merke blir stående, men at den konkurrerende, innarbeidede merkeretten ikke kan utøves for fremtiden (jfr. Åndsretten s. 446 og Rt. 1938 s. 416). Ved siden av denne skarpe og absolutte reglen om rettstap p. gr. a. ikke-bruk blir det som



man forstår ikke stor plass tilovers for passivitetstandarden. Spesielt vil det ikke lett bli rum for noen påstand om at den innarbeidede retten er tapt eller svekket før de 3 årene er gått p. gr. a. passivitet fra rettighetshaverens side. Derimot kan det nok etter omstendighetene bli anvendelse for standarden, når frakjennessøksmålet ikke er bundet til noen legal frist, fordi kravet om registrering er fremsatt i «ond tro». Men som alltid når usurpanten er i denne kasus skal det forholdsvis meget til før man lar den virkelige rettighetshavers stilling tape sig, fordi han ikke har brukt retten i livet eller ikke forsvart den som han skulde og burde.

IV. Heller ikke i ophavsretten til åndsverker og patentretten mangler det eksempler på at rettigheter kan svekkes ved ikke-bruk — eventuelt ved passivitetstandarens mellemkomst.

At det ikke er lovgivningen likegyldig om disse rettighetene blir utøvet eller ikke er f. eks. patentl. § 9 bevis for. Den bestemmer at innehaveren av et patent er nødt til å innrømme andre tvangslisenser, hvis han ikke innen 3 år fra utferdigelsen «selv eller gjennom andre i rimelig omfang har bragt oppfinnelsen til utførelse innen riket». Og ekspropriasjonsreglen i åndsverkslovens § 16 viser også at eneretten til disse viktige åndsgodene må administreres sånn at de ikke blir unndradd kulturlivet istedenfor å komme det til gode. «Når almene hensyn gjør det påkrevet, kan Kongen bestemme at ophavsretten til et verk hvis skaper er død ved ekspropriasjon skal helt eller delvis gå over til staten, når dette er nødvendig for å gjøre verket tilgjengelig for offentligheten». På egen hånd har dog rettspraksis ikke dristet sig til å statuere andre følger av ikke-bruken, når det ikke er kommet andre interesser med i spillet, fordi eieren ikke har hevdet eneretten så skarpt som loven gir adgang til.

Også denne siste situasjon har lovgivningen tatt et visst hensyn til i sine regler. I § 23 sier den således man ikke ubetinget kan anvende de strenge reglene om tilintetgjørelse overfor bygninger som krenker annenmanns kunstnerrett. Og når ulovligheten bare knytter sig til en del av et åndsverk, kan den krenkede heller ikke i andre høve gjøre de ordinære rettsmidlene gjeldende, hvis de ikke kan gjennomføres uten at hele verket går til grunne,

eller betydelige økonomiske eller kunstneriske verdier blir prisgitt». Denne bestemmelsen — hvis slektskap med nabol. § 8 blir understreket i motivene — er jo helt i passivitetstandardens ånd og et utvetydig uttrykk for at den kan ha sin misjon også på dette rettsområde.

I fremmed patentrett — f. eks. i den tyske patentloven av 5 mai 1936 — finner en undertiden en bestemmelse om at den som vil påstå et patent kjent ugyldig fordi vilkårene for å gi det ikke har vært til stede, må gå til aksjon innen en viss tid; — han kan altså ikke gripe inn når som helst under patentets løpetid (§ 13 nr. 1, jfr. § 37 nr. 3). Hos oss har vi ikke noen sånn bestemmelse, men derfor er det ikke sikkert at passivitetstandardens ikke etter omstendighetene kan komme til anvendelse, både i sånne situasjoner og ellers i patentretten. *Arnholm* (s. 93—94) gjør således det tankeeksperiment at «B. sitter som interessert tilhører mens A. utvikler sin idé til et patent som A. tror er nytt. B. vet at A. eksperimenterer og har store utlegg; men først et år etter faller B. over ham med den opplysning han like godt kunde ha gitt straks, nemlig at A.s patent vilde krenke B.s eldre patentrett». I et sånt tilfelle tror jeg som *Arnholm* at domstolene vilde reagere overfor B.s optreden, og følgen måtte rimeligvis bli at han godtgjør A. de utleggene han har hatt efterat B. burde ha sagt fra.<sup>1</sup>

Men det blir vesentlig i sånne fall, da rettighetshaveren kommer under vær med en påtenkt rettskrenkelse før den enda har funnet sted, at det blir plass for passivitetstandardens i ophavsretten og i patentretten. Hvis eneretten alt er krenket når rettighetshaveren blir oppmerksom på saken, skal det meget til før passiviteten får betydning, hvis den ikke med rette kan tolkes som et samtykke, eller det er gått meget lang tid før rette eier griper inn. Når saken fortøner sig anderledes i firma- og varemerkeretten kommer dette av at her gror det så lett op nye interesser og verdier i ly av passiviteten, men det gjør det forholdsvis sjelden i ophavsretten og i patentretten.

Et passivitetstilfelle som nok ligger på grensen henter jeg fra tysk rettspraksis (*GRUR* 1930 s. 982): I strid med både

---

<sup>1</sup> Å gi A. patentrett på tross av B.'s eldre patent blir det jo ikke tale om.

komponistens og tekstforfatterens rett hadde en mann gitt ut et lite «operettebibliotek», som skulde tjene som «Führer durch einzelne Operetten». Den inneholdt en orientering om innholdet av en rekke kjente operetter, og som illustrasjon av teksten var de mest kjente visene og melodifragmentene gjengitt. I over 20 år passerte dette uantastet, men da så radioen kom og man begynte å reklamere med at «føreren» var uundværlig for radiolyttere, grep rettighetshaverne inn og fikk foretaget stoppet. Forgjeves anførte motparten at retten til å gjøre innsigelse måtte være «verwirkt» p. gr. a. den lange passiviteten. Reichsgericht var ikke enig i dette, og fremholdt spesielt at man ikke kunde operere med noe stilltiende samtykke, idet passiviteten kunde forklares ved at rettighetshaverne fra først av ikke følte sig genert av konkurransen. Jeg er tilbøielig til å tro at jeg vilde ha kommet til samme resultat — skjønt 20 års passivitet unektelig ikke er småtteri.

#### § 6.

#### **Passivitetstandarden som almindelig rettsgrunnsetning.**

I. Den «passivitetstandard» som har beskjeftiget oss i denne avhandlingen er ikke noe betydningsløst eller perifert fenomen i moderne rettsliv. Som domspraksis viser gjør den sig gjeldende overalt hvor subjektive privatrettigheter<sup>1</sup> er anerkjent, og kan da ikke — som alt A r n h o l m har fremholdt i sine «Passivitetsvirkninger» — nektes rang og sete som en virkelig «almen rettsgrunnsetning». Så meget mere som den henger sammen med andre langtrevkende rettsetninger og prinsipper, og bæres oppe av krefter og strømninger som hører til de mest livskraftige i nutidsretten.

II. Det er således ikke bare ved subjektive rettigheter at passiviteten kan pådra folk ansvar, eller føre dem op i

---

<sup>1</sup> Også i den offentlige rett er det uten tvil plass for den. Men her gjør ofte den særegenheten sig gjeldende, at myndighetene har like megen plikt som rett til å utøve sin rådighet, og at man må være forsiktig med å la den enkelte funksjonærs optreden eller ikke-optreden få følger for den offentligrettslige i n s t i t u s j o n som han representerer. Jeg er derfor ikke sikker på at A r n h o l m har rett i hvad han sier om spørsmålet på s. 104—110.

andre ubehageligheter. Ganske visst heter det at «den som sover synder ikke», og pr. analogi synes det samme å måtte gjelde dem som nok er våkne, men like tause og passive som de sovende er. Men om dette kanskje holdt noenlunde stikk i gamle dager, er det langt fra tilfellet nå.

Det er nemlig bare ut fra rent individualistiske grunnsynspunkter at «retten til uvirksomhet» ter sig som et selvsagt og absolutt prinsipp. Har man derimot sans for solidariteten i samfundslivet og menneskenes gjensidige avhengighet av hverandre, blir man klar over det anarkistiske element i prinsippet, og undrer sig ikke over at det nettop i våre dager er gjort mange og vidtgående innhugg i det. Alle de forskjellige boikottforbudene bygger således på at det ikke bør være tillatt å isolere og kvele sine medborgere ved passivitet, idet man — enkeltvis eller helst i flokk — nekter å innlate sig i kontraktsforbindelse med dem. Derimot er det nok fremdeles utgangspunktet at folk ikke er forpliktet til å opptre aktivt for å forsvare andre mennesker eller deres rettigheter, og at det må foreligge særegne omstendigheter hvis passiviteten skal bli skjebnesvanger. Men disse «særegne omstendigheter» blir flere og flere. I lovgivningen kan en f. eks. peke på en bestemmelse som strl. § 387 II som likefrem krever en mann straffet, hvis han «undlater efter evne å hjelpe den der er i øiensynlig og overhengende livsfare, uaktet det var ham mulig uten særlig fare eller opofrelse for ham selv eller andre». Ifølge avtalel. § 9 og kommisjonsl. § 5 kan man også få kontraktmessige forpliktelser på halsen, hvis man ikke tar avstand fra tilbud man har fått. Og tankegangen i ikrl. § 25 er likeledes meget illustrerende, forsåvidt som den forutsetter at en skadelidende a l l t i d har plikt til å søke skaden begrenset ved aktiv opptreden, hvis han skal ha hele sitt erstatningskrav i behold. Alt dette har praksis arbeidet videre på, og har — som en kan overbevise sig om ved å bla gjennom Arnholms: «Passivitetsvirkninger» — tillagt passiviteten virkning i en masse ulovbestemte tilfelle, hvor det ikke nettop dreier sig om utøvelse av subjektive rettigheter. Ved å la være å svare på tilbud, la bekreftelseskrivelser ligge ubesvart, ved ikke å reklamere mot fakturaer, somle med å gjøre ugyldighetsgrunner gjeldende, la en uvedkommende gerere sig som fullmektig o. s. v. kan man komme til

å pådra sig kontraktmessige forpliktelser, ja efter omstendighetene endog ved å la falske papirer sirkulere, skjønt man er opmerksom på at de lyder på ens navn.

Når ikke-bruken av subjektive rettigheter allikevel er og blir hovedeksemplet på «passivitetsvirkninger», har dette sin naturlige forklaring i disse rettigheters særlige karakter: De gir innehaveren en særlig sterk, på sett og vis privilegert stilling, som det ligger nær å ta op til overveielse hvis retten ikke blir brukt. Dessuten arter passivitetsvirkningene sig her såvidt ensartet at det lar sig gjøre å samle dem i en felles regel, skjønt man ganske visst må nøie sig med å forme den som en standard. At de andre passivitetsfølgene skulde kunne behandles på samme måten har jeg mine tvil om; iallfall tror jeg ikke man kan gi standarden et såvidt presist innhold som ved de subjektive rettigheter. Men forbindelseslinjen til resten av passivitetsvirkningene er allikevel tydelig nok.

III. Det er ikke bare gjennom passivitetstandarden at *t i d s f o r l ø p e t* virker inn på rettigheter og på rettsforhold. «Gutta cavat lapidem, non vi sed saepe cadendo», sier et gammelt ord, og tidens evne til å omforme alt og alle gjør sig gjeldende over hele samfundslivet. At dette er av grunnleggende betydning for rettsordenen og for rettsreglene er man blitt mere og mere klar over.

Et utslag herav er bl. a. den hektiske iver hvormed lovgiveren søker å holde sine regler på høide med den rivende utviklingen i tiden, og som har fått mangel på å sukke over det «overhåndtagende lovmakeri» der aldri lar en i ro. Den stigende bruk av standarder kan til dels skrives på samme konto, fordi man på denne måten kan holde lovgivningen å jour med tidens krav uten at lovgivningsapparatet behøver å holdes i stadig gang. De familierettslige reglene om revisjon både av overenskomster og administrative avgjørelser om underholdsbidrag, barnefordeling m. v. er også karakteristiske, og det samme er tilbøieligheten til å renske op i gamle bøker og protokoller, så de ikke blir liggende som «kirkegårder», som *V i n d i n g K r u s e* uttrykker det i sitt malende billedsprog.

Samme tilpasningsevne søker folk også undertiden å gi sine avtaler — særlig de langvarige — idet man f. eks. tar inn

regler om indeksregulering i tariffer o. l., eller forbeholder nyordning av kontraktsforholdene hvis situasjonen endres for sterkt.

Men også uten uttrykkelig hjemmel i lov eller kontrakt har domstolene utfoldet adskillig aktivitet for å tilpasse rettsreglene og rettsforholdene etter tiden. I kontraktsretten beveger disse forsøkene seg etter forskjellige linjer, og har til dels forskjellige navn. Hos oss samler man dem gjerne i læren om de «bristende forutsetninger», annetsteds søker man veiledning i teorier om «die Geschäftsgrundlage», «la théorie de l'imprévision» o. s. v. Et lignende forsøk på å mykne opp rettsreglene, og få dem til å marsjere i takt med tiden og utviklingen er passivitetstandarden for de subjektive rettigheters vedkommende. Og når domstolene i alle land har følt seg tvunget til å gjøre dette forsøket, er det ikke noe tilfeldig frondørphenomen, men utslag av en stor og dyptgående bevegelse i rettsordenen.

IV. Et viktig element i begrunnelsen for passivitetstandarden er den tillit til den bestående tilstand som lett vil danne sig, når rettighetshaveren lar være å påtale at forholdene ikke stemmer med hans rett. Sann tillit til den ytre situasjon kan imidlertid oppstå av mange andre grunner, og ikke minst i våre dager anser rettsordenen det for en viktig oppgave å beskytte denne tilliten, og hindre at det skal føre til skuffelse og rettstap at man innretter seg etter den. Det er nemlig et almenmenneskelig trekk å tro at den ytre tilstand svarer til den indre rett, og sikkerheten i rettslivet forlanger at man i vid utstrekning kan gjøre det uten risiko.)

Et utslag av denne innstillingen er den stadig stigende tilbøielighet til å gjennomføre objektive tolkningsteorier i de fleste livsforhold, og til å nekte å ta hensyn til ugyldighetsgrunner som unddrar sig ytre erkjennelse og bare virker på sjelens dyp. Flere av besiddelsens rettsvirkninger kan skrives på samme konto, og det samme kan reglene om at «indre» begrensninger av fullmakt eller andre representative evner er uten virkning overfor folk som ikke kjenner dem.

Enda viktigere er dog alle reglene om «god tro-hjemmel» ved rettshandel, som moderne erhvervsliv er så rikt på, og som er likeså mange eksempler på rettstap for dem de går ut over. Særlig når rettserhvervet støtter sig på at rettighetshaveren har

gitt fra sig en ytre legitimasjon som er blitt misbrukt, trer likheten med passivitetstandarden tydelig frem: Gjennom rettighetshaverens opptreden — aktive eller passive<sup>1</sup> — er det skapt en faktisk tilstand som ikke stemmer med den virkelige rett, og dette har andre innrettet sig efter. Men da ligger det nær å resonnerer som engelskmennene gjør i sin estoppel-lære, at «whenever one of two innocent persons must suffer by the act of a third, he who has enabled such third person to occasion the loss must sustain it».

Også det rettstap som kan inntre hvis man setter op eller godtar et uriktig opgjør, eller betaler penger man ikke skylder, må nevnes i samme forbindelse. Her er det ganske visst ikke passivitet som er årsaken til rettstapet, men aktive handlinger, opgjøret<sup>2</sup> eller betalingen. Men i begge fall skapes det en faktisk tilstand som ikke stemmer med det virkelige rettsforhold, og dette fortrøster folk sig til, mens tiden går sin gang. Det er derfor ikke bare forsvarlig, men praktisk riktig, at Arnholm tar med begge disse spørsmålene i sin fremstilling av de egentlige «passivitetsvirkninger».<sup>3</sup>

En interessant bekreftelse på at alt dette ligger i samme gate som passivitetstandarden gir den kjensgjerning at fremmed teori og rettspraksis ofte behandler reglene under felles synsvinkel. I Tyskland fører således Riezler de fleste av dem op som eksempler på setningen om at man ikke må handle mot sin egen tidligere opptreden — venire contra factum proprium — og som han formulerer i følgende helt almindelige vendinger: «Wenn eine Partei mit ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eine Haltung einnimmt, die mit einem von ihr früher getätigten Verhalten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und den guten Sitten unvereinbar ist, so setzt sie sich damit

<sup>1</sup> Han kan f. eks. ha latt være å ta legitimasjonen fra en tidligere eier.

<sup>2</sup> Har man bare tatt imot opgjøret, står saken dog anderledes.

<sup>3</sup> Hvad særlig *condictio indebiti* angår, tror jeg sikkert det er uheldig å føre op den umotiverte betalingen som stiftelsesgrunn for fordringer, nemlig fordringen på å få igjen det man i virkeligheten ikke skylte. Man får bedre tak i problemet når man spør om det i noe tilfelle bør inntre rettstap p. g. a. en sånn betaling m. a. o. om den umotiverte betalingen og den situasjon som den skaper bør virke skadelig inn på det virkelige rettsforhold, som jo skulde tilsi at pengene forblev hos betaleren.

der Einrede allgemeiner Arglist aus.»<sup>1</sup> Og enda tydeligere er det at alle de «tillitvirkningene» som er nevnt i dette romertall dekkes av grunntanken i den engelske lære om estoppel, som vi ovenfor gjengav sånn: «Den som ved sine handlinger eller sin opptreden gir andre foranledning til å foreta skritt av rettslig betydning, må finne sig i å bli bedømt på grunnlag av de slutninger som utenverdenen med rette måtte trekke av situasjonen.»

V. Endelig er det viktig å peke på forbindelsen mellom passivitetstandarden og den almindelige lære om misbruk av rettigheter.

I alle land tumler man for tiden med denne tanken, enten man har positive lovbestemmelser å holde sig til eller ikke. Den har sitt utspring i en sterk følelse av at man ikke lenger kan finne sig i den gamle «klassiske» opfatningen, at subjektive rettigheter er omtrent ubegrenset av omfang og at eieren kan skalte og valte med dem ukontrollert og vilkårlig. En viss begrensning må det til, men hvilken? Særlig den franske rettsvitenskap har arbeidet energisk for å bringe klarhet over hvad «abus de droit» egentlig består i, men det er langt fra enighet om hvor misbrukskriteriet — eller kriteriene — skal søkes. At rent chikanøs rettsutøvelse ikke kan regne med rettens billigelse er det dog liten tvil om — enten man nå legger den virkelige skadehensikten til grunn, eller krever at den må skinne gjennom alt i det ytre. Heller ikke kan det vekke synderlig betenkelighet å ta enda et lite skritt, og si at hvis utøvelsen er skadelig for andre uten at eieren har noen som helst interesse av den, er retten misbrukt. Men så skilles veiene. Noen søker resten av misbrukskriteriene på det subjektive område, og legger vekt på om rettsutøvelsen skjer i det øiemed rettsordenen har tenkt sig, eller tjener andre og fremmede formål. Andre fester sig mere ved den objektive siden av saken, og erklærer en rett for å være misbrukt når den er utøvet med utidig hensynsløshet, eller sånn at betydelige samfundsinteresser tar skade ved det. Det mangler heller ikke på dem som forsøker å la alle de enkelte misbruksteoriene gå

<sup>1</sup> Med særlig tanke på passiviteten uttrykker den engelske equity samme tanken i følgende maksime: «Delay will defeat equities if a party has put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted.» (Lindsay Petroleum, v. Hurd, 1874).



op i en høiere enhet, idet de — som den russiske civilloven — stempler enhver rettsutøvelse som misbruk, hvis den står i strid med rettighetens økonomiske og sosiale bestemmelse. I denne retning er f. eks. J o s s e r a n d orientert, den utrettelige forkjemper for abuslæren i fransk rettsteori.

Også her i Norge må det sikkert trekkes visse grenser for hvad en rettighetshaver kan tillate sig — i likhet med dem man annetsteds sammenfatter under slagordet misbruk av rett. Hvad «misbruket» egentlig stikker i er ganske visst ikke lett å angi, og man er på langt nær nådd frem til endelige og avklarede resultater. Men det tror jeg å kunne si, at de fleste av de tankene som har skaffet sig luft gjennom passivitetstandarden har en mere almindelig bærevide, og er blandt de viktigste av de elementer som læren om rettsmisbruk må bygges op av. På den annen side er det sikkert så — som S i e b e r t sterkt understreker — at man ikke får full forståelse av ikke-brukslæren, før man ser den som en del av det mere almindelige problem om misbruk av subjektiv rett.

Men da ligger det nær å spørre hvorfor jeg har skildret passivitetstandarden isolert, og ikke heller søkt inn til den gjennom den generelle misbrukslæren. Det har sin gode, praktiske grunn. Man skal jo helst gå fra det klare til det uklare, fra det faste og sikre til det usikre og tvilsomme, og i så måte er det påtagelig at det er heldigere å ta utgangspunkt i passivitetstandarden enn i misbrukslæren. Denne siste ligger nemlig fremdeles i halvmørke, og har spesielt ikke trengt klart og konsekvent gjennom i rettspraksis. Derimot lar det sig gjøre å samle alle dommene om ikke-bruk av rett i en eneste stor standard, som ikke er mere ubestemt og svevende enn at rettslivet kan godta den, uten å utsette sig for altfor megen usikkerhet og dommersubjektivitet. Når jeg allikevel understreker at ikke-bruksproblemet er en del av det mere omfattende problem om misbruk av rett, er det fordi jeg tror at i norsk rett er passivitetstandarden en god utfallsport, når dette viktige retts- og samfundsspørsmål engang skal angripes på bred front. Denne offensiven skal vi dog utsette til en annen gang.

VI. Når passivitetstandarden har kunnet kjempe sig til plass i vår positive rett, skjønt lovgivningen ikke gir rum for

den og skjønt den på mange måter stred mot hvad det var god latin i teorien, er det ikke bare fordi moderne rettsliv har så god bruk for den. En del av forklaringen ligger i hvad vi sa foran om at den er i pakt med sterke og levende bevegelser i tiden, og har suget næring av dem.

Først nevner jeg det betydningsfulle etiske drag som setter så sterkt et preg på nutidsretten. Rettsfølelsen vil ikke lenger finne sig i at der bygges kinesiske murer mellom rett og moral, og at all varme og menneskelighet vises ut av retten, som blir stående død og kald tilbake, lik en majestetisk, tom katedral. Billighetstanken gjennomsyrrer nå største delen av retten, og krever bl. a. sterkere hensyntagen til det konkrete tilfelles egenart på bekostning av den abstrakte og «streng» rett. I samme retning virker også bona fide synspunktet, som ikke bare gjør sig gjeldende i hele fordringsretten, men snart sagt overalt. Selv på de rettsområder som fra gammelt har vært betraktet som legitim tumleplass for den rene egoisme, klinger nå andre toner. Etikdens krav om ikke å glemme nestens interesser har fått fotfeste også her — ikke sånn at man er rettslig forpliktet til å elske sin neste som sig selv, men i mere moderat form, avpasset efter hvad rettslivet kan tåle eller klare: Man skal ikke i utrensmål gjøre andre skade, og kan man rekke noen en hjelpende hånd uten synderlig anstrengelse, er det ikke alltid man har rett til å holde hånden tilbake. At alt dette faller i tråd med de tankene passivitetstandarden hviler på, trenger visst ikke nærmere påvisning.

Men også andre forskyvninger i rettstankegangen har kommet passivitetstandarden til gode. Moderne rett vil som en vet være realistisk og eksperimentell. Den regner med virkelige interesser, ikke med aprioriske postulater, og abstrakte prinsipper har ikke gyldighet lenger enn de kan godtgjøre sin berettigelse på erfaringens vei. For de subjektive rettigheters vedkommende har dette ikke bare ført til at begrunnelsen for dem er lagt om, men også satt avgjørende preg på utformningen av deres rådighetsinnhold: Man søker i alle enkeltheter å forme rettighetene sånn at de samsvarer med de behov og interesser som gir dem berettigelse. At dette måtte gi passivitetstandarden vind i seilene er lett å se: De hemningene som ellers vilde ha møtt

den i form av overtroen på absolutte rettigheter og prinsippet om at rett ikke kan falle bort uten positiv hjemmel, var på forhånd ryddet lykkelig av veien. Og den stigende uviljen mot å godta en «rettsutøvelse» hvor den reelle interesseavveiningen går rettighetshaveren klart imot, virket naturligvis i samme retning.

Begge disse tendensene sekunderes av en tredje, som kanskje er den aller viktigste grunn til at passivitetstandarden har slått sånn gjennom: Den sosiale strømmingen der går gjennom retten i våre dager, og som ikke minst har satt preg på alt som heter subjektive rettigheter. Det er en kjensgjerning som ikke er til å komme forbi, at kollektive interesser gjør sig sterkere gjeldende enn de gjorde før i tiden, og at balanseforholdet mellom individ og samfund overalt er i ferd med å forskyves i samfundssidens favør. Naturligvis har ikke der Gemeinnutz kvalt all berettiget Eigennutz, men retningen er ikke til å ta feil av, og farten må også sies å være upåklagelig. Under disse omstendigheter er det forståelig at ikke-bruken av rett blir betraktet med andre øine i nutiden enn i liberalismens glanstid. Fra et samfundsmessig synspunkt ter den sig ofte uforsvarlig og betenkelig, og uviljen mot å la rettighetshaveren trampe ned interesser som hans egen uvirksomhet har gitt plass for øker kraftig, når man ikke bare ser saken fra privatøkonomiske synspunkter, men også fra samfundøkonomiske. Det etiske kravet om å bruke sin rett med hensynsfullhet understøttes også sterkt ved en sånn betraktningsmåte. Men alt dette er bare spredte uttrykk for den nye mentalitet, som tiden forlanger av rettighetshaveren: Han skal ikke lenger bruke eller misbruke sine rettigheter utelukkende efter sitt eget hode, og utnytte dem hensynsløst til deres ytterste, formelle grenser, men huske at rettighetene også skal tjene samfundslivet, og derfor må utøves under et visst sosialt ansvar. Og eftersom dette synspunktet gjør sig stadig sterkere gjeldende, blir det ikke alene lettere for passivitetstandarden å få ørensyd, men også større praktisk anvendelse for den: Målestokken i standarden blir nemlig strengere og strengere, alt eftersom kravene til sosial ansvarskjensle vokser.

Men det er også andre, man kan kanskje si tekniske sider ved nutidens rettsliv, som har hjulpet passivitetstandarden

med å få innpass. Rettskildelæren har mistet adskillig av sin tradisjonelle stivhet, og domstolene er ikke lenger så engstelige for å bryte nye veier uten støtte i lov eller eldgammel sedvane-rett. Og når det nye rettsinstituttet presenterte sig i skikkelse av en standard, var også dette et heldig trekk, fordi det er et særkjenne ved rettsordenen i våre dager at den søker å gjøre sig så d y n a m i s k som mulig, bl. a. ved å ta standarder i sin tjeneste i stadig større omfang (se det første avsnittet i boken). — På den annen side gir det landnam som standardene her har gjort verdifulle bidrag til teorien om dem. Ikke alene er det et nytt bevis for standardenes ekspansjonsevne og aktuelle maktstilling, men det kastes også interessant lys over måten de kan vokse frem på, og over de oppgavene som blir stillet rettsvidenskapen i den anledning.

Med denne erkjennelsen står vi ved «journey's end». Vi begynte med å vise at nutidens lovgivning gjør bruk av standarder i stor og hittil stigende utstrekning, og søkte å skildre de rasjonaliseringsproblemer som dette gav høve til. — Pekte så på at det ikke sjelden gjemmer sig en standard i lovbud som tilsynelatende er absolutte i sin form, sånn som f. eks. § 97 i den norske grunnlov. I så fall blir oppgaven vanskeligere, for da kan man ikke nøie sig med å analysere en fiks og ferdig standard, men må avsløre og formulere den først. — Men selv dette er ikke alltid nok. Det hender at en fødselshjelp må gå i forveien, fordi standarden ikke har tilhold i en enkelt, positiv lovregel, men strever sig frem mot lyset i rettslivet og i domspraksis. Og dette åndelige jordmorarbeidet skulde da dette siste avsnittet være et eksempel på.

# Tillegg.

Ved høiesterettsdommer F. S c h j e l d e r u p.

Som forordet viser var det Ragnar Knophs plan å føie et romertall (III) til § 4 i standardavsnittet og to paragrafer til grunnlovsavsnittet. Her er da tatt med endel forberedende notater og noen utdrag av hvad han annetsteds har skrevet.

## I.

### **Endel eksempler på gal rasjonalisering.**

I et notat er først tre *u t e n l a n d s k e* tilfelle nevnt: Amerikanske forsøk på å fikserer hvad culpa er (Freund). Tyske Verwirkungsregler.

Engelske forsøk på å fikserer konkurranseforbudene, *reasonable restraint of trade* (Al-Sanhoury).

Dernest følger *d e n i n t e r n a s j o n a l r e t t s l i g e* «g r u n n l o v», at «et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning eller hvor det nærmest hører hjemme» (høiesterettsdommer *H a n s s e n s* formulering i Irma-Mignondommen) — en typisk standard. I en artikkel «Omkring gullklausuldommen» i T. f. R. 1938 har Knoph på side 47—52 påpekt både hovedsetningens standardkarakter og den tendens eldre teori og rettspraksis har hatt til å opfatte det hele som et system av temmelig faste regler:

«Som man ser formulerer Høiesterett det internasjonal-privatrettslige spørsmål om norsk eller amerikansk rett sånn, at det kommer an på «hvilken stats lov som rettsforholdet har sin nærmeste tilknytning til, alle forhold tatt i betraktning.»

Derimot går man ikke inn på hvorvidt skyldnerens hjemlandslov, kontrakts- eller betalingsstedets lov e. l. er «hovedreglen» eller «utgangspunktet» for bedømmelsen av fordringsforhold etter den norske internasjonale privatretts regler.<sup>1</sup>

Det er ikke første gang at Høiesterett har gjengitt kvintessensen av vår internasjonale privatrett på denne måten og hentet avgjørelsen like ut herfra, uten å gjøre bruk av mere spesielle regler eller «præsumsjoner» om hvilket lands lov de forskjellige slags rettsforhold må antas å stå under. I den kjente Irma-Mignondommen (Rt. 1923 II s. 58), hvor to norske skib hadde støtt sammen i Tynemunningen, uttalte således dommer Hanssen med rettens tilslutning, at når det var spørsmål om «hvilke prinsipper man i det hele bør opstille for løsningen av internasjonal-privatrettslige spørsmål», syntes han det var «naturlig å ta utgangspunkt i den betraktning at et forhold fortrinsvis bør bedømmes etter loven i det land hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.» Og særlig for kontraktsforholds vedkommende fikk samme grunnopfatning uttrykk i den ikke mindre kjente Thams-saken i Rt. 1931 s. 1185. Med tilslutning av hele retten sier dommer Schjelderup: «Når det skal avgjøres hvilket lands rett som skal legges til grunn ved bedømmelsen, og norsk lov, konvensjoner eller noenlunde fast rettspraksis ikke har gitt noen positiv løsning, bør man overensstemmende med hvad der blev antatt av Høiesterett ved dom referert i Rt. 1923 II s. 58 ta som utgangspunkt, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes etter loven i det land hvor det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.»

At dette må være grunnloven i den internasjonale privatrett — eller om man vil hele den ulovbestemte internasjonale privatrett i et nøtteskall — er også ofte blitt understreket fra teoriens side. Særlig tydelige er de uttalelser av Cheshire og Wolff som Ferdinand Schjelderup citerer i

<sup>1</sup> På lignende måte uttrykker også den svenske høiesterettsdommen av 30. januar 1937 sig: I mangel av uttrykkelig avtale eller virkelig stilltiende partsvilje «måste avgörandet ske genom avvägning mot varandra av de objektiva moment i rättsförhållandet, som äro ägnade att giva utslag i den ena eller andra riktningen.»

en artikkel i Svensk Juristtidning for ifjor.<sup>1</sup> Men også G j e l s v i k gir uttrykk for en lignende tankegang i sin «Lærebok i millomfolkeleg privatrett» (2. utg. 1936) s. 34—35, og nevner med sympati eldre formuleringsforsøk av W ä c h t e r, S a v i g n y og v. B a r, hvor det i virkeligheten mere er ordene enn tanken som skiller forfatterne fra hverandre.

Imidlertid er det også en kjensgjerning at hverken teori eller rettspraksis har ansett vår internasjonale obligasjons- og kontraktsrett for uttømt ved en sånn almenetning, men har ment å kunne opstille mere kasuistiske regler eller præsumsjoner om hvilket lands rett der skal legges til grunn. Således kommer G j e l s v i k tilbake til spørsmålet i særframstillingen av «den millomfolkelege obligasjonsretten», og her hevder han — bl. a. i tilslutning til v. B a r — at den «princielle løysing» for alle rettshandelsforhold må være at de står «under lovi til bustaden til debitor. Det er den mest høvelege regelen, som ein fylgjer når ein ikkje hev sers grunn til å taka ei onnor løysing». (S. 217, jfr. s. 220.) Og iallfall i to høiesterrettsdommer fra de senere år har G j e l s v i k s lære fått tilslutning i præmissene.<sup>2</sup> Den ene står i Rt. 1928 s. 646, og handler om en nordmann med forretning og bopel i Oslo, som hadde gitt et provisjonstilsagn under et midlertidig opphold i U. S. A. Denne forpliktelsen anså retten for å stå under norsk lov, idet man uttrykkelig henviste til G j e l s v i k s framstilling i «Millomfolkeleg privatrett». Den andre dommen angikk den tyske Aufwertungs-lovgivning (Rt. 1934 s. 152) og her sier dommer A l t e n på vegne av et flertall i retten: «Efter vår internasjonale privatrett må det antas at kontraktsmessige forpliktelser som hovedregel er undergitt loven i den stat hvor debitor har sitt hjemsted på den tid da han inngår forpliktelsen, jfr. Rt. 1909 s. 414—415 og Rt. 1928 s. 646 og 826. Men såvel avtale som andre særlige omstendigheter kan begrunne undtagelse fra denne regel.»

Under disse omstendigheter ligger det nær å spørre, om det er meningen at Høiesterrett nå ved gullklausuldommen har tatt avstand fra disse eldre uttalelsene, og om hvordan vår internasjonale kontraktsrett i det hele arter sig, når man ser rettens praksis under ett. Spørsmålet kan i grunnen deles i

<sup>1</sup> S. 222—230. <sup>2</sup> Jfr. også en overrettsdom i Rt. 1909 s. 414—415.

to, idet man først undersøker om den siste dommen må formodes å ha gjort rent bord med alt som heter spesialregler og præsumsjoner, og redusert hele vår internasjonale obligasjonsrett til en eneste stor almenhet om at et fordringsforhold skal stå under det lands rett som det alt i alt har sterkest tilknytning til. Svarer man nei til dette, blir det neste spørsmål om ikke eldre teori og praksis har vært tilbøielig til å legge for sterk vekt på skyldnerens bostedslov som den avgjørende, og kanskje har tillagt bostedsreglen en karakter og rekkevidde som den alt i alt ikke har krav på.

For å svare på om gullklausuldommen må forstås sånn at den tar bevisst avstand fra alle enkeltregler og præsumsjoner i den internasjonale obligasjonsrett, er det nødvendig å gjøre sig klar over hvilke formål man forfølger ved å stille op sånne undersetninger, hvilken karakter de har, og hvilket forhold de står i til den store, generelle hovedsetningen. Som alle vil forstå er denne nokså vak og ubestemt. Den inneholder i grunnen bare et generelt direktiv til dommeren, idet han får tilhold om å betrakte hvert forhold i hele dets individuelle eienommelighet, og gi alle de forskjellige tilknytningsmomentene den vekt de naturlig bør ha. Den helhetsbetraktningen og totalvurderingen som dette munner ut i må nødvendigvis bli temmelig skjønsmessig, og dommerens subjektive opfatning får svært fritt spillerum. Kan man skaffe ham et noe fastere, objektivt grunnlag å stå på, skader det derfor ikke. Det kan man gjøre ved å analysere de tilknytningsmomentene det kan være tale om, og søke å bestemme deres relative verdi i de forskjellige kontrakts- og livsforhold. Til alle tider har det i virkeligheten vært dette som den internasjonale privatrettsvidenskap har syslet med, iallfall de forfattere som holder sig på jorden, og ikke søker å løse spørsmålene på spekulativ vei, ut fra aprioriske prinsipper av folkerettslig eller statsfilosofisk karakter.

På grunnlag av sånne undersøkelser, og støttet til den rettspraksis som måtte finnes, har man så stillet op lister over hvilke tilknytningsmomenter som normalt har betydning, f. eks. kontraktsstedet, betalingsstedet, partenes og især skyldnerens bosted o. s. v. Og man har også dristet sig til å forme visse veiledende regler eller præsumsjoner, som f. eks. den at skyld-



nerens hjemlandslov gjerne avgjør hvilket lands rett en kontrakt skal stå under. Men her kreves stor forsiktighet. Ikke alene må man — som alltid — være forsiktig med å generalisere for sterkt, sånn at setninger som kanskje er riktige for én slags kontrakter eller fordringsforhold, tillegges en almengyldighet som ikke kan forsvares. Men man må også huske på, at det til syvende og sist blir den konkrete, omfattende helhetsvurderingen som skal ha det avgjørende ord. De enkeltsetningene man kommer til må derfor leses med det forbehold, at de bare gjelder når ikke tilfellets individuelle eiendommeligheter tilsier en annen løsning.<sup>1</sup> Og man må aldri bille sig inn at man kan utarbeide systemet med enkeltregler og præsumsjoner så fint, at man kommer utenom den skjønsmessige vurdering av enkelttilfellet som er og blir den internasjonale privatretts grunnkrav.

Når dette er forholdet mellom de særlige reglene og det store almindelige grunnprinsippet, synes det klart at det ikke behøver å bety noen underkjennelse av detaljarbeidet med enkeltsetninger og præsumsjoner at gullklausuldommen har gått dem forbi, og bygget sitt resultat direkte på grunnreglen om at kontrakter skal stå under det lands lov hvor de alt i alt hører nærmest hjemme. Om man i dette tilfelle fant det praktisk å gå like på — vel fordi man syntes helhetsinntrykket av forholdet pekte aldeles utvilsomt på Amerika og amerikansk rett — ligger ikke heri noen underkjennelse av den verdi som enkeltanalyse og præsumsjoner kan ha i andre tilfelle, hvor en rent umiddelbar betraktning av kontraktsforholdet ikke gir så utvetydig utslag.

For dem som ikke hadde klart for sig hjelpereglenes karakter og forholdsvis beskjedne oppgave, måtte høiesterrettsdommen derimot være meget lærerik: Den slår nemlig fast at grunnreglen i den internasjonale kontraktsrett er at avtaler skal stå under det lands rett hvor de nærmest hører hjemme, og at alle slags præsumsjoner og veiledende regler om tilknytningsmomenter m. v. bare har sekundær og avledet verdi, og ikke skal brukes medmindre de virkelig gir riktig uttrykk for hovedreglen i det konkrete tilfelle. Imidlertid kan det ikke sies at en sånn påmin-

---

<sup>1</sup> Jfr. Ferdinand Rolfs avhandling i Rt. 1902 s. 785—86.

nelse var særlig påkrevet hos oss. Gjelsvik f. eks. er jo fullt klar over at de reglene han stiller op i den internasjonale obligasjonsrett viker plassen, når de konkrete forholdene gjør en annen løsning naturlig, og han føier til at det ikke engang er sagt, at de fleste tilfelle i livet skal avgjøres efter den reglen som gir den «princielle løysing» av spørsmålet. Og i de høieste rettsdommene jeg nevnte ovenfor, hvor debtors bostedslov fremstilles som «hovedreglen», er det også uttrykkelig sagt at reglen er åpen for undtagelser. Det har domstolen også gjort alvor av i flere tilfelle, hvor man slett ikke har bedømt skyldforholdet efter denne loven<sup>1</sup>.»

Også om ordre publicsynspunktet har Knoph skrevet for å vise, at det er en standard; T. f. R. 1938 s. 358—361:

«1. Alle lands rett er enig om at den internasjonale privatretts regler ikke kan følges blindt når de gir anvisning på å bruke fremmed rett, men at det efter omstendighetene må øves en viss censur overfor dennes innhold og det resultat den vilde føre til. I tysk litteratur sier man helt nøitralt, at en «Vorbehaltsklausel» alltid må underforståes når det er tale om å bruke fremmede rettsregler, mens man i romanske land gir forbeholdet et mere positivt innhold, idet man fremholder at anvendelsen av fremmed rett aldri må stride mot l'ordre public i det landet som skal bruke den.

Undertiden har en sånn klausul funnet optagelse i selve lovgivningen. I Frankrike ansees den således uttalt i code civil art. 3, som sier: «Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire». I innføringsloven til B. G. B. heter det i art. 30: «Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde». Andre lover taler om «offentlig orden og gode seder», «offentlig rett», «strafferett», «religiøs toleranse», «moral og gode seder», «lovgivningens ånd» o. s. v. Disse formuleringene er som man ser temmelig vake, og må nødvendigvis være det. Ordre

<sup>1</sup> Se f. eks. flere av de dommene som Schjelderup nevner l. c. s. 227—230.

public-reglen er nemlig ikke en vanlig rettsregel, hvis innhold kan angis i presise, logiske kategorier. Den er en typisk «standard», d. v. s. et elastisk direktiv, som hvert land får utforme og praktisere ut fra sin nasjonale rettsinnstilling og rettstradisjon. At den under disse omstendigheter ikke får et innhold som er konstant i alle land og til alle tider, er klart. Men at klausulen er et nødvendig supplement til den internasjonale privatretts andre forskrifter, er det samstemmighet om.

Om forbeholdsklausulen skal opfattes som en undtagelse fra de vanlige internasjonale-privatrettslige reglene (S a v i g n y), eller som en immanent begrensning av deres herredømme (M a n c i n i og den italienske skolen), blir lett en strid om ord. At den i sin tendens og sitt prinsipp står i strid med det rettsideal som den internasjonale privatretts regler ellers arbeider mot, kan dog ikke bestrides.

Det har i teorien ikke manglet på forsøk på å angi litt næiere, hvordan den fremmede rettsregel egentlig må være beskaffen, for å komme i strid med domstollandets ordre public. Sånne forsøk er meget priselige, men kan aldri helt fjerne den ubestemtheten som er klausulen medfødt, og som ytterligere understrekes ved at de forskjellige land tildels oppfatter den på hver sin måte. Det er dog visse grupper av tilfelle som man er noenlunde enig om å føre inn under forbeholdsklausulen, og fra dem faller det ganske godt lys over klausulens karakter og virkeområde:

a) Først og fremst er man nokså enig om at fremmed rett ikke må anvendes, når dette likefrem vilde stride mot landets s e d e l i g e o p f a t n i n g. Skoleeksempler på dette er at den fremmede rett anerkjenner tvegifte, slaveri eller gyldigheten av spill og veddemål.

b) Videre, når det instituttet som den fremmede rett legger til grunn er u k j e n t i d o m s t o l l a n d e t, f. eks. en institusjon som «den borgerlige død».

c) Når anerkjennelsen av den fremmede rett truer s t a t e n s s i k k e r h e t, eller viktige offentligrettslige interesser. I denne retning forståes bl. a. code civils uttrykk «lois de police et de sûreté», og også B. G. B.'s innføringslov art. 30 om at den fremmede rett ikke må støte an «gegen den Zweck eines

deutschen Gesetzes». Dette uttrykket har Reichsgericht nemlig stadig forstått sånn, at «Anwendung des ausländischen Rechts geeignet sein würde, unmittelbar die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens anzugreifen» (N u s s b a u m: Deutsches int. Privatrecht, 1932 s. 65). Denne formelen ansees dog gjennomgående for snever i teorien (jfr. f. eks. W o l f f: Internationales Privatrecht, 1933 s. 43), og i praksis er den også anvendt på forhold som ikke egentlig synes å dekkes av den, f. eks. når fremmed rett erklærer visse fordringer for å være unddradd foreldelse.

Som et eget eksempel på ting som kolliderer med ordre public nevnes også undertiden lover som strider mot folkeretten, f. eks. fordi de inneholder en ubeføiet diskriminasjon av utlendinger. Isåfall vil imidlertid gjerne en av de to følgende underavdelinger av l'ordre public-reglen finne anvendelse på forholdet.

d) Når den fremmede rett strider mot prinsipper som etter domstollandets mening hører til rettens og rettferdighetens elementære fordringer, er man også enig om at forbeholdsklausulen er på sin plass. Eller når den, som N i e m e y e r uttrykker det i sitt kodifikasjonsforslag: «auf einer so niedrigen Entwicklungsstufe steht, dass seine Anwendung im Inland nicht angemessen erscheint». (W a l k e r, Internationales Privatrecht 1934 s. 287.) At dette ikke betyr at den fremmede rett må settes tilside overalt hvor den kolliderer med tvingende innenlandske rettsforskrifter, er dog alle enige om. Heller ikke er det i og for sig avgjørende, at en lovregel som den fremmede vilde ha kollidert med domstollandets grunnlov, om det var her den hadde vært gitt. Men selvsagt kan det på den annen side hende, at nettop en grunnlovsregel inneholder et slikt elementært rettferdskrav, at de nasjonale domstoler av denne grunn vegrer sig ved å anvende fremmede lovregler som miskjenner det.

Særlig når det gjelder praktiseringen av dette siste element i forbeholdsklausulen er det nokså almindelig at det som N u s s b a u m sier (l. c. s. 62), blander sig en umiskjennelig «staatspolitischer Zusatz» inn i domstolenes overveielser. Når domstolene nekter å anvende fremmed rett, fordi den vilde virke

støtende på anstendigheten eller innføre rettsinstitutter som er helt ukjent, gjør de i prinsippet ikke forskjell på innlending og utlending, på nasjonale og fremmede interesser. Men når det appelleres til forbeholdsklausulen, fordi den fremmede rett holdes for å bryte fundamentale retts- og rettferdsprinsipper, står saken ikke i ganske samme stilling. Her vil domstolene for det første være svært tilbøielige til å anvende klausulen, når de finner at den fremmede loven nettop er rettet mot nasjonale interesser på en urimelig måte; Nussbaum nevner i denne sammenheng en østerriksk dom, der nektet å anvende jugoslaviske gullklausullover som med forsett satte østerrikske kreditorer tilbake. Men selvom den fremmede lov forsåvidt er neutral, får det allikevel lett betydning, om det er nasjonale eller fremmede interesser som her berøres av spørsmålet. Mens de nasjonale domstoler vanskelig vil føle sig opfordret til å prøve den indre rettferdighet av en fremmed lov som bare berører utenlandske interesser, vil den være mere på vakt, når det er nasjonale interesser som i tilfelle vilde bli skadelidende. Man kan si at den slags betraktninger ikke er av rettslig art, og at de derfor ikke burde anerkjennes som et legitimt element av forbeholdsklausulen. De gjør sig imidlertid gjeldende i alle lands praktisering av klausulen, og det vilde — iallfall på det nuværende trin av rettens utvikling — være fåfengt og livsfjernt om man så bort fra denne siden av saken.

e) Som en siste anvendelse av ordre public-klausulen — eller kanskje snarere som en utvidelse av eller analogisk tilpassing til det område som den normalt behersker — kan kanskje nevnes enda et forhold: Det kan være at de fremmede rettsregler som efter vanlig internasjonal privatrett skulde anvendes, er så utpreget diktert av politiske eller statsfinansielle hensyn, eller av andre grunner har sånn karakter og formål, at det ikke stiller sig naturlig for domstollandet at dettes eller dets borgeres interesser skal være underlagt den fremmede retts herredømme.

Isåfall er det en mere eller mindre nærliggende mulighet for at de nasjonale domstoler vil lempe eller retusjere på de resultater som efter vanlig internasjonal privatrett skulde ligge nærmest. Hvordan man rettslig karakteriserer dette kan være forholdsvis likegyldig: Om man holder det for å være et utslag

av ordre public-reglen, eller for en nyansering av de vanlige internasjonale-privatrettslige regler, der jo aldri er beregnet på å anvendes stivt og absolutt, eller endelig erklærer den internasjonale privatrett for uvedkommende i sånne tilfelle, og faller tilbake på andre synspunkter for å løse spørsmålet om den fremmede lovs herredømme i rummet.

2. Heller ikke her i Norge kan det slås fast i sikre og absolute setninger, når domstolene skal fravike den almindelige internasjonale privatretts resultater, fordi de kommer i strid med norsk «ordre public», eller hvad man nå vil kalle det.

Noen lovbestemmelse om spørsmålet har vi ikke. Men på et beslektet område, nemlig når det gjelder utenlandske dommers rettskraft, har vi regler som er gode vidnesbyrd om lovens almindelige innstilling. I tvistemålslovens § 167 sies det således innledningsvis at Norge kan slutte overenskomst om å anerkjenne fremmede lands civile domsavgjørelser som rettskraftige. Men det føies til at det må gjøres undtak, hvis «anerkjennelsen vilde stride mot ærbarhet, eller norske ufravikelige rettsregler». Og i konvensjonen mellom de nordiske land om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer av 16. mars 1932 art. 12 sies det, at den ikke forplikter til å anerkjenne eller fullbyrde en avgjørelse, hvis den «åpenbart vilde være uforenelig med landets rettsorden».

Sikrere uttrykk for hvordan ordre public-spørsmålet står finner man imidlertid i rettspraksis. Og skjønt denne ikke er særlig rik, gir den umiskjennelige uttrykk for at også norsk rett legger omtrent det innhold i forbeholdsregelen som jeg ovenfor har søkt å gi en summarisk analyse av.»

De neste eksemplene i notatet er grunnlovens § 97 — som denne bokens annet avsnitt handler om — og god tro som vilkår for rettserhverv m. v. og i den forbindelse setningen error juris semper nocet, som tildels er blitt oppfattet som en mer eller mindre absolutt rettsregel.

Læren om bristende forutsetninger var også etter Knophs mening en standard: Synspunktet må være i hvilken utstrekning kontrakter kan tilpasses efter de endrede forhold uten at man derved svekker kontraktsikkerheten. Ra-

sjonaliseringssynspunkter er: vågnad og vinning, almene og individuelle motiver (Gjelsvik). Men man må ikke legge for sterkt press på rasjonaliseringen. Og på den annen side heller ikke avvise det hele, hvad Stang har vært tilbøielig til.

Mest vekt la Knoph på eksemplet fra den nordiske rettsstridslæren. Dens fortjeneste var, at man til klargjøring av culpastandarden analyserte det objektive element i denne, som interesseavveilingen representerer. Feilen var at man gikk videre og ophøiet dette moment, interesseavveilingen, til en almen og selvstendig rettsregel. Torp har endog villet strekke den så langt, at den bestemmer rettighetenes grenser.

## II.

### **Grunnlovens § 97 og næringsrettighetene.**

Til den planlagte § 9 om næringsrettighetene fantes et notat med følgende disposisjon:

- I. Aschehougs og Morgenstiernes lære.
- II. Det riktige synspunkt. (Skeie.)
  - 1) Ikke avgjørende om brev.
  - 2) Større adgang til inngrep fordi det ikke er særrett.
  - 3) Rettferdstandard her som ellers.
- III. Regulerende foranstaltninger.
- IV. Totale forbud.

Notatet sluttet med endel dommer:

- Uttalelse i petroleumslagerdommen av 1880 Rt. s. 257.
- Vindommen, Rt. 1919 s. 449.
- Vauvertdommen, Rt. 1922 s. 624.
- Stordødommen, Rt. 1929 s. 149.
- Melkeomsetningsdommen, Rt. 1933 s. 1041 og Rt. 1936 s. 540.
- Sildedommen, Rt. 1934 s. 444.
- Arbeidsformidlingsdommen, Rt. 1936 s. 430.
- Tannlegedommen, Rt. 1937 s. 723.

Skeies synspunkt som blev lagt til grunn i den avgjørende dom i Vauvertsaken, er fremstillet i hans skrift: «Om statens pligt til at yde erstatning, naar lovgivningen innskærper

eller ophæver en tidligere adgang til salg eller skjænkning af alkoholholdige drikkevarer eller stiller nye vilkaar for udøvelse af denne virksomhed. Bilag 4 til Alkoholkommissionens indstilling» (1915). Se også hans «Afhandlinger om forskjellige retsspørgsmaal II» (1916) side 173 ff.

### III.

#### **Grunnlovens § 97 og pengelovgivningen.**

Også til denne paragrafen fantes et notat med disposisjon, men bare for

##### I. Innledning.

- 1) Viktighet. Pengelovgivningen ryggraden i det økonomiske liv.
- 2) Særlig tre spørsmål:
  - a) Suspensjon av innløsningen med følgende inflasjon.
  - b) Nedsettelse av gullinnholdet.
  - c) Ophevelse av gullklausulen.

Knophs syn på pengelovgivningens forhold til grunnloven vil enkelte uttalelser i teksten ha gitt klar beskjed om, således hans referat side 101 av Ørsteds syn på den norske pengelovgivning av 1816 og hans kritikk side 155—156 av Aschehousgs syn på moratorier og i den forbindelse noten om den amerikanske høiesterrettsdom i Missouri-moratoriesaken av 1934 (se nedenfor samt T. f. R. 1938 s. 290—292.) Endelig viser bemerkningen på side 187, at Knoph vilde ha gjort inngående rede for de amerikanske gullklausuldommene av 1935. (Se om dem min artikkel i T. f. R. 1938 s. 265—286.) Deres resultat hadde han forøvrig allerede i 1933 forutsagt overfor Finansdepartementet. Om den norske gullklausuldommen (Rt. 1937 s. 888) uttalte han i T. f. R. 1938 s. 46, at den efter hans mening var riktig og rettfærdig. Og på forhånd hadde han skrevet (T. f. R. 1937 s. 363):

«Jeg skal i korthet angi, hvorfor jeg i en sak mellem norsk kreditor og staten anser det utelukket å sette Joint Resolution



til side som stridende mot ordre public, hvis man først er kommet til det resultat at gjeldsforholdet står under amerikansk rett i internasjonal-privatrettslig henseende.

Det tør for det første påregnes enighet om at man ikke kan anse den amerikanske Joint Resolution som usedelig eller umoralsk, efter norsk opfatning av disse ting. Heller ikke innfører den rettsinstitutter som er ukjent her i Norge, og som man derfor under ingen omstendigheter kan bygge på. Spørsmålet blir da om den er et utslag av en så lav og primitiv rettskultur, eller støter an mot så innlysende rettferdsprinsipper at norske domstoler må ta avstand fra den av denne grunn.

For å avgjøre dette er det nyttig å huske på hvad grunnen var til at resolusjonen blev vedtatt, og også måten den er gjennomført på: Joint Resolution sier selv at den var en absolutt nødvendighet, hvis kongressen skulde få gjennomført den penge- og myntpolitikk som den holdt for nødvendig for å avverge økonomisk sammenbrudd innad og gjenoprette Statenes konkurransedyktighet utad. At dette stemte med de virkelige, objektive forhold er det ingen grunn til å tvile på. En annullering av gullklausulen under sånne forhold er ingenlunde ukjent ellers i verden. Og skjønt man i U. S. A. har de mest vidtgående grunnlovsbestemmelser til vern om borgernes «erhvervede rettigheter» og til beskyttelse for inngåtte kontrakter, har Unionens høiesterett funnet at Joint Resolution under de foreliggende omstendigheter ikke kunde ansees for å være forfatningsstridig.

Her i Norge er vi heller ikke fremmed for tanken om at borgernes rettigheter kan trenge beskyttelse mot vilkårlighet fra lovgivningens side, og forbudet i § 97 mot å gi lover tilbakevirkning er kanskje det viktigste utslag av dette. Om Høiesterett i en tilsvarende situasjon i Norge vilde holde en norsk lov som annullerte gullklausulene for å være forenelig med grl. § 97, er det neppe nødvendig å avgjøre i denne forbindelse. Men at man her i landet skulde stå så fremmed overfor inngrep i private kontrakter og særlig i gullklausulen, at domstolene i alle tilfelle blankt måtte underkjenne en gullklausullov som stridende mot norsk ordre public, det kan vanskelig påstås. De midlertidige lovene om suspensjon av gullklausulen og om beslektede

forholdsregler overfor flermyntede obligasjoner gir tydelig beskjed om, at man heller ikke hos oss føler sig ubetinget bundet av inngåtte kontrakter, når de i kraft av tiden og utviklingen kommer til å innebære en fare for nasjonens økonomiske liv. Og også med tanke på hvad fremtidig norsk lovgivning kan bringe tror jeg man skal være forsiktig med å slå fast som en ubetinget setning, at norske domstoler i kraft av ordre public-reglen må nekte å anvende en fremmed lov, der setter en strek over gullklausulen i en sånn nødsituasjon som den U. S. A. befant sig i våren 1933.

Hvad dernest angår den måten som Joint Resolution blev gjennomført på, tør det være klart at det heller ikke her foreligger omstendigheter som må kalle den norske ordre public i gevær. Først og fremst må det understrekes at den er iverksatt på en måte som er helt lojal i forhold til utlandet; den er så langt fra noen maskert ekspropriasjonslov, rettet mot utenlandske kreditorer. Ganske visst rammes også disse av loven — men ikke på annen måte enn de amerikanske. Og ser man på skyldner-siden — altså på dem som har nytte av gullklausuloven — viser det sig at heller ikke her står amerikanerne i noen preferansestilling. Også utenlandske skyldnere — privatpersoner som stater — kan søke beskyttelse i loven ved de amerikanske domstoler. Og det var veldige utenlandske tilgodehavender som amerikanske bankinstitutter på denne måten måtte finne sig i å få redusert.

Jeg tror derfor ikke man kan avvise Joint Resolution ved norske domstoler, fordi den strider mot våre elementære retts- og rettferdsforestillinger.»

I den norske dommen uttalte førstvoterende «at hverken lovbestemmelsenens samfundsmessige formål, således som dette fremgår av lovens foran gjengitte innledning, eller den måte hvorpå dette formål er søkt gjennomført i loven selv, efter min opfatning byr holdbart grunnlag for å tilsidesette bestemmelsene her i landet. Jeg undlater i denne forbindelse ikke å nevne, at den krisetid som fulgte efter verdenskrigen også i vårt land skapte vanskeligheter av lignende art som de der ligger til grunn for Joint Resolution, og at disse vanskeligheter ikke har kunnet

løses uten at lovgivningen har måttet gripe inn med vidtgående regulerende forføyninger.»

Av stor interesse for disse spørsmålene er Skeies «Papirpenger og oppgjør av papirpengegjeld» (1927) og Keilhaus «Overgang til ny pengeenhet» (1933), den ene skrevet før og den annen etter deflasjonskrisen. Se også Betenkning fra juristkomitéen av 1934 (St. med. nr. 19, 1934).

*Missouri-moratoriedommen (fra T. f. R. 1938 s. 290—292.)*

Home Building and Loan Association—Blaisdel — den såkalte Missouri-moratoriedom — har stor interesse, ikke bare fordi hele lovgrunnen har sterke berøringspunkter med den gullklausulforbudet er bygget på, men også fordi selve grunnlovstolkningen er i nær slekt med Marshalls i McCulloch—Maryland-saken. Med Chief Justice Hughes som førstvoterende blev den temmelig vidtgående moratorieloven stadfestet:

«En gjennomgåelse av våre dommer viser klart og tydelig at der har vært en voksende forståelse av almenhetens behov og av hvor nødvendig det er å finne et rasjonelt kompromiss mellom individuelle rettigheter og det almene vel. Opdyrkningen av landet og den minskning av det offentliges områder, som dermed har fulgt, det trykk som en stadig økende befolkningstetthet har ført med sig, de forskjellige virksomhetsgreners inngripen i hverandre og våre økonomiske interessers brokete mangfoldighet, alt dette har med nødvendighet medført en øket anvendelse av samfundsmessig organisasjon for derved å verne selve grunnlagene for den individuelle virksomhet. Der hvor man i tidligere tider mente at det bare dreiet sig om enkelt-individer eller enkelte klasser, mens statens egne interesser bare blev berørt rent indirekte, der har man senere funnet at det direkte dreier sig om statens fundamentale interesser. Spørsmålet gjelder ikke lenger bare forholdet mellem to kontraherende parter; det gjelder bruken av rasjonelle midler for å verne den økonomiske bygning som danner grunnlaget for alles vel.»

Derefter tok Hughes for sig det grunnlovsmessige vern mot enkeltstaters inngrep i bestående kontraktsrettigheter — konstitusjonens artikkel I, seksjon 10 og 14. Amendments due process clause. Om det førstnevnte sa han, at «forbudet er ikke absolutt og må ikke leses med bokstavelig nøiaktighet som en matematisk formel». Det er generelt og «tolkning må til for å tilveiebringe enkelthetene . . .

Forpliktelsene etter en kontrakt blir krenket, dersom en lov erklærer dem ugyldige eller ophever dem. Dette prinsipp er til hinder for en tolkning, som vilde åpne staten adgang å følge en politikk, som tok sikte på å opheve gjeldsforpliktelser, ødelegge kontrakter eller nekte partene midler til å håndheve dem. Men det medfører i k k e, at der ikke kan tenkes å opstå forhold, hvor et midlertidig forbud mot håndhevelsen stemmer med grunnlovsbudets ånd og formål og derfor er hjemlet ved den staten forbeholdte myndighet til å verne samfundets vitale interesser. Den tvil som kan ha vært til stede om hvorvidt statens beskyttende myndighet, dens police power, kan utøves uten å krenke den federale konstitusjons virkelige formål — ved direkte å stoppe den umiddelbare og bokstavelige håndhevelse av kontraktsmessige rettigheter gjennom et midlertidig og betinget forbud når vitale almeninteresser ellers vilde lide — den tvilen blev ryddet vekk ved våre avgjørelser om håndhevelsen av husleielovene dengang det var bolignød . . .

Statens økonomiske interesser kan gjøre det berettiget, at dens vedvarende og dominerende beskyttelsesmyndighet blir utøvet, uansett at kontrakter derved berøres . . . Spørsmålet er ikke hvorvidt lovgivningsmaktens tiltak berører kontrakter som en sidevirkning, eller direkte eller indirekte, men det er, hvorvidt lovgivningen har et rettmessig mål og hvorvidt de benyttede midler er rimelige og kan være egnet til å nå dette målet.» Når alt kommer til alt er det jo nemlig «en naturlig forutsetning for den politikk, som går ut på å verne kontrakter mot inngrep, at der oprettholdes et slikt statsstyre, at det er umaken verd å inngå kontrakter, — et statsstyre som beholder tilstrekkelige maktbeføielser til å kunne sikre samfundet fred og orden». Derfor må enhver kontrakt være underkastet det forbehold, at staten i fremtiden ikke kommer til å måtte gripe

inn overfor utøvelsen av de kontraktsmessige rettigheter — altså forutsatt at presserende offentlige hensyn gjør denslags inngrep nødvendig. «Det er ikke bare de gjeldende lover som — for å fastsette forpliktelsene partene imellem — må tolkes inn i kontraktene; som et av rettsordenens postulater må det også innfortolkes et forbehold, som refererer sig til den suverene statsmyndighets vesentlige attributter».

Dette resonnement blev så anvendt på de forhold, som fremtvang moratorielovene. Og «innrømmer man, at en stat har myndighet til midlertidig å fritta folk for å opfylle sine kontrakter når fysiske årsaker såsom brand, oversvømmelse eller jordskjelv har voldt ulykke, da kan man heller ikke, hvor det presserende almene behov for slik fritagelse er skapt av andre og økonomiske årsaker, benekte at slik myndighet er tilstede.»

## Norske høiesterettsdommer, nevnt i teksten.

(Årgang og sidetall i Norsk Rettstidende.)

1836— 495: 129	1910— 790: 197, 236, 243
1877— 673: 129	1911— 38: 132
1880— 257: 107, 116, 122, 129	1911— 337: 132
1880— 278: 130	1911— 735: 199
1881— 161: 132	1912— 980: 196, 244
1882— 229: 75, 121	1913— 646: 194, 243, 245
1882— 584: 132	1914— 692: 198
1884— 349: 132	1915— 492: 130
1889— 601: 122, 124, 131	1917— 415: 133
1891— 569: 107, 122, 129	1917— 816: 130
1892— 49: 129	1918— 401: 74, 106, 133, 184
1893— 481: 192, 236, 237, 242, 244, 250, 251	1918— 494: 196, 236
1895— 297: 172, 175	1918— 497: 74, 142, 149, 152, 162
1896— 530: 199	1918II— 65: 195, 236
1897— 420: 132	1918II— 287: 167
1897— 593: 129	1919— 307: 167
1900— 849: 129	1919— 533: 196
1902— 53: 129	1919— 742: 168
1902— 97: 129	1919— 761: 196
1902— 436: 196, 243	1920— 34: 197
1902— 641: 193, 194, 202, 236, 237, 243, 247, 250, 252	1920— 397: 132
1903— 247: 129	1920— 458: 197, 198
1903— 545: 130	1920— 497: 150, 170, 174, 176
1904— 465: 122, 129, 130	1920— 831: 197, 236, 243
1905— 235: 193, 202, 236, 237, 243	1920— 909: 162
1906— 698: 129	1921— 61: 196, 243
1909— 417: 75, 132, 140, 147, 159, 168, 175	1921— 70: 196, 236
1910— 124: 175	1921— 568: 197
1910— 174: 175	1921— 721: 74, 134, 162
1910— 600: 195	1922— 624: 74
	1923— 793: 194, 236
	1923II— 23: 79, 150
	1923II— 60: 11

## 296 NORSKE HØIESTERETSDOMMER, NEVNT I TEKSTEN

1924— 12: 175	1933—1082: 207, 235
1924— 949: 134	1934— 152: 150, 152
1924—1223: 132	1934— 260: 207
1925—1014: 116, 164	1934— 613: 208, 209, 213, 237, 243, 244
1926— 294: 84	1934— 964: 137
1926— 732: 74, 149, 153	1934— 997: 130, 131, 138
1926— 955: 74, 75, 150, 154, 160, 163	1935— 8: 167
1927— 49: 132, 176	1935— 358: 151, 157
1927— 641: 199, 212	1935— 815: 126
1927—1057: 117, 163, 175, 176	1936— 430: 91
1928— 638: 195	1936— 481: 208, 213, 236, 243
1928— 980: 197, 198, 236, 243	1936— 540: 134
1929— 149: 134	1936— 946: 260, 261
1929— 766: 150, 152	1937— 42: 167
1929— 771: 134	1937— 119: 258
1930—1329: 129	1937— 158: 209, 242
1930—1408: 100, 117, 146, 163, 175	1937— 436: 209, 236, 244
1931— 169: 196, 243	1937— 452: 210, 237
1931— 865: 91, 117, 136, 175	1937— 544: 211, 236, 237, 243, 244, 246, 247
1932— 212: 26	1938— 52: 261
1932—1029: 203	1938— 416: 265
1933— 511: 204, 245	1938— 790: 235
1933— 887: 206	
1933—1041: 134	