

# MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Martin Jonassen

Eiendomsrettens overgang –  
en dogmehistorisk analyse

586

# Eiendomsrettens overgang – en dogmehistorisk analyse



MarIus No. 586

Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2025

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-mail: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)

Internet: <https://www.sjorettsfondet.no/>

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

Digital Publishing: Aksell AS

# Forord

Denne avhandlingen er en masteroppgave som jeg skrev som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett i 2023. Unntatt noen språklige justeringer har jeg ikke gjort endringer av betydning.

Emnet «eiendomsrettens overgang» skyldes delvis min veileder professor Amund Tørum. Jeg kontaktet Amund semesteret før jeg skulle skrive masteroppgave for å diskutere mulige avhandlingstemaer. Amund skjønte raskt hvor mine interesser lå, og foreslo entusiastisk en rettshistorisk avhandling om Francis Hagerups doktoravhandling *Om tradition* (1884). Underveis i arbeidet utviklet dette seg til en avhandling om eiendomsrettens overgang mer generelt. Amund fortjener en stor takk for stødig og ikke minst inspirerende veiledning.

Professor Dag Michalsen, som nærmest ble en biveileder, fortjener også en stor takk. Allerede før jeg begynte som vitenskapelig assistent sørget han for å inkludere meg i forskningsgruppen for rettshistorie. Dag viste tidlig interesse for avhandlingen, leste et tidligere utkast og var alltid tilgjengelig om jeg hadde spørsmål.

Takk også til doktorgradsstipendiat Eirik Wold Sund for utallige givende diskusjoner underveis i arbeidet. Det samme gjelder tidligere vitenskapelig assistent Terje Hovet Horpestad som samtidig med meg skrev avhandling om utviklingstrekk i norsk kontraktsrett omkring 1900. Takk også til tidligere vitenskapelige assistenter Erling Øyehaug og Sander Bøe Bertelsen.

Takk til kjære Kainat for støtte og tålmodighet mens jeg var oppslukt av romerretten.

Martin Jonassen



# Eiendomsrettens overgang – en dogmehistorisk analyse

Martin Jonassen

«Stor er nu Afstanden ikke mellem disse tvende Synspunkter naar man ikke vil karrikere dem; thi selvfølgelig vil Forfatteren ikke en abstrakt fra Livet fjernet Tumlen med Retslige Begreber [...] Divergensen dreier sig derfor kun om lidt mere eller lidt mindre.»

Ussing (1888) s. 273–274

# Innhold

1 Innledning .....	10
1.1 Presisering av temaet .....	10
1.2 Nærmere om karakteristikken «substansiell» .....	11
1.2.1 Begrepets betydning .....	11
1.2.2 To analytiske grep – «funksjonell analyse» og «begrepsanalyse» .....	12
1.3 Avhandlingens opplegg og struktur .....	14
2 Klassisk romerrett .....	15
2.1 Innledning og oversikt .....	15
2.2 Funksjonell analyse .....	15
2.3 Begrepsanalyse .....	19
2.3.1 <i>Actiones</i> og <i>obligatio</i> .....	19
2.3.2 <i>Iusta causa traditionis</i> .....	20
2.4 Overleveringskravet .....	21
3 Tysk-romansk rettsvitenskap på 1700-tallet .....	23
3.1 Innledning .....	23
3.2 Begrepsanalyse .....	23
3.2.1 « <i>Ius in re</i> » og « <i>ius ad rem</i> » .....	23
3.2.2 <i>Titulus</i> og <i>modus acquirendi</i> .....	24
3.3 Overleveringskravet .....	25
4 Tysk-romansk rettsvitenskap på 1800-tallet .....	27
4.1 Innledning .....	27
4.2 Funksjonell analyse av Windscheids <i>Lehrbuch</i> .....	27
4.3 Begrepsanalyse .....	30
4.3.1 Innledning .....	30
4.3.2 Savigny .....	30
4.3.3 Utviklingen i pandektvitenskapen .....	33
4.4 Overleveringskravet .....	37
4.4.1 Innledning .....	37
4.4.2 Savignys tradisjonsprinsipp .....	37
4.4.3 Utviklingen i pandektvitenskapen .....	42
5 Anders Sandøe Ørsted (frem til ca. 1830) .....	44
5.1 Innledning .....	44
5.2 Funksjonell analyse .....	44
5.3 Begrepsanalyse .....	46
5.4 Overleveringskrav i dansk og norsk rett? .....	48
5.4.1 Innledning og rettskildebildet .....	48
5.4.2 Det romerske bakteppet; forståelsen av <i>traditio</i> .....	49
5.4.3 Argumentasjonsanalyse .....	50
5.4.4 Normens innhold .....	52
6 Dansk og norsk rettsvitenskap i tiden mellom Ørsted og Hagerup (ca. 1830–1884) .....	54
6.1 Innledning .....	54



6.2 Begrepsanalyse .....	54
6.2.1 Innledning .....	54
6.2.2 «Tinglige» og «obligatoriske» rettigheter .....	55
6.2.3 Eiendomsovergang som «tinglig avtale» .....	57
6.3 Overleveringskrav i dansk og norsk rett? .....	62
6.3.1 Innledning .....	62
6.3.2 Det romerske bakteppet; forståelsen av <i>traditio</i> .....	62
6.3.3 I dansk rettsvitenskap .....	63
6.3.4 I norsk rettsvitenskap .....	67
7 Francis Hagerup (1884 og utover) .....	68
7.1 Innledning .....	68
7.2 Funksjonell analyse .....	68
7.3 Begrepsanalyse .....	70
7.3.1 «Tinglige» og «obligatoriske» rettigheter .....	70
7.3.2 Eiendomsovergang som «tinglig avtale» .....	72
7.4 Overleveringskrav i norsk rett? .....	75
7.4.1 Innledning .....	75
7.4.2 Det romerske bakteppet; forståelsen av <i>traditio</i> .....	75
7.4.3 Argumentasjonsanalyse .....	78
7.4.4 Normens innhold .....	84
8 Epilog .....	86
Litteraturliste .....	88

# 1 Innledning

## 1.1 Presisering av temaet

Denne avhandlingen er en dogmehistorisk fremstilling av reglene om «eiendomsrettens overgang» for løsøre i dansk og norsk rettsvitenskap på 1800-tallet, i lys av klassisk romersk rett og tysk-romansk rettsvitenskap på 17- og 1800-tallet. Det er spesielt to grunner til å undersøke dette temaet.

For det første: Dagens norske dynamiske tingsrett kretser rundt begreper som «kolliderende rettsstiftelser i samme formuesgode», «kreditorvern» og «godtroerverv».<sup>1</sup> På 1800-tallet ble mange tredjemannskonflikter, særlig spørsmålet om kjøperens vern mot selgerens kreditorer, derimot løst gjennom regler om «eiendomsrettens overgang». I moderne litteratur er det vanlig å kritisere denne tilnærmingen som «substansiell», til forskjell fra dagens «funksjonelle» tilnærming.<sup>2</sup> 1800-tallets teorier om «eiendomsrettens overgang» har imidlertid i begrenset grad vært undersøkt i nordisk rettshistorisk litteratur.<sup>3</sup> Denne avhandlingen fremstiller hva «eiendomsrettens overgang» innebar i dansk og norsk rettsvitenskap på 1800-tallet. Min konklusjon er at tilnærmingen på 1800-tallet på mange måter var mer funksjonell enn «substansiell», og at noe av kritikken mot et «substansielt» eiendomsbegrep derfor har vært unyansert.

For det andre: Eiendomsrettens overgang er en interessant *case* for å undersøke forholdet mellom tysk-romansk, dansk og norsk rettsvitenskap på 1800-tallet. På 1800-tallet fikk tysk rettsvitenskaps tolkninger av romersk rett stadig større innflytelse på danske og norske rettsforskere. Ørsted var belest på utenlandsk rettslitteratur og importerte tysk-romanske ideer til Danmark.<sup>4</sup> Utover 1800-tallet fikk den historiske skolen, anført av Savigny, innflytelse både i Norge og Danmark,<sup>5</sup> og fra rundt 1870 begynte også den konstruktive pandektvitenskapen å sette spor etter seg i dansk og norsk rettsvitenskap.<sup>6</sup> I Danmark stod Andreas Aagesen for en variant av en slik konstruktiv rettsvitenskap.<sup>7</sup> I Norge begynte særlig Oscar Platou og Francis Hagerup å forholde seg til pandektvitenskapens metoder og teorier.<sup>8</sup> Hagerups og Platous vending mot tysk rettsvitenskap var samtidig ledd i en norsk løsrivelse fra den danske rettsvitenskapen. Lenge etter 1814 bestod det nemlig et dansk-norsk rettsvitenskapelig fellesskap på formuerettens område.<sup>9</sup> Dels var rettskildene (Danske og Norske lov av 1683 og 1687) og rettstradisjonen (felles rettsvitenskapelig litteratur før 1814) felles. Ikke minst var Ørsted fortsatt en autoritet også i Norge til langt ut på 1800-tallet.<sup>10</sup> Dels fortsatte danske og norske rettsforskere å lese og forholde seg til hverandres arbeider, selv om unionen var oppløst. Det fantes dermed en felles rettsvitenskapelig offentlighet.<sup>11</sup> Min avhandling undersøker derfor hvordan danske og norske rettsforskere forholdt seg til tysk-romanske teorier om eiendomsrettens overgang, og hvordan norske rettsfor-

<sup>1</sup> Se generelt Lilleholt (2018) s. 28 flg. og Falkanger og Falkanger (2022) s. 591 flg.

<sup>2</sup> Se pkt. 1.2.1.

<sup>3</sup> Grundigst er Ross (1934) 244–294. Se også Nielsen (1951) s. 66–114, Tamm (1976) s. 119–169 (om Ørsted), Göranson (1985) og Michalsen (2013) s. 256–261 (om Hagerup).

<sup>4</sup> Björne (1998) s. 429 og generelt Tamm (1976).

<sup>5</sup> Björne (1998) s. 427 flg.

<sup>6</sup> Björne (2002) s. 456 flg.

<sup>7</sup> Aagesen var imidlertid ikke entydig konstruktivist, se Björne (1998) s. 32 og Björne (2002) s. 46–47 og 240–244.

<sup>8</sup> Hagerup (1888) og Michalsen (2013) s. 226 flg. og 246 flg.

<sup>9</sup> Michalsen (2013) s. 90 flg. og s. 246.

<sup>10</sup> Björne (1998) s. 32 og Michalsen (2013) s. 246 og s. 266.

<sup>11</sup> Selv i 1879 fant Aagesen det beklagelig at nordmennene Brandt og Hallager ikke hadde oppdatert lærebøkene sine med hans teori, se Aagesen (1879) s. 9.

skere forholdt seg til de danske teoriene om eiendomsrettens overgang etter hvert som den norske rettsvitenskapen løsrev seg fra den danske.

Jeg har valgt å avgrense mot annen europeisk rett og rettsvitenskap enn den tysk-romanske. Jeg bør nevne at det finnes interessant stoff i *Code civil* og naturretten. For eksempel har koblingen mellom risikoens overgang og eiendomsrettens overgang røtter i naturretten.<sup>12</sup> *Code civils* avtaleprinsipp i Art 1583, der eiendomsretten går over allerede fra avtaleinngåelsen, stammet fra Hugo Grotius.<sup>13</sup> Innenfor avhandlingens rammer er det ikke plass til dette. Jeg avgrenser videre mot svensk og finsk rettsvitenskap, som ikke var høyt utviklede på 1800-tallet og øvde liten innflytelse på norsk rettsvitenskap.<sup>14</sup>

Jeg har dermed angitt avhandlingens emne tematisk, i tid og geografisk. Det gjenstår å si litt om at avhandlingens grep er *dogmehistorisk*.<sup>15</sup> Det innebærer for det første at jeg primært ser på hvordan juridiske forfattere – *rettsvitenskapen* – forstod «eiendomsrettens overgang». Andre historiske (retts)kilder som lovgivning og rettspraksis havner dermed i bakgrunnen. Jeg forsøker ikke å svare på hva som var «gjeldende rett» eller om rettsforskernes teorier fikk gjennomslag i domstolenes praksis. For det andre innebærer en dogmehistorisk tilnærming, i motsetning til en mer rettssosiologisk eller rettsfilosofisk tilnærming, at det er begrenset rom for å trekke inn betydningen av datidens utvikling innenfor politikk, handel og filosofi. Det dogmehistoriske perspektivet er likevel verdifullt. Metoden er egnet til å gi innsikt i rettsforskernes mer abstrakte teorier om «eiendomsovergang». Metoden er også egnet til å vise hvordan dansk og norsk rettsvitenskap lot seg inspirere av romanske ideer, slik disse ble analysert og videreutviklet i Tyskland på 1800-tallet. Sagt med andre ord: Avhandlingen forsøker å plassere grunnleggende norsk og dansk formuerettstenkning i forhold til datidens «gullstandard»; tysk rettsvitenskap anført av den historiske skole og pandektvitenskapen.

## 1.2 Nærmere om karakteristikken «substansiell»

### 1.2.1 Begrepets betydning

I moderne nordisk formuerett har det vært vanlig å beskrive dagens regler om «rettsvern» som en motsats til det eldre «substansielle» eiendomsrettsbegrepet. Det er likevel ikke alltid klart hva karakteristikken «substansiell» sikter til. Etter mitt syn kan vi skille mellom tre betydninger i faktisk forekommende språkbruk: *ontologisk*, *materielt* og *metodisk*.

«Substansiell» i ontologisk forstand sikter til en oppfatning om at eiendomsretten er noe mer enn summen av eiendomsrettens funksjoner.<sup>16</sup> Denne betydningen har røtter hos Alf Ross, som hevdet at forestillingen om «tinglige» rettigheter (som eiendomsrett) var utslag av metafysisk tenkning.<sup>17</sup> I en lærebok talte Ross om «den metafysiske forestillingen om rettigheten som en *moralsk-åndelig kraft*» under kapitteloverskriften «Rettigheten som substans».<sup>18</sup> Ifølge Ross var eiendomsrett bare et «koblingsord» – det koblet alternative rettsfakta til kumulative rettsfølger (eierfunksjonene). Ordet hadde ingen referanse til ting i videste forstand, utover dette.<sup>19</sup> Ross' syn har i stor grad fått gjennomslag i moderne dynamisk tingsrett.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Nielsen (1951) s. 107 flg.

<sup>13</sup> Wieacker (1995) s. 231 og Göranson (1985) s. 78 flg.

<sup>14</sup> Michalsen (2013) s. 90, Björne (1998) s. 202–203 (om Finland) og s. 151 flg. (om Sverige).

<sup>15</sup> Nærmere om ulike rettshistoriske metoder, se Michalsen (2005) s. 1 flg. og særlig s. 10–12 om dogmehistorie/«rettsdogmatisk rettshistorie».

<sup>16</sup> Se f.eks. Ross (1971) s. 215 flg. Se også Brækhus (1998) s. 6. I nyere litteratur, se f.eks. Marthinussen (2023) s. 35–36, Falkanger og Falkanger (2022) s. 41–42 og Lilleholt (2018) s. 52 og 55.

<sup>17</sup> Ross (1934) f.eks. s. 281 og 297. Se tilsvarende Ross (1935) s. 14 flg.

<sup>18</sup> Ross (1971) s. 219 (forfatters utheving).

<sup>19</sup> Ross (1951) f.eks. s. 481 («uden al semantisk referens») og Eng (2007) s. 154–155.

<sup>20</sup> Se Baldersheim (2017) s. 18 med videre henvisninger i note 7 og 8.

«Substansiell» i materiell forstand sikter til rettsreglernes innhold.<sup>21</sup> I en slik «substansiell» lære, sies det, gikk alle eierfunksjoner *inter partes* og vernet mot samtlige tredjemenn over *en bloc* på samme tidspunkt. Forestillingen om en slik enhetlig overgang av eierfunksjonene stammer sannsynligvis fra Ross noe karikerte framstilling.<sup>22</sup> Han skrev at «under Titlen ‘Eiendomsrettens Overgang’ forenes en Række forskjellige reale Problemer» hvor «de forskjellige ‘Virkninger’ paa Forhaand dogmatisk sammenkobles».<sup>23</sup> De ulike problemene måtte derimot behandles hver for seg. Denne kritikken ledet til den «funksjonelle» og «relasjonelle» modellen, som dagens tingsrett hevdes å bygge på. At den er «funksjonell» betyr gjerne at eierbeføyelsene i forholdet mellom partene (f.eks. risikoens overgang, retten til avkastningen, den faktiske rådigheten, den rettslige rådigheten) går over gradvis. At den er «relasjonell» betyr at rettsvernet mot ulike grupper av tredjemenn inntreer gradvis, slik at en kjøper for eksempel kan ha rettsvern mot selgers kreditorer, samtidig som han mangler rettsvern mot en senere kjøper. Ofte brukes karakteristikken «funksjonell» om begge disse trekkene.<sup>24</sup>

I nær forbindelse med den materielle betydningen, brukes «substansiell» noen ganger i metodisk forstand. Det «substansielle» begrepet førte til enkle (uholdbare) slutninger fra abstrakte begreper fremfor forstandig avveining av reelle hensyn, hevdes det.<sup>25</sup> Denne kritikken står i sammenheng med kritikken mot «begrepsjurisprudens» mer allment.<sup>26</sup> I moderne nordisk tingsrett fremheves det at tredjemannspåstandene må løses ut ifra en avveining av de relevante hensyn, hvor særlig hensynene til notoritet og publisitet fremheves.<sup>27</sup>

Nyere forskning gir grunn til å stille spørsmål ved i hvilken grad 1800-tallets lære om eiendomsrettens overgang egentlig var «substansiell» i noen av disse betydningene. For det første har rettshistorisk forskning vist at angrepene mot «begrepsjurisprudens», som det substansielle begrepet settes i sammenheng med, har vært overdrevne.<sup>28</sup> For det andre har europeisk samarbeid på formuerettens område ført til ny komparativ forskning om den nordiske «functional approach» og den kontinentaleuropeiske «unitary approach» – en mindre ladet term for den «substansielle» modellen. Forskningen har vist at det er betydelige materielle likhetstrekk mellom europeiske land på tvers av modellene. Som vi skal se, handler forskjellene mer om systematikk og terminologi enn om realiteten i reglene.<sup>29</sup>

### 1.2.2 To analytiske grep – «funksjonell analyse» og «begrepsanalyse»

For å undersøke om 1800-tallets lære om eiendomsrettens overgang virkelig var «substansiell» i noen av ordets betydninger, vil jeg konsekvent foreta to typer analyser: en *funksjonell* analyse og en *begrepsanalyse*. Disse to grepene går som en rød tråd gjennom avhandlingen. De må derfor forklares nærmere.

I den *funksjonelle* analysen er jeg bare ute etter rettsvirkningene og de praktiske konsekvensene av reglene. Spørsmålet er: *Når* gikk hver enkelt eierfunksjon over fra selger til kjøper, i klassisk romerrett, i 1800-tallets tysk-romanske rettsviten-

<sup>21</sup> Denne betydningen av termen «substansiell» er kanskje den mest utbredte i dag, se f.eks. Brækhus (1998) s. 8 flg., Marthinussen (2023) s. 36, Falkanger og Falkanger (2022) s. 77 flg., Lilleholt (2018) s. 55, Baldersheim (2017) s. 21–24 med videre henvisninger.

<sup>22</sup> Som jeg viser i kapittel 2 er det på det rene at den klassiske romererett ikke opererte med en slik «substansiell» forståelse.

<sup>23</sup> Ross (1935) s. 38.

<sup>24</sup> Om den «funksjonelle» og «relasjonelle» modellen, se Lilleholt (2019) s. 386–387 og Lilleholt (2018) s. 52.

<sup>25</sup> Se f.eks. Brækhus (1998) s. 7, Falkanger og Falkanger (2022) s. 78, Baldersheim (2017) s. 23 og Høgberg (2010) s. 101 («spekulasjoner over abstrakte begreper»).

<sup>26</sup> Se f.eks. Høgberg (2010) s. 100.

<sup>27</sup> F.eks. Lilleholt (2018) s. 28 flg.

<sup>28</sup> Björne (2002) s. 213–215.

<sup>29</sup> F.eks. Lilleholt (2019) s. 385–395 og Rakneberg (2021) s. 267 flg.

skap og hos ulike forfattere i dansk og norsk rettsvitenskap? Metoden bygger på Ross' «Ejendomsret og ejendomsovergang», der han påpekte at «eiendomsrettens overgang» kan oppløses i en rekke delspørsmål. Ross skilte mellom rettighetsovergangen i ulike relasjoner. Den første relasjonen er forholdet mellom partene, hvor det oppstår spørsmål som f.eks. risikoens overgang. Den andre relasjonen er forholdet mellom en av partene og den andres suksessorer, for eksempel en kreditor eller en konkurrerende omsetningsserverver (dynamisk vern). Den tredje relasjonen er forholdet til tredjemenn som ikke er partenes suksessorer, for eksempel en tyv eller skadevolder (statisk vern).<sup>30</sup> Ross' tilnærming har gjenklang i komparativ litteratur, hvor det tales om en «functional approach» – det handler om å se bort fra den teoretiske overbygningen og utelukkende se på hvordan typiske interessekonflikter løses, for eksempel hvem av selger og kjøper som må bære tapet om tingen går til grunne (dvs. risikoens overgang).<sup>31</sup>

I nyere tid har Brækhus brukt en forenklet variant av analyseverktøyet på norsk rett.<sup>32</sup> I mine funksjonelle analyser følger jeg Brækhus' skjema, som skiller mellom overgangen av følgende eierfunksjoner:

- Eierfunksjoner i forholdet mellom partene
  - Risiko
  - Avkastningsretten
  - Faktisk rådighet
  - Rettslig rådighet
- Det dynamiske rettsvern
  - Vern mot omsetningsserververe
  - Vern mot kreditorer<sup>33</sup>
- Det statiske rettsvern
  - Vindikasjonsrett
  - Rett til nedleggelse av forbud mot uhjemlet rådighet
  - Erstatningsrettslig vern

Ross og Brækhus brukte analyseverktøyet på dansk og norsk rett. Jeg vil bruke det funksjonelle grepet på klassisk romerrett, 1800-tallets tysk-romanske rettsvitenskap, og dansk og norsk rettsvitenskap. Hvis det viser seg at eierfunksjonene her gikk over gradvis, må vi konkludere med at betegnelsen «substansiell» i materiell forstand er lite treffende. En gradvis overgang vil også tyde på at reglene er tilpasset de hensyn som gjør seg gjeldende for den aktuelle eierfunksjonen. I så fall er «substansiell» heller ikke i metodisk forstand treffende.

Der den funksjonelle analysen bare handler om den materielle realiteten i reglene, handler *begrepsanalysen* om det stikk motsatte. Der er jeg ute etter hvilke begreper, metaforer og systemer som brukes for å omtale eller konseptualisere reglene om eiendomsrettens overgang. Med et stikkord kan vi kalle dette reglenes teoretiske overbygning, noe som går til kjernen av min dogmehistoriske tilnærming. For eksempel er et sentralt tema i begrepsanalysen hvordan det begrepsmessige skillet mellom «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter ble utviklet på 1800-tallet med utgangspunkt i den klassisk romerrettens prosessuelle skille mellom *actio in personam* og *actio in rem*.

Vi kan skille ganske skarpt mellom reglenes rettsvirkninger og deres teoretiske overbygning. Selve de materielle reglene og den teoretiske overbygningen kan nemlig være nokså uavhengige av hverandre. Som vi skal se, kan de samme mate-

<sup>30</sup> Ross (1935) s. 27–38.

<sup>31</sup> Zweigert og Kötz (1998) s. 34–40.

<sup>32</sup> Brækhus (1998) s. 12 flg.

<sup>33</sup> Jeg avgrenser mot selgers vern mot kjøpers kreditorer (stansingsrett, retensjonsrett). Dette er mindre sentralt. Jeg undersøker bare kjøpers vern mot selgers kreditorer. Avhandlingen vil vise at det var dette som var kjernen av hva «eiendomsrettens overgang» regulerte.

rielle løsningene uttrykkes gjennom svært forskjellige begreper og konstruksjoner. Begrepsanalysen er egnet til å undersøke eventuelle «substansielle trekk» i ontologisk forstand.

Min undersøkelse av om teoriene var «funksjonelle» eller «substansielle» må leses med et forbehold. Begrepene «funksjonell» og «substansiell» ble lansert først på 1900-tallet. De forfatterne som undersøkelsen tar for seg, hadde derfor ingen formening om sine lærer var «funksjonelle» eller «substansielle». Jeg undersøker bare om karakteristikker som *i dag* brukes om fortidens teorier er treffende eller ikke.

### 1.3 Avhandlingens opplegg og struktur

Avhandlingen er i utgangspunktet kronologisk strukturert. Jeg tar utgangspunkt i klassisk romerrett (kapittel 2). Her vil jeg introdusere de viktigste romerske kildene som la grunnlaget for teoriene om eiendomsovergang på 17- og 1800-tallet. Deretter ser jeg på hvordan de romerske kildene ble fortolket, systematisert og videreutviklet i tysk-romansk rettsvitenskap før (kapittel 3) og etter Savigny (kapittel 4). Dette tjener så som bakteppe for hvordan «eiendomsrettens overgang» ble forstått i dansk og norsk rettsvitenskap, og hvordan den ble påvirket av den tysk-romanske rettsvitenskapens teorier (kapittel 5–7). To forfattere er viet egne kapitler. Anders Sandøe Ørsted undersøkes særskilt fordi han hadde sterk innflytelse på dansk og norsk rettsvitenskap (kapittel 5). Francis Hagerup (kapittel 7) var den første nordmannen som – gjennom sin doktoravhandling om tradisjonsprinsippet (1884) – tok stilling til vilkårene for eiendomsovergang på et rettsvitenskapelig nivå. Dette gjør det interessant å se på hvordan Hagerup forholdt seg til de danske og tyske teoriene, spesielt i lys av hans tysk-inspirerte rettsvitenskapelige program.<sup>34</sup>

Selv om avhandlingen er kronologisk, finnes det betydelige tematiske sammenhenger i stoffet. Tre temaer går igjen i alle kapitlene: funksjonell analyse, begrepsanalyse og overleveringskravet. Den funksjonelle analysen og begrepsanalysen har jeg allerede omtalt. Overleveringskravet handler om vilkårene for eiendomsrettens overgang, typisk gjennom det romanske konseptet *traditio*. Dette introduseres i punkt 2.4.

---

<sup>34</sup> Hagerup (1888).

## 2 Klassisk romerrett

### 2.1 Innledning og oversikt

Dette kapitlet handler om «eiendomsrettens overgang» i klassisk romerrett. Det er hensiktsmessig å begynne med klassisk romerrett, fordi de romerske kildene ble et viktig grunnlag for tysk-romansk rettsvitenskap på 17- og 1800-tallet, som igjen øvde innflytelse på dansk og norsk rettsvitenskap. Forståelse av «eiendomsovergang» på 17- og 1800-tallet forutsetter derfor kjennskap til hovedtrekk ved «eiendomsovergang» klassisk romerrett. For dette formålet er det ikke alltid nødvendig å ta stilling til hva som faktisk «gjaldt» i romerriket til ulike perioder. Poenget er å trekke frem relevante kilder for derved å introdusere problemstillingene som opptok 1800-tallets rettsforskere i Tyskland, Danmark og Norge.

Allerede innledningsvis kan det være nyttig med et kort overblikk på reglene om eiendomsovergang i klassisk romerrett. Den viktigste formen for eiendoms-overdragelse var utvilsomt *traditio* – overlevering av tingen. Etter eldre romerrett var riktignok *mancipatio* og *in iure cessio* viktige måter å overdra eiendomsrett på. *Mancipatio* var en rituell og symbolsk akt der kjøper i nærvær av seks vitner grep tingen, erklærte seg som kjøper og eier av den, og deretter slo et stykke kobber mot en vekt som et symbol for betalingen.<sup>35</sup> *In iure cessio* foregikk ved at kjøper og selger, sammen med tingen, møtte foran pretor. Kjøper grep tingen og erklærte seg som eier, selger svarte nei på pretors spørsmål om eventuelle motkrav, og pretor erklærte så kjøperen som eier.<sup>36</sup> *Mancipatio* og *in iure cessio* fikk sin betydning ved at en rekke viktige formuesgoder som slaver, hester og kyr (såkalte *res mancipi*) måtte overdras ved enten *mancipatio* eller *in iure cessio*.<sup>37</sup> Men allerede i klassisk periode mistet *mancipatio* og *in iure cessio* mye av sin betydning.<sup>38</sup> Overdragelsesformene ble opphevet av Justinian. I *Corpus iuris civilis* gjenstod dermed bare *traditio*.<sup>39</sup>

«The ownership of property is transferred by physical delivery [...], but not by naked pacts» C. 2.3.20

### 2.2 Funksjonell analyse

I det følgende tar jeg utgangspunkt i et romersk salg og gjør en funksjonell analyse av rettighetsovergangen, altså overgangen av de enkelte beføyelser eller funksjoner i henhold til Brækhus' skjema.

*Rettighetsovergangen mellom kjøper og selger*

I rettighetsovergangen *inter partes* er fire funksjoner sentrale: risikoens overgang, overgang av rett til avkastning, overgang av den faktiske rådighet og overgang av den rettslige rådighet.

Risikoen for tingen gikk over ved kjøpets «perfeksjon» (*emptio perfecta*). Kjøpet ble ansett «perfekt» når det ikke gjenstod noe mer enn levering.<sup>40</sup> Normalt er dette allerede ved avtaleinngåelsen. For eksempel hvis partene på markedet blir enige om salg av en bestemt krukke mot 10 mynter går risikoen for krukken over umiddelbart. Men hvis kjøpet var betinget eller gjenstanden ikke enda individualisert, var kjøpet ikke «perfekt» før betingelsen var oppfylt eller gjenstanden indivi-

<sup>35</sup> G.Inst. 1.119.

<sup>36</sup> G.Inst. 2.24 samt du Plessis (2020) s. 183 og Nicholas (1962) s. 103.

<sup>37</sup> Du Plessis (2020) s. 157 og Nicholas (1962) s. 105–106.

<sup>38</sup> Nicholas (1962) s. 125 og du Plessis (2020) s. 157 og 183.

<sup>39</sup> Nicholas (1962) s. 116–117.

<sup>40</sup> Zimmermann (1996) s. 283–284 og Birks (2014) s. 94. Tidspunktet for risikoens overgang i klassisk romerrett er imidlertid omdiskutert.

dualisert.<sup>41</sup> Hvis partene for eksempel avtalte at kjøperen skulle smake på vinen før levering, var kjøpet ikke «perfekt» før kjøperen hadde smakt.<sup>42</sup> Den romerske risikoregelen oppsummeres gjerne som «*periculum est emptoris*» (risikoen er kjøperens) fordi den innebærer at kjøper har risiko selv om leveringstiden ikke har kommet.<sup>43</sup> Rekkevidden av kjøpers risiko ble modifisert av at selger hadde en streng aktsomhetsplikt (*custodia*) som i praksis ofte gjorde ham økonomisk ansvarlig for tap av eller skade på tingen selv om risikoen hadde gått over på kjøper.<sup>44</sup>

Retten til avkastning eller frukter gikk også over ved kjøpets perfektjon.<sup>45</sup> I D. 18.6.7 pr. forklares retten til avkastning og risikoens overgang som to sider ved samme sak: «the risk is on the purchaser; he is, therefore, entitled to any benefit which may accrue». Regelen var altså begrunnet ut ifra balansen i kontraktsforholdet.

Selgerens rett til å disponere rettslig over tingen ble fra avtaletidspunktet begrenset av hans forpliktelser overfor kjøperen.<sup>46</sup> For eksempel kunne salg eller utleie til tredjemann naturligvis føre til forsinkelse eller forringelse i strid med hans plikt overfor kjøperen. Derimot kunne kjøperen selge tingen før han ble eier.<sup>47</sup> Han kunne også leie den ut.<sup>48</sup> Samtidig satte avtalen også grenser for kjøpers rettslige rådighet. Hvis kjøperen leide ut tingen før leveringstiden var kommet, ville han risikere å overskride sin rett overfor selger eller å komme i kontraktsbrudd overfor leietaker.

Avtalen satte naturligvis også grenser for selgers faktiske rådighet fra avtaletidspunktet. Bruk (eller misbruk) av tingen kan føre til forringelse under kontraktsmessig stand. Tidspunktet for overføring av den faktiske rådigheten var ellers i prinsippet uavhengig av eiendomsrettens overgang. Selger kunne levere tingen (og dermed faktisk rådighet) men ta eiendomsforbehold, i form av utleie til kjøper ved *locatio conductio*.<sup>49</sup> Det motsatte kan også tenkes. Dersom kjøper og selger inngikk *emptio venditio* med samtidig tilbakeleie (*locatio conductio rei*) kunne eiendomsretten overføres samtidig som faktisk rådighet forble hos selger. For slike transaksjoner var fysisk overlevering heller ikke nødvendig for at kjøper skulle få eiendomsrett.<sup>50</sup>

Gjennomgangen har vist at eierfunksjonene *inter partes* gikk over gradvis. Kjøperens rettslige stilling under en uoppfylt *emptio venditio* ligner på mange måter en eier som leier tingen ut ved *locatio conductio rei* og dermed mangler faktisk rådighet. At viktige eierbeføyelser som risikoen og avkastningsretten gikk over allerede ved kjøpets perfektjon, har mange forfattere villet forklare med at romerne tenkte seg en slags eiendomsovergang mellom partene allerede ved avtaleinngåelsen. Blant annet Zimmermann skriver at «between the parties, the object of the sale belongs (in an untechnical sense) to the purchaser» straks kjøpet er perfekt.<sup>51</sup>

#### Overgang av dynamisk beskyttelse mot tredjemenn

<sup>41</sup> Zimmermann (1996) s. 284 og Birks (2014) s. 94.

<sup>42</sup> Zimmermann (1996) s. 285–286.

<sup>43</sup> J. Inst. III. 23. 3.

<sup>44</sup> D. 18.6.3 og Zimmermann (1996) s. 287, Birks (2014) s. 95 og Nicholas (1962) s. 180. Det er omstridt nøyaktig hvor strengt ansvaret var i ulike perioder.

<sup>45</sup> Zimmermann (1996) s. 290, Birks (2014) s. 95 og Nicholas (1962) s. 180.

<sup>46</sup> *Emptio venditio* forpliktet selger til å opptre og oppfylle i henhold til god tro (*bona fides*), se Birks (2014) s. 66.

<sup>47</sup> D. 18.1.28 og Birks (2014) s. 74.

<sup>48</sup> *Locatio conductio rei* var gyldig selv om utleieren ikke eide tingen. Se Zimmermann (1996) s. 353.

<sup>49</sup> Zimmermann (1996) s. 276–277.

<sup>50</sup> Se f.eks. Nicholas (1962) s. 119 og nærmere i punkt 2.2.3.

<sup>51</sup> Zimmermann (1996) s. 291. Se tilsvarende du Plessis (2020) s. 272 og Lawson (1949) s. 361, 364 og 365.



Den dynamiske beskyttelsen mot tredjemenn var knyttet til sontringen mellom *actiones in personam* og *actiones in rem*. *Actiones in personam* var utformet slik at de rettet seg mot en bestemt person. Kjøpsaksjonen, for eksempel, var formulert slik at dommeren bare kunne dømme selgeren. Hvis selgeren hadde solgt tingen til en tredjemann, ga kjøpsaksjonen ikke dommeren mulighet til dømme tredjemannen. *Actiones in rem* rettet seg derimot mot en ting. I den grunnleggende *in rem* aksjonen – *vindicatio* – konstaterte dommeren at saksøkeren var eier av tingen, uavhengig av hvem som hadde besittelsen. Denne aksjonen kunne anvendes overfor enhver, men forutsatte altså at kjøperen var eier.<sup>52</sup> Det dynamiske vernet mot tredjemenn var dermed i utgangspunktet avhengig av om erververen hadde blitt eier med tilgang på en *actio in rem* som kunne gjøres gjeldende mot tredjemann.<sup>53</sup> I så fall kunne han vindisere tingen fra tredjemann og vinne tredjemannskonflikten.

I forholdet til konkurrerende omsetningserververe (dobbeltsalg) fikk skillet mellom *actio in rem* og *actio in personam* en viktig konsekvens. Hvis den yngre erverver fikk tingen overlevert, selv i ond tro om den eldre erververs krav mot selger, oppnådde han eiendomsrett. Den eldre erverver har bare en *actio in personam* mot selger og ingen *actio in rem* han kan rette mot den yngre erverver. I denne forstand åpnet romersk rett for «ekstinktvt erverv» fra en yngre erverver, men de så det ikke slik at den eldre erververs rett ble ekstingvert, slik som i moderne norsk rett.

Ekstinktvt godtroerverv i egentlig forstand, det vil si tilfeller hvor erverver utslukker hjemmelsmannens eller en eldre erververs eiendomsrett, ble regulert gjennom reglene om *usucapio*. Ved *usucapio* kunne en godtroende erverver få eiendomsrett på rette eiers bekostning (ekstinktvt erverv) og dermed vinne tredjemannskonflikten. Vilråene for *usucapio* var at erververen hadde besittelse i to år og var i god tro da han skaffet besittelsen. Romerne satte likevel snevre grenser for godtroerverv ved *usucapio*. Hvis tingen – på noe som helst tidspunkt i kjeden av besittere – var kommet bort fra rette eier ved tyveri (*furtum*) kunne kjøper ikke erverve rett ved *usucapio*. Begrepet tyveri omfattet enhver uærlig omgang med tingen. Hvis selger for eksempel hadde funnet tingen på gaten, hadde han begått tyveri og *usucapio* var utelukket for kjøperen.<sup>54</sup>

Men allerede før *usucapio*-perioden var fullført, kunne rettsvern mot enkelte grupper av tredjemenn inntre. En såkalt *bona fide* besitter, det vil si en erverver som oppfylte vilråene for *usucapio* unntatt tidskravet, hadde en aksjon (*actio publiciana*) mot enhver tredjemann (ca. tilsvarende *vindicatio*) unntatt mot rette eier. *Bona fide* besitteren fikk dermed rettsvern mot alle unntatt rette eier allerede ved overleveringen.<sup>55</sup> En spesialregel gjaldt hvis grunnen til at erverver ikke ble eier var at et *res mancipi* ble overført ved enkel *traditio*, for eksempel hvis selger overleverte en okse (*res mancipi*) til kjøper uten å gjennomføre *mancipatio*, slik at eiendomsrett ikke ble overført. I disse tilfellene innskrenket pretor selgers vindikasjonsrett, fordi selger selv var skyld i manglende *mancipatio*. Dermed fikk kjøper også rettsvern mot rette eier. En slik kjøper kalles gjerne «bonitær eier».<sup>56</sup>

Forholdet til kreditorene ble regulert gjennom regelen om at kreditorene bare kunne søke dekning i debtors formuesgoder og ikke i formuesgoder som tilhørte andre.<sup>57</sup> Eiendomsrettens overgang var dermed avgjørende for om en kjøper måtte konkurrere med andre ubeskyttede kreditorer med *actio in personam* (dvs. dividende) eller om han kunne gjøre gjeldende et separatistkrav (i form av *vindicatio*)

<sup>52</sup> Se generelt Birks (2014) s. 2–15 og Nicholas (1962) s. 99–103.

<sup>53</sup> Se tilsvarende Nicholas (1962) s. 102.

<sup>54</sup> Se du Plessis (2020) s. 187 flg. og Nicholas (1962) s. 122 flg..

<sup>55</sup> Du Plessis (2020) s. 193.

<sup>56</sup> Du Plessis (2020) s. 192.

<sup>57</sup> Litt forenklet foregikk et klassisk romersk konkursoppgjør ved at skyldnerens eiendeler ble tvangsauksjonert. Summen ble fordelt mellom kreditorene (dividende). Se du Plessis (2020) s. 77–78.

som eier.<sup>58</sup> Eiendomsretten gikk, som nevnt, over ved overlevering (*traditio*). Det ivaretok notoritet og ga en viss beskyttelse mot kreditorsvik. Ellers var kreditorene beskyttet mot kreditorsvik ved omstøtelsesregler som rammet illojale disposisjoner, blant annet *actio pauliana*.<sup>59</sup>

Interessant nok fikk en kjøper som forskuddsbetalte i forbindelse med bygging av skip prioritet ved selgers konkurs etter særlige regler.<sup>60</sup> Grunnen er presumtivt at kjøpers betaling finansierer skipsbyggingen. Det peker frem mot Brækhus' og Hærens teori om at kjøper får rettsvern fra avtaleinngåelsen ved store tilvirkningskontrakter, f.eks. bygging av skip.<sup>61</sup>

#### *Overgang av statisk beskyttelse mot tredjemenn*

Det statiske vernet av eiendomsretten bestod for det første av *actiones in rem*.

Den mest sentrale er *vindicatio*, hvoretter eieren kunne kreve pengeverdien eller tingen tilbake fra enhver som urettmessig hadde den i sin besittelse. En kjøper fikk tilgang til disse først når han ble eier. Hvis tingen kom bort før kjøper ble eier, den ble f.eks. stjålet, kunne kjøper ikke rette krav mot tredjemannen. Han måtte i stedet nøye seg med sin kjøpsaksjon (*actio emptio*) mot selger og kreve erstatning av selger om ikke selger vindiserte tingen og leverte kontraktsmessig.

For det andre var eiendomsretten vernet gjennom deliktserstatningsregler, som ga erstatningskrav mot tyver (*furtum*) og skadevoldere (*damnum iniuria datum*). Erstatningskrav er personlige aksjoner og derfor i prinsippet uavhengige av eierposisjonen. Likevel kunne kjøperen, før han ble eier, ikke fremme slike krav mot tredjemenn. Krav etter *furtum* og *damnum iniuria datum* tilkom selger så lenge han var eier.<sup>62</sup>

Kjøper fikk altså ikke statisk vern mot tredjemenn før eiendomsrettens overgang. Det kan i utgangspunktet fremstå formalistisk, men klare regler om hvem av kjøper og selger som er berettiget til erstatning gir et enklere oppgjør.<sup>63</sup> Kjøper vil vanligvis være godt vernet gjennom sitt krav mot selger.<sup>64</sup> Den romerske løsningen har dermed reelle grunner for seg. At slike reelle grunner, og ikke «substansielle» eller formelle betraktninger om eiendomsrettens vesen var viktige for romerne, underbygges av at pretor etterhvert ga personer med bruksrett tilgang på aksjoner for erstatningskrav mot tredjemenn, selv om de ikke var eiere.<sup>65</sup>

#### *Oppsummering: «Eiendomsovergang» regulerte primært kreditorvern*

De klassisk romerske reglene om eierfunksjonenes overgang må etter dette karakteriseres som *funksjonelle*, for så vidt som eierfunksjonene *inter partes* gikk over gradvis fra avtaleinngåelsen. Reglene var *relasjonelle* ved at forholdet til ulike grupper av konkurrerende omsetningsserververe ble regulert av *usucapio* og tilknyttede regler, mens bare forholdet til kreditorer ble direkte regulert av eiendomsovergang. Det viser også at «eiendomsrettens overgang» i hovedsak handlet om kreditorvern.

Sammenlignet med klassisk romerrett, går kanskje moderne norsk dynamisk tingsrett enda lenger i relasjonell retning. Samtidig er det dermed snakk om en *graduell* forskjell. Klassisk romerrett foretrakk enkle regler med generell rekkevidde, kanskje noen ganger på bekostning av rimelighet. Moderne norsk dynamisk

<sup>58</sup> Nicholas (1962) s. 102. Selve termene «dividende» og «separatistkrav» er imidlertid moderne.

<sup>59</sup> Se bla. Inst. 4.6.6 og D. 22.1.38.4.

<sup>60</sup> D. 42.5.26.

<sup>61</sup> Brækhus og Hærem (1967) s. 510.

<sup>62</sup> Om *furtum*: Zimmermann (1996) s. 935, Nicholas (1962) s. 214 og du Plessis (2020) s. 331. Om *damnum iniuria datum*: Zimmermann (1996) s. 994–996, Nicholas (1962) s. 222 og Birks (2014) s. 197–198 og 211–212.

<sup>63</sup> F.eks. Brækhus (1998) s. 17 som med denne begrunnelsen legger til grunn samme hovedregel.

<sup>64</sup> Zimmermann (1996) s. 935.

<sup>65</sup> Birks (2014) s. 211–212.

tingsrett har bygget et komplekst og finmasket nett for ulike relasjoner, men det erkjennes at regelverket risikerer å bli «for nyansert og dermed vanskelig å overskue».<sup>66</sup> Den reelle forskjellen mellom klassisk romersk og moderne nordisk rett ligger egentlig i avveiningen mellom hensynet til konkret rimelighet og hensynet til klare og enkle regler.<sup>67</sup>

## 2.3 Begrepsanalyse

### 2.3.1 *Actiones og obligatio*

Forrige delkapittel viste den funksjonelle realiteten i de romerske reglene om eiendomsovergang. Nå endrer jeg perspektiv til begrepsanalysen. Jeg er da ute etter hvordan romerne introduserte begreper og konstruksjoner for å analysere eiendomsovergang.<sup>68</sup> Hensikten er å trekke frem og kontekstualisere de kildene som skulle stå sentralt for forståelsen på 17- og 1800-tallet.

Skillet mellom *actio in rem* og *actio in personam* var i utgangspunktet rent prosessuelt. Under formularsystemet var saksøker avhengig av å finne en passende *actio* for sitt søksmål. Hvis det var brukt feil *actio* (eller det ikke fantes en passende *actio*) skulle søksmålet avvises. Romerne tenkte derfor «in terms of actions not of rights».<sup>69</sup>

Noen kildesteder kunne likevel tyde på at skillet mellom *actiones in rem* og *in personam* i klassisk romerrett ikke bare var prosessuelt, men gjenspeilet en forskjell mellom ulike typer rettigheter. Gaius og senere Justinian lærte at søksmål *actio in rem* knyttet seg til en ting, mens søksmål *actio in personam* handlet om at noen burde gjøre eller prestere noe.<sup>70</sup> Forskjellen kom spesielt klart til uttrykk ved salg: Kjøperen hadde i utgangspunktet bare en *actio in personam* tilgjengelig. Først når han ble eier fikk han en *actio in rem*.

Skillet mellom *actio in rem* og *actio in personam* var likevel ikke så strengt og stringent som man kan få inntrykk av. Blant annet pretor kunne gjennom såkalte edikter introdusere nye *actiones* og justere de bestående.<sup>71</sup> Når pretor ga aksjoner var han ikke mest opptatt av begrepsmessig koherens. Pretors edikter var ment å skulle supplere eller korrigere retten.<sup>72</sup> For eksempel ga pretor leietakere tilgang til erstatningskrav mot tredjemenn for skade på leieobjektet, til tross for at de ikke var eiere.<sup>73</sup>

Formularsystemet der saksøker var avhengig av en passende *actio* for sitt krav ble imidlertid etter hvert avskaffet.<sup>74</sup> I post-klassisk og justiniansk romerrett fikk skillet mellom *actio in rem* og *actio in personam* dermed en mer materiell karakter.

Ikke minst ga systematikken i Gaius' og Justinians *Institutiones* støtte for en materiell forståelse av skillet mellom *actio in rem* og *actio in personam*. Gaius og Justinian forestilte seg at «tingene» (*res*<sup>75</sup>) var inndelt i de korporale (som kan berøres) og de inkorporale (som ikke kan berøres).<sup>76</sup> De inkorporale tingene bestod av

<sup>66</sup> Falkanger og Falkanger (2022) s. 79.

<sup>67</sup> I norsk rett har hensynet til enkle og forutsigbare regler ofte måttet vike for hensynet til konkret rimelige resultater, jf. Tørum (2002) med videre henvisninger.

<sup>68</sup> Spørsmålet mye diskutert i litteraturen. Se f.eks. Birks (2014) s. 1–16 og Birks (1997) s. 6 flg., samt generelle fremstillinger i Nicholas (1962) s. 98–105 og du Plessis (2020) s. 253–254.

<sup>69</sup> Nicholas (1962) s. 100 og tilsvarende Zimmermann (1996) s. 6.

<sup>70</sup> J.Inst. 4.6.1 og G.Inst. 4.2 og 3.

<sup>71</sup> Se generelt Michalsen (1997).

<sup>72</sup> D. 1.1.7.1 og du Plessis (2020) s. 35.

<sup>73</sup> Zimmermann (1996) s. 995.

<sup>74</sup> Formelt opphevet i år 342, jf. du Plessis (2020) s. 79.

<sup>75</sup> *Nærmere om betydningen av «res», se Birks (2014) s. 7–8.*

<sup>76</sup> J.Inst. 2.2 pr. og G.Inst. 2.12.

rettigheter (*iure*), herunder arv, bruksrett og obligasjoner (*obligationes*).<sup>77</sup> I J.Inst. 3.13. pr. finner vi en generell definisjon av obligasjoner: «An obligation is a legal tie which binds us to the necessity of making some performance in accordance with the laws of our state.»<sup>78</sup> Et annet kildested, D. 44.7.3, gikk i samme retning: «The essence of obligations does not consist in that it makes some property or a servitude ours, but that it binds another person to give, do or perform something for us.» Systematiseringen og definisjonene kan tyde på at romerne forestilte seg obligasjoner og rettsforhold til ting som grunnleggende sett ulike.

Som vi skal se i kapittel 3 og 4 la disse romerske kildene grunnlaget for konstruksjoner av eiendomsovergang gjennom begrepene *ius in re* og *ius ad rem* og de mer moderne «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter.

### 2.3.2 *Iusta causa traditionis*

Et annet fenomen i romersk rett som fikk stor innflytelse på forestillingene om eiendomsrettens overgang på 17- og 1800-tallet, var kravet om *iusta causa traditionis*.

*Traditio* var ikke tilstrekkelig for overføring av eiendomsrett. Dette fremgår av D. 41.1.31 pr.: «Bare delivery of itself never transfers ownership, but only when there is a prior sale or other ground on account of which the delivery follows». *Iusta causa* kan forenklet oversettes til «rettsgyldig grunn» for overføring av eiendomsrett. Poenget er at en ting kunne bli overlevert uten at mottaker skulle bli eier, eksempelvis ved leie eller forvaring. Fragmentet peker derfor på en forutgående kjøpsavtale. Det peker tanken i riktig retning, men det er ikke nødvendigvis helt treffende.

Å anse *iusta causa traditionis* som kausalavtalen reiser nye vanskelige spørsmål. Hva skjer om tingen overleveres, men det viser seg at kausalavtalen var ugyldig? Skal eiendomsrett likevel anses overført eller hviler eiendomsretten fortsatt hos selger, slik at selger kan vindisere den fra kjøper og enhver annen som kjøper overlater tingen til? Dette kalles gjerne et spørsmål om *kausal* eller *abstrakt* overdragelsesmodell.<sup>79</sup> Var eiendomsoverføringen i klassisk romerrett *kausalt* avhengig av kjøpsavtalens gyldighet eller var den *abstrahert* fra kjøpsavtalen?

For *in iure cessios* og *mancipatio*s del, var kausalavtalens gyldighet uten betydning.<sup>80</sup> Når det gjelder *traditio* er kildene uklare. Den såkalte antinomien (motsetningen) mellom Ulpian og Julianus har stått sentralt.<sup>81</sup> I D. 41.1.36 uttrykte Julianus at eiendomsoverføring ved *traditio* er gyldig selv om partene ikke hadde en felles forståelse av kausalavtalen, for eksempel at avhender gir en ting som gave og erververen tror det er et lån. I D. 12.1.18 uttrykte Ulpian den stikk motsatte oppfatning. Han lærte at hvis avhenderen ga tingen som gave, men erververen mottok den som lån, hadde eiendomsretten til tingen ikke gått over. Kildestedene reiser en rekke tolkningsproblemer som jeg ikke kan gå inn på her.<sup>82</sup>

Det viktigste argumentet for en abstrakt modell finnes i det romerske *condictio indebiti*. Etter *condictio indebiti* kunne den som hadde prestert en ytelse (*traditio*) i villfarelse om at han var forpliktet til det, kreve ytelsen tilbakeført.<sup>83</sup> Det interessante er at *condictio indebiti* gjelder tilfeller hvor tingen ble overdratt *uten* noen forutgående kausalavtale. Overdrageren var jo i villfarelse; kausalavtalen fantes

<sup>77</sup> J.Inst. 2.2.2. og G.Inst. 2.14.

<sup>78</sup> Nærmere om J.Inst. 3.13. pr., se Birks (2014) s. 2 flg. og Birks (1997).

<sup>79</sup> Se f.eks. Evans-Jones og MacCormack (1989) s. 99, van Vliet (2000) s. 24 og Rakneberg (2021) s. 53 flg.

<sup>80</sup> Zimmermann (1996) s. 841.

<sup>81</sup> Se f.eks. Evans-Jones og MacCormack (1989) s. 102, du Plessis (2020) s. 186 og Göranson (1985) s. 55.

<sup>82</sup> Se nærmere Evans-Jones og MacCormack (1989) s. 102 flg.

<sup>83</sup> Zimmermann (1996) s. 848 flg.

bare i hans hode. Dersom *iusta causa traditionis* var et krav om kausalavtale, skulle vi forventet at overdrageren hadde eiendomsrett i behold og kunne kreve tingen tilbake ved *vindicatio*. Det er da betegnende at fragmentene som omhandler *condictio indebiti* aldri nevner at vedkommende har tilgang til vindikasjon ved siden av *condictio indebiti*.<sup>84</sup> Behovet for en regel om *condictio indebiti* ville i det hele tatt vært ganske begrenset om overdrageren uansett hadde *vindicatio*.<sup>85</sup> Det skulle tyde på at eiendomsretten gikk over til tross for manglende kausalavtale. I så fall måtte vi definert *iusta causa traditionis* annerledes enn D. 41.1.31. pr. tilsier. En mulighet er å anse *iusta causa traditionis* som viljen til å overføre eiendomsrett (*animus domini transferendi*), løsrevet fra en eventuell kausalavtale.

I kapittel 3 og 4 skal vi se at den kausale forståelsen dominerte tysk-romansk teori på 1700-tallet. På 1800-tallet fikk Savignys abstrakte teori gjennomslag. Dette hadde konsekvenser for hvordan man forestilte seg eiendomsovergangen. På 1700-tallet var det vanlig å tenke seg at overleveringen *fullendet* kjøpsavtalen. På 1800-tallet ble det vanlig å skille skarpt mellom kjøpsavtalen og overleveringen. Savigny utviklet en teori om at *traditio* var en separat tinglig avtale.

## 2.4 Overleveringskravet

Etter klassisk romerrett måtte altså tingen overleveres (*traditio*) for at eiendomsrett skulle overføres. Temaet i dette kapitlet er overleveringskravets innhold. Hva telte som overlevering etter klassisk romerrett?

*Traditio* var overføring av besittelsen.<sup>86</sup> Med «besittelsen» siktes det til det romerske besittelsesbegrepet *possessio* (synonymer: *possessio civilis*, borgerlig besittelse, eierbesittelse), i motsetning til andre tilfeller av ihendehavelse (synonymer: *possessio naturalis*, *detentio*, detensjon). For romerne var *possessio* nært knyttet til eier-posisjonen. Bare den som hadde tingen i hende som eier ble ansett som *possessor*. Den som hadde tingen i hende f.eks. som *leietaker* ble bare ansett som *detentor*. Det var imidlertid ikke nødvendig at besittelsen var rettmessig. For eksempel hvis en leietaker underslo tingen, og dermed anså seg selv som eier, ble han regnet som besitter (*possessio*). Det var bare *possessio* som utløste direkte rettsvirkninger, for eksempel ved overføring av eiendomsrett ved *traditio* eller den interdiktorske beskyttelsen for besittelse.<sup>87</sup> Koblingen mellom eierposisjonen og besittelse er fremmed med moderne øyne, men var antagelig naturlig for romerne selv. Det er symptomatisk at de aldri utviklet en term for ihendehavelse som ikke var *possessio*. Termen *detentio* stammer ikke fra romerne selv.<sup>88</sup>

Romerne ga ellers aldri noen generell definisjon av besittelse eller overføring av den. Det nærmeste vi kommer er Paulus' uttalelse i D. 41.2.3.1: «Now we take possession physically and mentally [latin: *corpore et animo*], not mentally alone or physically alone». Det kreves altså en fysisk handling og en mental handling. Disse kalles gjerne *corpus*- og *animus*-elementene. *Corpus*-elementet virker å vise til noe fysisk, altså selve overleveringen. Den vanlige oppfatningen i dag er at *animus*-elementet er knyttet til besitterens subjektive oppfatning av å være eier eller oppfatningen av å utøve kontroll.<sup>89</sup>

Ellers er kildene kausistiske. Noen kildesteder kan tyde på en forutsatt hovedregel om at tingen måtte fysisk berøres, for eksempel D. 41.2.18.2 hvor overlevering ble ansett å ha skjedd «*even though no one has yet touched it*» (min utheving). Men

<sup>84</sup> Van Vliet (2003) s. 365.

<sup>85</sup> En *condictio* ved siden av *vindicatio* kunne kanskje fått betydning om tingen hadde gått tapt.

<sup>86</sup> Du Plessis (2020) s. 184.

<sup>87</sup> Generelt om skillet mellom *possessio* og *detentio*, se Schulz (1951) s. 428–432, du Plessis (2020) s. 174–175 og s. 177 og Nicholas (1962) s. 110–112. Begrepsbruken varierer noe mellom forfatterne. For våre formål er det tilstrekkelig å skille mellom *possessio* og *detentio*.

<sup>88</sup> Om den språklige betydningen, se Nicholas (1962) s. 111–112.

<sup>89</sup> Generelt du Plessis (2020) s. 175 og Nicholas (1962) s. 113.

romerne aksepterte at overlevering hadde skjedd i en rekke tilfeller hvor det ikke skjedde noen fysisk berøring. I det samme fragmentet ble det ansett tilstrekkelig at selger la igjen tingen i kjøpers bolig (uten at han var hjemme). Det samme fragmentet nevner også kjøp av fast eiendom, der det var tilstrekkelig hvis selger pekte ut eiendommen fra et tårn (*traditio longa manu*).<sup>90</sup> Ifølge flere fragmenter kunne det holde med overlevering av nøklene i stedet for tingen selv, men ifølge noen kildesteder måtte nøklene da overleveres i nærvær av tingen.<sup>91</sup> Et annet kildested uttrykker at overlevering av salgsdokumenter for slaven teller som overlevering av slaven selv.<sup>92</sup>

Kildene never også tilfeller hvor en erklæring teller som *traditio* uten noen fysisk handling. Hvis kjøperen allerede hadde tingen i hende kunne selgerens erklæring om å overføre eiendomsrett tre i stedet for upraktisk frem- og tilbakelevering, ofte kalt *traditio brevi manu*.<sup>93</sup> Dette er for eksempel praktisk hvis kjøperen allerede låner tingen og dermed har den i hende når kjøpsavtalen inngås. Det ville vært upraktisk om tingen måtte leveres til selger og så tilbakeleveres til kjøper.

Det største paradokset er såkalt *constitutum possessorium*. Dette gikk ut på at overlevering kunne skje selv om ingen fysisk handling fant sted og tingen forble hos selger, som for eksempel i D. 6.1.77:

«A woman made a gift of land by letter to a man who was not her husband and then took from him a lease of the same land. It might be argued that he has an action *in rem* on the ground that he acquired possession through the woman herself as his tenant.»

Fragmentet beskriver et salg med samtidig tilbakeleie. Mannen gjorde ingen fysisk overtagelse eller handling. På tross av at ingen fysisk handling fant sted, ble mannen ansett som eier (han fikk en *actio in rem*). Tilsynelatende telte altså leieavtalen som overlevering.

Kildene er ikke tydelige på når *constitutum possessorium* kunne være tilstrekkelig. Nesten alle kildestedene som anerkjenner konstitutet nevner imidlertid tilstedeværelsen av en rettslig grunn for at selger beholder tingen (*causa detentionis*). I D. 6.1.77 forelå det for eksempel en avtale hvoretter selger skulle leie tilbake den aktuelle eiendommen. Dette, at gyldig konstitut forutsetter en *causa detentionis* for å være gyldig, kalles gjerne kausalt *constitutum possessorium*. Dets motsetning er det abstrakte konstitutet, hvor ingen *causa detentionis* behøves og selgers erklæring i seg selv anses tilstrekkelig.<sup>94</sup> Denne varianten har en viss støtte i det eneste<sup>95</sup> kildestedet som ikke nevner noe om *causa*, D. 41.2.18 pr.:

«What I possess in my own name I can possess in that of another; and I do not thereby change the ground of my possession, but rather do I cease to possess and make the other person possessor through my agency.»

Fragmentet uttrykker *constitutum possessorium* uten vilkår om noen *causa detentionis* som generell regel. Men dets autentisitet som uttrykk for klassisk romerrett er omstridt.<sup>96</sup> Som vi skal se ble den kausale forståelsen dominerende i tysk-romansk rettsvitenskap på 1800-tallet. Den fant også veien til dansk og norsk rettsvitenskap.

<sup>90</sup> Se også D. 46.3.79 og Gordon (1970) s. 46 flg.

<sup>91</sup> I D. 41.1.9.6 nevnes ikke et vilkår om nærvær. Motsatt: D. 41.2.1.21 og særlig D. 18.1.74. Se generelt Gordon (1970) s. 56 flg.

<sup>92</sup> C. 8.53.1.

<sup>93</sup> Se f.eks. D. 41.1.9.5.

<sup>94</sup> Betegnelsene «abstrakt» og «kausalt» er de vanlige i litteraturen, se f.eks. Gordon (1970) s. 13 flg., Göranson (1985) s. 61 flg. og Van Vliet (2000) s. 53–54.

<sup>95</sup> Gordon (1970) s. 16 flg.

<sup>96</sup> Se tekstkritikk og oversikt over debatten hos Gordon (1970) s. 27–32.

## 3 Tysk-romansk rettsvitenskap på 1700-tallet

### 3.1 Innledning

Jeg har så langt gitt en introduksjon til eiendomsovergang i klassisk romerrett og en grov oversikt over noen av de viktigste kildene. Temaet i det følgende er hvordan disse kildene ble tolket og systematisert i Tyskland i tiden før Savigny, primært på 1700-tallet.

Som vi skal se, utgjør 1700-tallets teorier en viktig kontekst for 1800-tallet. For det første formulerte Savigny mange av sine teorier i direkte opposisjon til 1700-tallets lærer. For det andre øvde 1700-tallets teorier innflytelse på dansk og norsk rettsvitenskap langt opp på 1800-tallet. Derfor er det nødvendig å trekke opp dette historiske bakteppet. Jeg må nøye meg med hovedtrekk og nesten utelukkende støtte meg til den mest sentrale sekundærlitteraturen.

Strukturen i kapittel 3 tilsvarer i hovedsak kapittel 2, unntatt at jeg ikke gjør en funksjonell analyse av rettighetsovergangen for denne perioden.

### 3.2 Begrepsanalyse

#### 3.2.1 «*Ius in re*» og «*ius ad rem*»

Spørsmålet er hvordan tyske forfattere på 1700-tallet forestilte seg eiendomsrettens overgang gjennom begreper. Det er samtidig et spørsmål om hvordan de forholdt seg til det romerske kildematerialet, der de ulike *actiones* og begrepet *obligatio* stod sentralt.

I Tyskland på 1700-tallet ble «eiendomsrettens overgang» konseptualisert med utgangspunkt i en sontring mellom *ius in re* (rett i ting) og *ius ad rem* (rett til ting).<sup>97</sup> Selve termene er gamle – de har i alle fall røtter tilbake til 1200-tallet. Deres betydning har også variert gjennom historien.<sup>98</sup> I alle fall på 1700-tallet hadde de fått en nokså fast betydning.<sup>99</sup> Litt forenklet svarte *ius in re* og *ius ad rem* til det moderne skillet mellom «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter. Samtidig er det viktige forskjeller. *Ius in re* og *ius ad rem* var, som terminologien tyder på, underkategorier av rettigheter knyttet til ting (*res*). Forskjellen gikk på om rettighetens forhold til tingen var *umiddelbart* eller *middelbart* – formidlet gjennom en bestemt persons yttelse.<sup>100</sup> I forlengelse av dette ble rettighetens beskyttelse et sentralt begrepsmessig kjennetegn, der *ius in re* var beskyttet med *actio in rem* mens *ius ad rem* var beskyttet ved *actio in personam*.<sup>101</sup> Forskjellen mellom *ius in re* og *ius ad rem* ble dermed definert gjennom rettighetenes beskyttelse, slik at det avgjørende for om det forelå *ius in re* eller *ius ad rem* var hvilken klage rettigheten var utstyrt med.<sup>102</sup> Vi ser at tanken bak det romerske *obligatio*-begrepet, forstått som et rettslig «bånd» som binder en person til å yte, havnet litt i bakgrunnen i dikotomien mellom *ius in re* og *ius ad rem*. Begrepene satte i stedet forholdet til tingen i sentrum.

<sup>97</sup> Coing (1985) 173–176, Felgentraeger (1927) s. 2 og s. 14 flg., Björne (2003) s. 93, Tamm (1976) s. 128–129, Ross (1934) s. 271–275, Nielsen (1951) s. 67.

<sup>98</sup> Se Coing (1985) s. 175 som påpeker at det er omstridt om termene springer ut av lensretten eller kanonisk rett. I tysk rettsvitenskap på slutten av 1800-tallet ble «*ius ad rem*» brukt som betegnelse på en spesiell «germansk» rettighetstype – en kjøpsrett med delvis tinglig beskyttelse. Se tilsvarende Tamm (1976) s. 129–129 og Björne (2003) s. 93. Om begrepene opprinnelse, se Heymann (1911) s. 1167.

<sup>99</sup> Merk imidlertid avvikende språkbruk i ALR (vedtatt 1794), der *ius ad rem* betegnet en mer omfattende fordringsrett (ved siden av de vanlige fordringsrettene), jf. Björne (2003) s. 95.

<sup>100</sup> Ross (1934) s. 273.

<sup>101</sup> Coing (1985) s. 176.

<sup>102</sup> Coing (1985) s. 172 flg., Tamm (1976) s. 128 og Ross (1934) s. 247–248 og s. 279.

### 3.2.2 *Titulus og modus acquirendi*

I nær forbindelse med *ius in re* og *ius ad rem* står den rådende modellen for eiendomsovergang i Tyskland på 1700-tallet. Her skal vi kort og forenklet gjengi hovedtrekkene ved denne modellen, som kretset rundt begrepene *titulus* og *modus acquirendi*.<sup>103</sup>

Som opphaver til læren krediteres gjerne den tyske humanisten Johann Apel (1486–1536). Apel tok utgangspunkt i de romerske kildestedene som forutsatte et krav om *iusta causa traditionis*, for eksempel D. 41.1.31 pr.: «Bare delivery of itself never transfers ownership, but only when there is a prior sale or other ground on account of which the delivery follows.» Apel la til grunn den kausale forståelsen – det krevdes i utgangspunktet en gyldig kausalavtale. På disse vilkårene for eiendomsovergang – kausalavtale og *traditio* – anvendte han de skolastisk-aristoteliske begrepene *causa remota* og *causa proxima* (fjerne og nære årsaker). *Kausalavtalen* ble forstått som en *causa remota*. Det kunne være kjøp, gave, lån til eie, arv, og så videre. Men det var først ved overleveringen – *causa proxima* – at selve eiendomsovergangen ble bevirket.<sup>104</sup> Apel introduserte termene *titulus* for kausalavtalen og *modus acquirendi* for formen for selve eiendomsovergangen, for eksempel tradisjon.

I den formen Apel formulerte læren, dreide det seg i hovedsak om nye begreper på den regelen som fremgikk av D. 41.1.31 pr., nemlig at det kreves både overlevering og kausalavtale for å overføre eiendomsrett ved *traditio*. Fra slutten av 1500-tallet generaliserte flere forfattere læren til å omfatte alle former for eiendomserverv, både originære og derivative.<sup>105</sup> Ved erverv av jaktede dyr (*ocupatio*), for eksempel, kunne selve jaktretten konstrueres som *titulus*. Frem til 1800-tallet var begrepene *titulus* og *modus acquirendi*, i ulike former, utbredt i tysk juridisk litteratur om eiendomserverv og eiendomsovergang.<sup>106</sup> Modellen ble vedtatt i ALR (1794) og ABGB (1812).<sup>107</sup> Fra og med århundreskiftet kom læren under kritikk. Gustav Hugo og Hugo Glück kritiserte generaliseringen av modellen til alle ervervs måter men fastholdt modellen for *traditio*.<sup>108</sup> Disse var forløpere til Savigny, som på starten av 1800-tallet skulle forkaste hele modellen (kapittel 4).<sup>109</sup>

Et nokså stabilt trekk ved *titulus*- og *modus acquirendi*-læren er dens forbindelse med en aristotelisk-skolastisk fullendelsestankegang. Som sagt bygget allerede Apel på det aristotelisk-skolastiske begrepsparet *causa remota* og *causa proxima*. I *usus modernus* fantes det en utbredt forestilling om at *titulus* (kausalavtalen) medførte en *ius ad rem* som gjennom *modus acquirendi* ble gjort «perfekt», realisert, fullendt el. til *ius in re*.<sup>110</sup> W.A. Lauterbach, for eksempel, forestilte seg at kausalavtalen ga en *ius ad rem* og en personlig aksjon, som ble «realisert» gjennom besittelsesoverføringen (1711).<sup>111</sup> For lærens utforming på 1700-tallet fikk den rasjonalistiske naturretten stor betydning. Særlig innflytelsesrik var Heineccius, som i 1725 anvendte begrepene mulighet og virkelighet på *titulus* og *modus*. *Titulus* (f.eks. kjøpekontrakten) konstituerer en rettslig mulighet, sa han, som gjennom *modus* – besittelsesovergangen – «perfeksjoneres» til virkelighet, det vil si en *ius in re*.<sup>112</sup> Christian Wolff i 1743 og 1754 så det slik at *titulus* skapte en mulighet for

<sup>103</sup> Mer utførlige, se Felgentraeger (1927) s. 1–24 (henvisninger til eldre litteratur på s. 6) og Fuchs (1952) s. 70 flg.

<sup>104</sup> Fuchs (1952) s. 74.

<sup>105</sup> Fuchs (1952) s. 74 flg. og Felgentraeger (1927) s. 7 flg.

<sup>106</sup> Coing (1985) s. 393 og gjennomgang av litteraturen i Felgentraeger (1927) s. 6–24.

<sup>107</sup> Coing (1985) s. 180; Prange (2001) s. 85; og Fuchs (1952) s. 70–71 og s. 79–81. Se ABGB § 380.

<sup>108</sup> Felgentraeger (1927) s. 21 og 23.

<sup>109</sup> Felgentraeger (1927) s. 21.

<sup>110</sup> Felgentraeger (1927) s. 11 og 14.

<sup>111</sup> Felgentraeger (1927) s. 14.

<sup>112</sup> Felgentraeger (1927) s. 16.



erverv av *ius in re*, mens *modus acquirendi* realiserte muligheten.<sup>113</sup> Disse verkene øvde betydelig innflytelse på *ius commune*-litteraturen i andre halvdel av 1700-tallet.<sup>114</sup> Gustav Hugo karakteriserte forholdet mellom *titulus* og *modus* som mellom krav og forløsning («*solutio*»). Hugos oppfatning var den dominerende på starten av 1800-tallet.<sup>115</sup> Det er dermed grunnlag for å si at *titulus* og *modus acquirendi* var forbundet med en fullendelsesmetafor.<sup>116</sup>

Fullendelsesmetaforen er interessant fordi den viser at forholdet mellom *ius ad rem* og *ius in re* i liten grad ble forstått som et skille mellom to grunnleggende forskjellige typer av rettigheter. Snarere ble begge forstått som rettigheter knyttet til tingen, dog slik at *ius ad rem* var ufullendt og betinget av en persons ytelse, mens *ius in re* var fullendt og ubetinget. Som Ross påpeker var skillet mellom *ius in re* og *ius ad rem* knyttet til en forestilling om fordringsretten som «et Overgangsstadium til den tinglige Ret, en Ejendomserhvervsmaade».<sup>117</sup> Björne påpeker at den tidvis diffuse grensedragningen mellom tings- og obligasjonsrett kan ha sammenheng med at forskerne innen den rasjonalistiske naturretten anså menneskets herredømme over naturen som det primære, mens omsetningen av rettighetene ble forstått som sekundært, og fortsetter: «I dette sammenheng skilde man nog sak- och obligationsrättigheterna från varandra, men de utgjorde inte jämbördiga delar av förmögenhetsrätten. Obligationsrättigheternas [...] syfte var i sista hand äganderättsförvarv.»<sup>118</sup>

### 3.3 Overleveringskravet

Spørsmålet er så hvordan 1700-tallets tysk-romanske rettsvitenskap forstod overleveringskravet i *traditio*. Også her vil jeg kort og forenklet gjengi hovedtrekk, for å trekke opp bakteppet for Savignys teori. Savigny tok nemlig sterk avstand fra den rådende teorien på 1700-tallet.

I 1700-tallets tysk-romanske teori ble tradisjon konstruert gjennom flere begreper. Overordnet skilte man mellom *traditio vera* (ekte tradisjon) og tilfeller hvor besittelse overføres som om tradisjon hadde skjedd ved *traditio ficta* (fiktiv tradisjon). Som *traditio vera* regnet man bare fysisk berøring, enten med hendene (for løsøre) eller med føttene (for fast eiendom). Denne definisjonen la hovedvekten på de romerske fragmentene som forutsatte en hovedregel om fysisk berøring, for eksempel D. 41.2.18.2 der overlevering hadde skjedd «*even though no one has yet touched it*» (min utheving). For alle tilfellene hvor besittelsesoverføring skjedde uten slik berøring, fantes samlebegrepet *traditio ficta*, det vil si både overlevering av salgsdokumenter, nøkler, *traditio longa* og *brevi manu* samt *constitutum possessorium*.<sup>119</sup> Det må understrekes at de ikke anså *traditio ficta* som en underkategori av vanlig *traditio*, men et separat fenomen hvor besittelsen og eiendomsretten overførtes ved en rettslig fiksjon.<sup>120</sup> For fullstendighetens skyld bør det også nevnes at et skille mellom *traditio vera* og *traditio ficta* ikke var nytt. Læren hadde vært et ganske stabilt trekk i rådende romansk teori siden glossatorenes tid.<sup>121</sup>

En viktig type fiktiv tradisjon, som særlig ble omfavnet av *usus modernus*, er *traditio symbolica*. Symbolsk tradisjon gikk ut på at besittelsen kunne overføres ved at et symbol for tingen, men ikke tingen selv, overleveres. Denne kategorien

<sup>113</sup> Felgentraeger (1927) s. 17, Coing (1985) s. 179–180,

<sup>114</sup> Felgentraeger (1927) s. 16 og 19–21.

<sup>115</sup> Felgentraeger (1927) s. 24.

<sup>116</sup> I samme retning Stadler (1996) s. 48 og Nolte (1941) s. 34–35.

<sup>117</sup> Ross (1934) s. 273.

<sup>118</sup> Björne (2003) s. 94.

<sup>119</sup> Generelt Gordon (1970) s. 183 flg.

<sup>120</sup> Gordon (1970) s. 179.

<sup>121</sup> Se Gordon (1970) s. 137–141, 159–161 og 179–183.

har sine røtter i de romerske kildestedene som taler om overlevering av nøkler (*traditio clavium*) og C. 8.53.1 som tyder på at overlevering av salgsdokument for slaven var tilstrekkelig til å overføre besittelsen av slaven selv (*traditio instrumentorum*). Begrepskjennetegnet ved symbolsk tradisjon er *ikke* at symbolet indirekte gir kontroll over tingen – slik en moderne jurist intuitivt kan tenke – men bare at symbolet tjener som symbol for tingen. Derfor mente flere forfattere at symbolet gyldig kunne overleveres uten tingens nærvær.<sup>122</sup> Dette innebar at f.eks. overlevering av en håndfull jord kunne tenkes å duge som *traditio symbolica* ved salg av fast eiendom. Ideen om symbolsk tradisjon hadde røtter hos kommentatorene og humanistene, men den ble for alvor omfavnet i tysk-romansk teori på 16- og 1700-tallet.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Gordon (1970) s. 187.

<sup>123</sup> Se Gordon (1970) s. 183 og 187–188 (*usus modernus*). Se også s. 157 (kommentatorene) og s. 166–168 (humanistene).

## 4 Tysk-romansk rettsvitenskap på 1800-tallet

### 4.1 Innledning

På bakgrunn av det dogmehistoriske bakteppet av klassisk romerrett og 1700-tallets tysk-romanske rettsvitenskap, går jeg nå over til den tysk-romanske rettsvitenskapen på 1800-tallet. Jeg har valgt å behandle eiendomsovergang i den historiske skolen og pandektvitenskapen samlet. Det er generelt betydelig kontinuitet mellom de to skolene.<sup>124</sup> Spesielt når det gjelder teoriene om «eiendomsrettens overgang» bygget pandektvitenskapen, som vi skal se, i stor grad videre på Savignys ideer.

Min fremstilling av eiendomsovergang i 1800-tallets tysk-romanske rettsvitenskap er stort sett begrenset til hovedtrekkene. Den tysk-romanske rettsforskningen på 1800-tallet var svært omfattende, med mange produktive forfattere. Eiendomsrettens overgang er i kjernen av hva disse rettsforskerne var opptatt av. Om den tysk-romanske rettsforskningen på 1800-tallet finnes det dertil en omfattende tysk rettshistorisk forskningslitteratur.<sup>125</sup> Jeg vil derfor primært støtte meg til den mest sentrale sekundærlitteraturen og noen av de viktigste primærkildene. Flere av Savignys tekster er ikke til å komme utenom, fordi de ble premissleverandører for den tysk-romanske diskursen om eiendomsrettens overgang. I tillegg bruker jeg Windscheids *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1906). Windscheids nøkterne juridiske innstilling, hans evne til å sammenfatte forskningslitteraturen og hans store autoritet i samtiden gjør ham til en egnet kilde til kunnskap om rådende lære i pandektvitenskapen.<sup>126</sup> Han er derfor utgangspunktet for f.eks. den funksjonelle analysen.

Strukturen i kapitlet følger de samme tre elementene vi skisserte innledningsvis: funksjonell analyse, begrepsanalyse og overleveringskravet.

### 4.2 Funksjonell analyse av Windscheids *Lehrbuch*

I dette kapitlet gjør jeg en funksjonell analyse av eiendomsovergangen i Windscheids *Lehrbuch*. En metodisk utfordring er at Windscheid vanligvis formulerte seg abstrakt. I tillegg er reglene som regulerer overgangen av de enkelte beføyelsene svært spredt i pandektsystemet. Noen av dem er plassert i kjøpsretten, men mange er plassert i de alminnelige lærene. Når disse anvendes i den funksjonelle analysen blir det derfor ofte et element av deduksjon og tolkning. Jeg har forsøkt å synliggjøre tekstgrunlaget for mine slutninger gjennom sitater i fotnoter.

#### *Rettighetsovergangen mellom kjøper og selger*

Jeg ser først på eierfunksjonenes overgang *inter partes*, herunder riskoen, retten til avkastning samt den faktiske og rettslige rådigheten.

Ifølge Windscheid gikk riskoen og avkastningsretten over på kjøper ved kjøpets perfeksjon.<sup>127</sup> Dermed fulgte han den klassisk romerske løsningen. Grunnen til *periculum est emptoris*-regelen, var ifølge Windscheid at romerne tenkte seg at «die Kaufsache, was das Verhältniss zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird».<sup>128</sup> Windscheid tenkte seg altså

<sup>124</sup> Wieacker (1995) s. 341–346.

<sup>125</sup> Björne (1998) s. 229 («Forskningslitteraturen [...] är oöverskådlig»); Göranson (1985) s. 29 og Michalsen (2008) s. 417.

<sup>126</sup> Wieacker (1995) s. 351–353 som henviser til Björne (2002) s. 209.

<sup>127</sup> Windscheid (1879b) s. 464 (rett til avkastning) og s. 465 flg. (risikoens overgang).

<sup>128</sup> Windscheid (1879b) s. 465–466.

en slags eiendomsovergang *inter partes* før eiendomsovergangen i forholdet til tredjemenn.

Selgers faktiske og rettslige rådighet ble naturligvis innskrenket av avtalen, i den forstand at disposisjoner og bruk kunne medføre mislighold av forpliktelsen etter kontrakten.<sup>129</sup> Kjøper hadde stor rettslig rådighet fra avtaleinngåelsen (og før) fordi eiendomsrett til tingen ikke var en betingelse for blant annet gyldig salg eller utleie.<sup>130</sup> Dette var utslag av et generelt prinsipp om at enhver fritt kunne stifte «obligatoriske» forpliktelser for seg selv, herunder forpliktelser om å prestere noe vedkommende ikke enda eier.<sup>131</sup> Kjøpers rett til faktisk rådighet berodde på avtalen og var uavhengig av eiendomsovergang.<sup>132</sup>

#### *Overgang av dynamisk beskyttelse*

I forholdet til tredjemenn i dynamiske konflikter var det i utgangspunktet avgjørende om kjøper hadde fått eiendomsrett eller ikke. En eier fikk tilgang på et tinglig krav («dinglich Anspruch») mens en fordringshaver hadde bare tilgang på et personlig krav («personlich Anspruch»). Det tinglige kravet kunne gjøres gjeldende mot enhver, mens det personlige kravet kunne bare rettes mot en bestemt person.<sup>133</sup> Eiendomsrett medførte derfor (i utgangspunktet) vern mot enhver tredjemann, mens en kjøper (eller annen obligatorisk erverver) ikke kunne rette krav mot noen tredjemann. Konstruksjonen var utledet fra (og svarte funksjonelt til) skillet mellom *actiones in rem* og *in personam*.<sup>134</sup> For å bli eier var det nødvendig å få tingen overlevert (*tradition*).<sup>135</sup> Windscheid skrev bare abstrakt om disse utgangspunktene, uten å anvende dem på konkrete konflikter. I det følgende vil jeg derfor anvende hans utgangspunkter på suksjons- og hjemmelskonfliktene:

Hvis konflikten står mellom to omsetningserververe (suksjonskonflikt) som begge har obligatoriske krav på tingen, vinner den som først får eiendomsrett, med tilhørende tinglig krav som kan gjøres gjeldende mot den andre. Det avgjørende er dermed hvem som først får tingen overlevert (*tradition*). I praksis innebærer det at en yngre erverver som får tingen overlevert vinner mot den eldre erverver uten å måtte være i god tro.

I hjemmelskonflikten førte *abstraksjonsprinsippet* (se nærmere i 4.3.3.2) til en lignende løsning. Abstraksjonsprinsippet gikk ut på at selv om en obligatorisk avtale (f.eks. kjøpsavtale/gave) viste seg å være ugyldig, var eiendomsretten i utgangspunktet likevel overført.<sup>136</sup> For eksempel: H solgte og overleverte en bil til A, som deretter solgte og overleverte bilen til B. Det viser seg at H ble lur, slik at avtalen mellom H og A er ugyldig. H vil derfor kreve bilen tilbake fra B. I henhold til abstraksjonsprinsippet er eiendomsoverføringen mellom H og A gyldig, selv om den obligatoriske kjøpsavtalen var ugyldig. B kunne derfor gyldig avlede eiendomsrett fra A. Dermed vant B tredjemannskonflikten, igjen uavhengig av god tro.

Vi ser dermed at skillet mellom «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter både i hjemmels- og suksjonskonflikten medførte en materiell regulering som rettsfunksjonelt minner om norske godtroervervsregler: Den som først får tingen overlevert vinner. Forskjellen er at det ikke kreves god tro. Det kan ha gode grunner for seg. Omsetningslivet får større trygghet når en erverver som har fått tingen i

<sup>129</sup> Windscheid (1879b) s. 458 («Der Verkäufer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Käufer die Kaufsache habe.») og s. 458 flg.

<sup>130</sup> Windscheid (1879b) s. 447–448 (om salg: «Verkauft werden können alle Sachen [...] nicht bloss eigene sondern auch fremde») og s. 500 (om utleie).

<sup>131</sup> Windscheid bd. 1. (1879) s. 736.

<sup>132</sup> Windscheid (1879a) s. 545 (selger kunne ta eiendomsforbehold).

<sup>133</sup> Windscheid (1879a) s. 103.

<sup>134</sup> Windscheid (1879a) s. 106 flg.

<sup>135</sup> Windscheid (1879a) s. 538.

<sup>136</sup> Se Windscheid (1879a) s. 540 note 5.

hende kan slå seg til ro med det. Kjøperen behøver ikke å måtte bevise sin gode tro i en eventuell kostbar og langdryg rettsak. På kostnadssiden ofrer regelen noe konkret rimelighet.<sup>137</sup>

I en suksesjonskonflikt mellom en tinglig rettighetshaver (rette eier) og en yngre godtroende erverver (med obligatorisk krav mot selger) blir utgangspunktet at rette eier vinner. Spørsmålet blir da om den yngre erverver kan utlokke eierens rett. Grunnlaget for dette var «*ersitzung*» (tilsvarende *usucapio*), betinget av god tro og besittelse i en viss tid.<sup>138</sup> Windscheid videreførte også de romerske reglene om rettsvern i visse relasjoner for *bona fide* besittere og *bonitære eiere* før tidsvilkåret var oppfylt.<sup>139</sup>

Windscheid oppstilte derimot ikke en regel om spontane godtroerverv på rette eiers bekostning. Til det manglet han holdepunkter i de romerske kildene. På det 15. tyske juristmøte i 1880 ble det likevel vedtatt at BGB burde avvike fra romerretten og gi hjemmel for spontane godtroerverv.<sup>140</sup>

I forholdet til kreditorer, derimot, ble eiendomsrettens overgang i utgangspunktet avgjørende. Kreditorer kunne bare ta beslag i det debitor eier. En tredjeperson som var *eier* (eller annen tinglig rettighetshaver) behøvde ikke å konkurrere med kreditorer om dividende, men hadde separatistkrav.<sup>141</sup> Windscheid utvidet dessuten kretsen av separatistkravberettigede til også å omfatte obligatoriske rettighetshavere som ved særskilte regler hadde tilgang på tinglige krav, f.eks. bonitære eiere.<sup>142</sup> Kreditorer var ellers beskyttet mot kreditorsvik gjennom en erstatningsregel tilsvarende *actio pauliana*.<sup>143</sup>

#### *Overgang av statisk beskyttelse*

Den tingsrettslige statiske beskyttelsen gikk ut på å kunne kreve tingen tilbake fra tredjemenn som har den i hende og etter forgodtbefinnende å forby tredjemenn urettmessig bruk.<sup>144</sup> Ifølge Windscheid tilkom det tingsrettslige statiske vernet mot tredjemenns inngrep i utgangspunktet eieren.<sup>145</sup> Dette fulgte av at kjøperen bare hadde et obligatorisk krav mot eieren som ikke kunne gjøres gjeldende mot tredjemenn, jf. over.<sup>146</sup>

Også det erstatningsrettslige vernet mot tyveri tilkom primært eier. Windscheid åpnet for at også andre kunne ha erstatningskrav hvis de hadde «*ein eigenes vermögensrechtliches Interesse*», for eksempel leietakere, men kjøperer så ikke ut til å være omfattet.<sup>147</sup> Det erstatningsrettslige vernet mot beskadigelse tilkom også primært eieren. Den som var obligatorisk berettiget til tingens frukter fikk derimot et erstatningskrav mot tredjemannen dersom skaden rammet fruktene.<sup>148</sup> Det hadde vel sammenheng med at retten til fruktene gikk over på kjøper allerede ved avtaleinngåelsen.

Det statiske vernet mot tredjemenn gikk altså i hovedsak over ved eiendoms- overgangen. Som nevnt i kapittel 2 kan en slik klar regel være rettsteknisk heldig.

<sup>137</sup> I samme retning Markesinis, Unberath og Johnston (2006) s. 30.

<sup>138</sup> Windscheid (1879a) s. 556 flg.

<sup>139</sup> Windscheid (1879a) s. 623–624 og s. 630 flg.

<sup>140</sup> Verhandlungen 15,2 (1881) s. 83–84.

<sup>141</sup> Forutsetningsvis Windscheid (1879b) s. 70–71 og s. 74–75.

<sup>142</sup> Windscheid (1879b) s. 75 med henvisning til Windscheid (1879a) s. 556 note 9.

<sup>143</sup> Windscheid (1879b) s. 733–734.

<sup>144</sup> Windscheid (1879a) s. 613 flg. (dvs. både *rei vindicatio* og *actio negatoria*).

<sup>145</sup> Merk andre grupper som *bonitære eiere* og *bona fide* besittere med noenlunde tilsvarende rettsstilling.

<sup>146</sup> F.eks. Windscheid (1879a) s. 104.

<sup>147</sup> Windscheid (1879b) s. 702–703.

<sup>148</sup> Windscheid (1879b) s. 712–713.

*Oppsummering: «Eiendomsovergang» regulerer primært kreditorvern*

Eiendomsovergangen i Windscheids *Lehrbuch* var altså omtrent som i klassisk romerrett. Reglene var *funksjonelle* ved at eierfunksjonene *inter partes* gikk over gradvis. Vernet mot tredjemenn var *relasjonelt* ved at det gjalt særlige regler for forholdet til omsetningsserververe. Disse skilte også mellom ulike grupper av omsetningsserververe. Den praktiske betydningen av eiendomsrettens overgang handlet primært om kjøpers vern mot selgers kreditorer.

Forskjellen mellom Windscheids system og det moderne nordiske systemet handler dels om systematiseringen, der Windscheid foretrakk å bruke «eiendomsrett» som mellomstasjon for løsningen av tredjemannsproblemer. Videre er nok Windscheids tingsrettslige regler noe mindre «relasjonelle» enn det moderne norske regelverket, der hensynet til konkret rimelighet har ført til et svært finmasket nett av regler for typetilfeller. Grunnleggende sett handler dette om at Windscheid, i større grad enn moderne norsk rett, verdsatte hensynet til enkle regler og klare linjer fremfor konkret rimelighet. Forskjellen bør heller ikke overdrives; det handler om litt mer eller litt mindre.

## 4.3 Begrepsanalyse

### 4.3.1 Innledning

«Eiendomsrettens overgang» betød altså funksjonelt sett først og fremst kreditorvern. I det følgende skifter jeg perspektiv fra det funksjonelle til det konseptuelle. Spørsmålet er hvordan forfattere i 1800-tallets tysk-romanske rettsvitenskap forestilte seg eiendomsovergangen gjennom begreper. Jeg begynner med Savigny (4.3.2). Så ser jeg på hvordan den senere pandektvitenskapen forholdt seg til hans teori (4.3.3).

### 4.3.2 Savigny

#### 4.3.2.1 «Tinglige» og «obligatoriske» rettigheter

Ved overgangen til 1800-tallet kom skillet mellom *ius ad rem* og *ius in re* under debatt. Debatten ble innledet av Thibaut i 1801 som argumenterte for at skillet mellom *ius in re* og *ius ad rem* var avledet av skillet mellom *actio in rem* og *actio in personam*. Hvorvidt en rettighet var *in re* eller *ad rem* avhang derfor av hvilken aksjon den var utstyrt med.<sup>149</sup> To år senere (1803) publiserte Feuerbach et motsvar. Han hevdet at *actio in rem* og *actio in personam* gjenspeilet to innholdsmessig ulike typer av rettigheter. Å hevde at rettigheten var avledet av beskyttelsen, var ifølge Feuerbach å snu spørsmålet på hodet. Ulik beskyttelse var snarere en følge av rettighetenes innhold. Til støtte for sitt syn påberopte Feuerbach de romerske kildene som omhandlet begrepet *obligatio*. Han definerte tinglige rettigheter som en rett over en bestemt gjenstand med gyldighet overfor alle mennesker, og obligatoriske rettigheter som et rettsforhold der en bestemt person forpliktet til en handling eller unnlattelse.<sup>150</sup>

Savigny bygget videre på Feuerbachs innholdsorienterte definisjoner i første bind av *System des heutigen Römischen Rechts* (1840), men ga det sin egen viljesteoretiske utforming.<sup>151</sup> Savignys resonnement var at menneskets «Willensherrschaft» kunne ha to mulige gjenstander, enten «die unfreye Natur» (ting) eller «fremde Personen».<sup>152</sup> En «Recht an einer Sache» ble dermed definert som et viljesherre-

<sup>149</sup> Tamm (1976) s. 129–133.

<sup>150</sup> Tamm (1976) s. 131–133. Se også Ross (1934) s. 279.

<sup>151</sup> Savigny (1840a) s. 334 flg. Om sammenhengen med Feuerbach, se Björne (2003) s. 94 og Ross (1934) s. 279.

<sup>152</sup> Savigny (1840a) s. 338.

dømme over en ting i vid forstand.<sup>153</sup> Når det gjaldt viljesherredømmet over en annen person, ville et totalt herredømme krenket den andres frihet, påpekte Savigny. Herredømmet måtte derfor innskrenkes til en bestemt handling. En «Obligation» var derfor et «Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person».<sup>154</sup>

For Savigny var det dermed en grunnleggende forskjell i rettighetens gjenstand, enten en persons handling eller en ting. Sammenlignet med det eldre skillet mellom *ius in re* og *ius ad rem* innebar Savignys (og Feuerbachs) definisjoner et skarpere skille mellom de to typene av rettigheter.<sup>155</sup> Som vi så, knyttet både *ius in re* og *ius ad rem* seg til tingen, mens forskjellen handlet om rettighetens beskyttelse mot tredjemenn.

På den annen side hevdet Savigny at paraplybegrepet «rettsforhold», herunder tinglige og obligatoriske rettigheter, var «eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt».<sup>156</sup> Grunnleggende sett handlet dermed både tinglige og obligatoriske rettigheter om forholdet mellom individuelle personer. Det kan fra et moderne perspektiv gjerne fremstå mer realistisk eller «funksjonelt».

Savignys definisjoner innebar videre at de obligatoriske rettighetene ikke lenger kunne forstås som et overgangsstadium eller en «ufullstendig» rett som kunne fullendes ved overlevering. Han tok avstand fra å anse tinglige rettigheter bare som «Folgen oder Entwicklungen» av obligatoriske, eller å anse obligatoriske rettigheter «nur als Erhebungsmittel der dinglichen Rechte».<sup>157</sup> For Savigny var de obligatoriske rettighetene prinsipielt likestilte med de tinglige – begge er «viljesherredømmer». Forskjellen gjaldt bare viljesherredømmets gjenstand.<sup>158</sup>

Videre betonte Savigny *viljen* på en annen måte enn før, og satte samtidig de tinglige og obligatoriske rettighetene i nær forbindelse med sin generelle rettsfilosofi.<sup>159</sup> For Savigny var den positive retten en nødvendig følge av menneskets frihet, i kantiansk forstand. Når frie mennesker omgås hverandre måtte det, ifølge Savigny, nødvendigvis trekkes en «unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit, jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne».<sup>160</sup> Ut ifra denne kantianske logikken mente Savigny at retten hadde en selvstendig væren («selbständiges Daseyn»), tilsynelatende i ontologisk forstand.<sup>161</sup> Tinglige og obligatoriske rettigheter trakk opp «ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens»<sup>162</sup> og utvidet den berettigedes makt utover «die natürlichen Gränzen ihres Wesens».<sup>163</sup> Disse argumentene ga Savignys teori et visst «substansielt» preg i ontologisk forstand.

#### 4.3.2.2 Eiendomsovergang som «tinglig avtale»

Forestillingen om eiendomsovergang gjennom begrepene *titulus* og *modus acquirendi* stod, som jeg har vist, sterkt på 1700-tallet. I det følgende viser jeg hvordan Savigny tok avstand fra læren, og lanserte sin teori om tradisjon som en «tinglig avtale». Han publiserte teorien først i *System des heutigen römischen Rechts* bd. 3

<sup>153</sup> Savigny (1840a) s. 338.

<sup>154</sup> Savigny (1840a) s. 339.

<sup>155</sup> Savigny medgav imidlertid at skillet ikke var helt vanntett – det kunne være en «allmäliger Übergang» mellom tinglig og obligatorisk, se Savigny (1840a) s. 372.

<sup>156</sup> Savigny (1840a) s. 333.

<sup>157</sup> Savigny (1840a) s. 374.

<sup>158</sup> I samme retning Björne (2003) s. 95.

<sup>159</sup> Kantiansk innflytelse på rettighetsbegrepet, se Wieacker (1995) s. 282, 297 og 315.

<sup>160</sup> Savigny (1840a) s. 331–332.

<sup>161</sup> Savigny (1840a) s. 331–332.

<sup>162</sup> Savigny (1840a) s. 334.

<sup>163</sup> Savigny (1840a) s. 339.

(1840) og *Obligationenrecht* bd. 3 (1853), men hadde formulert teorien langt tidligere i sine forelesninger.

I Savignys forelesning vinteren 1815/16 tok han utgangspunkt i den fortsatt rådende *titulus-* og *modus-*læren og fullendelsestankegangen den hvilte på: «man sagt, die traditio müsse eine solutio seyn».<sup>164</sup> Ved hjelp av et typetilfelle kritiserte Savigny teorien: En mann gir en tigger noen mynter i hånden i forbifarten. Ved denne gaven finnes ingen forutgående obligatorisk avtale, ingen *titulus*, påpekte Savigny: «auch findet nur ein einziges factum statt»<sup>165</sup>, nemlig overleveringen av myntene fra hånd til hånd. Definisjonen av *titulus* (dvs. *iusta causa traditionis*) som en obligatorisk avtale, var derfor en utilstrekkelig forklaring på typetilfellet gave fra hånd til hånd. At *titulus-* og *modus acquirendi-*teorien ikke passet på gaven fra hånd til hånd, innebar for Savigny at den var uholdbar. Det har sammenheng med at Savigny gjennomgående fremhevet at de romerske kildene hadde en indre «organisk» sammenheng. Rettsvitenskapens oppgave var å formulere denne sammenhengen gjennom systematisk fremstilling (nærmere om dette i pkt. 4.4).<sup>166</sup> Når *titulus-* og *modus acquirendi-*teorien ikke kunne forklare gaven fra hånd til hånd, lyktes den ikke fullt ut i å forklare den indre «organiske» sammenhengen. For Savigny var teorien dermed uholdbar og måtte forkastes.

I stedet definerte Savigny *iusta causa traditionis* som «die Absicht des Eigenthümers mit der Tradition das eigenthum zu übertragen».<sup>167</sup> Denne definisjonen var holdbar fordi den ga en koherent forklaring på alle tilfeller av overføring av eiendomsrett ved tradisjon, herunder gavetilfellet; den var «der allgemeine Begriff von justa causa, der bei allen Geschäften in allen Fällen passt».<sup>168</sup> I henhold til Savignys konstruksjon kunne gavetilfellet forklares som følger: Eiendomsretten gikk over fordi gavegiver hadde til hensikt å overføre eiendomsrett til pengene (*iusta causa traditionis*) og overleverte dem (*traditio*). Definisjonen av *iusta causa traditionis* som viljen til å overføre eiendomsrett, førte Savigny til å betrakte *traditio* som en kontrakt: «Hierauf gründet sich der Satz, dass jede Tradition ihrer Natur nach ein wahrer Vertrag ist [...] Aber es braucht nicht ein obligatorischer Vertrag zu seyn [...] sondern sie ist ein wahrer dinglicher Vertrag, ein Vertrag des Sachenrechts».<sup>169</sup> *Traditio* var altså ikke fullendelse eller oppfyllelse. Det var snarere en tinglig avtale.

I senere forelesninger fastholdt Savigny i hovedsak teorien og argumentasjonen. Fra og med 1820/21 justerte han riktignok definisjonen av *iusta causa traditionis*. Nå var *iusta causa* ikke selve hensikten om å overdra eiendomsrett, men en mer spesifikk hensikt som impliserte at vedkommende vil overdra eiendomsrett, for eksempel hensikten om å gi en gave eller hensikten om å oppfylle et kjøp.<sup>170</sup> I forelesningene i 1827 ble sammenhengen mellom *traditio* og avtalebegrepet forklart tydelig: «Traditio ist ganz allgemein und nothwendig ein Vertrag, insofern sie nur dann Eigenthum überträgt, wenn beide Partheien ihren Willen übereinstimmend ausdrücken».<sup>171</sup> I *System* bd. 3 (1840) sa Savigny at privatrettslige avtaler kunne inndeles avhengig av hva slags rettsforhold de vedrører. En hovedinndeling gikk mellom obligatoriske avtaler og tinglige avtaler.<sup>172</sup> Tradisjon, skrev han, er «ein

<sup>164</sup> Forelesningsdiktat 1815/16 gjengitt i Felgentraeger (1927) s. 32–33.

<sup>165</sup> Forelesningsdiktat 1815/16 gjengitt i Felgentraeger (1927) s. 33.

<sup>166</sup> Wieacker (1995) s. 292–299.

<sup>167</sup> Forelesningsdiktat 1815/16 gjengitt i Felgentraeger (1927) s. 34.

<sup>168</sup> Forelesningsdiktat 1815/16 gjengitt i Felgentraeger (1917) s. 34.

<sup>169</sup> Forelesningsdiktat 1815/16 gjengitt i Felgentraeger (1917) s. 34.

<sup>170</sup> Forelesningsdiktat 1820/21 gjengitt i Felgentraeger (1927) s. 36.

<sup>171</sup> Forelesningsdiktat 1827 gjengitt i Felgentraeger (1927) s. 36–37.

<sup>172</sup> Savigny (1840b) s. 312–314.



wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden».<sup>173</sup> Han fastholdt teorien i *Obligationenrecht* bd. 2 (1853).<sup>174</sup>

Savignys viktigste argument i forelesningene og tekstene var eksempelet med tiggeren. De romerske kildene ble selektert, slik at kildene som forbandt *traditio* med viljen (f.eks. J.Inst. 2.1.40 og C. 4.50.6.1) kom i forgrunnen.<sup>175</sup> På den annen side ble D. 41.31. pr. (som tilsa fullendelsesperspektivet) og Julianus-Ulpianus-antinomien forbigått i relativ stillhet. Hvorfor valgte Savigny å fremheve de første fremfor den andre?

En del av forklaringen ligger i Savignys definisjoner av tinglige og obligatoriske rettigheter gjennom en grunnleggende forskjell i innhold, ikke beskyttelsen. Den rådende konstruksjonen på 1700-tallet i *ius ad rem* og *ius in re* knyttet forskjellen mellom rettighetene til beskyttelsen, slik at full beskyttelse ble oppnådd når *ius ad rem* var «perfeksjonert». Anvendt på f.eks. en kjøpsavtale, ledet det tanken i retning av følgende spørsmål: Når er kjøpsavtalen (*ius ad rem*) perfeksjonert/fulldendt/oppfylt, slik at kjøper oppnår fullstendig beskyttelse (*ius in re*)? Når skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter i stedet bestemmes som en forskjell i rettighetenes innhold, leder det tanken i retning av at rettighetene (med tilhørende beskyttelse) er noe rettighetshaveren fritt kan disponere over. Det blir mulig å tenke seg at det må stå partene fritt å velge om kjøperen skal få et herredømme over selger selv (obligatorisk rett), eller om herredømmet skal knytte seg til tingen (tinglig rett). Denne tanken blir desto mer nærliggende når rettighetene defineres som «viljesheredømmer».

Ikke minst harmonerte nok *titulus*- og *modus*-modellen, med sin skolastisk-aristoteliske fullendelseslogikk, dårlig med Savignys viljes- og frihetsorienterte rettsfilosofi. Fullendelsesmodellen forutsatte at formålet med *ius ad rem* var å realiseres til *ius in re*. Savigny understreket derimot at det prinsipielt sett var opp til individene å velge sine mål og avgjøre om obligatoriske eller tinglige rettigheter var egnede midler til å oppnå det.<sup>176</sup>

### 4.3.3 Utviklingen i pandektvitenskapen

#### 4.3.3.1 «Tinglige» og «obligatoriske» rettigheter

Savignys teori om tinglige og obligatoriske rettigheter som viljesheredømme over en ting eller en persons handling, ble herskende lære i pandektvitenskapen.<sup>177</sup>

Utover andre halvdel av 1800-tallet ble det likevel lansert konkurrerende teorier. Spesielt betydningsfull er August Thons (1839–1912) imperativteori. Thon hevdet at hele rettssystemet ikke var annet enn et kompleks av imperativer, det vil si pliktnormer.<sup>178</sup> Det førte til teorier om at tinglige og obligatoriske rettigheter ikke kunne forstås som viljesheredømmer overhodet. Om all rett var imperativer, måtte også tinglige og obligatoriske rettigheter være det. Noen forfattere trakk konsekvensen og hevdet at tinglige rettigheter ikke var viljesheredømmer, men universelle unnlatesnormer som kunne formuleres omtrent slik: *Ethvert individ plikter å ikke krenke min eiendomsrett*. Obligatoriske rettigheter var pliktnormer som rettet seg mot en bestemt person.<sup>179</sup> For eksempel hevdet Schlossmann (1844–1909) at eiendomsretten bare er summen av de krav («ansprüche») den gir opphav til. Han benektet uttrykkelig at eiendomsretten kunne være noe mer enn dette.<sup>180</sup>

<sup>173</sup> Savigny (1840b) s. 312.

<sup>174</sup> Savigny (1853) s. 256 flg.

<sup>175</sup> Tilsvarende Felgentraeger (1927) s. 39 og Ranieri (1977) s. 99.

<sup>176</sup> Ranieri (1977) s. 103.

<sup>177</sup> Coing (1989) s. 271.

<sup>178</sup> Coing (1989) s. 271.

<sup>179</sup> Ross (1935) s. 286.

<sup>180</sup> Ross (1935) s. 289.

Teorien hadde sånn sett likhetstrekk med Ross' koblingsordanalyse. Varianter av imperativteorien vant oppslutning i pandektvitenskapen.<sup>181</sup>

I det følgende vil jeg se nærmere på Windscheids lære om tinglige og obligatoriske rettigheter. Som sagt må Windscheid antas å være noenlunde representativ for samtiden.

I *Lehrbuch* bd. 1 (1879) sluttet Windscheid seg til de savignyske definisjonene.<sup>182</sup> Han definerte rettigheter som viljesherredømmer («Willensherrschaft»). Viljesherredømmet kunne gjelde en ting (tinglig) eller en bestemt handling fra en betset person (obligatorisk).<sup>183</sup> Samtidig avviste Windscheid å definere skillet ut ifra beskyttelsen mot tredjemenn. Skillet handlet om rettighetenes innhold, selv om ulik beskyttelse var et kjennetegn på rettighetstypene. En viktig følge av dette var at tinglige rettigheter ikke nødvendigvis bare var beskyttet mot alle, og obligatoriske rettigheter var ikke nødvendigvis beskyttet mot bare én. Obligatoriske rettigheter med relasjonelt vern mot visse tredjemenn var ikke utenkelig; ei heller en tinglig rettighet som manglet vern i visse relasjoner.<sup>184</sup>

Windscheid fremstod samtidig inspirert av imperativ-teorien.<sup>185</sup> Separat fra selve rettighetene, konstruerte Windscheid *kravene* («die Ansprüche») som rettighetene ga opphav til.<sup>186</sup> De tinglige kravene gikk i utgangspunktet ut på noe negativt, nemlig at enhver pliktet å ikke krenke den tinglige rettigheten. Først hvis noen krenket rettigheten, oppstod det positive kravet mot en bestemt person.<sup>187</sup> Selv om den tinglige rettigheten umiddelbart knyttet seg til tingen, fikk den dermed også en middelbar anknytning til personer, som Windscheid kalte den tinglige rettighetens personlige retning («persönliche Richtung»)<sup>188</sup> De obligatoriske rettighetene hadde en enklere struktur – rettigheten var identisk med kravet.<sup>189</sup>

En tinglig rettighet kunne dermed analyseres som en sum av krav, ifølge Windscheid. Analysen ligner egentlig Ross' koblingsordanalyse. Forskjellen er at Windscheid, i motsetning til Ross,<sup>190</sup> fastholdt at en tinglig rettighet er *noe mer* enn kravene den ga opphav til: «Die dinglichen Ansprüche erschöpfen nicht das ihnen zu Grunde liegende Recht. Dasselbe ist zunächst etwas Anderes als Anspruch, nämlich Herrschaft über die Sache.»<sup>191</sup> Denne bemerkningen var foranlediget av imperativ-teorien, som ville konstruere rettssystemet utelukkende som et system av plikt/krav-forhold.<sup>192</sup> En tinglig rettighet, fastholdt Windscheid, er et herredømme over tingen – *noe mer* enn en sum av personlige krav.

Dette «noe mer» har et visst «substansielt» preg.<sup>193</sup> Hva mente Windscheid med dette? En mulighet er at Windscheid mente at de tinglige rettighetene hadde en eller annen form for selvstendig metafysisk væren, løsrevet fra summen av beføyelsene. Etter mitt syn har dette formodningen mot seg. Windscheid var en positivist i den forstand at han benektet muligheten av en materiell naturrett og betraktet rettssystemet som et lukket system av normer, begreper og prinsipper, i likhet med den øvrige pandektvitenskapen.<sup>194</sup> At tinglige rettigheter skulle ha noen

<sup>181</sup> Coing (1989) s. 271 og Ross (1935) s. 285 flg.

<sup>182</sup> Windscheid (1879a) s. 92.

<sup>183</sup> Windscheid (1879a) s. 95–99.

<sup>184</sup> Windscheid (1879a) s. 104 og 97 note 1.

<sup>185</sup> Coing (1989) s. 271 og Ross (1935) s. 287.

<sup>186</sup> Windscheid (1879a) s. 102.

<sup>187</sup> Windscheid (1879a) s. 103.

<sup>188</sup> Windscheid (1879a) s. 102.

<sup>189</sup> Windscheid (1879a) s. 103.

<sup>190</sup> Ross (1951) s. 478 («Det er et ord uden mening, d. v. s. uden enhver semantisk referens»).

<sup>191</sup> Windscheid (1879a) s. 103.

<sup>192</sup> Windscheid (1879a) s. 102.

<sup>193</sup> Ross (1951).

<sup>194</sup> Se Wieacker (1995) s. 341–342 og s. 279 flg.

form for metafysisk eksistens fremstår lite forenlig med dette grunnsynet. Den kantianske metafysikken som preget Savigny – rettens «selbständiges Daseyn»<sup>195</sup> – er mer eller mindre borte hos Windscheid (og pandektvitenskapen ellers). En mer nærliggende forklaring er at Windscheid anså det unødvendig komplisert og virkelighetsfjernt å definere tinglige rettigheter som universelle unnlatesobligasjoner. De føles tross alt som «herredømmer» – ikke universelle plikt/krav-relasjoner. Som vi skal se, var dette Ørsteds og Hagerups innstilling (kapittel 5 og 7).

#### 4.3.3.2 Eiendomsovergang som «tinglig avtale» – abstraksjonsprinsippet

Jeg har vist at Savigny erstattet *titulus-* og *modus-*teorien med teorien om den tinglige avtalen. Denne teorien festet seg raskt i tysk-romansk rettsvitenskap.<sup>196</sup> Windscheid slo fast at begrepet «kontrakt» omfattet kontrakter på alle rettsområder – også tingsretten – ikke bare obligasjonsretten, og henviste til behandlingen av tinglige avtaler i Savignys *System* bd. 3.<sup>197</sup> I dette kapitlet ser jeg på hvordan teorien utviklet seg til det såkalte abstraksjonsprinsippet.

Abstraksjonsprinsippet ble vedtatt i BGB og gjelder fortsatt. I moderne tysk rett tales det gjerne om *trennungsprinzip* og *abstraktionsprinzip*. *Trennungsprinzip* betegner skillet mellom den obligatoriske og den tinglige avtalen. *Abstraktionsprinzip* betegner at gyldigheten av en obligatorisk avtale og en tinglig avtale er prinsipielt uavhengig av hverandre. Hvis f.eks. en bil selges og overleveres fra H til A og det viser seg at avtalen var ugyldig, regnes A fortsatt som eier av bilen. Da kan B gyldig avlede eiendomsrett fra ham, uten at H kan gjøre gjeldende innsigelser mot B.<sup>198</sup>

Savigny regnes som opphavsmann til abstraksjonsprinsippet.<sup>199</sup> Han la, som sagt, til grunn den abstrakte forståelsen av *iusta causa traditionis*. Det impliserte at gyldigheten av eiendomsoverdragelsen (den tinglige avtalen) var uavhengig av om kausalavtalen – f.eks. en kjøpsavtale – var gyldig. Savigny formulerte likevel ikke eksplisitt abstraksjonsprinsippet.<sup>200</sup> Han behandlet bare forholdet mellom obligatoriske og tinglige avtaler i forbindelse med villfarelser.<sup>201</sup> Det var først Savignys etterfølgere som generaliserte abstraksjonsprinsippet til alle tilfeller hvor den obligatoriske avtalen er ugyldig.<sup>202</sup> Otto Bähr (1855) ser ut til å ha vært den første til å utvikle konseptet i en generell form:<sup>203</sup>

«Die Tradition als Eigenthumsübergang bildet somit einen von ihrem juristischen Grunde [...] völlig *getrennten* und in ihrer nächsten Wirkung *unabhängigen* Rechtsakt. [...] *Causa* heist der juristische Grund einer Vermögensübertragung gerade und ausschlieslich alsdann, wenn letztere – wie die Eigenthumsübertragung durch Tradition – zu ihrem Grunde im Verhältnisse der *Trennung* und *Unabhängigkeit*, man kann sagen als *abstracte Vermögenszuwendung*, dasteht.»<sup>204</sup> (forfatters utheving)

<sup>195</sup> Savigny (1840a) s. 331–332.

<sup>196</sup> Coing (1989) s. 394–395.

<sup>197</sup> Windscheid (1879a) s. 178.

<sup>198</sup> Nærmere om *trennungs-* og *abstraktionsprinzip*, se Baur og Stürner (2009) s. 55 flg., Markesinis, Unberath og Johnston (2006) s. 27 flg. og kortfattet Lilleholt (2018) s. 53.

<sup>199</sup> Coing (1989) s. 393, Ranieri (1977) s. 90, Prange (2001) s. 73, Nolte (1941) s. 36–37, Stadler (1996) s. 49 og Zimmermann (1996) s. 867. Mer forbeholdent Felgentraeger (1927) s. 24 flg. Etter mitt syn har litteraturen en tendens til å overdrive Savignys betydning – det var etterfølgerne som Bähr, Stempel og Exner som formulerte abstraksjonsprinsippet generelt.

<sup>200</sup> Stadler (1996) s. 49.

<sup>201</sup> Se Savigny (1840b) s. 354 flg. og Savigny (1853) s. 261.

<sup>202</sup> Stadler (1996) s. 49–51 og Ranieri (1977) s. 92.

<sup>203</sup> Felgentraeger (1927) s. 43, Ranieri (1977) s. 92 og Stadler (1996) s. 50.

<sup>204</sup> Bähr (1855) s. 15.

Andre viktige bidrag kom fra Stempel (1856) og Exner (1867).<sup>205</sup> Windscheid (1879) slo fast, under henvisning til Savigny, Exner og Stempel, at tradisjon overfører eiendomsrett hvis partene har til hensikt å overføre eiendomsretten, uavhengig av den obligatoriske avtalen.<sup>206</sup> Dette abstrakte systemet ble mer eller mindre allment akseptert i pandektvitenskapen og det ble en del av BGB.<sup>207</sup>

En viktig begrunnelse for abstraksjonsprinsippet dreide seg om beskyttelse av tredjemenn i hjemmelsmannskonflikten. Argumentet var at Hs innsigelser mot A vanligvis ikke ville være synlige for B. H burde derfor ikke ha vindikasjonsrett overfor B.<sup>208</sup> Det er den samme tankegangen som ligger bak moderne norske regler om godtroerverv i hjemmelskonflikten.<sup>209</sup> Forskjellen er at abstraksjonsprinsippet ikke forutsetter at B er i god tro – en retts teknisk enkel og forutsigbar regel.

#### *Abstraksjonsprinsippet systematiske betydning*

Abstraksjonsprinsippet hadde dype systematiske implikasjoner og kan i denne forstand betraktes som en av pandektvitenskapens «grand theories». Savigny, for eksempel, skrev at abstraksjonsprinsippet var «die nothwendige Voraussetzung einiger der wichtigsten Institute des Römischen Rechts, die ohne ihn ganz unmöglich seyn würden».<sup>210</sup> Savigny viste blant annet til *dolus* og edilenes edikter. Etter den klassiske *actio de dolo* kunne den som var utsatt for svindel kreve restitusjon.<sup>211</sup> De ediliske ediktene lot kjøperen av en slave med visse skjulte mangler heve kjøpet og få tilbake pengene mot å levere tilbake slaven (*actio redhibitoria*).<sup>212</sup> I begge tilfeller fikk avhenderen et (*in personam*) restitusjonskrav – krav som knapt ville vært nødvendige om den tinglige avtalen ble ansett ugyldig som følge av feilen. Da ville nemlig overdrageren, i kraft av eiendomsretten, kunne krevd tingen tilbake med *vindicatio*.<sup>213</sup>

Sammenhengen med *condictio indebiti* var spesielt viktig.<sup>214</sup> Denne kondiksjonen ga et tilbakesøkningskrav til den som i villfarelse oppfylte en forpliktelse som ikke forelå (se 2.3.2). Hvis for eksempel en selger leverte tingen til kjøper og det senere viste seg at avtalen var ugyldig, sa de romerske kildene at selger hadde et restitusjonskrav mot kjøper (*in personam*) basert på *condictio indebiti* – ikke (*in rem*) basert på *vindicatio*.<sup>215</sup> Det impliserte at eiendomsretten gikk over til tross for en ugyldig avtale – altså et abstraksjonsprinsipp.

For forfatterne innenfor *titulus-* og *modus-*læren hadde *condictio indebiti* vært et problem, siden regelen forutsatte eiendomsövergang til tross for ugyldig kausalavtale, dvs. uten *titulus*. Løsningen var en lære om at eiendomsretten noen ganger gikk over selv uten gyldig kausalavtale, såkalt «*causa putativa*» eller putativ *titulus*.<sup>216</sup> Men som Zimmermann påpeker var denne løsningen «a make-shift one and meant, in effect, that only lip service was paid to the causal system».<sup>217</sup> Abstraksjonsprinsippet bygde et mer koherent system.

<sup>205</sup> Se Stempel (1856) s. 23 og Exner (1867) s. 321 samt s. 82–83.

<sup>206</sup> Windscheid (1879a) s. 540 (note 5).

<sup>207</sup> Ranieri (1977) s. 96, Stadler (1996) s. 54–55 og Coing (1989) s. 395.

<sup>208</sup> Ranieri (1977) s. 103–104.

<sup>209</sup> F.eks. Lilleholt (2018) s. 30.

<sup>210</sup> Savigny (1840b) s. 356.

<sup>211</sup> Zimmermann (1996) s. 664.

<sup>212</sup> Zimmermann (1996) s. 311 flg. og s. 317.

<sup>213</sup> Savigny (1840b) s. 356–357.

<sup>214</sup> Savigny (1840b) s. 356 og Ranieri (1977) s. 100.

<sup>215</sup> Zimmermann (1996) s. 848.

<sup>216</sup> *Causa putativa*-teorien ble lagt til grunn allerede i Accursius' *Glossa ordinaria*, se Van Vliet (2003) s. 347–348 samt s. 347 flg. for gjennomgang av sentrale glossatorer og kommentatorer. På 1700-tallet var teorien vel etablert. Se Coing (1985) s. 304, van Vliet (2003) s. 362 og Ranieri (1977) s. 91.

<sup>217</sup> Zimmermann (1996) s. 867.

Abstraksjonsprinsippet var på denne måten en nøkkel til å bringe en mengde romerske obligasjonsrettslige fenomener i harmoni med hverandre, i samsvar med Savignys og pandektvitenskapens ambisjon om å avdekke den indre organiske enhet i det romerske kildematerialet.<sup>218</sup> Samtidig forutsatte abstraksjonsprinsippet en velutviklet lære om berikelseskrav, som kunne komme overdrageren til unnsetning der han hadde tapt eiendomsretten på grunnlag av en ugyldig avtale.<sup>219</sup> Dette utviklet pandektvitenskapen. BGBs kapittel om berikelseskrav var ambisiøst.<sup>220</sup>

Jeg kommer tilbake til abstraksjonsprinsippet i kapittel 6 og 7. Der ser jeg på hvordan danske og norske rettsforskere forholdt seg til abstraksjonsprinsippet. To forfattere, Andreas Aagesen og Francis Hagerup, var positive til abstraksjonsprinsippet. Som vi skal se, ble prinsippets dype systematiske implikasjoner det store hinderet mot å adoptere prinsippet i dansk og norsk rett.

## 4.4 Overleveringskravet

### 4.4.1 Innledning

Jeg går nå over til overleveringskravet – *traditio* – i 1800-tallets tysk-romanske rettsvitenskap. Jeg tar utgangspunkt i Savignys forståelse av *traditio* (4.4.2). Deretter fremstiller jeg debatten om *traditio* i pandektvitenskapen (4.4.3). Som vi skal se ble Savignys teori epokegjørende for 1800-tallets rettsvitenskap. Grunntrekkene i den savignyske forståelsen av *traditio* ble dessuten overtatt av danske og norske rettsforskere på 1800-tallet.

Jeg forholder meg til femte (1827) og syvende og siste (1865) utgave av Savignys *Das Recht des Besitzes* fra 1803, fordi Ørstedts håndbok utkom kort tid etter femteutgaven, og syvende utgave vil ha vært den som Francis Hagerup forholdt seg til i 1884. Jeg har imidlertid ikke sett vesentlige forskjeller mellom utgavene.

### 4.4.2 Savignys tradisjonsprinsipp

I drøftelsen av besittelsesoverføring (tradisjon) i *Das Recht des Besitzes* tok Savigny utgangspunkt i at det krevdes både *corpus* og *animus*, jf. D. 41.2.3.1. Savigny forstod *animus* som viljen til å være eier. Det harmonerte godt med at besittelse i romersk rett var så nært forbundet med eierposisjonen.<sup>221</sup> Som påpekt i kapittel 2 ble f.eks. ikke tingens leietaker ansett å ha tingen i sin besittelse. Savignys forståelse av *animus* som eierviljen, ga en rasjonell forklaring på dette.

Når det gjaldt *corpus*-elementet kritiserte Savigny det gamle skillet mellom *traditio vera* og *traditio ficta*. I innledningen erklærte han «über keinen Punkt das Römische Recht so allgemein missverstanden worden, als über diesen».<sup>222</sup> Savignys argument var at i den grad tradisjon er fysisk berøring, hadde romerne gjort så mange unntak fra hovedregelen at det gjenstod meget lite av den. Det var umulig at denne «Inconsequenz» skulle ha unnslett de romerske juristene, «vielmehr hätten sie durch die alltägliche Anwendung darauf aufmerksam gemacht werden müssen».<sup>223</sup>

Dette argumentet må ses i sammenheng med Savignys syn på de romerske kildene mer allment. Savigny anså klassisk og justiniansk romerrett som resultat av en organisk utviklingsprosess. Denne «organiske» kvaliteten tilsa, for Savigny, at romerretten var spesielt koherent. Bak de fragmentariske, kasuistiske og noen ganger motsetningsfylte kildestedene, fantes det derfor system, prinsipper og

<sup>218</sup> Ranieri (1977) s. 102, Felgentraeger (1927) s. 31 og Prange (2001) s. 93.

<sup>219</sup> Zimmermann (1996) s. 867.

<sup>220</sup> Zimmermann (1996) s. 887.

<sup>221</sup> Savigny (1827) s. 183, (1865) s. 204–205.

<sup>222</sup> Savigny (1827) s. 185, (1865) s. 206.

<sup>223</sup> Savigny (1827) s. 190, (1865) s. 210.

koherente begreper som det gjaldt å avdekke.<sup>224</sup> Det innebar samtidig at Savigny ikke primært var interessert i klassisk eller justiniansk romerrett som rent historiske fenomener. Det å avdekke system og begreper i kildematerialet krevde noen ganger mer eller mindre anakronistiske kunstgrep. Som vi har sett, var Savigny heller ikke fremmed for å fortolke kildene i lys av kantiansk rettsfilosofi.<sup>225</sup> Slike grep anså Savigny som et ledd i å fullende romerrettens potensiale som koherent system – et arbeid de klassiske romerske juristene aldri helt fullførte.<sup>226</sup> Savignys tilnærming til studiet av de romerske kildene, slik han beskrev den i *Vom beruf*, er i hovedsak representativ for den historiske skolen.<sup>227</sup> Ikke minst har nettopp avhandlingen om besittelse fra 1803 vært ansett som et tidlig uttrykk for Savignys vitenskapsteori.<sup>228</sup>

Bedømt ut ifra Savignys forestilling om indre koherens og sammenheng bak de romerske kildene, fremstod en dikotomi mellom «egentlig» og «fiktiv» tradisjon som feilslått. Antagelsen måtte snarere være at de tilsynelatende motsetningsfylte kildestedene lot seg harmonere i ett generelt begrep, som «alle einzelne Bestimmungen unsrer Rechtsquellen auf gleiche Weise erklären».<sup>229</sup> Ved induksjon fra de romerske kildene definerte derfor Savigny *corpus* som ett enhetlig begrep, som han ga litt forskjellige formuleringer. Den definisjonen som kanskje ble mest utbredt i ettertiden er «die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschliessen».<sup>230</sup> En, ifølge Savigny, enda mer presis definisjon var «das Bewusstseyn physischer Herrschaft» – forholdene måtte ligge slik an at «die möglichkeit, auf die Sache nach Willkühr zu wirken, von dem, welcher den Besitz erwerben will, als unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können».<sup>231</sup> På denne måten gjorde Savigny forestillinger om herredømme over tingen i menneskets bevissthet til målestokk for *corpus*-elementet. I begge tilfeller handlet det om et faktisk herredømme over tingen.

For Savigny var begrepsbestemmelsen viktig fordi den ble styrende for rekkevidden av typetilfellene i de romerske kildene.<sup>232</sup> Det gjaldt spesielt symbolsk tradisjon og *constitutum possessorium*, som undersøkes nærmere i det følgende.

#### *Traditio symbolica*

På 16- og 1700-tallet ble det, som sagt, utviklet en teori om symbolsk tradisjon. Idéen var at f.eks. nøkler tjente som symbol på tingen og dermed overførte besittelsen over selve tingen gjennom en rettslig fiksjon. Savigny benektet dette. I tråd med det generelle begrepet var det avgjørende om erververen skaffet et faktisk herredømme over tingen – ikke noen symbolsk akt. Rett nok kunne nøkler tjene som symboler, «aber es giebt noch einen andern Gebrauch der Schlüssel [...] nämlich etwas aufzuschliessen, was verschlossen ist».<sup>233</sup> Overlevering av nøkler var altså hverken fiktivt eller symbolsk – de ga erververen kontroll over tingen. Men

<sup>224</sup> Savigny (1814) s. 27 flg. De mer begreps- og systemkonstruktive sidene ble imidlertid fremmet først av Puchta i 1830-årene, se Wieacker (1995) s. 315–316 og Haferkamp (2018) s. 112 flg.

<sup>225</sup> Wieacker (1995) s. 332–333 og Björne (1998) s. 231–233.

<sup>226</sup> Savigny (1814) s. 120 («sie sollen nicht blos diese Schule hüten, sondern wieder belebt werden: wir sollen uns in sie hinein lesen und denken, [...] und so ihre unterbrochne Arbeit in gewissem Sinne fortzusetzen»).

<sup>227</sup> Wieacker (1995) s. 306.

<sup>228</sup> Wieacker (1995) s. 306–307, Haferkamp (2018) s. 117 og Rückert (2011) s. 218 flg. Den ble oppfattet som «eksemplarisk» i sin samtid, jf. Rückert (2011) s. 203 flg. Se også Windscheid (1879a) s. 24 («ein Muster für die Behandlung des römischen Rechts»).

<sup>229</sup> Savigny (1827) s. 191, (1865) s. 211.

<sup>230</sup> Savigny (1827) s. 190–191, (1865) s. 210.

<sup>231</sup> Savigny (1827) s. 227, (1865) s. 238 (min utheving).

<sup>232</sup> Savigny (1827) s. 187, (1865) s. 208.

<sup>233</sup> Savigny (1827) s. 208, (1865) s. 223.

ifølge Savigny måtte nøklene overleveres i nærvær av tingen.<sup>234</sup> Det var nemlig kun når erververen var i tingens nærvær at han fornuftigvis kunne oppnå den påkrevde bevissthet om umiddelbart herredømme over den.<sup>235</sup> Dermed opprettholdt Savigny forbindelsen med det generelle begrepet.

#### *Constitutum possessorium*

For å skape harmoni mellom *constitutum possessorium* og det generelle tradisjonsbegrepet tok Savigny utgangspunkt i de romerske kildene om besittelseservert ved representant. Det var på det rene at f.eks. en kjøper ikke behøvde å møte personlig for å erverve besittelse – han kunne sende en representant, som i D. 41.2.51 der det holdt at kjøper plasserte en vakt ved tingen. Savignys teoretiske forklaring på dette var at så lenge det bestod et rettsforhold mellom prinsipalen og representanten som ga instruksjonsmyndighet, utøvet prinsipalen et faktisk herredømme over tingen (*corpus*) indirekte gjennom representanten. Et slikt rettsforhold kunne f.eks. være en oppdragsavtale. Så lenge prinsipalen dessuten har vilje til å bli eier (*animus domini*), er de regulære vilkårene for tradisjon dermed oppfylt. Det hele kom an på representantens subjektive innstilling – hvis representanten ikke ville ha tingen i hende på prinsipalens vegne, forelå ingen tradisjon.<sup>236</sup>

Savignys grep var å plassere *constitutum possessorium* i forlengelse av besittelseservert ved representant.<sup>237</sup> Synsmåten var at selger, som hittil hadde vært besitter, kunne endre sin subjektive innstilling: Selgeren anser ikke lenger seg selv som eier, men som kjøpers representant i besittelsesforholdet. Selger forvarer tingen på kjøpers vegne (*corpus*), kjøper anser seg som eier (*animus domini*) og dermed er vilkårene for besittelseservert oppfylt. Ved hjelp av dette kunstgrepet ble det paradoksale *constitutum possessorium* «blosse Anwendung bekannter Grundsätze», som Savigny sa.<sup>238</sup> At det var selger og ikke en tredjepart som opptrådte som kjøpers representant, kunne ikke gjøre noen forskjell:

«Wer überhaupt durch seine Handlungen einem Andern den Besitz zu erwerben im Stande ist, kann dieses natürlich um deswillen nicht weni-  
ger, weil etwa er, der Repräsentant, bis auf diesen Augenblick den juristi-  
schen Besitz der Sache gehabt hat.»<sup>239</sup>

Det kildemessige grunnlaget var særlig D. 41.2.18 pr.: «What I possess in my own name I can possess in that of another [...] I cease to possess and make the other person possessor through my agency.» Ideen om *constitutum possessorium* som et representasjonsforhold var ikke ny. Det nye var at Savigny insisterte på at *constitutum possessorium* dermed var en helt regulær anvendelse av tradisjonsbegrepet – ingen singularitet.<sup>240</sup> Som vi skal se, fikk denne forestillingen stor innflytelse i tysk-romansk rettsvitenskap, men også i dansk og norsk rettsvitenskapelig litteratur.

De nærmere vilkårene for gyldig *constitutum possessorium* måtte, ifølge Savigny, i utgangspunktet være de samme som ved besittelseservert ved representant ellers. Det innebar først og fremst at det måtte foreligge et rettsforhold mellom kjøper og selger som begrunnet at selger heretter skulle opptre som erververs representant i besittelsesforholdet (*mandatum, usufructus, precario, el.*).<sup>241</sup> Dermed formulerte Savigny et kausalt *constitutum possessorium*: Selger måtte forvare tingen for kjøper.

<sup>234</sup> De romerske kildene var uklare, se D. 41.2.1.21 og D. 41.1.9.6 (nærvær nevnes ikke) og D.18.1.74 (krav om nærvær).

<sup>235</sup> Savigny (1827) s. 211, (1865) s. 225.

<sup>236</sup> Se Savigny (1827) s. 308 flg., (1865) s. 304 flg.

<sup>237</sup> For det følgende, se Savigny (1827) s. 326 flg., (1865) s. 318 flg.

<sup>238</sup> Savigny (1827) s. 327, (1865) s. 319.

<sup>239</sup> Savigny (1827) s. 326, (1865) s. 318.

<sup>240</sup> Gordon (1970) f.eks. s. 163, 168 (spesielt Donellus' teori lignet Savignys), s. 180 og 186.

<sup>241</sup> Savigny (1827) s. 327, (1865) s. 319.

Savigny måtte imidlertid medgi at *constitutum possessorium* ikke var helt som andre besittelseserverv. Det stod nemlig i et anspent forhold til C. 2.3.20: «The ownership of property is transferred by physical delivery [...] but not by naked pacts.» For at ikke denne setningen skulle være et tomt skinn, kunne *constitutum possessorium* ikke presumeres. Besittelseskonstitutet måtte enten gjøres *uttrykkelig* eller *følge med nødvendighet av sakens omstendigheter*.<sup>242</sup> Uttrykkelighetskravet forankret han i D. 41.48:

«A man made a gift of land with slaves and stated in writing that he had delivered possession of them. Even if only one of the slaves given with the land should come to the donee and by him be sent back shortly to the land, it will be manifest that possession of the land and of the other slaves is acquired through that slave.»

Kildestedet uttrykker indirekte at bare erklæringen om å overføre besittelse i seg selv ikke var nok – slaven måtte nemlig sendes frem og tilbake, slik at gavemottaker fikk besittelse først gjennom slaven som sin representant. Grunnen til at erklæringen var utilstrekkelig, var ifølge Savigny at erklæringen kunne tolkes som en tillatelse for mottakeren til selv å oppnå besittelse, uten at giver påtok seg å være besittelsesrepresentant. En erklæring om å «overføre eiendomsretten» eller «overføre besittelsen» var derfor ikke tilstrekkelig. *Constitutum possessorium* «ist nicht zu präsumiren».<sup>243</sup>

Noen ganger kunne imidlertid *constitutum possessorium* følge med nødvendighet av sakens omstendigheter – selv om den ikke kunne presumeres. Savigny illustrerte dette med eksempler forankret i romerske kilder. Den som gir en ting i gave men forbeholder en leieavtale, impliserer med nødvendighet at han oppgir *possessio civilis* og har tingen i hende på den nye eiers vegne, jf. D. 6.77. Det samme gjaldt den som solgte eller ga bort noe, men forbeholdt seg bruksrett (*usufructus*) jf. C. 53.28 og C. 53.35.5. Hvis to eller flere inngikk *societas omnium bonorum* (som innebærer at alle eiendeler heretter skal være felles mellom deltakerne) mente Savigny også at stilltiende *constitutum possessorium* fulgte med nødvendighet av forholdene.<sup>244</sup> Eksempelene tyder imidlertid på at Savigny siktet til rettsforhold som logisk impliserte at avhender endret sin besittelsesvilje.

#### *Indre motsetninger i Savignys tradisjonsbegrep?*

Det karakteristiske ved Savignys tradisjonslære er, som allerede antydnet, hans forsøk på å danne et koherent begrep ut ifra de paradoksale romerske kildene. Et viktig grep for å oppnå dette var den bredere og fleksible definisjonen av *corpus*-elementet som et fysisk herredømme over tingen. Videre spilte *animus* – forskjeller i aktørenes subjektive innstilling – en avgjørende rolle som forklaring på fenomener som besittelseserverv ved representant og *constitutum possessorium*.<sup>245</sup>

Langt på vei lyktes Savigny i å danne et koherent tradisjonsbegrep, men visse indre motsetninger måtte vel oppstå. Dels var det et spenningsforhold mellom uttrykkelighetskravet og definisjonen av *corpus* som et faktisk herredømme over tingen. Om vi anvender begrepet stringent skulle løsningen helst være at ethvert *rettsforhold* som gjør overdrageren til besittelsesrepresentant på erververens vegne gir et tilstrekkelig faktisk herredømme – uavhengig av om det ble uttrykkelig formulert. En annen kilde til indre spenning i begrepet lå kanskje i Savignys syn på D. 17.2.1 og 2:

<sup>242</sup> Savigny (1827) s. 329, (1865) s. 320.

<sup>243</sup> Savigny (1827) s. 329–330, (1865) s. 321.

<sup>244</sup> Savigny (1827) s. 330–333, (1865) s. 321–323.

<sup>245</sup> I samme retning Wieacker (1995) s. 307 og Coing (1989) s. 376.



«In a partnership in all goods [*societate omnium bonorum*], all that belongs to those entering into partnership is held in common forthwith, [...] because although no handover of goods actually occurs, it is tacitly understood to occur.»

I et *societas omnium bonorum* blir alle eiendeler felles for deltakerne. Kildestedet uttrykker at rettighetsovergangen skjer uten noen fysisk overlevering. Savigny forklarte kildestedet som utslag av at en «wirkliche Tradition» ville vært «sehr beschwerlich» i disse tilfellene.<sup>246</sup> Denne litt provisoriske forklaringen ga regelen et visst preg av unntak.<sup>247</sup> I kapittel 7 vil jeg vise hvordan disse indre spenningene ble viktige argumenter for Francis Hagerup i doktoravhandlingen *Om tradition* (1884), der han argumenterte mot Savignys uttrykkelighetskrav.

#### *Reelle hensyn*

Savignys teori kan fremstå formalistisk. Han argumenterte aldri åpent med rettspolitiske hensyn i *Das Recht des Besitzes*. For en moderne norsk jurist kan derfor teorien virke fremmed. Hvorfor skal vernet mot tredjemenn bero på selgers erklæring, som hverken ivaretar publisitet eller notoritet? At selger kan anses som kjøpers representant hjelper lite – faren for kreditorsvik er kanskje desto større ved f.eks. salg med samtidig tilbakeleie.

Savignys teori må forstås ut ifra en annen rasjonalitet enn notoritets- og publisitetshensyn. Som vist tidligere, fikk eiendomsrettens overgang primært betydning ved selgers konkurs. Kjøper kunne vindisere (separatistkrav) om han eide tingen, men måtte konkurrere med andre usikrede kreditorer om han ikke var eier (dividende). I normaltilfellene byr det ikke på vanskeligheter å trekke en fornuftig grense mellom dem. Den som har kjøpt og overtatt tingen bør ha separatistrett. Den som har gitt lån eller forskuddsbetalt og ytt usikret kreditt bør derimot konkurrere med andre usikrede kreditorer. Men det kan også tenkes mellomvarianter. Ta for eksempel den som kjøper og betaler for en hest som skal leveres førstkommende mandag. På mandagen møter kjøper opp for å hente hesten. Da spør selgeren om han ikke kan låne hesten en ukes tid for å besøke sin fetter som tilfeldigvis var på besøk i nabolandsbyen akkurat denne uken. Hesten er din, sier selgeren, så det er opp til deg – og jeg skal naturligvis passe godt på den og betale deg for lånet (leieavtale). Kjøperen går med på dette, men etter et par dager går selgeren konkurs. Her var kjøpet for alle praktiske formål oppfylt. Kjøper og selger var enige om at kjøper nå hadde blitt eier. Det skjedde en reell rådighetsendring om enn ikke en fysisk overlevering. Mange vil nok tenke at kjøper samlet sett har mer til felles med eiere (med separatistrett) enn usikrede kreditorer (med dividende). Savignys kausale *constitutum possessorium* fanger opp slike tilfeller – der kjøperen har inntatt eierposisjonen og kanskje helst bør likestilles med andre eiere – til tross for at han ikke har overtatt tingen.

I moderne norsk rettsvitenskap har grensedragningen mellom «eiere» og usikrede kreditorer havnet i bakgrunnen. Noe av årsaken er antagelig at vi taler om «rettsvern» fremfor «eiendomsrett» og særlig fremhever hensynene til publisitet og notoritet (på bekostning av andre hensyn).<sup>248</sup> Men egentlig bygger også moderne norsk rett på en grensedragning mellom eiere og usikrede kreditorer. Tydeligst er det i Brækhus' og Hærem's interesselære. Deres kanskje viktigste argument var nemlig at «kredittmomentet» ikke er «like fremtredende ved enhver forskuddsbetaling».<sup>249</sup> Et sterkt kredittmoment talte mot kreditorvern, for da har kjøper mest til felles med andre usikrede kreditorer. Et svakt kredittmoment talte

<sup>246</sup> Savigny (1827) s. 332, (1865) s. 323.

<sup>247</sup> I samme retning Kolbe (1957) s. 37.

<sup>248</sup> I samme retning Hauge (2016) s. 67.

<sup>249</sup> Brækhus og Hærem (1967) s. 508.

for kreditorvern, for da hadde kjøper lite til felles med andre usikrede kreditorer (les: mest til felles med eiere).

Savigny og Brækhus kom også til noenlunde samme resultat. Savignys definisjon av *constitutum possessorium* – at selger har tingen *på kjøpers vegne* – er i utgangspunktet en annen måte å si at selger har tingen i kjøpers interesse.<sup>250</sup>

#### 4.4.3 Utviklingen i pandektvitenskapen

Savignys verk om besittelsen ble epokegjørende for den tyske rettsvitenskapen.<sup>251</sup> Således forklarte Windscheid at erverv av besittelse krever «*thatsächliche Gewalt und aneignungswille*».<sup>252</sup> Han definerte det faktiske herredømme «*nach Savigny als: unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit beliebiger [...] Einwirkung auf die Sache*».<sup>253</sup> Dermed formulerte han *corpus* og *animus* i den savignyske formen. Windscheid tok avstand fra den gamle læren om sann og fiktiv tradisjon, samt symbolsk tradisjon, under henvisning til Savignys avhandling.<sup>254</sup>

Det er ikke overraskende at også pandektvitenskapen avviste *traditio vera* og *traditio ficta*. Pandektvitenskapen videreførte i hovedsak den historiske skolens forestilling om koherens og sammenheng bak de romerske kildene.<sup>255</sup> Ikke minst ble Savignys avhandling om besittelse fra 1803 ansett som «*ein Muster für die Behandlung des römischen Rechts*».<sup>256</sup>

Samtidig la ikke Savignys avhandling ballen død i den tyske rettsvitenskapen.<sup>257</sup> Spesielt innflytelsesrik ble Jherings konkurrerende definisjon av besittelse (1869 og 1889). I likhet med Savigny søkte Jhering å konstruere besittelse og tradisjon som generelle begreper, skikket til å forklare samtlige utslag i kildestedene på en koherent måte. Jherings løsning var å konstruere besittelse som eiendomsrettens faktiske uttrykk («*Der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums*») slik at tradisjon foreligger når den nye besitteren inntar et slikt ytre forhold til tingen som kjennetegner en eiers forhold til tingen.<sup>258</sup> Hvis for eksempel tingen leveres i kjøpers hjem, uten at kjøperen er hjemme, har det likevel skjedd tradisjon, fordi tingen befinner seg der en eier regelmessig oppbevarer sine ting. Den savignyske tilnærmingen var derimot å si at kjøper hadde et faktisk herredømme over tingen fordi den er i hans hus (som han kontrollerer, selv om han ikke er der). Realitetsforskjellen mellom de to konstruksjonene var nok heller liten.

Når det gjelder *constitutum possessorium* var Savignys lære lenge den dominerende. Med en monografi fra 1867 innledet imidlertid Adolf Exner (1841–1894) en ny debatt om fenomenet. Exner var i utgangspunktet enig med Savigny i at *constitutum possessorium* var en regulær anvendelse av besittelseserverv ved representant.<sup>259</sup> Samtidig mente han at en for vid adgang til *constitutum possessorium* risikerte å uthule tradisjonsprinsippet som var slått fast i C. 2.3.20: «*The ownership of property is transferred by physical delivery [...] but not by naked pacts*».<sup>260</sup> For at ikke tradisjonsprinsippet skulle uthules, krevde Exner en *causa detentionis*, altså en spesifisert rettsgrunn til at overdrager vedvarer detensjonen, for eksem-

<sup>250</sup> I HR-2021-2248-A ble det lagt til grunn at salg med samtidig tilbakeleie ikke var omfattet av interesselæren. Ut ifra Brækhus' og Hærems argumentasjon er det ikke åpenbart at dette stemmer. Se pkt. 8 (epilog).

<sup>251</sup> Savignys monografi kom i 7 utgaver og ble oversatt til en rekke europeiske språk. Kolbe (1957) s. 33 («*absolut herrschend*» frem til Exner).

<sup>252</sup> Windscheid (1879a) s. 463 (norsk: «faktisk herredømme og tilegnelsesvilje»).

<sup>253</sup> Windscheid (1879a) s. 464 note 8.

<sup>254</sup> Windscheid (1879a) s. 463 note 3.

<sup>255</sup> Wieacker (1995) s. 341–342 og Windscheid (1879a) s. 24.

<sup>256</sup> Windscheid (1879a) s. 24.

<sup>257</sup> Den tyske rettsvitenskapen undersøkte besittelse intenst, se f.eks. Michalsen (2013) s. 251.

<sup>258</sup> Se generelt Windscheid (1879a) s. 464–465 note 8 og Michalsen (2013) s. 254.

<sup>259</sup> Exner (1867) s. 142.

<sup>260</sup> Exner (1867) s. 144.

pel at den forrige eieren heretter skal være leietaker, panthaver, depositar eller lignende.<sup>261</sup> I forbindelse med det femtende tyske juristmøte i 1880, videreutviklet Exner sin teori om *causa detentionis*. Han understreket nå at det alltid vil være en faktisk grunn til at selger vedvarer detensjonen på kjøpers vegne. Denne grunnen er enten knyttet til selgers egeninteresse eller til kjøpers interesse. Bare hvis selger vedvarer detensjonen i kjøpers interesse kan det foreligge gyldig *constitutum possessorium*.<sup>262</sup> Exner anså grunnen til at selger vedvarte besittelsen som det avgjørende momentet, idet selgers erklæring om heretter å sitte med tingen på kjøpers vegne hverken var nødvendig eller tilstrekkelig.<sup>263</sup> Det avgjørende ble dermed om selger satt med tingen i egen eller kjøpers interesse. I betydelig grad forskutterte Exner dermed Brækhus' og Hærems formulering.<sup>264</sup>

I tiden som fulgte tok mange til orde for å innskrenke rekkevidden av *constitutum possessorium*. Mange sluttet seg til Exner med større eller mindre modifikasjoner.<sup>265</sup> Windscheid, for eksempel, skrev at selv om *constitutum possessorium* er en regulær anvendelse av besittelseserverv ved representant, slik Savigny hadde påpekt, hadde man i nyere tid blitt bevisst på at «die schrankenlose Ausbeutung dieses Grundsatzes gefährlich und unzulässig sei».<sup>266</sup> Windscheid konkluderte med at *constitutum possessorium* bare var gyldig når forholdene lå slik an at hvis tingen ble fysisk overlevert, ville den straks blitt tilbakelevert.<sup>267</sup> Det vil vel typisk være tilfellet når det er i kjøpers interesse at selger har tingen. Andre argumenterte ut ifra andre synsmåter enn det exnerske kravet om *causa detentionis*.<sup>268</sup> For eksempel angrep Schlossmann og Scheurl den savignyske konstruksjonen av *constitutum possessorium* som besittelseserverv gjennom representant som dogmatisk uholdbar og en unødvendig fiksjon.<sup>269</sup> Atter andre forsvarte Savignys utforming av læren.<sup>270</sup>

Diskusjonen bør ses i sammenheng med det rettspolitiske spørsmålet om BGB skulle basere seg på et (tinglig) avtaleprinsipp eller tradisjonsprinsippet. Til det fjortende tyske juristmøte i 1878 var dette et av spørsmålene.<sup>271</sup> Det viktigste argumentet for tradisjonsprinsippet stod i sammenheng med Savignys uttrykkelighetskrav for *constitutum possessorium*. Argumentet var at *traditio* ga et ytre holdepunkt for om partene hadde ment å overføre eiendomsrett eller ei (tinglig avtale). Dette var retts teknisk heldig når en dommer skulle avgjøre om eiendomsretten var gått over eller ikke. Dessuten ga *traditio* publisitet over ervervet. Motstanderne av tradisjonsprinsippet hevdet det kunne være like vanskelig å avgjøre om det forelå *constitutum possessorium* som om det forelå en tinglig avtale. Tradisjon ga dessuten svak publisitet. Tradisjonsprinsippet ble vedtatt med et knapt flertall.<sup>272</sup>

Spørsmålet om *constitutum possessorium* ble diskutert på det femtende tyske juristmøte (Deutscher Juristentag) i 1880 der majoriteten stemte for *constitutum possessorium* med krav om *causa detentionis*, slik Adolf Exner hadde argumentert for.<sup>273</sup>

<sup>261</sup> Exner (1867) s. 143.

<sup>262</sup> Kolbe (1957) s. 37–38.

<sup>263</sup> Kolbe (1957) s. 39.

<sup>264</sup> Brækhus og Hærem (1967) s. 513.

<sup>265</sup> Kolbe (1957) s. 40–48.

<sup>266</sup> Windscheid (1879a) s. 474.

<sup>267</sup> Windscheid (1879a) s. 474.

<sup>268</sup> Kolbe (1957) s. 49–58.

<sup>269</sup> Kolbe (1957) s. 51–53 og Gordon (1970) s. 185.

<sup>270</sup> Kolbe (1957) s. 59–66.

<sup>271</sup> Verhandlungen 14,1,2 s. 56 og Verhandlungen 14,1,1 s. 113.

<sup>272</sup> Kolbe (1957) s. 89.

<sup>273</sup> Verhandlungen 15,2 (1881) s. 128–129.

## 5 Anders Sandøe Ørsted (frem til ca. 1830)

### 5.1 Innledning

Jeg er nå ferdig med fremstillingen av eiendomsovergang i de romanske rettstradisjonene. Fra og med inneværende kapittel er temaet eiendomsovergang i dansk og norsk rettsvitenskap. Her i kapittel 5 er temaet eiendomsrettens overgang i Anders Sandøe Ørsteds forfatterskap. Ørsted er et naturlig utgangspunkt, fordi han i stor grad formet 1800-tallets danske rettsvitenskap og lenge hadde stor innflytelse på norsk rettsvitenskap.<sup>274</sup> I kapittel 6 skal vi se på utviklingen i dansk og norsk rettsvitenskap etter Ørsted, før vi i kapittel 7 avslutter med Francis Hagerup.

Det viktigste kildegrunnlaget for fremstillingen av Ørsted er *Supplement til Nørregaard* (1804–1812) og hans *Haandbog* (1822–1835). I tillegg berørte Ørsted temaet i sine artikler og monografier. Fra første bind av *Supplement* til siste bind av *Haandbog* gikk det over 30 år. Det utgjør en metodisk utfordring; Ørsted kan ha endret mening underveis. Med dette forbeholdet, må det likevel være forsvarlig å fremstille Ørsteds syn på eiendomsovergang som en enhet. Jeg har ikke sett betydelige brudd i hans forfatterskap.

Som antydning i innledningen står to spørsmål sentrale. Det første spørsmålet er hvordan Ørsted forholdt seg til den tysk-romanske rettsvitenskapens teorier, som jeg har redegjort for i kapittel 3 og 4. Hensikten er å plassere Ørsted i forhold til de tysk-romanske teoriene i hans samtid. Det andre spørsmålet er i hvilken grad Ørsted hadde et substansielt syn på eiendomsovergang i en eller annen forstand.

### 5.2 Funksjonell analyse

I den funksjonelle analysen skiller jeg, som forklart i innledningsvis, mellom eierfunksjonenes overgang *inter partes* og vernet mot tredjemenn.

#### *Forholdet mellom partene*

Ørsted pekte på at inngåelsen av en kjøpsavtale medførte begrensninger i selgers faktiske og rettslige rådighet over tingen også før eiendomsrettens overgang: «Det er i det Mellemrum til Kjøbecontracten er blevet fuldbyrden eller ophævet Ingen, som kan udøve fuld raadighed over tingen».<sup>275</sup> Dette gjaldt både den rettslige rådighet<sup>276</sup> og den faktiske rådighet.<sup>277</sup>

Ørsted knyttet i utgangspunktet risikoens overgang til tingens overlevering.<sup>278</sup> Men risikoen gikk også over hvis tingen «sættes til Kjøberens Disposition» selv om kjøper ikke overtok tingen.<sup>279</sup> Tilsynelatende var risikoens overgang dermed løsrevet fra eiendomsrettens overgang ved levering. På den annen side begrunnet han denne regelen med at «Tingen, i Forhold til Parterne indbyrdes, fuldkomment er gaaet over fra Sælgeren til Kjøberen, og at den Første er forvandlet til en blot naturlig Besidder, der har Tingen i sin Varetægt paa Kjøberens Vegne».<sup>280</sup> Formuleringene peker i retning av et *constitutum possessorium* som overfører eiendomsrett. Men Ørsteds poeng var at den som ikke har rådighet eller økonomisk interesse i gjenstanden, i forholdet mellom partene, heller ikke bør ha risikoen for den:

<sup>274</sup> Björne (1998) s. 32 og Michalsen (2013) s. 246 og s. 266.

<sup>275</sup> Ørsted (1831) s. 388.

<sup>276</sup> Ørsted (1831) s. 388.

<sup>277</sup> Ørsted (1832) s. 195.

<sup>278</sup> Ørsted (1832) s. 194–195. Merk at Ørsted skilte mellom risikoen for undergang og risikoen for forringelse. Risikoen for forringelse gikk over ved avtaleinngåelsen.

<sup>279</sup> Ørsted (1832) s. 195.

<sup>280</sup> Ørsted (1832) s. 195.

«Det er usandsynligt, at han [en selger som oppbevarer tingen for kjøperen] derfor skulde ville bebyrde sig med Ansvar for de Hændelser, der kunne ramme en Ting, hvorover han ikke længere har nogen Rettighed. Anderledes forholder det sig, hvis Sælgeren reserverer sig Ret til endnu i nogen Tid at beholde Tingen i sin Besiddelse.»<sup>281</sup>

I den grad Ørsted knyttet eiendomsrettens overgang og risikoens overgang, var det altså motivert av et økonomisk argument: Den som har nytte av tingen bør ha risiko for tingen.

I tiden etter Ørsted var det ikke uvanlig å sammenkoble eiendomsovergang og risikoens overgang.<sup>282</sup> For eksempel lærte Hallager at kjøper overtok risikoen når han fikk eiendomsretten, dvs. fra leveringen (*traditio*).<sup>283</sup> Samtidig, sa Hallager, var det ikke «tvivlsomt» at risikoen gikk over (før eiendomsretten) når selger hadde gjort «Alt, hvad der paahvilede ham i Anledning af Contracten» – ikke helt ulikt dagens kjøpslov § 13.<sup>284</sup> At risikoen gikk over ved eiendomsovergang var dermed bare et formelt utgangspunkt. Innenfor avhandlingens rammer kan jeg ikke gå nærmere inn på dette. Min antagelse er at forfatterne som sammenkoblet risikoens overgang og eiendomsovergang ofte opererte med unntak, slik at sammenkoblingen ikke var mer enn et utgangspunkt (som hos Hallager).

Jeg kan ikke se at Ørsted drøftet overgang av retten til avkastning. Begrunnelsen for at risikoen gikk over idet tingen ble satt til kjøpers disposisjon – at kjøper da «udøver alle Eiendomsrettigheder over Tingen» – tilsier kanskje at retten til avkastning fulgte risikoens overgang.<sup>285</sup>

#### *Statisk og dynamisk vern mot tredjemenn*

Eiendomsrettens overgang hadde altså liten eller ingen betydning *inter partes*. Ifølge Ørsted handlet spørsmålet om «eiendomsrettens overgang» om «hvo der af Staten og i Forhold til tredie Mand er at betragte som Eier» både i dynamiske og statiske konflikter.<sup>286</sup>

Ørsted ga dessuten en analyse av forholdet mellom rettighetsovergangen *inter partes* og i forholdet til tredjemenn. Foranledningen var det svenske utkastet til sivillovbok fra 1826. Der var det fastsatt at eiendomsretten gikk over fra selger til kjøper allerede fra avtaleinngåelsen. Forarbeidenes resonnement var at fordi selger mangler rett til å råde over tingen straks avtalen er inngått, måtte retten til å råde over tingen ha gått over til kjøperen. Følgelig kunne ikke selger lenger være eier; eiendomsretten måtte ha gått over på kjøperen.<sup>287</sup> Om disse reglene i lovutkastet påpekte Ørsted at det «mere er en afvigelse i Udtryksmaaden, end i selve Meningen».<sup>288</sup> Ørsted forstod hvorfor den svenske komiteen foretrakk denne terminologien, fordi «det har noget synderligt, at tillægge Sælgeren Eiendomsret [...] da han paa ingen Maade kan siges at være berettiget til, imod Contractens Indhold, at gjøre nogen anden Disposition over det Solgte» i forholdet mellom partene.<sup>289</sup> Meningen med eiendomsrettens overgang var likevel klar:

<sup>281</sup> Ørsted (1832) s. 195–196.

<sup>282</sup> Se f.eks. Bang (1831) s. 93 og Hallager (1859) s. 204. Se også Hagerup (1884b) s. 77 (Kritisk: «Oftest fremstilles Sagen saaledes, at det afgjørende Øieblik i alle Tilfælde skulde være Eiendomsrettens Overgang»).

<sup>283</sup> Hallager (1859) s. 204 – 205.

<sup>284</sup> Hallager (1859) s. 204.

<sup>285</sup> Ørsted (1832) s. 195–196.

<sup>286</sup> Ørsted (1831) s. 388 og tilsvarende s. 377.

<sup>287</sup> Ørsted (1831) s. 402–404.

<sup>288</sup> Ørsted (1831) s. 403.

<sup>289</sup> Ørsted (1831) s. 404.

«Man kalder Den Eier, der i Forhold til det Offentlige og tredie Mand maa betragtes som saadan; og, skjøndt Man ikke kan paastaae, at Sælgeren i Ordets egentlige Forstand vedbliver at være berettiget at sælge Tingen, saa er han dog, selv efter det i forommeldte Udkast antagne System, dertil bemyndiget»<sup>290</sup>

Ørsted fastholdt dermed et klart og prinsipielt skille mellom eierfunksjonenes overgang mellom partene og «eiendomsrettens overgang» – det siste handlet om forholdet til tredjemenn, i samsvar med klassisk romerrett.

Ørsted åpnet ikke for spontane godtroererv av løsøre, noe som må ses på bakgrunn av en lovregel i Danske lov 5-8-12 (N.L. 15) som fastslo at rette eier kunne vindisere også fra godtroende erververe.<sup>291</sup> Han var likevel oppmerksom på at forholdet til godtroende erververe var en egen problemstilling. I en artikkel fra 1824 argumenterte han for en regel om godtroererv av ihendehavergjeldsbrev. Han tok utgangspunkt i at vindikasjonsrett mot godtroende erververe ikke kunne utledes av selve eiendomsrettsbegrepet. Dette ville være å trekke slutninger av «døde vilkaarligt antagne formelle Begreber», fordi et absolutt eiendomsrettsbegrep var «vilkaarligen taget med sig fra den romerske Ret» og ikke bygget «reelle Retsgrunde».<sup>292</sup> For dansk rett sin del medga Ørsted at Danske lov 5-8-12 (N.L. 15) og 6-17-2 (N.L. 5) stengte for godtroererv av løsøre.<sup>293</sup> Men Danske og Norske lov stengte ikke for godtroererv av formuesgodet *penger*, for det ville stride mot «det rettlige Samlivs Tarv».<sup>294</sup> Andre europeiske rettsordener hadde regler om godtroererv, herunder engelsk rett, prøyssisk rett (ALR), fransk rett (Code civil) og østerriksk rett.<sup>295</sup> På denne måten fant Ørsted grunnlag for en regel om godtroererv av ihendehavergjeldsbrev i dansk og norsk rett. I vår sammenheng er det sentrale at Ørsted oppfattet forholdet til godtroende erververe som et spørsmål som ikke kunne løses gjennom enkle slutninger fra begrepet eiendomsrett.

Ørsted var bevisst på at eiendomsrettens overgang i praksis fikk avgjørende betydning for kreditorvernet, nemlig om en kjøper måtte nøye seg med dividende eller kunne rette separatistkrav. I håndbokens bind 3 bemerket han at «enhver Eiendomsret uden Tvivl maa give Eieren Ret til [...] at søge Tingen, [...] udleveret, uden at underkastes nogen Concurrence med andre Creditorer» og la til at denne setningen «ikke sjeldent gjøres Brug i Praxis».<sup>296</sup>

### 5.3 Begrepsanalyse

Jeg har vist at Ørsted, funksjonelt sett, med «eiendomsrettens overgang» siktet til vernet mot tredjemenn, særlig kreditorvern. Jeg skal nå se nærmere på hvilke begreper og forestillinger Ørsted forbandt med «eiendomsrettens overgang», herunder hvordan han forholdt seg til begrepene i tysk-romansk rettsvitenskap. Dette behandlet han særlig i to arbeider, grundigst i *Supplement* bind 3 fra 1812 og i *Haandbog* bind 3 fra 1828.

I Supplement III bygde Ørsted videre på Nørregaards begreper. Nørregaard lærte at det fantes to typer av «Tings ret». Den første er «Ret i tingen (*jus in re*)», definert som en rett «som haves over en vis bestemt Ting selv, uden Hensigt til nogen vis Person». Den andre er «Ret til tingen, der og af Nogle kaldes Ret til Personen (*jus ad rem / in personam*)» definert som en rett til «at fordre af en vis

<sup>290</sup> Ørsted (1831) s. 404.

<sup>291</sup> Ørsted (1831) s. 513.

<sup>292</sup> Ørsted (1824) s. 504–505.

<sup>293</sup> Ørsted (1824) s. 513.

<sup>294</sup> Ørsted (1824) s. 508–509.

<sup>295</sup> Ørsted (1824) s. 509–512.

<sup>296</sup> Ørsted (1828) s. 501.

person, at han skal præstere det, hvortil han ved en eller annen Gierning haver forbundet sig». <sup>297</sup> Ifølge Ørsted var disse definisjonene «meget rigtig angivne», under henvisning til arbeidene av Thibaut og Feuerbach (se pkt. 4.3.2.1). <sup>298</sup> Ørsted var derimot uenig med Nørregaard i at den som har en *ius in re* alltid kan rette krav mot enhver, mens den som har *ius ad rem* ikke kan rette krav mot andre enn skyldneren. <sup>299</sup> Ifølge Ørsted var det feil å gjøre beskyttelsen mot tredjemenn til begrepsmessig kjennetegn på rettighetene. Han pekte på at tredjemann kunne vinne rett til f.eks. penger og ihendehaverobligasjoner gjennom godtroerverv, slik at rette eier likevel ikke kunne vindisere. <sup>300</sup> Vindikasjonsadgang mot enhver var derfor ikke nødvendig for begrepet *ius in re*. Ørsted fastholdt de samme synspunktene i Håndboken (1828). <sup>301</sup> Dermed finner vi hos Ørsted en innholdsmessig definisjon av *ius in re* og *ius ad rem*, inspirert av Feuerbach og Thibaut. <sup>302</sup>

Samtidig forholdt Ørsted seg ganske pragmatisk til Thibaut og Feuerbach. Han omtalte ikke forholdet mellom rettighetene og klagene, som var stridens kjerne mellom Feuerbach og Thibaut. Det viktigste for Ørsted var ikke begrepsjussen, men det praktiske, nemlig at begrepet *ius in re* ikke stengte for innskrenkinger av vindikasjonsretten (godtroerverv). Således polemiserte han mot naturrettsframstillinger som forutsatte «Vindikations-Retten næsten som et Axiom», som i realiteten var «et vilkaarligt, fra den romerske Lovgivning [...] hentet, Begreb». <sup>303</sup>

Ørsteds syn på rettighetstypene var også preget av en slags realisme. Han fastholdt gjennomgående at gjenstanden for enhver rettighet dypest sett er en handling. <sup>304</sup> I tredje bind av *Haandbogen* (1828) skrev han at «enhver Rettigheds Gjenstand er en Handling». <sup>305</sup> Sammenhengen med *ius in re* var som følger:

«naar jeg kalder en Substants i Rummet min, saa er det, fordi jeg er beføiet til vilkaarligen at behandle denne Ting og udelukke Andre derfra, saa at Det, der nærmest udgjør min Rettigheds Væsen, er den Virksomhed, jeg er beføiet til at anvende med Hensyn til samme, og den Fordring, jeg har paa Andre, at De ikke maae indvirke paa hiin Ting.» <sup>306</sup>

Her kom Ørsted nær å definere en *ius in re* som summen av beføyelser til selv å utøve rådighet over tingen og å nekte andre slik rådighet. Denne definisjonen stod naturligvis i en spenning til definisjonen av *ius in re* som en rett over tingen selv, hvilket også Ørsted innså. Når han likevel definerte *ius in re* som en rettighet direkte knyttet til tingen, skyldtes det at «da Omfanget af de Handlinger, Rettigheden gaaer ud paa, her bestemmes ved en legemlig Ting, saa er det *bequemere*, at betragte denne som den egentlige Retsgjenstand». <sup>307</sup> Det var altså «bekvemmelighet» (les: fremstillingstekniske hensyn) som førte til at *ius in re* ble definert som en rett direkte over tingen. Analysen viser at Ross' koblingsordanalyse der «eiendomsrett» bare ble ansett som fremstillingsteknisk hjelpemiddel, ikke var helt nytt i dansk rettsvitenskap. <sup>308</sup>

<sup>297</sup> Nørregaard (1785) s. 10–11.

<sup>298</sup> Ørsted (1812) s. 166.

<sup>299</sup> Nørregaard (1785) s. 11.

<sup>300</sup> Ørsted (1812) s. 170.

<sup>301</sup> Ørsted (1828) s. 499 flg. under henvisning til Hurtigkarl (1814) s. 10 flg.

<sup>302</sup> Tilsvarende Tamm (1976) s. 134.

<sup>303</sup> Ørsted (1812) s. 168.

<sup>304</sup> Se Ørsted (1804) s. 111, Ørsted (1812) s. 144 og Ørsted (1828) s. 471.

<sup>305</sup> Ørsted (1831) s. 471.

<sup>306</sup> Ørsted (1828) s. 471.

<sup>307</sup> Ørsted (1828) s. 471 (min utheving).

<sup>308</sup> Ross (1951) s. 477.

Ellers opererte Ørsted med de før-savignyske begrepene *titulus* og *modus*. Nørregaards fremstilling av eiendomserverv var bygget rundt disse begrepene.<sup>309</sup> I *Supplement III* (1812) fulgte Ørsted samme modell og la til at «adkomsten [er] den fjærnere, og Erhvervelses-Maaden den nærmeste Grund til Rettighedens Existence»<sup>310</sup> i tråd med de skolastiske begrepene *causa remota* og *causa proxima* som modellen bygget på. Hurtigkarl bygget også på *titulus* og *modus*-modellen. Han skrev at *titulus* utgjorde selve «Grunden til at Rettigheden kan erhverves» og karakteriserte *modus* som «den nærmere» og *titulus* som «den fiernere, Grund til Rettighedens Erholdelse».<sup>311</sup> Metaforen svarer til Heineccius' og Wolffs konstruksjon, der *titulus* konstituerte muligheten og *modus* realiserte den til virkelighet. Ørsted sluttet seg i hovedsak til Hurtigkarl i håndboken (1828).<sup>312</sup> Ikke minst demonstrerte Ørsted en fullendelsestankegang ved at han, som vi skal se i neste delkapittel, oppstilte *fullendelse* som et vilkår for eiendomsrettens overgang.

## 5.4 Overleveringskrav i dansk og norsk rett?

### 5.4.1 Innledning og rettskildebildet

Så langt har vi sett hvordan den klassiske romerrettens *traditio* ble fortolket og videreutviklet i tysk-romansk rettsvitenskap. I dansk og norsk rettsvitenskap hadde *traditio* en annen stilling enn i Tyskland, som hadde resipert romansk rett. I dansk og norsk rettsvitenskap var det et mer åpent spørsmål om *traditio* var nødvendig for overføring av eiendomsrett. Ørsted behandlet dette grundig over 34 sider i *Haandbog* bind 4 fra 1831.

Innledningsvis er det grunn til å redegjøre for hovedtrekk i datidens danske og norske rettskildebilde. Tre lovbestemmelser stod sentrale. På den ene siden stod DL. 5-3-31 (NL. 42), som tilsynelatende ga inntrykk av at eiendomsretten gikk over allerede gjennom kjøpsavtalen:

«Sælger, eller lejer, nogen til tvende Jord, eller andet Gods, da skal den det beholde, som først kjøbte, eller lejede, med saa skiel at hand giør bevisligt, at hand først kjøbte, eller lejede, og den, som solte, eller lejede, skal skaffe den anden saa meget og saa got, som hand hannem solte eller lejede, inden sex Uger.»

På den annen side stod den påfølgende bestemmelsen, DL. 5-3-32 (NL. 43), som tilsynelatende uttrykte et tradisjonskrav for fast eiendom, som muligens kunne analogiseres til løsøre:

«Skiøder Mand anden Huus, eller Jord, og de ikke strax følge den, som de skiødte ere, men den Sælgendis dem selv fremdelis i sin Hævd og Væрге beholder, da er det Skiøde intet, med mindre det er Testament, som ej fuldbyrdis, før end Mand er død, eller nogen med samme Huus, eller Jord, er sin Livs Tid forlænt, saa det ej, før end den ved Døden afgaar, kand af den Kiøbendis annammis.»

Andre viktige bestemmelser var håndpantregelen i DL. og NL. 5-7-1,<sup>313</sup> sett i sammenheng med påbudet om tinglysning for gyldig stiftelse av underpant i DL. og NL. 5-7-7: «Pantsettis Huus, Jord, Grund, eller Skib, eller andet, som ikke i Hænde leveris, men bliver i Skyldenerens Væрге, da skal Pantebrevet læsis og paaskrivis til Ting». Disse reglene kunne tenkes å støtte et overleveringskrav per analogi.

<sup>309</sup> Nørregaard (1785) s. 12–13.

<sup>310</sup> Ørsted (1812) s. 183.

<sup>311</sup> Hurtigkarl (1814) s. 27.

<sup>312</sup> Ørsted (1828) s. 533.

<sup>313</sup> «Haandfaaet Pant skal den, som det tager, giemme som sit eget Gods.»



Samlet sett ga Danske og Norske lov holdepunkter både for et avtaleprinsipp og for et overleveringskrav. Det ga et tolkningsrom der tysk-romansk teori kunne spille en rolle.

Spørsmålet er hvordan Ørsted forholdt seg til den tysk-romanske rettsvitenskapens teorier. Jeg ser først på Ørsteds forståelse av *traditio* (5.4.2). Dette handler om hans problemforståelse: Hva betød det å spørre om dansk og norsk rett bygget på et tradisjonsprinsipp? Bygget hans forståelse på det før-savignyske skillet mellom *traditio vera* og *ficta*, på det savignyske enhetlige *traditio*-begrepet eller på noe annet? Deretter ser jeg på hvordan Ørsted argumenterte for sitt syn (5.4.3). Til slutt ser jeg nærmere på innholdet i normen Ørsted landet på (5.4.4). Jeg vil også fortløpende kommentere på eventuelle funksjonelle eller substansielle trekk ved Ørsteds argumentasjon.

#### 5.4.2 Det romerske bakteppet; forståelsen av *traditio*

Spørsmålet er, som sagt, hva Ørsted forstod med begrepet «overlevering». Forholdt han seg til den før-savignyske modellen med *traditio vera* og *ficta* eller brukte han det savignyske enhetlige overleveringsbegrepet?

Ørsted var godt kjent med Savignys teori allerede i «Systematisk Udvikling af Begrebet om Tyverie» av 1809. Avhandlingen fikk sitt «systematiske» preg blant annet av sine «Undersøgelser [...] over Ejendom, Besiddelse og flere vigtige juridiske Begreber». <sup>314</sup> I en fotnote henviste han «Hvo der om den Betydning, de fra den romerske Ret hentede Udtryk, naturlig og borgerlig Besiddelse [...] ønsker rigtigere Begreber end de, som frembydes i Compendierne, læse Savigny das Rechts des Besitzes § 7». <sup>315</sup> Samtidig kritiserte han Savigny og den tysk-romanske rettsvitenskap (over to helsider) for ikke å drøfte begrepet naturlig besittelse grundigere. Han hevdet begrepet var ulogisk og feilaktig bestemt. <sup>316</sup> Ørsted leste Savignys besittelselære med interesse.

Men i forhold til det danske tyveribegrepet, tok Ørsted uttrykkelig avstand fra å legge til grunn det savignyske besittelsesbegrepet. <sup>317</sup> Han formulerte i stedet et spesifikt dansk besittelsesbegrep, «den physiske Besiddelse», som hverken svarte til det romanske *possessio civilis* eller til det romanske *detentio* (ihendehavelse). Ifølge Ørsted var det danske besittelsesbegrepet så vagt og ubestemt at han «ingen egentlig Definition har vovet». <sup>318</sup> I stedet ga han en utførlig liste over typetilfeller. <sup>319</sup> Ifølge Ørsted var besittelse for komplekst til å «gaae op i abstracte Begreber, eller lade sig afveie med mathematisk Nøiagtighed». <sup>320</sup> Det må leses som en skepsis til fruktbarheten av Savignys induktive metode. Jeg kommer tilbake til Ørsteds besittelsesteori i kapittel 6. Etter-ørstedske forfattere som Larsen, Gram og Scheel anså både Ørsted og Savigny som viktige autoriteter. Det gjaldt da å forene deres besittelsesteorier.

Tradisjonsbegrepet i *Haandbog* bind 4, der Ørsted drøftet eiendomsrettens overgang, fremstod likevel influert av det savignyske. Ørsted advarte mot å definere tradisjon som at «Tingen i en aldeles fysisk Forstand skulde gaae over fra Haand til Haand». <sup>321</sup> Det kan leses som en avstandtagen til den før-savignyske dikotomien mellom *traditio vera* og *traditio ficta*. Når det gjaldt symbolske overleveringer forklarte Ørsted at deres «sande Væsen» var en overlevering av «Det, der sætter ham

<sup>314</sup> Ørsted (1809) s. IV (forord).

<sup>315</sup> Ørsted (1809) s. 4.

<sup>316</sup> Ørsted (1809) s. 9–11.

<sup>317</sup> Ørsted (1809) s. 4.

<sup>318</sup> Ørsted (1809) s. 11.

<sup>319</sup> Ørsted (1809) s. 5–6.

<sup>320</sup> Ørsted (1809) s. 7.

<sup>321</sup> Ørsted (1831) s. 389.

i Stand til at udøve Raadighed over tingen, t. Ex. Nøglerne».<sup>322</sup> Ørsted sluttet seg altså til Savignys poeng om at nøkler overfører rådighet – de er ikke primært symboler.<sup>323</sup> Forutsetningsvis var dette også en avvisning av *traditio vera* og *ficta*-dikotomien.

Ørsted brukte likevel termen «symbolsk tradisjon» gjennomgående i teksten, men da siktet han til tilfeller der handlingen var rent symbolsk og ikke overførte rådighet som ved en egentlig tradisjon i savignysk forstand. For eksempel mente Ørsted at de gamle danske skjønningsseremoniene, der partene overleverte en håndfull jord fra eiendommen, var rent «symbolisk» og ikke «virkelig» overlevering.<sup>324</sup> Denne begrepsbruken er konsistent med Savigny. Bildet kompliseres imidlertid av at Ørsted i sin korte omtale av den romerske retten, uttalte at romerne aksepterte «Det, de Nyere have kaldt *traditio symbolica*» som var en «ingenlunde ufrugtbart Spindsfindighed».<sup>325</sup> Ørsteds positive karakteristikk av symbolsk tradisjon fremstår lite forenlig med Savignys kritikk. Det er ellers uklart hvem «de Nyere» sikter til.

Ørsted forklarte *constitutum possessorium* ved å peke på at selv om selgeren beholder tingen, «er det en ny fra hans ældre Eiendoms-Besiddelse aldeles forskjellig Besiddelse, som han udøver, og Forholdet er aldeles det samme, som naar ellers Nogen besidder en Ting i en Andens Navn».<sup>326</sup> Derved konstruerte Ørsted, i likhet med Savigny, *constitutum possessorium* som et representasjonsforhold der selger har tingen på kjøpers vegne. Ørsted la imidlertid til sitt eget pragmatiske tilleggsargument, nemlig at «[d]et vilde være en Latterlighed, om Man vilde fordre, at Sælgeren først skulde levere Kjøberens Tingen i hænde, og siden igjen faae samme tilbage fra Kjøberens Haand».<sup>327</sup>

Samlet sett forholdt Ørsted seg til hovedtrekk i Savignys begrepsapparat, som avvisningen av *traditio vera* og *traditio ficta* og konstruksjonen av *constitutum possessorium* som besittelseserverv ved representant. Da Ørsted spurte om «overlevering» var nødvendig til eiendomsoverdragelse, siktet han i utgangspunktet til det savignyske overleveringsbegrepet. Samtidig var han pragmatisk. Han avviste ikke symbolsk tradisjon kategorisk, han supplerte Savigny med egne betraktninger og han anså ambisjonen om å bygge et helt enhetlig besittelsesbegrep som lite realistisk.

### 5.4.3 Argumentasjonsanalyse

Nå er spørsmålet hvordan Ørsted så på det savignyske *traditio* i dansk og norsk rett. Ørsted tok utgangspunkt i at avtalen etter sakens natur var tilstrekkelig til overføring av eiendomsrett. Spørsmålet ble dermed om det fantes grunnlag for overleveringskravet gjennom analogier fra lovgivningen.<sup>328</sup>

En mulighet var analogi fra kravet om tinglyst skjøte for overføring av eiendomsrett til fast eiendom. Slik analogi kunne for det første bygges på historiske grunner. I eldre dansk rett fantes symbolske skjønningsseremonier. Disse gikk ut på at erververen ble eier gjennom en seremoniell akt der selger kastet et jordstykke i hans skjød. Ørsted ville likevel ikke analogisere, fordi «symbolisk Overlevering» var noe grunnleggende annet enn «virkelig Overleverelse» – en argumentasjon som bygget på det savignyske begrepsapparatet.<sup>329</sup> For det andre kunne analogi bygges på hensynet bak tinglysingsreglene, altså publisitetshensyn-

<sup>322</sup> Ørsted (1831) s. 389–390.

<sup>323</sup> Savigny (1827) s. 208, (1865) s. 223.

<sup>324</sup> Ørsted (1831) s. 380–381.

<sup>325</sup> Ørsted (1831) s. 396.

<sup>326</sup> Ørsted (1831) s. 390. Tamm (1976) s. 145 overser kanskje at Ørsted brukte Savignys representasjonskonstruksjon.

<sup>327</sup> Ørsted (1831) s. 390.

<sup>328</sup> Ørsted (1831) s. 379 flg.

<sup>329</sup> Ørsted (1831) s. 381.

net. Men overlevering ville ikke gi like god publisitet som tinglysning, påpekte Ørsted. For selv om selger hadde besittelse, kunne kjøperen aldri vite om den var frastjålet rette eier, utlånt og så videre.<sup>330</sup>

En annen mulighet var analogi fra vilkåret om overlevering for gyldig panterett i løsøre (håndpant), jf. NL. og DL. 5-7-1 og 7. Ifølge Ørsted gikk imidlertid pantretten «i sin Natur» ut på å skaffe panthaver fortrinn foran andre kreditorer.<sup>331</sup> Behovet for publisitet over panterettigheter, slik at andre eventuelle kreditorer kunne se seg for, stod derfor sterkere enn ved vanlig kjøp og salg.<sup>332</sup>

En tredje mulighet fantes i DL. 5-3-32 (NL. 43) (sitert innledningsvis), som sa at et skjøte var «intet» hvis ikke eiendommen «strax følge den, som de skiødte ere». Ørsted mente lovstedet måtte tas på ordet, slik at et tinglyst salg av fast eiendom er «intet» hvis ikke erververen «strax» fysisk overtar eiendommen. Forklaringen på regelen måtte ifølge Ørsted være hensynet til å unngå kreditorsvikende *proforma*-handler og hensynet til å hindre omgåelse av testamentsreglene gjennom *proforma* livsdisposisjoner. Men Ørsted ville ikke slutte analogisk til et overleveringskrav for løsøre, fordi et overleveringskrav for løsøre var dårlig egnet til å gi sikkerhet rundt transaksjonens realitet.<sup>333</sup>

Ørsted fant altså ikke grunnlag for tradisjonsprinsippet i analogi fra lovgivningen, gjennomgående begrunnet i at et tradisjonsprinsipp var dårlig egnet til å ivareta de hensyn som lovgivningen bygget på. Tilnærmingen kan karakteriseres som funksjonell i metodisk forstand.

I stedet vendte Ørsted seg mot selve «sakens natur». Nørregaard og Hurtigkarl hadde hevdet at avtalen var tilstrekkelig til overføring av eiendomsrett etter sakens natur, et synspunkt de egentlig hentet fra naturretten (særlig Hugo Grotius).<sup>334</sup> Ørsted hevdet det motsatte utgangspunkt: Avtalen stiftet bare en forpliktelse for overdrageren til å overføre eiendomsrett til tingen, den sa ikke noe om selve eiendomsovergangen. Eiendomsretten kunne derfor først ha gått over når den forrige eier «foruden selve Contracten, har foretaget sig en Handling, hvorved han fuldender Tingens Afstaaelse og bringer Tingen ind under Medcontrahentens Raadighed». <sup>335</sup> Dermed formulerte han *fullendelse* som vilkår for eiendomsovergang, i samsvar med den skolestisk-aristoteliske fullendelsestankegangen. Hva som egentlig var innholdet i denne normen, kommer jeg tilbake til nedenfor i 5.4.4.

Ørsted begrunnet at fullendelsesprinsippet lå i «sakens natur» ved å vise til både nasjonal og europeisk forankring. For det første fantes det en «hos Nationen herskende Forestillingsmaade, hvorefter den blotte Contract ei var nok til at stifte Eiendom». <sup>336</sup> Dette viste seg for eksempel gjennom skillet mellom kjøpekontrakt og skjøte: «Kjøbecontracten gaaer ud paa en tilkommende Eiendoms-Overdragelse, ved Skjødet derimod indsættes først Kjøberens til Eier». <sup>337</sup> For det andre inngikk denne forestillingen generelt i europeisk rett. Det var «ganske det Samme, som den romerske Ret har lært» <sup>338</sup> og var opprettholdt i prøyssiske ALR, franske Code Civil, østerrikske ABGB og i svensk rett. Riktignok lot *Code civil* og et svensk lovutkast eiendomsretten gå over ved avtalen. Ørsted tonet det ned ved å argumentere for at rettsordningene i *realiteten* krevde fullendelse i flere sammenhenger. <sup>339</sup>

<sup>330</sup> Ørsted (1831) s. 381–382.

<sup>331</sup> Ørsted (1831) s. 383.

<sup>332</sup> Ørsted (1831) s. 384.

<sup>333</sup> Ørsted (1831) s. 384–386.

<sup>334</sup> Wieacker (1995) s. 231 og Göranson (1985) s. 78 flg.

<sup>335</sup> Ørsted (1831) s. 387.

<sup>336</sup> Ørsted (1831) s. 394.

<sup>337</sup> Ørsted (1831) s. 395.

<sup>338</sup> Ørsted (1831) s. 396.

<sup>339</sup> Ørsted (1831) s. 397 flg. (fransk rett) og s. 401 flg. (svensk rett).

At fremmed lovgivning og (klassisk) «romerrett» ga legitimitet til Ørstedes tradisjonsprinsipp, er allerede påpekt av Ditlev Tamm.<sup>340</sup> Jeg vil tilføye at Ørsted ikke primært brukte de materielle reglene om eiendomsovergang i for eksempel ALR og ABGB. Vel så mye dreide det seg om den rettsvitenskapelig konstruerte modellen for eiendomsovergang, som en fullendelse av *ius ad rem* til *ius in re* gjennom *titulus* og *modus*, som lå til grunn for lovbøkene.<sup>341</sup> I punkt 5.3 viste jeg at Ørsted konseptualiserte eiendomsovergang gjennom disse begrepene. I drøftelsen av overleveringskravet var modellen tydelig gjennom begrepsbruken og metaforene. Etter sakens natur krevdes det således at den forrige eier «fuldender Tingens Afstaaelse».<sup>342</sup> Et annet sted påpekte Ørsted at «kjøbecontracten gaaer ud paa en tilkommende Eiendoms-Overdragelse, ved Skjødet derimod indsættes først Kjøberen til Eier».<sup>343</sup> Ikke minst viste fullendelsesmetaforen seg ved at Ørsted gjorde nettopp «Afstaaelsens Fuldendelse» til det avgjørende kriterium for eiendomsovergang.<sup>344</sup>

Hvilke reelle hensyn som støttet fullendelsesteorien kom ikke så tydelig frem hos Ørsted. Drøftelsene av analogi fra lovgivningen viste at han var skeptisk til overlevering ut ifra publisitets- og notoritetshensyn. Hvorfor landet han ikke da på et avtaleprinsipp som i *Code civil*? En plausibel forklaring kan være hensynet til grensdragningen mellom eiere og usikrede kreditorer. Når avtalen er fullendet har kjøperen mye til felles med eiere, slik at han i likhet med andre eiere kan tenkes å burde ha et separatistkrav. Når avtalen er ufullendet – tingen skal f.eks. leveres først om en måned – står kjøper så langt unna tingen at han har lite til felles med andre eiere. Han har mest til felles med usikrede kreditorer, långivere, som får dividende. Fullendelse gav, for Ørsted, et forstandig kriterium for grensdragningen mellom eiere og usikrede kreditorer. Som nevnt i 4.4.2 er dette en synsmåte han i så fall deler med Savigny og (langt senere) Brækhus og Hærem («kredittmomentet»).

Når Ørsted slik «snudde om» på sakens natur, ble spørsmålet i stedet om det var hjemmel for avtaleprinsippet. Det aktuelle lovsted var i så fall DL. 5-3-31 (NL. 42) som fastslo: «Sælger, eller lejer, nogen til tvende Jord, eller andet Gods, da skal den det beholde, som først kiøbte, eller lejede». Etter sin ordlyd kunne bestemmelsen fremstå som en lovfesting av avtaleprinsippet, men Ørsted forklarte at ordet «sælger» ikke kunne sikte til en situasjon der tingen er overlevert, siden det da ville foreligge en motsigelse. Bestemmelsen regulerte derfor situasjonen der det finnes to ufullbyrdede salg, slik at ingen av de to kjøperne har fått eiendomsrett enda. Den var ingen lovfesting av avtaleprinsippet.<sup>345</sup>

#### 5.4.4 Normens innhold

Jeg har nå vist hvordan Ørsted kom frem til fullendelseskriteriet. Spørsmålet er så hva fullendelseskriteriet egentlig gikk ut på.

I fullendelseskriteriet lå det et krav om tingens overleverelse, sa Ørsted, men ikke i rent fysisk forstand. Som overlevering telte «enhver Handling, hvorved den hidtilværende Eier stiller Tingen til en Andens Raadighed», herunder *constitutum possessorium*.<sup>346</sup> Ørsted bygget, som sagt, i utgangspunktet på det savignyske kausale *constitutum possessorium*.<sup>347</sup>

Ørsted stilte imidlertid langt mer beskjedne vilkår for *constitutum possessorium* enn Savigny. Ifølge Ørsted var en erklæring om å «overdra eiendomsretten» til-

<sup>340</sup> Tamm (1976) s. 146 flg.

<sup>341</sup> ALR kapittel 9 §§ 1 og 2 og ABGB § 380.

<sup>342</sup> Ørsted (1831) s. 387.

<sup>343</sup> Ørsted (1831) s. 395 (min utheving).

<sup>344</sup> Ørsted (1831) s. 389.

<sup>345</sup> Ørsted (1831) s. 392 flg.

<sup>346</sup> Ørsted (1831) s. 389.

<sup>347</sup> Ørsted (1831) s. 390.

strekkelig for *constitutum possessorium*. Dessuten kunne et *constitutum possessorium* inngås stilltiende, ut ifra en konkret helhetsvurdering.<sup>348</sup> Begge deler var direkte i strid med hva Savigny hevdet i *Das Recht des Besitzes*.

Ørsteds praktiske eksempler viser at han egentlig ikke var opptatt av om selger kunne anses som kjøpers besittelsesrepresentant, noe som ut ifra Savignys kausale forståelse av *constitutum possessorium* egentlig skulle være avgjørende. For eksempel ved salg av trær på rot som kjøper skulle felle på egenhånd, anså Ørsted kjøperen som eier fra og med avtaleinngåelsen, på grunn av stilltiende *constitutum possessorium*. Ørsted anså dette «upaatvivleligen»<sup>349</sup>, men ut ifra den savignyske teorien er det ikke åpenbart at selger kan anses som kjøpers besittelsesrepresentant for trær i skogen. Tilsvarende mente Ørsted at overdragelse av konossement til kjøperen samtidig overdro eiendomsrett til varene ved *constitutum possessorium*.<sup>350</sup> Men ut ifra den savignyske teorien må det vurderes konkret om den konkrete fraktfører eller selger kan anses som kjøpers besittelsesrepresentant. Dette viser at Ørsteds forståelse av *constitutum possessorium* faktisk var ganske ulik Savignys. For Ørsted var det i praksis tilstrekkelig at selger *ikke lenger rådet over tingen som sin egen*, uavhengig av om han kunne anses som kjøpers besittelsesrepresentant. I praksis ville det typisk vært tilstrekkelig at selger stilte tingen til kjøpers disposisjon.

Ørsteds teori kan karakteriseres som en negativ interesselære – det holdt at selger *ikke hadde tingen i sin egen interesse* – i motsetning til Brækhus' interesselære, der selger må ha tingen positivt i kjøpers interesse.

---

<sup>348</sup> Ørsted (1831) s. 391.

<sup>349</sup> Ørsted (1831) s. 391.

<sup>350</sup> Ørsted (1831) s. 390.

## 6 Dansk og norsk rettsvitenskap i tiden mellom Ørsted og Hagerup (ca. 1830–1884)

### 6.1 Innledning

Dette kapitlet handler om eiendomsrettens overgang i dansk og norsk rettsvitenskap etter Ørsted og frem til 1884 – året Hagerup publiserte sin doktoravhandling *Om tradition*.

Jeg har valgt å behandle dansk og norsk rettsvitenskap samlet. Selv om unionen var oppløst, bestod det en nær forbindelse mellom dansk og norsk rettsvitenskap gjennom hele 1800-tallet. Mye av rettskildesgrunnlaget var fortsatt felles på formuerettens område, spesielt gjennom Danske og Norske lov. Ørsted var en stor autoritet i dansk som norsk rettsvitenskap. Danske og norske rettsforskere leste og henviste til hverandre med selvfølge – de deltok i en felles rettsvitenskapelig offentlighet. Det er da relativt treffende å snakke om en dansk-norsk rettsvitenskap, spesielt innenfor formueretten, til langt opp på 1800-tallet.<sup>351</sup> Å fremstille dansk og norsk rettsvitenskap samlet gjenspeiler denne realiteten. Samtidig må man være oppmerksom på at dansk og norsk rettsvitenskap gradvis skilte lag gjennom denne perioden. Fellesskapet skal heller ikke overdrives.

I perioden mellom 1830 og 1884 ble eiendomsrettens overgang berørt av et stort antall danske og norske forfattere. Fordi det er snakk om så mange forfattere, blir jeg ofte nødt til å generalisere uten å gå inn på hver enkelt forfatter. Ulempen er at kildegrunnlaget blir mindre synlig og at nyanser kan gå tapt. Noen steder er det søkt avhjulpet ved sitater i notene som synliggjør kildegrunnlaget.

To spørsmål vil stå sentrale. Det første er hvordan danske og norske rettsforskere forholdt seg til Ørsteds teorier om eiendomsovergang og teoriene om eiendomsovergang i samtidens tysk-romanske rettsvitenskap. Björne har karakterisert denne perioden som «Ørsteds og Savignys tid».<sup>352</sup> Han viser til at Savigny øvde stor innflytelse på de allmenne privatrettslige lærene, mens Ørsted var innflytelsesrik på konkrete rettsdogmatiske problemer. Spesielt fra 1840-årene (utgivelsen av Savignys *System*) vokste Savignys innflytelse på dansk og norsk rettsvitenskap. Jeg vil derfor forsøke å plassere tidens rettsforskere i forhold til Ørsted og teorier i samtidens tysk-romanske rettsvitenskap. Det andre spørsmålet er i hvilken grad datidens teorier var «substansielle» eller «funksjonelle», hvilket jeg kommenterer fortløpende.

### 6.2 Begrepsanalyse

#### 6.2.1 Innledning

Spørsmålet er hvordan forfattere i dansk og norsk rettsvitenskap etter Ørsted konseptualiserte eiendomsrettens overgang. På den ene siden stod den før-savignyske forestillingen om den ufullendte *ius ad rem* som fullendes til *ius in re*. På den annen side stod den savignyske modellen der obligatoriske og tinglige rettigheter er likestilte viljesherredømmer over henholdsvis person eller ting. Ørsted stod med ett ben i hver leir, idet han definerte rettighetstypene som Feuerbach, som i denne sammenheng var en forløper til Savigny. Samtidig var han sterkt influert av fullendelsestankegangen.

Skillet mellom «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter i dansk og norsk rettsvitenskap er et omfattende emne. Jeg må nøye meg med meg hovedtrekk og det som har størst interesse for temaet eiendomsrettens overgang til løsøre, særlig for spørsmålet om de hadde et «substansielt» eiendomsrettsbegrep.

<sup>351</sup> Michalsen (2013) s. 90 flg.

<sup>352</sup> Björne (1998) s. 427.

Jeg ser først på begrepene «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter i dansk og norsk rettsvitenskap (6.2.2). Så ser jeg på forestillingen om «tinglige avtaler» (6.2.3).

### 6.2.2 «Tinglige» og «obligatoriske» rettigheter

Som sagt opererte allerede Ørsted i *Supplement* bind 3 (1812) med feuerbachske definisjoner av *ius in re* og *ius ad rem*, det vil si definert gjennom en ulikhet i *innhold* – ikke beskyttelse. Fra og med 1830-årene ble innholdsmessige definisjoner av «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter utbredt hos danske og norske forfattere.<sup>353</sup> Riktignok figurerte fortsatt terminologi som rett i og til tingen (*ius in re* og *ius ad rem*) som to typer av «tingsrett» i alle fall frem til 1850-årene.<sup>354</sup> Etter hvert distanserte flere forfattere seg uttrykkelig fra disse begrepene.<sup>355</sup> Flere la flid i å understreke at den obligatoriske rettigheten ikke vedrører selve tingen, men bare retten til å få tingen levert (skyldnerens handling).<sup>356</sup>

Hos mange forfattere, særlig omkring 50- og 60-årene, ble skillet formulert under åpenbar innflytelse fra Savignys *System*. Drøftelsene kunne være strukturert rundt det savignyske paraplybegrepet «Retsforhold» hvor tinglige og obligatoriske rettigheter hørte under.<sup>357</sup> Mange gjenga deler av Savignys resonnement, f.eks. at rettighetene kan ha den ufrie natur eller andre frie vesener til gjenstand<sup>358</sup>, argumentet om at et fullstendig herredømme over et fritt vesen, slik som over ufri natur, vil krenke personlighetens prinsipp,<sup>359</sup> og ulike typer savignysk (kantiansk) terminologi som at rettighetene konstituerer individenes «frihetssfære» eller trekker en grense mellom hvert individs frihet.<sup>360</sup>

Samtidig distanserte flere (særlig danske forfattere seg fra den savignysk-kantianske individ-orienterte tankegangen. Bornemann og Gram var opptatt av at rettighetene var til for *samfunnet* og ikke for *individet*.<sup>361</sup> Diskusjonen var del av en overordnet diskusjon om selve rettsordenens formål.

Selv om forfatterne overtok de generelle feuerbachske eller savignyske definisjonene, forholdt de fleste seg – i likhet med Ørsted – ganske pragmatisk til dem. Det ble tydelig når forfatterne tok stilling til om konkrete rettigheter var å anse som «tinglige» eller «obligatoriske». For eksempel drøftet Scheel om en kreditors tinglyste arrest i skyldnerens ting var en tinglig rettighet eller ikke. Spørsmålet var tvilsomt fordi en slik arrestrett kunne gjøres gjeldende mot dem som hadde kjøpt tingen av skyldneren (vern mot omsetningserververe), samtidig som den ikke forhindret at andre kreditorer tok utlegg i samme ting (kreditorvern). For Scheel var beskyttelsen mot omsetningservervene avgjørende, fordi «heri bestaaer netop den tinglige Rets Character»; det er slik «det umiddelbare Herredømme over Tin-

<sup>353</sup> Dansk rettsvitenskap: Bang (1831) s. 86–87; Bang (1833) s. 6; Bang (1835) s. 5; Krieger (1849 – 50) § 73 og § 74, Hall (1851) s. 21, 115 og 221; Larsen (1857) s. 87–88; Gram (1858) s. 7–8; Bornemann (1863) s. 99; Scheel (1866) s. 3–4; V. C. Ussing (1869) s. 7; Aagesen (1881) s. 139–140; Matzen (1882) s. 1 flg. særlig s. 11. Norsk rettsvitenskap: Stang (1830–31) s. 135; Hallager (1859) s. 1; Hallager ved Aubert (1878) s. 1 og s. 6 flg.; Brandt (1863) s. 10 og tilsvarende i Brandt (1867) s. 2 samt Brandt (1878) s. 2. Nordisk: Matzen og Lassen (1880) s. 27.

<sup>354</sup> Stang (1830–31) s. 135, Bang (1831) s. 86, Larsen (1857) s. 87–88, Gram (1858) s. 15, Hallager (1859) s. 69 («den egentlige eller saakaldte umiddelbare Tingsret»).

<sup>355</sup> Hallager (1859) s. 3–5, Matzen og Lassen (1880) s. 1 og Matzen (1882) s. 1.

<sup>356</sup> Gram (1858) s. 14, Brandt (1863) s. 7, Brandt (1867) s. 3 og Brandt (1878) s. 3.

<sup>357</sup> Spesielt Larsen (1857) s. 84 flg., Scheel (1866) s. 1 flg., Brandt (1863) s.1 flg., Brandt (1867) s. 1 flg. og Brandt ved Aubert (1878) s. 1 flg.

<sup>358</sup> Bang (1833) s. 5–6, Gram (1858) s. 7 og Scheel (1866) s. 3, Brandt (1863) s. 6, Brandt (1867) s. 2 og Brandt (1878) s. 2

<sup>359</sup> Bang (1833) s. 6, Gram (1858) s. 7–8, Scheel (1866) s. 4, Brandt (1863) s. 6–7, Brandt (1867) s. 2 og Brandt (1878) s. 2.

<sup>360</sup> Bang (1833) s. 1, Larsen (1857) s. 87, Bornemann (1863) s. 61, Scheel (1866) s. 1, Brandt (1863) s. 5 og tilsvarende Brandt (1867) s. 1 og Brandt (1878) s. 1.

<sup>361</sup> Bornemann (1863) s. 60 og Gram (1865) s. 61.

gen viser sig». <sup>362</sup> For Scheel spilte dermed beskyttelsen større rolle enn abstrakte funderinger over rettighetens gjenstand, enten en ting eller en person – egentlig i strid med hans egen savignyske definisjon der *innholdet* skulle være avgjørende. Egentlig var det, ifølge Scheel, «mindre vigtigt» om den tinglyste arrestretten «i den systematiske ordning» skulle innpasses «iblandt de tinglige Rettigheder [...] eller under de obligatoriske». <sup>363</sup> Man kan si som Bjørne at «Savigny i första hand var den elegante teoretikern, inledningarnas och de teoretiska utredningarnas avgudade förebild, som snabbt glömdes bort, då man gick över till rättsdogmatiken». <sup>364</sup>

Ellers påpekte flere danske forfattere at tinglige rettigheter også kunne analyseres som en sum av plikt/krav-relasjoner mellom personer, slik særlig Ørsted men også Savigny hadde vært inne på. Bang skrev i 1835 at den tinglige rettigheten er rettet «mod alle som, som komme i Berørelse med Tingen» slik at det til tinglige rettigheter svarer en «negativ almindelig Retspligt». <sup>365</sup> Å karakterisere den tinglige rettigheten som et «umiddelbart Retsforhold [...] mellem den Berettigede og Tingen» var altså feil, fordi «ethvert Retsforhold finder sted mellem Personer». <sup>366</sup> I samme retning skrev Gram (1858) at den tinglige rettigheten er «som enhver Ret, et Forhold til Personer». Han påpekte at den tinglige rett går ut på en allmenn negativ plikt for enhver til ikke å krenke rettigheten. Dersom noen krenker retten «opstaaer der et særeget personligt Forhold mellem Fornærmeren og den Berettigede». <sup>367</sup> Ifølge Bang og Gram kunne altså tinglige rettigheter analyseres som en sum av plikt/krav-forhold mellom personer. De var kanskje enda tydeligere enn Savigny på at tinglige rettigheter dypst sett gjaldt mellom personer, kanskje inspirert av Ørsted. Teoriene må kunne karakteriseres som «realistiske» eller «funksjonelle» og peker frem mot dagens modell.

I alle fall frem til 1870 la de fleste bare til grunn begrepene «tinglig» og «obligatorisk» uten nevneverdig drøftelse, gjerne begrenset til et kapittel i læreboken. Ingen ga noen egentlig drøftelse av hvordan «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter burde defineres abstrakt. Først ved fremveksten av konstruktivismen i dansk og norsk rettsvitenskap fra omkring 1870, <sup>368</sup> begynte noen forfattere å drøfte begrepene «tinglig» og «obligatorisk» abstrakt og mer utførlig. <sup>369</sup> Andreas Aagesen (1826–1879) var den første til å drøfte begrepene «tinglig» og «obligatorisk» abstrakt og generelt. Drøftelsene var omfattende med til sammen minst 200 sider. <sup>370</sup> Det utgjorde et brudd med den hittil pragmatiske tradisjonen. Aagesen var inspirert av pandektvitenskapen. <sup>371</sup>

I monografien «Bemærkninger om rettigheder over ting» (1871) undersøkte Aagesen den rettslige beskyttelse som tilkom tinglige rettigheter. Et av hans viktigste funn var at ingen rettigheter, heller ikke eiendomsretten, hadde absolutt vern mot tredjemenn i alle relasjoner: «I Virkeligheden maa det derfor siges, at al Retsbeskyttelse for Raaden over Ting kun er relativ». <sup>372</sup> I særdeleshet gjaldt dette en del faktisk forekommende rettigheter som falt mellom de typiske tinglige og obligatoriske rettighetene, for eksempel retten under en tinglyst obligatorisk

<sup>362</sup> Scheel (1866) s 5–6.

<sup>363</sup> Scheel (1866) s. 7.

<sup>364</sup> Bjørne (1998) s. 427.

<sup>365</sup> Bang (1835) s. 5.

<sup>366</sup> Bang (1835) s. 5.

<sup>367</sup> Gram (1858) s. 14.

<sup>368</sup> Bjørne tidfester konstruktivismen i nordisk rettsvitenskap til 1871–1910, se Bjørne (2002) s. 2.

<sup>369</sup> Aagesen (1871), (1872) og (1881), se også V. C. Ussing (1869).

<sup>370</sup> Aagesen (1871) s. 1–138 og Aagesen (1881) s. 133–244. Han berørte også skillet i monografier fra 1866, 72 og 76.

<sup>371</sup> Aagesen (1871) s. 136.

<sup>372</sup> Aagesen (1871) s. 50



kjøpekontrakt, i motsetning til (tinglig) skjøte. Slike rettigheter var «i nogle Retninger [...] beskyttet paa samme Maade som andre Rettigheder over Ting, i andre Retninger staa ubeskyttet over for Retskrav, imod hvilke disse Rettigheder ere sikkrede».<sup>373</sup> Aagesen lanserte samtidig begrepet «relativ beskyttelse» for å betegne fenomenet – et begrep som vel peker fremover mot dagens relasjonelle tilnærming til tredjemannsproblemene.<sup>374</sup>

I praksis gikk Aagesens teori ut på at vernet mot tredjemenn ikke kunne drøftes generelt. Man måtte drøfte vernet mot hver enkelt gruppe av tredjemenn for seg. Det var tydelig i en monografi om eiendomsovergang fra 1866. Der drøftet han hvilken rettslig betydning det hadde hvis et skjøte på fast eiendom var utstedt til kjøper, men ikke ble tinglyst.<sup>375</sup> Aagesen skrev at man måtte skille mellom vern mot omsetningsserververe og vern mot kreditorer som konkursbo og utleggstakere.<sup>376</sup> Derfor drøftet han først forholdet til omsetningsserververe (s. 79–87) og så forholdet til kreditorer (fra s. 87). Konklusjonen var at erververen under et utinglyst skjøte manglet vern i mange av disse relasjonene i henhold til lovgivningen, men utenfor disse tilfeller «staaer Skjødehaveren som virkelig Eier».<sup>377</sup> For eksempel var han berettiget til å bruke eiendommen, til å forby andre urettmessig bruk av den (dvs. statisk vern) og han var forpliktet til å betale skatter som påhvile eiendommen.<sup>378</sup>

Aagesens tilnærming var tydelig «relasjonell» og peker frem mot dagens tilnærming til tredjemannsproblemene.<sup>379</sup> Paradoksalt nok bygget Aagesens relasjonelle tilnærming på tysk-romansk begrepsjuss. At tinglige rettigheter ikke nødvendigvis gjaldt mot alle, og at obligatoriske rettigheter ikke nødvendigvis bare gjaldt mot én, var viktige poenger for f.eks. Windscheid. Selv henviste Aagesen bare til Joseph Unger, en østerriksk representant for den historiske skolen, men medga at han bare var en av «de mange Systematikere, som her kunne citeres».<sup>380</sup> Samtidig fremstår teorien om «relativ beskyttelse» som ganske selvstendig. En mulig inspirasjonskilde kan ha vært Ørsted. Som jeg viste i kapittel 5 var Ørsted opptatt av at eierens vern mot godtroende omsetningsserververe aldri kunne sluttes direkte fra begrepet eiendomsrett. Aagesens grep var å generalisere Ørsteds poeng: Vernet mot tredjemenn var *alltid* relativt; det kunne *aldri* sluttes direkte fra begrepet eiendomsrett.

Samlet sett forholdt dansk og norsk rettsvitenskap i tiden mellom 1830 og 1884 seg ganske pragmatisk til de tysk-romanske teoriene om «tinglige» og «obligatoriske» rettigheter. De fleste nøyde seg med å gjengi hovedtrekkene i den rådende lære i Tyskland, uten at de drøftet begrepene nærmere, slik også Ørsted hadde gjort. Unntaket var Aagesen, som drøftet begrepene abstrakt og inngående. Samtidig peker Aagesens teori frem mot dagens relasjonelle modell.

### 6.2.3 Eiendomsovergang som «tinglig avtale»

Spørsmålet er så hvordan dansk og norsk rettsvitenskap forholdt seg til teoriene om «tinglige avtaler» i tysk-romansk rettsvitenskap. Anså forfatterne et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som relevant for dansk og norsk rett? Og hvor store deler av teorien overførte de til dansk og norsk rett? Grunntanken om «tinglige avtaler» var relativt enkel. Men i sin fulle bredde – abstraksjonsprinsippet

<sup>373</sup> Aagesen (1871) s. 50–51.

<sup>374</sup> Tilsvarende Ross (1935) s. 292.

<sup>375</sup> Aagesen (1866) s. 78.

<sup>376</sup> Aagesen (1866) s. 79 (min utheving).

<sup>377</sup> Aagesen (1866) s. 112–113.

<sup>378</sup> Aagesen (1866) s. 113–114.

<sup>379</sup> Hans tolkning av lovgivningen var imidlertid ikke ukontroversiell, se Scheel (1866) s. V flg. og V.C. Ussing (1869) s. 121.

<sup>380</sup> Aagesen (1871) s. 136.

– var det snakk om en «grand theory» med dype systematiske implikasjoner (se 4.3.3).

I dansk rettsvitenskap ble teorien om tinglige avtaler behandlet allerede i 1830, ved Peter Georg Bangs prøveforelesning om eiendomsovergang (trykt 1831 i Juridisk tidsskrift). Bang skilte skarpt mellom «den Forening, som blot gaaer ud paa, at en tinglig Ret skal blive overdraget [...] og den forening [...] om, at Overdragelsen nu skeer».<sup>381</sup> Den sistnevnte kontrakt gikk ut på at den ene overdro og den andre modtok «den omhandlede tinglige Ret».<sup>382</sup> Bang la dermed til grunn at et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter var relevant i dansk rett. Samtidig talte Bang fortsatt om at kjøpsavtalen «perficerer» og lignende, i samsvar med den før-savignyske fullendelsesmetaforen.<sup>383</sup>

Fire år senere, i fremstillingen av eiendomsovergang i sin romerrettslærebok, gjentok Bang at *traditio* var uttrykk for en tinglig avtale.<sup>384</sup> Sammenlignet med prøveforelesningen tilførte han to nye elementer. For det første kom han inn på det romerske kravet om *iusta causa traditionis*. Han tok avstand fra å definere *iusta causa traditionis* som den forutgående kausalavtalen, slik *titulus-* og *modus-* læren bygget på.<sup>385</sup> *Iusta causa traditionis* var «det juridisk gyldige Øiemed (causa), som bevirker, at den Traderende virkelighen har *animus dominii transferendi*».<sup>386</sup> Bang definerte dermed *iusta causa traditionis* ikke som selve hensikten om å overføre eiendomsrett (*animus dominii transferendi*), slik Savigny definerte den i forelesningene 1815/16. Hans definisjon gjenspeiler derimot Savignys definisjon fra og med forelesningene 1820/21, som en mer spesifisert hensikt (gavehensikt, oppfyllelseshensikt, osv.) som impliserer hensikten om å overdra eiendomsrett. Bang begrunnet dette, som Savigny, med at det i mange tilfeller savnes noen forutgående obligatorisk forpliktelse, men at tradisjonen likevel erkjennes som gyldig.<sup>387</sup> For det andre kom han inn på abstraksjonsprinsippet. Han skrev at det kunne for *traditio* «som ved andre Villieserklæringer, blive Spørgsmaal om Virkningen af Vildfarelse og Svig».<sup>388</sup> I påpekningen av at ugyldighetsreglene kunne anvendes direkte på den tinglige avtalen berørte Bang abstraksjonsprinsippet – før Savigny selv kom inn på dette i *System* (1840). Bangs romerrettsfremstilling demonstrerte grundig kjennskap til Savignys teorier. Det var naturligvis lettere å trekke inn *iusta causa traditionis* og abstraksjonsprinsippet i en romerrettsfremstilling enn i en fremstilling av dansk rett.

Alt i alt viste Bang god kjennskap til Savignys teori om tinglige avtaler allerede i 1830-årene. Dette er bemerkelsesverdig, siden Savigny på dette tidspunkt kun hadde lansert teorien på sine forelesninger, og ikke publiserte den før i *System* (1840). Bang kan ha hentet teorien direkte fra Savignys forelesninger, som han ifølge Bjørne deltok på.<sup>389</sup> Alternativt kan han ha vært inspirert av Savignys elever. Flere av disse adopterte Savignys teori etter å ha overværet Savignys forelesninger. De publiserte dermed teorien før Savigny selv.<sup>390</sup>

Bang fikk imidlertid ikke gjennomslag i dansk rettsvitenskap med det første. Frem til og med 60-årene var begrepene *titulus* og *modus*, de mer hjemlige termene «adkomst» og «erhvervelsesmåte» og de wolffske begrepene *mulighet* og *virkelighet*

<sup>381</sup> Bang (1831) s. 87

<sup>382</sup> Bang (1831) s. 88.

<sup>383</sup> Bang (1831) f.eks. s. 110 og 120.

<sup>384</sup> Bang (1835) s. 102. Denne gangen var fremstillingen også nokså fri for fullendelsesmetaforen samt *titulus* og *modus*, se s. 447.

<sup>385</sup> Bang (1835) s. 102.

<sup>386</sup> Bang (1835) s. 103.

<sup>387</sup> Bang (1835) s. 102–103.

<sup>388</sup> Bang (1835) s. 102.

<sup>389</sup> Bjørne (1998) s. 272.

<sup>390</sup> Se Felgentraeger (1927) s. 41–42.

fremdeles nærværende i litteraturen.<sup>391</sup> Fullendelsesmetaforen gjenfinnes hos de fleste, riktignok i større eller mindre grad.<sup>392</sup> På den annen side påpekte enkelte at *titulus*- og *modus*-modellen ikke var generaliserbar, i samsvar med Gustav Hugos kritikk fra århundreskiftet.<sup>393</sup> Hos noen finner vi dessuten antydninger til teorien om tinglige avtaler. Bornemann (1863) lærte at derivativ eiendomsoverdragelse forutsetter «en Overenskomst mellem Eier og Erhverver, ved hvilken de forene sig om, at Eiendomsretten skal være gaaet over, en overenskomst altsaa, der er aldeles forskjellig fra den blotte Contract om fremtidig Eiendomsoverdragelse».<sup>394</sup> Dermed formulerte Bornemann ideen om en tinglig avtale, men utdypet ikke nærmere. Derimot skrev Scheel i *Privatrettens almindelige del* (1866) i et kapittel med tittelen «Forbund» at:

«Ved Forbund tænkes ofte fornemmeligen paa saadanne hvorved obligatoriske Forhold bestemmes, men disse ere ikke de eneste. Forbund kunne tvertimod angaae alle Hovedarter af Retsforhold [...] De Forbund, hvorved tinglige Rettigheder stiftes, kunne kaldes tinglige. Saavel Eiendom som andre tinglige Rettigheder kunne stiftes paa denne Maade. [...] thi Overleverelse er selv et Forbund.»<sup>395</sup>

Dermed formulerte Scheel en teori om tinglige avtaler. Scheel bygget kanskje på Savignys *System* bd. 3, der Savigny gjorde en lignende bemerkning i sitt eget kapittel med samme tittel («Vertrag»)<sup>396</sup> På den annen side hadde Scheel ikke helt løst seg fra den eldre terminologien. Han talte fortsatt om «*adkomst* paa faste Eiendomme», «Breve paa *fuldbyrdede* Afhændelser», «Kjøbecontracter og enhver anden *Adkomst*» og «den *fuldendte* Eiendomsoverdragelse» uten noe annet sted å skille mellom obligatoriske og tinglige avtaler.<sup>397</sup> Hans teori var noe overfladisk.

I norsk rettsvitenskap hadde *titulus*- og *modus*-læren aldri fått ordentlig innpass. Frederik Stang, i sin *naturrett*, nevnte kun begrepene i en overskrift, uten forklaring.<sup>398</sup> I de første utgavene av Brandts *tingsrett* (1863, 1866) er det ingen referanser til læren.<sup>399</sup> På den annen side henviste han reglene om eiendomsrettens overgang til *obligasjonsretten* der «de Handlinger, gjennom hvilke Overførelsen af Retten finder Sted, afhandles, altsaa de frivillige (Gave, Salg, Laan Leje, Pant)».<sup>400</sup> Systematikken gjenspeiler fullendelsestankengangen ved at eiendomsovergangen kobles til den obligatoriske avtalen. Hallager, i sin *obligasjonsrett* (1859), drøftet vern mot tredjemenn og eiendomsovergang for løsøre og fast eiendom helt uten referanse til *titulus* og *modus*.<sup>401</sup> Men fremstillingen av kjøpsretten er preget av fullendelsesmetaforen, idet Hallager skilte mellom «kjøb» i betydningen at selgeren «forpligter sig til at overdrage» og «kjøb» i betydningen at kontrakten «fuldbyrdes».<sup>402</sup> I frem-

<sup>391</sup> I dansk rettsvitenskap: Krieger (1849–50) s. 459; Larsen (1857) s. 253; Gram (1858) s. 40; spesielt Gram (1865) s. 1 («den i Retsevnen liggende Mulighed for Retsforholds Opstaaen, Udvikling, osv. bliver til en konkret Virkelighed») og s. 64. Terminologien tilsynelatende fraværende hos Bornemann (1863) og Scheel (1866).

<sup>392</sup> I dansk rettsvitenskap: Larsen (1857) s. 253 («Contracten fuldbyrdes, modus acquirendi») og tilsvarende på s. 286; Gram (1865) s. 23; Bornemann (1863) s. 117; Scheel (1866) s. 150 og s. 163. Fullendelsestankengangen tilsynelatende fraværende hos Hall (1851).

<sup>393</sup> Larsen (1857) s. 253 og Gram (1858) s. 93 flg. og s. 49. Gustav Hugo øvde stor innflytelse på dansk og norsk rettsvitenskap, jf. Björne (1998) s. 429.

<sup>394</sup> Bornemann (1863) s. 115 og i samme retning på s. 106.

<sup>395</sup> Scheel (1866) s. 72.

<sup>396</sup> Savigny (1840b) s. 312–314. Scheel sa han bygget på Savignys *System*, se Scheel (1866) s. V.

<sup>397</sup> Scheel (1866) henholdsvis s. 150, 150, 155 og 163 (mine uthevninger).

<sup>398</sup> Stang (1830–31) s. 151.

<sup>399</sup> Brandt (1863) og Brandt (1867) særlig s. 457 flg. («Om Rettigheders Erhvervelse»).

<sup>400</sup> Brandt (1867) s. 459.

<sup>401</sup> Hallager (1859) s. 64 flg. (vern mot tredjemenn), s. 195 (løsøre), s. 211 flg. (fast eiendom).

<sup>402</sup> Hallager (1859) s. 172–173 (med flere eksempler).

stillingen av gaver gjorde Hallager en tilsvarende sonndring mellom «Gavecontract» og «Gaven [...] hvorved den tidligere Forening *fuldbyrdes*». <sup>403</sup> Samtidig presiserte han at «ikke enhver Gave nødvendigvis maa være støttet til en virkelig Contract» idet ved de fleste gaver i det daglige liv «ingen Contract er gaaet iforveien». <sup>404</sup> Som sagt stod dette synspunktet sentralt for Savigny (se kapittel 4), og Hallager kan ha vært inspirert derfra. <sup>405</sup> Men han skilte aldri mellom tinglige og obligatoriske avtaler. <sup>406</sup>

Det var først dansken Andreas Aagesens monografi «Bidrag til læren om overdragelse af eiendomsrett» (1866) som introduserte en konsistent teori om tinglige avtaler for den danske-norske rettsvitenskapelige offentligheten. <sup>407</sup> Ifølge Aagesen var det en

«væsentlig Forskjel mellem den Overenskomst, ifølge hvilken Eiendomsretten skal være gaaet over fra den Ene til den Anden, og den Overenskomst, som forpligter den Ene til senere, muligviis om længere Tid, at overføre Eiendomsretten til den Anden. Den første Overenskomst har Eiendomsrettens Overgang umiddelbart for Øie, den sidste tilsigter alene Stiftelsen af et obligatorisk Forhold mellem de Paagældende.» <sup>408</sup>

Aagesen understreket at tinglige og obligatoriske avtaler «i deres hele Art og Charakter ere grundforskjellige». <sup>409</sup> Det viste seg blant annet ved at en eiendomsoverdragelse kan «foregaae uden at indledes ved eller ledsages af noget contractmæssigt Mellemværende» og viste til det savignyske eksempelet med gaven. <sup>410</sup> Aagesen tok også avstand fra begrepsbruk som impliserte fullendelsesmetaforen, idet han skrev at ved overleverelsen «afsluttes Retshandelen» og i en fotnote på samme sted distanserte seg fra «Det sædvanlig brugte Udtryk, at Overdragelsen ‘fuldbyrdes’ (perficeres) ved Overleverelsen» som han «med Villie ikke benyttet». <sup>411</sup>

Ikke bare ville Aagesen adoptere et *trennungsprinzip* – han forsøkte også å innføre et abstraksjonsprinsipp: «Contracten kan være ugyldig, medens Eiendomsoverdragelsen, der slutter sig til samme, staaer urokkelig». <sup>412</sup> I monografiens siste kapittel forsøkte Aagesen å gi en systematisk fremstilling av vilkårene for tinglige avtalers gyldighet, bedømt prinsipielt uavhengig av den obligatoriske avtalens gyldighet. <sup>413</sup> Han ville adoptere abstraksjonsprinsippet til dansk rett siden han anså det systematisk overlegent:

«De i saadanne Tilfælde mødende Spørgsmaal: om den fuldbyrdede Eiendomsoverdragelse staaer urokkelig, om Pant eller andre accessoriske Retshandler ere gyldige, om der kan indrømmes den Betalende en obligatorisk Tilbagesøgningsret (condictio), kunne formeentlig kun ad denne Vei erholde en tilfredsstillende Besvarelse, hvorimod det Udgangspunkt, som nu i vore Systemer er det almindelige, at man ud af Contractens

<sup>403</sup> Hallager (1859) s. 264 (min utheving).

<sup>404</sup> Hallager (1859) s. 264.

<sup>405</sup> Savigny (1840 bd. 3) s. 313 og Savigny (1853) s. 256.

<sup>406</sup> Hallager (1859) f.eks. s. 10, 13, 64 og 68.

<sup>407</sup> Aagesens monografi utkom kort tid før Scheels privatrettsfremstilling, men Scheel rakk bare å hensynte Aagesens monografi i forordet, se Scheel (1866) s. V.

<sup>408</sup> Aagesen (1866) s. 1.

<sup>409</sup> Aagesen (1866) s. 2–3.

<sup>410</sup> Aagesen (1866) s. 2.

<sup>411</sup> Aagesen (1866) s. 22.

<sup>412</sup> Aagesen (1866) s. 4.

<sup>413</sup> Aagesen (1866) s. 164 flg.

Ugyldighed søger at udlede Conseqventserne i de forannevnte Retninger, næppe er heldigt.»<sup>414</sup>

Samtidig forutsatte dette argumentet en velutviklet lære om berikelseskrav som kunne komme overdrageren til unnsetning når han tapte eiendomsretten uten *causa*. Det ledet Aagesen til mer eller mindre å postulere at det fantes generelle regler om berikelseskrav i dansk (og norsk) rett.<sup>415</sup> Han måtte argumentere for at de fleste ugyldighetsgrunner, f.eks. svik (*dolus*), bare hadde virkninger i forholdet mellom partene.<sup>416</sup> Det var naturligvis en utfordring å forene en så stringent systematikk med de kasuistiske og gammeldagse Danske og Norske lov. For eksempel måtte Aagesen argumentere for at DL. 5-1-2 (løfter som «som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter») bare gjaldt de obligatoriske avtalene – ikke de tinglige.<sup>417</sup> Aagesen måtte medgi at abstraksjonsprinsippet reiste «meget omfattende» spørsmål, som ikke kunne «fuldstændig besvares».<sup>418</sup> Dansk og norsk rett var rett og slett ikke klar for en «grand theory» som abstraksjonsprinsippet.

Aagesens teori var nyvinnende i dansk kontekst og, som sees, langt mer utførlig enn Bangs. I tiden som fulgte tok ingen egentlig til motmæle mot Aagesens teori. Scheel, i forordet til sin fremstilling av privatrettens alminnelige del (1866), karakteriserte Aagesens verk som «Værdifuld».<sup>419</sup> Selv om Scheel hadde en rekke innvendinger mot andre deler av Aagesens monografi, hadde han ingen bemerkninger til ideen om en tinglig avtale, til tross for hvor sentralt dette stod i Aagesens tekst. Heller ikke V. C. Ussing, i en monografi (1869) som var tiltenkt som motsvar til Aagesen, hadde innsigelser mot ideen om en tinglig avtale.<sup>420</sup>

Likevel fikk ikke Aagesens synspunkt umiddelbart gjennomslag. Hindenburg, i sin praktisk orienterte Kjøpsrett (1872), talte om «Fuldbyrdelse» av kjøpekontrakten og skilte ikke mellom tinglige og obligatoriske avtaler.<sup>421</sup> I Norge oppdaterte Brandt sin tingsrett i 1878, men skrev i forordet at han innskrenket seg til ajourføring med nye lover og rettsavgjørelser.<sup>422</sup> Det er derfor ikke overraskende at den tinglige avtalen fortsatt er fraværende.<sup>423</sup> Aubert oppdaterte i 1878 Hallagers obligasjonsrett. I forordet forklarte han at det ønskeligste hadde vært å skrive obligasjonsretten fra bunnen av, på en måte som hensyntok den tyske rettsvitenskapens «store Fremskridt siden Ørsted», men denne gangen måtte det nøye seg med rettelser og ajourføring.<sup>424</sup> Derfor er det ikke overraskende at Aubert lot fullendelsestankegangen stå og ikke innførte tinglige avtaler, selv om Aubert viste grundig kjennskap til Aagesens monografi fra 1866 gjennom hyppige henvisninger til den.<sup>425</sup>

Aagesen kommenterte mottakelsen av sin teori i 1879. Han skrev at «Rigtigheden af Savigny's bekjendte Ytring om 'dingliche Verträge' var «hævet over enhver Tvivl».<sup>426</sup> Med en viss skuffelse konstaterte han at teorien om tinglige avtaler ikke var gjennomført i nyere juridisk teori, blant annet hverken hos Brandt eller Halla-

<sup>414</sup> Aagesen (1866) s. 5.

<sup>415</sup> Aagesen (1866) s. 5 flg.

<sup>416</sup> Aagesen (1866) s. 8 flg.

<sup>417</sup> Aagesen (1866) s. 4–5.

<sup>418</sup> Aagesen (1866) s. 164.

<sup>419</sup> Scheel (1866) s. V flg.

<sup>420</sup> V. C. Ussing (1869) s. 1–2.

<sup>421</sup> Hindenburg (1872) s. 132 flg.

<sup>422</sup> Brandt (1878) upaginert forord.

<sup>423</sup> Brandt (1878) s. 433.

<sup>424</sup> Hallager ved Aubert (1878) s. IV.

<sup>425</sup> Hallager ved Aubert (1878) f.eks. s. 44, 106, 214, 216, 217, 239, 241, 243, 245 og 251.

<sup>426</sup> Aagesen (1879) s. 9.

ger.<sup>427</sup> I 1881 (posthumt utgivne forelesninger) forklarte han at monografien fra 1866 egentlig var «en Protest mod den stedmoderlige Behandling, der hidtil var bleven Tingrettens Retshandler til Del». <sup>428</sup> Det er all grunn til å tro at studentene på Aagesens forelesninger ble eksponert for teorien om tinglige avtaler, et tema som stod Aagesen nært. Aagesen fikk imidlertid snart gjennomslag i Matzen og Lassens «Den nordiske tingsret» (1880).<sup>429</sup> To år senere, i Matzens «Den danske tingsret» (1882), skrev Matzen om en «Retshandel, der som gaaende ud paa Stiftelsen af en tinglig Ret passende synes at kunne benævnes med Tillægsordet: tinglig» som ikke måtte «forvexles med den obligatoriske Retshandel». <sup>430</sup> Matzen var heller ikke helt avvisende til abstraksjonsprinsippet. <sup>431</sup> Læren om tinglige avtaler var tilsynelatende på vei mot alminnelig anerkjennelse.

Alt i alt forholdt dansk og norsk rettsvitenskap seg ganske pragmatisk til de tysk-romanske teoriene, både den gamle læren om *titulus* og *modus* og den nye savignyske teorien om tinglige avtaler. Unntaket var Aagesens ambisøse forsøk på å innføre *trennungs-* og *abstraktionsprinzip* i dansk rett. Aagesen stod for en mer stringent teoretiserende tilnærming som brøt med den pragmatiske tradisjonen.

## 6.3 Overleveringskrav i dansk og norsk rett?

### 6.3.1 Innledning

Jeg vender nå blikket mot danske og norske rettsforskeres syn på vilkårene for eiendomsovergang. Spørsmålet er hvordan danske og norske rettsforskere forholdt seg til samtidens tysk-romanske teorier og Ørsteds fullendelseslære, idet de besvarte spørsmålet om overlevering krevdes for overdragelse av eiendomsrett.

Som i fremstillingen av Ørsteds tradisjonsteori, redegjør jeg først for forståelsen av *traditio*-begrepet i dansk og norsk rettsvitenskap på denne tiden (6.3.2). Dette handler om forfatternes problemforståelse – hva betød det å spørre om *traditio* var dansk eller norsk rett? Tok de, som Ørsted, utgangspunkt i den savignyske forståelsen av *traditio*? Jeg går så over til å se på hvordan forfatterne besvarte tradisjonsspørsmålet og hvilke resultater de kom til. Jeg ser først på teorier om vilkårene for eiendomsovergang i dansk rettsvitenskap (6.3.3) og så i norsk rettsvitenskap (6.3.4).

### 6.3.2 Det romerske bakteppet; forståelsen av *traditio*

Måten danske rettsforskere stilte spørsmålet fra og med Ørsted var om en (obligatorisk eller tinglig) avtale var tilstrekkelig til å overføre eiendomsrett, eller om det krevdes overlevering. Spørsmålet er hva «overlevering» betød på denne tiden.

I alle fall fra og med 1830-årene var det savignyske tradisjonsbegrepet mer eller mindre allemannseie i dansk og norsk rettsvitenskap. Nesten alle definerte besittelseserverv gjennom begrepene *animus* og *corpus*.<sup>432</sup> Mange skilte mellom borgerlig og naturlig besittelse, hvor *animus domini* var nødvendig for førstnevnte, i samsvar med det savignyske *possessio civilis*.<sup>433</sup>

*Corpus*-elementet ble gjennomgående gitt en savignysk formulering. Bang benyttet Savignys formulering knyttet til bevisstheten: «et saadant faktisk Forhold til Tingen, som fornuftigviis medfører Bevidstheden om et fysisk Herredømme

<sup>427</sup> Aagesen (1879) s. 9.

<sup>428</sup> Aagesen (1881) s. 3–4.

<sup>429</sup> Matzen og Lassen (1880) s. 91 og tilsvarende Matzen (1882) s. 175–176.

<sup>430</sup> Matzen (1882) s. 176–177.

<sup>431</sup> Matzen (1882) s. 176.

<sup>432</sup> Romerrett: Bang (1835) s. 24 og 28 og Hall (1851) s. 128. Rettsdogmatikk: Bang (1831) s. 115–116, Larsen (1857) s. 256, Gram (1858) s. 52, Ch. Platou (1863) s. 13–15, Brandt (1867) s. 40.

<sup>433</sup> Larsen (1857) s. 256–257, Gram (1858) s. 53–54 og Ch. Platou (1863) s. 9–10.

eller Raadighed over samme». <sup>434</sup> De fleste benyttet en annen av Savignys formuleringer idet de knyttet *corpus* til muligheten av å «raade over og benytte Tingen» samt «virkelig udelukker Andre fra at kunne indvirke paa den». <sup>435</sup> Samtidig var det vanlig å understreke at *corpus*-elementet i betydelig grad måtte variere avhengig av hva som var sedvanlig ut ifra den aktuelle tingens beskaffenhet og de konkrete omstendighetene. <sup>436</sup> Synspunktet kan minne om Jherings besittelsesbegrep, men Jhering publiserte sin teori senere – først i 1869. Sannsynligvis bygget de på Ørsteds avhandling om tyveri (1809) der Ørsted understreket at besittelse vanskelig lot seg definere og særlig måtte avhenge av tingens beskaffenhet (kapittel 5). Besittelsesbegrepet ble på denne måten en slags syntese av Ørsted og Savigny.

Det før-savignyske skillet mellom *traditio vera* og *traditio ficta* er fraværende i tidens litteratur. Overlevering av nøkler ble forstått som et middel til oppnåelse av et faktiske herredømme over tingen – ikke som noe symbolsk. <sup>437</sup> Ch. Platou understreket også kravet om nærvær til tingen, slik Savigny var opptatt av. <sup>438</sup> *Constitutum possessorium* ble av nesten alle forklart som en regulær anvendelse av reglene om besittelseserverv ved representant og en naturlig del av tradisjonsbegrepet, i samsvar med Savigny. <sup>439</sup> Så vidt sees var det imidlertid bare Bang og Ch. Platou som drøftet det savignyske kravet om at *constitutum possessorium* måtte gjøres uttrykkelig eller med nødvendighet følge av sakens omstendigheter. <sup>440</sup> Flere nevnte at *constitutum possessorium* særlig var aktuelt ved opprettelse av interessentskap – noe de kan ha hentet fra Savignys bemerkning om *societas omnium bonorum*. <sup>441</sup>

Samlet sett forholdt den danske og norske rettsvitenskap seg aktivt til den savignyske besittelseslæren allerede fra og med Ørsted. Den ga premissene for forståelsen av tradisjonsprinsippet. Å spørre om dansk og norsk rett bygget på et «tradisjonsprinsipp» var å spørre i hvilken grad det spesifikt tysk-romanske tradisjonsprinsippet, der *constitutum possessorium* inngikk som en naturlig komponent, gjaldt i dansk og norsk rett. At dette var noe dansk rett måtte forholde seg til, virker å ha vært oppfattet som en selvfølge. Det må ses i sammenheng med tidens rettsvitenskapelige internasjonalisme og romerrettsideologi. <sup>442</sup> Det er ikke dermed sagt at danske og norske forfattere ikke ga det savignyske *traditio* sin egen vri; som vi har sett stilte f.eks. Ørsted i praksis svært beskjedne vilkår til *constitutum possessorium*.

### 6.3.3 I dansk rettsvitenskap

Jeg går nå over til å se på teorier om vilkårene for eiendomsovergang i dansk rettsvitenskap.

Kort tid før Ørsted publiserte sin fremstilling av eiendomsovergang i 1831, holdt Bang en prøveforelesning over samme emne i 1830 (publisert 1831). Bang argumenterte for et tydelig savignysk *traditio* i dansk rett. Han forankret dette i reelle hensyn, der det viktigste argumentet var behovet for et objektivt skjærings-tidspunkt – overleveringen – som fjernet den usikkerhet konkrete vurderinger

<sup>434</sup> Bang (1831) s. 116.

<sup>435</sup> Gram (1858) s. 52. Tilsvarende Laren (1857) s. 255–256, Ch. Platou (1863) s. 1 og Brandt (1867) s. 51.

<sup>436</sup> Larsen (1857) s. 256 og 259–260, Gram (1858) s. 55 og 59, Ch. Platou (1863) s. 5 og Brandt (1867) s. 48.

<sup>437</sup> Romerrett: Bang (1835) s. 26–27. Rettsdogmatikk: Bang (1831) s. 117, Gram (1858) s. 59 og 117, Brandt (1867) s. 49.

<sup>438</sup> Ch. Platou (1863) s. 17.

<sup>439</sup> Romerrett: Bang (1835) s. 30 og 103 og Hall (1851) s. 133–135. Rettsdogmatikk: Bang (1831) s. 119, Larsen (1857) s. 289, Gram (1858) s. 119, Bornemann (1863) s. 116–117, Ch. Platou (1863) s. 24–25, Scheel (1866) s. 163 og Brandt (1867) s. 52–53. Hallager (1859) s. 195–196 er mer uklar.

<sup>440</sup> Bang (1831) s. 121 flg., Bang (1835) s. 32 og Ch. Platou (1863) s. 25.

<sup>441</sup> Larsen (1857) s. 291 og Brandt (1867) s. 55.

<sup>442</sup> Se f.eks. Michalsen (2013) s. 267 flg.

av «overdragelsesviljen» bar med seg.<sup>443</sup> Argumentet hentet han sannsynligvis fra tysk-romansk rettsvitenskap – Savignys uttrykkelighetskrav ved *constitutum possessorium* ivaretok nettopp dette hensynet. Bangs utforming av *constitutum possessorium* var tydelig savignysk: Det holdt ikke at selger sluttet å råde over tingen som sin egen, slik Ørsted skulle hevde et år senere. Selger måtte (uttrykkelig) erklære at han heretter satt med tingen for kjøper, i samsvar med Savignys lære.<sup>444</sup>

På starten av 1830-årene fantes det dermed to varianter av *traditio* – Bangs teori og Ørsteds teori. Begge bygget på Savignys konstruksjon av *traditio* der *constitutum possessorium* var besittelseserverv ved representant. Forskjellen (som i praksis var relativt liten) var at Bang fastholdt det savignyske kravet om at selger uttrykkelig gjorde seg til kjøpers besittelsesrepresentant. For Ørsted var det nok at selger sluttet å råde over tingen som sin egen (fullendelse; negativ interesselære). I tiden som fulgte levde den ørstedske teorien og Bangs savignyske teori side om side.

Både Larsen (1857) og Gram (1858) gjentok i hovedsak Ørsteds resonnement om at kjøpsavtalen etter sakens natur måtte fullendes, og at dette ikke var fraveket i lovgivningen.<sup>445</sup> I motsetning til Ørsted benektet Larsen imidlertid *constitutum possessorium* ut ifra analogi fra DL. 5-3-32.<sup>446</sup> Gram, derimot, fant ikke analogien fra DL. 5-3-32 overbevisende. Han mente det ble urimelig at en kjøper som hadde betalt, men som lot tingen ligge hos selger til det passet å hente den, ikke fikk beskyttelse mot tredjemenn – presumtvt fordi kjøperen har mye til felles med eiere i en slik situasjon og derfor ikke bør behandles som usikret kreditor, slik Ørsted bygget på (og senere Brækhus og Hærem).<sup>447</sup> Det er derimot uklart om Gram holdt seg til Bangs savignyske *traditio* eller det ørstedske.

Bornemann behandlet overdragelse av løsøre i sine forelesninger over den alminnelige rettslære (1849-50, publisert posthumt 1863).<sup>448</sup> Bornemann var influert av både Bang og Ørsted, idet han (som Bang) krevde en form for tinglig avtale, men også at denne «virkelig fuldbyrdes» – en variant av Ørsteds fullendelsesprinsipp.<sup>449</sup> Det er uklart om Bornemann la til grunn det savignyske kravet om at selger er kjøpers besittelsesrepresentant, eller om det kunne holde at selger stilte tingen til kjøpers disposisjon slik Ørsted lærte.<sup>450</sup>

Scheel (1866) la kortfattet til grunn et tradisjonsprinsipp med *constitutum possessorium*, tilsynelatende forutsatt at selger vedvarte besittelsen «som Leietager, Laantager eller af anden Grund», mest i samsvar med Savignys kausale *constitutum possessorium*.<sup>451</sup>

Andreas Aagesen publiserte i 1866 en tredje tradisjonsteori – ved siden av Bangs og Ørsteds – i sin monografi om eiendomsoverdragelse. Aagesens teori var original. Han tok utgangspunkt i at det etter sakens natur var tilstrekkelig med en tinglig overdragelsesavtale. Men Aagesen understreket så at det var en nær forbindelse mellom den tinglige avtalen og besittelsesforholdet. For hvis selger erklærte å overdra eiendomsrett, men vedvarte besittelsen som før – han brukte tingen som sin egen – ville det være en motstrid mellom hans vilje (å bruke tingen som sin egen eiendom) og hans ord (å overføre eiendomsretten). For å overføre eiendomsrett ved tinglig avtale var det derfor nødvendig at selgers besittelse «væsentlig [...] have skiftet Charakter» – han kunne ikke lenger råde over tingen som sin egen.<sup>452</sup>

<sup>443</sup> Bang (1831) s. 93–95.

<sup>444</sup> Bang (1831) s. 121.

<sup>445</sup> Larsen (1857) s. 287–288 og Gram (1858) s. 112–113.

<sup>446</sup> Larsen (1857) s. 290.

<sup>447</sup> Gram (1858) s. 120.

<sup>448</sup> Bornemann (1863) s. IX.

<sup>449</sup> Bornemann (1863) s. 115.

<sup>450</sup> Bornemann (1863) s. 115–117.

<sup>451</sup> Scheel (1866) s. 163.

<sup>452</sup> Aagesen (1866) s. 23.



I positiv dansk rett fant han støtte for dette i DL. 5-3-32 som påbød at en solgt fast eiendom ikke kunne forbli i selgerens «Hævd og Væрге». <sup>453</sup> Aagesen var villig til å tolke bestemmelsen (fra 1683) i lys av det savignyske besittelsesbegrepet, slik at også *constitutum possessorium* var tilstrekkelig. Aagesen analogiserte så til løsøre, slik at tradisjonsprinsippet fikk positiv forankring i DL. 5-3-32.

Sammenlignet med Ørsted ga Aagesen tradisjonsprinsippet en ny og moderne begrunnelse, knyttet til savignysk viljesteori fremfor den eldre skolastisk-aristoteliske fullendelsestanken. Realiteten i Aagesens teori var likevel temmelig lik Ørsteds. For Aagesen, som for Ørsted, holdt det at selger sluttet å råde over tingen som sin egen og stilte den til kjøpers disposisjon (en slags negativ interesselære). <sup>454</sup> Aagesen var ikke opptatt av de savignyske vilkårene for *constitutum possessorium*, nemlig uttrykkelighet og et rettsforhold mellom kjøper og selger. For eksempel var Aagesen uforbeholdent enig med Ørsted i at overdragelse av konossement overførte eiendomsrett, uavhengig av om selger eller fraktfører kunne anses som kjøpers besittelsesrepresentant, som ut ifra det savignyske *traditio* var avgjørende og måtte vurderes konkret. <sup>455</sup>

En mulig nyanseforskjell sammenlignet med Ørsted, er at Aagesen var villig til å akseptere *constitutum possessorium* også i noen tilfeller der salget åpenbart var ufullendt. For eksempel kunne selger gyldig overdra eiendomsrett til en bolig, samtidig som han forbeholdt seg besittelsen i en periode før utflyttingen. Eiendomsretten til en bok kunne overføres selv om selger forbeholdt seg retten til å lese den ferdig. <sup>456</sup> Selv hvis det gjenstod oppfyllelshandlinger kunne *constitutum possessorium* være gyldig. For eksempel kunne selger ved erklæring overføre eiendomsretten til en edelsten innfattet i en ring, selv om det gjenstod for selger å ta stenen ut av ringen, for det var ikke noe i veien for at «Besiddelsesvillien er forskjellig med Hensyn til de enkelte Dele af en sammensat Ting». <sup>457</sup> Denne mulige forskjellen mellom Ørsted og Aagesen var kanskje en følge av at Aagesen betonte *viljen* der Ørsted betonte *fullendelsen*. Forskjellen bør imidlertid ikke overdrives. I praksis ville det naturligvis vanskelig latt seg bevise at selger for alvor anså stenen som kjøperens eiendom, hvis han ikke har tatt den ut av sin egen ring. Ørsteds og Aagesens teorier ville som regel ledet til samme resultat.

I 1869 publiserte V. C. Ussing en monografi som var ment som motsvar til Aagesen. Ussings argument var at en «Ret ikke kan erhverves naar ikke Alt det er tilstede, som hører til dens Begreb». <sup>458</sup> Ussing definerte tinglig rett som «Ret til at udøve Raadigheden, Ret til virkelig at raade over Tingen». Gyldig overdragelse av eiendomsrett forutsatte derfor, logisk sett, at erververen kom i et forhold til tingen som innebar muligheten av å utøve denne rådigheten. <sup>459</sup> I praksis innebar det f.eks. at overdragelse av konossement ikke overførte eiendomsrett. Kjøper ble ikke eier før han faktisk fikk rådigheten over varene. <sup>460</sup> Ussing anerkjente *constitutum possessorium* i den grad det forelå et rettsforhold mellom kjøper og selger som bevirket at selger var kjøpers representant i besittelsen, i samsvar med den savignyske teorien. <sup>461</sup>

Ussings teori kan tilsynelatende fremstå som en karikatur på formalistisk begrepsjuss. Reelle hensyn spilte ingen åpen rolle i teksten. <sup>462</sup> Men han kan også

<sup>453</sup> Aagesen (1866) s. 39 flg.

<sup>454</sup> Aagesen (1866) s. 21–24.

<sup>455</sup> Aagesen (1866) s. 58 og 62.

<sup>456</sup> Aagesen (1866) s. 25.

<sup>457</sup> Aagesen (1866) s. 52.

<sup>458</sup> Ussing (1869) s. 21 og tilsvarende s. 32.

<sup>459</sup> Ussing (1869) s. 22 og 32.

<sup>460</sup> Ussing (1869) s. 63.

<sup>461</sup> Ussing (1869) s. 41–43.

<sup>462</sup> Ussing (1869) s. 45–46 (publisitetshensynet var «ikke-retlige Hensyn» og opp til lovgiver å ivareta).

leses på en annen måte. For Ussing (som for andre i denne perioden) handlet det om å finne et skjæringstidspunkt for når kravshaveren hadde mer til felles med eiere (med separatistrett) enn med usikrede kreditorer (dividende). Ørsted mente *fullendelse* var et treffende kriterium. Aagesen mente at partenes *subjektive vilje* her var tungtveiende. Ussing mente derimot at kjøperens *forhold til tingen* var avgjørende: Hvis kjøper selv (eller gjennom selger) utøvet rådigheten over tingen, ville det være urimelig å nekte ham eierbeskyttelsen, ut ifra alminnelig rettsfølelse. Dette ble tydelig i Ussings drøftelse av overdragelse av *res absentes*. Aagesen hadde hevdet at det var støtende for rettsfølelsen om en eier ikke kunne overdra eiendomsrett til en ting han ikke var i besittelse av. Ussing ironiserte over dette: Hvis en som har mistet sin paraply selger paraplyen til en annen «saa vil den umiddelbare Retsfølelse hindre ham i – for Alvor – at sige, at nu er han bleven Eier af en Parapluie, og siger han det, saa vil den umiddelbare Retsfølelse bevirke, at Alle lee ad ham.»<sup>463</sup>

Et mer praktisk rettet bidrag kom i Hindenburgs *Om kjøb og salg* (1872). Hindenburg oppsummerte ganske treffende at det nå var «Enighed om, at Eiendomsret kan erhverves igjennem constitutum possessorium».<sup>464</sup> Ellers var Hindenburg en pragmatiker som forholdt seg ganske fritt til både Ørsted, Aagesen og Ussing idet han tok stilling til ulike praktiske typetilfeller. Han innså vel at forskjellene var relativt små.

I 1879 modifiserte Aagesen sin teori i monografien «Singulærsukcession». Denne gangen forankret han sitt tradisjonsprinsipp mer direkte i DL. 5-3-32 fremfor viljesteori, slik han hadde gjort i 1866.<sup>465</sup> Nå sluttet Aagesen seg til Jherings besittelsesbegrep, der *animus* spilte en langt mer underordnet rolle.<sup>466</sup> *Constitutum possessorium* var ikke lenger avhengig av selgers subjektive innstilling. Det avgjørende var om kjøper «efter en almenlydig, fornuftig Dom over de foreliggende Kjendsgjæringer» var «indtraadt i et til constitutum possessorium svarende Besiddelsesforhold».<sup>467</sup> Sammenlignet med 1866-monografien innebar Aagesens nye formulering minst to viktige forskjeller. For det første mente Aagesen i 1866-monografien at det var tilstrekkelig at selger ikke lenger behandlet tingen som sin egen, i samsvar med Ørsteds teori. I 1879-monografien krevde Aagesen derimot at kjøper virkelig oppnådde besittelsen. Dette var et skifte fra det negative (selger *råder ikke* over eiendommen) til det positive (kjøper *råder* over eiendommen). Med den nye formuleringen gikk Aagesen dermed bort fra Ørsteds lære og nærmet seg egentlig Ussings teori, selv om han på mange punkter var uenig med Ussing.<sup>468</sup> For det andre spilte *viljen* nå en helt underordnet rolle. Nå skulle *constitutum possessorium* avgjøres ut ifra de objektive omstendighetene. Dette skiftet fra det subjektive til det objektive har vel sammenheng med at Aagesen etter hvert ble skeptisk til viljesteorien.<sup>469</sup>

Oppsummeringsvis kan vi si at det ved inngangen til 1880-årene fantes tre alternative tradisjonsteorier i dansk rettsvitenskap. Den første var den ørstedske tradisjonsteorien. Ifølge denne var *constitutum possessorium* gyldig så lenge selger ikke lenger behandlet tingen som sin egen. Ørsteds teori fikk en ny viljeteoretisk begrunnelse av Aagesen i 1866, men realiteten var i hovedsak den samme. Den andre var den savignyske tradisjonsteorien, som primært Bang hadde hevdet. Ut ifra denne teorien var *constitutum possessorium* bare gyldig hvis selger uttrykkelig

<sup>463</sup> Ussing (1869) s. 50.

<sup>464</sup> Hindenburg (1872) s. 133.

<sup>465</sup> Aagesen (1879) s. 155.

<sup>466</sup> Aagesen (1879) s. 155, sml. Jhering (1868) s. 161. Av samtidige ble Aagesen forstått som å slutte seg til Jhering, se Torp (1884) s. 11–12.

<sup>467</sup> Aagesen (1879) s. 175.

<sup>468</sup> F.eks. Aagesen (1879) s. 156–157.

<sup>469</sup> Se f.eks. Aagesen (1881) s. 570.

påtok seg å passe på tingen på kjøpers vegne, i henhold til et rettsforhold som påla ham en form for forvaringsplikt. Ussings og Aagesens objektive tradisjonsteorier representerte en tredje variant, der det avgjørende var om kjøper ut ifra de objektivt foreliggende omstendighetene kunne sies å råde over tingen. Annet enn Aagesens bruk av Jherings besittelsesbegrep i 1879, forholdt imidlertid ingen av disse tradisjonsteoriene seg til de nye pandektvitenskapelige debattene om tradisjonsprinsippet og *constitutum possessorium* som Adolf Exner hadde innledet.

### 6.3.4 I norsk rettsvitenskap

Selv om tradisjonsprinsippet ble drøftet aktivt i dansk rettsvitenskap, kom det få bidrag fra den norske rettsvitenskapen. Frederik Stang (1830–31) la til grunn at avtalen måtte oppfylles for å overføre eiendomsrett, hvilket kunne skje ved selgers erklæring.<sup>470</sup> Hallager (1859) var knapp, men forankret et tradisjonsprinsipp med *constitutum possessorium* i sakens natur. Han mente, i samsvar med Ørsted, at *constitutum possessorium* kunne skje stilltiende.<sup>471</sup> I den oppdaterte utgaven ved Aubert (1879) la Aubert til at domstolene hadde stilt «særdeles store Fordringer til Beviset for, at Ejendomsoverdragelsen har været alvorlig ment» fordi *constitutum possessorium* lett kunne misbrukes «til gjennom Proformaværk at unddrage Sælgerens Formuesgjenstande fra hans Kreditorer og til at omgaa Forbudet mod Underpant».<sup>472</sup> Brandt (1863, 1866 og 1867) henviste spørsmålet til obligasjonsretten og tok aldri selv stilling.<sup>473</sup> Ch. Platous avhandling om besittelse (1863) la i en fotnote til grunn tradisjonsprinsippet, men mente at praksis var «tilbøielig til at opgive den ældre Lære om Gyldigheden af *constitutum possessorium*» uten nærmere drøftelse.<sup>474</sup>

Tradisjonsprinsippets stilling i norsk rett var dermed lite og overfladisk behandlet av norsk rettsvitenskap før Hagerups doktoravhandling i 1884 *Om tradition* (neste kapittel). Spørsmålet stod dermed ganske åpent. Skulle man vende seg mot Danmark, der det verserte ulike teorier som ingen nordmenn hadde tatt stilling til? Eller skulle man vende seg mot pandektvitenskapen, der tradisjonsprinsippet nylig hadde havnet under debatt, også på rent rettspolitisk grunnlag på de tyske juristmøtene. Dette aktualiserte rettsideologiske spørsmål om forholdet til pandektvitenskap, nyere dansk formuerettsforskning ved f.eks. Aagesen, Ørsteds autoritet og viljesteoriens betydning.

<sup>470</sup> Stang (1830–31) s. 151–152.

<sup>471</sup> Hallager (1859) s. 195–196.

<sup>472</sup> Hallager ved Aubert (1879) s. 215.

<sup>473</sup> Brandt (1863) nevner ikke spørsmålet, Brandt (1867) s. 459 og Brandt (1878) s. 433.

<sup>474</sup> Ch. Platou (1863) s. 25.

## 7 Francis Hagerup (1884 og utover)

### 7.1 Innledning

Dette kapitlet handler om eiendomsrettens overgang i Francis Hagerups forfatter- skap. Hovedspørsmålet er hvordan Hagerup plasserte seg i forhold til dansk og tysk rettsvitenskap. I Danmark hadde *traditio* med *constitutum possessorium* fest- net seg, samtidig som det verserte ulike teorier om begrunnelsen og nyansene i læren. I pandektvitenskapen hadde en rekke sider ved eiendomsrettens overgang havnet under ny debatt. Det gjaldt både forståelsen av det romerske *traditio* og en rettspolitisk diskusjon om hva som burde gjelde i BGB. Hagerup var den første til å ta stilling til tradisjonsprinsippet i norsk rettsvitenskap med grundighet og spørsmålet stod ganske åpent. Hvordan han forholdt seg til dem kan si noe om den norske rettsvitenskapens løsrivelse fra den danske. Det kan også gi ny innsikt i Hagerups rettsvitenskapelige program i *Nogle ord* (1888), der han tok til orde for at den norske rettsvitenskapen skulle nærme seg den tyske.

I tillegg undersøker jeg i hvilken grad Hagerup stod for en «funksjonell» eller en «substansell» tilnærming. Dette er ekstra interessant fordi Hagerup er ansett som lederskikkelsen for den konstruktive retningen i Norge.<sup>475</sup> I ettertid har den konstruktive retningen møtt sterk kritikk – et stikkord er «begrepsjurisprudens».<sup>476</sup> Flere har imidlertid påpekt at Hagerup i *Nogle ord* (1888) benektet konstruktivis- mens mer ekstreme sider og fremhevet betydningen av virkelighetssans og hen- siktsmessige regler.<sup>477</sup> Ved å undersøke Hagerups stillingstaken til tradisjonsprin- sippet, er det mulig å si noe nærmere om hvordan metoden artet seg i praksis. Var det virkelighetsfjern begrepsjuss eller tok Hagerup, som Ørsted, behørig hensyn til ulike former for reelle hensyn?

Kildegrunnlaget i dette kapitlet er i hovedsak Hagerups tekster. Den viktigste kilden er Hagerups doktoravhandling om eiendomsovergang *Om tradition* (1884). Noen ganger vil jeg trekke inn tekster Hagerup publiserte en del senere, for eksempel *Retsencyclopedi* (1906) og *Konkurs og akkordforhandling* (1901). En meto- disk betenkelighet med dette er at jeg ikke får kontekstualisert kildene så mye som jeg skulle ønske, siden jeg i utgangspunktet avgrenser mot forfattere etter 1884. Noe kan jeg likevel antyde. I løpet av 90-årene formulerte forfattere som Carl Ussing og Carl Torp grunntrekkene i den funksjonelle og relasjonelle modellen for eiendomsovergang.<sup>478</sup> Hagerups tekster tidlig på 1900-tallet kan dermed tenkes å være inspirert av disse. På den annen side var Hagerup kritisk til Ussings og Torps teorier om eiendomsovergang og jeg har ikke sett tegn til at teoriene influerte Hagerup i særlig grad.<sup>479</sup> Med dette forbeholdet mener jeg det er forsvarlig å trekke inn disse kildene der det tilfører noe til forståelsen av Hagerup.

### 7.2 Funksjonell analyse

Spørsmålet er når eierfunksjonene gikk over fra selger til kjøper, ifølge Hagerup. Kildegrunnlaget er primært *Om kjøb og salg* og *Om tradition* (begge 1884). Som før skiller jeg mellom eierfunksjonenes overgang *inter partes* og overgang av vern mot tredjemenn.

*Rettighetsovergangen mellom partene*

<sup>475</sup> I denne retning Björne (2002) s. 216 og 455.

<sup>476</sup> Björne (2002) s. 213–215.

<sup>477</sup> F.eks. Björne (2002) s. 222 flg.

<sup>478</sup> Se von Eyben (1968) s. 163 flg. og Rakneberg (2017).

<sup>479</sup> Det tiende nordiske juristmøde (1902) s. 169 (Hagerups innlegg: «ligesaa praktisk farligt som principielt uholdbart»).

Hagerup fulgte ikke den romerske *periculum est emptoris*-regelen. Hans konklusjon var ikke helt ulik Ørsteds. Risikoen gikk over på kjøperen idet «Sælgeren har fyldestgjort sin Forpligtelse», typisk ved at varen stilles til kjøpers disposisjon.<sup>480</sup> Han understreket at «Overgangen af periculum rei og Overførelse af Eiendomsretten [...] hænger ikke nødvendig sammen.»<sup>481</sup> For eksempel gikk risikoen over ved kreditormora, uavhengig av eiendomsovergang.<sup>482</sup> Dessuten var reglene om risikoens overgang deklarasjoniske «i Modsætning til Reglerne om Eiendomsrettens Overførelse».<sup>483</sup>

Ifølge Hagerup gikk retten til avkastning over fra det tidspunkt kontrakten skulle ha vært oppfylt, fordi kjøperen regelmessig gjør regning med å få avkastningen fra dette tidspunktet.<sup>484</sup> Dermed var også avkastningsretten løsrevet fra eiendomsovergangen.

Selgers rettslige og faktiske rådighet over tingen ble innskrenket av plikten til å levere tingen i kontraktsmessig stand, til rett tid samt hjemmelsansvaret.<sup>485</sup> Kjøper, på sin side, kunne gyldig (obligatorisk) selge tingen til tredjemenn før han fikk eiendomsretten.<sup>486</sup> Hans rett til faktisk rådighet reguleres naturligvis av avtalen.

I vesentlig overensstemmelse med klassisk romerrett, Windscheid og Ørsted mente Hagerup at eierfunksjonene *inter partes* gikk over gradvis uavhengig av eiendomsovergangen.

#### *Overgang av vern mot tredjemenn*

Vernet mot tredjemenn berørte Hagerup i *Om tradition*. Der påpekte han at eiendomsovergangen fikk sin betydning i forholdet til tredjemenn og skilte mellom ulike grupper av tredjemenn, nemlig omsetningsserververe («Kjøbere, Panteerhververe o. lign.») og «Afhænderens Kreditorer».<sup>487</sup> Hagerup kan ha vært inspirert av Aagesens teori om relasjonelt vern.

Ifølge Hagerup var reglene om eiendomsrettens overgang lite egnede til å ivareta hensynet til omsetningsserververe: «Den Vei, man har at slaa ind paa for at imødekomme Trediemands berettigede Krav paa Beskyttelse i den omhandlede Retning er den at indskrænke Vindikationsretten» gjennom regler om spontane godtroerverv.<sup>488</sup> Hagerup viste til at både det femte nordiske juristmøte og det femtende tyske juristmøte anbefalte en slik regel.<sup>489</sup> Han understreket særlig at det ikke var noen motsigelse mellom eiendomsrettsbegrepet og en regel om spontane godtroerverv, slik også Ørsted hadde gjort.<sup>490</sup>

Tidspunktet for eiendomsrettens overgang fikk primært betydning for forholdet til kreditorer: «[H]ans Eiendomsret viser sig [...] først og fornemmelig i Forholdet til Afhænderens Konkurs».<sup>491</sup> I *Om kjøb og salg* skrev Hagerup:

«Den praktiske Betydning af det Spørgsmaal, om Eiendomsretten til den solgte Ting er gaaet over fra Kjøber til Sælger, træder især frem, naar en af Parterne gaar Konkurs, før han har ydet men efter at den anden allerede har erlagt sin Præstation: Er det saaledes Sælgeren, der gaar

<sup>480</sup> Hagerup (1884b) s. 81.

<sup>481</sup> Hagerup (1884b) s. 77–78.

<sup>482</sup> Hagerup (1884b) s. 78.

<sup>483</sup> Hagerup (1884b) s. 79.

<sup>484</sup> Hagerup (1884b) s. 23–25.

<sup>485</sup> Hagerup (1884b) henholdsvis s. 81 flg., 119 flg. og 49 flg.

<sup>486</sup> Hagerup (1884b) s. 5.

<sup>487</sup> Hagerup (1884a) s. 747.

<sup>488</sup> Hagerup (1884a) s. 748.

<sup>489</sup> Hagerup (1884a) s. 748.

<sup>490</sup> Hagerup (1884a) s. 748–749.

<sup>491</sup> Hagerup (1884a) s. 749.

Konkurs efter at have modtaget Kjøbesummen, men før han har leveret solgte Gjenstand, vil Kjøberens for sit Krav paa denne være henvist til en konkurrerende Kreditors Stilling. Er det Kjøberens, der bliver insolvent efter at have faaet Eiendomsret til den solgte Gjenstand, men før han har betalt denne, maa Sælgeren finde sig i, at den inddrages i Boet, og kan alene konkurrere for Kjøbesummen.»<sup>492</sup>

Her identifiserte Hagerup de klassiske problemstillingene som i moderne dynamisk tingsrett behandles under overskriften kreditorekstinksjon: Kjøpers vern mot selgers kreditorer og selgers vern mot kjøpers kreditorer. Videre identifiserte Hagerup at spørsmålet kun kom på spissen når kjøper har forskuddsbetalt eller når selger har ytt kjøper kreditt. På dette punktet peker Hagerup frem mot Ross' «Eiendomsret og Eiendomsovergang» (1935), der Ross påpekte at det ikke oppstod noen interessemotsetning mellom konkursboet og tredjemannen hvis ingen av eller begge partene hadde prestert sine ytelser (selger eller kjøper).<sup>493</sup> Ross kritiserte eldre teori for å ha oversett at vernet mot tredjemenn bare fikk betydning i nettopp disse tilfellene. Hagerup var tilsynelatende klar over dette.<sup>494</sup>

Hagerup påpekte at selgers vern mot kjøpers kreditorer ble regulert av konkursloven § 40. Den fastsatte at selger, overfor konkursboet, kunne holde tilbake sin ytelse så lenge varen fortsatt var *underveis* til kjøper.<sup>495</sup> Regelen er omtrent den samme som stansingsretten i någjeldende dekningslov § 7-2.

Kjøpers vern mot selgers kreditorer ble derimot regulert av eiendomsrettens overgang. Det avgjørende ble da om kjøper hadde blitt eier (separatistkrav) eller ikke (dividende). Ellers inneholdt konkursloven av 1863 regler om omstøtelse, utviklet på bakgrunn av den romerske *actio pauliana* som gjaldt på ulovfestet grunnlag.<sup>496</sup>

Hagerup berørte ikke, så vidt sees, overgangen av det tingsrettslige og erstatningsrettslige vernet mot tredjemenn i statiske konflikter.

### Oppsummering

For å oppsummere Hagerups syn, kan vi si at eierfunksjonenes overgang skjedde gradvis (funksjonelt) og vernet mot ulike grupper av tredjemenn kunne inntre til ulike tidspunkter (relasjonelt). «Eiendomsrettens overgang» gjaldt primært kjøpers vern mot selgers kreditorer. Andre konflikter skulle ivaretas av andre regler: Selgers vern mot kjøpers kreditorer ble regulert av stansingsretten, og en hjemmel for spontane godtroerhverv var på trappene. Hagerup videreførte dermed hovedtrekkene i den modellen Ørsted bygget på, som dypest sett hadde røtter i klassisk-romerske strukturer (kapittel 2). Dagens dynamiske tingsrett går kanskje enda lenger i relasjonell retning enn Hagerup gjorde (se tilsvarende kapittel 2.2 og 4.2). Men det er dermed en graduell forskjell.

## 7.3 Begrepsanalyse

### 7.3.1 «Tinglige» og «obligatoriske» rettigheter

I kapittel 5 og 6 viste jeg at Ørsted og de fleste danske og norske rettsforskere forholdt seg ganske pragmatisk og realistisk til teoretisk utviklede begreper fra den tysk-romanske rettsvitenskapen. De første teoretiske drøftelsene av begrepene

<sup>492</sup> Hagerup (1884b) s. 168–169.

<sup>493</sup> Ross (1935) s. 145–147.

<sup>494</sup> I *Om tradition* brukte Hagerup likevel en del plass på å drøfte eiendomsovergang i tilfeller der det ikke var ytt kreditt eller forskuddsbetalt, se Hagerup (1884a) s. 780 flg.

<sup>495</sup> Hagerup (1884b) s. 170.

<sup>496</sup> Se generelt Hagerup (1901) s. 201 flg.

kom med Aagesens monografier fra 1866. Nå er spørsmålet hvordan Hagerup forholdt seg til begrepskonstruksjoner i den tysk-romanske rettsvitenskapen.

I likhet med tradisjonen etter Ørsted, forholdt Hagerup seg ganske pragmatisk til begrepene «tinglig» og «obligatorisk». I *Om tradition* og *Om kjøb og salg* (begge 1884) var begrepene bare forutsatt. I *Den norske panteret* (1889) kom han indirekte og forutsetningsvis inn på skillet. Han forstod «*obligatio* som et til en person rettet pligtbud». <sup>497</sup> En tinglig rett ble forutsatt å være «et umiddelbart rettsforhold» til en ting. <sup>498</sup> Først i innføringsboken *Retsencyclopaedien* (1906) formulerte Hagerup noe som kunne ligne generelle definisjoner: Tingsretten «knytter sig til en materiel ting» mens obligasjonsretten «udgjør et personligt forpligtelsesforhold». <sup>499</sup> Den savignyske forestillingen om rettigheter som «willensherrschaft», som blant annet Windscheid sluttet seg til, var dermed fraværende. Definisjonen av obligasjonsretten som et *forpliktelsesforhold* stemmer bedre med imperativteorien enn med forestillingen om et herredømme over en persons handling, slik Savigny og Windscheid definerte det. I det hele tatt var Hagerups fremstilling pragmatisk og han begrunnet ikke valg av definisjoner nærmere. Det står i kontrast til Aagesens omfattende drøftelser av «adskillelsen mellem Raadighedsrettigheder og Fordringsrettigheder». <sup>500</sup>

I likhet med Ørsted var Hagerup mest opptatt av at en rettighets beskyttelse ikke deduktivt kunne utledes av abstrakte begreper. I *Om tradition* avviste Hagerup at det var noen motsigelse mellom eiendomsrettsbegrepet og innskrenking i vindikationsretten overfor godtroende erververe. <sup>501</sup> I *Den norske panteret* (1889) forklarte Hagerup at en tinglig rettighet vanligvis var beskyttet både mot omsetningsserververe og kreditorer. Det var likevel «klart» at begrepet «tinglig rettighet» var forenlig med innskrenkninger av beskyttelsen overfor visse grupper av tredjemenn. <sup>502</sup> Det er nevneverdig at Hagerup i *Konkurs og akkordforhandling* (1901) argumenterte for at obligatoriske krav generelt nøytt en viss beskyttelse mot tredjemenn, til tross for at de var obligatoriske! <sup>503</sup> Hagerups tilnærming i disse verkene stemmer godt med at han i *Nogle ord* (1888) insisterte på at man «aldrig» kan si at en regel gjelder eller ikke «blot fordi den er begrepsmæssig eller begrepsstridig». <sup>504</sup> Man måtte aldri trekke slutninger fra begrepene.

Hagerups skepsis mot begrepslutninger fra «tinglig» og «obligatorisk» var ellers i samsvar med rådende tysk-romansk lære, slik Windscheid hadde understreket at tinglige rettigheter ikke alltid var beskyttet mot enhver, og obligatoriske rettigheter kunne være beskyttet mot tredjemenn. Men Hagerup var, som sagt, mindre opptatt av å drøfte begrepene abstrakt enn den tysk-romanske rettsvitenskapen. Det er derfor størst likhetstrekk mellom Hagerup og Ørsted. Ingen av dem var opptatt av å definere rettighetstypene abstrakt. Det viktige var å ikke trekke materielle slutninger fra dem.

Hagerup virker heller ikke å ha hatt en (ontologisk) substansiell oppfatning av eiendomsrettsbegrepet. I *Den norske panteret* (1889) tok han avstand fra forestillingen om «et slags naturligt, af den positive retsorden uafhængigt eiendomsbegreb». <sup>505</sup> I «[d]en nyere doktrin», forklarte Hagerup, ble eiendomsretten oppfattet som «en retsnydelse der udelukkende har sin sanktion i den positive retsorden, og

<sup>497</sup> Hagerup (1889) s. 36.

<sup>498</sup> Hagerup (1889) s. 39.

<sup>499</sup> Hagerup (1906) s. 85 og tilsvarende s. 127.

<sup>500</sup> Aagesen (1881) s. 133–244 og Aagesen (1871) s. 1–138.

<sup>501</sup> Hagerup (1884a) s. 749.

<sup>502</sup> Hagerup (1889) s. 51–52.

<sup>503</sup> Hagerup (1901) s. 202. Obligatoriske kravs rettsvern var ikke helt nytt i norsk rettsvitenskap, sml. Hallager (1859) s. 83.

<sup>504</sup> Hagerup (1888) s. 33.

<sup>505</sup> Hagerup (1889) s. 65.

som finder sin begrænsning så vel i dennes bestemmelser som i private dispositioner». <sup>506</sup> Dermed uttrykte Hagerup et realistisk syn på begrepet «eiendomsrett» og øvrige tinglige rettigheter. Som nevnt i kapittel 4 var nok dette en oppfatning han delte med betydelige deler av pandektvitenskapen, som gradvis hadde beveget seg bort fra den historiske skolens mer metafysiske sider. At Hagerup ikke hadde et ontologisk substansielt syn på eiendomsretten gir god sammenheng med at han i *Nogle ord* (1888) insisterte på at begrepene aldri måtte bygges på annet enn «det positive Retsstoff». <sup>507</sup> At Hagerup ikke hadde et ontologisk substansielt eiendomsrettsbegrep ble fremfor alt tydelig i et foredrag holdt 1906 (publisert 1913) med tittelen «Det psykologiske Grundlag for Retten». Der var hans påstand at «Retten er et udelukkende subjektivt Fænomen; den har intet nødvendigt Substrat i nogen materiel Gjenstand». <sup>508</sup> Om Hagerup var av denne oppfatning også i 80- og 90-årene er ikke godt å si. I hvert fall på andre områder var det betydelig kontinuitet i hans rettstenkning.

Hagerup kom også nær å definere eiendomsretten (og andre tinglige rettigheter) som en sum av funksjoner, slik både Savigny, Windscheid, Ørsted, Bang og Gram hadde gjort før ham (kapittel 4, 5 og 6). I *Retsencyclopædien* (1906) skrev Hagerup at «et retsforhold», herunder tinglige og obligatoriske rettigheter, «efter sit væsen er et forhold mellem personer». <sup>509</sup> Når Hagerup likevel definerte tinglig rett som et forhold mellom personen og tingen, skyldtes det at når pliktsubjektet «er den ubegrænsede kreds af alle andre personer end den berettigede selv, vil det for den almindelige opfatning være mere naturligt og nærliggende at fæste opmærksomheden ved forholdet mellem den berettigede og den ydre gjenstand, hvortil hans ret knytter sig». <sup>510</sup> Med andre ord handlet også de tinglige rettighetene dypest sett om plikt/krav-forhold mellom personer. I likhet med Ørsted mente Hagerup det kun var fremstillingstekniske eller pedagogiske hensyn («naturligt og nærliggende») som tilsa kategorien «tinglige rettigheter». I motsetning til Savigny avviste Hagerup dermed at tinglige rettigheter kunne være «noe mer» enn en sum av beføyelser. Hagerups teori peker frem mot Ross' koblingsordanalyse.

### 7.3.2 Eiendomsovergang som «tinglig avtale»

Teorien om tinglige avtaler (*trennungsprinzip*) vant allmenn anerkjennelse i tysk-romansk rettsvitenskap utover 1800-tallet. Fra 1860-årene begynte teorien å få innpass i dansk rettsvitenskap gjennom Aagesens monografier. I norsk rettsvitenskap gjennomførte hverken Brandt (1863, 66 og 78) eller Hallager (1866 og 1878 ved Aubert) teorien om tinglige avtaler. Spørsmålet er hvordan Hagerup forholdt seg til teorien.

I *Om tradition* (1884) kritiserte Hagerup eldre dansk og norsk rettsvitenskap for å ha «sammenblandet» tradisjonsspørsmålet med spørsmålet om den obligatoriske avtalen «som saadan indeholder en tinglig Overdragelseskontrakt». <sup>511</sup> Som jeg kommer tilbake til, konkluderte Hagerup med at en tinglig avtale var både nødvendig og tilstrekkelig for eiendomsrettens overgang. <sup>512</sup> Hagerup la dermed til grunn at teorien om tinglige avtaler var norsk rett.

Hagerup ga aldri noen egentlig begrunnelse for et slikt skille mellom tinglige og obligatoriske avtaler i norsk rett, til tross for at oppfatningen kom fra Tyskland. Et sted skrev han at forskjellen mellom tinglige og obligatoriske avtaler lå i

<sup>506</sup> Hagerup (1889) s. 65.

<sup>507</sup> Hagerup (1888) s. 27.

<sup>508</sup> Hagerup (1913) s. 26.

<sup>509</sup> Hagerup (1906) s. 59.

<sup>510</sup> Hagerup (1906) s. 59.

<sup>511</sup> Hagerup (1884a) s. 780.

<sup>512</sup> Hagerup (1884a) s. 780 flg.



«Sagen selv».<sup>513</sup> Det kan ses i lys av *Nogle ord* (1888). Der argumenterte Hagerup for at visse grunnleggende begreper, som f.eks. *viljeserklæring*, «til en vis grad besidder universel Gyldighed».<sup>514</sup> Dette synspunktet hadde sammenheng med at begrepskonstruksjonen ofte handlet om å «give det, der hos den almindelige Mand kun er en uklar Forestilling, fastere Form og Udtryk».<sup>515</sup> Kanskje mente Hagerup at teorien om den tinglige avtalen var en slik klarere formulering av et nokså universelt fenomen. Det forklarer i så fall hvorfor han uten videre la til grunn at f.eks. engelsk og svensk rett kunne analyseres ut ifra et skille mellom tinglige og obligatoriske avtaler, til tross for at disse rettssystemene ikke kjente begrepene.<sup>516</sup> Ellers må Hagerup her ses i lys av datidens utbredte rettslige internasjonalisme, som legitimerte slik bruk av tysk-romanske teorier.<sup>517</sup> Det forklarer også hvorfor Hagerups teori om tinglige avtaler visstnok ikke ble imøtegått under disputasen.<sup>518</sup>

Samtidig var Hagerups tilegnelse av den savignyske teorien mer praktisk orientert enn hos Aagesen. For eksempel understreket han at den tinglige avtalen, forstått som en uttrykkelig erklæring, «for almindelige Mennesker maa fremstille sig som en overflødig og tom Form».<sup>519</sup> Han medga at «almindelige Kontrahenter» ikke pleier å «gjøre sig nogen klar Forestilling om Forholdet mellem tinglige og obligatoriske Aftaler».<sup>520</sup> Han var videre bevisst på at det i praksis kunne være vanskelig å avgjøre om partene hadde ment å gjennomføre en tinglig overdragelse.<sup>521</sup> Derfor viet han avslutningsvis fire sider til å oppstille praktiske og objektive presumsjoner for når partene fornuftigvis vil mene å overføre eiendomsrett mer eller mindre stilltiende.<sup>522</sup> Hagerup brukte derimot ikke plass på å drøfte begrepet «tinglig avtale» abstrakt, slik Aagesen gjorde. I motsetning til Aagesen fortsatte dessuten Hagerup å tale om «fuldbyrdede» og «ufuldbyrdede» kjøpekontrakter – en språkbruk som passer best med den teleologiske fullendelsesmodellen. Språkbruken er samtidig uttrykk for en viss realisme: Kjøpekontrakter tar nesten alltid sikte på å overdra eiendomsrett.<sup>523</sup>

Hagerups praktiske forhold til den tysk-romanske teorien, viste seg ikke minst ved at han avgrenset mot *abstraksjonsprinsippet* i *Om tradition*.<sup>524</sup> Det stod i kontrast til Aagesen, som i sin tilsvarende monografi forsøkte å innføre et abstraksjonsprinsipp i dansk og norsk rett. I en fotnote skrev imidlertid Hagerup at den romerske fordringen om *iusta causa traditionis* – som stod i nær forbindelse med abstraksjonsprinsippet – hadde «givet Anledning til et helt Bjerg af Literatur med sofistiske og ufrugtbare Undersøgelser».<sup>525</sup> Men det er uklart om han dermed siktet til abstraksjonsprinsippet eller til den nokså ørkesløse diskusjonen om nyanser i definisjonen av *iusta causa traditionis* (se f.eks. Savignys vekslende definisjoner i kapittel 4.3.2.2). De forfriskende uttalelsene kan til forveksling minne om Schweigaards negative uttalelser om tysk rettsvitenskap.<sup>526</sup>

<sup>513</sup> Hagerup (1884a) s. 715.

<sup>514</sup> Hagerup (1888) s. 47.

<sup>515</sup> Hagerup (1888) s. 28.

<sup>516</sup> Hagerup (1888) henholdsvis s. 722–723, s. 729 og s. 715 flg.

<sup>517</sup> Se f.eks. Michalsen (2013) s. 267 flg.

<sup>518</sup> Gjengitt i Rt. 1885 s. 565 flg.

<sup>519</sup> Hagerup (1884a) s. 781.

<sup>520</sup> Hagerup (1884a) s. 716.

<sup>521</sup> Hagerup (1884a) s. 780–781 («hvis Vanskelighed ingenlunde skal benegtes»).

<sup>522</sup> Hagerup (1884a) s. 780–784.

<sup>523</sup> F.eks. Hagerup (1884a) s. 768 og nederst s. 783.

<sup>524</sup> Hagerup (1884a) s. 674 («Udenfor denne Undersøgelse ligger [...] Betingelserne for dennes [den tinglige avtalens] Gyldighed»).

<sup>525</sup> Hagerup (1884a) s. 743.

<sup>526</sup> Schweigaard (1834).

Hagerup kunne tatt opp abstraksjonsprinsippet i *Om kjøb og salg* (1884) der han drøftet virkningen av selgers mislighold. Inspirert av Windscheid skrev Hagerup her at bristende forutsetninger ga kjøper mulighet til «Kontraktens Omgjørelse» eller «Adgang til at fragaa Kontrakten».<sup>527</sup> Hagerup presiserte ikke om han siktet til den tinglige eller obligatoriske kontrakten.

Testen på om Hagerup her opererte med et abstraksjonsprinsipp er om selgers krav på tingen var vindikasjonskrav (selger har eiendomsrett; kausalprinsipp) eller om selgers krav var et berikelseskrav (kjøper har fått eiendomsrett; abstraksjonsprinsipp). Det er her interessant at Hagerup ikke presiserte om selgers krav bygget på vindikasjon eller berikelse. Tausheten er desto mer interessant når Hagerup understreket at «Grundlaget for *Kjøberens Krav* er Sælgerens ugrundede Berigelse».<sup>528</sup> Dette var jo uomstridt hvis pengene ble sammenblandet ved betalingen og dermed ikke kunne vindiseres. Det kan tyde på at Hagerup bevisst unngikk å ta stilling til abstraksjonsprinsippet.

Hagerup kunne også tatt opp abstraksjonsprinsippet på prøveforelesningen *Om principerne for *condictio indebiti** (1885). Det var, som nevnt, blant annet gjennom *condictio indebiti* at den som overførte eiendomsrett i henhold til en ugyldig avtale kunne søke tingen tilbake under abstraksjonsprinsippet. Hagerup tok likevel ikke opp abstraksjonsprinsippet generelt. Han argumenterte bare for at *condictio indebiti* gjaldt i norsk rett. Hans argumentasjon kom likevel nær å implisere abstraksjonsprinsippet: Alternativet til *condictio indebiti*, skrev Hagerup, var å gi den som presterte i villfarelse vindikasjonsrett. Det var imidlertid uheldig fordi man derved «udstrækker Virkningen af Forudsætningens Bristen udover Forholdet mellem Parterne, og derved støder an mod Omsætningens Interesser».<sup>529</sup> Dette hensynet, med generell rekkevidde, var i pandektvitenskapen blitt det bærende rettspolitiske argumentet for abstraksjonsprinsippet (pkt. 4.3.3). Hagerup avsluttet med et hertesukk om berikelseskravenes stilling i norsk rett – det var et «fuldstændig ubearbejdet Omraade».<sup>530</sup> Samtidig mente han at ethvert «velordnet Retssystem ligesaa lidt [...] kunne undvære Berigelsesklager som Vindikation».<sup>531</sup> Hagerup fremstod dermed i og for seg positiv til abstraksjonsprinsippet. I motsetning til Aagesen innså han likevel at norsk rett ikke var moden for det, blant annet som følge av berikelseskravenes uavklarte stilling. Prøveforelesningen om *condictio indebiti* kan leses som et forsiktig forsøk på å introdusere tankegangen med berikelseskrav (og implisitt abstraksjonsprinsippet) for et norsk rettsvitenskapelig publikum.

Hagerups anmeldelse (1894) av Lassens *Haandbog i Obligationsretten* er interessant i denne sammenheng. Lassen lærte nemlig at rettsvirkningen av en bristende forutsetning var at både den obligatoriske og den tinglige avtalen ble ugyldige, fordi forutsetningen måtte anses som en betingelse. Det innebar at overdrageren kunne vindisere sin ting (også fra tredjemenn).<sup>532</sup> Teorien var åpenbart i strid med et abstraksjonsprinsipp. I anmeldelsen kunne Hagerup ha løftet dette til et prinsipielt nivå ved å argumentere for abstraksjonsprinsippet. I stedet viste Hagerup til et rettspolitisk argument: «Farerne for Omsætningslivet» ble for store med Lassens teori.<sup>533</sup> Problemet var at Lassens teori ga overdrageren vindikasjonsrett på bekostning av godtroende tredjemenn, i strid med den rettspolitiske begrunnelsen for abstraksjonsprinsippet slik Hagerup var inne på i 1885.

Samlet sett brukte Hagerup teorien om tinglige avtaler på en annen måte enn Aagesen. Han drøftet ikke teorien generelt – han brukte den til å løse konkrete

<sup>527</sup> Hagerup (1884b) s. 100.

<sup>528</sup> Hagerup (1884b) s. 100 (min utheving).

<sup>529</sup> Hagerup (1885) s. 251.

<sup>530</sup> Hagerup (1885) s. 252.

<sup>531</sup> Hagerup (1885) s. 252.

<sup>532</sup> Lassen (1892) s. 82–83.

<sup>533</sup> Hagerup (1894) s. 64.

rettsspørsmål. På denne måten har Hagerups bruk av teorien likhetstrekk med Ørsteds bruk av fullendelsesteorien: Der Ørsted anså den (da) rådende fullendelsesteorien som sakens natur, anså Hagerup den rådende teorien om tinglige avtaler som sakens natur. Slik Ørsted ikke drøftet *titulus-* og *modus-*læren eller dens skolastisk-aristoteliske rasjonalitet, drøftet Hagerup ikke begrepet *tinglig avtale*, dets kantianske fundament eller abstraksjonsprinsippet. Begge stod for en pragmatisk resepsjon: De hentet fra tyskerne det de hadde bruk for og som lot seg innpasse i norsk og dansk rett.

## 7.4 Overleveringskrav i norsk rett?

### 7.4.1 Innledning

Dette delkapitlet handler om Hagerups doktoravhandling *Om traditio* (1884). Der kom Hagerup til at det ikke gjaldt et tradisjonskrav i norsk rett. En tinglig overdragelsesavtale var tilstrekkelig. Spørsmålet er hvordan Hagerup i avhandlingen forholdt seg til de danske *traditio*-teoriene ved blant annet Ørsted og Aagesen og pandektvitenskapens debatt om *traditio* som hadde pågått siden midten av 1860-årene. I tillegg undersøker jeg i hvilken grad Hagerups argumentasjon var funksjonell eller substansiell. Var det abstrakt begrepsjurisprudens eller spilte reelle hensyn en viktig rolle?

Innledningsvis er det hensiktsmessig med en oppsummering av Hagerups argument. Strukturen i resonnementet bygget på et skille mellom ikke-nasjonale og nasjonale rettskilder. De ikke-nasjonale rettskildene inkluderte den romerske rett (kapittel 1), den germanske rett (kapittel 2), moderne europeiske rettsordninger (kapittel 3) og reelle hensyn (kapittel 4). Samlet utgjorde de ikke-nasjonale kildene 75 av avhandlingens 112 sider. Hagerup mente at de ikke-nasjonale kildene tilsa at tradisjonsprinsippet ikke lå i «sakens natur». Han oppsummerte med at tradisjonsprinsippet var «baaren frem af den romerske Rets mægtige Autoritet» men i nyere tid var «dens Kurs stadig synkende». <sup>534</sup> Som følge av den økonomiske utviklingen hadde flere europeiske land avskaffet tradisjon. I europeiske land der den aldri var innført, hadde ingen tatt til orde for den. Den var, som han sa, «beseiret af en af Retslivets Behov fremgaaet Udvikling i modsat Retning». <sup>535</sup> Først i kapittel 5 kom Hagerup til positive nasjonale rettskilder som Norske lov (1683), annen lovgivning og domstolspraksis. Siden tradisjonsprinsippet ikke lå i sakens natur, var spørsmålet om det fantes hjemmel. Det fant Hagerup ikke. Konklusjonen var et krav om tinglig overdragelsesavtale – uten tradisjon. <sup>536</sup>

De følgende punktene følger i hovedsak Hagerups egen struktur. Først ser jeg på hans forståelse av *traditio* i «romerretten» og sammenligner den med pandektvitenskapens (7.4.2). Deretter undersøker jeg Hagerups argumentasjon for det tinglige avtaleprinsippet (7.4.3). Til slutt redegjør jeg for hva hans tinglige avtaleprinsipp egentlig innebar (7.4.4).

### 7.4.2 Det romerske bakteppet; forståelsen av *traditio*

Det første kapitlet i Hagerups avhandling handlet om *traditio* i (den tysk-romanske) romerretten. Spørsmålet er hvordan Hagerups forståelse av *traditio* plasserte seg i forhold til pandektvitenskapen.

Hagerup tok utgangspunkt i at *traditio* er overføring av den borgerlige besittelsen. Det innebar at besittelsen kunne erverves ved representant. Hagerup henviste til Savigny og forklarte at *constitutum possessorium* var en alminnelig anvendelse av besittelseservert ved representant. Han tok ellers avstand fra det eldre skillet mel-

<sup>534</sup> Hagerup (1884a) s. 751.

<sup>535</sup> Hagerup (1884a) s. 751.

<sup>536</sup> Hagerup (1884a) s. 780.

lom *traditio vera* og *traditio ficta* og begrepet symbolsk tradisjon.<sup>537</sup> Dermed gjenga Hagerup alle kjernepunktene i det enhetlige savignyske overleveringsbegrepet. Dette var i og for seg intet nytt. Som vist i kapittel 5 og 6 dannet det savignyske *traditio* bakteppet for drøftelsene av tradisjonsprinsippet i dansk og norsk rettsvitenskap fra og med Ørsted og Bang.

Det nye med Hagerup var at han forholdt seg til pandektvitenskapens debatter om *traditio*. Blant andre Schlossmann hadde hevdet at romersk rett ikke anerkjente besittelseserverv ved representant, slik at *constitutum possessorium* umulig kunne være et representasjonsforhold (kapittel 4). Hagerup avviste Schlossmanns kritikk. Han viste til de romerske kildestedene som forklarte *constitutum possessorium* som besittelseserverv ved representant (særlig D. 41.2.18). Dessuten hadde ikke Schlossmanns kritikk fått gehør i pandektvitenskapen.<sup>538</sup>

Hagerup tok også stilling til debatten om vilkårene for *constitutum possessorium* som ble innledet i 1860-årene av Exners teori om *causa detentionis* (pkt. 4.4.3). Hagerups posisjon var å fastholde den savignyske teorien: Vilråene for *constitutum possessorium* måtte i utgangspunktet være de samme som ved besittelseserverv ved representant i alminnelighet. Det innebar at det var tilstrekkelig at selger ville beholde detensjonen på kjøpers vegne og at det fantes et rettsforhold mellom dem som forpliktet selger til å forvare tingen på kjøpers vegne.<sup>539</sup> Hagerup var uenig med dem som ville kreve noe mer enn dette, f.eks. at rettsforholdet skulle hjemle selger en *bruk* av tingen (Behrend) eller at rettsforholdet måtte foreligge kronologisk før – og ikke samtidig med – besittelseservervet (Harburger). Hagerup mente disse teoriene var uholdbare fordi de ikke harmonerte med *constitutum possessorium* som en regulær anvendelse av besittelseserverv ved representant: Det var «i Virkeligheden en Tilbagevenden til den ældre Anskuelse, der i const. poss. saa en Singularitet», altså den før-savignyske teorien.<sup>540</sup> Hagerup hadde mer sans for Exners teori, men han kritiserte Exners begrep *causa detentionis* som «mindre heldig» for «[h]erved vækkes Forestillingen om noget singularært».<sup>541</sup> Hagerup fastholdt altså det savignyske enhetlige overleveringsbegrepet i møte med pandektvitenskapens nye teorier.

Det neste spørsmålet for Hagerup var om et *constitutum possessorium* implisitt fulgte av selgers erklæring om å «overdra eiendomsretten».<sup>542</sup> Som vist i punkt 4.4.2, benektet Savigny dette. Han krevde at selger *uttrykkelig* påtok seg å sitte med tingen på kjøpers vegne. En erklæring om at «eiendomsretten overføres» eller «besittelsen overføres», var ikke nok for Savigny. Hagerup kom til motsatt resultat: *Constitutum possessorium* kunne ofte følge implisitt av at «eiendomsretten overføres». Tre kildesteder stod sentrale i Hagerups analyse:

D. 41.48 «A man made a gift of land with slaves and stated in writing that he had de-livered possession of them. Even if only one of the slaves given with the land should come to the donee and by him be sent back shortly to the land, it will be manifest that possession of the land and of the other slaves is acquired through that slave.»

D. 17.2.1 og 2 «In a partnership in all goods, all that belongs to those entering into partnership is held in common forthwith, [...] because although no handover of goods actually occurs, it is tacitly understood to occur.»

<sup>537</sup> Hagerup (1884a) s. 681–686 og 709.

<sup>538</sup> Hagerup (1884a) s. 681–682.

<sup>539</sup> Hagerup (1884a) s. 688.

<sup>540</sup> Hagerup (1884a) s. 689.

<sup>541</sup> Hagerup (1884a) s. 690.

<sup>542</sup> Hagerup (1884a) s. 691 flg.

C. 8.53.1 «You understand that when documents evidencing the sales of slaves are handed over as gifts, there is also a delivery (of possession) of the slaves themselves; and so you can bring an action in rem against the donor (to obtain the slaves).»

Fellestrekket ved kildestedene er at ingen fysisk overlevering har skjedd. I det første tilfellet anses besittelsen ikke overført. I de to andre tilfellene anses besittelse overført ved erklæring eller overføring av salgsdokument. Kildestedene fremstår vanskelige å forene. Savignys løsning var å generalisere fra D. 41.48 slik at *constitutum possessorium* måtte gjøres uttrykkelig. Dermed måtte D. 17.2.1 og 2 forklares som et slags unntak, begrunnet i at frem-og-tilbakelevering ville vært upraktisk ved *societas omnium bonorum*.<sup>543</sup> Savigny forklarte C. 8.53.1 ved å anta at slavene hadde vært tilstede under overleveringen av salgsdokumentene, slik at kildestedet ble ansett for ikke å angå *constitutum possessorium*.<sup>544</sup> Windscheid la til grunn omtrent samme resonnement.<sup>545</sup>

Hagerup hadde en annen tilnærming.<sup>546</sup> Han påpekte at D. 41.48 gjaldt overdragelse av *prædia* (jordegods). Eiendommen med slavene lå fritt og tilgjengelig for gavemottaker uten at giver skulle foreta seg noe mer. Derfor var det naturlig å tolke erklæringen som at giver oppga ethvert forhold til eiendommen og slavene – både besittelse og detensjonen – og overlot det til gavemottaker å skaffe besittelsen på egenhånd. Da foreligger naturligvis intet *constitutum possessorium* fordi giver ikke har påtatt seg noen plikt; det foreligger ikke et rettsforhold mellom giver og mottaker. Ifølge Hagerup stilte dette seg annerledes med D. 17.2.1 og 2. Ved inngåelse av *societas omnium bonorum* skulle overdrageren fortsette å ha tingene i hende. Det var da ikke naturlig å tolke erklæringen som at overdrager mente å oppgi ethvert forhold til tingen. Snarere skulle begge beholde detensjonen av tingene, og da måtte inngåelse av *societas omnium bonorum* medføre en stilltiende omsorgsplikt for tingene som de hadde sammen. Det samme gjaldt for C. 8.53.1. Det var snakk om slaver som selger vedvarte å ha i hende, og hvor en senere fysisk overlevering forutsatte selgers medvirkning. Da var det ikke naturlig å anta at selger har ment å oppgi både detensjonen og besittelsen, slik som i D. 41.48. Det naturlige var at selger påtok seg en omsorgsplikt. Derfor måtte overdragelse av salgsdokumentet forstås som at selger skulle fortsette detensjonen på kjøpers vegne og dermed overføre besittelsen. Dermed klarte Hagerup å forene de tre tilsynelatende motsetningsfylte kildene.

Selv om Hagerup kom til et annet resultat enn Savigny og Windscheid, fulgte han pandektvitenskapens tilnærming til kildene: Det gjaldt å få ligningen til å gå opp; å avdekke de enhetlige og generelle begrepene som de romerske kildene ble ansett som uttrykk for. I pkt. 4.4.2 pekte jeg på at Savignys tilleggsvilkår om uttrykkelighet stod i et spenningsforhold til konstruksjonen av *constitutum possessorium* som besittelseserverv ved representant. For besittelseserverv ved representant ellers var nemlig det eneste vilkåret et rettsforhold mellom erverver og representanten – uten uttrykkelighet. Hagerups tolkning unngikk dette problemet. Savigny hadde også måttet forklare D. 17.2.1 og 2 som slags unntak. Hagerup var derimot sterkt kritisk til å anse D. 17.2.1 og 2 som «en Singularitet: en legal Undtagelse fra Reglerne om Tradition» – en tolkning som led av «høi Graf af indre Urimelighed».<sup>547</sup> Hagerups tilnærming var på mange måter en ekstremvariant av Savignys forsøk på å danne et enhetlig overleveringsbegrep. Dette var å svømme mot samtidens strøm. Som oppsummert av Windscheid: Selv om *constitutum pos-*

<sup>543</sup> Savigny (1865) s. 320–323.

<sup>544</sup> Savigny (1865) s. 220.

<sup>545</sup> Windscheid (1879a) s. 474.

<sup>546</sup> Hagerup (1884a) s. 691 flg.

<sup>547</sup> Hagerup (1884a) s. 693.

*essorium* siden Savigny har vært ansett som en anvendelse av besittelseservert ved representant, «so ist doch in der neueren Zeit das Bewusstsein erwacht, dass die schrankenlose Ausbeutung dieses Grundsatzes gefährlich und unzulässig sei».<sup>548</sup> Der Exner, Windscheid, Jhering m.fl. ville innskrenke *constitutum possessorium*, valgte Hagerup å utvide det for å skape koherens i kildene.

Hagerups bidrag, sammenlignet med tidligere danske og norske forfattere, var å ta stilling til debatten om *traditio* og *constitutum possessorium* i pandektvitenskapen. Han forholdt seg selvstendig og kritisk til de ulike tyske forfatterne. Der han var uenig, argumenterte Hagerup ut ifra pandektvitenskapens kriterier for holdbar argumentasjon. Det sier også noe om Hagerups rettsvitenskapelige program. I *Nogle ord* (1888) argumenterte Hagerup for at norsk rettsvitenskap skulle nærme seg den tyske rettsforskning. Drøftelsene i *Om traditio* viser at det kunne bety å forholde seg til pandektvitenskapens debatter om romersk rett.<sup>549</sup>

### 7.4.3 Argumentasjonsanalyse

Så langt har jeg undersøkt Hagerups forståelse av *traditio* i klassisk romerrett og plassert den i forhold til den samtidige tysk-romanske rettsvitenskapen. I dette punktet endrer jeg perspektiv. I det følgende ser jeg på hvordan Hagerup argumenterte for det tinglige avtaleprinsippet i *norsk rett*. Et viktig spørsmål er, som før, hvordan Hagerups argumentasjon forholdt seg til de danske tradisjonsteoriene ved bla. Bang, Aagesen og Ørsted og den pandektvitenskapelige debatten om *traditio*. Dette spørsmålet har en side til den norske rettsvitenskapens løsrivelse fra den danske. I tillegg vil jeg fortløpende kommentere på eventuelle funksjonelle/substansielle trekk.

#### *Romersk rett*

Jeg har allerede analysert hvordan Hagerup forstod det romerske *traditio*. Nå er spørsmålet hvilken normativ betydning Hagerup tiller romerretten. Denne måtte naturligvis bli en annen enn i Tyskland, der romansk rett gjaldt direkte.

Hagerup tok romerretten til inntekt for avtaleprinsippet, til tross for det romerske *traditio*.<sup>550</sup> Til grunn for dette lå teorien om det historiske og det universelle/moderne i romerretten, som Hagerup hadde hentet fra Jhering. Man måtte skille mellom «de Elementer, der stod i Samklang ligemeget med det moderne som med det antike Liv» og «de Retsinstituter, der vel endnu figurerte i Retssystemerne som gjældende Ret, men som i Virkeligheden kun var romerrettslige Antikviteter».<sup>551</sup> Når det gjaldt tradisjonsprinsippet var to momenter sentrale. For det første mente Hagerup at tradisjonsprinsippet var utslag av en romersk kulturell forestilling der erververen måtte være en aktiv part, hvilket hindret at erververen kunne motta eiendomsrett passivt ved selgers erklæring. I tradisjonsprinsippet så Hagerup derfor «et Stykke romersk Nationalkarakter».<sup>552</sup> At tradisjonsprinsippet uttrykte romersk nasjonalkarakter tilsa at det ikke var universelt og overførbart til norsk rett. Det andre momentet handlet om romerrettens utvikling. Hagerup pekte på at det gjaldt et strengt tradisjonskrav (fysisk overlevering) i før-klassisk romerrett. Etter hvert åpnet romerne for *constitutum possessorium* slik at tradisjonsprinsippet fikk mindre betydning, spesielt når *constitutum possessorium* kunne skje stilltiende. At romerne aldri avskaffet tradisjonsprinsippet skyldtes deres «konservative Tendents» og at «den gamle Verdens Omsætningsforhold» var mindre utviklede enn i dag.<sup>553</sup> Hagerup antydte at om de romerske omsetningsforhold

<sup>548</sup> Windscheid (1879a) s. 474.

<sup>549</sup> Tilsvarende Michalsen (2013) s. 256.

<sup>550</sup> Dette avsnittet bygger på Michalsen (2013) s. 256 flg.

<sup>551</sup> Hagerup (1888) s. 14.

<sup>552</sup> Hagerup (1884a) s. 703.

<sup>553</sup> Hagerup (1884a) s. 704.

var så utviklede som på hans tid, kunne de romerske juristene selv ha avskaffet tradisjonen.

Å vektlegge romerretten som argument var åpenbart ikke noe nytt i dansk eller norsk rettsvitenskap. Også Ørsted og Aagesen påberopte romerretten. Hagerup anvendte den imidlertid her på en annen måte, gjennom skillet mellom det historiske (tradisjonsprinsippet) og det moderne/universelle (*constitutum possessorium*; tinglige avtaler) i romerretten. Dette var en spesifikt pandektvitenskapelig tilnærming.

#### «Germansk» rett

Hagerup gikk så over til den «germaniske Ret» som inkluderte både eldre tysk («sydgermansk»), dansk, norsk og svensk rett.<sup>554</sup>

For fast eiendoms del hadde sydgermansk, dansk, svensk og norsk rett utviklet visse symbolske og høytidelige former – blant annet de gamle danske skjøtningsseremoniene der jord ble kastet i erververens fang. Ifølge Hagerup var dette likevel ikke uttrykk for et overleveringskrav. Han pekte på at «en blot symbolsk Overleverelse» egentlig er «det samme som, at ingen Besiddelse fordres».<sup>555</sup> Argumentet bygger på det savignyske tradisjonsbegrepet, der symbolsk overlevering ikke er en tradisjon i egentlig forstand fordi den ikke overfører den faktiske rådigheten over tingen. At skjøtningen var symbolsk betød derfor at eiendomsretten ble overført ved en tinglig avtale (undergitt symbolske former). Hagerup konkluderte derfor med at eiendomsretten ble overført ved blotte avtalen (dvs. tinglig avtale) i norsk og annen germansk rett.<sup>556</sup>

Det er betydelig sammenfall mellom Hagerup og Ørsteds syn på skjøtningsseremoniene. Også Ørsted var skeptisk til å trekke slutninger fra skjøtningsseremoniene ut ifra den savignyske tanken om at «symbolisk Overlevering» og «virkelig Overleverelse» er grunnforskjellige.<sup>557</sup> Samtidig brukte Ørsted de symbolske skjøtningsseremoniene som argument for at det krevdes *noe mer* enn (den obligatoriske) kjøpsavtalen, nemlig fullendelse. For Ørsted var dermed skjøtningsseremonien uttrykk for avtalens *fullendelse*. For Hagerup var den uttrykk for en *tinglig avtale*. Forskjellen handler mer om begrepene enn om realitetene.

Det nye med Hagerup var at f.eks. skjøtningsseremoniene ble plassert i konteksten «germansk rett». Der Ørsted forholdt seg til danske rettshistorikere, forholdt Hagerup seg i tillegg til tysk germanistisk rettsforskning ved f.eks. Eichhorn.<sup>558</sup>

#### Moderne europeiske rettssystemer

I kapittel 3 gjennomgikk Hagerup tradisjonens stilling i moderne europeiske rettssystemer. Fremstillingen på 22 sider var relativt omfattende. Til sammenligning var romerretten viet 28 sider. Så omfattende bruk av europeisk rett hadde ikke vært vanlig i drøftelser av tradisjonsprinsippet i dansk og norsk rettsvitenskap tidligere. Den som kom nærmest var Ørsted, som viet fransk, østerriksk, prøyssisk og svensk rett ni av drøftelsens totalt 34 sider.<sup>559</sup>

Hagerups argumentasjon handlet om å påvise at tradisjonsprinsippet var i tilbakegang. Mange steder gjaldt det riktignok et tradisjonsprinsipp, som Prøyssen, Østerrike, Tyskland, Nederland, Spania og deler av Sveits.<sup>560</sup> Men mange av disse hadde vedtatt innskrenkninger i tradisjonsprinsippet. For eksempel anerkjente den østerrikske lovbooken symbolsk tradisjon. Det var ifølge Hagerup det samme

<sup>554</sup> Hagerup (1884a) s. 704.

<sup>555</sup> Hagerup (1884a) s. 707.

<sup>556</sup> Hagerup (1884a) s. 708.

<sup>557</sup> Ørsted (1831) s. 381.

<sup>558</sup> Hagerup (1884a) s. 704.

<sup>559</sup> Ørsted (1831) s. 396–405.

<sup>560</sup> Hagerup (1884a) s. 708–714 og 720–722.

som at eiendomsrett overførtes uten tradisjon (ut ifra en savignysk forståelse av *traditio*).<sup>561</sup> Ved sendekjøp fastsatte både østerriksk, prøyssisk og sachsisk rett at eiendomsretten gikk over ved forsendelsen, uavhengig av om det forelå et *constitutum possessorium* – altså uten tradisjon.<sup>562</sup> I moderne europeisk rett fant Hagerup dermed en bekreftelse på utviklingen mot avtaleprinsippet, som han mente å påvise i romersk rett.

I mange europeiske land gjaldt dessuten ulike former for avtaleprinsipp, herunder Sverige, England, USA, Frankrike, Italia, Belgia, Portugal og Russland. Et problem var riktignok at flere av disse rettsordnene ikke kjente skillet mellom obligatoriske og tinglige avtaler. Hagerup løste dette ved å anta at skillet egentlig var universelt, selv om det ikke ble «oppdaget» før på 1800-tallet.<sup>563</sup> Dermed kunne disse rettsordnenes regler omfortolkes til å passe Hagerups tinglige avtaleprinsipp (jf. kapittel 7.3.2).

#### *Reelle hensyn*

Hagerup avsluttet gjennomgangen av ikke-nasjonale kilder med et kapittel om reelle hensyn. Der tok han avstand fra teorier som begrunnet tradisjonsprinsippet i et «*a priori* [...] Fornuftpostulat» eller i at tradisjon var «naturlig» el.<sup>564</sup> Ifølge Hagerup var både Ørsted og Aagesens argumentasjon varianter av dette. Slike teorier var uttrykk for et «forladt videnskabeligt Standpunkt».<sup>565</sup> Han slo fast at tradisjonsprinsippet eventuelt måtte begrunnes i «de rent praktiske legislative hensyn».<sup>566</sup> Dette er uttrykk for en metodisk funksjonell holdning: Reelle hensyn var viktigere enn abstrakte begreper eller postulater.

I selve drøftelsen skilte Hagerup mellom overleveringskrav med og uten *constitutum possessorium*. Etter hans syn var de så forskjellige at de burde drøftes hver for seg.<sup>567</sup>

Et strengt overleveringskrav uten *constitutum possessorium* hadde visse fordeler, medga Hagerup. Det kunne skape publisitet om eiendomsforholdene for omsetningsserververe. Det gjorde også proformaoverdragelser og omgøelser av håndpan-tregelen vanskeligere, til vern for kreditorer.<sup>568</sup> Men Hagerup anså disse argumentene lite tungtveiende. Hensynet til omsetningsserververe burde ivaretas av regler om spontane godtroerverv, sa han. Den beste måten å hindre kreditorsvikende proformaoverdragelser var «streng Straffebud».<sup>569</sup>

Derimot fantes det tungtveiende argumenter *mot* et strengt overleveringskrav. For det første ville et fysisk overleveringskrav medføre «Uretfærdigheder».<sup>570</sup> Uretfærdigheten bestod i at «Rettigheder, som man har havt Grund til at anse velerhverede» ble usikre overfor tredjemenn.<sup>571</sup> Eksemplene han ga, viser at Hagerup primært tenkte på tilfeller som i dag omfattes av interesselæren:

«Et Vareparti, som jeg har udtaget og betalt hos en Kjøbmand, men som det først er mig bekvemt at afhente nogle Dage senere, kan i Mellemtiden inddrages i Sælgerens konkursbo; et Ur, som jeg har kjøbt, men som Urmageren har beholdt til Regulering, kan rammes af samme Skjæbne.

<sup>561</sup> Hagerup (1884a) s. 710.

<sup>562</sup> Hagerup (1884a) s. 712–713.

<sup>563</sup> Hagerup (1884a) s. 715.

<sup>564</sup> Hagerup (1884a) s. 741–742.

<sup>565</sup> Hagerup (1884a) henholdsvis s. 740 og 742.

<sup>566</sup> Hagerup (1884a) s. 741.

<sup>567</sup> Hagerup (1884a) s. 742.

<sup>568</sup> Hagerup (1884a) s. 746–747.

<sup>569</sup> Hagerup (1884a) s. 750.

<sup>570</sup> Hagerup (1884a) s. 746.

<sup>571</sup> Hagerup (1884a) s. 745.



[...] Eller: en Hestehandler, der ikke selv disponerer over Staldrum, har kjøbt en Hest hos en Hestehandler og ladet den staa paa Stald hos denne: han skulde ikke være bleven Eier.»<sup>572</sup>

Hagerups poeng var at kjøperen i disse tilfellene hadde mer til felles med eiere enn med usikrede kreditorer, fordi manglende overlevering skyldes andre og mer tilfeldige omstendigheter. Det «rettferdige» var derfor at de behandles som eiere med separatistkrav mot konkursboet. Som sagt var dette et viktig poeng for datidens forfattere som Savigny, Ørsted, V.C. Ussing og Aagesen. Som sagt ble argumentet også viktig for Brækhus' og Hærems interesselære («kredittmomentet»).

For det andre la Hagerup vekt på det vi kan kalle *finansieringshensynet*. Hagerup påpekte at en kjøper kan ha behov for å selge en ting for å skaffe likvide midler, samtidig som han har bruk for tingen i en kort periode. Uten adgang til *constitutum possessorium* ville kjøper da bli avskåret fra å «gjøre [salgstingen] i Penge» ettersom en kjøper ikke vil forskuddsbetale med risiko for å miste både tingen og pengene i tilfelle selgers konkurs.<sup>573</sup> Hagerup var, så vidt sees, den første i dansk og norsk rettsvitenskap til å argumentere ut ifra finansieringshensynet. Ikke bare var argumentet nytt – det stod dessuten i et motsetningsforhold til rettferdighetsargumentet. Rettferdighetsargumentet tilsa jo at en forskuddsbetalende kjøper burde likestilles med andre usikrede kreditorer. Finansieringshensynet tilsa derimot at en forskuddsbetalende kjøper kunne få sikkerhet i det solgte, slik at selger enkelt kunne skaffe likvide midler. Dessuten stod finansieringshensynet i et anstrengt forhold til grensdragningen mellom omsetningstransaksjoner og sikkerhetsstillelse for lån (pantsettelse). Å selge en gjenstand uten å overlevere den for å skaffe likvide midler, slik Hagerup nevnte, har nemlig likhetstrekk med pantsettelse. Det viser at Hagerup drøftet de reelle hensynene fritt og nyansert.

Hagerup var generelt oppmerksom på forretningslivets behov. For eksempel pekte han på at en del bedrifter hadde gjort salg kombinert med oppbevaring til en del av forretningsmodellen. Et strengt tradisjonskrav ville «lamme» deres virksomhet.<sup>574</sup>

Samlet sett stod ikke fordelene med et strengt overleveringskrav «paa nogen Maade» i forhold til ulempene det ville medføre ved at «Vareomsætningen paa en saa indgribende Maade lagdes i Baand og Tvang».<sup>575</sup> Hva så med et overleveringskrav med *constitutum possessorium*?

Hagerup anså retstekniske hensyn som det viktigste argumentet for tradisjonsprinsippet med *constitutum possessorium*. Argumentet var at *traditio* ga dommeren et ytre holdepunkt for å avgjøre om eiendomsretten hadde gått over eller ikke. Som antydte tidligere, stod dette argumentet i forbindelse med Savignys uttrykkelighetskrav for gyldig *constitutum possessorium*. Argumentet hadde dessuten stått sentralt for tradisjonsprinsippet støttespillere på det 14. tyske juristmøtet og var i dansk rettsvitenskap blitt hevdet av Bang (1831). Hagerup var enig i behovet for en skarp og klar regel. Han anså likevel tradisjonsprinsippet som uegnet til formålet, fordi *constitutum possessorium* i realiteten åpnet for atskillig tvil og uklarhet.<sup>576</sup> Hagerup var den første siden Bang (1830/31) til å forholde seg til dette argumentet, som hadde stått så sentralt i Tyskland.

Hagerups viktigste argument *mot* tradisjonsprinsippet med *constitutum possessorium* handlet om at det i praksis kunne tvinge kjøpere til å gi usikret kreditt, særlig i forbindelse med sendekjøp. At dette var viktig for Hagerup, fremgår av at han drøftet eiendomsovergang ved sendekjøp i et eget kapittel på ni sider. I drøftelsen

<sup>572</sup> Hagerup (1884a) s. 745–746.

<sup>573</sup> Hagerup (1884a) s. 746.

<sup>574</sup> Hagerup (1884a) s. 746.

<sup>575</sup> Hagerup (1884a) s. 751.

<sup>576</sup> Hagerup (1884a) s. 743–744.

av reelle hensyn pekte han på at «det praktiske Omsætningsliv» hadde gått bort fra tradisjonsprinsippet, særlig i forbindelse med sendekjøp der det var utviklet regler om eiendomsovergang ved overdragelse av konossement og andre merkantile dokumenter.<sup>577</sup> En av grunnene til at romerne aldri avskaffet tradisjonsprinsippet var at deres omsetningsforhold var mindre utviklet, særlig ved at «Overdragelse mellom fraværende [dvs. sendekjøp] ikke paa langt nær spillede den Rolle som i Nutiden».<sup>578</sup>

Grunnen til at sendekjøp stod sentralt, var at ytelsene vanskelig kunne utveksles helt samtidig ved sendekjøp. Selger vil ikke sende varene før han har fått betaling. Kjøper vil ikke betale før han har fått varene. Sett fra kjøpers perspektiv er problemet blant annet at selger kan gå konkurs. Om han forskuddsbetaler, risikerer han å miste både pengene og varene. Måten rettsordenen kan avhjelpe problemet, er å gi kjøper vern mot selgers kreditorer (dvs. eiendomsovergang) fra og med betalingen.<sup>579</sup>

Hagerups argument var at et tradisjonsprinsipp, selv om det åpnes for *constitutum possessorium*, gjorde denne løsningen unødvendig vanskelig. Ut ifra reglene om *constitutum possessorium* berodde nemlig kjøpers vern mot selgers konkursbo på om selger eller befrakter kunne anses som kjøpers representant i besittelsen. Det kunne naturligvis tenkes, men kunne ikke i sin alminnelighet antas, ifølge Hagerup.<sup>580</sup> I praksis oppstod problemet særlig ved transport av varer med skip, der spørsmålet ble om utstedelse av konossement til kjøper samtidig overførte besittelse og eiendomsrett. Hagerup konstaterte at autoriteter som Jhering og Gerber nektet for at konossementet var tilstrekkelig ut ifra alminnelige regler om *traditio*.<sup>581</sup> Når han selv kom til at overdragelse av konossementet kunne anses som gyldig tradisjon, var det motivert av «den almindelige merkantile Opfatning og Varehandelens Behov, der kræver, at Konossementets Indehaver faar samme Beskyttelse som Eier».<sup>582</sup>

Samlet sett gjorde tradisjonskravet det unødvendig vanskelig å komme til det Hagerup anså som det hensiktsmessige resultatet: At kjøper er vernet mot selgers kreditorer fra og med betalingen. Hagerup konstaterte at «om end en Tradition her lader sig konstruere, hviler Hovedvægten aabenbart paa andre Punkter»<sup>583</sup>, nemlig på at reglene ikke bør tvinge kjøper til å gi usikret kreditt i en situasjon hvor ytelsene knapt kan utveksles samtidig. Kort sagt: Vernet mot kreditorer ved sendekjøp burde ikke løses ut ifra abstrakte vurderinger av om selger eller befrakter er kjøpers representant i besittelsen.

Som sees var Hagerups drøftelse av reelle hensyn utførlig, nyansert og ganske omfattende med 11 sider. Sammenlignet med tidligere forfattere som Ørsted og Aagesen spilte reelle hensyn en større og mer åpen rolle. Det vanlige hadde vært å drøfte reelle hensyn i tilknytning til andre rettskilder, f.eks. ved spørsmål om analogi fra lovgivningen, som hos Ørsted. At reelle hensyn var fremtredende i Hagerups tekst, kan ses i sammenheng med at tradisjonsspørsmålet nylig hadde tatt en mer rettspolitisk vending i Tyskland. Åpen rettspolitisk argumentasjon var ikke uvanlig – heller ikke i rettsdogmatiske arbeider. For eksempel skrev Windscheid at man i nyere tid hadde blitt oppmerksom på at uinnskrenket adgang til *constitutum possessorium* «gefährlich und unzulässig sei».<sup>584</sup> På de 14. og 15. tyske juristmøter (1878 og 1880) ble det diskutert om BGB burde bygge på avtale- eller

<sup>577</sup> Hagerup (1884a) s. 745.

<sup>578</sup> Hagerup (1884a) s. 704.

<sup>579</sup> Generelt om problemet, se Lilleholt (2015) s. 39 flg.

<sup>580</sup> Hagerup (1884a) s. 730–733.

<sup>581</sup> Hagerup (1884a) s. 735.

<sup>582</sup> Hagerup (1884a) s. 735–736.

<sup>583</sup> Hagerup (1884a) s. 745.

<sup>584</sup> Windscheid (1879a) s. 474.

tradisjonsprinsipp og hvilke vilkår som burde gjelde for *constitutum possessorium*. Dette var naturligvis en rettspolitisk debatt. Gjennom hele kapitlet henviste Hagerup til referatene fra juristmøtene.<sup>585</sup> Hagerups åpne rettspolitiske drøftelse kan dermed leses som en stillingstaken til den tyske diskusjonen.

Hagerups holdning til de tyske juristmøtene viser en underkommunisert side ved hans rettsvitenskapelige program. I *Nogle ord* (1888) lå hovedvekten på at norsk rettsvitenskap skulle tilegne seg de tyske «historiske» og «konstruktive» metodene.<sup>586</sup> Drøftelsene i *Om tradition* viser imidlertid at bruk av tyske rettspolitiske diskusjoner kunne være vel så viktige i rettsdogmatiske arbeider.

#### *Norske nasjonale rettskilder*

Ut ifra de ikke-nasjonale kildene, konkluderte Hagerup med at en tinglig avtale var tilstrekkelig etter sakens natur.<sup>587</sup> Dermed ble spørsmålet om dette utgangspunktet var fraveket i norske rettskilder. De sentrale rettsgrunnlagene var NL. 5-3-42 og 43 (DL. 31 og 32) og håndpantregelen.

Hagerup ville ikke slutte analogisk fra håndpantregelen til et overleveringskrav. Han påpekte, som Ørsted, at salg uten overlevering var en langt mindre trussel mot personalkreditten enn pantsettelse uten overlevering.<sup>588</sup>

I Aagesens teori hadde DL 5-3-32 (NL. 43) tjent som hjemmel for tradisjonsprinsippet. Han fortolket regelen i lys av det jheringske besittelsesbegrepet og kom til at *constitutum possessorium* var tilstrekkelig etter bestemmelsen.<sup>589</sup> Hagerup var ikke enig i denne tilnærmingen. Han tok utgangspunkt i at «en Forstaaelse af Artikelen alene kan vindes ad historisk vei».<sup>590</sup> Han undersøkte derfor en rekke dommer som lovstedet sannsynligvis bygget på. Felles for disse dommene var at de gjaldt overdragelse av jordegods der overdrager forbeholdt seg besittelse for livstid, og spørsmålet var om disposisjonen stod seg overfor arvingene. Hagerup forklarte det gjennom en rettskulturell oppfatning i «den ældste germaniske Ret» som gikk ut på at arvingene burde beskyttes mot å tape jordegods – det utvilsomt viktigste formuesgodet i denne tiden.<sup>591</sup> I nyere tid hadde man imidlertid «fuldstændig kommen bort fra den Retsopfatning, der ligger til grund for Artikelen og dens Kilder».<sup>592</sup> Derfor hadde bestemmelsen heller ikke vært praktisert i samsvar med dens historiske innhold og gjennomgått en sedvanemessig forandring. Bestemmelsen inneholdt nå bare en presumsjon om proforma ved overdragelse av jordegods uten endring i besittelsen, ifølge Hagerup.<sup>593</sup>

Når det gjaldt NL. 5-3-42 mente Hagerup at kildestedet hadde sin opprinnelse i eldre norsk rett, der eiendomsretten gikk over ved avtale uten overlevering.<sup>594</sup> Den passet derfor som hånd i hanske på Hagerups avtaleprinsipp. Det er da interessant at Hagerup *likevel ikke* tok bestemmelsen til inntekt for avtaleprinsippet. Han pekte på at den måtte ha endret karakter da den ble tatt inn i Norske lov (1687) og måtte forenes med tinglysningssystemet der tinglysningstidspunktet var avgjørende for eiendomsovergang. Tolkningen av regelen ble dermed så usikker at bestemmelsen hadde «tabt al Beviskraft for vort Spørgsmaal».<sup>595</sup>

<sup>585</sup> Hagerup (1884a) s. 740–751.

<sup>586</sup> Generelt Hagerup (1888).

<sup>587</sup> Hagerup (1884a) s. 751–752.

<sup>588</sup> Hagerup (1884a) s. 769.

<sup>589</sup> Pkt. 6.3.3.

<sup>590</sup> Hagerup (1884a) s. 764.

<sup>591</sup> Hagerup (1884a) s. 765.

<sup>592</sup> Hagerup (1884a) s. 767.

<sup>593</sup> Hagerup (1884a) s. 767.

<sup>594</sup> Hagerup (1884a) s. 768–769.

<sup>595</sup> Hagerup (1884a) s. 769.

Hagerups bruk av NL. 5-3-42 og 43 bærer preg av en annen tilnærming enn Aagesens. Aagesen hadde forholdt seg relativt fritt til bestemmelsenes historiske opprinnelse. Han nølte ikke med å fylle dem med romansk innhold som det jheringske besittelsesbegrepet og *constitutum possessorium* (pkt. 6.3.3). Hagerup hadde en mer historiserende tilnærming. At Norske lov måtte studeres slik, understreket han senere i *Nogle ord* (1888).<sup>596</sup> Den historiserende tilnærmingen innebar samtidig en bevissthet om at den gamle loven var utslag av helt andre samfunnsforhold og en helt annen rettskultur. Den burde ikke diktere rettstilstanden i hans moderne samtid. Hagerup oppfattet det derfor uproblematisk å konstatere at loven var fraveket ved sedvane eller at regelen var så usikker at den burde ses bort fra, som ved henholdsvis NL. 5-3-43 og 42. Kort sagt: Selv om Hagerup var opptatt av å oppnå en korrekt historisk forståelse av lovbestemmelsene, behandlet han dem som mindre autoritative for dagens rettstilstand. Dette var utvilsomt et viktig middel for å modernisere norsk rett og bringe den på høyde med de europeiske forbildene.

#### *Sammenfatning*

Det er betydelige likhetstrekk mellom Hagerup og Ørsteds argumentasjon og deres bruk av europeisk rett og rettsvitenskapelige teorier. Begge bygget åpent «sakens natur» direkte på europeisk rett og herskende teorier i tysk rettsvitenskap, slik at Danske og Norske lov endte opp med å spille andrefolin. Dette stod i motsetning til Aagesen, som søkte å innfortolke romansk rett i Danske lov samtidig som han forholdt seg mer indirekte til den romanske rettsvitenskapen.

Det nye med Hagerup var at han gikk lenger enn vanlig i å hente impulser fra den tyske rettsvitenskapen og forholdt seg direkte til enda flere tyske forfattere. Det handlet om å hente impulser – ikke minst som inspirasjon til drøftelser av reelle hensyn, som Hagerup drøftet mer åpent og utførlig enn tidligere.

#### **7.4.4 Normens innhold**

Ifølge Hagerup var dermed en tinglig overdragelsesavtale, uten *traditio*, tilstrekkelig til å overføre eiendomsrett. Spørsmålet er hva dette «tinglige avtaleprinsippet» egentlig gikk ut på.

Hagerups avtaleprinsipp kan gi inntrykk av at det stod partene helt fritt å overføre eiendomsretten og beskyttelsen mot tredjemenn gjennom en tinglig overdragelsesavtale. Sett med dagens øyne kan dette fremstå vilkårlig. Hvorfor skal tredjemanns rettsstilling (konkursboets beslagsrett) underlegges partenes avtalefrihet? For partene selv har eiendomsovergangen knapt noen betydning. Hvilken kjøper vil da ta til takke med obligatorisk beskyttelse når han – uten ulempe for selger eller ham selv – kan få den tinglige? Disse motargumentene ligger i dagen og ble fremført allerede i Hagerups samtid.<sup>597</sup> Vi gjenfinner dem også hos f.eks. Ross og Brækhus, som forbinder teorien om tinglige overdragelsesavtaler med det substansielle eiendomsrettsbegrepet.<sup>598</sup>

Mye av kritikken bygger på en misforståelse. Ifølge Hagerup måtte overdragelsesavtalen innebære en reell endring i rådighetsforholdene for at den skulle få rettsvirkning.<sup>599</sup> Hva slags endring i rådighetsforholdene var tilstrekkelig? For det første var det tilstrekkelig hvis selger forvarte tingen på kjøpers vegne. I så fall forelå det jo et *constitutum possessorium* som i utgangspunktet var tilstrekkelig selv

<sup>596</sup> Hagerup (1888) s. 15–16 og Hagerup (1894) s. 35 («intet vindes ved, at man trækker en Del halvfor-glemte Steder af denne Lov efter Haarene»).

<sup>597</sup> F.eks. Ussing (1890) s. 187–190.

<sup>598</sup> Ross (1935) s. 22 og Brækhus (1998) s. 7.

<sup>599</sup> Hagerup (1884a) s. 691 flg. i lys av disputasen gjengitt i Rt. 1885 s. 565 flg. på s. 588–589 (Hagerups svar på Getz' spørsmål).

under tradisjonssystemet.<sup>600</sup> For det andre var det tilstrekkelig om selger oppga ethvert forhold til tingen – at han overlot til kjøperen å oppnå besittelse uten at han påtok seg å passe på den.<sup>601</sup> Dersom selger derimot kunne behandle tingen som sin egen – å skalte og valte med den som før – ble den tinglige avtalen ansett som *proforma* og uten virkning.<sup>602</sup> Kjøper og selger stod altså ikke fritt til å regulere tredjemanns rettsstilling. Materielt sett kom Hagerup til omtrent samme løsning som Ørsted: Det holdt at selgeren sluttet å råde over tingen som sin egen (negativ interesselære), uten at han trengte å passe på tingen for kjøperen som besittelsesrepresentant (dvs. savignysk kausalt *constitutum possessorium*).

Forskjellen mellom Hagerups teori og en tradisjonsteori med kausalt *constitutum possessorium* var i praksis relativt liten. Ved sendekjøp – som Hagerup var opptatt av – kunne den imidlertid få stor betydning. Som sagt har kjøper interesse i å få eiendomsretten til tingen (kreditorvern) allerede ved forsendelsen, ettersom kjøpesummen typisk betales før forsendelse. Ut ifra tradisjonsprinsippet beror kjøpers kreditorvern på om befrakter kan anses som kjøpers besittelsesrepresentant eller som selgers representant i detensjonen på kjøpers vegne (indirekte *constitutum possessorium*). Slike vurderinger blir fort unødig kompliserte og formalistiske. Ut ifra Hagerups avtaleprinsipp trenger man ikke foreta dem. Det er tilstrekkelig at selger vil overføre eiendomsrett og overlater tingen til befrakteren (og dermed oppgir detensjon og besittelse). Kjøperen får enkelt sikkerhet i det solgte – uten kompliserende konstruksjoner av *constitutum possessorium*. Et viktig poeng med Hagerups avtaleprinsipp var å legge til rette for enkel og sikker distansehandel.

Kritikken mot Hagerups tinglige avtaleprinsipp har vært overdreven og til dels bygget på misforståelser. Teorien innebar ikke at kjøper og selger etter eget for-godtbefinnende kunne avgjøre tredjemanns rettsstilling – regler om *proforma* satte der en grense. Teorien var begrunnet i hensynet til enkel og sikker kredittgivning i tilfeller der ytelsene ikke kunne utveksles helt samtidig, særlig sendekjøp.

---

<sup>600</sup> Hagerup (1884a) s. 692–693.

<sup>601</sup> Hagerup (1884a) s. 692.

<sup>602</sup> Hagerup (1884a) s. 691.

## 8 Epilog

Avslutningsvis kan man spørre seg hva som egentlig er forskjellen mellom dagens nordiske tingsrett og 1800-tallets teorier om «eiendomsrettens overgang».

Forskjellen handler ikke primært om de materielle reglene. Reglene om eierfunksjonenes overgang var funksjonelle og relasjonelle allerede i klassisk romerrett. Både Ørsted, Windscheid og Hagerup bygget videre på hovedtrekkene i denne romerske regelstrukturen. Gitt den klassiske romerrettens store autoritet er det grunn til å anta at den romerske funksjonelle og relasjonelle regelstrukturen har hatt stor innflytelse på europeisk rettstenkning helt siden gjenoppdagelsen av *corpus iuris civilis* i det ellevte århundre – lenge før 1800-tallet. Man kan da spørre seg om noen egentlig har hevdet at alle eierfunksjonene skulle gå over *en bloc* til ett og samme tidspunkt.

I moderne tingsrettslig teori har det vært vanlig å diskutere det ontologiske spørsmålet om eiendomsrett «finnes» eller ikke.<sup>603</sup> Etter mitt syn bygger denne diskusjonen på oppkonstruerte motsetninger og karikaturer. Ross gjenga for eksempel Hagerup som følger:

«[For Hagerup er] 'rettigheden selv', det usynlige Herredømme, der stiftes gennem Viljens magiske Kraft, det primære, og den funktionelle Retsstilling til Tredjemand de sekundære, heraf afledede 'Virkninger' [...] At Ejendommens Overgang beror paa Overdragerens Vilje er [ifølge Hagerup] et Axiom saa sikkert som noget.»<sup>604</sup>

Denne gjengivelsen av Hagerup er lite treffende. Tvert imot: De fleste forfatterne på 1800-tallet, som Windscheid, Ørsted og Hagerup, hadde et ganske realistisk syn på begreper som «eiendomsrett» og «tinglige rettigheter».

Forskjellen mellom 1800-tallets teorier og dagens dynamiske tingsrett handler for det første om reelle hensyn. Forskjellen er imidlertid ikke slik Ross karikerte den – at 1800-tallets forfattere utledet regler fra «aksiomer» og «Viljens magiske Kraft» uten hensyn til tredjemanns rettsstilling. Jeg har derimot vist at 1800-tallets forfattere var opptatt av å finne et forstandig kriterium for grensedragningen mellom eiere (med separatistrett) og usikrede kreditorer (dividende). Forfatterne oppfattet det som «urettferdig» at personer som hadde inntatt eierposisjonen skulle stilles som usikrede kreditorer.<sup>605</sup> Ross avviste dette blankt.<sup>606</sup> Det har sammenheng med at han benektet at det var noen rasjonell forskjell på rett til tingen i henhold til eiendomsrett og rett til tingen i henhold til kontrakt. I begge tilfeller har man jo rett til tingen.<sup>607</sup> Ross måtte derfor finne tradisjonsprinsippets begrunnelse et annet sted og lanserte da hensynet til å forebygge kreditorsvikende tilbakdaterte disposisjoner<sup>608</sup> – et hensyn som tidligere hadde vært ganske perifert.

Om det er irrasjonelt å vektlegge forskjellen på usikrede kreditorer og eiere får noen andre vurdere. Det holder å konstatere at Brækhus' og Hærem's interesselære (1967) i realiteten vendte tilbake til 1800-tallets tankegang. Som sagt er det hovedsakelig nyanseforskjeller mellom Savignys teori og interesselæren. Det såkalte «kredittmomentet» var et nytt navn på at den som inntar eierposisjonen bør få separatistrett og at den som har gitt usikret kreditt bør få dividende. Brækhus' og Hærem's teori innebar samtidig at hensynet til å forebygge kreditorsvik fikk nokså begrenset gjennomslag.

<sup>603</sup> F.eks. Baldersheim (2017) og Ross (1934) og (1951).

<sup>604</sup> Ross (1935) s. 22.

<sup>605</sup> F.eks. Hagerup (1884a) s. 745–746.

<sup>606</sup> Ross (1935) s. 143.

<sup>607</sup> F.eks. Ross (1971) s. 234.

<sup>608</sup> Ross (1935) s. 147 flg.

Den andre forskjellen mellom dagens dynamiske tingsrett og 1800-tallets teorier om eiendomsovergang handler om systematisering og begreper. Som vist er hverken rettsvernsmodellen eller eiendomsrettsmodellen til hinder for en adekvat behandling av tredjemannsproblemene.<sup>609</sup> Samtidig har hver modell sine fordeler og ulemper. Rettsvernsmodellen peker tanken i retning av notoritets- og publisitetshensyn. Eiendomsrettsmodellen peker tanken i retning av å trekke en grense mellom eiere og usikrede kreditorer.

Et problem med rettsvernsmodellen er at den har vanskelig for å gi en adekvat forklaring på interesselæren. Interesselæren fremmer jo hverken publisitet eller notoritet. Vi risikerer da at praktiske rettsanvendere tolker læren mer innskrenkende enn det er grunnlag for, på bakgrunn av systematikk i lærebøker. Etter mitt syn er HR-2021-2248-A et eksempel på at systematikken bærer galt av sted. Flertallet talte her om «rettsvernskrav i tillegg til den konkrete vurdering av eiendomsrettens overgang i det enkelte tilfelle» (avsnitt 50). Jeg kan ikke se at det er riktig. Rettsvernsreglene – spesielt interesselæren – er reglene om eiendomsovergang. Flertallet kom da skjevt ut ved at de hensyn interesselæren bygger på ble definert som mer eller mindre irrelevante. Høyesterett drøftet derfor heller ikke om salg med samtidig tilbakeleie kunne være omfattet av interesselæren, til tross for at interesselærens begrunnelse (kredittmomentet) skulle tilsi vern i en slik situasjon. I interesselærens historiske forbilde – det kausale *constitutum possessorium* – er salg med tilbakeleie *helt i kjernen* av hva som er omfattet.

---

<sup>609</sup> Lilleholt (2018) s. 55 («Det gjev ikkje meining å sjå på den eine tilnærminga som den 'rette'; kvart land lever godt med sin modell»).

## Litteraturliste

- Aagesen (1866). Aagesen, Andreas. *Bidrag til læren om Overdragelse af Eiendomsret og andre tinglige Rettigheder*. København: F. H. Eibes forlag, 1866.
- Aagesen (1871). Aagesen, Andreas. *Bemærkninger om Rettigheder over Ting, 1ste Række: om Retsbeskyttelsens forskjellige Udstrækning*. København: F. H. Eibes forlag, 1871.
- Aagesen (1872). Aagesen, Andreas. *Fortsatte bemærkninger om Rettigheder over Ting. Sætryk af Universitetets indbydelsesskrift fra foraaret 1872*. København: F. H. Eibe, 1876.
- Aagesen (1879). Aagesen, Andreas. *Om singulærsukcession i formuerettigheder inter vivos*. København: Gyldendalske boghandel, 1879.
- Aagesen (1881). Aagesen, Andreas ved A. C. Evaldsen og C. Goos (red.). *Indledning til den danske formueret*. København: Gyldendalske boghandels forlag, 1881.
- Baldersheim (2017). Baldersheim, Erlend. *Til tingsrettens teori*. Oslo: Cappelen damm, 2017.
- Bang (1831). Bang, Peter Georg. «Fire forelæsninger, holdte i Anledning af Concurrencen om det ledige juridiske Professorat i Januarii og Februarii Maa-ned 1830.» *Juridisk tidsskrift*, 17 (1831), s. 1–124.
- Bang (1833). Bang, Peter Georg. *Lærebog i de til den Romerske private Ret henhørende Discipliner*. Bd. 1,1. København: F. V. Soldenfeldt, 1833.
- Bang (1835). Bang, Peter Georg. *Lærebog i de til den Romerske private Ret henhørende Discipliner*. Bd. 2,1. København: F. V. Soldenfeldt, 1835.
- Baur og Stürner (2009). Baur, Fritz F., Jürgen F. Baur og Rolf Stürner. *Sachenrecht*. 18. utg., München: C.H. Beck, 2009.
- Bähr (1855). Bähr, Otto. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Cassel: Oswald Bertram, 1855.
- Birks (1997). Birks, Peter. «Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13.» I *The Classification of Obligations*. Peter Birks (red.), Oxford university press, 1997, s. 1–36.
- Birks (2014). Birks, Peter ved Eric Descheemaeker. *The roman law of obligations*. Oxford university press, 2014.
- Björne (1998). Björne, Lars. *Brytningstiden, Den nordiska rättsvetenskapens historia del II*. Lund: 1998
- Björne (2002). Björne, Lars. *Den konstruktiva riktningen, den nordiska rättsvetenskapens historia del III*. Lund: 2002.
- Björne (2003). Björne, Lars. *Rättssystemets utveckling*. Helsingfors: 2003.
- Bornemann (1863). Bornemann, Frederik Christian. *Samlede Skrifter. Foredrag over den almindelige Rets- og Statslære*. Bd. 1., København: F.H. Eides forlag, 1863.
- Brandt (1863). Brandt, Fr. *Brudstykker af Forelæsninger over Tingsretten. Aftryk af Ugeblad for Lovkyndighed*. Christiania: H. Tønsbergs Bogtrykkeri, 1863.
- Brandt (1866). Brandt, Fr. *Tingsretten, fremstillet efter den norske Lovgivning*. Kristiania: J. Chr. Abelsteds forlag, 1867.
- Brandt (1878). Brandt, Fr. *Tingsretten fremstillet efter den norske lovgivning*. 2. utg. Kristiania: N.W. Damm & Søn, 1878.
- Brækhus (1998). Brækhus, Sjur. *Omsetning og kreditt 3 og 4*. Oslo: Universitetsforlaget, 1998.
- Brækhus og Hærem (1967). Brækhus, Sjur og Axel Hærem. *Norsk tingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 1967.
- Ch. Platou (1863). Platou, Christian. *Om besiddelse, efter norsk ret*. Christiania: Chr. Tønsbergs forlag, 1863.



- Coing (1985). Coing, Helmut. *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*. Bind 1. München: C.H. Beck, 1985.
- Coing (1989). Coing, Helmut. *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*. Bind 2. München: C.H. Beck, 1989.
- Eng (2007). Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Evans-Jonas og MacCormack (1989). Evans-Jones, Robin og Geoffrey D. MacCormack. «Iusta causa traditionis.» I *New Perspectives in the Roman Law of Property, essays for Barry Nicholas*. Peter Birks (red.), Oxford university press, 1989, s. 99–109.
- Exner (1867). Exner, Adolf. *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*. Wien: 1867.
- Von Eyben (1968). Von Eyben, W. E. *Formuerettigheder. Indhold. Beskyttelse. Overdragelse*. 3. udg. København: Juristforbundets forlag, 1968.
- Falkanger og Falkanger (2022). Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*. 9. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2022.
- Felgentraeger (1927). Felgentraeger, Wilhelm. *Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die übereignungslehre*. Universität Göttingen, 1927.
- Fuchs (1952). Fuchs, Johannes Georg. *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1952.
- Gordon (1970). Gordon, William M. *Studies in the transfer of property by traditio*. Aberdeen university press, 1970.
- Gram (1858). Gram, F.T.J. *Den danske Formueret*. Kjøbenhavn: F.H. Eides forlag, 1858.
- Gram (1865). Gram, T.T.J. *Om de private Retsforhold i Almindelighed*. Kjøbenhavn: I.H. Schultz, 1865.
- Göranson (1985). Göranson, Ulf. *Traditionsprincipen*. Uppsala: Iustus förlag, 1985.
- Haferkamp (2018). Haferkamp, Hans-Peter. *Die Historische Rechtsschule*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2018.
- Hagerup (1884a). Hagerup, Francis. «Om Tradition som Betingelse for Overdragelse af Eiendomsret til Løsøre.» *Norsk retstidende* (1884) s. 673–784.
- Hagerup (1884b). Hagerup, Francis. *Om kjøb og salg*. Kristiania: Aschehoug, 1884.
- Hagerup (1885). Hagerup, Francis. «Om principerne for conductio indebiti.» *Norsk retstidende* (1885) s. 245–253.
- Hagerup (1888). Hagerup, Francis. «Nogle ord om vor nyere retsvidenskabs karakter.» *Tidsskrift for retsvidenskab*, (1888) s. 1–58.
- Hagerup (1889). Hagerup, Francis. *Den Norske Panteret*. Kristiania: Aschehoug & co., 1889.
- Hagerup (1901). Hagerup, Francis. *Konkurs og akkordforhandling*. Kristiania: Aschehoug & co., 1901.
- Hagerup (1894). Hagerup, Francis. «Til obligationsrettens almindelige del.» *Tidsskrift for retsvidenskab* (1894) s. 32–69.
- Hagerup (1906). Hagerup, Francis. *Forelæsninger over Retsencyclopedi*. Kristiania: Aschehoug & co., 1906.
- Hagerup (1913). Hagerup, Francis. «Det psykologiske Grundlag for Retten. Et foredrag, holdt i Christiania Videnskabselskab ved dets Aarsfest den 3 Mai 1906.» I *Udvalgte mindre juridiske afhandlinger. Anden samling*. Francis Hagerup. Kristiania: Aschehoug & co., 1913 s. 26–39.
- Hall (1851). Hall, C. C. *Lærebog i den romerske Privatret*. Kjøbenhavn: P.G. Philipson, 1851.
- Hallager (1859). Hallager, Fr. *Den Norske Obligationsret*. Bd. 1. Christiania: Chr. Tønsbergs forlag, 1859.
- Hallager ved Aubert (1878). Hallager, Fr. ved L.M.B. Aubert. *Den Norske Obligationsret*. 1. bd., 2. utg. Christiania: 1879.

- Hauge (2016). Hauge, Hilde. *Løsøreerverters kreditorvern*. Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
- Heck (1930). Heck, Philipp. *Grundriss des Sachenrechts*. Nytrykk av utgave fra 1930. Scientia Aalen, 1960.
- Heymann (1911). Heymann, Ernst. «Zur Geschichte des ius ad rem.» I *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern*. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1911.
- Hindenburg (1872). Hindenburg, A. *Om kjøb og salg. Et bidrag til en dansk handelsret*. Kjøbenhavn: C.G. Iversens boghandel, 1872.
- Hurtigkarl (1814). Hurtigkarl, Frederik Theodor. *Den Danske og Norske Private Rets første Grunde*. Bd. 2,1. Kjøbenhavn: Den gyldendalske Boghandlings forlag, 1814.
- Høgberg (2010). Høgberg, Alf Petter. «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell.» I *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*. Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), Oslo: Gyldendal, 2010.
- Jhering (1868). Jhering, Rudolf. *Beiträge zur Lehre vom Besitz. Aus den «Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts» bd. IX. Besonders abgedruckt*. Jena: Mauke's verlag, 1868.
- Kolbe (1957). Kolbe, Kurt Werner. *Der Wirksamkeitsvoraussetzungen des constitutum possessorium nach der Pandektistik*. Frankfurt am Main: 1957.
- Krieger (1849-50). Krieger, Andreas Fredrik. *Grundlag for Forelæsninger over den danske Privatrets almindelige Deel*. Kjøbenhavn: 1849–50.
- Larsen (1857). Larsen, Johannes Ephraim. *Samlede skrifter. Anden afdeling. Forelæsninger over den danske Privatrets almindelige Deel. – Forelæsninger over den danske Personret. – Forelæsninger over den danske Tingsret*. Bd. 1., Kjøbenhavn: Den gyldendalske boghandling, 1857.
- Lassen (1892). Lassen, Julius. *Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del*. Kjøbenhavn: G.E.C. Gad, 1892.
- Lawson (1949). Lawson, F. H. «The Passing of Property and Risk in Sale of Goods.» *Law quarterly review*, årg, 65 nr. 3 (1949) s. 352–366.
- Lilleholt (2015). Lilleholt, Kåre. «Oppgjør ved eidskjøp utan usikra kreditt.» I *Lov og rett* (2015) s. 39–57.
- Lilleholt (2018). Lilleholt, Kåre. *Allmenn formuerett. Fleire rettar til same formuesgode*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Lilleholt (2019). Lilleholt, Kåre. «Europeisering av nordisk tingsrett?» I *Festskrift til Göran Millqvist*. Lars Gorton, Lars Heuman, Annina H. Persson og Gustaf Sjöberg (red.), Stockholm: Jure förlag, 2019.
- Matzen (1882). Matzen, Henning. *Forelæsninger over den danske tingsret*. Kjøbenhavn: 1882.
- Matzen og Lassen (1880). Matzen, Henning og Niels Lassen. *Den nordiske tingsret*. Kjøbenhavn: 1880.
- Markesinis, Unberath og Johnston (2006). Markesinis, Basil, Hannes Unberath og Angus Johnston. *The German law of Contract: A comparative Treatise*. 2. utg., Hart publishing, 2006.
- Marthinussen (2023). Marthinussen, Hans Fredrik. *Tredjemannsproblemene. Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*. Oslo: Cappelen damm, 2023.
- Michalsen (1997). Michalsen, Dag. «Diskursen om den aktualiserte pretor.» *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 110 (1997) s. 585–608.
- Michalsen (2005). Michalsen, Dag. *Rett, historie, metode*. Oslo: Institutt for offentlig rett, 2005.
- Michalsen (2008). Michalsen, Dag. *Romerrettsideologi*. Oslo: Pax forlag, 2008.
- Michalsen (2013). Michalsen, Dag. *Norsk rettstenkning etter 1800*. Oslo: Pax forlag, 2013.
- Nicholas (1962). Nicholas, Barry. *An introduction to roman law*. Oxford university press, 1962.

- Nielsen (1951). Nielsen, Thøger. *Studier over ældre dansk formueretspraksis*. København: G.E.C. Gads Forlag, 1951.
- Nolte (1941). Nolte, Hermann. *Zur Reform der Eigentumsübertragung: Die Bedeutung der Übergabe und des selbständigen dinglichen Vertrages für die Mobliarveräusserung*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1941.
- Nørregaard (1785). Nørregaard, Laurids. *Forelæsninger over den Danske og Norske privat Ret*. Bd. 2. Kjøbenhavn: Gyldendal, 1785.
- du Plessis (2020). du Plessis. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. 6. utg., Oxford university press, 2020.
- Prange (2001). Prange, Ulrike. «Friedrich Carl von Savigny und das Abstraktionsprinzip.» I *Zivilrechtliche Entdecker*. Thomas Hoeren (red.), München: C.H. Beck, 2001.
- Rakneberg (2017). Rakneberg, Karoline. «The Historical Development of the Scandinavian Functional Approach to Transfer of Ownership: a Tale of Change and Continuity.» *European Property Law Journal* 6 (2) 2017 s. 236–271, DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3043131>
- Rakneberg (2021). Rakneberg, Karoline. *Transfer of movables: A comparison of the unitary approach and the Scandinavian functional approach*. Universiteit van Amsterdam, 2021.
- Ranieri (1977). Ranieri, Filippo. «Die Lehre der abstrakten übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts.» I *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*. Helmut Coing og Walter Wilhelm (red.) Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977.
- Ross (1934). Ross, Alf. *Virkelighed og gyldighed i retslæren*. København: Levin og Munksgaard, 1934.
- Ross (1935). Ross, Alf. *Ejendomsret og ejendomsovergang*. København: Levin og Munksgaard, 1935.
- Ross (1951). Ross, Alf. «Tû-Tû.» I *Festskrift til Henry Ussing*. O. A. Borum og Knud Illum (red.), København: Nyt nordisk forlag, 1951.
- Ross (1971). Ross, Alf. *Om ret og retfærdighed*. Nyt nordisk forlag, 1971.
- Rückert (2011). Rückert, Joachim. *Savigny-studien. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 255: Savignyana 9*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2011.
- Savigny (1814). Savigny, Friedrich Carl von. *Vom beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.
- Savigny (1827). Savigny, Friedrich Carl von. *Das Recht des Besitzes*. 5. utg., Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1827.
- Savigny (1865). Savigny, Friedrich Carl von ved Adolf Friedrich Rudorff. *Das Recht des Besitzes*. 7. utg., Wien: Carl Gerold's Sohn, 1865.
- Savigny (1840a). Savigny, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin: Deit und Comp., 1840.
- Savigny (1840b). Savigny, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 3. Berlin: Deit und Comp., 1840.
- Savigny (1853). Savigny, Friedrich Carl von. *Das Obligationenrecht*. bd. 2. Berlin: Deit und Comp., 1853.
- Scheel (1866). Scheel, A. W. *Privatrettens almindelige Deel, fremstillet efter den danske Lovgivning*. Bd. 2. Kjøbenhavn: C. A. Reitzels forlag, 1866.
- Schulz (1951). Schulz, Fritz. *Classical roman law*. Oxford university press, 1951.
- Schweigaard (1834). Schweigaard, Anton Martin. «Betragtninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tysdskland.» *Juridisk tidsskrift* (1834) s. 292–333.
- Stadler (1996). Stadler, Astrid. *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996.
- Stang (1830–31). Stang, Frederik. «Forelæsninger over Naturretten.» I *Frederik Stangs Naturrett*. Marius Mikkjel Kjølstad (red.), Oslo: Pax forlag, 2023.
- Stempel (1856). Stempel, Gustav Ludwig. *Ueber die justa causa bei der Tradition*. Wismar: Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung, 1856

- Tamm (1976). Tamm, Ditlev. *Fra «lovkyndighed» til «retsvidenskab»*. Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørsteds privatretlige forfatterskab. København: Juristforbundets forlag, 1976.
- Torp (1884). Torp, Carl. *Besiddelsen og dens betydning i retlig henseende*. København: A. Gieses boghandel, 1884.
- Tørum (2002). Tørum, Amund Bjøranger. «Konsekvens i formueretten.» *Jussens venner*, (2002) s. 314–339.
- V.C. Ussing (1869). Ussing, V.C. *Om tinglige Rettigheders Overdragelse efter dansk Ret*. København: Den gyldendalske boghandel, 1869.
- Ussing (1888). Ussing, Carl. «Om Retsvidenskabens Methode.» *Tidsskrift for retsvidenskab*, (1888) s. 272–277.
- Ussing (1890). Ussing, Carl. «Løsøres overdragelse.» *Tidsskrift for retsvidenskab* (1890) s. 181–206.
- Ussing (1892). Ussing, Carl. «»
- Van Vliet (2000). Van Vliet, L.P.W. *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*. Maastricht university, 2000.
- Van Vliet (2003). Van Vliet, L.P.W. «Iusta causa traditionis and its history in european privat law.» *European Review of Privat law*, 11 (2003) s. 342–378.
- Wieacker (1995). Wieacker, Franz. *A history of private law in Europe*. Oversatt av Tony Weir. Oxford university press, 1995.
- Windscheid (1879a). Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 1. bd., 5. utg., Stuttgart: Verlag von Ebner und Seubert, 1879.
- Windscheid (1879b). Windscheid, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 2. bd., 5. utg., Stuttgart: Verlag von Ebner und Seubert, 1879.
- Zimmermann (1996). Zimmermann, Reinhard. *The law of obligations, roman foundations of the civilian tradition*. Oxford university press, 1996.
- Zweigert og Kötz (1998). Zweigert, Konrad og Hein Kötz. *Introduction to comparative law*. 3. utg. oversatt av Tony Weir. Oxford university press, 1998.
- Ørsted (1804). Ørsted, Anders Sandøe. *Supplement til afdøde Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret*. Bd. 1. København: A. Soldin, 1804.
- Ørsted (1809). Ørsted, Anders Sandøe. *Systematisk Udvikling af Begrebet om Tyverie*. København: A. og S. Soldin, 1809.
- Ørsted (1812). Ørsted, Anders Sandøe. *Supplement til afdøde Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret*. Bd. 3. København: A. og S. Soldin, 1812.
- Ørsted (1824). Ørsted, Anders Sandøe. «Nogle Bemærkninger over Vindicationen af Gjeldsbreve, som lyde paa Ihændehaveren, fra den troskyldige Besidder.» *Arkiv for Retsvidenskab og dens Anvendelse* (1824) s. 504–519.
- Ørsted (1828). Ørsted, Anders Sandøe. *Haandbog over den danske og norske lovkyndighed*. Bd. 3., København: Boghandler A. Goldin, 1828.
- Ørsted (1831). Ørsted, Anders Sandøe. *Haandbog over den danske og norske lovkyndighed*. Bd. 4. København: Boghandler A. Soldin, 1831.
- Ørsted (1832). Ørsted, Anders Sandøe. *Haandbog over den danske og norske lovkyndighed*. Bd. 5. København: Boghandler A. Soldin, 1832.

## Romerske kilder

- Blume, Fred H. (red.). *The Codex of Justinian, A new annotated Translation, with parallel Latin and Greek Text*. Bind 1–3. Cambridge university press, 2016.
- Birks, Peter og Grant McLeod (red.). *Justinian's Institutes*. Ithaca: Cornell university press, 1987.
- Gordon, W.M. og O.F. Robinson. (red.) *The institutes of Gaius*. London: Duckworth, 1988.

- Watson, Alan (red.). *The Digest of Justinian*. Philadelphia. Bind 1–4. University of Pennsylvania press, 1998.

## **Andre kilder**

- Det tiende nordiske juristmøde (1902). *Forhandlingerne paa det tiende nordiske juristmøde i Kjøbenhavn den 27de, 28de og 29de August 1902*. Kjøbenhavn: 1902.
- Danske lov (1687). Stig Iuul (red.) *Kong Christian den femtes Danske Lov af 15. april 1683*. København: G. E. C. Gads forlag, 1949.
- Norske lov (1863). *Kong Christian den femtes Norske Lov 15de april 1687. Med Kongeloven 1665*. Oslo: Universitetsforlaget, 1982.
- Verhandlungen 14,1,1 (1878). *Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages*. Bd. 1,1. Berlin: J. Guttentag, 1878.
- Verhandlungen 14,1,2 (1878). *Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages*. Bd. 1,2. Berlin: J. Guttentag, 1878.
- Verhandlungen 15,2 (1881). *Verhandlungen des fünfzehnten deutschen Juristentages*. Bd. 2. Berlin: J. Guttentag, 1881.

## **Rettspraksis**

HR-2022-2248-A