



Kontraktfriheden og DANSKE LOV af 1683

Af Bernhard Gomard

Der gælder i moderne dansk ret en almindelig grundsætning om kontraktfrihed. Man kan aftale, hvad man vil, og aftalerne er bindende. Grundsætningen er ikke uden talrige undtagelser, men der er ikke i Danmark opstillet begrænsende, generelle krav til aftaler for at anerkende dem som retligt bindende, som kendes i andre lande, f.eks. at kun skriftlige løfte-erklæringer er bindende, at et løfte for at være bindende må have en *causa* (retsgrund) eller være støttet af en *consideration*. Begrundelsen for, at disse og lignende særlige krav til løfter og aftaler op til vore dage er blevet afvist her i landet, har blandt andet været en hævdvunden bestemmelse i *Christian V's Danske Lov* af 1683.

Den 5. af *Danske (og Norske) Lovs* 6 bøger handler »om adkomst, gods og gæld«. Bestemmelserne i 5. bogs 14 kapitler angår formueretten, bortset fra 2. kapitel, der indeholder regler »om arv og skifte«. Overskriften til det 1. kapitel i 5. bog er: »Om Contracter og Forpligter«. Kapitlet indeholder i sine første 8 artikler dels nogle bestemmelser om aftalers indgåelse og gyldighed, som i en moderne systematik ville høre hjemme i den almindelige aftaleret, dels nogle regler om beviset for at en aftale er indgået og for dens indhold. Af de øvrige 5 artikler i kapitlet angår art. 9-12 fledføring og art. 13 fastslår, at husbond i almindelighed ikke svarer for gæld stiftet af hans hustru eller barn. Den systematiske sammenhæng mellem de tre grupper af regler i kapitlet, art. 1-8, art. 9-12 og art. 13, er spinkel. Både bestemmelserne i art. 9-12 og i art. 13 kunne have fundet en naturligere plads andetsteds i lovbogen. Hovedparten af indholdet af 5-1 er nu glemt, men bestemmelserne i 5-1-1 og 5-1-2 citeres både i Danmark og i Norge stadig i den juridiske littera-



tur som lovsteder, der har betydning for gældende ret. De to bestemmelser lyder således:

5-1-1:

»Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaet haver«.

5-1-2:

»Alle *Contracter*, som frivilligen giøres af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulde holdis i alle deris Ord og *Puncter*, saa som de indgangne ere«.

Det har i tiden efter *Danske* (og *Norske*) *Lov* stået fast, at alle løfter, som overhovedet efter deres indhold er egnede til at stifte forpligtelser af retlig karakter, er bindende uden hensyn til, i hvilken form løftet er afgivet, og uden hensyn til, om løftet efter sit indhold angår et køb eller en anden kontraktsart. Selv et mundtligt løfte om at give en gave eller om at sælge en fast ejendom er bindende. Der er ikke i *Danske Lov* spor af de betydningsfulde undtagelser, som lovgivere i andre lande har foreskrevet, om formkrav (gaver og andre énsidige ydelser, aftaler om fast ejendom) eller om særlige gyldighedsbetingelser (causa, consideration). Christian V's lovbog har placeret Danmark og Norge i en særstilling som en højborg for den kontraktretlige formfrihed.

1. Reglerne om formfrihed og kontraktsfrihed i Danske Lovs 5-1-1 og 5-1-2 kan være en kodifikation af datidens naturret eller folkelige opfattelse

Det kan ikke fastslås med sikkerhed, hvorfor der blev optaget så vidtgående bestemmelser om formfrihed og kontraktsfrihed i *Danske Lov*. Adskillige af *Danske Lovs* bestemmelser er kasuistiske. DL 6-11-3, der er én af 15 artikler i et kapitel om Vaadis Gierning, som giver regler om situationer af hændelig og uagtsomt forvoldt skade, er blevet nævnt for flere generationer af juridiske studerende som eksempel til belysning af *Danske Lovs* kasuistiske – forældede – lovgivningsteknik. Reglerne i *Danske Lov* er imidlertid mangelunde. Der findes også bestemmelser i lovbogen, der er udformet lige så generelt og vidtrækkende som bestemmelserne i senere tiders lovbøger. Både 5-1-1 og 5-1-2 er klare eksempler herpå. Mere almene og vidtrækkende grundregler for al kontraktsret end indledningsbestemmelserne til 5. bog i 5-1-1 og 5-1-2 kan man ikke forestille sig.





V.A. Secher og Støchel peger i deres udgave af *Forarbejderne til Danske Lov, 1891-94*, s. 97 på Forordningen af 5. juli 1651 som kilden til 5-1-1, og angivelsen af denne forordning som kilde er gentaget både i Sechers udgaver af *Danske Lov* og i Stig Iuuls udgave fra 1949.

Forordningen af 5. juli 1651 indskærper, at adelige debitorer, der stævnes til betaling af restancer efter gældsbreve, skal efterkomme reglerne i »Forordningen«. Denne »adresseløse« henvisning til en forordning sigter vistnok til Forordningen af 1. juli 1623 om gældssager, der bl.a. i pkt. 5 indeholdt regler om udlæg hos adelige. Forordningen af 1651 ændrer næppe retstilstanden, sml. herved *Danske Domme 1375-1662* ved E. Reitzel-Nielsen bind IV nr. 510 og bind V nr. 637, og forordningen er formentlig alene udstedt, fordi nogle forgældede debitorer har søgt at udnytte deres adelige stand som et værn mod deres kreditorer, jf. herved beskrivelsen af adelens økonomiske vanskeligheder i denne periode i Axel Rubow: *Renteforhold i Danmark*, 1914, navnlig s. 132 ff, og Svend Aage Hansen: *Adelsvældens grundlag*, 1964, s. 131 ff. Forordningen af 1651 indeholder bl.a. ordene: »Og effterdi en huer ærlig Mand er plictig til Breff og Segel at holde, Da haffve Vi ...«

Forordningen af 1651 betegnes som »kilde« til 5-1-1, fordi forordningen er citeret i udkast til lovbogen som et benyttet forlæg, jf. herved Secher's indledning s. XII til hans 2. udgave, 1911, af *Danske Lov*. Forordningen er imidlertid kun en kilde, for så vidt som både den og andre tekster kan have påvirket ordvalget i 5-1-1, og fordi den udtaler den selvfølge, som også ligger i 5-1-1, at løfter i gældsbrevsform er bindende. Det nye i 5-1-1 er imidlertid, at også mundtlige løfter er bindende, og det har ingen støtte i Forordningen af 1651 og næppe heller i nogen anden ældre dansk retsforordning.

Det uformelle mundtlige løfte var næppe bindende før *Danske Lov*. Den ældre ret krævede vistnok skriftlighed eller iagttagelse af andre formaliteter, såsom håndslag eller nærvær af vidner, ikke blot som bevis for, at en aftale er kommet i stand, men som en nødvendig form eller ceremoni. Denne opfattelse bestyrkes af, at en forløber for bestemmelsen i 5-1-1 og 5-1-2 i Peder Lassens udkast fra 1667-72 lød således: »Enhver ærlig Mand er plictig at holde sin Forskrivelse, Bref og Segel, paa det Credit maa blive udi sin tilbørlig Act, og Afskeed, Bref og Contract holdet og efterkommet. Ingen maa møde anden til Mageskifte eller nogen anden Contract uden hans Vilie« (citeret efter Thøger Nielsen: *Studier over ældre dansk Formueretspraksis*, 1951, s. 212). I dette udkast er mundtlige løf-



ter eller aftaler ikke nævnt. At mundtlige løfter ikke var bindende før *Danske Lov*, bestyrkes også af nogle ældre domme trykt i *Danske Domme 1375-1662* bind IV som nr. 535, 548 og 556 samt bind V nr. 706. Retstilstanden er måske ikke helt afklaret. De ældre domme og forfattere holder næppe altid materiel ret og kravene til beviset for, at en aftale er kommet i stand, ude fra hinanden.

Hvad der har været kilde i betydningen inspiration eller paradigma for 5-1-1, må – i hvert fald indtil nyt kildemateriale dukker op – være en gisning. Lovbogens ophavsmænd har af retsstof kendt hidtidig dansk ret, romerret og naturret. Romerretten kan have spillet en rolle som forbillede for 5-1-8, hvorefter en senere aftale, der er uforenelig med en tidligere, træder i stedet for denne. I hvert fald indeholder Justinians *Institutiones* en ganske tilsvarende bestemmelse i 3, 23, pr. Tanken om at fastslå i lovbogen, at løfter principielt er bindende uden hensyn til form og indhold, kan have været nærliggende og fristende for den, der har haft kendskab til naturretten. Tanker om en naturlig eller guddommelig ret har siden Thomas Aquinas' dage (1226-74) haft en betydelig udbredelse i Europa, og i Erik Krabbe's udkast til en lovbog fra midten af 1500-tallet findes forslag til bestemmelser, der ligner 5-1-1 og 5-1-2, og som til støtte for, at løfter er retligt bindende, påberåber sig, at »naturlig oprigtighed, som bør være i mennesker, udkræver det, at mand skal holde ærlig og redelig løfte og tilsagn«. Det er uvist, om Krabbes arbejde har haft betydning for *Danske Lovs* tilblivelse, jf. dog således i hvert fald Secher: *Kong Kristian V's Danske Lov*, 1883, s. 6-12. I 1600-tallet vandt imidlertid naturretten yderligere kraft og udbredelse, og det må for den, der var fortrolig med naturretten, måske inspireret af Hugo Grotius' store værk *De jure belli ac pacis* (1625), have været en nærliggende tanke at vende sig bort fra alle tekniske krav til kontrakter om stipulatio, om causa og om begrænsning til kontraktstyper og indskrive den enkle regel i lovbogen, at løfter skal holdes, uanset form og uanset om kontrakten hørte til kontraktstyper, som var kendt og anerkendt i romerretten. Vi véd bl.a. fra Peder Syvs *Danske Ordsprog*, at ordholdenhed også på og før *Danske Lovs* tid er en egenskab, som pristest i mange ordsprog, et ord er et ord etc. Lovreglen om, at løfter er bindende, kan tænkes også at have været inspireret af den folkelige retsbevidsthed, som de gamle ordsprog afspejler. Forbindelsen mellem mundtlighed og retssætninger har i ældre tid været nær. Et ejendommeligt vidnesbyrd herom findes i en bog af C. D. Hedegaard, der bærer titlen: *Ordqvæder, betragtede deels som Levninger af den uskrevne, deels som Grund-sætninger til den nu giældende skrevne Lov*, 1776. Hedegaard opregner heri ordsprog, hvis indhold lader sig henføre til bestemmelser i *Danske Lov*. Under reglen i 5-1-1 nævnes (s.



201-209) hele 8 ordsprog, og i den ledsagende tekst viser Hedegaard, at ordsprogenes visdom stemmer overens med lovens bud. Der er ikke fundet direkte vidnesbyrd fra tiden om grunden til, at 5-1-1 til de ældre tekster om, at løfter i brev og med segl var bindende, har føjet, hvad der er lovet »Med Mund«. Erkendes må derfor, at det kun kan være en gisning, at 5-1-1 bør ses i lyset af naturen og almindelig folkelig retsbevidsthed samt af fortsættelsen af kanonisk ret i protestantisk kristen etik.

2. Danske Lovs 5-1-1 og 5-1-2 i eftertidens fortolkning

Eftertiden har forstået bestemmelsen i 5-1-1 således, at der ikke stilles krav om skriftlighed eller noget andet formkrav til løfter og aftaler, hverken til løfter om en gave eller anden vederlagsfri ydelse eller til aftaler om en udveksling af ydelser mellem parterne. Også en mundtlig erklæring er bindende.

Højesteret fastslog allerede i 1685 i en dom, at en mundtlig aftale indgået i vidners nærværelse om salg af en gård er bindende.

Formfrihed er stadig hovedreglen i moderne dansk ret både for aftaler om ydelser mod vederlag, herunder overdragelser af fast ejendom, og for løfter om gaver og andre énsidige begunstigelser af løftemodtageren eller en anden begunstigelse. I 5-1-2 er gaver nævnt på lige fod med andre kontrakter og forpligtelser. I 5-1-1 gøres ikke undtagelse for gaver, kaution (forløfte) eller nogen anden énsidig disposition. Det er dog muligt, at lovbogen har villet hindre folk i ved alt for stor en gavmildhed at skabe problemer for deres arvinger. Reglerne i 5-4-1 til 13 begrænser kompetencen til at give gaver af hensyn til giverens arvinger, og i hvert fald enkelte ældre forfattere har villet fortolke 5-4-14 til 16 således, at adgangen til at give gaver i levende live er undergivet samme begrænsning som adgangen til at disponere ved testamente og døds gave, således at tvangsarv beskyttes både mod testamente og mod livsgaver. Regler af dette indhold findes stadig i flere af de lande, der ligesom Danmark giver arveladers nærmeste tvangsarveret, således bl.a. i den franske *Code Civil* art. 913 ff. I nugældende dansk ret kendes kun en beskyttelse af arveretten mod gaver for førstafdødes arvinger i uskiftet bo, jf. Arvelovens § 20.

Code Civil stiller ved siden af de reelle beskyttelsesregler i art. 913 ff også formkrav til løfter om gaver. Formfuldendthed er dog næppe nogen virkelig sikkerhed mod overilethed og er heller ikke påkrævet for at sikre mod, at »løfter«, som i virkeligheden kun er ufærdige planer og skitser, gøres gældende mod den påståede giver eller hans bo som bindende. Formfuldendthed yder ingen væsentlig beskyttelse af familien.



Retsregler om skriftlig form kan enten gå ud på, at brug af skrift er en materialretlig gyldighedsbetingelse, eller på at der tillægges skrift en særlig betydning som bevismiddel for, at en aftale er indgået, og for aftalens indhold. *Danske og Norske Lov* kræver ikke form som gyldighedsbetingelse, men lovbogens givere har fuldt ud været opmærksomme på, at det kan være nyttigt at skrive løfter og aftaler ned for senere om fornødent at kunne føre bevis for deres eksistens og indhold. Bestemmelsen i 5-14-29 taler således om de kreditorer, som kræver gæld betalt i et dødsbo, uden at have »Haandskrift, Contract, eller Pant paa Gielden«. Dengang som nu kunne skriftlig fiksering være nyttig som bevissikring, men skriftlighed var og er ikke en gyldighedsbetingelse. Det er ej heller en gyldighedsbetingelse, at en skriftlig bekræftelse af en aftale, hvor en sådan findes, skal være underskrevet af alle aftalens parter eller forsynet med deres segl. Bestemmelsen i 5-1-3, der umiddelbart kunne synes at sige det modsatte, må forstås som en bevisregel.

3. Danske Lov har ikke taget stilling til striden om løfteteori eller tillidsteori
Løfteteori v. overenskomstteori. Bestemmelsen i 5-1-2 siger, at (gyldige) kontrakter skal holdes, mens den forudgående 5-1-1 foreskriver, at enhver skal efterkomme, hvad han »lovet og indgaaet haver«. Jul. Lassen mente i *TjR* 1880, s. 120 ff at kunne fastslå, at sprogbrugen i 5-1-1 er mere præcis end i 5-1-2, og han sluttede deraf, at *Danske Lov* stod på løfteteoriens standpunkt, dvs. at det uakcepterede løfte er bindende. Nogle af forfatterne før Lassen havde draget den modsatte slutning deraf, at 5-1-1 ikke blot siger »lovet« men »lovet og indgået«: at *Danske Lov* står på overenskomstteoriens standpunkt, dvs. at først det akcepterede løfte forpligter, jf. således L. Nørregaard: *Forelæsninger over den danske og norske private Ret* III, 1787, s. 18 f, men derimod Jul. Lassen i *TjR* 1888, s. 132 f. Ingen af disse to fortolkninger har nogen virkelig støtte i lovbogens ord, og *Danske Lov* kan ikke antages at have taget stilling til de problemer, som et par hundrede år senere blev debatteret under etiketten løfteteori ctr. overenskomstteori. Dette erkendtes også senere af Lassen – men dog først efter, at Aftaleloven af 8. maj 1917 havde knæsat løfteteorien, jf. *Obligationsrettens alm. del*, 3. udgave, s. 33.

Viljesteori v. tillidsteori. Som en uundgåelig følge af *Danske Lovs* status før Aftaleloven som den stadig gældende lov om den almindelige aftaleret blev bestemmelserne i 5-1-1 og 5-1-2 også draget ind i debatten i det 19. århundrede mellem viljesteori og tillidsteori. I 1. udgaven af *Obligationsrettens alm. del*, 1892, s. 72, anførte Jul. Lassen, at 5-1-2 med sin





fremhævelse af, at kontrakter skal holdes »i alle deris Ord og *Puncter*«, havde forkastet viljesdogmet, og at lovbogen følgelig måtte antages at have sluttet sig til tillidsteori, dvs. at beskytte en løftemodtagers gode tro. Allerede i en afhandling fra 1905 om *Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn*, s. 26 f, erkendte dog Lassen, at *Danske Lov* ikke kan antages at have taget stilling til en godtrosbeskyttelse som den, der senere er knæsat i Aftalelovens § 32 for tilfælde, hvor løftegivers erklæring ikke svarer til hans vilje (uægte vildfarelse), og i 3. udgaven af *Obligationsrettens alm. del*, 1917-20, s. 101, hævder Lassen ikke længere, at *Danske Lov* med sin sprogbrug i 5-1-2 skulle have foretaget et valg imellem viljesteori og tillidsteori. Alle senere forfattere – Fr. Stang: *Innledning til Formueretten* s. 501 f og i tilslutning til ham Ussing: *Aftaler* s. 134 f og s. 154 med note 8 samt Thøger Nielsen: *Studier* s. 213 f – har i *Danske Lov* set et udtryk for en ældre tids opfattelse, hvorefter den afgivne erklæring er eneafgørende. Lovbogen udtaler sig ikke om betydningen af svig og vildfarelse, men omtaler i 5-1 i artiklerne 2, 4 og 5 af de ugyldighedsgrunde, der angår forholdet mellem vilje og erklæring, kun tvang. Stangs opfattelse af lovbogen kan formentlig fastholdes, selv om en svigsregel synes at have været anerkendt i retspraksis allerede før *Danske Lov*, jf. de af Stig Iuul i *Kodifikation eller Kompilation* s. 76 omtalte afgørelser.

4. Kontraktsfrihed

Det er almindeligt antaget i den juridiske litteratur, at kontraktsfriheden har hjemmel i 5-1-2. Forfatterne forstår herved begrebet kontraktsfrihed som friheden til at udforme sine løfter og aftaler, som man vil og kan enes med sine medkontrahenter om. Medens formfriheden, som ordet siger, vedrører aftalens form, bruges ordet kontraktsfrihed oftest om aftalens indhold. Kontraktsfriheden kan lige så vel støttes på ordene i 5-1-1 som i 5-1-2. Bestemmelsen i 5-1-2 har dog i hvert fald den selvstændige betydning ved siden af 5-1-1, at den opregner tre gyldighedsbetingelser eller ugyldighedsgrunde for løfter og kontrakter. De to første af disse grunde er nogle selvfølgelige »indgåelsesmangler«, tvang og umyndighed, men den tredje er en »indholdsmangel« og således en begrænsning af kontraktsfriheden. Kontrakter er ifølge 5-1-2 kun gyldige, hvis de gøres »frivilligen«. Tvang bevirker ugyldighed. Nærmere regler om tvang findes i de følgende bestemmelser i 5-1-4 og 5. Kontrakter er endvidere kun gyldige, hvis de er gjort af dem, der er »Myndige, og komne til deris Lavalder«. Lovbogen indeholder i 3. bogs 17. kapitel udførlige bestemmelser om umyndighed. Den tredje ugyldighedsregel, som er udtalt i 5-1-2, at kontrakten »ikke er



imod Loven, eller Ærbarhed«, fremgår derimod ikke tillige af andre bestemmelser i lovbogen. Reglen gengiver eller stemmer overens med romersk eller romanistisk ret. Reglen har bevaret en vis betydning i moderne ret. Også efter gennemførelsen af §§ 33 og 36 i Aftaleloven om ugyldighed og tilsidesættelse af aftaler, der strider mod almindelig hæderlighed og af urimelige vilkår i aftaler, har *Danske Lov* 5-1-2 en selvstændig betydning for gældende ret. Reglen hjemler ugyldighed af aftaler, som ikke set alene ud fra parternes synspunkt kan kaldes urimelige, og giver – som en naturlig følge heraf – domstolene hjemmel til at tilsidesætte sådanne aftaler ex officio, jf. Gomard: *Civilprocessen*, 4. udg. 1996, s. 368 og *UfR* 1977, s. 874.

5. Kontraktstyper. Pacta vestita og pacta nuda

Bestemmelsen i 5-1-2 nævner efter at have opregnet navnene (typen) på et antal kontrakter »andet, ved hvad Navn det nævnis kand«, og den leder dermed tanken hen på det romerretlige udtryk contracti (in)nominati. I tiden op mod *Danske* og *Norske Lovs* givelse var det, i modsætning til den klassiske romerret, blevet gældende i kanonisk ret og almindeligt i handelsretten, at også pacta nuda, dvs. aftaler, som faldt uden for de i romerretten kendte kontraktstyper, var bindende. Også de store naturretlige forfattere (Grotius 1583-1645) bidrog til, at romerrettens begrænsning til bestemte kontraktstyper på *Danske Lovs* tid var under debat. Den kreds af personer, der forberedte *Danske Lov*, må have kendt den europæiske debat om, at kontrakter i almindelighed bør anerkendes som bindende. Naturretens syn på kontrakter og den klassiske romerrets kontraktssystem var uforenelige. Hverken den menneskelige vilje og opfindsomhed eller moralen kender til formkrav eller begrænsninger som romerrettens stipulatio og kontraktskatalog. Det er en nærliggende tanke, at *Danske* og *Norske Lov* med reglen i 5-1-1 om, at løfter er bindende, og med ordene i 5-1-2: »være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand« har villet tage afstand fra formkrav og har villet proklamere, at ikke kun de kendte navngivne kontrakter, men enhver kontrakt, som ikke er imod loven eller ærbarhed, er bindende. Opregningen af kontraktstyper i 5-1-2 læses naturligst som en eksemplifikation, vendt mod det romerretlige (udtømmende) enumerationsprincip.

Vidnesbyrd fra forarbejder til *Danske Lov* eller fra samtiden om, at *Danske Lov* har villet følge naturretens læresætninger, kan næppe findes, men sådan blev lovbogen forstået i det 18. århundrede.





6. Enkelheden i dansk aftaleret efter Danske Lovs 5-1-1 og 5-1-2

Det er en kendsgerning, at dansk rets almindelige regler om aftalers indgåelse og gyldighed udgør et system, der sammenlignet med andre landes kontraktsret er såre enkelt, og at danske juridiske skribenter, straks fra en egentlig dansk retslitteratur begynder at komme frem i anden halvdel af det 18. århundrede, har fundet støtte for denne enkle retstilstand i *Danske Lovs* bestemmelser i 5-1-1 og 2. Denne kendsgerning er upåvirket af, om ophavs-mændene til lovbogen, Peder Lassen, Rasmus Vinding eller andre, måtte have skrevet disse artikler under indflydelse af naturret, af europæisk handelsret eller af sædvaneret, eller om de måtte have haft andre for os ukendte tanker med de to artikler.

Dansk aftaleret kræver i almindelighed ikke *form* og kender derfor ikke til de komplikationer, som de omfattende formregler, der findes f.eks. i Tyskland og Frankrig, har givet anledning til. Et løftes gyldighed efter dansk aftaleret er ikke betinget af, at løftets *causa* eller skyldgrund er oplyst i løfteerklæringen, og løftets virkning er ikke nødvendigvis afhængig af, om skyldgrunden realiseres. Et abstrakt løfte er gyldigt og kræver ikke som efter §§ 780-782 *BGB* skriftlig form. Stillingtagen til causalæren er vanskelig, fordi indholdet af det af romerretten inspirerede krav om *causa* er uklart. Causalæren har i hvert fald tidligere voldt væsentlig tvivl bl.a. i Frankrig. Et løftes gyldighed er ej heller som efter engelsk ret betinget af, at løftet støttes af *consideration*, og dansk aftaleret har således heller ikke behøvet at beskæftige sig med de betydelige vanskeligheder, som knytter sig til dette krav. Et krav om *håndpenge* (arrha) er ikke omtalt i *Danske Lov*, men dette krav har til forskellig tid spillet en rolle og er stadig genstand for lovregulering i Tyskland og Frankrig.

Det er naturligt efter alle disse negative konstateringer at spørge, om den enkle regel i dansk aftaleret, at løfter er bindende, er et columbusæg eller er udtryk for et primitivt og uudviklet standpunkt. Den danske aftaleret undgår tekniske vanskeligheder med afgrænsning af og detaljer i regler om formkrav og *consideration*, men løber den danske ret på grund af sin enkelhed ind i andre og måske alvorligere komplikationer, såsom usikkerhed om retstilstanden og urimelige resultater i retsanvendelsen? Ingen har vist gjort gældende, at vor aftalerets enkelhed er udtryk for uudviklethed, men ingen fremmede deltager i debatten om dansk ret. Vort land er lille, og vort sprog forstås ikke af fremmede. Der er derfor – skønt ingen kritik har lydt – grund til at se nærmere på de særlige krav til kontrakter, som er almindelige i fremmed ret, og på de fordele og ulemper, som knytter sig til kravene om form, *causa*, *consideration* og håndpenge. Der kan så på dette grundlag tages



stilling til, om vi har grund til tilfredshed eller utilfredshed med, at teori og praksis med støtte i bestemmelserne i *Danske Lovs* 5-1-1 og 2 har holdt disse og andre tekniske kontraktskrav borte fra dansk aftaleret.

7. Form

Formregler i Tyskland. Både i den klassiske romerret og i gammel germansk ret var kontrakter formbundne akter. Formkravene blev i tidens løb mindre strenge under indflydelse af naturretten, af handelsretten og af kanonisk ret. I løbet af det 17. århundrede blev formfrihed det almindelige standpunkt i Europas retsordninger. Formfriheden satte sig tidligst, og mest vidtgående, igennem i handelsretten.

De store europæiske kodifikationer – den franske *Code Civil* af 1804 og den tyske *BGB* af 1896 – siger ikke udtrykkeligt (som den schweiziske *Obligationenrecht* af 1911 i art. 11), at form kun kræves, hvor dette er særligt foreskrevet i lovbogen, men begge lovbøger forstås sådan. Lovbøgerne har imidlertid bevaret formkrav for flere kontraktstyper. Efter dansk ret er af almindelige privatretlige dispositioner kun ægtepagter og testamenter undergivet krav om udfærdigelse i bestemte former, jfr. Retsvirkningslovens §§ 35-37 og Arvelovens §§ 50-57. I den seneste tid er der dog en klar tendens til at give begrænsede, specielle regler om skriftlig form, hvor skriftlighed antages at kunne beskytte forbrugere eller en svagere kontraktspart, jf. således bl.a. Helbredsoplysningsloven af 1996 § 9, hvorefter en arbejdssøgende både skriftligt og mundtligt skal informeres om formålet med en helbredsundersøgelse, Ansættelsesbevisloven af 1993 § 2, hvorefter en arbejdsgiver skal give nyansatte oplysning på skrift om hovedindholdet af vilkårene for ansættelsen, Lov om omsætning af fast ejendom af 1993 § 10, hvorefter en ejendomsmægler og andre, der formidler salg af fast ejendom, kun kan kræve vederlag på grundlag af en skriftlig aftale om »formidlingsopdraget« og Forbrugerftaleloven af 1978 §§ 7 og 136 om de erhvervsdrivendes pligt til skriftligt at give forbrugeren oplysning om fortrydelsesretten.

Den tyske *BGB* stiller krav om iagttagelse af form til gaveløfter (§ 518: notarielle Beurkundung) og til kautionsstilsagn (§ 766: skriftlighed). Formmangel heles dog i begge tilfælde, når aftalen opfyldes: dvs. ved at gaven erlægges eller hovedforpligtelsen opfyldes af kautionsisten. Tilbagesøgning på grund af en formmangel er således udelukket. *BGB* stiller også krav om skriftlig form til abstrakte løfter (§ 780) og til selvstændigt virkende anerkendelse af forpligtelser (§ 781). Der kræves dog ikke skriftlighed i disse to tilfælde, hvis løftet eller anerkendelsen afgives mod saldokvittering eller som led i et forlig (§ 782).





Formkrav stilles endvidere også til aftaler om overdragelse af fast ejendom, både til den obligatoriske kontrakt (§ 313: notarielle Beurkundung) og til den tinglige overdragelseserklæring (Auflassung §§ 925 og 873: parternes mundtlige bekræftelse for notar). En obligatorisk kontrakt om overdragelse af fast ejendom, der ikke er notarielt bekræftet, bliver dog gyldig med hele sit indhold ved tinglysning, »wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen«, jf. §§ 313 og 925 a. Domstolene skal påse ex officio, at lovens formkrav er opfyldt, og formmangel har til følge, at aftalen er en nullitet (§ 125: nichtig). Ratihabition af en formløs aftale har kun virkning som en ny disposition, jf. § 141.

Den gamle tendens i handelsretten til at se bort fra den civile rets formkrav træder tydeligt frem i gældende tysk ret: både et mundtligt kautionstilsagn, et abstrakt løfte og en anerkendelse af en forpligtelse er gyldige, dersom løftet eller anerkendelsen er Handelsge-
schäfte, dvs. Geschäfte eines Kaufmanns die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, jfr. §§ 350 og 343 *HGB*. Den lille næringsdrivende antages dog at kunne have vanskeligt ved at klare sig under handelsrettens regler, og bestemmelsen om formfrihed gælder derfor ikke for en Minderkaufmann, dvs. en person, hvis »Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert«, jfr. §§ 351 og 4 *HGB*. Den tyske regel minder om den danske bestemmelse i Købelovens § 4, stk. 2, 2. pkt. om at den, der driver næring uden fremmed arbejdskraft, ikke anses som handlende i Købeloven.

Danske Lovs 3. bog indeholder nogle kapitler af næringsretlig karakter bl.a. om lav, markeder og mål og vægt, men en særlig handelsretlig kontraktsret ved siden af den civile rets regler kender lovbogen ikke, og en selvstændig privatretlig handelsret har heller ikke senere – i modsætning bl.a. til Tyskland og Frankrig – udviklet sig i Danmark. *Danske Lov* har med sin aksept i 5-5-1 og 5-5-2 af en fuldstændig form- og kontraktsfrihed fjernet en væsentlig del af behovet for en særlig handelskontraktsret.

Den nødvendige nærmere præcisering af rækkevidden af generelle formkrav har voldt vanskeligheder overalt, hvor sådanne krav findes. Er f.eks. en del af aftalen, som ikke er kommet med i den skrevne tekst, ugyldig? Kan oplysninger om parternes forhandlinger tillægges betydning for forståelsen af en skriftlig aftaletekst, eller skal teksten læses isoleret? Kan der gives en part adgang til at føre bevis for, at parternes aftale også omfatter ikke nedskrevne punkter, eller bevis for, at det af de forudgående forhandlinger fremgår, at aftalens ord for parterne betød noget andet, end en fremmed læser ville lægge i teksten? Den schweiziske *Obligationenrecht* af 1911 giver et svar på nogle af disse spørgsmål i art.

12, hvor det siges, at skriftlighedskrav også omfatter »jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen«. *OR* indeholder et par yderligere præciserende regler om indholdet af skriftlighedskravet: En aftale, som efter loven skal være skriftlig, skal underskrives af alle personer, »die durch ihn verpflichtet werden sollen«, jf. art. 13, og underskrifterne skal være egenhændige, jf. nærmere art. 14 og 15 i *OR*.

De reelle synspunkter, som er blevet ført i marken i debatten i Danmark og Tyskland om fordele og ulemper ved formkrav, er de samme, uanset at afstanden mellem dansk og tysk lovgivning om, i hvilket omfang aftalers gyldighed er betinget af iagttagelsen af en særlig form, er stor: Iagttagelsen af en særlig form skaber klarhed over, om en erklæring er et retligt forpligtende løfte eller blot en uforpligtende hensigtsmæssighedserklæring eller tilsagn om velvilje. Formen sikrer bevis både for aftalens indgåelse og (med en regel som *OR* art. 12) for dens indhold. Endelig markerer formen over for løftegiver, at han er i færd med at påtage sig en måske byrdefuld forpligtelse, en handling, som kræver nøje overvejelse. Og i modsat retning: Iagttagelse af formkrav er besværligt. Ordentlige folk holder deres løfter, og mange stoler trods lovgivningens formkrav på andres ord. Nogle vil udnytte tekniske formfejl som påskud til at løbe fra løfter, som de åbenbart har afgivet og ment alvorligt, men nu fortryder. Samhandelen bygger i høj grad på tillid. Man må kunne stole på, at folk står ved deres ord. Det virker kunstigt og urimeligt at fastholde et formkrav, som er begrundet i behovet for at sikre, at løftegiver har tænkt sig om, og for bevissikkerhed også i tilfælde, hvor løftegiver åbenbart har overvejet situationen nøje og har afgivet et løfte med et bestemt og klart indhold. Kontraktsfrihed, formfrihed og bevisfrihed hører sammen. Formkrav som middel til sikring af bevis kan vanskeligt akcepteres i et retssystem, der har forkastet tidligere tiders brug af formelle bevismidler som fuldt bevis og arbejder med fri bevisførelse og fri bevisbedømmelse.

Regler om formkrav har som formål at skabe sikkerhed og forudberegnelighed. Reglerne må derfor have et klart afgrænset anvendelsesområde. Hertil behøves en fast beskrivelse eller definition af de berørte kontraktstyper: Hvad er en ægtepagt, et testamente, en gave, en kaution? Retssystemet bliver imidlertid alt for stift, hvis der skal fastlægges f.eks. ét bestemt gavebegreb, som er afgørende i alle retlige sammenhæng. Det er da også almindeligt antaget både i dansk og i norsk ret (Ussing i *Speciel Del I*, 1923, s. 4 ff samt i *Aftaler* s. 14³⁰ og Arnholm i *Privatret II*, 1964, s. 11), at begrebet gave er et Zweckbegriff, der ikke har samme indhold i alle de regler (konkursretlige, afgiftsretlige, familieretlige etc.),





der findes om gaver. En sådan fleksibel, formålsbestemt begrebsdannelse er vanskeligere at gennemføre i retssystemer, hvor gaver kræver en bestemt form, end i dansk ret. Formkrav må, om ønskemålene om klarhed og sikkerhed skal nås, gøre de begreber, som de er knyttet til: gaver, kaution, overdragelse af fast ejendom, til faste definitioner. Vidtgående formregler tvinger et retssystem tilbage til begrebsjurisprudensen.

Forskellen mellem tilstanden i *retspraksis* i Danmark og Tyskland er ikke så stor, som man skulle tro, så afvigende som reglerne i landenes *lovgivninger* er. I retsanvendelsen er de principielle standpunkter under indtrykket af rimelighedens krav i de konkrete situationer i de tvister, der skal afgøres, blevet lempet, og man kan således også på dette område gøre den – ofte omtalte – iagttagelse: at forskellige retssystemer trods forskelle i systematik og terminologi dog i vidt omfang afgør ensartede konkrete spørgsmål på nogenlunde samme måde.

Den *danske ret* er fri for formkrav, men der stilles i dansk ret betydelige krav til beviset for, at der er afgivet et alvorligt ment gaveløfte eller kautionstilsagn, og indholdet af en sådan erklæring fortolkes i almindelighed til fordel for gavegiver og også for kautionist, i hvert fald hvis denne er en privatperson. Modtageren af et énsidigt løfte får kun så megen ret, som han med sikkerhed kunne forvente at få.

I de *fremmede* retssystemer, som indeholder vidtgående regler om formkrav, stilles retsanvendelsen i almindelighed ikke over for spørgsmål om, hvilke krav der bør stilles til beviset for, at en påstået mundtlig udtalelse virkelig er afgivet, og for at udtalelsen er en færdig og bindende retshandel, for så vidt angår de kontraktstyper, som er omfattet af formreglerne. I disse retssystemer opstår der derimod spørgsmål i retsanvendelsen, om det virkelig kan akcepteres, at voksne mennesker, som utvivlsomt har fuld habilitet, fragår erklæringer, som de vitterligt har afgivet og ment alvorligt, alene fordi formkrav i lovgivningen ikke er opfyldt. I Tyskland har retspraksis vægret sig ved altid at følge den strenge regel i § 125 *BGB* om, at en formmanglende retshandel er en nullitet. Allerede Reichsgericht fastslog, at det efter omstændighederne ville stride imod § 242 om *Leistung nach Treu und Glauben* at tilsidesætte en aftale alene på grund af formmangel, jf. bl.a. *RGZ* 169.73. Det er ikke let i det enkelte tilfælde at skulle danne sig en begrundet mening, om det »mit der Formvorschrift verfolgte Zweck höher anzusetzen ist, als das Interesse an der Wahrung von Treu und Glauben«, og Reichsgerichts praksis er da også blevet kritiseret i den juridiske litteratur, fordi den åbner op for megen af den usikkerhed, som formkravet skulle udelukke. Praktikere har imidlertid naturligt nok svært ved at affinde sig med at



skulle træffe urimelige afgørelser i de sager, de får forelagt, og Bundesgerichtshof synes at holde fast ved den én gang lagte linie.

I de senere års forbrugerlovgivning har ønsket om at nå den rimeligste afgørelse i hvert enkelt tilfælde måtte vige for et ønske om at sikre overholdelsen af forskrifter, som kan være af formel karakter, på en særlig effektiv måde og som middel hertil at benytte privatretlige virkninger, jf. således Forbrugeraftalelovens §§ 7 og 13, hvorefter manglende oplysning om fortrydelsesret gør aftalen ugyldig. Standpunktet er ikke fastholdt fuldt ud i Kreditaftalelovens § 23. Selvom kreditgiveren ikke har oplyst kreditomkostningerne, som han efter loven skal, skal forbrugeren dog betale de fulde omkostninger, hvis kreditgiveren godtgør (beviser), at forbrugeren trods de manglende eller vigtige oplysninger har haft et forsvarligt grundlag for at bestemme kreditomkostningerne. Herefter påvirkes kreditkøbsaftalens retsvirkninger ikke af, at køberen ikke har fået de lovbefalede oplysninger om finansieringsomkostninger, dersom køberen har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme kreditomkostningerne. Om domstolene vil fastholde den absolutte regel i Dørsalgsloven over for en køber, som ad anden vej er velorienteret køber, må tiden vise.

Formregler i Frankrig. Det er vanskeligt i det praktiske liv at opretholde strenge regler med deres intention om ved hjælp af krav om iagttagelse af formaliteter at formane løftegiverne til omtanke og klart at adskille retligt bindende udsagn fra uforbindende udsagn af foreløbig karakter. Den skæbne, som bestemmelsen i den franske *Code Civil* art. 1341 har fået i retsanvendelsen, er endnu et vidnesbyrd herom. Efter bestemmelsen i art. 1341 skal dispositioner om værdier nu over 5.000 frcs enten oprettes for en notar eller bekræftes i et privat underskrevet dokument. Eksistensen af en sådan disposition kan kun bevises ved hjælp af disse dokumenter. Betydningen af bestemmelsen i art. 1341 er imidlertid blevet udhulet i retspraksis bl.a. ved en kraftig udnyttelse af reglerne i art. 1347 og 1348 om commencement de preuve par écrit og om umulighed af at sikre opfyldelsen af formkravet, jf. Zweigert/Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 Aufl. 1996, s. 363 f. Bestemmelsen i art. 1341 gælder ikke i handelsretten, jf. art. 109 i *Code de Commerce*.

Formregler i England og USA. Et tredje vidnesbyrd om, at formforskrifter for almindelige private dispositioner ikke virker tilfredsstillende i praksis, kan findes i England og i de lan-





de, som bygger deres retssystem på engelsk ret. Ligesom art. 1341 i *Code Civil* stillede *The Statute of Frauds* af 1677 krav om, at en lang række dispositioner skal udfærdiges skriftligt. Dette skriftlighedskrav blev ved en lovændring i 1954 begrænset til kun at omfatte contracts of guarantee og aftaler om fast ejendom. Reglerne om aftaler vedrørende fast ejendom var i øvrigt allerede i 1925 blevet overført til *The Law of Property Act* sec. 40 og er i 1989 påny ændret.

Formregler i den internationale privatret. Den internationale privatrets stilling til, hvilket lands formkrav en kontrakt skal opfylde for at undgå at blive ramt af formmangel, kan ses som endnu et vidnesbyrd om bestræbelser for at undgå, at kontrakter invalideres af rent formelle grunde. En kontrakt antages – med visse undtagelser bl.a. om forbruger aftaler og aftaler om fast ejendom – at være formrigtig, blot den opfylder kravene i et af de lande, som kontrakten har nogen væsentlig tilknytning til, jf. nærmere art. 9 EF-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktretlige forpligtelser (EFT nr. L 266/1 ff af 9. oktober 1980) samt Lando: *Kontraktstatuttet*, 3. udgave 1981, s. 217 og Philip: *EU-IP*, 2. udg. 1994, s. 170 f.

Konklusion. Dette strejftog gennem nogle af de fremmede retssystemer, der indeholder formkrav, viser, at lovbestemmelser, der efter deres ordlyd åbner adgang for løftegivere til at gå fra deres ord på grund af formelle fejl ved løftet, overalt er blevet dæmpet ned i retsanvendelsen, således at alvorligt mente, bevissikre aftaler ofte opretholdes, uanset om de lider af formmangler. Retstilstanden i de lande, hvis lovgivninger stiller krav om iagttagelse af bestemte former, ligger således ikke helt så langt fra dansk ret, som man skulle tro alene efter læsning af lovgivningerne. Formreglerne synes dernæst ikke at have ført til en høj grad af forudberegnelighed af udfaldet af enkeltsager. Bestræbelserne for at undgå urimeligheder ved at lempe og begrænse formreglerne har nok haft en betydelig succes, men har også skabt en betydelig usikkerhed. Retspraksis om dæmpning af formkravenes betydning er både omfattende og vanskeligt tilgængelig.