



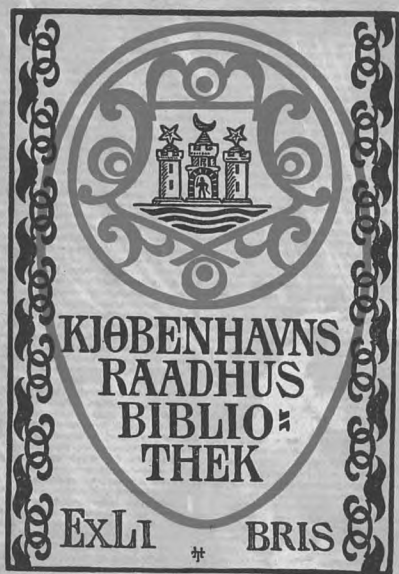
545171503



101 KØBENHAVNS
KOMMUNES
BIBLIOTEKER

99.4 Ørsted, A. S. Go

RHB



KJØBENHAVNS
RAADHUS
BIBLIOTHEK

EX LI † BRIS

Anders Sandøe Ørsteds Betydning

for

den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling

af

C. Goos. J. Nellesmann. H. Øllgaard.



Kjøbenhavn.

H. Hagerups Forlag.

Triers Bogtrykkeri (H. J. Schou).

1885.

Anders Zander Orsted's Betydning

99.4

Dr

den danske og norske Katsvendskabs Udvikling

G. Bøe, J. Mellemann, H. Bligaard

Kjøbenhavn

H. Høstings Forlag

1888

1888

Som det vil erindres, forenede et Antal danske og norske Mænd sig om, paa Hundreedaarsdagen efter A. S. Ørsteds Fødsel at udsætte en Prisbelønning, for derved at fremkalde en fyldig Fremstilling af hans Betydning for den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling, eller, dersom det ikke lykkedes ad denne Vej at fremkalde et saadant Skrift, da at søge det tilvejebragt ved at overdrage Udarbejdelsen af det til en eller flere.

Da den udsatte Prisopgave ikke er bleven forsøgt besvaret, og det ikke antages, at den vilde blive det, om den udsattes paany, har Bestyrelsen for det Anders-Sandøe-Ørstedske Prismetallelegat, til hvem Forvaltningen af de ved Subscriptionen i 1878 indsamlede Midler er overgaaet, overdraget os undertegnede at udarbejde et saadant Skrift, idet man er gaaet ud fra, at der vanskelig vilde findes nogen enkelt Mand, som kunde eller vilde paatage sig hele Arbejdet, men at det lettere vil lykkes at tilvejebringe det, naar de enkelte Dele deraf overdrages Mænd, hvis særlige Studier have medført, at de ere i Besiddelse af et udstrakt Kjendskab til Ørsteds Skrifter og den Tids Literatur for det Fags Vedkommende, som de paatage sig at behandle.

Vi have derfor delt Arbejdet saaledes imellem os, at nærværende Skrift, hvis Opgave er at give en fyldig Fremstilling af A. S. Ørsteds Betydning for den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling, vil udkomme i tre Afdelinger, af hvilke den første, som er forfattet af medundertegnede Nellemann, indeholder — foruden en almin-

delig Indledning — Fremstillingen af Ørsteds Indflydelse paa Procesrettens Udvikling, den anden Afdeling, som bliver forfattet af medundertegnede Øllgaard, vil behandle Æmnet for Civilrettens Vedkommende, og den tredje Afdeling, som vil blive udarbejdet af medundertegnede Goos, skal behandle Æmnet for Criminalrettens Vedkommende. Vi haabe, at anden og tredje Afdeling ville kunne følge i Løbet af det kommende Aar.

Kjøbenhavn, den 8 December 1884.

C. Goos.

J. Nellesmann.

H. Øllgaard.

2

INDLEDNING.

I.

Forud for den speciellere Undersøgelse af Anders Sandøe Ørsted's Betydning for den danske og norske Retsvidenskab bør der skikkes en kort almindelig Skildring af hans Forfattervirksomhed og i Forbindelse dermed et Overblik over hans ydre Livsbane. Hermed er det ikke Hensigten at give en Biographi af ham eller en almindelig literairhistorisk Studie over ham, end mindre en Vurdering af hans offentlige Virksomhed som Embedsmand eller Politiker. Nærværende Skrift har derimod til Opgave at fremstille hans Betydning for den danske og norske Retsvidenskab, vel ikke ved en Opregning af alle de enkelte Bidrag han har ydet hertil, men dog ved en nærmere Paavisning af den Del, han har havt i Udviklingen af de vigtigste Grene af den. I disse Indledningsord er det derfor kun Hensigten at omtale hans almindelige Aandsudvikling og de forskjellige Stadier, gennem hvilke den bevægede sig, i Forbindelse med hans udvortes Virksomhed som Embedsmand, forsaavidt som dette er nødvendigt for at forstaae den nøie Forbindelse, hvori disse Forhold staa med hans Forfattervirksomhed; thi det gjælder om ham mere end

om de fleste andre juridiske Forfattere, at baade hans personlige Aandsudvikling i Forholdet til det Ethiske og Religieuse og hans ydre Livsvirksomhed som stærkt beskæftiget Embedsmand i høi Grad indvirkede paa hans Skrifter og bidrog til at give dem det eiedommelige Præg og den Retning, de fik. I Fortalen til tredie Bind af Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs-Philosophi p. XI udtaler Ørsted som sin videnskabelige Troesbekjendelse „Eben desswegen ist auch der blosz logische Talent keineswegs hinlänglich, um in den Wissenschaften, insbesondere den moralischen (im weitesten Sinne des Wortes) etwas Tüchtiges zu leisten; wohingegen Reinheit der Gesinnung und Reife des Geistes Bedingungen sind, ohne welche aller Scharfsinn und alle Consequents nur Einseitigkeit und Verwirrung hervorbringen“.

Da Ørsted optraadte som juridisk Forfatter forefandt han den danske og norske Retsvidenskab i en sørgelig Forfatning, baade i og for sig betragtet, og sammenlignet med Retsvidenskabens almindelige Udviklingstrin i Slutningen af forrige Aarhundrede. Den daværende Literatur tilfredsstillede ikke engang den rent udvortes Fordring til Retsvidenskabens at give en saadan Bearbejdelse af det i Lovene og de andre Retskilder foreliggende Stof, at Retsudøvelsen deri kunde have et brugbart Hjælpemiddel. Hverken i Henseende til de enkelte Lovbuds rette Opfattelse og deres indbyrdes Forbindelse og Sammenhæng eller i Henseende til Paavisningen af de i dem indeholdte almindelige Grundsætninger var der ydet det Arbejde, som behøvedes for at tilfredsstille endog meget lavt stillede Fordringer til Theorien. Og det, der forelaa, manglede den videnskabelige Aand, uden hvilken den juridiske Literatur synker ned til en haandværks-

mæssig Brugsanvisning¹⁾. Der maatte begyndes for fra, naar en virkelig dansk og norsk Retsvidenskab skulde grundlægges. Den nærmest liggende Opgave maatte blive at skabe en sammenhængende og udtømmende Fremstilling af den danske og norske Ret, og herved maatte det blive nødvendigt ikke blot at revidere alle de ældre Fortolkninger af de enkelte Lovbud, men ogsaa at fremdrage mange nye og fremfor alt gennem Anvendelsen af Lov- og Retsanalogi at udfylde de mange og store Lacuner i de daværende

¹⁾ En Recensent over Supplementet til Nørregaard og Jur. Arch. i Lærde Efterretn. f. 1810 S. 786 (Sibbern) dømmer træffende saaledes om den danske Lovkyndighed førend Ø.s Tid. „Imedens Lovgivningen i en Række af Aar i mange af sine Dele modtog velgjørende Reformers og i Særdeleshed nød det Held, at en Mand af fortrinlig Duelighed beklædte det Embede, til hvis Pligter det hører, ved Forslag at virke til, at nye hensigtsmæssige og almindelige Anordninger sættes i Stedet for en Mængde specielle og upassende ældre, fristede Lovkyndigheden længe den synderligste Skjebne. De, der fremfor andre med tilstrækkelig Kundskab forbandt de fornødne Aands-gaver, berigede vor juridiske Literatur enten med aldeles intet eller kun med saa meget, som der netop behøvedes for at vække en ikke ringe Forventning om sig (herved skal være sigtet til Jac. Edv. Colbjørnsen og blandt de dengang yngre Lassen og Collin, jfr. Dansk Folkekalender f. 1848 S. 20 Anm.). Og dog, hvad var det for Værker, der imidlertid vedbleve at være de eneste omfattende Skrifter over den almindelige Lovkyndighed, de eneste, der kunde vente at erholde og tildels i høi Grad erholdt en betydelig Indflydelse paa Praxis? Det var Værker, forfattede af Mænd, der af alle fornødne Egenskaber mest synes at have savnet den, man mindst burde savne, en videnskabelig Aand. Men endelig fandt da vor Videnskab i Forf. (Ørsted) en Skribent, udrustet baade med Lyst og med Evne til at begynde og at fuldføre den Revision, hvortil den saa høiligen trængte.“

Haand- og Lærebøger. Dette umaadelige Arbeide har Ø. udført i Realiteten, om end ikke i Formen. Thi skjøndt hans Bidrag til Skabelsen af den nyere danske Retsvidenskab kun for en mindre Del fremtræder som sammenhængende Behandlinger af hele Videnskabsgrene, men mest dels som Afhandlinger over enkelte Æmner af større eller mindre Udstrækning, deels som berigtigende og udfyldende Bemærkninger til andre Forfatteres Skrifter (navnlig Nørregaards og Hurtigkarls Haandbøger), deels endelig som Besvarelser af enkelte Retstilfælde, i hvilken Henseende der kan henvises til den umaadelige Masse af Domme og Cancelliskrivelser, som ere affattede af ham i hans forskjellige Embedsegenskaber, har han behandlet næsten alle Spørgsmaal i den dagjældende danske og norske Ret og derved leveret de fuldfærdige Materialier til senere Forfatteres systematiske Fremstillinger af de enkelte Videnskabsfag.

Spørger man nu, hvilke de Hjælpemidler vare, som han betjente sig af til dette uhyre Arbeide, hvorledes han fandt Grunden bearbejdet og forberedt til Opførelsen af sin mægtige Bygning, maa det, som bemærkes, siges, at vor egen Retsvidenskab og dens Literatur befandt sig i en saa daarlig Forfatning, at han ikke kunde høste noget videre Udbytte ved theoretiske Studier af den, men i det høieste i den kunde finde et rent udvortes Udgangspunct for eller Motiv til de kritiske Overveielser af gængse Doctriner, hvormed han saa ofte begyndte sine Afhandlinger. Derimod søgte og fandt han sine væsentligste Kilder til Belæring og Aandsbefrugtning deels i den udenlandske videnskabelige Literatur deels i vor egen Praxis.

I denne Henseende fortjener det at erindres, at den tyske Retsvidenskab i Slutningen af forrige Aarhundrede havde taget et hidtil ukjendt Opsving. Navn-

lig havde en mere philosophisk, for almindelige legislative Synspuncter vakt Aand gjort sig gjældende i Stedet for en ældre Tids aandløse forretningsmæssige Detail. Ganske vist var denne Retning i sig en Ensidighed, der førte paa mange Vildspor og trængte til en retshistorisk Baggrund, som først senere tilveiebragtes, men den gav unægtelig Datidens udenlandske Retslitteratur en Almeeninteresse, som en følgende Tids paa en strængere historisk Methode hvilende Behandlinger af den positive Ret ingenlunde i samme Grad besad. Det var netop et Tidspunkt, hvor Udbyttet af den tydske Retsvidenskabs Forskninger var særligt skikket til at kunne benyttes i almindeligere videnskabelige Øjemed. Derfor er det intet Under, at Ø. vender Blikket til den Side og med en Iver, der stikker stærkt af mod den Ligegyldighed for den fremmede Retsvidenskabs Bevægelser, som ellers var almindelig her tillands, kastede sig over fremmed Literatur. Og her stode vi paa et Moment, der ikke maa tabes af Sigte ved Vurderingen af Ø.'s Forfattervirksomhed. Ligesom enhver anden Videnskabsmand maa han sees i Forbindelse med sin Fortid og Samtid; men hertil er det ikke tilstrækkeligt at sammenligne ham med vore egne Forfattere fra den Periode. Vilde man betragte alt det, som Ø. har indført i vor Retsvidenskab og som ikke findes hos dem, endog kun i Antydninger, som nyt og originalt, som udsprunget af hans geniale Syn paa Retten og Livet i deres gjensidige Forhold, vilde man opskrue ham til en Høide og en Storhed, som ikke længere vilde være menneskelig. Det forringer ikke hans Betydning, at han har seet og tilegnet sig, hvad hans Tids hele aandelige Udvikling frembød, og at han har bygget paa den Grundvold, den almindelige evropæiske Retsvidenskab afgav. Det skal derfor være en af Opgaverne for den følgende Fremstilling at paavise Ø.'s Forbindelse med

hans Samtids navnlig tyske Literatur. Om det end heraf vil fremgaae, at han ikke i alle sine videnskabelige Synsmaader var Autochton i den Grad, som mange maaskee forestille sig, vil dog hans høie Værd som Skaber af den nyere danske Retsvidenskab ikke blive formindsket derved. Thi intet er ham fjernere end en mechanisk Overførelse af andetsteds forefundne Theorier og Meninger. Han benytter kun, hvad der har udholdt hans egen skarpe Kritiks og omskuende Bedømmelses Ildprøve, og han skyder intet ind, hvor det ikke behøves eller vilde staae som noget Fremmed i vor Retsudvikling. Hans Brug af Udlandets rigere og mere fremskredne Literatur berører ham intet af den Selvstændighed, den Originalitet, som netop er et Særpræg for ham. Han benytter kun andre paa samme Maade som enhver skabende Aand, der søger sit Stof, hvor den finder det, men derefter i Sandhed gjør det til sin egen aandelige Ejendom.

Medens Ø. maatte søge Grundlaget for sin theoretiske Uddannelse andensteds og intet væsentligt Bidrag kunde finde hertil paa Fædrelandets Jordbund, fandt han derimod i vore egne Domstoles og vor egen Administrations Praxis en ganske anderledes frugtbar Kilde til Belæring end i den Tids fattige Theori. Det gik her, som sædvanligt, saaledes, at den ureflecterede sunde Retssands hos dem, der daglig sysle med visse Retsanliggender, skaber rigtige Afgjørelser af de enkelte Tilfælde, uagtet der ikke staaer nogen udviklet Retsvidenskab bag ved, eller uagtet de Almeensætninger, som gaa og gjælde i Theorien, ere ufuldstændige eller feilagtige. Ligesom Ørsted derfor nævner¹⁾ som Uddannelsesmidler, paa hvilke han i sin første Ungdom satte særlig Priis, dels Øvelserne i det dengang

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 180—81.

nylig stiftede ljuridisk practiske Selskab, dels Læsning i de faa daværende Samlinger af Domme og Facultets-responsa, men fremfor alt i Stampes Erklæringer, saaledes omtaler han idelig med Forkjærlighed den Kilde til Belæring, som han paa hele sin følgende Forfatterbane fandt i de forskjellige practiske Embedsvirksomheder, hvortil han tidlig blev kaldet, og han tilskriver denne en væsentlig Deel af Æren for, hvad han har udrettet i Retsvidenskabens Tjeneste¹⁾. Thi Sysse-

¹⁾ Her kan bl. a. peges paa, hvad han yttre i Fortalen til Haandbogen over den danske og norske Lovkyndighed I. B. p. VIII.—IX. (skrevet 1822): „Ligesom alt, hvad jeg har arbeidet for Lovkyndigheden, størstedels er opstaaet under et virksomt Forretningsliv, saaledes har og min Embedsvirksomhed givet min videnskabelige Virksomhed sin rigeligste Næring. Ved den har jeg nemlig faaet Leilighed til at erhverve en klarere og mere levende Indsigt i mangfoldige Retsforholds Natur, end den blotte Eftertænkning kunde give mig o. s. v.“ Udførligst kommer Ø. tilbage til dette Æmne, hvor han i sin høie Alderdom skuer tilbage paa sin første Ansættelse i Dommervirksomhed, jfr. Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 189 (skrevet i 1850), ved hvilken Leilighed han yttre: „Saa snart jeg var kommen noget ind i den practiske Virksomhed, fornam jeg, hvorledes jeg derved fik et dybere og mere omfattende Blik over Retsforholdene, end den blot videnskabelige Betragtning kunde give mig ... Saafremt jeg har udrettet noget for Retsvidenskabens Udvikling i mit Fædreland, saa er det fornemlig skeet derved, at jeg stedse har befrugtet Eftertænkningen ved den Erfaring, mit Embedsliv gav mig. Paa den anden Side turde den Omstændighed, at jeg stedse ved Behandlingen af de enkelte Retssager havde de almindelige videnskabelige Op-gaver for Øje, som dermed kom i stundom endog fjern Berørelse, have givet mig nogen Leilighed til at faae en gavnlig Indflydelse paa Retsudøvelsen, og navnlig bringe adskilligt af, hvad rigtig Sands allerede havde indført i Rettergang, til en almindelig og klar bevidst Erkjendelse“.

sættelse med de mangfoldige i Livet forekommende Retstilfælde udviklede hos ham det, der endnu mere end hans dialectiske Skarpsindighed og udstrakte Lærdom var hans eiendommelige Fortrin, nemlig det skarpe umiddelbare Blik for den rette Løsning af Problemerne, „den levende Retsanskuelse, der i de concrete Forhold ved et geniale Blik næsten altid lader ham finde det Resultat, som den omhyggeligste videnskabelige Undersøgelse tillige maatte erkjende for det rette“¹⁾.

En gennemgaaende Eiendommelighed i Ø.'s Forfattervirksomhed er derfor, at han hæver Praxis til en Betydning for Retsvidenskaben, som paa hin Tid endnu ingen tillagde den. Han benytter enhver Leilighed til at indskærpe Nødvendigheden af en nøie Forbindelse og idelig Vexelvirkning mellem Theori og Praxis, skjøndt dette ikke var almindelig anerkjendt, hverken her eller andensteds, og endnu mindre fulgt som en virksom Grundsætning i den videnskabelige Behandlingsmaade. Han hævdede paa den ene Side, at Praxis ikke kan undvære Videnskaben, idet han gjør gjældende, at det „er en yderst urigtig, skjøndt maaskee temmelig herskende Forestilling, at de videnskabelige Retsforskninger skulde gjøre Retspleien mindre fast og sikker, end den vilde have været, naar Videnskaben ikke blandede sig deri“, og han tilføier, at „der, saafremt ingen videnskabelig Lovkyndighed gaves, vilde blive en ubegrændset Leilighed for den vilkaarlige, paa Lykke og Fromme grebne Menen, hvorved al Ret vilde vakle“, hvorimod „en efter en stræng Methode fremskridende Videnskab

¹⁾ F. C. Bornemanns Ord i Indledningsforedrag til Forelæsninger over Retsvidenskaben i Saml. Skr. 5. B. S. 1, hvormed kan sammenholdes den overensstemmende Dom af F. C. Sibbern i Patr. Intelligentsblade f. 1836. S. 27.

kan ene forjage denne vilkaarlige Menen“¹⁾. Men paa den anden Side fremhæver han med lige saa stor Styrke, at Theorien ikke kan undvære den stadige Forbindelse med og Befrugtning af Praxis, og om sig selv siger han, som ovenfor er vist, at han i sin præctiske Embedsvirksomhed har fundet de vigtigste Impulser til nye Tanker og den sikkreste Prøvesten for Theorierne. I denne Forbindelse kan hidsættes, hvad han yttre i Fortalen til Eunomia 2 B. p. XII (fra 1817): „Derimod holder jeg mig sikker for, at man ikke imod mig som imod Feuerbach vil komme frem med det bekjendte Mundheld: det kan være ret i Theorien, men duer ikke for Praxis. En Sentents, der han have sin gode Betydning, naar den betragtes som en Advarsel imod at sætte sindrige og med Grundigheds Præg fremtrædende, men endnu ikke tilstrækkeligt prøvede Theorier i Udøvelse, men misbruges, naar den forstaaes, som om der virkelig var Forskjel mellem den sande Theori og den rigtige Praxis. En Theori angaaende de menneskelige Forhold, der ikke passer til disse, kan umulig være rigtig, thi det er jo disse Forholds Væsen, den skulde lære os at kjende. Den er maaskee ikke i et og alt urigtig, men der maa dog mangle de nærmere Betingelser og Bestemmelser, dens Sætninger behøve ... Det bør erkjendes, at ingen nok saa dybsindig Granskning kan være nok for grundigen at kjende og viseligen at lede de menneskelige Anliggender og ordne de forviklede Forhold i Livet. Men ogsaa bør det tilstaaes, at det heller ikke er tilstrækkeligt at have oplevet meget og samlet mange enkelte Bemærkninger, uden at have gransket over de mødende Forholds Væsen og henført disse til almindelige Love o. s. v.“

¹⁾ See Fortalen til Hdbg. 1 B. p. XV.

Denne stadige Hensyntagen til og Benyttelse af Praxis, som gaaer igjennem hele Ø.'s Forfatter-virksomhed¹⁾ — i al Fald naar undtages hans første Ungdomsarbejder — er den naturlige Grund til, at han har øvet en saa umaadelig Indflydelse paa Retsanvendelsen og i Forbindelse dermed en opdragende Indflydelse paa den danske og norske Embedsstand, hvis Betydning ikke kan vurderes høit nok. Det kan uden Overdrivelse siges, at denne ene Mands Indvirkning i saa Henseende i en lang Række af Aar var meget større end Universiteternes, og at det for den væsentligste Del maa tilskrives ham alene, at den juridiske Embedsstand i Danmark og Norge gjennem den første Halvdel af dette Aarhundrede har kunnet indtage en hæderlig Plads i Henseende til almindelig retsvidenskabelig Dannelse og Intelligents ved Siden af andre Landes.

Man har undertiden hørt beklage, at Ø. ikke blev Universitetslærer, og set omtalt som et Uheld for Retsvidenskaben, at han ikke seirede ved den Concurrence om en Adjunctpost i det juridiske Facultet, hvori han deltog i Aaret 1799. Det er sandsynligt, at hans Navn i saa Fald vilde have spredt Glands over det juridiske Facultet ved Kjøbenhavns Universitet, som ellers i en

¹⁾ Jfr. hans egne Yttringer i Fortalen til Hdbg. 1 B. 2 H. p. V. Betegnende i denne Henseende er ogsaa, at han i Fortalen til første Bind af Abhandl. aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs-Philosophi p. XVII siger om sig selv overfor det tydske Publicum, at „der Verfasser kein eigentlich Gelehrter, sondern ein Geschäftsmann ist, welcher neben zahlreichen Amtsgeschäften, soweit es Zeit und Vermögen erlaubten, die Bekanntschaft mit der Wissenschaft sich zu erhalten und die Resultate seines grösstentheils durch practische Arbeiten veranlaszten Nachdenkens mitzuthellen gesucht hat“.

lang Periode førte en temmelig upaaagtet og alt andet end glimrende Tilværelse, og det er muligt, at han selv vilde have opnaaet evropæisk Navnkundighed som Videnskabsmand i meget høiere Grad, end Tilfældet blev. Men for den danske Retsvidenskab og dens Udvikling var det et Held, at Ø. kom ind paa den practiske Embedsbane og ikke indskrænkedes til Studerekammerets Stilhed og hans egen Tankeverden. Vel havde Ø., dersom han var bleven Universitetslærer, efter al Sandsynlighed efterladt os en sammenhængende systematisk Fremstilling af hele den danske Ret, i al Fald Civilretten, Strafferetten og Processen¹⁾, og der kan ingen Tvivl være om, at et saadant Arbeide fra hans Haand vilde have havt en stor Interesse²⁾; men det er dog vistnok en afgjort Sag, at netop den Omstændighed, at en udstrakt og paa Erfaringer rig Embedsvirksomhed kom til at frembyde sig for hans frugtbare og gjennemtrængende Granskerblik, har bragt hans eiendommelige Begavelse til at udvikle sig i den Retning, som var den naturligste for den, nemlig den alsidige og dybtgaaende Reflection over de enkelte Retspørgsmaal og den kritiske Betragtning af de Almeensætninger, som i Theorien opstilles for deres Behandling. Hans Virtuositet gik mere i Retningen af det Dialectiske og det Kritiske end i Retningen af det Systematiske. Derfor faldt det naturligt for ham at arbejde netop paa den Maade og under de Vilkaar, hvorunder han kom til det. Om det end derfor i Begyn-

¹⁾ Af nogle Yttringer i Fortalen til Supplementet til Nørregaard (fra Aaret 1804) sees det, at Ø. havde samlet Materialier til et saadant Arbeide i det Haab, at han som Universitetslærer vilde faae Tid og Leilighed til at skrive det.

²⁾ Jfr. Aagesens Bemærkninger i Indledningen til den danske Formueret 101.

delsen maaskee er fremtraadt for ham som en Skuffelse og en besynderlig Miskjendelse af hans deciderede Lærertalent, at han blev tilsidesat for den vistnok skarp-sindige og tænksomme, men lidet productive Medbeiler, der blev ham foretrukken, finder man dog intet Spor til, at han paa senere Stadier af sit Liv, hvor han roligt og modent overskuede dettes Gang, har beklaget, at han blev stængt ude fra Universitetet, hvor han heller ikke senere gjorde noget Forsøg paa at komme ind, men han synes selv at have anseet det som den for hans Udvikling lykkeligste Løsning, at han kom ind paa den practiske Embedsbane.

II.

Som mange af den Tids udmærkede Retslærde begyndte Ø. med filosofiske Studier og Skrifter; først senere kom han mere og mere over til de reent juridiske Fag¹). Det var over-

¹) En interessant Parallel frembyder Anselm v. Feuerbach, f. 1775, d. 1833. Han begyndte ogsaa med den Kantske Philosophi, og hans første selvstændige Skrifter søgte at hævde dennes Ideer om naturlige Rettigheder og at opstille et selvstændigt Princip for Retslæren, forskjelligt fra og uafhængigt af Moralen („Kritik des natürlichen Rechts“ 1796 og „Antihobbes“ 1798). Kun ugjerne og tvungen af ydre Hensyn gik F. over fra det filosofiske til det juridiske Studium, hvori han snart skulde indtage en saa fremragende Plads som Datidens største Criminalist. Hans betydelige Arbejder over Strafferetten fulgte nu hurtigt efter hverandre. Hans „Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinl. Rechts“ udkom 1799—1800, „über die Strafe als Sicherungsmittel“ 1800. Derefter fulgte allerede i 1801 hans meêst bekjendte og udbredte Værk „Lehrbuch des gemeinen in Deustchland gültigen peinl. Rechts“, der senere er udkommet i mangfoldige Udgaver. I 1807 og 1810 fulgte „Entwurf des

hovedet en Eiendommelighed ved de videnskabelige Tilstande og Forhold i Slutningen af forrige Aarhundrede, at Philosophien spillede en saa fremtrædende Rolle i Retsvidenskaben og især i Strafferetten¹⁾.

Strafgesetzbuches f. Baiern“ og i 1813 udkom den bayerske Straffelov, som i det Væsentlige er Feuerbachs Værk. Samtidigt hermed udgaves hans „Betrachtungen über Geschwornengerichte“ 1813, og nogle Aar derefter det med Rette berømte Skrift „Ueber Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege“ 1821, hvoraf et Par Aar efter udkom en anden Deel. indeholdende en Fremstilling af den franske Rettergang. Senere udgav F. en meget læst og paaskjønnet Bog, kaldet „Actenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen“, 2 Dele, 1828—29. Hans sidste Værk, der udkom Aaret før hans Død, dreiede jeg om en da opsigtvækkende Begivenhed og hed „Kaspar Hauser, Beispiel eines Verbrechen am Seelenleben des Menschen.“ F.' ydre Livs Gang svarer til Vexlingerne i hans Forfattervirksomhed. Han begyndte som Professor ved flere tyske Universiteter (Jena, Kiel, Landshut 1801—1805), derefter blev han kaldet til München og udnævntes til Geheime-referendar i Justitsministeriet og Geheimeraad, i hvilke Egenskaber han navnlig virkede i legislativ Retning fra 1806—14; forskjellige Forhold medførte imidlertid, at F.' Stilling i München blev uholdbar, og han forsattes da i 1814 til Bamberg som anden Præsident ved Appellationsretten og senere i 1817 til Ansbach som første Præsident i den derværende Appellationsret. Om F.' aandelige Udviklingshistorie og personlige Liv haves Meddelelser, navnlig udtagne af hans egne Breve, i et høist underholdende Skrift af hans Søn, Philosophen Ludvig F., betitlet „A. Ritter v. Feuerbachs Leben und Wirken. Leipzig 1852“ to Bind. I nyere Tider har den tyske Literatur atter beskæftiget sig med at fremdrage Billedet af F. og Mindet om hans Fortjenester, see f. Ex. Deutsche Rundschau 10 B. S. 465 ff, Glaser Gesamml. kl. Schr. I. S. 21, Allgem. deutsche Biographie VI. S. 731.

¹⁾ Her kan erindres Ø.' Bemærkning i „Af mit Livs og min Tids Hist.“ I. S. 22 om, at dengang Juristerne langt mere

Dette Phænomen var i Virkeligheden en naturlig Følge af den hele store Omvæltning, der dengang rystede Verden, og som paa Statslivets Omraade kom til Udbrud i den fra Frankrig udgaaede politiske og sociale Revolution, i Aandslivet derimod fandt Udtryk i den kritiske Philosophi og den deraf udgaaede subjective Idealisme (Kant og Fichte), og som man har betegnet som den frie Tankes Standpunct og den endelige Seir over Middelalderens aandelige Ufrihed, hvis Rester endnu skjøde ud i alle Livsforhold. Gjennemtrængt af en Begeistring for den Kantske og den Fichteske Philosophi, hvorom man neppe nu gjør sig nogen Forestilling, vendte den unge Slægt¹⁾ blandt Juristerne sig mod de nedarvede Anskuelser og Ordninger paa Rettens og Statens Omraade, og næsten ethvert godt Hoved troede sig med Ungdommens glade Selvtillid kaldet til at omstøbe Samfundet i Kraft af den nye Fornuftlære²⁾. Bestræbelserne vare

end Theologerne beskæftigede sig med filosofiske Studier, et Forhold, som senere (i den Hegelske Periode) vendtes om.

¹⁾ Om hiin Tids theoretiske Radicalisme kan henvises til Ø. Yttringer „Af mit Livs og min Tids Historie“ I. S. 13 ff og fl. St.

²⁾ R. Loening gjør i Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtswissenschaft III. 1883. S. 250 og 321 opmærksom paa, at det Ungdommelige i hele denne Bevægelse — som han ret træffende betegner det — ogsaa gav sig tilkjende i de ledende Forfatteres Alder. Grollmann skrev sine „Grundsätze“ i 22 Aars Alderen, Feuerbach udgav i en Alder af 20½ Aar sin „Kritik des natürlichen Rechts“, i en Alder af 24 Aar sin „Revision der Grundbegriffe“, Tittmann udvikler sine Grundsætninger for Strafferettens Behandling, ved hvilke han senere blev staaende, i en Alder af 23 Aar, og Henke gjør det samme i en Alder af 24 Aar. Seniorene iblandt dem synes af have været Stübel, der

især rettede paa Udfindelsen og Opstillingen af et almindeligt Hovedprincip eller, som man kaldte det, et „øverste Princip“ saavel i Retslæren som i Moralen, ud af hvilket hele Videnskabens øvrige Indhold lod sig udvikle blot ved Iagttagelse og Anvendelse af logisk Consequents, og i Forbindelse hermed tillige paa Fastsættelsen af det rette Forhold mellem Moralen og Retslæren og de for disse gjældende Principer. Herved mente man at naae til et System for disse to Videnskaber, som under Forudsætning af, at det opstillede øverste Princip var rigtigt — og at et saadant kunde udfindes, derom tvivlede man ikke — vilde være hævet over enhver Indvending og kunde betragtes som den menneskelige Fornufts sidste Ord i den Sag, der maatte staae urokkeligt til alle Tider og hos alle Folk. Forsaaavidt den virkelige Retstilstand i Staten ikke stemmede hermed, maatte den betragtes som til-

dog først forfattede sit System, da han var 30 Aar. Ikke uvittigt fortsætter Loening l. c. „bei solchen Verhältnisse, wo jeder knapp nach Beendigung der Studienjahre bereits als Lehrer und weltbewegender Reformator auftrat, schien der Vorschlag Kleins (Archiv des Criminalrechts IV. 3 Stück. S. 3 ff) nicht ungerechtfertigt „dass niemand zum Lehramte der Rechtswissenschaft zugelassen werden solle, der nicht vorher schon die juristische Praxis betrieben hätte“. „Dann würden wir gewiss mit unbrauchbaren Theorien verschont werden, und es würde den wirklich guten Köpfen unmöglich sein, ihre Scharfsinn zu Paradoxien zu missbrauchen.“ Dog fortjener at mærkes, at en iøinefaldende Undtagelse danner Læreren og Mesteren selv; thi Kant, som ganske vist allerede da havde skrevet en Del, udgav dog først i en Alder af 57 Aar sit epokegjørende Værk „Kritik der reinen Vernunft (1781)“, og de andre berømte Skrifter, hvori hans System udvikles i alle Retninger, vare yngre, og faldt altsaa alle i hans Oldingeaalder.

hørende et tilbagelagt Stadium, der ikke havde Krav paa Interesse for Tænkeren og Videnskabsmanden. Juridisk Erfaring og Kjendskab til Retslivets Mangfoldighed, grundigt historisk Studium af den gjældende Ret og dens Oprindelse blev fra dette Standpunct anseet for noget overflødig eller i al Fald underordnet, hvorpaa der kun sattes ringe Priis. Ø. reves med af denne Tidens Retning, hvilken saa godt som intet opvakt Hoved modstod, og han kastede sig med ungdommelig Ild og Energi over Studiet af den Kantske Philosophi. I en meget ung Alder optraadte han som philosophisk Forfatter¹⁾, idet han i Aaret 1798 — altsaa kun 20 Aar gammel — udgav sit første Skrift „Om Dydelærens og Retslærens Princip“²⁾, i hvilket han søger at løse Opgaven efter den Kantske Philosophis Principer, om hvis urokkelige Sikkerhed han — efter sit eget Udsagn — dengang var fast overbevist. Skjøndt han snart forlod dette Standpunct, bevarede han dog i sin høie Alderdom dette Ungdomsarbeide i velvillig Erindring³⁾, og med Rette, thi ingen kan læse det uden at blive slaaet af den Dygtighed og den logiske Klarhed og Skarphed, som Forfatteren trods sin Ungdom lægger for Dagen deri, især i det Parti deraf, hvori han gennemgaaer og kritiserer de forskjellige dengang opstillede skeptiske og eudaimonistiske Moralsystemer, et Parti, som endnu kan læses med Fornøielse. Samtidigt med de philosophiske Studier arbeidede Ø. saa flittigt i Retsvidenskaben, at han i Januar 1799 kunde underkaste sig juridisk Embedsexamen med Udmær-

¹⁾ Ø. kalder det selv sin „noget for tidlige Fremtræden i Literaturen“, jfr. Af mit Livs og min Tids Hist 3 B. S. 324.

²⁾ Det er en udførligere Bearbejdelse af en Besvarelse af Universitetets Prisedaille i Philosophien, udsat til Kong Christian den 7de's Fødselsdag den 29de Januar 1797.

³⁾ Af mit Livs og min Tids Historie I. S. 26.

kelse. Jævnside med Examensstudiet og Manuactions-arbeidet fortsatte han sin philosophiske Forfattervirksomhed i Kantisk Aand ved forskellige Afhandlinger, som optoges i Rahbeks Minerva og Kjøbenhavnske Lærde Efterretninger. Det stemmede ikke med Ø.'s kritiske og dialectiske Natur at slaae sig til Ro ved et System I samme Grad, som han gennemtrængte det, bleve ogsaa dets svage Sider ham indlysende. Han gjorde derfor hurtigt Skridtet videre fra Kant til Fichte. Allerede da han i Sommeren 1799 indstillede sig til en Concurrence om en Adjunctpost i det juridiske Facultet, forlod han i en Prøveforelæsning¹⁾ angaaende det Spørgsmaal „hvorpaa er Strafferetten grundet“ det Kantske Standpunct og optraadte som Tilhænger af Fichte, som han selv siger, „ikke blot med Hensyn til hans Straffetheori, men ogsaa med Hensyn til hans Grundbegreb om Retslæren“²⁾. Han bestred nu den Retstheori og den Betragtning af Forholdet mellem Retslæren og Moralen, som han i sit Prisskrift havde antaget, og han kom her ved i Modsætningsforhold til Universitetets dengang toneangivende Retsphilosoph, Prof. J. F. W. Schlegel³⁾, der havde været Ø.'s Lærer og fra først af bidraget til at vække hans Interesse for Kant. Denne Omstændighed — i Forbindelse med et Sygdomstilfælde, som ramte ham umiddelbart førend Concurrencens Afholdelse — virkede efter hans Mening⁴⁾ til, at han ikke

¹⁾ Trykt i Rahbeks Minerva f. Sept. 1800 S. 257—298.

²⁾ En kort Fremstilling af Kants og Fichtes Lære og det indbyrdes Forhold imellem dem haves paa Dansk i F. C. Bornemanns Forelæsninger over den nyere Retsphilosophies Historie (1842—43), trykt i hans Saml. Skr. 5 B. S. 481 ff.

³⁾ Død i Aaret 1836 som Conferentsraad og ældste Professor i det juridiske Facultet.

⁴⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 36.

seirede ved denne Leilighed, idet M. H. Bornemann¹⁾ blev ham foretrukken. Efter denne Concurrence indskrænkede Ø. sin Forfattervirksomhed noget — tildels som en Følge af nerveuse Sygdomstilfælde, hvoraf han dengang led en Deel — men han skrev dog ikke faa Recensioner i Lærde Efterretninger for 1799 og 1800, hvori han optraadte som udpræget Tilhænger af Fichte. Blandt disse kan nævnes en udførlig Recension over Schlegels Naturret²⁾, hvori han fra Fichtes Standpunct med Skarp-
hed og Bestemthed, men dog med Agtelse kritiserer dette i Kantisk Aand affattede Skrift, en Recension, som i Korthed sætter Læseren ind i alle hin Tids vigtigste, nu forglemte, Controverser paa den almindelige Retslæres Omraade og tillige viser den unge Recensents mærkelige aandelige Overlegenhed og Skarp-
hed i Tanken. Fremdeles meddelte han en Recension over J. Collins Oversættelse af Fichtes Skrift om den Lærdes Bestemmelse³⁾, en Anmeldelse af første Deel af Schlegels Astræa, hvori bl. a. en Kritik af en Afhandling af denne Forfatter „om den kritiske Philosophies nærværende Tilstand og om Grundsætningerne i Prof. Fichtes Wissenschaftslehre og Naturrecht“⁴⁾.

Kort efter begyndte Ø.'s Interesse for Philosophien — som han beretter Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 39 — at slappes. Aarsagen hertil søger han selv dels i legemlig Svagelighed, maaskee paadraget ved aandelig Overanstrengelse, dels i, at han efterhaanden tabte Troen paa „gennem Speculationen at komme til den sikke og klare Erkiendelse af de høieste Sand-

¹⁾ Døde 1840 som Conferentsraad og ældste Medlem af det juridiske Facultet.

²⁾ Lærde Efterretn. f. 1799 S. 366 ff.

³⁾ Lærde Efterretn. f. 1799 S. 145 ff.

⁴⁾ Lærde Efterretn. f. 1800 S. 209 ff.

heder, som han deri havde søgt“. Skjøndt Fichtes Wissenschaftslehre havde tiltalt ham meget, var det ham dog klart, at den ingenlunde i den Skikkelse, hvori den først fremtraadte, indeholdt en tilstrækkelig Løsning af dens Opgave, og han ventede forgiæves paa, at F. i nye Bearbejdelser skulde opklare Dunkelhederne og udfylde Hullerne i Systemet. Tvertimod forekom det ham — siger han l. c. —, at Resultatet af F.'s senere Forfattervirksomhed blev, at hans Lære i Stedet for, som han selv tidligere havde forkyndt, at skulle forklare den hele indvortes og udvortes Verden af et enkelt Princip, dog omsider ikke med Hensyn til Forholdet mellem Erkjendelsen og Virkeligheden bragte os videre end Kant. Flere andre Omstændigheder, som det vilde føre for vidt her at komme ind paa, bidroge endvidere til, at den kritiske Philosophies Anseelse paa den Tid mere og mere dalede. Fra dette Tidspunct af trak Ø. sig tilbage fra „det speculative Studium“, som han udtrykker sig, og paa det Hegelske System har han aldrig indladt sig nærmere; han siger kun derom, at „det, han deraf fik at kjende, ikke ret kunde tiltale ham“, og han tilføier, at „det for Resten i den senere Tid ei blot har havt de forrige Systemers Skjæbne, men endog en meget sørgeligere, idet sammes Tilhængere efter Stifterens Død forvanskede deres Mesters Lære saaledes, at den førte til Opløsning af al sædelig og borgerlig Orden¹⁾“. Derimod hengav Ø.

¹⁾ Herved har den Tanke sikkert foresvævet Ø., at medens den Hegelske Philosophis Videreførelse endte i Nedbrydelsen af al sædelig og religiøs Auctoritet, efterlod derimod Kants og Fichtes Philosophi, selv efter at deres Systemer vare forladte, en i moralsk Henseende vækkende og styrkende Indflydelse paa Samtiden, jfr. Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 35.

sig fra denne Tid af, altsaa fra Aarhundredets første Aar, til andre Studier, om hvilke han selv siger, at de bleve mere frugtbringende for den Bane, han dels som Skribent dels som Embedsmand skulde betræde. Som saadanne nævner han (l. c. S. 40) Studiet af „Lovgivningsfaget i Almindelighed“ saavelsom af „enkelte Grene deraf, navnlig Strafferetten og Statsøkonomien“. Ligeledes gjorde kan sig nøiere bekendt „med de for Retsgranskeren frugtbareste Partier af den romerske Ret“ saavelsom med „forskjellige fremmede Staters Love“. Han begyndte altsaa nu, i Stedet for at ofre sig til Speculationen, at indsamle den umaadelig omfattende Kundskab til fremmed Ret og udenlandsk juridisk Literatur — ikke mindst de legislative Arbejder, med hvilke Dattiden sysselsatte sig — hvorved han udmærkede sig fremfor hele sin Samtid, og hvorved han tildrog sig Udlandets Opmærksomhed mere end nogen anden dansk Retskyndig før eller efter ham.

Som det Skrift, hvori han først frigjorde sig for det Fichteske System, nævner Ø. selv det i Februar 1801¹⁾ udkomne „Forsøg til en rigtig Fortolkning og Bedømmelse af Forordningen om Trykkefrihedens Grændser af 27de September 1799“²⁾. Fichtes i Aaret 1800 udkomne mærkelige Skrift „Der geschlossene Handelsstaat, ein philosophischer Versuch als Anfang zur Rechtslehre und Probe einer künftigen zu liefernden Politik“, hvori Systemets Conseqvenser ere førte ud til de yderste Grændser, saa at de til Opretholdelsen af alles Frihed

¹⁾ Ø. havde altsaa allerede ophørt at kunne henregnes til Fichtes Tilhængere, da denne, fordreven ved Krigsbegivenhederne i Tydskland, i Sommeren 1807 opholdt sig i nogen Tid i Kbhvn, og traadte i personlig venskabelig Berøring med Brødrene Ørsted og med Oehlenschläger.

²⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 90.

udtænkte Foranstaltninger ende i næsten fuldstændig Ophævelse af den enkelte Borgers Frihed, betegner Ø. som Anledningen til, at han vendte sig bort fra den Fichteske Retning. I den korte Udvikling af Retslærens første Grunde, som han meddelte i hiint Skrift S. 75 ff, har han derfor hverken holdt sig til F.'s eller noget andet System, og skjøndt han ikke endnu directe vendte sig imod Fichte med en udtrykkelig Gjendrivelse, lod det nævnte Skrift dog skimte, at han havde opgivet de Begreber om Ethik og Naturret og disses indbyrdes Forhold, der gik gennem hans ældre Skrifter. Navnlig fremtraadte han fra nu af som en Modstander af den for Fichte og hans Tilhængere eiendommelige Opfattelse, at Retssphæren paa den ene Side og den moralsk-religiøse Sphære paa den anden Side ere at betragte som tvende aldeles adskilte, i ingen Forbindelse med hinanden staaende, ved forskellige Grundprinciper styrede Verdener, hvorimod han i sit følgende Liv ved enhver Leilighed fremhæver, at Retsordenen helt igjennem maa træde i Forhold til og støtte sig til Moralen og Religionen, ligesom han opgiver som en Vildfarelse Troen paa, at Sædelighedens og Rettens hele Indhold ved simpel Anvendelse af Logikens Love kan udledes af et enkelt saakaldet øverste Princip. Som det vigtigste Vidnesbyrd om denne hans forandrede Aandsretning nævner Ø. selv tre Afhandlinger, om hvilke han siger, at de indeholde Grundanskuelser om Rets- og Statsvæsenet, der have haft en betydende, skjøndt sieldent umiddelbart fremtrædende, Indflydelse paa hans hele Virken som Forfatter og som Statstiener. Af disse Afhandlinger angaaer den første „Regieringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet“, hvilken Afhandling blev oplæst i Selskabet for Sandhed i Aaret 1801, og er indført i dette Selskabs Skrifter, hvorfra den senere er gaaet

over i Eunomia 1ste B.; den anden, der behandler „Forholdet mellem Religionen og Staten“, blev i Aaret 1807 oplæst i det skandinaviske Literatur-Selskab og optoges i dettes Skrifter, hvorfra den ligeledes er gaaet over i Eunomia 1ste B.; den tredie omhandler „Forholdet mellem Theori og Praxis i Sædelæren“ og blev i Aaret 1811 forelæst i det skandinaviske Literatur-Selskab og indført i dettes Skrifter, hvorfra den ogsaa er optaget i Eunomia 1ste B.

I den første af disse Afhandlinger fremstiller Ø. sin Opfattelse af, hvorledes Eiendomsretten bør begrundes, samt hvorledes dens Indhold ifølge heraf bør nærmere bestemmes og begrændses. Han bekjæmper den ældre Naturrets Begrundelse, hvorefter Eiendomsretten alene udledes af den menneskelige Villies absolute Berettigelse, der kun indskrænkes ved den lige eller bedre Ret, som maatte tilkomme andres Villie, en Sætning, hvorefter sluttes, at den, der først tilegner sig en Ting førend nogen anden¹⁾, alene paa Grund heraf er bleven Eier, og som saadan kan udøve en uindskrænket Ret over Tingen, og denne Enkeltvilliens Berettigelse betragtes som en i Naturstanden given Ret, der følger allerede af Menneskets Existens, og som det derfor kun er Retssamfundets Sag at sikre og opretholde. I Modsætning hertil søger Ø. Eiendomsrettens Begrundelse i, at „Samfundets Tarv“

1) Hvad der skulde fordres til slig Tilegnelse, om den blotte Erklæring af Villien til at bemægtige sig Tingen er nok, eller om det, som Kant mente, endvidere maatte fordres, at Occupanten tog Tingen i sin Besiddelse, eller om det, som andre mente, endog maatte kræves, at han havde anvendt Arbeide paa den, den saakaldte Formationstheori, derom var der Strid mellem Naturretslærerne. Ø. anser alle disse Meninger forsaavidt for lige ugrundede, som han ikke vil tillægge den enkeltes ensidige Villie en selvstændig retstiftende Betydning.

kræver en „Ordnung af Adgangen til Formuesgoderne, hvorved der gives den enkelte et eget Stof, hvorpaa han kan regne som Gjenstand for sin frie Virksomhed og som Middel til at opnaae sine fornuftige Hensigter“. Som en Følge heraf bestrider han de Paastande om Eiendomsrettens absolute Charakter, som med logisk Consequents følge af den ældre Begrundelse, og hævder, at den maa være de Indskrænkninger underkastet, som Samfundet gennem dets Love maatte finde fornødne, for at dets Formaal kan naaes. Saavel i denne Afhandling som i det samtidige Skrift om Forordningen af 27de September 1799 slutter Ø. sig forsaavidt til Fichte, som han med denne nægter, at der overhovedet gives Ret udenfor Statssamfundet, og derfor er enig i at betragte Eiendomsinstituttet som Samfundsforbindelsens første og væsentligste Frugt. I Skriftet om Forordningen af 1799 S. 87 siger han saaledes: „Af disse Bemærkninger vil man indsee, at Retsloven i Naturstanden mangler baade practisk Gyldighed og theoretisk Bestemthed, og der altsaa intet Retsforhold gives i denne Stand. Først i Staten faaer Retsbegrebet Bestemthed og Virksomhed Først herved bliver et Retsforhold stiftet, som ingenlunde fandt Sted i Naturen. Staten og dens Indretninger er altsaa Kilden til all udvortes Ret“. Sammesteds yttreer han sig S. 82 særlig om Eiendomsretten, ganske overensstemmende med her nævnte Afhandling, idet han hævder, at „Naturen i det høiestee kan siges at give enhver hans eget Legeme som uudelukkende Gjenstand for hans Raaden, men intet videre.“ „Af de øvrige Gjenstande, som dog udfordres, for at Friheden kan have noget at virke paa i Sandseverdenen, har Naturen ingenlunde tildelt enhver sin bestemte Del. Der gives aldeles ingen indvortes naturlig Grund, hvorfor en vis udvortes Gjenstand skal tilhøre denne og ingen anden.“ Denne Opfattelse

hvorefter Eiendomsretten ikke støttes paa Personlighedsprincipet, men derpaa, at det er den Ordning af Adgangen til Formuesgoderne, som Samfundsfor nødenheden kræver¹⁾, fastholdt Ø. bestandig, om end Begrundelsen efterhaanden tabte det Tidens philosophiske Tilsnit, hvormed den først optraadte²⁾. Løvrigt vakte denne hans Begrundelse af Eiendomsretten i sin Tid Betænkelighed hos mange; han siger selv, at den gjorde et ugunstigt Indtryk paa flere „alvorlige, tildels høitstaaende Mænd“; man frygtede for, at en saadan Deduction af Eiendomsretten gav Slip paa det sikke Fodfæste, som den paa Læren om Villiens absolute Berrettigelse byggede Begrundelse gav, og aabnede Døren for de vilkaarligste og letsindigste Indgreb fra Lovgivningens og Regjeringens Side i Eiendomsretten og i Privates Dispositioner over deres eget³⁾. Fra det mere practiske Synspunct spurgtes der, hvorledes da Grændsen skulde drages for de Indgreb, som Lovgivningen kunde gjøre i Eiendomsretten, og da Ø. ikke herpaa gav eller efter sin Synsmaade kunde give andet Svar, end at den nævnte Grændse ikke lod sig drage ved faste, intet Skjøn udelukkende, Regler, men at en alsidig Afveielse af de forskiellige Samfundsinteresser maatte bestemme den, frygtede mange, at Statens Ret

¹⁾ I Korthed fremstillet igjen i Skriftet om Tyveri S. 32 ff.

²⁾ Jfr. hans i 1849 udkomne Prøvelse af Udkast til Grundlov og Valglov S. 30 o. ff. „Eiendomsretten er en for at give Friheden et sikkert Stof for dens Virksomhed og for at aabne Midler til Menneskeslægtens Underholdning og Velvære nødvendig Samfunds-Indretning“.

³⁾ At den Lære, at Eiendomsretten var en Statsindretning, dengang ogsaa andetsteds ansaaes for et juridisk Kjæteri, jfr. Feuerbachs Ytringer herom N. jur. Arch. 4 B. 178 Note.

da let kunde tilintetgjøre den private Eiendomsret¹⁾. Løvrigt fandt Ø. i sin senere Virksomhed som Kgl. Commissarius ved Stænderforsamlingerne oftere Leilighed til at komme tilbage til disse Grændsespørgsmaal og væрге sig mod Beskyldningen for letsindigen at ville gribe ind i Eiendomsretten, idet han fordetmeste befandt sig paa deres Side, som i saa Henseende holdt igjen, og det faldt da ofte i hans Lod at maatte fremhæve, at Samfundets Vel kræver, at enhver trygt kan stole paa uantastet at beholde sin Eiendom, der i sidste Instants vil sige Frugterne af hans Flid og Arbeide, og at dette ogsaa maa indbefatte Retten til at raade over sin Eiendom ved Overdragelse til andre²⁾.

Den anden Afhandling om Forholdet mellem Staten og Religionen indeholder efter Ø.' egne Udtalelser hans „vigtigste Udvikling af de Grunde, der havde bestemt ham til at opgive den fra den Bearbejdelse af Naturretten efter Kantske Grundsætninger, som i saa mange Aar havde beskjæftiget de Philosopherende, udgaaede og siden af Kant selv dog i en anden Skikkelse vedkjendte, men af Fichte ret i sin Yderlighed gennemførte Tanke om en afsondret Videnskab, der a priori og uafhængig af Moral og Politik skulde give nøiagtigt bestemte Regler for et Tvangssystem, hvorved den udvortes Retsorden mellem samlevende Mennesker skulde opretholdes.“ Overfor denne Opfattelse, hvorefter man indskrænker Retsordenen og dens Organ Staten til Betryggelsen af ethvert Enkeltvæsens Frihed, betragtet blot fra den negative Side, hævder Ø., at alt, hvad der hører til at begrunde et værdigt og lykkeligt indbyrdes Samliv mellem Menneskene, bør optages i

¹⁾ Saaledes Schlegel, hvis Indsigelse omtales i Hdbg 3 B. S. 518.

²⁾ Jfr. Skriftet om Udkastet til Grundlov og Valglov l. c.

Retsordenens Virksomhed, forsaavidt det er gjørligt at sørge derfor ved en af en almindelig Kraft ledet Samfundsvirksomhed, og at derfor hverken det, der udenfor Sikkerheden hører til fælleds Lyksalighed, og heller ikke Menneskets høiere Øiemed, altsaa ikke Sædelighed og Religion, hvis indbyrdes uadskillelige Forbindelse med stor Styrke paavises, derfra bør udelukkes. Den første og vigtigste Grund hertil er, at selv det Formaal, hvortil hine Lærebygninger indskrænke Retsordenen, ikke lader sig gennemføre ved det Middel, som er det eneste, de kiende, nemlig fysisk eller psykologisk Tvang. I denne Henseende kritiserer Ø. den Fichteske Forestilling, at Staten kan tilstrækkeligt garantere Retsordenen blot ved et vel udtænkt System af Straffe- og Politiforholdsregler, og at der i saa Henseende ikke behøves nogen moralsk eller religiøs Forudsætning hos den enkelte Statsborger. Navnlig blev det for Strafferettens Vedkommende, dog mere af visse af Fichtes Tilhængere end af ham selv¹⁾, gjort gjældende, at der kun udfordredes det ene som Grundlag for en Straffetheori, at ingen ifølge Egennyttens Princip vil skade sig selv, idet der da kan bygges paa, at naar der for enhver Lovovertrædelse bestemmes et Straffeonde, som opveier den sandselige Tilfredsstillelse eller Fordel ved at overtræde Loven, og naar der gennem gode Politi- og Retsindretninger tilveiebringes fuld Sikkerhed for, at ingen Lovovertrædelse hengaaer ustraffet, vil der faaes en af al Moralitet uafhængig, mathematisk Vished for, at Loven ikke bliver overtraadt. Imod hele denne Opfattelse indvender Ø., at selv om

¹⁾ Det prægnanteste Exempel i saa Henseende afgiver v. Almendingen, jfr. Eun. 2 B. Fortalen p. IX og X, Af mit Livs og min Tids Hist. I. S. 138; men ogsaa Feuerbach hører herhen.

det var muligt at gennemføre et saadant mechanic Tvangssystem, — hvad der naturligvis er en aldeles upractic Tanke — vilde det ikke kunne hvile paa sig selv alene, men kun kunne udrette noget for sit Formaal under den Forudsætning, at Moral og Religion har Magt over dem, som skulle medvirke til dets Gjennemførelse, hvoraf følger, at Staten ikke kan undvære disse Factorer, naar den skal løse sin første og simpleste Opgave, nemlig at hævde Retten. Dette paavises nærmere ved bl. a. at udvikle, hvorledes den paalidelige Oplysning, hvorpaa Øvrighedernes og Retternes Afgjørelser i civile og criminelle Sager bør bygges, ikke kan skaffes tilveie, dersom der ikke kan stoles paa deres Sanddruhed og Respect for Edens Hellighed, der som Vidner, Skjønsmænd eller Parter skulle forklare i Sagen, samt hvorledes man ikke kan undgaae at forlade sig paa deres Samvittighedsfuldhed og redelige Villie, som skulle afgjøre Sagen, være sig som Øvrigheder, Dommere, Edsvorne eller i hvilken som helst anden Egenskab. Her kommer Ø. ind paa et Punct, nemlig Forholdet mellem Almeensætningerne og de concrete Tilfælde, hvorpaa de skulle anvendes, hvortil han oftere i sine Skrifter vender tilbage, idet han nærmere udfører den Betragtning, at det ved Bedømmelsen saavel af, om juridisk Beviis for et vist Factum er tilstede, som af, om Betingelserne for Lovenes Anvendelse paa visse givne factiske Forhold foreligge, ikke er muligt at opstille saa bindende Lovregler, at det rigtige Udfald af Sagen kan fremgaae af en simpel og utvivlsom Anvendelse af dem, men at det meste maa komme til at beroe paa et samvittighedsfuldt og kyndigt Skjøn hos dem, i hvis Hænder Afgjørelsen ligger, og at det derfor ikke kan undgaaes, at man ved de enkelte Tilfældes Behandling og Afgjørelse i det Væsentlige maa stole paa den mo-

ralske Garanti, som disse Mænds Personligheder afgive, jfr. Jur. Arch. 13 B. S. 180 og Arch. f. Retsvidensk. 6 B. S. 211. Om den heromhandlede Afhandling, som Ø. selv tillægger en stor Betydning som Vidnesbyrd om den Aandsretning, han nu var slaaet ind paa, yttreer han iøvrigt med den ham egne Beskedenhed (S. 141 nederst), at hans „hele Fortjeneste, hvis der er nogen, bestaaer deri, at han havde Mod til at afkaste et herskende Systems Tvang og ved en flersidig Overveielse af de virkelige Forhold samlet hine i sig selv simple Bemærkninger og nøiagtig udviklet deres Betydning for Spørgsmaalet.“

Det blev nu mere og mere det fremtrædende Træk i Ø.' Aandsretning at udmaale og bedømme de filosofiske Systemers Værd efter deres Evne til at løse de retlige og ethiske Problemer paa en for det virkelige Livs Fordringer og den sunde moralske Bevidsthed tilfredsstillende Maade. Hans praktiske Natur maatte lede ham til at bedømme Lærdommen efter dens Frugter. Førte en speculativ Opfattelse til Resultater, der for den naturlige Rets- og Sædelighedsfølelse og den sunde Forstands Prøvelse vare aabenbart uantagelige, kunde den ikke være rigtig¹⁾. Ligesom Ø., som ovenfor bemærket, fik Impulsen til at bryde med Fichtes System, fordi det blev ham klart, at den mekaniske Tvangsordning til Frihedens Opretholdelse, som Systemets Conseqvens fordrede, i sine Virkninger førte til den personlige Friheds Undergang, saaledes finder han aabenbart en Hovedgrund til ikke at interessere sig for det Hegelske System deri, at dets Videreførelse ledede til Re-

¹⁾ Her maa erindres om de ovenfor citerede Ord i Fortalen til Eun. II p. XII „En Theori angaaende de menneskelige Forhold, der ikke passer sig til disse Forhold, kan umulig være rigtig o. s. v.“

sultater, hvori han ikke kunde see andet end Opløsningen af al sædelig og borgerlig Orden. Efter at være bleven færdig med sine Ungdomsbestræbelser under den transcendentale Idealismes Banner førtes Ø. efterhaanden mere og mere over i den positive Christendom¹⁾, og en paa denne bygget Livsanskuelse blev for ham den underforstaaede eller stiltiende forudsatte Grundopfattelse, ud fra hvilken han betragtede de ethiske og retlige Problemer. Han gjorde ikke mere noget Forsøg paa at danne sig et speculativt System paa filosofisk Grundlag. Dette opgav han, dels fordi han ikke længere havde Troen paa, at den Opgave overhovedet lod sig løse²⁾, dels fordi han i al Fald ikke følte Kald hos sig i den Retning³⁾. Uden ganske at ophøre med at sysselsætte sig med filosofiske Spørgsmaal og at følge Udviklingen i Almindelighed, deltog Ø. herefter kun mere leilighedsviis i den filosofiske Debat. Det vigtigste i saa Henseende er hans Indlæg i den ved en Afhandling af Prof. Howitz i Aaret 1824 vakte Strid om Villiens Frihed⁴⁾. I den mere eclecticiske Retning,

¹⁾ Jfr. hermed Af mit Livs og min Tids Historie 3 B. S. 303 ff.

²⁾ „Troen paa Systemerne havde tabt sig, navnlig hos dem, der til hin Tid her i Landet sysselsatte sig med filosofiske Studier,“ hvorved han sigter dels til N. Treschow og Sibbern, dels til Mynster, H. C. Ørsted, og Poul Møller, jfr. Af mit Livs og min Tids Historie 3 B. S. 324.

³⁾ „Jeg vil ellers gjerne troe, at der af Anlæg for Philosophien kun har været givet mig det logiske og moralske Element, men ikke det egentlig speculative,“ jfr. l. c. 1 B. S. 40, jfr. S. 117.

⁴⁾ See Jur. Tdskr. 8 B. a. S. 118 ff, 10 B. a. S. 1 ff. Om denne Strid vil det Nærmere være at bemærke under Ørsteds Fortjenester af Strafferettens Udvikling.

hvori Ø. slog ind, laa for ham baade en Begrændsning og en Styrke. En Begrændsning, forsaavidt som det maa føles som en Nødvendighed af den, der vil philosophisk begrunde Retsinstitutionerne og ikke blot tage dem som historiske Kjendsgjæringer — og Ø. vilde ikke give Afkald paa en philosophisk Begrundelse f.Ex. af Strafferetten og Eiendomsretten — at gaae ud fra en Totalopfattelse, ud af hvilken de enkelte Sætninger deduceres og til hvilken alle vundne Resultater pege tilbage¹⁾; en Styrke, forsaavidt som de enkelte Undersøgelser og Reflectioner, der hvile i den sunde Mennekeforstands Opfattelse af Livsforholdene og ere prægede af en fin Tact og Sands for det Rette og skarp Dialectik i det enkelte, altid ville faae en Værdi i sig selv, der ikke staaer og falder med et speculativt System, som forkastes af den næste Slægt og for den har tabt al overbevisende Kraft. Det turde derfor være, at netop den Omstændighed, at Ø. i sin egentlige juridiske Forfattervirksomhed ikke stod under Indflydelse af noget bestemt philosophisk System, er en vigtig Aarsag til, at hans Behandling af de retlige Problemer har et saa stort blivende Værd og en bestandig vedvarende Brugbarhed for Retsvidenskaben.

At Ø. hele sit følgende Liv igjennem blev staaende paa det her skildrede Standpunct, hvorefter det ledende Princip i Retslæren ikke skal søges i noget speculativt System, men i den udviklede og oplyste Forstands frie Reflection over de menneskelige For-

¹⁾ Her kan henvises til F. C. Bornemanns Kritik af Ørstedes Straffetheori i Saml. Skr. 3 B. Tillæg I. p. XXXI, ved hvilken dog den historiske Bemærkning maa gjøres, at Ø. ikke kunde siges længere at være gjennemtrængt af den transcendentale Idealisme, da han fremsatte sin Straffetheori.

hold og den moralske og religiøse Bevidstheds Be-
 dømmelse af de historisk givne Institutioner, frem-
 gaaer paa det klareste, naar man sammenligner saavel
 de i ovennævnte tre Afhandlinger udtalte Anskuelser
 som hans i andet Bind af Eunomia udviklede Straffetheori
 (fra Aaret 1817) med den Skildring, han i sin Alder-
 dom giver af den Methode, der efter hans Overbevis-
 ning bør følges i Retsphilosophiens Behandling ¹⁾. Man
 vil da finde, at Grundtanken er den samme. „En
 saadan Retsphilosophi, som jeg tænker mig,“ —
 siger han l. c. — „skulde behandle alle de vigtig-
 ste Retsforhold, saaledes som de fornuftigvis bør ord-
 nes, saavel af Hensyn til at sikkre alle Individets Fri-
 hed og Personlighed, som til Befordring af Samfundets
 fremskridende Velbefindende, og det ikke blot sand-
 selig taget, men og forsaavidt det bestaaer i de høiere
 Livsgoder. Den havde ikke blot at befatte sig med
 det, der ved Lov bliver at anordne med Hensyn til
 det indbyrdes Forhold mellem de enkelte, men den
 skulde og fremstille den rette Ordning af de Indret-
 ninger, hvorved Samfundet skal forskaffe enhver en
 tilbørlig og sikkert Retstilstand. . . . Ved enhver Ma-
 teries Behandling burde det Almengyldige udhæves,
 og det saaledes, at det gaaer foran det, som med
 Hensyn til de forskiellige Tilstande og Forhold kan
 blive at bestemme paa forskiellig Maade. Men til det
 Almengyldige vilde ikke blot høre det Lidet, som
 kan siges at være nøie bestemt ved en ren Fornuft-
 nødvendighed, men ogsaa alt, hvad der under den
 Civilisationsgrad, der hersker i alle nogenlunde udvik-
 lede Stater, maa gjælde overalt . . . En Retsphilosophi,
 som den, jeg tænker mig, vilde i en nogenlunde grun-
 dig Behandling vistnok paa en ganske anden Maade

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 146 ff.

føre ind i de virkelige Retsforhold og danne til sund og frugtbar Eftertanke over disses Befæstelse og Forædling end den sædvanlige Naturret. Hvor fattig er denne ikke, naar den indskrænkes til det, der med noget Slags Skin han ved Analyse udbringes af det opstillede øverste Retsprincip. Man tænke sig, at Naturretten skulde give det tilbage, som den har laant af den romerske Ret og de Systemer, der af denne have dannet sig ... Endvidere er det ofte Betragtninger over, hvad Samfundets moralske og sociale Tarv fordrer, hvormed Naturretslærerne udfylde de ledige Pladser, efter at de først udførligt have vist, at den egentlige Naturret intet lærer os om visse dog høist vigtige Forhold (saaledes navnlig i Afsnittene om Ægteskab og det faderlige Selskab, ligesom ogsaa Læren om Arv og Testamenter samt om Hævd her kan erindres)“.

Den tredie af de hernævnte Afhandlinger om Forholdet mellem Theori og Praxis i Sædelæren angaaer ikke egentlig Retsvidenskabens, men de Betragtninger, den indeholder, staa i nært Slægtskab med dem, som træde osi Møde i Afhandlingen om Forholdet mellem Staten og Religionen. Den gaaer ud paa at hævde og nærmere udvikle, at Ethiken — saavel som Retslæren — ikke er i Stand til at trække en saa skarp Grændselinie mellem det Befalede og Forbudne, at rigtig Indsigt i dens Grundsatninger i Forbindelse med god Villie er nok, for at man aldrig skal forfeile den rette Vei, men at der ogsaa her, mellem det almindelige Begreb, hvortil dens Bud slutter sig, og det virkelige Tilfælde, der skal behandles efter samme, ligger et Rum, som alene en sund moralsk Dømmekraft kan udfylde. Men herved erkiendes dog, at den moralske Dømmekraft eller den sædelige Tact ikke under alle Omstændigheder er tilstrækkelig til at afhjælpe Ufuldstændigheder i vor ethiske Viden, og at det derfor ikke er os muligt at

befrie os for al Uvished og Vildfarelse i sædelige Anliggender, noget, som hænger sammen med den menneskelige Kjendeevnes Ufuldkommenhed. Afhandlingen ender med en Bemærkning, der i høi Grad betegner Ø.'s hele Standpunct, nemlig den, at naar vi paa den ene Side finde en i vor fornuftige Natur grundet Trang til at aflede alt det Mangfoldige i Livet saavel som i Naturen af en høieste Enhed og derfor ugjerne erkjende vor Uformuenhed hertil, saa kan det paa den anden Side ikke nægtes, at der ogsaa gives et ligesaa uudslætteligt Træk i vor Natur, der afskyer at indknibe det hele Menneskeliv og dets Bevægelser under staaende, al eiendommelig og fri Behandling af de os mødende Forhold udelukkende Formler, og at disse stridige Drifter ret vel passe sammen hos et Væsen, hvis Bestemmelse er en evig fremskridende Udvikling og ikke en fast Besiddelse.

III.

Det vil af ovenstaaende Fremstilling sees, at Ø., allerede dengang, han i Aaret 1801 indtraadte paa Embedsbanen som Assessor i Hof- og Stadsretten¹⁾, havde frigjort sig for Tidens herskende Anskuelser om, at Rets- og Statsordenen kunde construeres a priori ved blot subjectiv Speculation over, hvad Fornuften i og

¹⁾ Herved kan erindres Ø.'s egne Ord i: Af mit Livs og min Tids Historie I. S. 8 „og navnlig var der nogle af mine Ungdomsaaar, hvori jeg, uden behørig Aandsfrihed, overlod mig til den Kantiske og senere den Fichteske Philosophi og troede deri at finde alle Visdommens og Erkjendelsens Skatte. Men det varede ikke mange Aar, førend jeg frigjorde mig for, hvad i min Forkjærlighed for disse Tydslands Coryphæer var blindt og slavisk, og man vil ikke fra 1801 af finde noget i mine Skrifter, som smager deraf“.

for sig og bortseet fra al historisk Erfaring tilsiger med Hensyn til Ordningen af samlevende Menneskers Forhold, og at der lader sig danne en Retstheori, som, forudsat kun, at ingen Feilslutninger indsnige sig i Udførelsen, kan betegnes som den til alle Tider og Steder gjældende høieste Viisdom, overfor hvilken den tilfældige, begrændsede og i Fordomme hildede positive Lovgivning maa vige. Han var i Modsætning her til paa det Rene med sig selv om, at den retsphilosophiske Betragtning maa begynde fra de historisk givne Rets- og Samfundsforhold og gjøre dem til Gjenstand for en alsidig Drøftelse og derpaa støttet Bedømmelse. Som Norm herfor opstiller han, at man vel ikke bør forbigaae „det Lidet, som kan siges at være nøie bestemt ved en ren Fornuftnødvendighed“, men, da dette ikke fører ret langt¹⁾, bliver Hovedsagen at udfinde og fremstille det Almengyldige, der gjenfindes hos alle civiliserede Samfund, og at sætte dette i det rette Forhold til det i særlige historiske og physiske Forhold hos det enkelte Folk Grundede. Hermed var det dog ingenlunde Ø.'s Mening at indskrænke Retsphilosophien til alene at være den positive Rets Philosophi. Det fremgaaer af hans Udtalelser²⁾, at han ikke vilde have Videnskabens Opgave begrændset til en raisonnerende Betragtning af de historisk givne Institutioners Genesis og deres Sammenhæng med Menneskets naturlige Egenskaber, men at han vil udstrække den til ogsaa at see den bestaaende Retstilstand i Forhold til Sædelighedsideens Krav og vurdere dens høiere Berettigelse efter denne Maalestok. Han siger saaledes, at Retsphilosophien „skulde ikke indskrænke sig til at anstille Betragtninger over den i de forskjellige Stater gjældende

¹⁾ Jfr. herved bl. a. St. Hdbg. 1 B. S. 326 Note.

²⁾ Af mit Livs og min Tids Historie I. S. 148

Ret, men gaae ud paa at vise, hvad der, efter Fornuft og Erfaring, burde gjøres gjældende enten i Almindelighed eller under visse Forudsætninger“, og han tilføier¹⁾, at G. Hugo's Philosophi over den positive Ret²⁾ „i intet Tilfælde maatte være Maalestokken for den oven paapegede Videnskab (Retsphilosophien)“, idet han bebreider denne Forfatter, hvis Methode han iøvrigt sætter høiere end Naturretslærernes, at han, „dels af Uvillie over den Ensidighed, hvormed Naturretslærerne opstillede meget som grundet i en absolut Fornuftnødvendighed, skjøndt de blot havde hentet det fra de givne Retstilstande, og det uden at være trængt ind i deres Væsen, men ogsaa af Mangel paa en dyb og alvorlig Sands for Menneskehedens høiere Formaal, blev bragt til næsten at indrømme enhver Retsindretning eller Retstilstand, som i en eller anden noget betydende Stat havde vundet Fasthed, lige Berettigelse“³⁾.

Ø. var saaledes ikke blot ved sin practiske Natur og sin sunde Retssands, men ogsaa ved en gennem Studium og Tænkning erhvervet videnskabelig Overbevisning tilstrækkeligt væbnet mod de Feil og Misgreb i Behandlingen af den positive Ret, som hang sammen med hin Opfattelse, hvorefter man begynder med at sætte en ud af den Filosofherendes eget Hoved tagen Retstheori som den til alle Tider og Steder gjældende høieste Fornuft, og derefter forlanger, at den virkelige Verden skal rettes og dømmes i Forhold til den, og ikke blot lader dette gjælde som en speculativ

¹⁾ l. c. S. 149.

²⁾ Hugo's Retsphilosophi udgjør en Del af hans oftere oplagte „Civilistischer Coursus“.

³⁾ Herved sigter Ø. bl. a. til hans Hævdelse af Slaveriet og Polygamiet som naturlig berettigede Institutioner.

Theori, men lader det virke som et i Fortolkningen og Anvendelsen af de gjældende Love indgribende Princip. Allerede derved er han forud for sin Samtid, idetmindste forsaavidt angaaer hele den første Periode af hans Forfattervirksomhed. Thi i Slutningen af forrige og i Begyndelsen af dette Aarhundrede forekom næsten hos alle Retslærere mere eller mindre stærke Overgreb af den subjective Philosopheren paa den positive Retsvidenskabs Omraade. Den tydske Literatur frembyder talrige Exempler herpaa. Selv hos ansete Forfattere hævdes endnu langt ind i dette Aarhundrede Philosophiens Superioritet med en Fordringsfuldhed, som næsten er ubegribelig for os. Nogle forbeholdt dog kun Retsphilosophien — Naturretten efter den Tids herskende Terminologi — at udfylde Lacunerne i den gjældende positive Ret, andre lode sig ikke nøie hermed, men gjorde den endvidere til den første og vigtigste Fortolkningsnorm, saaledes at de positive Retsregler, naar de ikke stemmede med den, maatte behandles som Undtagelseslove og som saadanne være strictissimæ interpretationis, og endelig gik flere Forfattere saa vidt, at de tillagde Naturretten Magt til at dethronisere den positive Ret, hvor denne for stærkt afveg fra de Fordringer, Philosophien i den oprindelige forud for al Retsorden værende, evige og uforanderlige, Fornufts Navn meente at maatte stille¹⁾. Denne Retning fandt

¹⁾ Man drøftede i Slutningen af forrige Aarh. jævnlig det Æmne, om Lovgiveren overhovedet gyldigen kunde foretage Forandringer i Naturretten. Om end dette dog af de fleste besvaredes bekræftende, var det derimod det Regelmæssige, at Naturretten opstilledes som subsidiær Retskilde, af nogle endog saaledes, at man recurrerede til den, saasomt udtrykkelig Lovhjemmel manglede, af andre dog kun saaledes, at den benyttedes, naar heller ikke Lov eller Retsanalogi gav nogen Løsning paa Spørgsmaalet;

ogsaa Vei til os. Et godt Exempel herpaa giver en Tale, som holdtes af C. F. Lassen¹⁾ ved det juridisk-practiske Selskabs Aabning i Aaret 1800 (trykt i Rahbeks Minerva for April 1800). Men som det videst gaaende maa nævnes, at Nørregaard i sine Forelæsninger over den danske og norske private Rets første Grunde opstillede som en Regel, hvorefter Strid mellem Love skal afgjøres, at de naturlige Love maa foretrækkes for de borgerlige, en Sætning, som Ø. klart og kort tilbageviser i Supplementet til Nørregaard 1ste B. S. 103. Endnu i Aaret 1816 gjenlyder denne Opfattelse i ovennævnte Lassens, iøvrigt sindrigt og skarp-sindigt udpenslede, Afhandling om Lovfortolkning i Nyt juridisk Archiv 16 B. S. 99—108. Vel gaaer han ikke saa vidt at tillægge den naturlige Ret Magt til at ophæve den positive; men han er dog helt inde paa den Betragtning, at Fortolkningen af de positive Love under visse Betingelser „kan begrundes ved den af Fornuften foreskrevne, for alle Stater gjældende Lovgivning“. „At der nemlig virkelig gives Retsregler, som uden at være forsynede med ny Sanction af nogen positiv Lovgiver, maa tillægges Gyldighed“, betragter han „som noget, der ikke trænger til at bevises“. „Men dersom der nu saaledes gives en almindelig Lovgivning, der har sin Auctoritet fra sig selv, saa er det

denne sidste Regel fandt Optagelse i den østerrigske borgerlige Lovbog af 1811 § 7, jfr. Unger Österreichisches allg. Privatrecht I. § 11 For Criminalrettens Vedkommende, hvor den samme Tendents endnu stærkere gjorde sig gjældende, kan henvises til en særdeles interessant og udførlig Udvikling af R. Löening i Zeitschr. f. die gesamm. Strafrechtswissenschaft III 288, 296, 305 o. fl. St.

¹⁾ Denne Ørsteds Samtidige var født 1776, blev 1800 Assessor i Hof- og Stadsretten, 1813 Assessor i Høiesteret, i hvilken Stilling han forblev lige indtil 1858. Han døde 1860.

jo klart, at hvad der ifølge samme maa erklæres for Ret, ogsaa maa vedblive at være det, saalænge den positive Lovgiver ikke deri har derogeret. At nu en saadan Derogation ikke kan formodes, men maa bevises, følger igjen af Sagens Natur o. s. v.“ At en virkelig Gjennemførelse af disse Principer i den positive Rets Behandling maatte vende op og ned paa alt og føre til de urimeligste Resultater ved at tillægge Fortidens Lovgivere, saasom hos os Christian den 5tes Lovs Forfattere, Oplysningstidsalderens Synsmaader og Opfattelser, der historisk betragtet laa dem saa fjernt som muligt, er klart, jfr. herved Ø.'s Modbemærkninger mod Lassen i Hdbg. 1 B. S. 324 ff. Heldigviis gik det dog ikke i Lovfortolkningen saa galt, som man skulde have ventet; thi her, som saa ofte, fandtes Hjælpen deri, at Videnskabsmændene ikke i Anvendelsen fulgte deres egne Theorier, men, bøiede sig for den sunde Menneskeforstands Krav, hyppigt gjorde Brud paa Conseqventsen af deres Lære. Men alligevel maatte dog den hele Grundanskuelse, fra hvilken man troede at burde gaae ud, og den fuldstændige Mangel paa Blik for, hvad positiv Ret egentlig betyder, virke forvirrende ind paa Behandlingen af Retsvidenskaben.

Det er derfor af den største Betydning for vor Retsvidenskabs Udvikling, at Ø. i Modsætning til den rationalistiske Retsphilosophies Disciple hævdede i Theorien og gennemførte i Anvendelsen, at der for Behandlingen af den positive Ret ikke han anerkjendes noget apriorisk Fornuftprincip, men at Udgangspunctet maa søges i den virkelige som et historisk Factum sig frembydende Retstilstand, og kun de Almeensætninger, som enten umiddelbart udgjøre Bestanddele af den eller middelbart gennem en objectiv og ædruelig exegetisk Behandling kunne udledes af den, have Krav paa at anerkjendes som gjældende

Ret. De saakaldte Lacuner i Lovgivningen skulle med andre Ord ikke udfyldes ved Sætninger tagne af Naturretten, hvilket i Virkeligheden vil sige vedkommende Fortolkers subjective retsphilosophiske Raisonneren, men ved at tye til Lovgivningens egne Synsmaader, til det, som Ø. kalder Lovenes Aand. Paa at udfinde denne ved sindrige Slutninger fra de enkelte Lovbud og andre Tilkjendegivelser fra Lovgiveren ere hans Bestræbelser rettede, og kun et ad denne Vei skabt System for den positive Ret har for ham Betydning og Værd som saadant. Schweigaard¹⁾ betegner derfor med Rette hans Methode som den analytisk-descriptive i Modsætning til den dogmatiske. Thi Ø. holder sig borte fra den Feil, hvortil mange juridiske Forfattere ere tilbøielige, især blandt Datidens Tilhængere af den rationalistiske Retsphilosophi, nemlig at ponere de juridiske Begreber, saaledes som de tage disse ud af deres eget Hoved, som oprindelige og givne, og at lade de enkelte Tilfælde og deres Behandling fremtræde som det secundaire, der nødvendigvis skal rette sig efter de forud fastslaaede Begreber, hvorimod han netop ved enhver Leilighed gennem en alsidig og omhyggelig Overveielse af de enkelte Tilfælde prøver og berigtiger Almensætningerne og Begreberne og først anser dem for sikre, naar de have gennemgaaet denne Prøvelse overfor Anvendelsen i det enkelte. I Forbindelse hermed staaer den store Betydning, han tillægger Praxis, som Theoriens bedste Prøvesten²⁾.

Medens Ø. saaledes sætter Betydningen af Natur-

¹⁾ Jur. Tdskr. 23 B. S. 332.

²⁾ Hermed kan — foruden hvad ovenfor S. 6 ff. er anført — endvidere sammenholdes, hvad i Hdbg. 1 B. S. 288 anføres imod den af Hurtigkarl opstillede Inddeling af Lovkyndigheden i en theoretisk og en practisk.

retten, forsaavidt herved skal forstaaes en blot Retsmetaphysik, der ved Begreber a priori skulde ordne Retsforholdene efter en enkelt Grundsætning, meget lavt som Element i Retsvidenskaben, tillægger han derimod det, som han i en anden Forstand kalder „naturlig Ret“, en stor Betydning¹⁾. Med en nuomstunder noget paafaldende Terminologi opstiller han en Mod-sætning imellem positiv og naturlig Ret, hvorefter der ved det første egentlig forstaaes jus scriptum, den vilkaarlig givne eller af en Lovgiver satte Ret, og ved det sidste jus non scriptum eller alle de Retsregler, som maa siges at udgjøre Bestanddele af den gjældende Ret uden at kunne støttes paa skrevne Love. Hvad Ø. egentlig henregner hertil, er ikke ganske klart, navnlig kan det ikke rigtigt sees, om han blot hertil regner den i virkelig Udøvelse værende Sædvane og Praxis, eller om han, som mange tyske Forfattere, ogsaa vil medtage de herskende fra Slægt til Slægt nedarvede Retsforestillinger hos Folket, selv om disse ei kunne paavises at have givet sig Udslag i en factisk Udøvelse²⁾. Men klart er det under alle Omstændigheder, at han ved dette Begreb om naturlig Ret ikke sigter til et filosofisk, men væsentlig til et

¹⁾ See herved Hdbg. 1 B. S. 83 ff. samt Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 148—49, hvor det sees, at Ø. bestandig fastholdt den i Haandbogen meddelte Opfattelse.

²⁾ Herved tænkes paa Puchta's og Savigny's Opfattelse, hvorefter Folkebevidstheden alene i og for sig skaber Ret, medens Reglens Udøvelse kun er at betragte som et Bevis paa, at den er tilstede i Folkets Retsbevidsthed, et Bevis, der ogsaa kan føres paa andre Maader, jfr. bl. mange andre Steder: Windscheid Lehrb. des Pandectenrechts § 15, Note 2, Stobbe Handb. des deutschen Privatrechts 1 B. § 22 Note 2, hvor de vigtigste Forfattere, der have udtalt sig for og imod, ere angivne.

historisk Moment, nemlig til et Indbegreb af Normer, som ere gjældende Ret i Kraft af en historisk Udvikling og ikke blot hvile paa en formentlig ideel Berettigelse. For Betydningen af det Historiske i Retsudviklingen havde Ø. et aabent Øje, hvilket især lægger sig for Dagen i hans Fremstilling af Retskilderne og Fortolkningslæren i Hdbg. 1 B., hvor han faaer særlig Leilighed til at accentuere den Modsætning, hvori han stillede sig til de ældre paa den rationalistiske Retsphilosophi hvilende Opfattelser hos Hurtigkarl og Lassen. Seet i Forhold til den i dette Aarhundredes Begyndelse herskende Strid mellem den historiske og den filosofiske Skole i Tydskland, kom han til at staae den første meget nærmere end den sidste, om han end ikke fulgte den historiske Skole i alle dens Overdrivelser. Saaledes vilde han, skjøndt han vurderede Savigny meget høit, ikke underskrive dennes Fordømmelsesdom over Samtidens Forsøg paa at codificere, i al Fald forsaavidt angaaer Strafferetten, i den skarpe Form, hvori den fremtraadte i hans første Skrifter¹). Betegnende for Ø.'s Opfattelse i denne Retning ere nogle Udtalelser i Hdbg.

¹) I Fortalen til Eun. II p. XIV (fra 1817) kommer Ø. til at berøre dette: „Snarere skulde man efter de nyeste Forhandlinger i den tydske Literatur angaaende Lovgivningen troe, at den ved metaphysiske Idealer skuffede Tidsalder var tilbøielig til den modsatte Yderlighed, at agte alt, hvad der hviler paa almindelige Betragtninger for ringe, byggende alt paa det Historiske og umiddelbart Erfarede. Men det Sande vil bedst findes, naar begge modsatte Synspuncter have udtalt sig med fuld ensidig Kraft . . . De vægtfulde Advarsler, en af vor Tids lærdeste og genialeste Jurister har givet sit Folk og sin Tidsalder mod nye Lovbøger, passe sig i det Hele ikke paa den criminelle Lovgivning“.

I B. p. 291, hvor han, i Anledning af en Yttring af Hurtigkarl om, at „en philosophisk Kundskab om Lovene er den ægte Retslærdes Særkjende“, siger: „Tager man derimod Hensyn til det egentlige strenge Begreb om Philosophi, forstaaende derved den Videnskab, der gaaer ud paa Tilværelsens og Erkjendelsens første Grunde, og hvad deraf ved den rene Tænkning kan hidledes, og man, paa den anden Side, ved historisk Kundskab om Lovene tænker sig en saadan, der viser, hvorledes Retsforholdene og de dermed forbundne Begreber og Regler have udviklet sig af Folkets Tilstand, Tænkemaade, Sæder og de Begivenheder, som have rammet det, og hvorledes Lovgivningen i forskjellige Perioder har behandlet disse Forhold, saa er det vist, at den Tjeneste, Philosophien kan yde den positive Ret, er kun af liden Betydning mod den, der kan faaes ad den historiske Vei, og at den, ved utidig Anvendelse af Philosophien, let staaer Fare for at blive forvansket. Dog er det uden Tvivl en Overdrivelse, naar den nyere historiske Skole paastaaer, at ingen Retssandhed rettelig indsees, som man ei historisk kan forfølge i dens successive Udvikling; thi i mange Tilfælde er den gjældende Retstilstand i sig klar og utvivlsom, dens Oprindelse og successive Udvikling derimod uvis“. Hermed kan sammenholdes, hvad han i Hdbg. I. 329 ff. ytrer i Anledning af den kun secundaire Betydning, Lassen i sin bekjendte Afhandling om Lovfortolkning i *Nyt jur. Arch.* 16 B. tillægger det, man dengang kaldte den historiske Fortolkning. Uagtet Ø. saaledes rigtigt vurderede det historiske Element i Retsvidenskabens Behandling, kan det dog ikke nægtes, at hans svage Side er paa dette Punct. En sammenhængende historisk Indsigt i vor Rets Udvikling besad han ikke, og navnlig var den hele intermediaire Udvikling, som er foregaaet fra Provindsiallovenes Tid indtil Midten

af det forrige Aarhundrede en lukket Bog for ham. Men dette kunde ikke være anderledes. Thi om der end allerede i K. Anchers Skrifter og Schlegels Anmærkninger til disse havdes tilgængelige Midler til at danne sig et Billede af Retstilstanden, som den var paa Provindsiallovenes Tid, og om der end senere hertil kom flere andre Bidrag, navnlig af Rosenvinge, inden Ø.' egentlige Forfattervirksomhed afsluttedes, manglede der dengang og længe efter saagodt som ethvert Middel til at lære den senere Udvikling at kjende. De Kilstudier og deraf følgende Publicationer af Actstykker og Oplysninger, som maatte til for at give Stødet i denne Retning, forelaa endnu ikke, og kom først til at foreligge mange Aar senere.

I sin exegetiske Behandling kunde Ø. derfor ikke støtte sig til et retshistorisk Totalbillede, til et virkeligt Overblik over Retsudviklingens Gang, men kun til spredte Data, som han leilighedsvis havde samlet. Den naturlige Følge heraf maatte blive, at han ikke altid tilstrækkeligt følte sig bunden ved de historiske Forudsætninger i sine Fortolkninger af Chr. 5 Lovbøger og de ældre Forordninger. Han forudsatte i det Hele taget sin Samtids Retsanskuelser som gjældende ogsaa i en tidligere Tid, naar der ikke tilfældigvis var ham historiske Data bekendte, som oplyste om det Modsatte, og selve Lovbestemmelserne heller ikke bare klare og ham forstaaelige Vidnesbyrd i den Henseende. Det historiske Element i Lovfortolkningen var for ham simpelthen det nedarvede Aggregat af Retsanskuelser, som han forefandt hos sin Samtid, og som forresten, da han deelte de i Folket levende moralske og religiøse Grundforestillinger, paa de fleste Puncter faldt sammen med hans egne Anskuelser om det Rette og Naturlige i de forskjellige menneskelige Forhold. For saavidt maatte hans egne Retsanskuelser komme til

at spille en ledende Rolle ved hans Exegese af den gjældende Ret, baade hvor Spørgsmaalet er om at constatere Betydningen af de enkelte Lovbud og Sammenhængen imellem dem, og fremfor alt, hvor det gjælder om at fremdrage og udvikle de almindelige Grundsætninger, som udgjøre de bagved liggende, bevidste og ubevidste, Forudsætninger og Udgangspuncter for Lovgiveren. I Udfindelsen og Fremstillingen af dette sidste — hvad Ø. selv betegner som „Lovens Aand“ (Hdb. I. 292—95) — bestod især hans Styrke. Det var saa at sige et helt nyt Element i vor Retsvidenskab. Thi hvad der var ydet i Henseende til Dannelsen af dette Bindeled mellem vor Lovgivnings spredte og ufuldstændige Bestemmelse førend Ø.' Tid, var saa godt som intet. Han er Skaberen af det Totalbillede, som først kan opstaae, naar der ad Exegesens Vei er tilveiebragt Enhed og Sammenhæng mellem de casuistiske Retsregler, hvoraf vor Ret bestaaer. At i en saa udstrakt skabende Virksomhed Forfatterens Subjectivitet maa træde frem, er ikke til at undgaae. Kritiske Hentydninger hertil overfor Ø. mangle heller ikke. Det bemærkes saaledes af F. C. Bornemann¹⁾ med særligt Henblik til Ø., at Exegesen til Fortolkningen af en casuistisk og forældet Lovgivning medbringer to Forudsætninger, hvilke den betragter som Axiomer, nemlig at Lovgiveren er vis og, at Visdommen til alle Tider er den samme, og at den derfor, naar den ikke hindres af et altfor ubøieligt Lovbogstav, vil kunne fremstille som hjemlet ved en saadan Lovgivnings udtrykkelige Bestemmelser eller ved disses Conseqvents, ei blot enkelte Retssætninger, men hele Systemer af Retsregler,

¹⁾ I hans Indledningsforedrag til Forelæsninger, Saml Skr. 5 B. S. 5.

der ikke blot ikke efter den oprindelige Lovgivers Culturtrin kunde være hans Villie, men som endog tildels maatte være mod hans Villie o. s. v. Denne Bemærkning er sikkert aandrig og træffende, forsaa-vidt som den tager Sigte paa en Udskeielse, hvortil den exegetiske Behandling ved en ordknap Lovgivning er tilbøielig. Men overfor Ø. er Bebreidelsen ikke retfærdig. Thi han vedkjendte sig paa ingen Maade den Sætning, at Exegesens Forudsætning er, at Lovgiveren er vis, og at Visdommen til alle Tider er den samme, og han indsaa, ligesaa fuldt som Bornemann selv, at Exegesen i det høieste medbringer den Forudsætning, at Lovgiveren er consequent¹⁾, og var heller ikke blind for, at selv denne Forudsætning ikke altid slaaer til. Ligesom Ø. i Theorien var en bestemt Modstander af Ideen om „den til alle Tider den samme værende Visdom“ og netop drog til Felts mod det Uvæsen, som der til en vis Tid dreves dermed, og ligesom han med Hensyn til de positive Loves Fortolkning hævdede, at ikke den absolute Visdom, men paagjældende Tidsalders Anskuelse maa lægges til Grund, naar man vil udfinde, hvad Lovgiveren har meent eller tænkt²⁾, saaledes kan det heller ikke siges, at han i Anvendelsen blev disse sine Grundsætninger utro. Naturligvis kan det ikke være andet, end at der i den umaadelige Skare af Fortolkninger, som hidrører fra ham, kan paavises et og andet, som er vilkaarligt og uholdbart; men det maa bestemt hævdes, at han med objectiv Ædruelighed og bevidst Afsky for subjective Constructioner søgte at holde sig til det, som han ansaa for de historisk nedarvede Retsanskuelse. At han herved ligesom stil-

¹⁾ Jfr. Hdbg 1 B S. 295.

²⁾ Her kan henvises til hans Indvendinger imod Lassen i Hdbg 1 B. S. 324 ff.

tiende forudsatte, at hans Samtids og saaledes — om man vil — hans egne Retsanskuelser udgjorde den Baggrund, mod hvilken ogsaa Chr. 5 Lov og de ældre Forordninger maa sees, er ganske naturligt. Enhver Fortolker maa gjøre det, saalænge den retshistoriske Forskning ikke sætter ham i Stand til at see Fortidens Institutioner i et andet Lys. — En noget lignende, men mere almindelig Sigtelse for, at Ø. i sine Lovfortolkninger tillod sig en altfor stor Frihed og ofte søgte at bøie Lovens Ord til Overensstemmelse med hans egne Anskuelser om, hvad der burde være Ret, maa antages at ligge i de Yttringer, som A. W. Scheel bruger i Fortalen til første Udgave af hans Familienret, hvor han bebrejder sine Forgjængere — af hvilke Ørsted uden Sammenligning er den vigtigste — at de ikke „have holdt sig tilstrækkeligt til Lovens bogstavelige Indhold“, men gennem Fortolkningen søgt „at rette“ herpaa „for at bringe Retsbestemmelserne i større Overensstemmelse enten indbyrdes eller med Fortolkernes personlige Anskuelser eller med virkelige og formodede Motiver, endskjøndt det dog er nok som erkjendt, at det ikke er Fortolkerens Sag at forbedre Lovene.“ Men til Grund for disse Bemærkninger ligger der en Feiltagelse, som er ødelæggende for al sund og naturlig Lovfortolkning, nemlig den, at de almindelige Fortolkningsgrundsætninger kunne bringes til Anvendelse paa en forældet og casuistisk Lovgivning ligesaa absolut og ubetinget som paa den nyere Tids omfattende og systematiske Love. Scheels Apotheose af den bogstavelige Fortolkning, som ellers ikke tiltaler Bornemann, er Udtrykket for en Methode, mod hvilken meget alvorlige Indvendinger kunne gjøres. Naar han l. c. henviser til næsten enhver Fremstilling af Fortolkningslæren som Hjæmmel for de strengere Grundsætninger, han anbefaler, be-

tyder dette ikke meget, thi — afseet fra, at de fleste saakaldte Fortolkningsregler jo kun ere Abstractioner fra den virkelige Fortolkningspraxis og ikke selvgyl-dige Normer — maa det siges om de sædvanlige Fremstillinger af Fortolkningslæren, at de egentlig kun ere beregnede paa og passe til den Forudsætning, at Gjenstanden for deres Anvendelse er en ganske anderledes omfattende og conseqvent og derfor tillige langt nøiagtigere affattet Lovgivning, end vor var, da Ø. optraadte i Literaturen, og tildels endnu er. De i og for sig rigtige Fortolkningsregler lade sig ikke gennemføre med samme Præcision, naar man har at gjøre med en casuistisk, over et langt Tidsrum sig strækkende og derfor paa vexlende legislative Synspuncter hvilende Lovgivning. Da bliver en friere Behandling nødvendig baade i at bestemme Meningen af de enkelte ofte unøiagtigt affattede Lovbud og i at udfylde de store Huller, hvortil ingen positive Støttepuncter kunne udfindes; da bliver en friere Hypothesedannelse berettiget, ved hvilken det er umuligt at følge faste Regler, men hvor det meget mere kommer an paa et godt naturligt Blik, en umiddelbar Fornemmelse af, hvorledes Tvivlen bedst afgjøres eller Lacunen udfyldes i Lovgiverens Aand. Netop heri laa Ø.' Styrke, og derfor var han den Fortolker, som den dansk-norske Retsvidenskab dengang trængte til.

IV.

Medens Ø.' retshistoriske Dannelse var og efter den Tids Forhold maatte være mangelfuld, medbragte han derimod en anden Forudsætning til Behandlingen af den dansk-norske Ret, nemlig en betydelig og for Datiden usædvanlig Kjendskab til fremmed juridisk Literatur og Lovgivninger. Den stadige Benyttelse

heraf udgjør et saa vigtigt Moment i hans Forfatter-eiendommelighed, at det ikke kan lades uomtalt i denne almindelige Oversigt. Thi ved Siden af hans selvstændige, indtrængende og skarpsindige exegetiske Behandling af vor egen Lovgivning, maa som hans mest fremtrædende Fortjeneste af vor Retsvidenskabs Udvikling nævnes, at han tidligere end nogen anden i den overførte Udbyttet af den almindelige europæiske Videnskabelighed og derved berigede den med en Mængde af nye Synsmaader og dybtgaaende Undersøgelser af Retsforholdenes Natur og Væsen. Han udrev vor Retsvidenskab af den isolerede og tilbagetrængte Stilling, som den indtog overfor den almindelige Udvikling. Saavel før hans Tid som længe efter var det en Mangel hos vore juridiske Forfattere, at de saa godt som slet ikke have besiddet noget Kjendskab til fremmed Lovgivning og Literatur, undtagen i det høieste til den romerske Ret. At Behandlingen af vor egen Ret herved maatte komme til at savne Impulser af stor Betydning og faae et stagnerende Præg, er let forklarligt. Det var en umaadelig Misforstaaelse, naar man meente, at fordi vor Lovgivning havde udviklet sig rent nationalt og fri for ude fra indtrængende Retsdannelser, maatte deraf følge, at Studiet af fremmed Retsliteratur og Lovgivning intet kunde lære os i Henseende til den videnskabelige Behandling af den. En saadan indskrænket Synsmaade laa fjernt fra Ø. For ham var det klart, at man for at hæve sig til en friere Betragtning af Retsforholdene maatte kaste Blikket udover vore egne snævre Grændser og befrugte Tænkningen ved de mangfoldige Motiver til at reise nye Spørgsmaal og til at besvare disse med den fornødne Alsidighed og Omsigt, som kan hentes fra større fremmede Literaturer, der staae paa et i videnskabelig Henseende

mere fremskredet Trin, end vor egen dengang stod. Hertil kom Ø.' store Interesse for legislative Undersøgelser og Betragtninger og derpaa støttede Bedømmelser af de gjældende Retsregler. Det maa i denne Forbindelse erindres, at Datidens Retsvidenskab var stærkt berørt af den filosofiske Retning, som var eiendommelig for Slutningen af forrige Aarhundrede, og den udenlandske Literatur fik derved en vis Almengyldighed og Almeninteresse, som en stærkere Fremtræden af det positiv-historiske Element vilde berøve den, og overalt i de mere oplyste continentale Stater gjorde der sig derfor reformatoriske Tendentser gjældende, som fik Udtryk i en Mængde store Lovgivningsarbejder eller Forberedelser til saadanne¹⁾.

¹⁾ Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette Aarh. var en paa Lovgivningsarbejder meget frugtbar Tid. Medens der vel ikke ifølge de daværende Forhold kunde være Tale om en fælleds Lovgivning for hele Tydskland, var der derimod en ivrig Virksomhed i de enkelte Stater for at give nye omfattende Love, jfr. bl. a. O. Stobbe Gesch. der deutschen Rechtsquellen 2 B. S. 428 ff og Bruns i Ersch og Gruber's Encyclopædie 1 Deel 57 B. S. 218. Hertil virkede mange Grunde. Paa d. e. S. Oplysningstidens Forbedrelyst og Tro paa at kunne skabe en paa den evige og uforanderlige Fornuft hvilende og derfor fuldkommen Retsorden, paa d. a. S. den exempelløs slette og usikre Tilstand, hvori Retsvæsenet var paa mange Steder i Tydskland, og som paatrængende krævede Afhjælpning. Dertil kom i de vestlige og sydlige Stater Afhængighedsforholdet til Frankrig og Ønsket om at følge dets Exempel i at skabe nye og for Folket let tilgængelige Lovbøger. Paa flere Steder, f. Ex. i Baiern, forenede sig med disse Grunde Bestræbelsen efter under en fælleds Lovgivning at sammensmelte de forskjellige Bestanddele, hvoraf vedkommende Stat kom til at bestaae under de mange territoriale Omvæltninger, som vare en Følge af de napoleoniske Krige. Her skal saaledes foruden

Baade i Behandlingen og Fremstillingen af den gjældende Ret og i de mange Excursioner af legislativt Indhold, hvormed hans Afhandlinger ere forsynede, benyttede Ø. Udlandets Retslitteratur stærkt. Men i begge Retninger benyttede han den med det Maadehold og den Beherskethed, som er eiendommelig for ham og uadskillelig fra hans besindige Kritik. I Behandlingen af den gjældende Ret lod han sig ingensinde mere end tilbørligt paavirke af fremmed Literatur. Han benyttede den kun, forsaavidt den udvidede hans Horizont og skærpede hans Blik for de juridiske

Kreittmayrs Lovgivningsarbejder i Baiern fra Aarhundredets Midte mindes om de to store Lovarbejder: den preussiske Landret (1794) og den østerrigske alm. borgerlige Lovbog (1811). Men især paa Strafferettens og Straffeprocessens Omraade var Lovgivningen virksom, da her, mere end i andre Grene af Retsvæsenet, Tidens Aand krævede Reformer. Derfor opstaaer der nye Straffelove og Straffeprocesslove i Østerrig (1803), i Preussen (1805), i Baiern (1813), i Oldenburg (1814) o. fl. St. Var de nye Lovgivningers Tal stort, var selvfølgelig Antallet af Lovudkast og andre forberedende Arbejder, som ikke ledede til noget Resultat, endnu større. I næsten alle tyske Stater, store og smaa, blev der arbeidet paa Forslag til mere eller mindre omfattende Straffelove og Rettergangslove. Dog var der intet Sted, hvor Lovgivningsarbejdet dreves med større Iver end i Baiern under K. Maximilian Joseph d. 1 og hans dygtige i Datidens Fremskridtsaand virkende Minister Montgelas. Det lykkedes at sikkre sig fremragende Mænd til disse Arbejder, f. Ex. Kleinschrod, Feuerbach og Gønner, og de bayerske Love og Lovforslag fra denne Periode tildroge sig derfor mere end almindelig Opmærksomhed, hvorfor ogsaa Ø. særlig har beskæftiget sig med dem, jfr. om det bayerske Lovgivningsarbejde i denne Tid en Afh. af Arnold i Schletters Jahrb. der deutschen Rechtswissensch. und Gesezgeb. 1 B. S. 161 ff.

Problemer og de Synspuncter, som ifølge Forholdets Natur maa gjøre sig gjældende ved deres Løsning; men der skal ikke i hans uhyre exegetiske Virksomhed kunne paavises noget Tilfælde, hvor han kan siges at have indbragt fremmede Synsmaader i vor Ret og derved forvansket eller miskjendt det, som maa udkomme ved en naturlig og forstandig Benyttelse af vore egne Retskilder. I denne Henseende kan hans Maade at benytte udenlandsk Retslitteratur paa tjene til Mønster for andre. Thi faa juridiske Forfattere med et saa dybt Kjendskab til fremmed Ret, som han, have modstaaet Fristelsen til at overføre de mere udviklede fremmede Synsmaader paa den hjemlige Grund, hvor de ei høre til. Hvad hans legislative Undersøgelser angaaer, kan det ogsaa med Rette fremhæves, at han vidste at modstaae al umoden Efterlignelseslyst eller unødigt Reformstræben. Uagtet den levende Interesse, hvormed han fulgte de fremmede Lovgivningsarbejder, og den Loyalitet, hvormed han anerkjendte deres gode Sider, og uagtet han aldeles ikke var nogen principiel Modstander af Codificationer, navnlig paa Strafferettens og Processens Omraade, forholdt han sig dog noget skeptisk og tilbageholdende overfor en altfor stærk Lovgivervirksomhed. Naar han ved Sammenligningen saa ofte fandt det raadeligst at blive ved det gjældende, var dette ingenlunde af blind Forkjærlighed for vort eget, hvis Mangler han godt kunde erkjende, men i Reglen var det, fordi hans yderst kritiske og dialectiske Aand ikke tillod ham at acceptere noget som et sikkert og afsluttet Resultat og altid lod ham see og dvæle ved Ufuldkommenhederne og Indvendingerne mod enhver foreslaaet Lovordning af et Forhold. Derfor bliver Frugten af hans Udflugter paa det comparative Retsstudiums Omraade saa ofte, at det — alt vel

13
 syns
 af
 re
 fatter
 (fra
 Re

overveiet — maa ansees for høist tvivlsomt, om der vilde vindes noget ved at forlade vor nedarvede Rets Ordning for at ombytte den med de nyere og mere gennemreflecterede, hvortil Mønstrene forelaa i Udlandet. Det er ikke retfærdigt, naar man har villet tillægge Ø. en Conservatisme, ifølge hvilken han ensidig forfægtede de bestaaende Retsinstitutioners Fortræffelighed¹). Han var ingenlunde nogen blind Tilhænger af det Nedarvede — hvad der ofte i det Følgende vil blive Leilighed til at see — men han var en stræng Kritiker af det Nye, og han holdt for, at en gammel, i Folkets Bevidsthed indgaaet Retsordning ikke burde opgives, saalænge Fordelene derved vare tvivlsomme og usikre.

V.

Ørsted var Assessor i Hof- og Stadsretten fra 1801 og indtil 1810, i hvilket Aar han blev forfremmet til Assessor i Høiesteret²); i denne Stilling blev han dog ikke længe, da han under 4de April 1813 udnævntes til fjerde Deputeret i det kgl. danske Cancellie, og hermed havde han definitivt ombyttet sin Dommervirksomhed med den administrative Løbebane. Han avancerede efterhaanden op til tredie (1816), anden (1826) og første (1834) Deputeret i Cancelliet, og ved Siden heraf beklædte han fra Aaret 1825 af den vigtige og indflydelsesrige Stilling som Generalprocureur,

¹) Jfr. Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 8—9.

²) Det fortjener at anføres, at Ø. i 1809 blev udnævnt til Meddirectør og Lærer i Kirkeret i Pastoralseminariet, da denne hans Stilling ogsaa har afsat Spor i hans Forfattervirksomhed, jfr. Arch. for Retsvidenskab VI. 379 samt Jur. Tdskr. XII. 1. 213 og 2. 250.

i hvilken Egenskab det tilfaldt ham at affatte en Mængde Betænkninger og Vota samt Udkast til Dattidens vigtigste Lovgivningsacter paa det juridiske og politiske Omraade. Under Kong Christian den 8de blev han endelig den 30te Marts 1842 udnævnt til Geheimestatsminister, men dog med Bibeholdelse af hans Stilling som Generalprocureur og Sæde i Cancelliet. I Aaret 1848 traadte han for en Tid tilbage fra Statstjenesten, idet han som en Følge af Collegiernes Afskaffelse og Ministeriernes Indførelse under 2den Marts fratraadte Stillingen som Generalprocureur og Deputeret i Cancelliet, og under 21de Marts tillige afgik som Geheimestatsminister som en Følge af de bekjendte Begivenheder, der ledede til Martsministeriets Dannelse.

Jævnside med denne ansvarsfulde og stærkt optagne Embedsvirksomhed gik en juridisk Forfattervirksomhed af et forbausende Omfang. Allerede i 1802 indtraadte Ø. som Medudgiver af juridisk Maanedstidende; derefter overtog han i Aaret 1804 Udgivelsen af det af Chr. Krogh i 1803 begyndte Juridisk Archiv, og han vedblev nu i en lang Aarrække (lige indtil 1830, altsaa i 26 Aar) at være Udgiver af hinanden afløsende juridiske Tidsskrifter, nemlig først Juridisk Archiv indtil 1812 (28 Hæfter foruden de 2 af Krogh udgivne), derefter fra 1812—1820 Nyt juridisk Archiv (30 Hæfter), og endelig fra 1820 til 1830 Juridisk Tidsskrift indtil 16de Bind. I Fortalen til 16 B. 2 H. tager han Afsked med Publicum som Udgiver af Tidsskriftet, idet han paa Grund af Embedsforretningernes tiltagende Omfang og for at finde Tid til at fuldende Haandbogen over den danske og norske Lovkyndighed overdrager den fremtidige Udgivelse deraf til Kolderup-Rosenvinge, P. G. Bang og I. O. Hansen. I Forbindelse med Ø.'s Virksomhed som Udgiver af juridiske

Tidsskrifter maa endnu nævnes, at han i Aarene 1824 - 31 udgav Archiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse, sex Bind, i hvilket Tidsskrift han optog et Udvalg af de Domme, der tilforn vare meddelte i Juridisk Maanedstidende for 1802 og 1803 og i Juridisk Archiv, men ved Siden heraf nogle nye og vigtige juridiske Afhandlinger og flere ældre omarbejdede og forøgede. I denne mangeaarige Virksomhed som Udgiver af juridiske periodiske Skrifter meddelte han ikke blot en stor Del Domme, men en talrig Række af videnskabelige Afhandlinger og Kritiker og hyppige fyldige Meddelelser om den fremmede Literaturs vigtigste Frembringelser. Vel optog han af og til Afhandlinger af andre (f. Ex. Kolderup-Rosenvinge, Bang o. fl.), men den allerstørste Del af Tidsskrifternes videnskabelige Indhold hidrørte fra ham selv. Den nærmere Redegjørelse for Betydningen af de Bidrag, han i denne Form ydede til Retsvidenskabens Udvikling, kan ikke gives her, men vil fremgaae af Fremstillingen af hans Virksomhed paa de forskjellige Retsdiscipliners Omraade, hvormed den følgende Del af dette Skrift skal beskæftige sig.

Ved Siden af denne udstrakte Virksomhed som Udgiver af juridiske Tidsskrifter og som den, der selv skrev det meste af, hvad de indeholdt, en Opgave, der maatte mere end udfylde et almindeligt Menneskes Tid og Kræfter, udviklede Ø. en ved Siden af gaaende Forfattervirksomhed af stor Betydning.

Han udgav saaledes i Tiden fra 1804—12 sit Supplement til Nørregaards Forelæsninger i 3 Bind.

I 1809 udkom Skriftet om Tyveri og denne Forbrydelses juridiske Følger.

I 1811 udgaves Ny dansk Formularbog, hvoraf senere flere Oplag.

I 1815, 1817, 1819 og 1822 udkom de fire Bind af

Eunomia, indeholdende en Række af tildels meget store og omfattende Afhandlinger, der sikkert udgjør det fortrinligste, Ø. har skrevet.

Under Titelen „Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs Philosophie“ udgav han 1818 til 1826 paa Tydsk i tre Bind en Del af hans i Eunomia optagne Afhandlinger og hans Kritiker over det Gønnerske Udkast.

I Tiden fra 1822 til 1835 udkom de 6 Bind, som udgjøre Haandbogen over den danske og norske Lovkyndighed, og dette er det sidste større, rent videnskabelige Værk fra Ø.'s Haand. Han tager selv paa en Maade Afsked med Publicum som videnskabelig juridisk Forfatter i Fortalen til Hdbg.s 6te Bind. „Med dette sjette Bind af min Haandbog har jeg tilendebragt de Dele af Retslæren, som udgjøre Civilretten, og det i et mere udvidet Omfang, end de fleste give samme. Saameget jeg end ønskede paa en lignende Maade at kunne bearbejde Criminalretten og Proceslæren, hvortil jeg iøvrigt forhen har leveret mangfoldige Bidrag, saa vover jeg dog ikke at overtage mig en saadan Fortsættelse af dette Værk. I min Alder tør jeg ikke vente ret længe at beholde Kræfter til, ved Siden af mine Kaldspligter, at kunne udføre omfattende videnskabelige Foretagender; og naar begge Dele ikke kunne forenes, kan der ei være Spørgsmaal om, hvad der maa vige. Det koster mig imidlertid ikke lidet at rive mig løs fra en Virksomhed, hvortil min oprindelige Drift har kaldet mig, og som har fundet rig Næring dels i den daglige Erfaring, jeg har gjort om den gjensidige Nytte, den og min Embedsvirksomhed have ydet hinanden, dels i den skjønne Opmuntring... Men den ovenanførte Betragtning gjør mig det til en bydende Nødvendighed at fratræde; og sandsynligvis bli-

ver nærværende Skrift det sidste omfattende literaire Arbeide, som jeg leverer mine Medborgere“.

Et mærkeligt Tegn paa den Tids Fattigdom i Henseende til alt, hvad der vedkommer juridisk Literatur, er det Factum, som Sibbern berører i Patriotiske Intelligentsblade for 1836, at en saadan Begivenhed som Ø.'s Tilbagetræden fra den juridiske Forfattervirksomhed ikke gav Anledning til nogensomhelst Manifestation i Literaturen, saasom en Skildring af hans Betydning eller en recenserende Oversigt over hans Virksomhed, og det uagtet Ø. dengang ikke blot var almindelig anerkjendt som den nyere danske Retsvidenskabs Skaaber, men ogsaa iøvrigt stod paa Popularitetens Høidepunct som den, der skulde være Veileder og Fører i det nye politiske Liv.

Efter Haandbogens Fuldendelse ophørte Ø.'s literaire Virksomhed næsten aldeles i en længere Aarrække. Der haves i Tiden fra 1836—1849 kun nogle mindre Afhandlinger og enkelte Recensioner af ham, f. Ex. af Munck-Ræders den norske Statsforfatnings Historie og Væsen i Maanedsskrift for Literatur 6 B. S. 243—382. I denne Periode blev Ø. helt optaget, dels af voxende Embedsforretninger, dels af det ved Provindsialstændernes Indførelse vakte politiske Liv, idet han fra 1835—1844 bestandig fungerede som kgl. Commissarius ved Stænderforsamlingerne i Roeskilde og Viborg. Og saa efterat han var ophørt med denne Virksomhed, lagde de politiske Forhold, baade de indre og den sig stærkere udviklende Strid med det separatistiske Element i Hertugdømmerne, Beslag paa hans Kræfter og optog hans Sind, saa at der hverken blev Tid eller Ro til rent videnskabelige Sysler.

Efterat Ø. i 1848 var afgaaet fra sine Embeder, deltog han med den vante Utrættelighed i det politiske Liv, som dengang begyndte under nye og for-

andrede Forhold. Dels var han Medlem af den grundlovgivende Rigsforsamling¹⁾ og derefter Medlem af Landstinget, i hvilken Egenskab han mødte paa de fire første Rigsdage, dels udgav han et Par temmelig voluminøse Skrifter som Indlæg i Debatten om den Tids politiske Hovedspørgsmaal, nemlig „Prøvelse af det Rigsforsamlingen forelagte Udkast til en Grundlov og til en Valglov, Kbhvn 1849“ og „For den danske Stats Opretholdelse i dens Helhed, Kbhvn. 1850“. Endnu engang blev han i sin høie Alderdom kaldet til de høieste Statsemeder, idet han den 21de April 1853 blev udnævnt til Premierminister, Indenrigs- og Kultusminister, samt, efter at være entlediget som Indenrigsminister, under 10de Mai 1854 tillige til Justitsminister. Fra disse Embedsstillinger afgang han dog allerede den 12te December 1854, og i den derefter følgende Periode traadte han helt tilbage i Privatlivet indtil hans Død den 1ste Mai 1860. Ørsteds politiske Virksomhed falder ganske udenfor nærværende Skrifts Omraade, og der skal derfor ikke dvæles yderligere ved den - Tiden til en uhildet Bedømmelse af den er endnu ikke kommen, om den end nærmer sig -, men kun den Bemærkning skal tilføies, at der saavel i hans politiske Skrifter som i hans Udtalelser i Rigsforsamlingen og paa Rigsdagen findes en Mængde Bemærkninger, der fra et videnskabeligt Synspunct altid ville have Interesse for de Spørgsmaals alsidige Betragtning, hvorom Debatten dreiede sig, og saaledes ved en udtømmende Behandling af dem være af Vigtighed.

Af overordentlig Betydning ogsaa for Bedømmelsen af Ø.'s videnskabelige Virksomhed er det Arbeide, hvormed han sysselsatte sig i de sidste Leveaar, nem-

¹⁾ Valgt d. 5 Oct. 1848 for Kbhvns tredie Kreds og derefter som Landsthingsmand for 1 Kreds (Kjøbenhavn).

lig Skriftet „Af mit Livs og min Tids Historie“, hvoraf der udkom 4 Bind i Tiden fra 1850—1857. Af disse indeholder navnlig 1ste Bind en udførlig Fremstilling af hans hele Aandsudvikling og tillige af, hvorledes hans litteraire Virksomhed udviklede sig i Forhold til hans udvortes Liv, navnlig under de første Embedsstillinger, han kom til at indtage. Dette Arbeide vil selvfølgelig altid være en autentisk Hovedkilde for Fremstillingen af Ø.'s aandelige Udvikling og videnskabelige Virksomhed, og derfor er det ogsaa hyppigt benyttet og citeret i nærværende Skrift.

**Ørsteds Indflydelse paa Procesvidenskaben
i Danmark og Norge.**

Ørsted's Indflydelse paa Processvidenskaben

i Danmark og Norge.

I ingen Del af den danske og norske Retsvidenskab har Ø. udøvet en større og varigere Indflydelse end i Processen. For Privatretten og især Formueretten er — som Aagesen bemærker¹⁾ — hans Betydning forholdsvis mindre end for Strafferetten og Processen. Af disse tvende Videnskabsgrene er Strafferetten uden Spørgsmaal den, hvorover Ø. har skrevet mest, og han har ogsaa systematisk behandlet større Partier af den end af nogen anden Del af Retsvidenskaben, hvorhos han i sin Embedsstilling som Generalprocureur og Deputeret i Cancelliet samt som Kgl. Commissarius ved Stænderforsamlingerne har udøvet en afgjørende og ledende Indflydelse paa den Reform af vigtige og betydelige Dele af Straffelovgivningen, som foregik i Danmark i Slutningen af K. Frederik d. 6tes og Begyndelsen af K. Christian d. 8des Regjering²⁾. Men med Hensyn til Ø.' videnskabelige Skrifter over Strafferetten maa det ikke glemmes, at de, uanset den overordentlige Betydning, de havde for den Tid,

¹⁾ Formuerettens alm. Deel S. 101.

²⁾ Goos' Strafferet I. S. 441.

hvori de udkom, og den store Nytte, de have stiftet i Retningen af at udbrede rigtigere og klarere Begreber hos de dansk-norske Jurister, dog nu tilhøre overvundne Stadier ikke blot i den Henseende, at de for det positive Stofs Vedkommende slutte sig til en Lovgivning, hvoraf intet er tilbage hverken i Danmark eller i Norge, men ogsaa i den Henseende, at selve det Standpunct, hvorpaa Ø. stod, ikke længere kan betegnes som i alle Puncter svarende til Videnskabens nuværende Udviklingstrin. For Processens Vedkommende er Forholdet vel det, at Ø. ikke har gjort saa store Partier af den, som af Strafferetten, til Gjenstand for samlet systematisk Behandling og overhovedet ikke har skrevet saa meget over den, som over Strafferetten, men han har dog i en Række omfangsrige Afhandlinger fremstillet og begrundet de Dele af den danske og norske Procesret, som altid maa blive Kjernen i den, nemlig Hovedpuncterne i den ordinaire Procesmaade, derunder først og fremmest Bevislæren, og saaledes leveret de fuldfærdige Materialier til de systematiske Fremstillinger, som skyldes senere Forfattere i Danmark og Norge. Dertil kommer, at han ikke alene som Forfatter, men ogsaa i sin practiske Embedsvirksomhed, især som Assessor i Hof- og Stadsretten, fik Lejlighed til at gribe mere ind i vor Procesrets Udvikling end i nogen anden Gren af Retssystemet, gennem de mange og vigtige Domme, hvis Affattelse han forestod, og gennem forskjellige Embedserklæringer, der væsenligt ere skrevne af ham, og som ikke mindre end Dommene have været belærende og normgivende for Praxis. Han har derfor udfoldet en grundlæggende Virksomhed, som

1) Af mit Livs og min Tids Historie I B. S. 190, 195, hvor Ø. selv fremhæver dette.

man¹⁾ med Rette kan karakterisere saaledes, at hans Afhandlinger i de fleste og vigtigste Materier af den ordinaire Civilproces have bragt den danske og norske Procesvidenskab til dens nuværende Standpunct, og at de senere Forfattere kun have arbeidet videre paa dette Grundlag og dels fuldstændiggjort Systemets Behandling, dels underkastet flere af Ø.'s Anskuelser en nøiere Drøftelse, der har ført til enkelte, men forholdsvis faa Berigtigelser og Modificationer.

Denne Ø.'s Virksomhed paa Processens Omraade faaer forøget Værd, naar man erindrer, i hvilken ussel Forfatning denne Gren af Retsvidenskab forefandtes af ham. I det Skrift, som dengang var det nyeste og mest benyttede, nemlig Nørregaards Forelæsninger over den danske og norske private Ret, er Processen det ringeste Parti²⁾. Navnlig gjælder dette om det nævnte Værks 6te Bind, der omhandler den største og vigtigste Del af den ordinaire Procesmaade, derunder Bevislæren. Det andet Værk, som — ved Siden af Nørregaards — dengang ansaaes for det betydeligste, var Brorsons Lovfortolkning over Christian den 5tes Lov, hvoraf to Bind angaa Lovens første Bog og altsaa særlig Processen. Men om det end i visse Henseender er mere righoldigt og indeholder en Del flere spredte Bemærkninger, navnlig af retshistorisk Interesse, kunde det dog allerede paa Grund af dets Form — exegetiske Bemærkninger til hver enkelt Ar-

¹⁾ Min Prosessens alm. Deel S 23.

²⁾ Hurtigkarls Proces kan ikke nævnes i denne Forbindelse, thi den udkom først i 1820, altsaa paa en Tid, da Ø. allerede havde udviklet en stor og omfattende Forfattervirksomhed paa dette Omraade. Men forresten er dette Skrift heller ikke af den Beskaffenhed, at Ø. deraf kunde høste Udbytte.

tikel i Lovbogen i den Følgeorden, hvori disse staa — ikke blive størt andet end en lexicalske ordnet Materialsamling, i hvilken enhver systematisk Sammenhæng manglede, og hvori der derfor maatte blive mange Huller, og selv som saadan betragtet lader det meget tilbage at ønske i Retningen af Kritik og Nøiagtighed i Enkelthederne. De nærmest forud for disse gaaende Fremstillinger af Processen, nemlig I. B. Dons Academiſke Forelæsninger over Danske og Norske Lov (1780) og P. K. Trojel Commentaire over Danske og Norske Lov (ligeledes fra 1780), have lige saa lidet nogen Værdi. Det kan overhovedet siges, at Proceslitteraturen før Ø's Tid ikke har videnskabelig Betydning, men kun forsaavidt en vis Interesse, som den indeholder historiske Oplysninger om de blandt Datidens Jurister gængse Opfattelser og om Praxis, men selv disse Oplysninger maa modtages med Kritik og kunne ingenlunde ubetinget betragtes som paalidelige.

Medens Ø. saaledes i vor egen Literatur ikke engang fandt de allerførste Elementer til en virkelig videnskabelig Behandling af den gjældende Procesret¹⁾, vendte han sig til Uderlandets, navnlig til Tydsklands Retslitteratur, og fandt deri Erstatning. Den Udvikling og Fremgang, som Retsvidenskaben havde modtaget i Tydskland i sidste Halvdel af forrige Aarhundrede, strakte sig ogsaa til Procesretten. Ogsaa den blev gjort til Gjenstand for en mere videnskabelig Behandling end forhen. Navnlig blev der arbeidet paa Fremstillingen af Processens Theori gennem en consequent, men abstract Udvikling af dens Grundtanker. Det samme Phænomen, som viste sig i Behandlingen

¹⁾ Der sees naturligvis bort fra de rent retshistoriske Bidrag til Processen, der allerede dengang havde (Koføed-Ancher), og som ere af betydelig videnskabelig Værd.

af andre Grene af Retsvidenskaben, fremtraadte ogsaa her, nemlig at Hovedvægten, i Overensstemmelse med Tidens ved den rationalistiske Retsphilosophi betegnede Retning, lagdes paa den fornuftmæssige Udvikling af visse Hovedmaximer, som antoges at være i deres Almindelighed hjemlede i Retskilderne, men som hidtil ikke havde faaet en nærmere og præcisere Begrebsbestemmelse og følgerigtig Udvikling i det Enkelte. Mangelen ved hin Behandling af Procesvidenskaben var, at det historisk-positive Grundlag ikke kom til sin Ret. Man blev staaende ved visse formentlig givne Begreber, søgte med Omhu at analysere dem og uddrage Conseqventserne af dem, men den historiske Undersøgelse af deres Oprindelse og Betydning og af den Maade, hvorpaa de forskjellige Elementer i den tyske Rets Udvikling havde virket sammen ved deres Dannelse, forsømtes enten helt eller foretoges altfor løst og ukritisk. Den fra den historiske Skole udgaaede Reaction mod den rationalistiske Retsphilosophi bødede paa denne Mangel, og i de første Decennier af dette Aarhundrede kastede ogsaa Processualisterne sig med Iver over Studiet af Kilderne, saavel de romersk-canonicke som de tyske, og mange grundlæggende Arbejder fremkom. Men netop den Omstændighed, at den tyske Proceslitteratur fra Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette Aarhundrede havde denne mere almindelige philosophiske Charakter, hvorefter Begrebernes Analyse og Udvikling i Forbindelse med legislative Betragtninger over, hvad den fornuftmæssige Ordning kræver, spillede Hovedrollen, gjorde den særlig egnet til at benyttes til Belysning af vor Ret og som Hjælpemiddel til vore Juristers almindelige Dannelse, netop paa den Maade, hvorpaa Ø. benyttede den i hans Afhandlinger og kritiske Anmeldelser, langt mere end den noget senere Proceslitteratur, som ofte fortabte sig

i lærde retshistoriske Undersøgelser, hvis Overførelse til os paa Grund af Kildestoffets aldeles forskjellige Beskaffenhed ingen Interesse kunde have for den her gjældende Rets Forstaaelse.

Uden at ville nævne alle de Forfattere, som Ø. sees at have benyttet, skal her, som et Bidrag til Belysning af hans Forhold til Datidens Literatur, kortelig omtales nogle af de vigtigste, der kunne betragtes som hin Tids videnskabelige Ordførere i den tyske Literatur paa det Omraade, hvormed vi her nærmest beskæftige os, nemlig den civile og criminelle Proces.

Den første og betydeligste blandt dem, som repræsenterede den mere philosophiske og legislative Tendents i Procesrettens Behandling, og som ogsaa er den, hvis Arbejder for Civilprocessens Vedkommende fortrinsvis ere benyttede af Ø., var den bayerske Jurist N. T. v. Gønner¹⁾. Hans „Juristische Abhandlungen, Erörterungen über d. gem. Prozesse, ein Zusatz zu den Grundsätzen des Herrn v. Danz“, 2 B., 1795—99, og hans „Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses“,

¹⁾ N. T. v. Gønner f. 1764, d. 1827. Prof. ved Universitetet i Landshut, senere bayersk Statsraad i München. Udgaav en Mængde i sin Tid meget ansete og benyttede Skrifter over tysk Statsret, administrativ Ret, Proces m. m. Bekjendt som ivrig Modstander af Feuerbach, hvem han neppe altid alene af Overbevisning modarbejdede, og hvem det ogsaa tilsidst lykkedes ham i Forbindelse med flere andre Modstandere at fjerne fra den bayerske Centralregjering og udelukke fra Del i dens mange Lovgivningsarbejder. Om Gønners Forsøg paa at nedsætte Feuerbachs Værk, Straffelovbogen af 1813, om hans officielle Commentar til denne, der i mange Puncter ligefrem forandrede den, og om hans eget mislykkede Udkast af 1822 til en ny Straffelov, jfr. bl. mange andre Steder Ørsteds Bemærkninger i Jur. Tdskr. 6 B. 1 H. S. 178 ff.

4 Bind, hvoraf første Udgave udkom 1801, indeholde en Række aandrige og skarpsindige, men vistnok den historiske Ret for lidet paaagtende Udviklinger af de processuelle Begreber. Tendentsen i hans Behandlingsmaade af Processen er ret betegnende angivet af ham selv, naar han siger¹⁾: „Til Menneskehedens Vel er det nu kommen dertil, at man ved Retsstudiet ikke mere lader sig nøie med Kjendskab til Lovene, men undersøger, om det lovbestemte ogsaa er retfærdigt. Umaadelige Fordele frembyder denne Behandling; thi først den hæver Retsvidenskaben til Rang af en Videnskab, først den gjør, at den ikke længere er en blot Hukommelsessag, først den sætter de Studerende i Stand til ogsaa ved forandrede positive Love uden Besvær at finde sig til Rette i den nye Tingenes Tilstand, og kun ved den faaer Lovgiveren Kundskab om de bestaaende Loves Mangler. Især yder denne Methode et rigt Udbytte i den almindelige tyske Processes Behandling, da i den, mere end i andre Dele af Retssystemet, Forfatterne af vore Rigslove i Henseende til Grundlaget for Procesmaaden og i deres Reformers deraf have hørt Fornuftens Sprog, uden at de dog have udtalt alle Følgerne af deres Grundsætninger i de enkelte Dele, men de have ventet af de Retslærde baade en Udforskning af deres Grundsætninger og Paavisning af deres nødvendige Følger“. Og han ender Fremstillingen i dette Kapitel med den Yttring: „I den almindelige tyske Proces har Fornuften altid haft en afgjørende Overvægt, og en stor Deel af de filosofisk-juridiske Undersøgelser i denne Green af Retsvidenskaben kan betragtes og benyttes som Materiale til enhver Proceslovgivning“. Naar hertil føies, at Gønner behandlede sine Æmner med en ganske ualmindelig

¹⁾ Handbuch I. S. 118–119 (i 2den Udgave).

Klarhed, og at hans Fremstilling er let læselig og tiltrækkende, vil det ikke kunne forundre, at han udøvede en overordentlig Indflydelse paa sin Samtid ogsaa udenfor det Omraade, hvor den almindelige tyske Proces var gjældende. Medens Ø. altid anerkjendte Gønners Fortjenester som Processualist, selv under sin senere temmelig bittere Strid med ham, især forsaavidt angaaer hans ældre Skrifter i dette Fag, sætter han ikke saa megen Pris paa hans legislative Forsøg. Han critiserer saaledes paa mange Puncter et processuelt Lovgivningsarbejde, hvori Gønner senere forsøgte sig, nemlig det i 1815—17 udkomne „Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtl. Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen“. Hvad Gønners Virksomhed som Criminalist angaaer, fælder Ø., som bekjendt, om den en meget streng og nedsættende Dom i hans Kritik over det Udkast til en ny Straffelovbog for Baiern, som udkom i 1822¹⁾.

Ved Siden af Gønner maa som en af Grundlæggerne af Datidens Procesvidenskab nævnes C. Grollmann²⁾. Følgende den samme mere filosofiske Methode og benyttende Gønners, Martins, Webers og andres Skrifter, forfattede han en i sit Slags fortrinlig og derfor i Tydskland meget benyttet kortfattet Lærebog i Processen under Navn af „Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“, første Udg. 1800 og senere flere. Dette

¹⁾ Jfr. herved især Jur. Tidsskr. 6 B. 1 H. S. 179 ff., sammenlignet med Eun. 3 B. S. 468.

²⁾ C. L. W. v. Grollmann f. 1775, d. 1829. Professor i Gießen, senere storhertugelig hessisk Statsminister i Darmstadt. Berømt Processualist og Criminalist (Præventions-theorien). Ivrig Tilhænger af den franske Lovgivning og i hin Periode virksom for at indføre de napoleoniske Lovbøger i Hessen.

Skrift benyttes jævnlig af Ø., og han har aabenbart tillagt Forfatteren en ikke ringe Betydning ogsaa som Processualist.

Den tredie Hovedforfatter i Datidens Procesvidenskab er C. R. D. Martin¹⁾. Hans Skrifter, der strække sig over hele Civil- og Criminalprocessens Omraade, have en mere positiv Carakter end Gønners og Grollmanns, og navnlig udmærke de sig ved et betydeligt Kjendskab til Praxis. De opnaaede en stor Udbredelse i Tydskland og have holdt sig i den almindelige Brug indtil de nyere Tider, hvorfor navnlig Lærebogen i Civilprocessen er udkommet i en Mængde Udgaver, tildels besørgede af andre. Ogsaa Martins Skrifter, især hans „Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes“, ere meget benyttede af Ø. i hans civilprocessuelle Afhandlinger.

Blandt Forfattere, der have havt særlig Betydning for Bearbejdelsen af enkelte Dele af Processen, maa vistnok i første Linie nævnes den i sin Tid med Rette høit ansete A. D. Weber²⁾. Hans vigtigste processuelle Skrifter ere „Ueber Prozesskosten, deren Vergütung und Compensation“, 1 Udg. 1788, „Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse“, 1 Udg. 1805, „Beiträge zu der Lehre von ge-

¹⁾ C. R. D. Martin f. 1772, d. 1857. Professor ved forskellige tyske Universiteter (Göttingen, Heidelberg, Jena). Udgav bl. a i den Periode, hvorom her nærmest er Tale, Lehrbuch des teutschen gem. burgerl. Prozesses, 1ste Udg. 1800, og Lehrbuch des teutschen gem. Criminalprozesses, 1ste Ug. 1812.

²⁾ A. D. Weber f. 1753, d. 1817. Var først Professor i Kiel (1786–1791), senere (1791–1817) i Rostock. Foruden de ovennævnte processuelle Arbejder har han ogsaa skrevet over Civilret og Criminalret, f. Ex. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, über die Rückanwendung positiver Gesetze, über Injurien und Schmähchriften.

richtl. Klagen und Einreden“, 1 Udg. 1789. Navnlig de to første af disse Arbejder har Ø. benyttet meget. Skriftet om Procesomkostninger gav ham Stødet til at underkaste hele denne Lære en Revision, og om han end senere i flere Retninger modificerede de Anskuelser, han oprindelig havde optaget fra Weber, fastholdt han dog bestandigt Kjernepunctet i dennes Theori, nemlig at Procesomkostninger bør sees under Synspunctet af Skadeserstatning og ikke af Straf for Trættekjerhed. Ogsaa i Bevislæren og navnlig Bevisbyrdelæren har Ø. benyttet Webers Skrift, baade forsaavidt angaaer Kritiken over de ældre Theorier herom, og forsaavidt angaaer Opstillingen og Udfindelsen af det almindelige Princip for Bevisbyrdefordelingen, hvortil han sluttede sig.

I denne Forbindelse kan som en i hin Tid anseet, men nu glemt, processualistisk Forf., hvem Ø. ofte omtaler, nævnes E. C. G. Schneider, der i Aaret 1803 udgav „Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen aus vernunftmässigen Grundbegriffen mit Rücksicht auf die Positivgesetze“. Det er egentlig et Udkast til en Lov om det processuelle Bevis for de Hessen-Darmstadtske Lande, men affattet i Datidens Smag med en Udførlighed, der fuldstændig sammenblander Lærebogen med Lovtexten. Bevislæren alene udgjør saaledes 741 Paragrafer, 396 trykte Sider, hvortil der som et Tillæg af mindre Omfang knyttes nogle kritiske Anmærkninger. Men iøvrigt indeholder dette Skrift en concentreret og fint udspunden Udvikling af Forfatterens Grundforestillinger om Bevis og en Gjennemførelse af dem i Detail for alle de enkelte Bevismidlers Vedkommende. Det fremdrager derved en Mængde smaa og store Spørgsmaal i denne Materie, som af Ø. benyttes paa hans selvstændige Vis som Motiver til at udvide og fuld-

stændiggjøre hans egen Fremstilling af Bevislæren, skjøndt han i Løsningen af Problemerne ofte afviger fra Schneider, hvis kunstlede abstracte Behandlingsmaade ikke kunde tilfredsstillende Ø.'s sunde practiske Sands.

Ogsaa C. J. A. Mittermaier¹⁾, som allerede i Aarhundredets første Decennium havde begyndt sin bekjendte omfattende literaire Virksomhed, hørte til de Forfattere, som kjendtes og brugtes af Ø. baade for den civile og den criminelle Processes Vedkommende. Navnlig fulgte han for Civilprocessens Vedkommende med Opmærksomhed det af Mittermaier i Forbindelse med Gensler og Schweitzer i Aaret 1818 begyndte Archiv f. die civilistische Praxis.

I Criminalprocessen var det fortrinsvis Bevislæren, hvis Behandling i Udlandets Literatur fik Betydning for Ø. De øvrige Dele af den havde i al Fald kun en fjernere Interesse for den dansk-norske Retsvidenskab, skjøndt der naturligvis ogsaa deri var adskilligt, som gav Stof til Overveielse og til Belysning af vor Ret, f. Ex. Spørgsmaalet om Forholdet mellem Criminalsagen og Civilsagen, forsaavidt angaaer de under begge til Paakjendelse kommende Facta, om Tiltaltes Forsvar og Udstrækningen af det Offentliges Pligter i saa Henseende, om Forholdet mellem Politiet som administrativ Myndighed og Domstolene, om det Værne-thing, hvorved Forbrydelser undersøges og paatales m. m. I Bevislæren var det især Spørgsmaalet om

¹⁾ C. J. A. Mittermaier f. 1787, d. 1867. Professor i Landshut, Bonn og Heidelberg, paa det sidste Sted i den lange Aarrække fra 1821—67. Uhyre frugtbar som Forfatter og Udgiver af juridiske Tidsskrifter. Hans talrige Arbejder omfattede næsten alle Dele af Retsvidensskaben (Criminalret, Civil- og Criminalproces, tysk Privatret).

Dommerens Frihed i Bedømmelsen af de foreliggende Beviser, der spillede en vigtig Rolle. Fra den ene Side kjæmpedes der for den lovbestedte Bevistheori, saaledes som denne i Lovgivning og Praxis havde udannet sig, medens det fra den anden Side gjordes gjældende, at der maatte indrømmes Dommeren en betydeligt større Frihed i Bevisbedømmelsen, end Datidens gjældende Ret i Reglen gav, eller vel endog, at der slet ikke af Lovgivningen burde gjøres noget Forsøg paa at binde hans Skjøn. De modstaaende Anskuelser brødes navnlig paa Spørgsmaalet om Indiciebevisets legislative Tilstedelighed som tilstrækkeligt juridisk Bevis for det udvortes Hovedfactum i Straffesager. Heri saaes Udslaget af vedkommende Forfatters hele principielle Standpunct i Bevislæren, thi at Indiciebeviset ikke paa den Maade kunde bindes til faste Regler som Vidnebeviset, maatte være klart, selv om man vilde søge at regulere det, saameget som dets Natur tillod. For dette Spørgsmaal interesserede Ø. sig særligt hele sit Liv igjennem. Hans Opmærksomhed var heri rettet paa alt, hvad der fremkom i den fremmede Literatur, ogsaa udenfor den tydske (Filangieri, Bentham). Men Hovedgjenstanden for hans Studier var dog den tydske Retsvidenskab. Sikkert stod den ogsaa i den rent videnskabelige Behandling af disse Spørgsmaal høiest.

I Datidens Systematik behandlede Criminalprocessen i Reglen som et Tilbehør til eller en anden Del af Criminalretten (den formelle Criminalret i Modsætning til den materielle). Criminalprocessen findes derfor behandlet af næsten alle de criminalistiske Hovedforfattere i deres Haand- og Lærebøger over Strafferetten, ligesom den i Reglen medtages i Straffelovbøgerne og Udkastene til disse. De vigtigste Autoriteter i dette Fag ere Criminalister og ikke Processualister.

Saaledes maa nævnes de af Ø. ofte benyttede og omtalte Forfattere: Feuerbach, Grollmann, Mittermaier, Kleinschrod, Tittmann, v. Almendingen o. fl.¹⁾ Men ved Siden af disse fortjener at fremhæves tvende Mænd, hvis Skrifter ofte benyttes af Ø. og i Virkeligheden maa henregnes til det fortrinligste, der i hin Periode er skrevet over Criminalprocessen, nemlig Stübel og Globig. Den førstnævnte²⁾ af disse har i sine bekendte Værker „Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einen verdammenden Endurtheil erforderliche Gewissheit des

1) Til de ovenfor givne Bemærkninger om Feuerbach, Grollmann og Mittermaier kan her føies:

G. A. C. Kleinschrod f. 1762, d. 1824. Var Professor i Würzburg. Forfatter af en Mængde criminalistiske Arbejder. Skrev bl. a. efter Opfordring „Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für Kurbaiern“, München 1802, der imidlertid henlagdes væsentlig, som en Følge af Feuerbachs Kritik. Udgav i Forening med E. F. Klein Arch. des Criminalrechts, 1799—1808, og derefter i Forening med Konopak og Mittermaier Neues Arch. des Criminalrechts 1817—24, hvilke Tidsskrifter Ø. stadig anmelder i Jur. Arch., Nyt jur. Arch. og Jur. Tdskr.

C. A. Tittmann f. 1775, d. 1834. Oberconsistorialrath, Hof- und Justizrath og tilsidst Geheime-Referendar i Dresden. Hans Hovedskrift er: Handbuch der Strafrechtswissenschaft und Strafrechtskunde, 3 Dele, 1807. Udarbejdede „Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen“ 1813.

L. H. v. Almendingen, f. 1766, d. 1827. Overappellationsraad i Hadamar, senere Geheimeraad og Vicedirector i Hofretten i Wiesbaden. Bekjendt og frugtbar criminalistisk Forfatter.

2) Chr. C. Stübel f. 1764, d. 1828. Var Professor ved Universitetet i Wittenberg. Fortrinlig og med Rette anset Criminalist. Var ham overdraget at udarbejde Udkast til en Straffelovbog for Kongeriget Sachsen.

ersteren“, 1805, og „Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten, 1815“, gjort den juridiske Vished og de Fordringer, der navnlig i Straffesager maa stilles til denne (hvad han kalder „Criminalgewissheit“), til Gjensstand for en skarpsindig og grundig Undersøgelse, og har navnlig — ligesom samtidigt hermed Ø. — hævdet, at der ingen qualitativ Forskjel er paa den Vished, der kan erhverves ved Vidnebeviis, og den, der kan opnaaes ved Indicier, og at der som en Følge heraf ikke er nogen naturlig Grund til at nægte dette sidste Bevis fuld Gyldighed, saaledes at en Domfældelse kan støttes paa det ligesaavel som paa et directe Bevis. Særlig har Stübel gjort sig til Opgave at eftervise, at der ved Indicier maa kunne føres et fuldstændigt Bevis ikke blot for Gjerningsmandens subjective Skyld, men ogsaa for den forbryderiske Handlings objective Beskaffenhed og Følger (Thatbestand des Verbrechens, corpus delicti), ikke mindre end for den Sigtedes Forhold til den forbryderiske Virksomhed¹⁾. Den sidste af de nævnte Forfattere Globig²⁾ havde allerede i Slutningen af det forrige Aarhundrede tildraget sig Opmærksomhed som criminalistisk Forfatter. Særlig har han sysselsat sig med Bevislæren. Hans Hovedværk herover „Versuch einer Theori der Wahrschein-

1) At Stübel for den positive tyske Rets Vedkommende vistnok havde Uret, naar han troede at kunne bortforklare Const. Carol. Crim. Art 22 ved at opstille den hoist vilkaarlige Fortolkning, at den ikke kunde være forbindende i Nutiden, efter at Domstolene vare blevne indrettede og besatte paa en anderledes betryggende Maade end i det 16 Aarh., vedrører os ikke her, jfr. Thatbestand des Verbr. § 273 ff.

2) H. E. v. Globig, f. 1755, d. 1826. Var chursachsisk Comitialgesandt i Regensburg, Assessor i Rigsammerretten i Wetzlar, senere kgl. sachsisk Statsminister.

lichkeit“, 2 Bind, 1806, der indeholder mange fortræffelige Tanker, benyttes og citeres ofte af Ø. Efter en almindelig Undersøgelse af Begreberne Vished, Sandsynlighed og Mulighed, og en Paavisning af, at den juridiske Vished begrebsmæssig kun er Sandsynlighed i en af de høiere Grader, hvori denne kan inddeles, anvendes disse Grundbetragtninger paa de forskjellige Arter af Bevis, og det godtgjøres, at der intetsteds lader sig drage skarpe Grændser mellem Sikkerhed og Usikkerhed (f. Ex. ikke heller i Vidnelæren, hvor Mellemtrin mellem fuld Troværdighed og fuldstændig Utroværdighed maa anerkjendes). Der kan derfor opnaaes ligesaa høi Grad af Sandsynlighed ved Indicier som ved directe Beviser, og det kan lige saa vel forsvares at bygge en Straffedom paa dem som paa Vidnebevis; kun fastholdes det, at der maa være flere, mindst tre Indicier, og at disse maa indbyrdes stemme overeens. Naar dette er Tilfældet, mener Globig, at Straffedomme i de betydeligste Sager kunne grundes paa Indicier. Ved Siden heraf gaaer der dog en anden Grundanskuelse gjennem hans Fremstilling, som Ø. med Rette ikke vedkjender sig, nemlig at der bør gjøres Forskjel paa den Grad af Sandsynlighed, som udkræves til at begrunde en Dom, hvorved der gjøres Indgreb i uerstattelige Retsgoder, og den Grad af Sandsynlighed, som kan være nok, hvor der kun handles om erstattelige Retsgoder, hvortil regnes ikke blot Penge, men ogsaa kortere Frihedsberøvelse.

Den omfattende Forfattervirksomhed, hvorved Ø. grundlagde den danske og norske Procesvidenskab, har ikke tabt noget af sin practiske Betydning. I intet af de to Lande er der siden hans Tid foregaaet nogen Forandring i Principerne for Procesmaaden, og det er overhovedet kun i faa og forholdsvis underordnede Puncter, at Lovgivningen har rørt ved disse Forhold. Hans

Arbejder ere derfor ikke alene et historisk Gjennemgangsled for Procesvidenskabens Udvikling hos os, men de udgjøre det endnu anvendelige og frugtbare Grundlag for den. Vel benyttes de ikke længere umiddelbart saameget som forhen — tildels vel paa Grund af deres monographiske Form —, men det væsentlige Indhold af dem er gaaet over i de nyere systematiske Haandbøger saavel i Danmark som i Norge¹⁾, og ad den Vei kommer det endnu den Dag i Dag til Nytte, om det end ikke er den yngre Slægt fuldt bevidst, hvor stor og overveiende Ø.'s Andel er i den nu herskende Proceslære. Den nærmere Paavisning heraf vil være Gjenstand for den følgende Fremstilling; her paa dette Sted skal der kun i Almindelighed mindes om Ø.'s store, endnu til denne Dag fortsatte Betydning for den danske og norske Procesvidenskab.

Som bemærket samler Ø.'s Forfattervirksomhed sig om det, der altid vil være Hovedsagen i Procesvidenskaben, nemlig den ordinaire Procesmaade og alt, hvad dertil hører. Især har Bevislæren været Gjenstand for hans udførlige Behandling, og det ikke blot for Civilprocessens, men ogsaa for Criminalprocessens Vedkommende. Men ogsaa Grundsætningerne for Proceduren — derunder Læren om Parternes Udeblivelse under Sagen — har han givet den endelige og afsluttende Behandling, til hvilken der ikke er meget andet at føie end maaskee at drage Conseqventserne af hans Lære paa enkelte Puncter, over hvilke han ikke spe-

¹⁾ Hermed sigtes i den danske Literatur til Hansens og til Bangs og Larsens Skrifter og derefter til mine, i den norske Literatur til P. C. Lassons Haandbog i den norske Proces, som endog ikke udgives for at være væsentlig andet end Excerpter og Sammenstillinger af Ø.'s Skrifter, og derefter til Schweigaards Proces.

cielt udtaler sig. Endvidere har Læren om Contra-søgsmaal, om Trediemands Indtrædelse i den mellem de oprindelige Parter svævende Proces, samt om Dommens Vedtagelse og om dens Retsvirkninger været Gjenstand for hans Behandling; Hovedpuncterne i disse vigtige Æmner ere i al Fald allerede fremdragne af ham. Ogsaa visse Materier, der staa i nøie Forbindelse med Procesmaaden, ere af ham bragte til et saadant Standpunct, at der næsten ikke er levnet de senere Forfattere noget at tilføie, saasom Læren om Forlig og om Procesomkostninger. Derimod har han mindre sysselsat sig med Skifte-, Foged- og Auctions-proceduren, i hvorvel han ved mindre Afhandlinger og spredte Udtalelser rundt om i hans Skrifter saavel som i Domme og Cancelliskrivelser har ydet Bidrag ogsaa til disse Dele af Retssystemet. Heller ikke har han givet nogen samlet Behandling af større Partier af Processens almindelige Deel, men dog mangler det ikke paa værdifulde Bidrag hertil saavel i mindre Afhandlinger og i Embedsskrivelser som i de større sammenhængende Behandlinger, hvorunder herhen hørende Spørgsmaal faldt ind i en eller anden Retning, f. Ex. Læren om Procesloves Virksomhed i Tiden og Rummet, der er behandlet i Forbindelse med den almindelige Lære om Loves Virksomhed i begge disse Retninger (i Haandbogens 1ste B. S. 228 ff og i Eunomia 4de B. S. 113 ff). Til Læren om Appel, saavel i civile som i criminelle Sager, har Ø. ogsaa ydet enkelte Bidrag, som senere skulle blive nærmere angivne, men nogen større Deel af denne Materie har han ikke behandlet.

Skjøndt den danske Civilproces i det Væsentlige havde antaget dens nuværende Skikkelse allerede nogen Tid, førend Ø.' Forfattervirksomhed begyndte, idet Forhandlingsmaximen og Procedurens Skriftlighed baade ved Lovene og ved Praxis vare blevne anerkjendte som herskende Grundsætninger i den, var dog det nye System for Proceduren ingenlunde videnskabelig gennemført, ei heller tilstrækkeligt begrundet. Det er først Ø., som har fremstillet Læren om Processerklæringerne i dens Sammenhæng og Følger og givet den en fast videnskabelig Begrundelse. I den ældre Procestheori, saaledes som denne fremstilles hos Nørregaard, altsaa umiddelbart førend Ø.' Tid, vil man finde, at der vel i det Væsentlige opstilles de samme Sætninger om Forholdet mellem Formalitets- og Realitetsproceduren saavel som om de enkelte Formalitetsindsigelsers Fremsættelse som nu, men med Hensyn til Realitetsproceduren træffer man en besynderlig Uklarhed og Vaklen, dobbelt besynderlig, forsaavidt som man skulde troe, at den practiske Fornødenhed paa et Omraade som dette maatte fremtvinge en bestemt og klar Løsning. Vel synes man med Hensyn til Sagsøgeren at have været paa det Rene med, at han, med det samme, han fremsætter sin endelige Paastand og gjør sin Saggivelse,

maa angive alle de factiske Grunde, hvormed han vil understøtte sit Søgmaal, og at det ikke er ham tilladt at forbeholde sig senere Fremsættelse af noget, som han til den Tid er i Stand til at fremføre, en Lære, der ansaaes for ligefrem hjemlet ved Pl. 13 Aug. 1766 § 4, udvidet til hele Kongeriget Danmark ved Frd. 1 Mai 1782 § 1. Men med Hensyn til Sagvolderen gennemføres ikke det samme Princip, skjøndt det dog kunde synes at ligge nær, at Retsstillingen i dette Punct maatte være lige for begge Parter. Der skænkes i det Hele ikke dette vigtige Spørgsmaal mere end nogle faa Linier. Det hedder saaledes hos Nørregaard § 1760 kun, at det „uden Tvivl er en Sandhed, at alle afgjørende Exceptioner (hvorved N. forstaaer peremptoriske Exceptioner i Modsætning til blot dilatoriske) bør fremsættes tilligemed litis contestatio; thi tager en Sagvolder til Gjenmæle, uden at fremsætte de Exceptioner, som paa den Tid vare til, da anseer man ham lettelig for paa samme at have renunceret“, og længere nede hedder det da videre „heraf følger altsaa og, at afgjørende Exceptioner burde almindeligvis fremsættes alle paa eengang og ikke den ene efter den anden. Ikke destomindre driste vi os ikke til at nægte, at Sagvolderen jo kan, naar han contesterer litem, forbeholdé sig sine Exceptioner i Almindelighed, som han endnu ikke har paaberaabt sig, om Dommeren dertil skulde ville forunde ham behørig Tid, ligesom han og ved at anføre en Exception kan forbeholde sig de flere, som han endnu maatte have. Men i begge Tilfælde er det Dommerens Pligt, naar Contraparten paastaaer det, at forelægge Sagvolderen en vis Tid, inden hvilken han skal fremkomme med alle de Exceptioner, som ere af den Beskaffenhed, at han om dem kunde og burde have Kundskab; ligesom han og, til at kunne fremsætte

disse Exceptioner, ikkun behøver en meget kort Anstand“. Det sees let, hvor utilfredsstillende denne Fremstilling er. For det Første lider den af en paa-faldende Ubestemthed, f. Ex. naar det hedder, at Indstævnte „lettelig“ vil kunne blive anseet for at have renunceret paa at anføre mere, hvilket nærmest maa betyde, at det beroer paa Dommerens Skjøn, om hans Forsømmelse skal have denne Virkning i det foreliggende Tilfælde eller ikke, og at det derfor er klogest eller forsigtigst altid at fremsætte alle sine Exceptioner strax. Men dette vilde være aabenbart urigtigt og er maaskee heller ikke Forf's Mening. Dernæst er det klart, at Eventualprincippet i Hovedsagen er brudt, dersom det staaer Indstævnte aabent, „samtidigt med at contestere litem negative, at forbeholde sig sine Exceptioner i Almindelighed“. Om dette er tilstedeligt eller ikke, derom maa en Forf., der vil behandle denne Materie, have en bestemt Mening, thi det er et Cardinalpunct. Endelig indføres der et Moment i Fremstillingen, som daarligt passer med den passive Stilling, Dommeren ellers indtager i vor Procesmaade, nemlig at han, naar det af Modparten forlanges, skal forelægge Indstævnte en Slags peremptorisk Frist, inden hvilken hans Indsigelser skulle fremsættes, og først naar dette ikke skeer, skulle de ansees for præcluderede. Foruden denne Ubestemthed og Unøjagtighed i selve Reglernes Angivelse, lider Fremstillingen af den store Mangel, at det ikke sees, hvilket det begrundede Princip er for de enkelte opstillede Sætninger. Forf. synes ikke for Alvor at gjøre sig selv det Spørgsmaal: hvorfor har Partens Undladelse af at yttre sig de antagne Virkninger? Nærmest antydes det, at disse Virkninger skulle udledes af en formodet Renunciation paa at anføre mere; men Utilstrækkeligheden og Urigtigheden heraf ligger lige for Øinene.

I Stedet for denne usikkre Veiledning, som var den eneste, Datidens Literatur bød, er der af Ø. givet en virkelig videnskabelig udformet Lære om Proceserklæringerne, som har holdt sig uforandret til vore Dage. Hovedstedet, hvor han udtaler sig om denne Gjenstand, er Afhandlingen om egen Tilstaaelses juridiske Virkninger i civile Retstrætter i Eunomia 3die Bind, hvor han S. 492—526 behandler Spørgsmaalet om den Vedgaaelse, som hidledes af forsømt Benægtelse (§ 5), og hertil knytter den nærmere Bestemmelse af, naar og hvorledes Benægtelse i Rettergang skal fremsættes for at være gyldig (§ 6). Skjødnt der efter Sammenhængen paa det anførte Sted egentlig kun er Anledning til at tale om Benægtelser, hvad enten de nu tænkes fremsatte af Sagvolderen eller af Sagsøgeren, udvider han Fremstillingen til at angaae Proceserklæringer i det Hele. I faa Ord opstiller han de Hovedgrundsætninger, som maa beherske denne Materie, og fra hvilke, rigtigheden forstaaede, alle de enkelte Regler lade sig udlede, ved at paavise, at Lovgivningen ifølge vor Procesmaades Natur og Indretning maa antages at paalægge Parterne en Pligt til at erklære sig fuldstændigt og tydeligt over de factiske Forebringender, der fremføres af Modparten, og at denne Pligts Tilsidesættelse har til Følge, at der gaaes efter dennes Fremstilling af det Factiske i Sagen. Skjødnt det ikke særligt eller udtrykkeligt udtales, fremgaaer det dog af hele Sammenhængen, at Ø. søger Retsgrunden til disse processuelle Regler ikke i, hvad der maa antages at være vedkommende Parts Mening med at undlade at erklære sig eller med at erklære sig ufuldstændigt eller tilbageholdende, ikke i nogen Formodning om Renunciation paa at anføre mere i Sagen eller deslige, men, i Modsætning til hans Forgjængere (jfr. Nørregaards ovenfor anførte Ord) og til

mange langt senere Forfattere, har han det rigtige Blik for, at Retsgrunden maa søges deri, at Loven byder, at enhver af Parterne skal erklære sig behørigt over Modpartens Fremstilling af det Factiske i Sagen, og at den som Middel til at gennemføre dette forbinder de nævnte for Parten skadelige Virkninger med Taushed og Tilbageholdenhed i at erklære sig. Vel forekommer der hist og her i Ø.' Fremstilling Udtryk, som ved første Øiekast kunde vække Tvivl om hans Opfattelse af dette Forhold, f. Ex. naar det hedder, at Parten ved at indlade Sagen „samtykker i“, at den paakjendes i den Tilstand, hvori den er (S. 502), og lign., men den, der læser hans Fremstilling i dens Helhed, vil ikke være i Tvivl om, at dette kun er Unøiagtigheder i Udtryksmaaden, der ikke have nogen Forbindelse med den virkelige Tankegang. Den er tydelig nok. Allerede den første Sætning, hvormed Argumentationen begynder, er afgjørende. „Den Part, som nu ikke inden behørig Tid meddeler sin Erklæring over de Facta, der ere anbragte imod ham, eller som ikke giver denne Erklæring den Bestemthed, som den bør have, for at Dommeren kan see, hvad han deraf erkjender eller ikke erkjender, maa taale, at hans Taushed, Tilbageholdenhed eller Forsømmelse udlægges saaledes, at han, forsaavidt den bestemte Modsigelse mangler, antages at erkjende de factiske Omstændigheder, hans Modpart har opstillet“. At her ikke er Tale om, hvad Parten efter de almindelige Regler om Villieserklæringer kan antages selv at ville, er klart nok, og fremgaaer endvidere af den følgende Argumentation, hvorefter Umuligheden af at tillægge Taushed Virkning af en Benægtelse paavises ved at udvikle, hvorlunde Strafansvar i mange Tilfælde forbindes med udtrykkelige løgnagtige Proceserklæringer, og at det ikke kan harmonere med denne Lovgiv-

ningens Opfattelse, at en Part ved Taushed skulde kunne opnaae de samme processuelle Fordele som ved positive løgnagtige Erklæringer, uden derved at paa-
 drage sig det samme Ansvar; thi at der ikke med den blotte Taushed eller Tilbageholdenhed kan forbindes det samme criminelle Ansvar som med løgnagtige Benægtelser, anses for givet. Naar Ø. saa S. 496 gaaer over til at paavise, at det „at fortolke Taus-
 heden som Benægtelse er desuden at tillægge samme den Mening, der har mindst Sandsynlighed for sig,“ er det let at se, at han herved kun vil opstille et Bi-
 argument ved Siden af sin Hovedbetragtning, idet han til yderligere Bestyrkelse paaviser, at selv om det skulde komme an paa, hvad Parten kan formodes at ville, er det ogsaa fra dette Synspunct naturligere at forstaae Tausheden saaledes, at han intet har at sige imod Modpartens Fremstilling, end saaledes, at han derved vil benægte dens Rigtighed. Men den hele øvrige Fremstilling lader ingen Tvivl tilbage om, at det er langt fra Ø.'s Tanke, at Parten, f. Ex. ved en udtrykkelig Forvaring imod, at der af hans Taushed kan udledes Tiltrædelse af det af Modparten Anførte, skulde kunne forandre de lovbestemte Følger, som maa knyttes til manglende eller ufuldstændige Proce-
 serklæringer. Medens det er klart, at Ø. ikke bygger Virkningen af Taushed eller Tilbageholdenhed i Proce-
 duren paa nogen Formodning om virkeligt Samtykke eller virkelig Renunciation, kunde man snarere spørge, om han ikke maa antages at hylde den Opfattelse, som dengang var den almindelige i Tydskland, nemlig at Contumacialvirkningerne maa bygges overhovedet paa den Betragtning, at Lovgivningen — uden Hensyn til Partens virkelige Hensigt eller Villie — etablerer en legal Fiction, i Kraft af hvilken der i Tausheden eller Tilbageholdenheden skal ses et Samtykke eller en

Renunciation. Denne Betragtning maade gjordes gjældende af de to mest ansete Processualister i hin Tid, nemlig af Gønner og Grollmann¹⁾. Men forsaavidt der af den uddroges den Følgeslutning, at Contumacialvirkningerne ikke burde gjælde imod den Part, som ikke kunde renunciere, f. Ex. formedelst manglende Raadighed over Sagen, eller ikke maatte renunciere, f. Ex. fordi der handledes om Varetagelsen af Statens, Umyndiges, eller offentlige Stiftelsers Anliggender, udtaler Ø. udtrykkeligt, at disse Retssætninger ikke kunne antages at gjælde hos os (S. 520—22), idet han simpelthen fastholder, at der ingen Hjemmel haves til at gjøre nogen Undtagelse fra de almindelige Regler om Virkningerne af Taushed eller Tilbageholdenhed i de anførte Tilfælde, eller til at stille Modparten anderledes end ellers, fordi han procederer med det Offentlige eller med Umyndige. Det er derfor i al Fald klart, at om end Theorien om det fingerede Samtykke eller den fingerede Renunciation maatte have foresvævet ham — jfr. Ordene, at Parten maa taale, at hans Taushed udlægges o. s. v. —, er dette for ham kun en anden Udtryksmaade for, at Loven ligefrem forbinder de omtalte præclusive Virkninger med Taushed eller Tilbageholdenheden, og der kan ikke paavises noget Punct, hvor hos ham en practisk Forskjel fremkommer mellem Følgerne af Fictionstheorien og denne førstnævnte simple og mere ligefremme Opfattelse. I

¹⁾ Deres Opfattelse dannede Modsætningen til den af Martin o. a. forsvarede Mening, at Contumacialvirkningerne vare at betragte som en poena contumaciæ, hvilket maatte føre til at lade Contumacens Tilregnelighed eller Utilregnelighed faae Indflydelse ved Følgernes Bestemmelse, jfr. Gønners Handbuch I. S. 138, 437 ff og Grollmann Theori des gerichtlichen Verfahrens § 78 og § 130.

Realiteten staaer Ø. paa det Standpunct, som i den nyere Videnskab anses for det rette, nemlig at Følgerne af Taushed og Tilbageholdenhed i Proceduren ikke bør udledes af noget formodet eller fingeret Samtykke, men af selve Proceslovgivningens Bud, som i processuelle Øjemed forbinder præclusive Følger med de nævnte Omstændigheder ¹⁾).

I det Følgende udvikler Ø. derefter l. c., hvilke speciellere Fordringer der maa stilles til Proceserklæringerne. Først at de maa fremsættes betimeligt, hvilket ikke kan betyde andet end første Gang, Parten faaer Lejlighed til at yttre sig over det af Modparten Anførte, og at der, naar dette er forsømt, og saaledes den med Undladelsen af at erklære sig forbundne Retsfortabelse engang er indtraadt — hvorved altsaa en processuel Fordel er erhvervet for Modparten —, ikke i Reglen haves nogen Adgang til senere at indhente det Forsømte. Dernæst at Proceserklæringerne maa være bestemte og tydelige, i Forbindelse hvormed det nærmere udvikles, hvad der skal forstaaes ved, at en Benægtelse, for at være behørig, skal være speciel. Denne sidste Fordring blev nemlig dengang opfattet paa en rent udvortes og mekanisk Maade saaledes, at det aldrig var tilstrækkeligt at stille en almindelig Benægtelse mod Modpartens Fremstilling, men at det var nødvendigt at benægte hvert enkelt Punct, hver enkelt Ting, han anførte, ja det blev endog undertiden forlangt, at de af ham benyttede Beviser skulde benægtes og i modsat Fald anses for gyldige. Denne urigtige og formalistiske Lære har Ø. overvunden, dels

¹⁾ Om de Residua af ældre Fictionstheorier, som ned til Nutiden endnu have holdt sig i Lovenes og Forfatterernes Terminologi, jfr. Bülow i Arch. f. die civilistische Praxis 62 B. S. 60 og S. 79.

ved i vel skrevne Domme fra den Tid, han var Medlem af Hof- og Stadsretten, practisk at give Exempler paa, hvorledes Fordringen om Benægtelsers Specialitet rettelig bør anvendes¹⁾, dels ved i en Afhandling i Jur. Arch. 3 B. S. 43 (fra Aaret 1804) og senere i Eunomia paa heromtalte Sted nærmere at udvikle, hvorledes Fordringen til Benægtelsers Specialitet kun er en ligefrem Anvendelse af de opstillede Grundsætninger om Proceserklæringernes Bestemthed og Tydelighed, hvorfor en Benægtelse efter Omstændighederne kan være almindelig, naar den kun er tydelig og bestemt nok efter Sagens Beskaffenhed, hvilket er det eneste, hvorpaa det kommer an, samt at Paastanden om, at Beviserne skulle særskilt benægtes, i dens Almindelighed er aldeles uden Grund. Til den almindelige Lære om Proceserklæringerne knytter Ø. endvidere en Række oplysende Bemærkninger, som ere gjentagne af alle senere Forfattere og derfor nu ere gamle Bekjendte i Processystemerne, men dengang vare nye i vor Literatur, f. Ex. at det ikke er tilstrækkeligt at opfordre til at bevise i Stedet for at benægte undtagen i de Tilfælde, hvor Parten mangler personlig Kundskab om Factum, at Sætningen „qui excipit non fatetur“ ikke gjælder ubetinget, idet der gives Indsigelser, som ifølge deres Beskaffenhed med Nødvendighed indeholde en stiltiende Indrømmelse, at der hos os ingen Undtagelse kan gøres fra Reglerne om forsømte Benægtelser m. v., fordi Sagen angaaer Umyndige, Statskassen, offentlige Stiftelser o. s. v.

I Forbindelse med denne Materie staaer et andet Punct, hvori Ø. har grundlagt den gjældende procesuelle Lære, nemlig Spørgsmaalet om Virkningerne af Indstævntes Udeblivelse den Retsdag, Saggivelsen

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 195.

finder Sted. Førend hans Tid var der i dette Punct en bestemt Strid imellem Theori og Praxis, idet Domstolene fulgte den Regel, at den udeblivende Indstævnte antoges at vedgaae Citantens Fremstilling af Sagens factiske Sammenhæng, medens Forfatterne mere eller mindre bestemt hævdede, at D. L. 1. 4. 30, N. L. 32, ikke tillod denne Løsning, men fordrede, at den udeblivende Indstævnte maatte betragtes som benægtende Citantens Fremstilling, og at denne derfor maatte føre Bevis for sammes Rigtighed. Ø. siger selv, at han nærmest hyldede denne Theoretikernes Mening, da han indtraadte som Assessor i Hof- og Stadsretten, men efter den Tid blev det ham indlysende, at den i Praxis fulgte Opfattelse var den rette, og han anfører dette som et Bevis paa, hvorledes hans Embedsvirksomhed som Dommer foranledigede ham til en dybere og nøjere Eftertænkning, der her som paa mange andre Puncter ledede ham til at erkjende, at Theorien ofte trænger til at berigtiges ved Praxis¹⁾. Der kan ingen Tvivl være om, at en stærk Impuls i denne Retning fik han i den Opfattelse af Læren om Proceserklæringerne, som han var naaet til, og i hvilken han yderligere blev befæstet gennem den practiske Iagttagelse af Retsplejens Krav. Ad den Vej blev det ham klart, hvilken besynderlig Inconseqvents i vor Procesmaade det vilde være, om Indstævntes Udeblivelse skulde skaffe ham den fordelagtige Stilling at anses som benægtende Citantens Fremstilling af Sagens factiske Sammenhæng baade i Almindelighed og i alle enkelte Puncter, medens Tausched eller mangelfulde Erklæringer, naar Indstævnte gav Møde, skulde have den helt modsatte Virkning, nemlig at han blev anset for vedgaaende Modpartens Fremstilling af Sagsammenhængen, og det stillede sig

¹⁾ Af min Tids og mit Livs Hist. 1 B. S. 191—93.

derfor saaledes for Ø., at man umuligt kunde anse et saadant Resultat for givet ved D. L. 1. 4. 30, N. L. 32, medmindre det var ganske uundgaaeligt at fortolke denne Art. saaledes. Vel var det saa i den almindelige tyske Proces, at Indstævntes Udeblivelse regnedes for Benægtelse af Modpartens Fremstilling af Sagen, skjøndt der ellers, ligesom hos os, stillede den Fordring, at Proceserklæringerne skulde afgives betimeligt og med fornøden Tydelighed og Specialitet, men Ø. paaviste, at andre Eiendommeligheder i den almindelige tyske Proces, navnlig Adgangen til Edsdelation, bevirkede, at Forholdet stillede sig anderledes end hos os, og at Sætningen ikke i den medførte nær saa for-dærlige Følger for Retsplejen, som den vilde afstedkomme i vor Ret, hvorhos han ogsaa gjorde opmærksom paa, at den i flere nyere tyske particulaire Proceslove forkastedes, ligesom mange Theoretikere kritiserede den som skadelig og uheldig. Inconseqventsen i vor Ret vilde desuden i en anden Retning blive endnu større, da man paa Grund af Ordene i Pl. 13 Aug. 1766 § 2 umuligt kunde undgaae at tillægge Indstævntes Udeblivelse paa Sagens senere Trin den helt modsatte Virkning, nemlig den, at han agtedes for intet at have at indvende mod Citantens seneste Anbringender, medens den almindelige tyske Proces følgerigtigt anvender samme Grundsætninger paa en senere Udeblivelse som paa Udeblivelse fra Begyndelsen af. Ø. blev derfor naturligen bragt til at spørge sig selv, om det virkelig var nødvendigt at forstaae D. L. 1. 4. 30, N. L. 32, paa den af Theorien antagne Maade, og ved en nøiere Analyse af Lovstedet kom han til det Resultat, at det tillod en Forstaaelse, hvorefter det ikke var til Hinder for at lægge Citantens Fremstilling til Grund for Paadømmelsen, naar Indstævnte udeblev, men dog saaledes, at Dommeren

maatte tage Hensyn til de Frifindelsesgrunde, som fremgaae af Citantens Fremstilling, sammenholdt med de til Støtte for samme muligvis producerede Documenter og Bevisligheder, ligesom ogsaa Frifindelsemaatte kunne blive Følgen, naar der i Citantens Deduction henvises til Documenter eller Bevisligheder, som ikke fremlægges. Det blev vel fra flere Sider, f. Ex. af Hurtigkarl, antaget, at en saadan Forstaaelse af D. L. 1. 4. 30, N. L. 32, modsagdes ved Fr. 3 Juni 1796 § 2, og dette var efter Ø.'s eget Udsagn (Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 192) ogsaa oprindelig hans Mening; men en grundigere Undersøgelse overbeviste ham om, at Ordet „Indsigelse“ i det nævnte Lovsted ikke burde forstaaes om Exceptioner i teknisk Forstand, men at derved, saavel efter Forordningens egen Terminologi, der fremgik af andre Steder i den, f. Ex. §§ 8 og 15, som efter samtidige Loves Sprogbrug, f. Ex. Fr. 13 Jan. 1792, kun forstodes det samme som Indvendinger ganske i Almindelighed, uden Hensyn til om de udgjorde Benægtelser eller egentlige Exceptioner, efter hvilken Forstaaelse den rigtige Fortolkning af 1. 4. 30 netop kom til at finde en vigtig Bestyrkelse i Fr. 3 Juni 1796 § 2. Denne Lære blev allerede fremsat af Ø. i Jur. Arch. 3 B. S. 28—45 (Aaret 1804), hvorfra den gik over i den her oftere omtalte yderst vigtige Afhandling om egen Tilstaaelse i Eunomia 3 B. 526—45, og da Hurtigkarl i sin Lærebog over Processen (Aaret 1820) fastholdt den ældre blandt Theoretikerne herskende Mening, gav dette Anledning til, at Ø. paany gjenoptog Spørgsmaalet og forsvarede sin Lære mod hans Indvendinger i en Afh. i Jur. Tidskr. 2 B. 1 H. S. 249—257, hvortil han som Supplement føiede en kritisk Oversigt over nogle da nye, fremmede Rettergangsloves og Lovudkasts Bestemmelser om denne Gjenstand i Jur. Tidskr. 2 B. 2 H. S. 54 84. Med Føje kunde Ø. sige, at „dermed turde

denne vigtige Sag være bragt i det Rene¹⁾; thi ingen Processualist har siden draget Rigtigheden af hans Opfattelse i mindste Tvivl.

Læren om Contrasøgsmaal har ved Ø. i det væsentlige faaet det Indhold, hvormed den nu fremtræder. Hans Bidrag hertil foreligge dels i Skikkelse af vel udarbejdede Domme fra den Tid, han var Medlem af Hof- og Stadsretten, dels i spredte Udtalelser i hans Skrifter. Hos de ældre Forfattere baade Nørregaard (§ 1640) og Brorson (ved D. L. 1. 2. 23) findes der kun nogle uklare og urigtige Ytringer om dette Æmne, af hvilke det ikke en Gang med Bestemthed kan ses, hvad der var disse Forf.s egentlige Mening; i den Grad mangler deres Fremstilling Skarphed og Klarhed. Det synes næsten, som om de forlangte baade Connexitet og Liqviditet, for at Contrasøgsmaal kunde tilstedes, og deres Fremstilling tyder nærmest paa, at de kun have tænkt sig Contrasøgsmaal anvendeligt, hvor der var Spørgsmaal om at opnaae Compensation. Nogen Undersøgelse af, hvad der forstaaes ved „rigtigt og puurt Haandskrift“, findes ikke hos dem; de synes at have anset dette for ensbetydende med en „klar“ eller „liqvid“ Fordring ganske i Almindelighed, og de satte sig saaledes aldeles ud over Lovens Ord i D. L. 5. 14. 6, idet de f. Ex. mente, at den, der stævnedede en anden for et Regningskrav, hvis Rigtighed denne ikke modsigede, kunde fordre Contrasøgsmaal i Anledning af et modstaaende Regningskrav afvist, naar han ikke indrømmede dettes Rigtighed. Hvad Virkningen af Contrasøgsmaal angik, var man enig om, at det aldrig kunde føre til mere end Compensation; og at Dom for det overskydende ikke kunde gives, undtagen hvor

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1. B. S. 193.

Citanten havde samme Værneting som det, hvorved Sagen var anlagt, i hvilket Tilfælde man ikke syntes at have set nogen Betænkelighed ved at tilstede Dom efter Contrasøgsmålet.

I dette Vilderede har Ø. skaffet Klarhed og Bestemthed. Han slog først fast, at Contrasøgsmålet maatte tilstedes for enhver Modfordring, der stod i materielt Sammenhæng med Hovedfordringen (var connex med den), uden at herved Betingelserne efter 5. 14. 6 kom i Betragtning, og selv om Hovedcitanten ikke havde Værneting, hvor Sagen var anlagt, ja selv om det var en Udlænding, som ellers i den Sag aldeles ikke kunde drages for vore Domstole, jfr. en uden Tvivl af Ø. skreven Dom fra Aaret 1802 i A. f. R. 1 B. S. 127, senere stadfæstet i Højesteret, jfr. l. c. S. 442; og efter denne Afgjørelse er Sætningen senere fulgt i Praxis og ikke omtvistet i Theorien. Dernæst fik Ø. i en anden Dom fra Aaret 1808 i A. f. R. 4 B. S. 169, i Modsætning til den ældre Lære, anerkjendt — hvad der derefter er bleven anset som staaende fast — at kun den, der søger efter „rigtigt og puurt Haandskrift“, har Ret til at fordre illiqvide Modkrav, der gjøres gjældende ved Contrasøgsmålet, afviste, men at dette derimod ingenlunde gjælder om den, der gjør et Regningskrav gjældende, selv om dets Rigtighed aldeles indrømmes af Modparten, da det ikke blot strider mod Lovens Ord i 5. 14. 6, men ogsaa vilde mangle al Støtte i Forholdets Natur og den formodede Hensigt med Lovens Bestemmelse, om Indstævntes Oprigtighed skulde skille ham ved den ham ellers efter Lovens Ord tilkommende Ret til at gjøre Regnskab gjældende mod Regnskab. Se herved ogsaa Hdbg. 5 B. S. 162. I denne Materie haves endvidere tvende interessante Overrettsdomme fra Aaret 1811; de ere afsagte kort efter Ø.' Udtrædelse af Retten,

men deres hele Affattelsesmaade ligner ham saameget, at det ligger nær at antage, at de i al Fald indirecte skyldes hans Virksomhed og de ved ham i Retten indførte Anskuelse, selv om han ikke ligefrem har deltaget i deres Afsigelse. Herved sigtes dels til en Dom i Nyt jur. Arch. 3 B. S. 68, hvori den vistnok naturligste Opfattelse af, hvad der skal forstaas ved „rigtigt og puurt Haandskrift“, er fremsat, medens de tidligere Anskuelse herom vare aldeles uklare og urigtige, som ovenfor er bemærket, dels en Dom i Nyt jur. Arch. 2 B. S. 249, hvori det er statueret, at den, der søger efter rigtigt og puurt Haandskrift, maa taale Contrasøgsmaal til Compensation efter Regnskabskrav, naar dette ikke af ham bestrides, hvoraf endvidere som en vigtig Conseqvents af Læren om Proceserklæringerne udlødes den Slutning, at Hovedcitanten er pligtig at erklære sig over Contracitans Regnskabskrav, og at Contrasøgsmaalet derfor i Tilfælde af, at dette ikke sker paa behørig Maade, admitteres.

Ved de anførte Domme ere første Gang de vigtigste Sætninger i Læren om Contrasøgsmaal blevne klarede paa en saadan Maade, at de senere have været betragtede som faststaaende. Angaaende et andet vigtigt Punct i denne Materie har Ø. ogsaa først fremsat den Anskuelse, som vistnok er den rette, og til hvilken i al Fald de senere Forfattere have sluttet sig i Modsætning ikke blot til Nørregaard og de ældre Theoretikere, men ogsaa til Larsen (Saml. Skr. III. 1. S. 265) og delvis til Bang (Procesmaaden § 38), nemlig at Dom for det overskydende kan gives overalt, hvor overhovedet Contrasøgsmaalet er tilstedeligt. Allerede i Aaret 1812 havde Ø. i en Note i Nyt jur. Arch. 4 B. S. 173, i Modsætning til den da almindelige Mening, udtalt, at Dom for det overskydende neppe burde nægtes, naar Contrakra-

vet var en udelelig Fordring. Men senere har han, navnlig i Hdbg. 6 B. S. 458 ff., nærmere deduceret og udvidet sin Paastand derhen, at der i alle Tilfælde, hvad enten en udelelig Modfordring eller flere enkelte Modkrav fremføres, kan gives Dom for det overskydende. Et Støttepunct for denne Lære søger han i den Hypothese, at D. L. 1. 2. 23 er hentet fra den romersk-tydske Proces, i hvilken der ikke kjendes den Begrændsning af Contrasøgsmaalets Virksomhed, at der ikke kan gives selvstændig Dom over Hovedcitanten efter det. Men om man end vil forkaste denne Hypothese — for hvilken dog meget kan tale, jfr. L. Aubert De norske Retskilder S. 162 — maa det mærkes, at den heller ikke, — som Ø. selv fremhæver l. c. — for ham er Hovedargumentet. Det, som for ham er det egentlig afgjørende, er, at det er grundet i Forholdets Natur, at Contrasøgsmaal, naar det overhovedet tilstedes, bør virke fuldt ud, altsaa til Dom for det overskydende, hvis Sagens Beskaffenhed fører hertil, og at Lovgivningen ikke indeholder nogen Hindring for at antage dette, da 1. 2. 23 ikke udelukker, at Hovedcitanten kan dømmes, idet det blot hedder „stande sin Vederpart til Rette“. Det udvikles særligt, hvorledes det, dersom man vil tilstede Dom for det overskydende, naar en enkelt udelelig Modfordring fremsættes, bliver nødvendigt, for at undgaae procesuelle Vanskeligheder, at antage det samme, ogsaa naar flere Modfordringer gjøres gjældende. Det store Fremskridt i den rette Opfattelse af Contrasøgsmaalets Natur, som skyldes Ø., bestaaer saaledes i, at han — skjøndt han ikke directe udtaler det — har emanciperet sig fra den gamle Fordom, under hvis Indflydelse baade Larsen og Bang staa, at Tyngdepunctet i dette hele Spørgsmaal er Værnetingshensynet, og at Betænkkeligheden ved at tilstede Contrasøgsmaal egentlig

ligger deri, at Hovedcitanten drages fra sit Værneting.

Et vigtigt Bidrag til at fuldstændiggjøre Læren om Proceduren har Ø. ydet i sin Afhandling om Intervention og andre Handlinger, hvorved en Rettergangstrætte udvides til flere Personer end dem, der oprindeligt have taget Del i samme, meddelt i Jur. Tdskr. 2 B. 2 H. S. 1-53 (fra Aaret 1821).

Denne hele Materie var før Ø.' Tid kun løseligt berørt i vor Literatur, og de faa Bemærkninger, der fandtes derom, f. Ex. hos Nørregaard 6 B. § 1834 ff., vare meget lidt tilfredsstillende og belærende. I vor Literatur er Ø. den første, der har adskilt de forskjellige Begreber fra hinanden paa dette Omraade, medens de tilforn sammenblandes paa en Maade, som gjorde det umuligt at opstille virkelig oplysende processuelle Regler om dem¹⁾. Han har saaledes rig-

¹⁾ Paa det anførte Sted hos Nørregaard vil det ses, at han ikke sonderer mellem Intervention og Adcitation, men sammenblander disse to Begreber, at han skjælnet paa en urigtig Maade mellem principal og accessorisk Intervention eller i al Fald saaledes, at den blandede Intervention nødvendigvis maa indskydes som en tredje Art, at han opstiller en Inddeling i nødvendig og frivillig Intervention paa en aldeles forvirrende Maade, idet han snart herved kun tænker paa, om det er Embedspligt for Paagjældende at intervenere eller ikke, snart ved nødvendig Intervention tænker sig det samme som Adcitation og derfor forlanger, at den nødvendige Intervenient skal stævnes. I Forbindelse med disse uklare Begreber staaer det, at han ikke faaer Rede paa, hvad *litis denuntiatio* egentlig er, idet han, paa Grund af Sammenblandingen mellem Intervention og Adcitation, synes at udstrække den til at indbefatte Adcitationsstævning og at betragte Adcitatatus som en nødvendig accessorisk Intervenient ved Siden af Sagvolderen. I Forbindelse med denne Misforstaaelse staaer, at han

tigen bestemt Begreberne Intervention og Adcitation, og oplyst, hvori de ere forskjellige fra hinanden, ligesom han har nærmere forklaret de flere Inddelinger af Intervention, som andensteds opstilledes, og vist deres Anvendelse paa vor Ret. Skjøndt han meddeler og bestemmer disse Begreber for at gjøre det danske og norske Publicum bekendt med, hvad der i Videnskaben forstaaes ved dem²⁾, og for derigjennem at klare de processuelle Forestillinger ud af det Uføre, hvori de hos os befandt sig i denne Materie, er det ham dog klart og siges udtrykkeligt paa flere Steder, at der i dansk Ret ingen særegne Regler i processuel Henseende kan opstilles om den accessoriske Intervention, da den, der optræder paa denne Maade, kun er at ansee som en Hjælper for den Part, til hvem han slutter sig, men ikke er berettiget til at foretage andet i Sagen, end hvad Parten selv kunde, og heller ikke er berettiget til at fremlægge noget uden ved og igjennem Parten, hvem han paa den anden Side kan yde sin Hjælp paa ethvert Stadium, endog i Appelinstantsen. Ligeledes gjør han paa flere Steder opmærksom paa, at den saakaldte blandede Intervention i den processuelle Behandlingsmaade maa følge de samme Regler som den principale Intervention, da en selvstændig Interesse forfølges og derfor en selv.

aldeles intet meddeler, om den egentlige *litis denunciatio* og om dens rette Hensigt. Ligesom Fremstillingen i kvalitativ Henseende er høist mangelfuld, saaledes er den ogsaa saa kortfattet og tarvelig i Omfang, at den allerede af den Grund umuligt kan være tilstrækkeligt oplysende.

¹⁾ I Tydskland var denne Lære udviklet af Gönner i hans Handb. I. S. 365 ff. og enkelte Puncter vare særlig debatterede af Mittermaier og Gensler i Arch. f. die civilistische Praxis 2 og 3 B.

stændig Paastand nedlægges (om den end kan lyde ens med den oprindelige Parts).

Hvad der nærmest kan udsættes paa Ø.' Behandling af Æmnet, er, at han ikke skænker det Spørgsmaal en Undersøgelse, om principal (eller blandet) Intervention kan finde Sted, naar de oprindelige Parter (enten begge eller den ene af dem) modsætte sig det. Han forudsætter som givet, at saadan Intervention maa tilstedes, naar den Intervenerendes Paastand virkelig har samme Gjenstand som den begyndte Proces mellem de oprindelige Parter, idet han anseer det for afgjørende herfor, at „den principale Intervenient forfølger en selvstændig Ret, som ikke kan betages ham eller lide nogen Indskrænkning formedelst den forhen uden hans Medvirkning eller Forevidende iværksatte Procedure“ (l. c. S. 13), hvorfor han finder det utvivlsomt, at han maa kunne træde ind i Sagen, uden Hensyn til, hvorvidt den mellem de oprindelige Parter alt er fremmet, og at han ikke kan bindes ved nogen af disses Vedgaaelser, Renunciationer eller Forsømmelser. Den eneste Grændse i saa Henseende, som han fastholder, er, at Interventionssøgsmålet maa angaae samme Gjenstand som Hovedsøgsmålet. „Dersom Intervenienten vilde udvide sin Paastand uden for dettes (Hovedsøgsmålets) Grændser, vilde der med Føie kunne protesteres imod, at Sagen blev opholdt og vidtløftiggjort, formedelst en saadan, i det mindste den ene af Parterne uvedkommende Punct. Dette samme gjælder og, dersom en af Parterne skulde finde for godt, mod Intervenienten at fremføre et Søgmaal, hvis Paakjendelse ikke var fornøden til Hovedsøgsmålets Afgjørelse“ (l. c. S. 19).

Det er her undgaaet Ø.'s Opmærksomhed, at det vel er en ubestridelig Sandhed, at en Person, som mener at have Krav paa den mellem de oprindelige

Parter omprocederede Gjenstand eller dog paa Del i den, ikke kan udelukkes fra at forfølge sin Ret ved Søgmaal mod en af Parterne, fordi der er begyndt Proces mellem denne og andre, men at heraf ikke følger, at dette kan ske ved at indtræde i den mellem de oprindelige Parter verserende Sag mod deres Villie. Bang, hvis hele Fremstilling af denne Materie i Procesm. § 143 ff. iøvrigt kun er en udførligere Gjentaelse af Ørsteds, har Følelsen af, at der maa gives en anden Begrundelse af Trediemands Ret til at intervenere mod de oprindelige Parters Villie, en Ret, som han dog ikke tænker paa at drage i Tvivl; men hans Begrundelse er utilstrækkelig og slaaer over i en vag Raisonneren de lege ferenda, der ender i en saadan Argumentation som den, at „det er det sidste Øiemed med Anordningen af de processuale Former, at den virkelige Sandhed ved dem kan bringes for Dagen, og det er da i og for sig sandsynligere, at det vil kunne ske, naar de gjensidige Fordringer med Hensyn til en og samme Retsgjenstand, den være nu Gjenstand for en obligatorisk eller en reel Ret, og de Indsigelser, som Sagvolderen har mod begge de Krav, der nu søges giorte gjældende, blive samlede procederede og paadømte under en Sag“. Det er indlysende, at dersom den Maade at raisonnere paa skal gjælde, kan enhver Processualist med sin formentlig højere legislative Indsigt bryde ind i den positive Ret paa alle Puncter, hvor ikke en ligefrem Lovordning træder ham i Møde, og Vejen er aabnet for den vilkaarligste Omtumlen med et Processystem, der som vort kun for en ringe Del er fastslaaet ved skrevne Retsregler. Først Schweigaard har i „den norske Proces“ § 75 set det Rette, nemlig at der, i Mangel af positiv Hjemmel herfor, ikke i vor Procesmaade kan tillægges Trediemand nogen Ret til at intervenere, naar de oprindelige Parter

modsætte sig det, selv om dette maatte anbefale sig af legislative Grunde.

Løvrigt har Ø. udviklet de andre Regler om Intervention og Adcitation paa væsentlig samme Maade, som de fremstilles endnu, og navnlig fremhævet, at begge Dele maa udføres ved selvstændige Søgmaal, hvis Forbindelse med Hovedsagen kun er mulig, forsaavidt Cumulationsreglerne tillade det, og forsaavidt Interventus eller Adcitatus kan søges ved Hovedsagens Værneting, da Lovgivningen ikke hjemler noget særskilt Interventions- eller Adcitationsværneting saaledes som et Contrasøgmaalsværneting. Ligeledes klarer han den processuelle Forskjel imellem det, at en ny Part indtræder i Sagen (som Sagsøger eller Sagvolder) ved Siden af de oprindelige Parter, og det, at en Part afløser en af de oprindelige Parter, som træder ud af Sagen, og i Forbindelse hermed yttre han sig om Forstaaelsen af D. L. 1. 11 samt om det i den tyske Proces dengang meget omdebatterede Begreb *nominatio auctoris* og dettes Anvendelighed i dansk Ret i en Række lærerige og oplysende Bemærkninger, der vel ikke kunne tiltrædes i alle Enkeltheder, men dog i det Væsentlige have fuldgyldig Interesse endnu. Ogsaa Begrebet *litis denuntiatio*, hvorom der forhen havde hersket meget uklare Forestillinger, undersøger og udvikler han saaledes, at der ikke senere er fremkommet og heller ikke behøves andet og mere til Belysning af det.

Den Del af Processen, som Ø. har behandlet selvstændigst og udførligst, er Bevislæren saavel i civile som i criminelle Sager. Han forenede i høj Grad

Betingelserne for at yde noget Fortrinligt i denne Retning. Paa den ene Side maatte hans philosophiske Dannelse og hans Kjendskab til den fremmede Proceslitteratur, i hvilken der dengang netop foregik en levende Drøftelse af de herhen hørende Spørgsmaal, gjøre ham fremfor nogen anden skikket til at foretage den logiske Analyse af de forskjellige aandelige Operationer, gennem hvilke Dommeren paa Grundlag af de oplyste Facta bygger Afgjørelsen af det foreliggende individuelle Tilfælde. Paa den anden Side havde hans practiske Embedsvirksomhed baade ladet ham klart føle den store Vigtighed for Retsplejen af de forskjellige Spørgsmaal i Bevislæren og tillige forsynet ham med den Sum af Erfaring og Kjendskab til de virkelige Livsforholds Krav, som er fornøden, for at prøve og berigtige de Almeensætninger, Theorien opstiller. Ikke mindst herved fik han et Fortrin fremfor de fleste af Datidens fremmede, navnlig tydske Theoretikere, hvis Behandling af Bevislæren i mange Stykker havde en altfor abstract og doctrinair Charakter og derfor, naar den blev prøvet overfor de virkelige Livsforholds mangfoldige Combinationer, ikke evnede at give nogen tilstrækkelig Vejledning til Løsning af Vanskelighederne. Ørsteds Behandling af Bevislæren staaer meget højt i Sammenligning med Datidens videnskabelige Standpunct i det Hele, og dersom Omraadet for vort Sprog og vor Lovgivning ikke var saa lille og laa saameget til Siden for den almindelige Udvikling, vilde hans Arbejder i denne Materie sikkert have tildraget sig en meget betydelig Opmærksomhed udenfor Danmarks og Norges Grændser. Thi paa den ene Side omfattede hans Granskning de første og mest almene Grundsætninger for det juridiske Bevis og lode intet Problem i denne Retning henstaae uden indgaaende Drøftelse, paa den anden Side forfulgte den

de almindelige Grundsætninger i deres Udførelse til det mest Enkelte og underkastede dem en omhyggelig Kritik fra det Synspunct, om de svarede til det practiske Retslivs Tarv.

Allerede strax ved Begyndelsen af sin Forfatterbane kom Ø. ind paa en logisk Analyse af den aandelige Virksomhed, gjennem hvilken Dommeren naaer frem til den i Dommen indeholdte Retsafgiørelse, hvorved der maatte blive at skjelne mellem, hvad der i denne Henseende kan og bør ydes af de Bevisførende, og hvad Dommeren maa lægge til ved egen Selvvirksomhed. Det fremhæves for første Gang i vor Litteratur af ham, at foruden den rent retsconstaterende eller retsfortolkende Virksomhed, som efter Lovgivningens Beskaffenhed kan stille større eller mindre Krav til Dommerens selvstændige Tænkning, kan denne ikke forholde sig blot recipient, men han maa nødvendigvis anvende sit Skjøn eller sin Reflection, dels paa det Spørgsmaal, om juridisk Vished er tilvejebragt angaaende Sammenhængen af det individuelle Factum i Sagen, dels paa det Spørgsmaal, hvorledes det oplyste eller indrømmede Factum skal indbringes under det Retsbegreb, hvormed den almindelige Lovregel forbinder sine Virkninger.

Saaledes bragtes han ind paa at undersøge Begrebet om juridisk Vished, dennes Natur og Væsen og deraf flydende Begrænsninger. Navnlig traadte Spørgsmaalet om Muligheden og Hensigtsmæssigheden af en lovbunden Bevistheori ham i Møde, saaledes som man dengang tænkte sig en saadan, og han stødte her paa en Samling af skjæve Begreber og Forestillinger, som maatte udæske hans sunde Sands og klare logiske Hoved til en indgaaende Kritik.

I Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette

Aarh. var det baade hertillands og andetsteds den herskende Forestilling, at den juridiske Vished var en ganske ejendommelig Art af Vished, der ved en absolut Grændse var adskilt fra den almindelige moralske og historiske Vished. Man stillede derfor det Krav til Lovgivningerne, at de ved aldeles sikkre og faste Regler, der intet overlode til de Dømmendes Skjøn, skulde afpæle, hvad der udgjorde juridisk Vished, og dermed tillige var Betingelsen for, at Lovene — hvorved man især tænkte paa Straffelovene —, kunde anvendes mod nogen. Heri saa man det „sikkreste Værn om Borgersikkerheden, det tryggeste Gjærde mod Domstolenes og Øvrighedernes Despotisme“. Retterne burde — mente man — ikke have anden Myndighed, end at „modtage det i Loven nøie og med alle de Mærker, der i det nu i Virkeligheden indtrufne Tilfælde umiddelbart vise sig for Sandserne, beskrevne Bevis for Tilstedeværelsen af det ligesaa nøie beskrevne Factum, og derefter forbinde den Retsvirkning med dette enkelte Tilfælde, som Loven engang for alle har erklæret at skulle forbindes med alle slige Tilfælde“. Her i Danmark fremkom disse Krav især fra de Skribenters Side, som arbejdede paa at hævde og sikkre Pressefriheden, og som angrebe den bestaaende Lovgivning bl. a. fra det Synspunct, at Forfatterne formedelst Lovenes Ubestemthed vare prisgivne Domstolenes vilkaarlige Skjøn. Derfor fik Ø. den første Lejlighed til at komme ind paa en nærmere Drøftelse af disse urimelige og overspændte Fordringer i Skriftet om Frd. 27 Sept. 1799, hvor han (S. 215 ff.) viser, at Lovene ikke kunne give aldeles bindende Regler, der intet overlode til Dommerens Skjøn, hverken forsaavidt angaaer Bedømmelsen af, om Bevis er tilvejebragt, eller forsaavidt angaaer Afgjørelsen af, om og

hvorledes det enkelte foreliggende, in confesso værende eller beviste, factiske Forhold skal subumeres under Lovens almindelige Regel.

I den næsten samtidige Afhandling om Forholdet mellem Staten og Religionen, (jfr. Eun. 1 B. S. 73 ff. 1), udvikler han udførligere, at det ved Afgjørelsen af, om Bevis er præsteret for en vis Sammenhæng af Sagen, er umuligt at binde Dommeren ved strænge logiske Tvangslove, men at der maa indrømmes hans Reflection en høj Grad af Frihed. Selv om Lovgiveren vilde indskrænke Dommeren til visse bestemte Data, saaledes at han alene i dem maatte søge Vished om det Factum, Trætten angaaer — altsaa indskrænke ham til de i Loven udtrykkeligt hjemlede Bevismidler —, vilde det dog ikke kunne undgaaes, at Anvendelsen af disse Regler i høj Grad maatte beroe paa Dommerens frie Reflection, paa hans umiddelbare Tact for det Rette og Sande. Selv med Hensyn til Vidnebeviset er det umuligt med mathematisk Nøjagtighed at bestemme, naar det enkelte Vidne er fuldstændigt beviseende, og endmere at give udtømmende Regler for Afgjørelsen, naar Vidner staa mod Vidner, eller naar de flere Vidner ikke ere aldeles samstemmende i et og alt. I Forbindelse hermed fremhæves, at Dommerens frie Skjøn maa have et endnu større Spillerum ved Afgjørelsen af enkelte Dele af Factum, og navnlig, at det er umuligt, naar egen Tilstaaelse ikke kan faaes, at tilvejebringe et umiddelbart factisk Bevis til Afgjørelsen af det højst vigtige Spørgsmaal, om en lovstridig Handling er foretaget i det Forsæt at overtræde

1) Om denne Afhandling, som kom offentlig frem i 1807, siger Ø. selv i Fortalen til Eun. 1 B. p. IV, at den størstedels er udarbejdet flere Aar førend den Tid.

Loven eller ikke¹⁾. Den videre Udførelse af disse Tanker gav han derpaa i en omtrent samtidig Afhandling i Jur. Ark. 13 B. S. 180 ff. (fra Aaret 1807), der senere er bleven optaget i Arch. f. Retsv. 6 B. S. 211 ff., ligesom han og i kortere Form har fremsat disse Betragtninger i Skriftet om Tyveri S. 321—333 og S. 333—338. Han udvikler paa de anf. St., at den juridiske Vished ikke kan være nogen absolut eller apodictisk Vished, da en saadan overhovedet ikke kan tænkes med Hensyn til Menneskelivets Handlinger og Tildragelser, der for den endelige Erkjendelsesevne altid fremtræde som tilfældige og ikke som nødvendige, men at den kun er en Art af den almindelige historiske Vished. Undersøger man imidlertid, hvad det er i den menneskelige Sjæl, der virker fast Overbevisning om et tilfældigt Factum — hvorved altsaa menes ethvert Factum, der ikke for den menneskelige Forstand fremtræder som nødvendigt — vil man finde, at det er flere i hinanden gribende, til en fælles Forklaringsgrund henvisende, ved intet stridende Datum svækkede Phænomener, der, ved deres Sammenstød,

¹⁾ I Erkjendelsen af, hvor meget Retssikkerheden vilde være prisgivet, dersom den af nogle (Kleinschrod) opstillede Lære skulde gjælde, hvorefter dolus ikke kunde antages hos Gjerningsmanden, medmindre egen Bekjendelse herom havde, opstillede andre (Grollmann, Feuerbach, Almendingen o. fl.) en Lære om, at dolus skal præsumeres, naar den udvortes retsstridige Handling er bevist. At herved Tiltalte udsættes for at lide Uret, og at der ikke kan gives anden Regel i denne Materie, end at Dommeren ifølge samtlige foreliggende Omstændigheder maa bedømme, om der er Grund til at antage Forsæt, er oftere paavist af Ø., jfr. bl. a. St. især Eun. 2 B. S. 244.

have en saadan uimodstaaelig Kraft til at overtyste os om hin Forklaringsgrunds Virkelighed, at al Tvivl derved nedslaaes. Men man vilde forgjæves bestræbe sig for at opdage et constitutivt eller bestemmende Fornuftsprincip, hvormed man kun behøvede at sammenholde de givne Data for at se, om disse ere stærke nok til at frembringe Vished. Det er kun ved en umiddelbar Act, at Dømmekraften - - der i dette Tilfælde forholder sig reflecterende og ikke kan indskrænke sig til at forholde sig subsumerende — finder Phænomenerne saa stærke og sammenslyngede, at den ikke længere kan tvivle om Rigtigheden af den Forklaringsgrund, hvortil de vise hen. Den juridiske Vished er saaledes en Art af den historiske eller almindelige moralske Vished, der deri adskiller sig fra den rent subjective Vished, at den hviler paa Grunde, der ikke blot ere overbevisende for et enkelt bestemt Individ, men i Reglen ville have lige Virkning for enhver almindelig organiseret Forstand. I sig selv er der intet andet Særmærke paa juridisk Vished. Spørgsmaalet bliver da kun, om Lovene skulle søge kunstigen at skabe et saadant. Hertil svarer Ørsted, at man „ikke ved blotte Fornuftsprinciper kan bedømme Antageligheden af et factisk Anbringende, men at Dømmekraften yttres sig herved i sin frie Umiddelbarhed. Nu er det blot Fornuftens Functioner, som ere Lovgiveren overdragne; hvad der i en Sandheds Udfindelse er Dømmekraftens Værk, maa overlades Domstolene. Det vilde derfor være en Misforstaaelse, hvis Lovgiveren vilde paatage sig at give saadanne udtømmende Regler for Bedømmelsen af et Factums Virkelighed, at Dommerne kun behøvede at aabne deres Øine for at se, om de lovbestemte Forudsætninger finde Sted eller ikke. Dersom dette endog iøvrigt var giørligt, vilde dog Resultatet blive, at Sandheden slettere vilde

udfindes, end om man betroede mere til Tribunalerne“. Han gjentager i denne Forbindelse de fra Afhandlingen om Forholdet mellem Staten og Religionen bekjendte Paavisninger af, at det desuden ogsaa er ugjærligt at give tilstrækkelige og i alle Tilfælde udtømmende Lovregler om det juridiske Bevis. Det er i al Fald kun muligt at opstille flere eller færre Regler, der aldrig kunne udtømme, men blot gribe ind paa enkelte Puncter. Om dette anbefaler sig ved Hensigtsmæssighedsgrunde, betegner han som yderst tvivlsomt. I en nogle Aar yngre Udtalelse¹⁾ er han dog tilbøjelig til at mene, at Lovene hellere bør indeholde nogen Ledetraad for Domstolene end efter den franske Criminalprocesses Exempel overlade Sagen ganske og aldeles til deres subjective Skjøn, og han vil derfor ikke forkaste en saadan Regel, som den, at to troværdige Vidners paa behørig Maade afgivne enstemmige og ved intet andet Datum svækkede Forklaring indeholder fuldt Bevis. Thi skjøndt en saadan Regel ikke i sig afgiver noget ufejlbarligt Kjendemærke paa Sandheden, og uagtet den ikke heller er saa bestemt, at den udelukker Dommerskjøn i Anvendelsen, mener han dog, at den afgiver et Sammenligningspunct, der, skjøndt ingenlunde bestemt, dog kan lede Dommeren

¹⁾ Jfr. Jur. Tdskr. 9 B. 1 H. S. 106 8, hvor han udtaler sig i Anledning af den af mange opstillede Paastand, at det kan have sin Nytte, til Vejledning for Dommeren, at give enkelte Regler, der kunne tjene ham til Oplysning om, hvorvidt Lovgivningen gaaer i sit Krav til juridisk Vished, og at der herved kan virkes imod, at Dommerne enten lade sig forlede til af en overdreven Skepticisme, der ikke vil lade noget gjælde for vist, saalænge det Modsatte deraf er tænkeligt, at forkaste ethvert Bevis, eller, gaaende til den modsatte Yderlighed, lade sig nøje med enhver løs Sandsynlighedsgrund.

i at bedømme de andre Beviser, navnlig Indiciebeviset. Men det fremgaaer af hans Yttringer saavel paa dette Sted som i Nyt jur. Arch. 10 B. S. 81 ff., at han allerede tidligt, i Modsætning til den da almindelige Mening, var meget bange for at binde Dommerens Skjøn, og at han i denne Henseende ikke vil gaae saa vidt, som f. Ex. Feuerbach. I Kraft af denne hans almindelige Opfattelse af den juridiske Visheds Natur og Væsen anser han det for principstridigt at nægte Indiciebevisets Tilstrækkelighed i criminelle, ikke mindre end i civile Sager, og han fremhæver stærkt, at dette ogsaa vilde være meget skadeligt for Retssikkerheden, da directe Bevis ved Vidner kun sjældent kan have i criminelle Sager, og den dristige og forhærdede Forbryder vil være stærkt opfordret til haardnakket at tilbageholde sin Tilstaaelse, naar han derved er sikkert mod Domfældelse, medens p. d. a. S. Indiciebevisets Udelukkelse i Virkeligheden ikke bedre vilde betrygge den enkelte mod urigtig Domfældelse, da den Sikkerhed for hans Skyld, der opnaaes ved Indiciebevis, er ligesaa stor eller større end den, der opnaaes ved et Vidnebevis, som ikke yderligere støttes ved Omstændighederne ¹⁾. Den danske og norske Lovgivning indeholder heller ikke noget Datum, hvorefter kan sluttes, at den udelukker Indiciebeviset; men der kan tvertimod paavises forskjellige Lovbud, som naturligst maa siges at forudsætte Tilstedehævedigheden af denne Bevismaade. Derfor kommer Ø. til det Resultat, at Indiciebeviset kan anvendes endog i cri-

¹⁾ At Ø. meget skarpt har opfattet, at Indicier ikke er et Bevismiddel for sig, men at det beroer paa indirecte eller middelbar Slutning fra det, som ved de almindelige Bevismidler er oplyst, og at der saaledes, foruden at det umiddelbart Oplyste kan være usandt, ved Indiciebeviset kommer den Mulighed til, at Dommeren kan slutte forkert, sees Eun. 4 B. S. 171--72.

minelle Sager, og ikke blot med Hensyn til de subjective Momenter eller Biomstændighederne ved Handlingen, men med Hensyn til selve det udvortes Hovedfactum¹⁾. Denne hans Anskuelse kom til Udtryk i et Par Hof- og Stadsretsdomme fra Aarene 1807 og 1808, den ene tillige stadfæstet af Højesteret, i hvis Afsigelse han deltog, og af hvilke han formodentlig var den egentlige Concipient, jfr. Arch. f. Retsv. 3 D. S. 418 og 4 D. S. 153 og 487. Men skjøndt Ingen optraadte mod disse Ø.' Anskuelser, varede det alligevel længe, inden nogen anden Forfatter²⁾ her tillands udtalte sig for ovenanførte Lære, og „skjøndt man fik nogle enkelte Exempler paa, at vore Domstole ikke aldeles indskrænkede sig til de udtrykkelig lovhjemlede Beviser, sees det dog af adskillige indtrufne Tilfælde, at de vare saa ængstelige i at gaae udenfor disse, at Indiciebevisets Anerkjendelse savnede fuld practisk Betydning.“ Endnu i 1836 klagede den ene af Stænderforsamlingerne over, at „man, om man end ei aldeles nægter det almindelige Indiciebevises Gyldighed, dog saa sjældent ved Retterne tillægger det fuld Virkning, at dets Anvendelighed er at regne for saa godt

¹⁾ Yderligere Bemærkninger herom meddeleer Ø. i en Kritik over en Afhandling af Kleinschrod om Indiciebeviset i Straffesager, jfr. Jur. Tidsskr. 14 B. 2 H. S. 64 ff. Smlg. hermed Nyt jur. Arch. 10 B. S. 80 ff.

²⁾ Bang og Larsen i Procesmaaden § 120 (fra Aar 1839) mene, at Christian V.s Lov selv ikke anseer Indicier som tilstrækkeligt Bevis for Tiltaltes Skyld, men antage, at dette først skete ved den senere Retsudvikling, og navnlig som en Følge af, at Benægtelsesed ikke længere blev anvendt i criminelle Sager, hvorfor de ansee Fr. 30 December 1770 § 10 for et Hovedargument i denne Materie. Den historiske Urigtighed af hele den Opfattelse er paavist i min ordinaire civile Procesmaade 3 Udg. S. 656 ff.

som intet“, og selv efter at denne Bevismaades Tilstrækkelighed fik udtrykkelig Aerkjendelse ved Fr. 8 Sept. 1841, fremhæver Ø., at Anvendelsen vedblev at være meget indskrænket.¹⁾

Ogsaa paa det andet Punct i denne Undersøgelse om Forholdet mellem Dommerens Selvvirksomhed og Parternes Procedure ved Afgiørelsen af de enkelte Retstilfælde, har Ø. tilvejebragt Klarhed, hvor forhen herskede Dunkelhed og Misforstaaelse, idet han har eftervist, at selv naar alle factiske Oplysninger ere tilvejebragte, og Dommeren har bestemt disses Beviskraft, eller selv om den factiske Sammenhæng er in confesso, bliver endnu en anden Operation nødvendig, nemlig at reducere det oplyste Factum til det Retsbegreb, hvormed Loven byder, at en vis Virkning skal forbindes, jfr. Eunomia 1 B. S. 76—78, hvormed kan sammenholdes Nyt jur. Arch. 10 B. S. 61 ff. Denne Operation — siger han — plejer man at overse, forudsættende, at Loven ligefrem og ved en simpel logisk Subsumtion skal kunne anvendes paa Factum, saaledes som dette ved Vidners Udsigende eller Partens Tilstaaelse oplyses. Men denne Forudsætning vil ved nærmere Overvejelse vise sig at være aldeles urigtig. Lovene kunne ikke opregne og beskrive alle de enkelte Facta, hvorpaa de skulle anvendes, saaledes som disse umiddelbart vise sig for Sandseanskuelsen, men de kunne blot angive det, en Klasse af Handlinger med Hensyn til deres Forhold til Retsbegrebet have tilfælles, den juridiske Charakter, der udmærker saadanne Facta, og disse kunne ikke ved simpel logisk Subsumtion, men kun ved en fri Reflection henføres under det legale Begreb. Som Exempler herpaa an-

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 143 - 44.

fører Ø., at Loven ikke kan udtømmende angive, af hvilke Facta et Samtykke kan udledes, hvilke Ord eller Ordforbindelser der maa siges at udgjøre en Fornærmelse, eller hvilke Omstændigheder der kræves, for at nogen kan siges at være i Besiddelse af en Ting, men Afgjørelsen maa i saadanne Tilfælde siges at ligge i Dommerens Hænder og overlades hans Skjøn over de foreliggende Facta. I sit seneste Arbeide har Ø. paavist disse Synspuncters Anvendelse paa en bestemt i sin Tid ¹⁾ opsigtvækkende Sag, nemlig i hans Kritik over Generalkrigsrettens Dom over General Peymann og de andre Høistkommanderende i Kjøbenhavn i Anledning af den af dem efter Bombardementet i 1807 afsluttede Capitulation. De bleve dømte bl. a. for „uden bevislig Nødvendighed“ at have overgivet Byen, og Dommen synes at være gaaet ud fra, at det paa hvilede dem til deres Befrielse at føre et juridisk Bevis for, at det var nødvendigt at capitulere, og at der i, at et saadant ikke var ført, laa tilstrækkelig Hjemmel til at domfælde dem. I denne Anledning udvikler Ø., at det Spørgsmaal, om Overgivelsen var nødvendig, maatte Retten paa sit Embedsansvar afgjøre ved et Skjøn over de foreliggende factiske Omstændigheder, som i dette Tilfælde enten vare tilstrækkelig bekjendte, eller dog, om et eller andet manglede, let kunde oplyses, men at det ikke kunde paa hvile de Anklagede i anden Forstand at føre noget Bevis i saa Henseende, hvilket ogsaa vilde være i sig umuligt. For Civilprocessens Vedkommende medfører dette altsaa, at Parterne ikke kunne have til Opgave andet end at bevise de individuelle Facta, hvorpaa den almindelige Dom maa grundes; men Slutningen fra disse til, om behørig Agtpaagivenhed er udvist, om der har været Nødven-

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 380 ff.

dighed for at handle paa en vis Maade i en andens Anliggender o. dsl., maa Domstolen foretage, og for dens Forsvarlighed maa den bære det moralske og juridiske Ansvar.

En saadan Analyse af Dommerens begrebsmæssige Stilling overfor det Materiale, som tilveiebringes ved Bevisførelsen, hvad enten denne besørges af Parterne selv, som i Civilprocessen, eller sker ved en af det Offentlige foranstaltet Undersøgelse, som i Criminalprocessen, savnedes ganske i den tidligere Literatur, og der var ikke engang gjort Forsøg paa at udbrede Lys over denne vigtige Gjenstand. Kun gjordes et Par tarvelige Bemærkninger om, at juridisk Vished ikke var det samme som mathematisk Vished, men alene en høi Grad af Sandsynlighed, jfr. Nørregaard § 1772. En nærmere Indgaaen paa de videre Følger heraf, fandt ikke Sted; der anstilledes ikke engang nogen Undersøgelse om Indiciebevisets Tilstedelighed, hvoraf nærmest maa sluttes, at det ikke ansaaes tilstrækkeligt til at afgive fuldt Bevis. Og at den rette Forstaaelse af, hvad der overhovedet kan være Gjenstand for juridisk Bevis, manglede, fremgaaer deraf, at Nørregaard forskjelsløst nævner som Gjenstand for juridisk Bevis baade Factum og Loven, jfr. § 1769.

Som et processuelt Æmne, der strax ved Ø.'s Indtrædelse i den practiske Dommervirksomhed fik en høi Grad af Interesse for ham, maa anføres Læren om Bevisbyrden. ¹⁾ „Denne Gienstand havde“ – siger han l. c. — „hidtil kun faaet den løseste Behandling, der ei gav andet end nogle halv sande eller dog ikke nøie nok bestemte eller tilstrækkelig begrundede Almensætninger, som det for endel ei engang var logisk muligt at anvende i det virkelige Liv“. Paa den

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Historie I B. S. 193.

anden Side maatte Æmnets umaadelige practiske Vigtighed daglig gjøre sig gjældende ved enhver Domstol, da Sagernes Udfald idelig maatte komme til at beroe paa, hvo der skulde føre Beviset for et omtvistet Factum. Ogsaa her møde vi et Exempel paa, hvorledes Ø. corrigerede Theorien ved Hjælp af Praxis. „Jeg fandt“ — siger han l. c. —, „at Retten næsten altid kom til det rigtige Resultat, men almindelige Grundsætninger bleve ikke udtalte ved de enkelte Afgjørelser“ o. s. v. Da det nu var vigtigt baade for Theorien og for Praxis at bringe de ledende Grundsætninger til klar Bevidshed, søgte Ø. at bidrage hertil ved en Afhandling (fra Aaret 1805) i Jur. Arch. 4 B. S. 94—122, i hvilken han „viste det utilfredsstillende i de af vore theoretiske Jurister hidtil fremsatte Regler, og udbredte sig over nogle fortrinlige Afhandlinger angaaende dette Spørgsmaal, som den tydske Literatur da havde leveret, og hvori han havde funden megen Veiledning, uden at han dog skjønnede, at Sagen i nogen af disse var bragt fuldkomment i det Rene“. Løvrigt udtalte han „de almindelige Grundsætninger, hvortil han fandt, at alt kunde henføres, og ledsagede dem med Henvisninger til adskillige i hin Tid afsagte Domme, der viste, at Retten erkjendte og overholdt hine Grundsætninger, uden at have udtalt dem i deres Almindelighed“. Senere gav Ø. i Eunomia 3 B. Side 562—604, hvor han afhandler den saakaldte qualificerede Tilstaaelse, en ny Udvikling af dette Æmne, der — som han siger l. c. — er i fuld Samklang med den ældre Afhandling, men hvori dog adskilligt er skarpere fremstillet og derhos en Mængde flere Retstilfælde vedføjede, der udbrede mere Lys over Theorien.

Disse Afhandlingers Betydning for Bevisbyrdelærens Udvikling har været meget stor. Deres Indhold er omtrent uforandret gaaet over i Bang og Larsens

Procesmaade og Lassons norske Proces og har saaledes gennem et halvt Aarhundrede været den uden Modsigelse herskende Theori, der ogsaa mægtigen har paavirket Praxis. Selv om det maa erkjendes, at Ø.'s eget Forsøg paa at opstille et almindeligt Princip for Bevisbyrdens Fordeling ikke er tilfredsstillende — fordi dette overhovedet er en uløselig Opgave ¹⁾ —, maa det dog tilstaaes, baade at hans Afhandlinger have virket i høj Grad til at klare Begreberne i denne Materie gennem den kritiske Behandling af de tidligere her og andensteds opstillede Theorier, og at de Regler, han selv giver, om de end ikke udgjøre en overalt gjældende Normering for Bevisbyrdens Fordeling, dog i al Fald afgive en Række gode og træffende Exempler, efter hvis Forbillede Besvarelsen med Lethed findes i mange af de hyppigst forekommende Tilfælde.

I den ældre Afhandling, som er optaget i Jur. Arch. 4 B., saavel som i Eunomia kritiserer han de dengang bekjendte Forsøg paa at opstille et Princip for Bevisbyrdens Fordeling. Efter først at have bemærket, at Sætningen „actori incumbit probatio“ intetsteds følges eller kan følges som Princip for Bevisbyrdens Fordeling, da det vilde være en aldeles urimelig Fordring, at Sagsøgeren skulde afbevise enhver Indsigelse, som Modparten maatte fremkomme med, bemærker han, at af alle opstillede Principer for Bevisbyrdefordelingen intet har været saa bekjendt og udbredt som Maximen

¹⁾ Schweigaard (Norsk Proces 1 B. S. 299) har Fortjenesten af først i vor Literatur at have fremhævet, at Bevisbyrdefordelingen ikke kan udtømmende ordnes efter et enkelt Princip og, hvad logisk kan deduceres af det, men at der maa sees hen til, hvad Retsplejens Tarv kræver, og at der maa søges efter de Løsninger af Spørgsmaalet, der, ophøjede til almindelige Regler, mindst udsætte den, paa hvis Side Retten er, for at lide Tab.

„affirmanti incumbit probatio“, o: den, der opstiller en affirmativ Paastand, maa bevise den, hvorimod den, der kun fremfører en negativ Paastand, ikke kan have Bevisbyrden. Efter hin Tids Betragtningssmaaede begrundedes denne Regel ikke ved en Henvisning til, at den virkelige Retfærdighed var bedst tjent med den, eller at Parternes Mellemværende ordnedes billigst og retfærdigst paa denne Maade, men — ved Siden af nogle Citater af Romerrettens Kilder — søgtes og gaves der en logisk Begrundelse, gennem hvilken man vilde naae til, at Beviisbyrden ikke uden Selvmødsigelse kunde fordeles anderledes. Dertil kom man ved den bekjendte Paastand om, at et non-factum ikke kan bevises, idetmindste ikke directe, hvoraf man da sluttede, at det med Nødvendighed maatte antages, at Beviset skulde føres af den, der affirmerede, da det som Regel vilde være en logisk Ufing at fordre Bevis af den, der negerede. Uholdbarheden af denne Theori, der hos os opstilles af Ø.'s nærmeste Forgjænger i Æmnets Behandling Nørregaard §§ 1769 og 1770, men som dengang allerede var almindelig forkastet i Tyskland, paa-vises nærmere, idet der dels gjøres opmærksom paa, at et non-factum, forudsat at Spørgsmaalet derom begrændses til en bestemt Tid og et bestemt Sted, lader sig bevise ligesaavel som et factum, og lader sig bevise ikke blot indirecte, f. Ex. naar det godtgjøres, at en Person ikke har været paa et Sted, derved at det oplyses, at han til samme Tid har været et andet Sted, men ogsaa directe, idet Vidner, naar Spørgsmaalet er om en bestemt Begivenhed, ligesaa godt kunne forklare, hvad der ikke foregik, som, hvad der foregik, dels paa-vises, hvorledes det angivne Princip i Virkeligheden intet oplyser, fordi en og samme Sætning efter Behag kan gives en bekræftende eller benægtende Form, uden at en saadan Vilkaarlighed

Fremsættelsesmaaden fornuftigvis kan eller bør have nogen Indflydelse paa, hvad der er Ret med Hensyn til Bevisbyrden¹⁾.

Ø. betragter dernæst en dengang bekjendt tydsk Forfatter Schneider's Forsøg paa at opretholde den nævnte Grundsætning ved at fortolke den paa en anden Maade end den sædvanlige²⁾, nemlig ved at gjøre

¹⁾ Nogle tydske Forf. gave denne Lære en anden Form, idet de vel ikke vilde paastaae, at non facta ikke kunde bevises, men derimod gjorde gjældende, at der aldrig vilde være Grund til at paalægge Nogen Bevis for et non-factum, da et saadant ikke kunde være relevant, idet der paa det rent Negative, den rene Fraværelse af alt Positivt, aldrig kunde bygges retlige Følger, da det i Rettensom i Naturens Verden maa gjælde, at af Intet kommer Intet. Om denne Theori udtaler Ø. sig ikke. Maaske har han ikke kjendt den, maaske har han anset dens Uholdbarhed for saa klar, at den ikke behøver at omtales. Her nævnes den kun, fordi den er et ret karakteristisk Bevis paa, hvilke Urimeligheder den abstract logiske Behandling af det virkelige Retslivs Problemer kan lede til.

²⁾ I hans Skrift „Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise“ Giessen und Darmstadt 1803. Schn.'s Bevisbyrde-theori gaaer i Almindelighed under Navnet: Præsumptions-theorien. Hans Grundtanke er den, at der altid, naar factiske Foregiver staa imod hinanden, er noget, som Formodningen bør siges at være for, og hans Regel bliver altsaa, at Bevisbyrden paahviler den, hvis Foregiver ikke har Formodningen for sig. Dette sætter han da i Forbindelse med Affirmationstheorien paa den Maade, at han kalder en Naturbegivenhed eller en menneskelig Handling „bejaende“, naar derved den oprindelige Tingenes Tilstand forandres, derimod „benægtende“, naar den oprindelige Tingenes Tilstand bliver uforandret. Ved den nærmere Bestemmelse af, hvad der er at ansee som den oprindelige Tingenes Tilstand, seer han imidlertid ikke udelukkende paa Tidsprioriteten, men i rigtig Følelse af, at et ubrug-

gjældende, at der ikke skal sees paa den logiske Form, hvori Sætningen fremsættes, men at det, naar man vil bestemme Bevisbyrden, kommer an paa, hvad der virkelig og i Naturen er et Factum. Vedblivelsen af den Tingenes Ordning, der engang bevislig har fundet Sted, er herefter intet reelt Factum; kun en Forandring i hin oprindelige Tilstand fortjener i Virkeligheden dette Navn. Denne Theori leder altsaa bl. a. til, at den, der paastaaer en Forandring i den beviste eller in confesso værende Tingenes Tilstand, maa føre Beviset herfor. Men Ø. gjør herved opmærksom paa, at det vel er en rigtig Sætning i Bevisbyrdelæren, at naar en vis retlig Tingenes Tilstand er bevist (eller in confesso), maa det være dens Sag, der paastaaer en Forandring heri, at føre Bevis derfor, men at kun en ringe Deel af de Tilfælde, hvor Vanskelighed med Hensyn til Bevisbyrden opstaaer, lader sig afgjøre ved den Regel. Det er nemlig ikke altid, at Forholdet mellem begge Parternes Foregivende er det, at den ene paastaaer Vedvarenheden af, den anden en foregaaet Forandring i en Tingenes Orden, om hvilken det er givet, at den engang har fundet Sted. Undertiden gaa begge Parternes Paastande ud paa en forskjellig Beskaffenhed ved den omspurgte Tingenes Orden, uden

bart Resultat vilde udkomme ved at gjøre dette til det ene afgjørende, opstiller han desuden en Række af Præsumptionsregler, der formentlig ere grundede i logisk Nødvendighed, og udtaler tillige, at disse af den positive Lovgivning bør suppleres ved legale Præsumptioner. Men disse Præsumptionsregler ere dels naturligvis ikke udtømmende nok til at omfatte alle Livsforhold, dels i den høieste Grad vilkaarlige. Hans Theori kan, skjøndt den dog i nyere Tider er gjenoptaget, neppe ansees for andet end et sindrigt Tankeexperiment, men er uden Betydning for Opgavens virkelige Løsning.

at nogen af dem indskrænker sig til at paastaae, at den Tingenes Orden, som engang har fundet Sted, vedbliver uforandret. Det gjælder navnlig i alle de Tilfælde, hvor Parterne vel ere enige om, at en vis Begivenhed, i Almindelighed taget, er passeret, men Striden dreier sig om, hvorledes de nærmere Bestemmelser eller Omstændigheder ved det Foregaaede ere (rem non sic, sed aliter esse gestam).

I Fremstillingen af sin egen Theori om Bevisbyrdefordelingen siger Ø., at han følger den Tids mest ansete tydske Processualister¹⁾, idet han lærer, at den hele Række af Omstændigheder, som tilsammen tagne udgjøre en tilstrækkelig Grund til en Rettigheds Erhvervelse, maa bevises af den, som vil indtale Rettigheden. Afstrider Indstævnte ham en eller anden Omstændighed, som hører til hin Række, skylder Sagsøgeren forsaavidt et Bevis, uagtet de andre til Rækken hørende Omstændigheder indrømmes. Erkjender derimod Sagsøgte alt, hvad der i og for sig hører til at danne en tilstrækkelig Retsgrund for Søgmaalet,

¹⁾ I Noten Eunomia 3 B. S. 372 nævner Ø. som dem, han har fulgt, Grollmann, Gønner, Pfeiffer, Weber, Martin og Borst, og han synes efter nogle Ytringer i Notens Slutning at gaae ud fra, at disse Forfattere egentlig kun i Maaden, hvorpaa de udtrykke deres Mening, men ikke i Sagen selv ere uenige. Dette er dog neppe helt og holdent Tilfældet. Grollmann maa siges i det Hele at slutte sig til Schneiders Præsumptionstheori. Derimod maa det vistnok rettest antages, at Ø. følger Weber og Martin, hvis Lære iøvrigt ogsaa var den, der vandt størst Tilslutning og Udbredelse i Tydskland paa hin Tid. Gønner var vel nærmest i Overensstemmelse med dem, men nogen dybere gaaende Behandling af Bevisbyrdelæren findes iøvrigt ikke hos ham. Han gjør kun i Forbigaaende nogle Bemærkninger derom.

er Sagsøgeren fritaget for at bevise noget heraf, og det er da Indstævntes Sag at bevisliggjøre de af ham opgivne særdeles Omstændigheder, som skulde berøve hin tilstaaede Søgmaalsgrund dens sædvanlige Retskraft (Eunomia l. c. S. 572).

Det er klart nok, at disse almindelige Sætninger ikke oplyse meget, men Hovedinteressen knytter sig til den Række af Exempler, hvormed Ø. illustrerer sin Opfattelse. Disse angaa alle, paa et Par nær, kun de retstiftende Overenskomster, men behandle vel de fleste Spørgsmaal om Bevisbyrden, som kunne forekomme ved dem. Derimod strækker hans Behandling sig ikke til de mange Bevisbyrdespørgsmaal, som kunne opstaae udenfor den Materie, dels ved de forskjellige Contractsforhold angaaende andre Puncter end Retshandlens Stiftelse, f. Ex. Ansvarret i Contractsforholdet, dels udenfor Obligationsretten i det Hele, saasom i arveretlige eller familieretlige Forhold.

Den Løsning, Ø. har givet, og som i de fleste Tilfælde paavises ogsaa at være fulgt af Domstolene, berigtiger mangan ældre Misforstaaelse, og det kan ikke betvivles, at den hele Exempelrække, der er gaaet over i Bang og Larsens Procesmaade og saaledes bleven meget bekjendt, har været den væsentligste Kilde til Belæring i dette Æmne for de danske og norske Jurister i et halvt Aarhundrede¹⁾. Det vanskeligste Spørgsmaal er aabenbart, hvorledes Bevisbyrdefordelingen skal bringes i Overensstemmelse med den op-

¹⁾ Til Forebyggelse af Misforstaaelse bemærkes, at Ø. naturligtvis paa mange Steder i sine Skrifter kommer til at udtale sig om Bevisbyrden i andre Forhold end ved Retshandlers Stiftelse, men hans Afgjørelser staa da uafhængige af den her udviklede Theori, der væsentlig kun har Hensyn til denne Kreds af Spørgsmaal.

stillede Hovedgrundsætning i de Tilfælde, hvor et med Retsforholdets Stiftelse concurrerende Factum hindrer Forpligtelsens Indtrædelse, navnlig en af de saakaldte vitia consensus. Ø. fremhæver (S. 599), at naar en Part beraaber sig paa et fra selve det Factum, som indeholder det tilstrækkelige Grundlag for Søgsmålet, „aldeles afsondret andet Factum“, som skal forstyrre den Virkning, hint første Factum ellers vilde have draget efter sig, maa den, der anfører sligt Factum, føre Beviset derfor, ligesaa vel, som om det var et i Tiden efterfølgende Factum. Herved sigter han til saadanne Tilfælde, som at Parten indrømmer at have afsluttet Contracten, men paastaaer, at han dengang var mindreaarig, eller at Injurianten tilstaaer at have brugt de fornærmelige Ytringer, men forsvarer sig med, at hans Paasagn er grundet i Sandhed. Men med Hensyn til de egentlige vitia consensus, der ikke kunne betegnes som aldeles afsondrede Facta i Forhold til Søgsmålsgrunden, udtaler han sig tvivlende. Han siger saaledes (S. 582) „Hvorledes der skal forholdes, naar den Paagældende nægter Frivilligheden af det Samtykke, som han vedgaaer udvortes at have tilkjendegivet, og saaledes paastaaer sig at være tvungen, kunde være tvivlsomt, saafremt ikke Lovens 5. 1. 4 derved gav fornøden Veiledning“. Og senere, hvor han nærmere afhandler 5. 1. 4 (S. 619), ytrer han, at Vedersigelsen efter 5. 1. 4 maa fordres ved enhver skriftlig Tilstaaelse, „men forsaavidt det Tilfælde skulde forekomme, at nogen ved Tvangsmidler erhvervede en mundtlig Tilstaaelse, er den i 5. 1. 4 foreskrevne Vedersigelse neppe fornøden eller passende, men det er nok, at den Paagældende, naar Modparten siden beraaber sig paa den mundtlig givne Tilstaaelse, erklærer, at han ingen saadan frivillig har meddelt, hvorimod samme ved Trudser eller Vold er ham af-

nødt. Oplyses nu intet om Maaden, hvorpaa Tilstaaelsen er afgivet, saa er det klart, at da den Paagjældende ikke har vedgaaet at have meddelt nogen forbindende Tilstaaelse, kan han ikke derefter fældes“. Hvad der her gjør Udslaget i Henseende til Bevisbyrden, synes altsaa efter Ø.s Mening at være, om der er udstedt Forskrivning, i hvilket Tilfælde denne maa betragtes som en selvstændig og tilstrækkelig Søgsmalsgrund, og det maa paahvile Udstederen at skaffe Beviset, naar han vil fremføre noget, hvorfor han ikke skal være bunden ved Forskrivningen, saaledes som den lyder (jfr. ogsaa herved Sammenligningen med *exceptio non numeratæ pecuniæ* paa det anførte Sted). Men hvor Haandskrift ikke foreligger, og saaledes Grundsætningen om, at dette binder Udstederen efter dets Indhold, ikke kommer til Anvendelse, synes Ø. i her omtalte Afhandling nærmest at mene, at Bevisbyrden med Hensyn til *vitia consensus* paahviler den, der vil støtte sig paa den formentlig indgaaede Overenskomst. Dette er ogsaa consequent ifølge det af ham opstillede Hovedprincip, at den, der gjør en Ret gjældende, skal oplyse alle de Omstændigheder, som ere fornødne til den Rets Stiftelse eller Opstaaen, og selv om man som en Undtagelse fra Reglen vil paalægge den, der gjør Umyndighedsindsigelse, at føre Beviset for denne, i Kraft af den Betragtning, at det er let for en Person at skaffe Oplysning om sin egen Alder, medens det efter Omstændighederne kan være meget vanskeligt for Modparten at tilveiebringe dette Bevis uden Partens Hjælp, gjælder denne Betragtning ikke her; thi det vil i Reglen ikke være lettere for den ene end for den anden af Parterne at føre Beviset for de Omstændigheder, af hvilke det skal sluttes, om Svig eller Tvang har været anvendt ved Overenskomstens Indgaaelse. Naar Bang og Larsen opstille en

modsat Lære, hvorefter Beviset i Reglen skal præsteres af den, der paaberaaber sig, at Tvang eller Svig er anvendt, eller at han ei var ved sin Fornufts fulde Brug ved Retshandlens Indgaaelse, kan dette være rigtigt nok i og for sig selv, men det kan ikke støttes paa en logisk Deduction af, hvad der ligger i det saakaldte principium rationis sufficientis, anvendt paa denne Materie; thi Retserhvervelsen er ikke begrundet alene ved Ord, der rent udvortes indeholde et Samtykke, men kun ved den virkelige og bindende Villieserklæring, og det er tvertimod en Afvigelse fra Principet om, at den, der paastaaer Rettigheden, skal oplyse ratio sufficiens, naar det antages, at den, der gjør sin Ret gjældende, kun skal bevise, hvad der „ordentligvis“ udkræves til at stifte Retten, ikke at tale om, at denne Adskillelse imellem, hvad der er ordentligt og hvad overordentligt, er ganske vilkaarlig; den af Bang og Larsen opstillede Lære kan ikke udbringes ved en logisk Analyse af, hvad der ligger i principium rationis sufficientis, men den maa forsvares derved, at Retslivets og Samhandelens Tarv er bedst tjent med en saadan Fordeling af Bevisbyrden. Derimod er det klart, at hvis der skal gaaes efter, hvad der kan deduceres af det nævnte logiske Princip, kan Resultatet ikke blive andet, end at den, der gjør Retten gjældende, skal bevise alt, hvad der fordres — baade ordentligvis og overordentligvis — til dens Stiftelse. I denne Henseende er Ø.s Udførelse af Læren i her nævnte Afhandling utvivlsomt den logisk rigtige, og, dersom dette var det ene afgjørende ved Bevisbyrdespørgsmaalets Afgjørelse, vilde han have Ret. Men Sagen er, at Bevisbyrdespørgsmaalet ikke kan ordnes efter dette Hensyn alene¹).

¹) Det skal dog ikke lades ubemærket, at Ø. i en kort efter

Ogsaa i en anden Retning gennemfører Ø. sit Princip med logisk Conseqvents, men bortseer vistnok fra det virkelige Retslivs Tarv, nemlig forsaavidt som han i intet Tilfælde vil indrømme den saakaldte qualificerede Tilstaaelse nogen Betydning i Henseende til Bevisbyrden, dens Fordeling eller dens Strænghed. Selv hvor der ikke haves eller kan skaffes andet Bevis for Søgsmalsgrunden end Modpartens Indrømmelse, nægter han, at der kan eftergives noget i Henseende til den Bevispligt, som efter de almindelige Regler maa paahvile den Exciperende, idet han dels betvivler, at der fra et processuelt Hensigtsmæssighedshensyn vindes noget herved, dels gjør gjældende, at en saadan Lære mere synes at være bygget paa Grunde, der kunde være tilraadende for Lovgiveren, end paa saadanne, hvorefter den Lovkyndige kunde bestemme sig uden særlig udtrykkelig Hjæmmel i Loven (jfr. l. c. S. 602—605). Det maa vistnok indrømmes, at Ø. forsaavidt har Ret, som hans Opfattelse er den correcte logiske Følgeslutning af de almindelige Regler om Bevisbyrden samt af Tilstaaelsens Natur som Proceserklæring i civile Sager¹⁾. Imidlertid har

skreven lille Afhandling i Jur. Tdskr. 1 B. S. 440, hvor han imødegaaer Gesterdings Lære om Bevisbyrden med Hensyn til suspensive Betingelser, kunde synes at indrømme, at Beviset for Tvang, Svig, Sindsvaghed maa føres af den, der vil fritages for den paastaaede Forpligtelse; men med Sikkerhed kan dette dog ikke sluttet af hans Ord paa det anførte Sted, hvor han ikke directe udtaler sig om denne Gjenstand, men kun fremhæver, at der er en væsentlig Forskjel mellem disse Tilfælde og hint, hvor Spørgsmaalet er, om en Retshandel blev indgaaet sub conditione eller pure.

¹⁾ Læren om, at Tilstaaelsen, som man pleier at udtrykke sig, ikke kan deles, men maa tages i sin Helhed, hæn-

dog Praxis, som bekjendt, siden Ø.s Tid tillagt den heromhandlede Omstændighed, at Indstævnte, samtidigt med at han vedgaaer de til hans Skade værende Facta, for hvilke ellers intet andet Bevis vilde have, paaberaaber sig en Omstændighed, der helt eller delvis tjener til hans Befrielse, en vis Betydning i Henseende til Beviset, og det tør vistnok antages, at en rigtig umiddelbar Følelse af, hvad der som Regel vil lede til det retfærdigste Resultat, heri har været ledende for Retsbrugen, jfr. min Procesmaade S. 352—53.

Det er umiskjendeligt, at Ø. i Bevisbyrdelæren ikke, saaledes som paa mange andre Puncter, har gjort Skridtet fuldt ud i Henseende til at løsrive sig fra hin Tids Tilbøielighed til at ville opstille øverste Grund sætninger og opløse alle Retslivets enkelte Tilfælde ved en blot Anvendelse efter logiske Regler af dette Princip. Han er vel kommen noget bort fra den herskende Doctrinarisme og har corrigeret den i mange Stykker ved at øse af sin practiske Erfarings rige Fond, men han har paa dette Punct ikke helt frigjort sig for den. Han har været behersket af den da og

ger til en vis Grad sammen med, at man ogsaa i Civilprocessen væsentlig opfatter Tilstaaelsen som et Bevismiddel og ikke som en Procesoerklæring, hvorved det afgøres, hvad der behøver, og hvad der ikke behøver at bevises. Er Tilstaaelsen kun et Bevismiddel og har den kun Virkning som saadan, er det klart, at Parten ikke kan betragtes som tilstaaende andet, være sig mere eller mindre, end han selv angiver, og man kan da ikke retfærdigvis benytte løsrevne Dele af hans Forklaring imod ham, men maa tage den i dens Helhed. Derimod stiller det sig anderledes, naar Tilstaaelsen betragtes som en Procesoerklæring, hvorved Parten selv afgjør, hvad der kan antages uden Bevis, og hvad der kræver et saadant. Jfr. Bemærkninger om Betydningen af kvalificeret Tilstaaelse i criminelle Sager *Nyt jur. Arch.* 21 B. S. 50 ff.

længe efter gjældende Retning i den tydske Literatur, og ladet sig forlede til at anse det for noget, hvorfra man maatte gaae ud som fra noget givet, at et almindeligt Princip for Bevisbyrdens Fordeling skulde og maatte der være. Thi, som bemærket, er det ikke blot i Formen, at han har funden sig foranlediget til at blive ved den gamle Fremstillingsmaade, men det kan neppe betvivles, at Hensynet til den opstillede Grundsætning har ledet ham noget bort fra de Resultater i det enkelte, som han ellers ifølge sit udmærkede Blik paa Retslivets Krav nærmest maatte føle sig hendraget til. Det vilde sikkert have ført ham til en simplere, mere omfattende, og fremfor alt for ham langt bedre liggende Behandlingsmaade af Æmnet, om han havde forkastet ethvert Forsøg paa at ordne Bevisbyrdefordelingen efter et logisk Princip, og i Stedet derfor opstillet som Udgangspunct, at Bevisbyrden i de forskjellige Klasser af Retsforhold maatte fordeles efter de for disse eiendommelige Grundsætninger og med stadigt Hensyn til, hvilken Regel Retspleiens Øiemed bedst tilfredsstilles ved.

Skjøndt Ø.s ovenomtalte Afhandlinger indeholde alle Momenterne til en rigtig Fremstilling af Læren om, hvad der kan være Gjenstand for juridisk Bevis, drager han dog ikke Conclusionen af sine egne Præmisser med Hensyn til Spørgsmaalet, om Retssætninger ere Gjenstand for Bevisførelse i egentlig Forstand. Men han har i Almindelighed godtgjort, at kun individuelle Facta og ikke Almensætninger lade sig bevise ved Hjælp af de processuelle Bevismidler, og en opmærksom Benyttelse af hans Skrifter kan ikke lade i Tvivl om, at han er paa det Klare med, at Retssætninger, forsaavidt som Dommeren ikke ex officio skal kjende og anvende dem, ikke lade sig i Henseende til Bevisførelsen parallelisere med Facta eller godtgjøre

paa samme Maade som Facta, men at Dommeren ved Benyttelsen af det Materiale af Oplysninger, som Parterne fremskaffe, maa udøve den combinerende Selvvirksomhed, som er nødvendig ved Almensætningers og Almenbegrebers Dannelselse og Anvendelse paa individuelle Facta.

Udtrykkeligt udtaler Ø. sig kun meget kort angaaende heromhandlede Gjenstand i nogle Bemærkninger om Beviset for fremmed Ret, der slutte hans Afhandling om fremmed Rets Anvendelse ved vore Domstole, jfr. Eunomia 4 B. S. 161. Han stiller her yderlig strænge Fordringer til Beviset for fremmed Ret, saa at der kun i ringe Grad bliver Tale om at gjøre Krav til Dommerens Selvvirksomhed ved Udfindelsen deraf. Men det maa beklages, at han ikke er kommet nærmere ind paa Sagen, navnlig paa det den egentlige Vanskelighed voldende Spørgsmaal, hvorledes der skal forholdes, naar det af ham fordrede, den høieste Grad af Sikkerhed givende Bevis, nemlig en Erklæring af den fremmede øverste Domstol, ikke kan skaffes, et Spørgsmaal, som det laa saameget nærmere at gjøre sig, som den, der ved en udenlandsk Domstol skal oplyse dansk Ret, ikke kan gjøre det paa den Maade, da vor Høiesteret, som bekjendt, ikke meddeler Private slige Erklæringer. Imidlertid fremgaaer det dog af det, han anfører, at han tænker sig Beviset for de udenlandske Retssætninger ført paa anden Maade og i andre Former end det almindelige juridiske Bevis. Men han har ikke ganske frigjort sig for Parallelismen med Bevisførelsen for Facta, naar han paa dette Omraade overfører de almindelige Bevisbyrderogler og lærer, at hvor en Part har bevist Existentsen af en udenlandsk Lov, bliver det Modpartens Sag, dersom han gjør gjældende, at der er ophævet eller forandret, at føre Beviset herfor. Denne Paastand, der iøvrigt

endnu i Aaret 1865 gjentages af A. W. Scheel¹⁾, er aabenbart uhjemlet, og kan ikke forklares uden som en uheldig Reminicens af den gamle Tankefejl, at udenlandsk Ret er Factum i Processen og behandles i Overensstemmelse hermed.

Førend Ø.s Tid var Læren om egen Tilstaaelse i en meget uudviklet Tilstand. Skjøndt den omtales forholdsmæssigt udførligt af Nørregaard i 5te Bind §§ 1750—57, manglede dog de vigtigste Adskillelser og dertil knyttede forskjellige Følgeslutninger. Det var saaledes ikke engang bragt paa det Rene, at egen Tilstaaelse virker paa forskjellig Maade i criminelle og i civile Sager, hvad der hang sammen med, at Forskjellen mellem den civile og den criminelle Processes Grund-sætninger ikke var bragt til fuld Klarhed i vor daværende Retsvidenskab²⁾. Det blev derfor — hvad der nu synes os næsten utroligt — anset for tvivlsomt, om Tiltaltes Indrømmelse under en Straffesag af en eller anden Omstændighed ikke maatte have fældende Virkning imod ham, selv om han ingen personlig Kundskab havde

¹⁾ Privatrettens alm. Deel 1 B. S. 480.

²⁾ Dette bliver mindre uforklarligt, naar det erindres, hvor mange Levninger af den gamle Sammenblanding af den civile og den criminelle Proces der endnu havde bevaret sig, saaledes — hvad der i dette Spørgsmaal har Betydning — at Benægtelsesed endnu ikke i Almindelighed ansaas for udelukket i Straffesager, og at Tiltalte altsaa kunde fældes til Straf, blot derved, at han vægrede sig ved at aflægge den.

om dens virkelige Sammenhæng. Først Ørsted — i Forbindelse med Lassen — har Fortjenesten af at have bragt Klarhed tilveie i dette Forhold og i det Hele at have udviklet Forskjellen mellem Grundsætningerne for den civile og den criminelle Proces i mange andre Puncter, saaledes i Henseende til Læren om Bevisbyrden, og først gennem disse to Mænds Virksomhed i Literaturen og som Dommere er det bleven bragt til almindelig Indsigt og Anerkjendelse, at Vedgaaelsen af et Factum i criminelle Sager kun kan komme i Betragtning, forsaavidt den fremkalder Forvisning om, hvad der i sig selv er sandt¹⁾.

Men ogsaa med Hensyn til egen Tilstaaelses Virkning i civile Sager herskede der Tvivl og Uklarhed i Datidens Procesvidenskab ikke blot hos os, men ogsaa andensteds. Betydelige Processualister, hvis Skrifter Ø. ofte benytter, f. Ex. Weber²⁾ og Schneider³⁾, vilde i civile Sager ikke see andet i Tilstaaelsen end et Bevismiddel, hvis Kraft hvilede paa, at ingen kan antages at ville lyve sig selv paa, en Opfattelse, der bl. a. viste sig virksom deri, at de antog, at den Tilstaaende i Reglen kunde hæve Tilstaaelsens ham skadelige Virkning i Processen ved bagefter at føre Bevis for dens Urigtighed. Andre ikke mindre ansete Procelærere, f. Ex. Gönner⁴⁾ og Grollmann⁵⁾, hævdede, at Tilstaaelsen i civile Sager maatte betragtes som et Samtykke til, at den paa-beraabte Omstændighed maatte ansees at forholde sig

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 291—92.

²⁾ Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeße S. 7.

³⁾ Vollst. Lehre vom rechtl. Beweise S. 52.

⁴⁾ Handbuch II. S. 368.

⁵⁾ Lehrbuch § 82 a.

som tilstaaet, og at dens Virkninger maatte bygges paa Partens Ret til at raade over Sagens Gjenstand. Overfor disse Anskuelser indtog Ø. det rette og nu almindelig anerkjendte Standpunct¹⁾, idet han væsentlig sluttede sig til Gönners Opfattelse, at Tilstaaelsen i civile Sager i Reglen maa have Betydning af en Proceserklæring, hvorved den Tilstaaende samtykker i, at det Tilstaaede ansees for givet i Processen uden videre Bevis, og at deraf bl. a. følger, at Tilstaaelsens Virkning i den foreliggende Retssag ikke kan forstyrres, blot fordi den bevises at være urigtig, ligesaa lidt som den taber sin Betydning, fordi den angaaer noget, hvorom den Tilstaaende har manglet personlig Kundskab, men at dens Virkning kun kan ophæves ved Paavisning af Omstændigheder, der efter almindelige Grundsætninger kunne ophæve Virkningen af et engang givet Samtykke. Paa den anden Side giver Ø. forsaavidt Weber Ret, som han med god Grund fremhæver, at om Tilstaaelsen i civile Sager end nærmest virker som et Samtykke, er dette dog ikke dens eneste Virkning, men ved Siden heraf har den i sig selv Beviskraft mod den Tilstaaende, og Ø. paaviser²⁾, at denne Tilstaaelsens Betydning som Bevismiddel kommer frem paa mange Puncter, naar den af en eller anden Grund ikke kan virke som Samtykke, dels forsaavidt noget støttes paa den i andre Rets-sager end den, hvori den gjælder som bindende Proceserklæring, dels forsaavidt den Tilstaaende ikke har den i civile Sager ellers sædvanlige Myndighed eller Raadighed med Hensyn til Processens Gjenstand. Efter at have fastslaaet det rigtige Udgangspunct ud-

1) Jvf. Eunomia 3 B. S. 467—470.

2) Heri er Gönner vistnok heller ikke uenig. Jfr. Handbuch II. S. 369.

fører Ø. i den ovennævnte Afhandling i Eunomia 3 B. (fra Aaret 1819) det forholdsvis lette Arbeide, at gennemføre sin Synsmaade i det Enkelte saavel med Hensyn til Indenrets- som med Hensyn til Udenretstilstaaelse, og det kan med Føie siges, at han tidligere end den tydske Retsvidenskab har bragt fuld Klarhed i denne Materie, saa at der for senere Forfattere over vor Procesret ikke har været andet at gjøre end at gjentage hans Fremstilling med uvæsentlige Ændringer og Tilføininger.

Ørsteds store Afhandling om Vidnebeviset efter de danske og norske Love, sammenholdt saavel med flere fremmede Love som med almindelige Grundsætninger, findes i Eunomia 4 B. S. 165–766. Skjøndt denne omfangsrige Afhandling, der af Ø. selv betegnes som en af de vigtigste, han har skrevet, først udkom i Aaret 1822, altsaa mange Aar, efter at han havde forladt Dommervirksomheden, grunder den sig dog efter hans eget Vidnesbyrd for en stor Del paa de Erfaringer, han i hin Stilling havde erhvervet¹⁾. Men ved Siden deraf har han benyttet et betydeligt videnskabeligt Apparat, nemlig dels den udenlandske, navnlig den tydske, Literatur (Globig, Gönner, Grollmann, Kleinschrod o. fl.), dels fremmede Lovgivninger (navnlig den preussiske, østerrigske, baierske og franske) til jævnlig Sammenligning med vor Lovgivning og fremdraget en Mængde legislative Spørgsmaal ved Siden af Fremstillingen af den gjældende Ret, der her ved har vunden meget i Fylde og Anskuelighed.

¹⁾ Af min Tids og mit Livs Hist. 1 B. S. 200.

Medens Vidnelæren førend Ø.s Tid var ligesaa tarveligt behandlet i vor Literatur som den øvrige Bevislære, er den ved nærværende Afhandling paa engang bragt op til at være et af de omhyggeligst og udførligst bearbejdede Partier af vor Procesret. Der gives neppe noget Spørgsmaal i hele denne Materie, som ikke er fremdraget og behandlet af Ø., og om man end — hvad ikke kan forundre — i Løsningen af enkelte af de mangfoldige Problemer ikke kan være aldeles enig med ham, er der dog neppe noget nyt Synspunct af Betydenhed, der kan fremdrages, udover hvad Afhandlingen frembyder, og i mange Retninger turde det vise sig, at de senere Bearbejdelser ikke ere Forbedringer i Forhold til hans Fremstilling.

Ligesom Ø. i hele sin Forfattervirksomhed stærkt hævder Nødvendigheden af at indrømme Dommerens Skjøn et stort Raaderum i Bevismaterien, og han egentlig er en principiel Modstander af lovbestemte Bevisregler, undtagen i al Fald forsaavidt, at der bør være en Adgang for Parterne til paa Forhaand at sikre sig et Bevis, saaledes kommer denne hans Grundopfattelse stærkt frem i nærværende Afhandling, og skulde man i faa Ord angive dens Tendents, kunde man med Føie sige, at den paa alle Puncter er rettet mod den stive Formalisme i Vidnematerien, som dengang gjorde sig gjældende hos os baade i Theori og Praxis, og at den stræber efter at gjøre en naturlig Opfattelse af den juridiske Visheds Krav gjældende. At de i Loven opstillede Regler om Vidnebeviset maa agtes, saa vidt som de strække sig, bestrider han naturligvis ikke, men hans Udgangspunct er egentlig, at slige Regler ere at opfatte som positive Indskrænkninger i det frie Skjøn, som ifølge Sagens Natur tilkommer Dommeren, og denne Opfattelse tillægger han ogsaa Lovgiveren. Han overseer — paa Grund

af Mangel paa retshistorisk Indsigt —, at dette ikke er Christian V. Lovs Standpunct, men at denne virkelig tilsigter at give udtømmende Bevisregler paa nogle Omraader af Vidnematerien, medens den ganske vist paa andre lader Dommeren fuld Frihed. Det kan derfor ikke nægtes, at Ø.s Afhandling i flere Puncter har givet Stødet til en friere Forstaaelse af Lovgivningens Bestemmelser om Vidner, end der retshistorisk lader sig forsvare, men lige saa vist er det, at om han end herved er kommen noget ud over Lovfortolkerens Grændser, har han gavnet vor Retsudvikling ved at lede Praxis ind i det Spor, som fra et højere legislativt Synspunct maa erkjendes for det rette, og som efterhaanden gennem den er bleven saaledes befæstet, at det nu kan regnes for gjældende Ret. Han er saaledes den første, der har videnskabeligt bestemt og begrundet Begrebet „tildels lovfaste Vidner“, og ved sin Autoritet skaffet det en fast og anerkjendt Plads baade i Theori og Praxis, længe førend det blev udtrykkelig anerkjendt i Lovgivningen, idet han gjorde gjældende, at det strider mod den juridiske Visheds Natur ikke at anerkjende Mellemlinjen mellem fuldkommen Troværdighed og fuldstændig Utroværdighed ¹⁾, og at der desaarsag maatte kræves bestemt Lovhjemmel for at udelukke Dommeren fra, i Overensstemmelse med Sagens Natur, at tillægge Vidner en mindre Troværdighed end fuldstændig lovfaste uden dog at regne dem for aldeles ulovfaste. Det er naturligvis ikke Ø.s Mening hermed at bestride, at Lovene kunne opstille og i flere Puncter ogsaa virkelig opstille en legal Maalestok for Vidnets Troværdighed og Utroværdighed, under hvilken Dommeren maa bøje sig. At gjøre Lovreglerne om Vidneabiliteten helt betydningssløse, ligger langt fra

¹⁾ l. c. S. 233 ff. samt mangfoldige Steder i det Følgende.

hans Tanke; men han er vistnok gaaet noget videre, end stræng Lovfortolkning tillader, i at tilstede det nævnte Mellembegrebs Benyttelse. Navnlig har han næppe tilstrækkeligt skjelnet mellem de Tilfælde, hvor Loven maa antages at ville drage en skarp Grændse mellem Troværdighed og Utroværdighed, og hvor det derfor er imod Loven og altsaa utilstedeligt at opstille Mellemgrader (f. Ex. 1. 13. 16), og — i Modsætning hertil — dels de Tilfælde, hvor saadan Hensigt ikke kan antages at være tilstede, idet Grændsen ifølge dens Natur maa bestemmes ved et Skjøn, f. Ex. 1. 13. 15, dels de Tilfælde, i hvilke Loven egentlig kun vil stemple visse Vidner som aldeles ulovfaste, uden at deraf kan sluttes, at den vil erklære alle dem, der ikke ere i de angivne Omstændigheder, for fuldstændig troværdige (f. Ex. 1. 13. 19), med Hensyn til hvilke tvende Klasser af Tilfælde der vel kan være Grund til at opstille Mellemgrader i Troværdighed. I Forbindelse hermed staaer, at Ø.¹⁾ i Modsætning til den da almindelige Mening forsvarer den Sætning, at fuldt Bevis kan tilvejebringes ved ikke aldeles lovfaste Vidners Forklaring, naar deres større Antal bøder paa Manglen hos det enkelte Vidne, eller naar deres Forklaring understøttes ved andre Beviser; men ved Siden heraf gjør han opmærksom paa, at der ikke kan gives bestemte Regler, hverken om, hvormange disse ei aldeles lovfaste Vidner maa være for at afgive fuldt Bevis — kun at de naturligvis maa være flere end to —, eller om hvilket Maal af andet Bevis der maa komme til for at understøtte dem²⁾.

¹⁾ l. c. S. 427 ff.

²⁾ Denne Anskuelse var i Tydskland lang Tid om at kæmpe sig frem. Selv efter Indiciebevisets Anerkjendelse blev det betvivlet, at Bevis kunde tilvejebringes ved et nok

Ved at bringe disse tvende Sætninger til Anerkjendelse, at tildels lovfaste Vidner maa kunne afgive Bevis, om end ikke i samme Grad, som de fuldkomment lovfaste, og at Bevis kan tilvejebringes ikke blot indirecte (ved Indicier), men ogsaa directe ved Bevismidler, som mangle noget i fuldstændigt at tilfredsstille Lovens Fordringer, saavel som ved directe og indirecte Beviser i Forening, har Ø. grundlagt den nyere Synsmaade i vor Bevislære, som efter hans Tid saa væsentlig har udviklet sig i Retningen af en friere Bevisbedømmelse, og som, efter allerede paa Grund af hans Autoritet at være trængt ind i Praxis, endelig ogsaa fik Lovgiverens udtrykkelige Anerkjendelse i Frd. 8 Sept. 1841 §§ 1 og 5¹⁾.

Det vilde føre for vidt at gennemgaae den her omtalte Afhandling og paapege alle de mange Puncter, hvori Ø. har grundlagt den nu almindelig anerkjendte Lære. Kun nogle enkelte Undersøgelser skulle fremdrages, i hvilke han særlig har brudt Banen, eller fremsat endommelige Meninger, der fortjene at erindres, selv om de ikke have opnaaet at blive de herskende.

Medens det førend Ø.s Tid var antaget i al Fald i Praxis, at der ikke gaves nogen Adgang for de i 1. 13. 16 omhandlede Personer — alene med Undtagelse af Ægtefæller, om hvilke en særlig Regel er givet i Pl. 16 Sept. 1778 — til at nægte deres Vidnesbyrd, naar de af en af Parterne stævnedes til at aflægge saadant, fremsatte og forsvarede han den modsatte Lære²⁾, der senere er bleven den gjældende, nemlig

saa stort Antal ikke-lovfaste Vidner, jfr. Jur. Tidskr. 8 B. 2 H. S. 52 ff.

¹⁾ Min ord. civile Procesmaade 3 Udg. S. 303 ff.

²⁾ Allerede tidligere i en lille særskilt Afhandling i Nyt jur. Arch. 5 B. S. 203 ff. (fra Aaret 1813).

at de nævnte Vidner kunne nægte at lade sig føre, „medmindre ingen anden Vidne kan haves, fornemlig i Drabs-, Volds- og deslige Sager“. Vel er hans Argumentation herfor noget forskjellig fra den nyere, idet han ikke alene hævder, at det efter Udstedelsen af Pl. 16 Sept. 1778, paa Grund af Ordene „det skal i alle Maader have sit Forblivende ved 1. 13. 16, N. L. 17, saaledes at o. s. v.“, maa antages, at der i denne Lovartikel ogsaa skal søges en Regel om Vidnepligten, men at dette allerede maatte gjælde om Artiklen, som den staaer i Christian V.s Lov, i hvilken Henseende han navnlig fastholder Berettigelsen af en antithetisk Slutning fra de Ord, hvormed Artiklen ender „thi da skulle de vidne, der afveed“.

I Fortolkningen af 1. 13. 17 har Ø. bortryddet en Mængde ældre Vildfarelser angaaende Spørgsmaalet om, hvilke Personer der rammes af Utroværdighed ifølge Artiklen, og navnlig er han optraadt imod den da herskende Tilbøjelighed til at udstrække Inhabiliteten aldeles urimeligt vidt, saasom til den Fornærmede som saadan, Angiveren o. fl. Om man end kan drage i Tvivl, at han har Ret, forsaavidt han admitterer Medskyldige som lovfaste Vidner, naar de kun aldeles ingen Interesse have i, om deres Forklaring tillægges Virkning eller ikke, og de heller ikke ere utroværdige efter 1. 13. 19, paa Grund af den begaaede Forbrydelses Natur, en Antagelse, som synes tvivlsom overfor Lovens Ord, maa det vistnok erkjendes, at han har bragt Spørgsmaalet om de ved en Forbrydelse Fornærmedes og om Angiveres Habilitet til en rigtig Løsning, idet han har paavist, at der ikke foreligger nogen legal Hjemmel til i Almindelighed at frakjende de nævnte Personer Troværdighed, naar de hverken formelt optræde som Parter i Sagen, og de heller ikke have nogen Interesse i Sa-

gens Udfald paa Grund af Krav paa Erstatning eller Andel i Bøder eller anden Belønning, og det turde være, at han i sin Behandling af disse Spørgsmaal i høiere Grad har truffen det Rette, end flere senere Forfattere, navnlig baade Bang og Larsen og Schweigaard. Hvad derimod angaaer Spørgsmaalet om Vidnepligten, afviger Ø. ikke lidt fra den senere antagne Mening herom¹⁾. Han fastholder nemlig, at 1. 13. 17 ifølgdens Ord og Sammenhæng maa opfattes som en Fortsættelse af 1. 13. 16, og at den i sidstnævnte Artikel tilføiede Indskrænkning derfor ogsaa maa gjælde om den Slags villige Vidner, der omhandles i 1. 13. 17. Da han nu endvidere, som oven bemærket, antager, at 1. 13. 16 allerede indeholder en Regel om Vidnepligten, bliver hans Resultat, at de i 1. 13. 17 omtalte Personer, hvorunder han henregner dem, der have Interesse i Sagens Udfald, ere pligtige at vidne, naar Sagen er af dem, i hvilke der ikke kunde være sørget for andet Bevis, hvortil bl. a. og især maa regnes de criminelle Sager. Dette Resultat antager han, ikke blot fordi de positive Lovbud formentlig nøde ham dertil, men han anseer det ogsaa for grundet i Sagens Natur, da han ikke vil anerkjende, at egen Interesse afgiver nogen tilstrækkelig Grund til at fritage en Person fra den almindelige Borgerpligt ifølge 1. 13. 7, hvor hans Afhørelse er nødvendig til Retfærdighedens Haandhævelse, og forsaavidt man har villet udlede en saadan Fritagelse af, at Benægtelsesed ikke som Regel kan paalægges alene efter Modpartens Begjæring, men først naar denne har tilvejebragt vis Formodning, afviser Ø. dette Argument med den Bemærkning, at det blot er for at afværge Chikaner og

¹⁾ Jfr. allerede tidligere Ytringer i Nyt jur. Arch. 5 B. S. 220 ff.

Mangfoldiggjørelse af Eder, at Lovgiveren ikke har villet paalægge enhver, der sigtes for noget, at frie sig med Ed, men at Loven ingenlunde har antaget, at en Part i og for sig havde Krav paa at skjule de Facta, hvoraf Forpligtelse for ham kunde flyde¹⁾. Denne rigoristiske Opfattelse af Vidnepligten har dog vistnok ingensinde været anerkjendt i Praxis²⁾. Men forsaavidt er hans Lære trængt igjennem, som han først har hævdet, at i al Fald en middelbar eller en blot problematisk Interesse ikke bør komme i Betragtning hverken til at svække Vidnets Troværdighed eller til at give det Krav paa Fritagelse for at forklare.

Ved Spørgsmaalet om, hvad der udfordres til et fuldgyldigt Vidnebevis, imødegaaer Ø. den da ikke ualmindelige Anskuelse, hvorefter der tillagdes to Vidner en vis mystisk eller dog ikke rationelt forklarlig Betydning som givende en absolut Vished i og for sig selv. Han paapeger i Modsætning hertil, at to Vidner ligesom ethvert andet Maal af juridisk Bevis ikke giver mere end en saadan Sandsynlighed, som i Livets Forhold kan antages for tilstrækkelig, men ingen absolut Vished og heller ikke en Vished, som er forskjellig fra

¹⁾ Jfr. l. c. S. 342.

²⁾ Det fortjener her at bemærkes, at Ø. har gjort Udkast til det i Cancelliskrivelse af 11 Marts 1820 indeholdte Svar til det slesvigholsteen-lauenburgske Cancelli og navnlig ogsaa til de Yttringer deri, som synes bestemt at forudsætte, at egen Interesse afgiver en Grund til at nægte sit Vidnesbyrd; heri synes at ligge en Art Anerkjendelse fra hans Side af, at hans baade i Nyt jur. Arch. 5 B. S. 220 (fra Aar 1813) og i Eunomia 4 B. l. c (fra 1822) antagne videnskabelige Mening om dette Punct ikke kunde gjøre Krav paa at behandles som en i Praxis anerkjendt (Canc.s Archiv).

den, der naaes ad andre Veie. I Overensstemmelse hermed fortolker han D. L. 1. 13. 1. Derfor fremhæver han paa den ene Side, at den Vished, der opnaaes ved to Vidner, kan svækkes og efter Omstændighederne mistes, naar Modbevis føres, selv om dette ikke er af lige Styrke, f. Ex. kun et Vidne, en Sætning, som dengang ikke var almindelig anerkjendt, jfr. Nørregaard § 1843, ligesom han ogsaa gjør gjældende, at det heller ikke kan være Meningen med 1. 13. 1, at et fuldt Vidnebevis kun kan tilveiebringes ved to aldeles lovfaste Vidner, men det maa kunne præsteres ogsaa ved et større Antal ikke aldeles lovfaste Vidner. Betydningen af 1. 13. 1. bliver herefter kun den, at to lovfaste Vidner „overensstemmende og udi en Ting“ afgive den almindelige Maalestok for et i og for sig tilstrækkeligt Vidnebevis, der maa gjælde, indtil Modbevis foreligger, saaledes at intet videre behøver at oplyses, naar et saadant Vidnebevis er tilstede¹⁾. I Forbindelse hermed giver han en indgaaende Fortolkning af Artiklen — hvad forhen aldeles savnedes —, forsaavidt den fordrer, at Vidnerne skulle være „overensstemmende“ og „udi en Ting“; navnlig godtgjør han, at det ikke af de nævnte Udtryk kan sluttes, at Vidnerne nødvendigvis skulle have gjort deres Erfaring samtidigt, men kun, at de skulle vidne om det samme, hvilket i en Mangfoldighed af Tilfælde vil kunne skee, uden at der behøves nogen Samtidighed i Iagttagelsen, saasom naar Gjenstanden for Forklaringerne er et mere vedvarende Forhold eller en udvortes Tilstand, hvori ingen Forandring kan antages at være sket i Mellemtiden mellem Vidnernes Iagttagelse. Anvendelse heraf gjør

¹⁾ Om Hensigtsmæssigheden af en saadan Lovregel, som den, der indeholdes i 1. 13. 1, taler Ø. i Jur. Tidskr. 9 B. 1 H. S. 106 ff.

han da paa et overmaade practisk vigtigt Tilfælde, idet han i Modsætning til den dengang almindelige Mening godtgjør, at det ikke er nødvendigt for at bevise et Documents Ægthed ved Vitterlighedsvidner, at disse samtidigt have overværet Underskrivelsen eller samtidigt have paahørt Udstederens Vedkjendelse af Documentet¹⁾.

Forinden der gaaes over til at fremstille, hvorledes Vidnebeviset optages under en Proces, meddeler Ø. en sammenlignende Oversigt over Maaden, hvorpaa Bevisførelsen knytter sig til Proceduren og indordnes i den i en Del fremmede, navnlig tydske, Proceslovgivninger, og han kommer her ind paa Bedømmelsen af et Bevisinterlocuts eller en Bevisdoms Hensigtsmæssighed og de forskjellige Maader, hvorpaa en saadan kan være indrettet. Det fortjener her at fremhæves, at Ø. allerede klart har seet de forskjellige Fordele og Misligheder, som de fremmede Loves Ordninger af dette Forhold medføre, og de Argumenter, han anfører for og imod, ere de samme, som i vore Dage have været fremdragne i de i Tydskland stedfundne Debatter om Gjenstanden i Anledning af de nyeste legislative Arbejder. Efter paa denne Maade at have gjort det klart, hvorledes Vidneførelsen indordnes under Proceduren efter vor Ret, og hvad der i den Henseende udgjør dens Eiendommelighed, gennemgaaes i stor Udførlighed alle de herhen hørende Spørgsmaal, tidligere Misforstaaelser berigtiges, og Lacuner udfyldes, saaledes at der kun har været meget lidet at tilføie for dem, der siden have behandlet Materien. Der gives saaledes udtømmende Behandlinger af Spørgsmaalet om Vidne-

¹⁾ Hermed kan sammenholdes de tidligere Udtalelser om dette Spørgsmaal i Eunomia 1 B. S. 211 jfr. 206, Om Tyveri S. 294.

sagens Værnething, Nødvendigheden af Modpartens og andres Tilstævning og Undtagelserne herfra, Vidnestævningens Indretning samt Følgerne af Vidnets Udeblivelse, Æmner, der alle vare mere eller mindre utilstrækkeligt undersøgte tidligere. Ligeledes har Ø. undergivet Spørgsmaalet om Fortolkningen af D. L. 1. 13. 21 og 22 en Revision, ved hvilken han vel kommer til det Resultat, som ogsaa hans nærmeste Forgjængere have antaget, nemlig at begge Artiklerne kun omhandle ærerørige og utilbørlige Ytringer om andre, men han støtter dette Resultat paa en ny Argumentation, idet han paaviser, at de forhen anførte Grunde for Fortolkningen, idetmindste tildels, vare urigtige eller utilstrækkelige. Dernæst behandler han udførligt Spørgsmaalet om Indsigelsers Fremsættelse under Vidneførselen saavel fra Parternes som Vidnernes Side og i Forbindelse hermed Spørgsmaalet om Paaanke af Vidnedommerens i saadan Anledning afsagte Kjendelser samt om Anvendeligheden af Frd. 17 Mai 1690 paa disse. Ligeledes gennemgaaes omhyggeligt alle de Spørgsmaal, som angaae Vidnernes Afhørelse, Edfæstelse, Vidnesagens Beskrivelse og Slutning m. v. Endelig undersøges, hvilke Virkninger Feil begaaede ved Thingsvidners Optagelse have, og hvorledes den formelle Fremgangsmaade er, naar nogen vil anke over disse. I alle disse Puncter har Ø. skabt en Doctrin, som i alt væsentligt er uimodsigelig og derfor optaget af de senere Forfattere, medens der før hans Tid saagodt som ikke forelaa nogensomhelst videnskabelig Behandling af disse practisk vigtige Spørgsmaal.

Læren om Bevismidlet Syn og Skjøn er fremstillet i en Afhandling i *Nyt jur. Arch.* 5 B. S. 144—202 (fra Aaret 1813). Skjøndt af stor practisk Betydning var denne Materie kun ufuldkomment behandlet i Literaturen førend Ø.'s Tid, og en Mængde af de Tvivlsspørgsmaal, hvortil den gav Anledning, henstode udrøftede og uløste. Først i den nævnte Afhandling har man faaet en sammenhængende systematisk Udvikling af Æmnet og derigjennem en Løsning af de sig frembydende Problemer, der har tjent til Udgangspunct og Grundlag for alle senere Behandlinger, om end Ø.s Afgjørelser ikke alle kunne ansees for hævede over Tvivl. Først afstikker han Grændsen for Bevismidlets Nødvendighed og udelukker herfra de Tilfælde, hvor den omspurgte Ting kan følge Sagens Acter gjennem alle Instantser og tillige kan bedømmes ved Hjælp af de Evner og Kundskaber, som Dommeren maa være i Besiddelse af, idet der i saa Fald ikke behøves nogen særskilt Syns- eller Skjønnsforretning til Oplysning for Retten, skjøndt Parterne vel, om de ville, kunne producere en saadan for yderligere at varetage deres Tarv. Men hvor den omspurgte Ting enten ikke kan følge Sagens Acter, f. Ex. en fast Eiendom, eller der fordres specielle Kundskaber for at foretage Synet eller Skjønet, af hvilke Dommeren ikke er i Besiddelse, bliver det nødvendigt at optage en særlig Syns- eller Skjønnsforretning. Ø. opstiller da en begrebsmæssig Adskillelse imellem Syn og Skjøn, som han — uagtet han erkjender, at den ikke iagttages i Lovene eller ved Domstolene — dog tillægger betydelige Retsvirkninger. „En blot Synsforretning bestaaer ikke af andet end en nøiagtig Beskrivelse over den synede Gjenstands sandelige Egenskaber; hvorimod en Skjønnsforretning tillige indeholder en saadan Undersøgelse, som ikke kan udføres ved den blotte sandelige Bemærkning, men

hvorved Dømmekraften og Forstanden maa sættes i Virksomhed“. Herefter henregnes til Skjønnsforretninger ogsaa de Undersøgelser, der kun gaa ud paa at afgjøre, hvad der ved Tingen er og forefindes, naar de kræve en dybere gaaende eller mere selvstændig Aandsvirksomhed end den blot sandselige Beskuelse, f. Ex. en Obductionsforretning, en Giftanalyse. Til denne fra Sprogbrugen vistnok noget afvigende Adskillelse, som ikke tidligere var gjort, knyttes vigtige Virkninger, idet de blotte Synsforretninger sættes i Klasse med Vidnebeviset, baade i den Henseende, at Synsmændene i det Hele behandles efter Analogien af Vidner, sc. særligt tilkaldte Vidner, og i den Henseende, at deres Forretning kan afkræftes ikke blot ved et Oversyn, hvortil naturligvis have Adgang, men ogsaa ved Vidnebevis. Forresten antages de egentlige Synsforretninger ikke at give Anledning til videre Bemærkninger. I den øvrige Del af Afhandlingen beskæftiger han sig nærmest med Skjønnsforretningerne som dem, paa hvilke de særegne, for dette Bevismiddel eienommelige, Regler ret egentlig finde Anvendelse. Det gjøres stærkt gjældende, at Skjønsmænd have mere tilfælleds med Dommere end med Vidner, da de ikke skulle indskrænke sig til en simpel Iagttagelse af Tingen og Beretning derom, men de skulle derimod „afgive en Betænkning over den omtvistede Gjenstand, der i Kraft af deres Autoritet er gjældende og bindende for Dommeren, som ikke er berettiget til at prøve og efter sine Begreber forkaste Skjønsmændenes Mening, thi slige Mænd udnævnes, just fordi Dommeren ikke besidder, eller ikke juridisk kan antages at besidde de til Gjenstandens Bedømmelse fornødne Sagskundskaber. De ere altsaa virkelige Dommere angaaende en vis Del af Factum“¹⁾. I Henhold til denne

¹⁾ At Ø. dog senere modificerede denne Mening og ikke ude-

Betragtning opstiller Ø. de samme Regler om Skjønsmænds Habilitet som om Dommeres, idet Analogien fra disse antages at ligge nærmere end Analogien fra Vidner. Efter en omhyggelig Fremstilling af Reglerne om Skjønsmændenes Udmeldelse, Modpartens Tilstævning, Forretningens Foretagelse og Afhjemling, giver han i Afhandlingen en Undersøgelse af det dengang kun ufuldstændigt behandlede, men i practisk Henseende vigtige Spørgsmaal, hvorledes der forholdes, naar nogen vil anke over en Skjønnsforretning, og navnlig adskiller han her, hvad ikke forhen var sket, skarpt og tydeligt de forskjellige Tilfælde, nemlig om der ankes over Dommerens Fremgangsmaade ved Mændenes Valg eller selve Udmeldelsen, eller der ankes over Maaden, hvorpaa de udmeldte Mænd have udført den dem paalagte Forretning, hvorved der atter maa gjøres Forskjel paa, „om det er denne Forretnings Form eller dens Materie, som paaankes. Saafremt det første er Tilfældet, f. Ex. dersom Mændene have afholdt Forretningen uden at kalde de Vedkommende, har Dommeren i Overensstemmelse med D. L. 1. 6. 2 at paalægge Skjønsmændene Feilens Berigtigelse. Angaaer derimod Anken Forretningens Materie, kan man atter skjelne, om den paaklagede Feil er af den Natur, at den kan paaskjønnes uden Hjælp af de Sagkundskaber, som gjorde Mændenes Udmeldelse nødvendig, eller ikke. I første Fald kan det under Hovedsagen ventileres, om Besværingen er grundet eller ikke, eller hvis det er en Forretning, der

lukkede Dommeren fra at bedømme Skjønsmændenes Resultat, undtagen hvor dette helt er bygget paa tekniske Grunde, kan sees ved at sammenholde Haandbog 6 B. S. 493 med det her Anførte og med Haandbog 1 B. S. 530. Se endvidere Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 222 ff.

først er optaget efter Hovedsagens endelige Paakjendelse, bliver Spørgsmaalet at ventilere paa samme Maade, som andre, der angaa Dommens Execution Hvor Anken over Forretningen er af den Natur, at den ej kan bedømmes uden Hjælp af Sagkundskaber, som i sig ere Dommerembedet fremmede, kan naturligvis Ankens Værd ikke prøves uden af andre Sagkyndige.“ Herved sigtes navnlig til Overskjon ved det dobbelte Antal Mænd, udmeldte paa samme Maade som de første Skjonsmænd, idet der afsees fra de faa Tilfælde, hvor det øverste Skjon er henlagt til en særegen Embedsautoritet, f. Ex. det kgl. Sundhedscollegium. Med Hensyn til Forholdet mellem Skjonsmændene og Overskjonsmændene undersøges det Spørgsmaal, om man, naar der blandt Overskjonsmændene er delte Meninger, saaledes at nogle af dem bifalde det første Skjon, medens andre og flere afvige derfra, da skal sammentælle Underskjonsmændene med Overskjonsmændene for at udfinde Majoriteten og bestemme det endelige Resultat, eller om det alene skal komme an paa, hvad Majoriteten af Overskjonsmændene antage. Skjøndt Analogien fra Domstolene og Instantsfølgen nærmest taler for det sidstnævnte Resultat, er Ø., skjøndt han herved kommer i Strid med Praxis, dog mest tilbøjelig til at antage det førstnævnte idet han gjør gjældende, at medens den Formodning for Rigtighed, som knyttes til den højere Rets Dom ikke blot eller endog ikke væsentlig er begrundet i det større Antal Dommere, men tillige i den forudsatte større Duelighed og Indsigt hos disse, gjælder dette ikke om Under- og Overskjonsmænd, da disse ikke kunne antages at staa over hine i Indsigt, men alene kunne have Overhaand paa Grund af deres større Tal.

Uagtet dette sidste neppe er rigtigt, idet Ø. ikke tilstrækkeligt lægger Vægt paa, at saavel Underskjonnet

som Overskjønnet hver især er et Fællesresultat af Mændenes Virksomhed, og forsaavidt en Enhed, der ikke kan opløses i de forskjellige enkelte Stemmer, hvoraf den er fremgaaet, maa det ligefuldt erkjendes, at han er den første, som har fremhævet de Synspuncter, som bør tages i Betragtning ved Spørgsmaalets Afgjørelse, og derved skabt de videnskabelige Forudsætninger for alle senere Behandlinger deraf.

Documentbeviset er ikke gjort til Gjenstand for nogen særskilt Behandling af Ø., men der findes paa forskjellige Steder i hans Skrifter saamange Bemærkninger derom, at en i det væsentlige fuldstændig Lære om dette Bevismiddel kan opbygges deraf, saaledes at det med Føje kan siges, at han ogsaa heri har grundlagt den gjældende Procestheori.

Hvad angaaer offentlige Documenter, blev der hos de ældre Forfattere ingen Forskjel gjort mellem Spørgsmaalet om Beviset for deres Ægthed og Spørgsmaalet om Beviset for Indholdets Rigtighed, men der udtales om dem kun en saadan almindelig Sætning som den at offentlige Documenter, forsaavidt de ere offentlige¹⁾ „bevise fuldkommen og ere oven over al Exception“, og som Bevis herfor citeres D. L. 1. 13. 28, jfr. Nørregaard § 1814. Om det end ikke var Meningen hermed

¹⁾ Herved sigtes kun til, at et privat Document naturligvis ikke gaaer over til i dets Helhed at blive offentligt, fordi det forsynes med en offentlig Autoritets Attestation i en eller anden enkelt Retning, f. Ex. en Tinglæsningspaategning, men at da kun denne er at betragte som et offentligt Document.

aldeles at nægte, at Modbevis kunde føres mod et offentligt Document, synes man dog at have tænkt sig dette som noget, der kun meget undtagelsesvis kunde finde Sted, og Klarhed over de nærmere Regler herom var der i al Fald ikke, jfr. Nørregaard § 1843. En grundigere Behandling af Æmnet blev først givet af Ø., navnlig i hans Afhandling om Vidnebeviset i Eunomia 4 B. S. 420 ff., 465 ff., hvor han bl. a. kommer udførligt ind paa Spørgsmaalet om Collision mellem Bevis ved Documenter og Bevis ved Vidner. Han sysselsætter sig her mindre med Spørgsmaalet om det offentlige Documents Ægthed, men forudsætter ¹⁾, at der herom gjælder den Regel, at det offentlige Document anses for ægte, dog at Modbevis kan føres; derimod dvæler han væsentligt ved det ulige vanskeligere, men ogsaa meget mere practiske Spørgsmaal, om det offentlige Document kan antages at afgive fuldt Bevis for det, som i samme bevidnes. I denne Henseende fremhæver han allerede overfor de ældre altfor vidtgaende Paastande, at det ikke kan siges ganske i Almindelighed, at en Embedsmands skriftlige Bevidnelse om, hvad han i Embedsmedfør og om Ting, hans Embede Vedkommende, har erfaret, afgiver fuldt Bevis herfor, men at dette egentlig kun gjælder om de i lovlig Form indrettede Protocoller eller de i bestemte Former under offentlig Autoritet udstedte Acter, hvorved navnlig tænkes paa Notarialattestationer, samt de officielle Afskrifter af slige Protocoller eller Acter, medens det ikke ellers kan opstilles som Regel, at en Embeds-

¹⁾ Om den Ægthedsformodning, som maa gjælde til Fordel for offentlige Documenter, handles der udtrykkeligt i Eunomia 3 B. S. 550 - 51, hvormed kan sammenholdes en formodentlig af Ørsted forfattet Dom fra 1809 i Arch. for Retsv. 5 B. S. 222.

mands eller anden offentlig Betjents enlige Vidnesbyrd om, hvad han under Udøvelsen af de ham betroede Forretninger og disse vedkommende har erfaret — enten slig Bevidnelse sker mundtligt eller i Form af skriftlig Attestation —, afgiver fuldt Bevis. Herved fremhæves, at det ikke er Meningen at nægte, at der gives flere Tilfælde, hvor en enlig Attest tages for fyldest, men kun Reglens Almindelighed modsiges¹⁾. Dernæst oplyses udførligt Urigtigheden af den Mening, at Modbevis ikke kan føres mod et offentligt Document, eller at en saadan Sætning skulde kunne støttes paa 1. 13. 28, og det paavises, at et offentligt Documents, selv en Retsprotocols, Beviskraft, kan svækkes ikke blot derved, at de under Forretningen ifølge Lovgivningen tilstedeværende Vidner eller medvirkende Personer forklare anderledes om det Stedfundne, men ogsaa derved, at directe eller indirecte Modbevis føres ved Vidner eller paa anden ellers lovlige Maade, idet dette maa blive Følgen af, at vor Lovgivning ikke indeholder særlige Regler om Forholdet²⁾, og i Forbindelse hermed kritiserer Ø. udførligt en i Tydskland opstillet kunstig Theori om offentlige Documenters Beviskraft og paaviser, hvorledes den i tvende modsatte Henseender kommer i Strid med Sagens Natur.

Angaaende private Documenters Beviskraft handles udførligt i Afhandlingen om Parters Ed i Eunomia 1 Bind S. 204 ff., 222 ff. o. fl. St., hvor den hele Lære er bragt saa vidt, at der ikke af senere Forfattere har kunnet tilføies noget af Betydenhed.

Før Ørsteds Tid herskede der Meningsforskjel angaaende Synspunctet, hvorfra 5. 1. 6 bør

¹⁾ Eunomia 4 B. S. 419—22.

²⁾ Eunomia 4 B. S. 465—82.

A. S. Ørsteds Betydning.

betragtes. Det var dengang en af flere Lovkyndige hyldet Opfattelse, at der ved den nævnte Artikel var tillagt et Privatdocument, hvorunder Nogens Navn staaer, en selvstændig Beviskraft, og at det var i Henhold hertil, at der i Lovbogen bruges det Udtryk, at det er Productus tilladt „at frie sig med sin Ed“, naar Documentet gjøres gjældende imod ham. I god Overensstemmelse med denne Opfattelse antog disse Lovkyndige, at naar Documentet produceredes i død Mands Bo eller ved andre Lejligheder, hvor Producti Ed ikke kunde faaes, maatte Producenten være berettiget til at aflægge Sigtelsesed og derved tilvejebringe det fornødne Bevis, ja der var endog dem, der fastholdt Conseqventsen saa vidt, at Documentet efter deres Mening maatte gjælde mod Dødsboet uden Sigtelsesed. Denne Lære, hvis i practisk Henseende yderst farlige Følger ligge nær, gjendriver Ø. saaledes, at den dermed var slaaet ihjel for bestandig, og de rigtige Synspuncter have siden den Tid været almindeligt antagne. Det paavises, at den nævnte urigtige Opfattelse vistnok for en Del har sin Oprindelse fra den i almindelig Brug værende, men i sig urigtige Benævnelse „exceptio manus“, hvorved den Tanke fremkaldes, at Fragaelsen af Underskriften er en Exception i dette Ords tekniske Betydning, for hvilken Bevisbyrden paahviler den, der fremsætter den. Ligeledes godtgjøres det, hvor urigtige de til Støtte for Sætningen anførte særlige Grunde ere. Det blev saaledes sagt, at da Loven ikke har paalagt den, der erhverver et Document, at forsyne sig med Vitterlighedsvidner eller Notarialattestation, maa den have tillagt samme i og for sig en bevisende Kraft, hvilken dog er bleven „indskrænket“ ved Reglen i 5. 1. 6. Dernæst blev det anført, at Documenters Beviskraft maatte følge af den bekjendte i al Ret antagne Maxime: quilibet præsumitur

bonus, donec probetur contrarium, da Antagelsen af Documentets Uæghed tillige indeholder en Forudsætning om, at Productus er skyldig eller dog medskyldig i Falsk; og i Forbindelse hermed fremsættes den Formening, at Straffen for Documentfalsk frembød al fornøden Garanti imod, at uægte Documenter benyttedes i Rettergang. At Ø. havde et let Arbeide med at gjendrive saadanne Argumenter, der ogsaa kun nævnes her som et betegnende Vidnesbyrd om Retsvidenskabens daværende Standpunct hos os, er indlysende. Det er derfor heller ikke hans Hovedfortjeneste, at han har gjort det af med disse aabenbart fejlagtige ældre Meninger; men hans vigtigste Fortjeneste ligger i, at han har angivet det rigtige Synspunct for Opfattelsen af 5. 1. 6 som et Lovbud, der hjemler Producenten af et Document den Fordel at kunne fordre Modparten paalagt Benægtelsesed, uagtet de almindelige Betingelser herfor efter 1. 14. 6 ikke ere tilstede, og at han dærigjennem har udfundet de rette Grundsætninger for Privatdocumenters Beviskraft, samt at han har gennemført disse i det enkelte og ud fra dem fyldestgjørende besvaret alle de specielle Spørgsmaal i denne Materie. Ligesom han forkaster den Mening, at Producenten af et Privatdocument, ved at skaffe et Vidne, kan udfylde Beviset for Documentets Ægthed, hvilken Antagelse hviler paa Forudsætningen om, at Documentet afgiver om ikke helt, saa dog halvt Bevis, saaledes anser han det for klart, at det ikke kan tilstedes Producenten af Documentet, hvor Productus er død, at tilvejebringe det fornødne Bevis ved sin egen Ed, og han betragter det endog som yderst tvivlsomt, om Praxis kan forenes med Lovene, forsaavidt det antages, at Producenten, naar enten et Vidne eller Haandskriftens Lighed (især om det er et holographisk Document) eller andre Om-

stændigheder bestyrke hans Paastand om Documentets Ægthed, kan admitteres til ved sin Sigtelsesed at føre det fornødne Bevis, saafremt han har personlig Kundskab om Documentets Ægthed. Ifølge den af ham udviklede rette Opfattelse af 5. 1. 6 kommer Ø. til — i Stedet for de tidligere fejlagtige og skjæve Meninger om Bevisbyrden, naar den saakaldte *exceptio falsi* fremsættes — at give en rigtig Løsning af dette Spørgsmaal og derfor at tilstede analogisk Anvendelse af Eden efter 5. 1. 6, forsaavidt en Forfalskning ifølge Documentets Beskaffenhed og Udseende kan antages at have været mulig. Dernæst gennemgaaes i den citerede Afhandling de Tilfælde, hvor et Document undtagelsesvis kan bevise noget til Fordel for den, som ifølge dets Indhold skal have erhvervet Rettigheder, og navnlig behandles herunder Læren om Kjøbmandsbøgers Beviskraft, saaledes som den maatte stille sig efter den dagjældende Lovgivning, og som den forresten i Hovedsagen stiller sig endnu, saavel som om den særegne Beviskraft, der maa tillægges en Faders Optegnelser om Bekostninger paa et af hans Børn, naar herfor skal ske Afkortning i dets Arv.

Om *editio instrumentorum* har Ø. kun lejlighedsvis yttret sig, men dog i faa Ord fremsat og begrundet den Lære herom, som senere har holdt sig, jfr. Jur. Arch. 4 B. S. 107 og N. jur. Arch. 18 B. S. 173 samt Domme i Arch. f. Retsv. 2 B. S. 34 og N. jur. Arch. 17 B. S. 65, og med Hensyn til criminelle Sager: Jur. Tidsskr. 13 B. 1 H. S. 169. Navnlig har han godtgjort, at der ikke hos os kan opstilles forskellige Regler om Sagvolderens og Sagsøgerens Pligter i saa Henseende.

Af Læren om Modbevis fremstiller Ø. alle Hovedpuncterne i Afhandlingen om Vidnebeviset i *Eunomia* 4 B. S. 440 ff., hvor Collision imellem Vidner indbyrdes saavel som mellem Vidner og de andre Beviser (Documenter, egen Tilstaaelse, Formodninger, Syn og Skjøn) omhandles. Den rette Bestemmelse af Begrebet Modbevis gives i *Forbigaaende*, l. c. S. 448, hvor der skjelnes mellem det indirecte Modbevis, hvorved forstaaes det Bevis, som sigter til at svække Troværdigheden af Hovedbeviset, ikke ved at bevise, at Factum forholder sig anderledes, men ved at kritisere de Bevismidler, som foreligge, og paavise deres Utilstrækkelighed, og det directe Modbevis, som gaaer ud paa at godtgjøre, at Sagen ikke forholder sig saaledes, som efter Hovedbeviset maa antages, hvilket atter falder i to Underarter det umiddelbare egentlige Modbevis, hvorved forstaaes umiddelbart Bevis for en anden Sammenhæng af Sagen, f. Ex. ved Modvidner, der give en afvigende Forklaring om det Foregaaede, og det middelbare egentlige Modbevis, hvorved forstaaes Bevis for Facta, af hvilke det kan sluttes, at Sagen ikke kan forholde sig, som efter Hovedbeviset synes at maatte antages, f. Ex. et Alibi. Ved Siden heraf gjøres opmærksom paa, at aldeles forskjelligt fra Modbevis er Beviset for en Exceptions Rigtighed, da her ikke er Noget i Vejen for, at baade det Factum, hvorm Hovedbeviset og det, hvorm Exceptionsbeviset drejer sig, begge kunne forholde sig som angivet, og derfor begge kunne antages at være sande.

I Forbindelse med disse almindelige Bemærkninger fremstilles udførligt Læren om Collision mellem Vidner, og det undersøges, hvad der egentlig ligger i D. L. 1. 13. 11, hvorefter fremgaaer som Resultat, at denne Artikel ikke giver nogen Veiledning for de vanske-

ligste Tilfælde, nemlig hvor de paa begge Sider staaende Vidner alle ere i og for sig ulastelige. De Grundsætninger for Collisionstilfældenes Behandling, som derpaa udførlig fremstilles, have siden opnaaet almindelig Anerkjendelse i den danske og norske Retslitteratur. Navnlig fjerner Ø. en gammel Grundvildfarelse, som var til Hinder for en rigtig Løsning af hele dette Spørgsmaal, nemlig den, at et i og for sig fuldstændigt Vidnebevis (af to lovfaste Vidner) ikke kan svækkes ved et Modbevis af ringere Styrke (f. Ex. et enkelt Vidne); ogsaa ved denne Leilighed optræder han imod den ældre Anskuelse, hvorefter der tillægges Bevis ved to lovfaste Vidner en absolut Gyldighed, idet han hævder, at det ikke giver en Vished af anden Art end ethvert andet tilstrækkeligt juridisk Bevis. Ligeledes udvikles fuldstændigt Læren om Collision mellem Documentbevis (især offentlige Documenter) og Vidnebevis. Men ogsaa de andre Collisioner, der kunne opstaae, mellem Vidnebevis og Indiciebevis og Vidnebevis og Syns- og Skjønnsforretninger behandles saaledes, at den følgende Tids Literatur ikke har fundet stort andet at gjøre end at optage Ø.s Fremstilling.

Læren om Parts Ed er udførligen behandlet i en Afhandling i Eunomia 1 Bind S. 146—336 (fra Aaret 1815).

Allerede i en af Prøveforelæsningerne ved Concurrencen i 1799 havde Ø. kortelig angivet en ny Opfattelse af flere vigtige Puncter i Læren om Parters Ed

der var forskjellig fra den da almindelige¹⁾. Senere fik han Leilighed til at yttre sig angaaende forskjellige andre Puncter i denne Materie. Saaledes behandlede han i Nyt jur. Arch. 1 B. S. 213 (fra Aaret 1810) det Spørgsmaal, om Ed af Parterne kan vedtages, og paa flere andre Steder, f. Ex. i Supplementet til Nørregaard, har han leilighedsvis udtalt sig om Fortolkningen af herhen hørende Lovbud. Men hans Hovedarbejde om denne Gjenstand, hvori de ældre Undersøgelser ere optagne og forøgede, er den ovennævnte Afhandling i Eunomia 1 Bind, der sikkert er noget af det fortrinligste, han har skrevet. Den er et Sidestykke til Afhandlingen i Eunomia 4 Bind om Vidnebeviset og behandler, ligesom den, Gjenstanden baade under stadigt Hensyn til vor egen Lovgivning og Praxis, og med idelige Sideblik til fremmede Lovgivninger og Skrifter samt Undersøgelser af mere philosophisk Natur. Men det tør paastaaes, at medens der, tildels paa Grund af Æmnets Natur, er flere ikke uvigtige Spørgsmaal i Vidnematerien, som ikke kunne siges at være bragte til en utvivlsom Løsning af ham, er der neppe et eneste Punct af nogen Betydning i Læren om Parts Ed, hvor hans Behandling ikke er udtømmende og afgjørende, saaledes at der intet har været at berigtige eller tilføje af hans Efterfølgere i Literaturen.

Efter en Indledning, hvori det almindelige Spørgsmaal drøftes, om det fra et legislativt Synspunct

¹⁾ Hovedindholdet af denne Forelæsning er gjengivet i en lille Afhandling i Jur. Maanedstid. for 1803 2 H. S. 372 ff., hvormed kan sammenholdes, hvad af Ø. er bemærket i Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 37—38. Endvidere kan her erindres Jur. Arch. 4 B. S. 98 og 7 B. S. 199.

er rigtigt at benytte et saadant Middel som Parts Ed til Oplysning i Rettergang, og efter at have fremstillet de forskjellige Maader, hvorpaa, og det forskjellige Omfang, hvori flere af de vigtigste fremmede Staters Love anvende Parts Ed som Oplysnings- eller Afgjørelsesmiddel — i hvilken Forbindelse det paavises, at vor Lovgivning benytter Parts Ed i betydeligt mindre Omfang end de fleste andre Lovgivninger —, undersøges det, hvori Partsedens Natur og Væsen maa sættes, og hvorledes de forskjellige Arter af den maa opfattes. Her udvikler Ø. nærmere den Tanke, som han allerede i Prøveforelæsnngen fra 1799 gjorde gjældende, og som dengang var ganske ny, nemlig at Sigtelsesed og Benægtelsesed ikke kunne betragtes under samme Synspuncter som Bevismidler¹⁾, men at der bestaaer en paa vigtige Følger rig Forskjel imellem dem deri, at Sigtelseseden vel er at betragte som et Bevismiddel, om end af en noget ejendommelig Art, men at Benægtelseseden derimod ikke kan betragtes som noget Bevismiddel, ihvorvel den indirecte kan virke til at fremskaffe Bevis, forsaavidt nemlig som den Proceserklæring, der ikke bestyrkes ved den paalagte Benægtelseseds Aflæggelse,

¹⁾ Det siges saaledes hos Nørregaard § 1828, at Øjemedet med Parts Ed, hvorved der ikke skjelnes mellem Sigtelsesed og Benægtelsesed, er at tilvejebringe Bevis for de Facta, om hvis Rigtighed eller Urigtighed der tvistes, naar saadant ikke paa anden Maade kan have, og der drages heraf den Slutning, at da Ed saaledes skal træde i andet Bevises Sted og frembringe de samme Følger, som dette, bør man tillige søge saa megen Vished om den Sværgendes gode Villie som muligt o. s. v., og i Henhold hertil opstilles i § 1829 den Regel, at den, der paa Grund af virkelig eller formodet Ufuldkommenhed i Villien ikke kan antages til Vidne i andres Sag, heller ikke kan gjøre Ed i sin egen.

taber sin Kraft som saadan, saa at Parten ansees som den, der ikke har benægtet, og altsaa som tilstaaende, medens Proceserklæringen, naar Eden aflægges, bliver staaende i sin oprindelige Kraft og med de sædvanlige Følger. Denne Opfattelse er virksom paa mange Puncter. Af den følger saaledes — hvad Ø. er den første, der har paavist, — at medens det ikke kan tilstedes den, der falder ind under 1. 13. 19, at aflægge Sigtelsesed, maa det derimod antages, at der kan paalægges en saadan Benægtelsesed, da en modsat Antagelse kun vilde gaae ud over den bevisførende Modpart, eftersom der mangler Hjemmel til at stede ham til Sigtelsesed, blot fordi den anden Part ved begaaede Forbrydelser har mistet sin Troværdighed som Vidne. At en aflagt Benægtelsesed kun har til Følge, at det fragaaede Factum ansees for ubevist, men ingeniunde som modbevist, medfører desuden mange andre Følger, f. Ex. at Eden kun har Virkning i den enkelte Sag, hvori den er aflagt, og for de i den deltagende Parter, at Procesomkostningerne ikke uden videre kunne paalægges Modparten, fordi Eden aflægges, men tvertimod maa ophæves i alle de Tilfælde, hvor Benægtelseseden er paalagt, fordi Formodning er tilvejebragt af Bevisføreren.

Ved at gennemgaae de Tilfælde, i hvilke Parts Ed efter vor Lovgivning kan benyttes, gjør Ø. en lærerig og temmelig udførlig Excurs, hvis Øjemed er at oplyse Læseren om Forskjellen i den Maade, hvorpaa Parts Eden anvendes i den dansk-norske og den svenske Ret i Modsætning til den romersk-canoniske samt den tyske og franske Ret. Navnlig kommer han her ind paa at forklare for danske og norske Læsere, hvori Edsdelation bestaaer, og hvorledes dette Institut i det enkelte er gennemført i de fremmede Love, ligesom han underkaster det en klar og upar-

tisk Bedømmelse fra et legislativt Synspunct, der vidner om, at han ingenlunde var nogen blind Tilhænger af vore egne Retsinstitutioner, idet han kommer til det Resultat, at Edsdelationen, forstandigen ordnet, er et særdeles nyttigt Institut, og at vor Edslovgivning kun delvis er i Stand til at afhjælpe den Trang, som ved det tilfredsstilles¹⁾. Ogsaa med Hensyn til den saakaldte nødvendige Ed, hvorved forstaaes den Ed, som af Dommeren paalægges, naar Bevisførelsen er ført til Ende, men uden at have givet et afgjørende Resultat, og som — i al Fald afset fra vedtagen Parts Ed — er den eneste Form af Parts Ed, der kjendes hos os, foretager han Sammenligningen med fremmede Love og paaviser, at vor Ret vel har den Fordel, at den, ved kun at paalægge Benægtelsesed, men ikke tilstede Sigtelsesed paa Grund af tilvejebragt Formodning, har sørget for, at den, mod hvem Beviset skal føres, ej lider nogen Uret, men paa den anden Side herved har gjort Bevisførerens Stilling vanskeligere og udsat ham mere for at tabe sin Ret, end flere fremmede Love, mod hvis Bestemmelser i saa Henseende forøvrigt forskjellige andre Betæneligheder frembyde sig.

¹⁾ Edsdelationen har nemlig den Fordel, at den, hvor den anvendes, betydelig afkorter Sagen, idet al Bevisførelse spares, og saaledes ogsaa Omkostningerne ved Processen meget indskrænkes, og dernæst afgiver den i mange Forhold, f. Ex. naar Talen er om Forhandlinger, der have fundet Sted uden Vidner, et Værn for den, der virkelig har Retten paa sin Side, men ikke kan føre Bevis, idet han dog har den Udvej at forsøge, om Modparten, sat under Ed, vil fremkomme med Sandheden, medens han efter vor Ret i Reglen vil redningsløst tabe Sagen, da Benægtelsesed uden tilvejebragt Formodning kun kan finde Sted i et begrændset Antal Tilfælde.

Ved Fortolkningen af 1. 14. 6 bemærker Ø., at det, paa Grund af den foretagne Forandring i Kilden, Christian 4des Forordning 31 Marts, 1635 § 5 og st. Rec. 2. 6. 20, maa antages, at Lovbogen omhandler to Rækker af Tilfælde, i hvilke Benægtelseseed kan anvendes, nemlig dels dem, i hvilke Sagens Natur det udkræver, dels dem, i hvilke vis Formodning er tilvejebragt af den, der skal føre Beviset. Da Ø. ved den første Klasse af Tilfælde, nemlig hvor Sagen det udkræver, i Parenthes tilføjer, „fordi samme ej let tillader at forsyne sig med andre Beviser“¹⁾, kunde det synes at være hans Mening, at Benægtelseseed kan paalægges, ikke blot, hvor vis Formodning er tilvejebragt, men ogsaa hvor slet ingen Formodning er fremskaffet, naar Sagen ifølge Dommerens Skjøn hører til dem, i hvilke der ikke kunde have været sørget for andet og bedre Bevis, og, udgaaende fra denne Forudsætning, modsiges han af nogle, medens hans Ord af andre, f. Ex. Bang og Larsen i Procesmaaden § 128 og § 129 Nr. 9, tages til Indtægt efter deres bogstavelige Indhold og anvendes til at skabe nye Tilfælde for Benægtelseseeds Anvendelse. Det kan imidlertid ved nøjere Betragtning ikke antages, at Ø. vil opstille en saa indgribende Sætning som den, at Benægtelseseed kan paalægges, uden at der er skaffet Formodning imod den Paagjældende, og uden at noget Lovbud hjemler det, blot fordi det under Sagen skjønnes, at den Bevisførende ikke kunde have sørget for at sikre sig Beviset. Thi naar man gjennemgaaer hans paafølgende Fremstilling, hvor det nærmere angives og enkeltvis opregnes, i hvilke Tilfælde Benægtelseseed kan anvendes, uden at vis Formodning er tilvejebragt — hvilken Fremstilling jo er den naturligste Commentar

¹⁾ l. c. S. 191.

til hans forudskikkede mere almindelige Udtalelser — vil man finde, at Ø. ikke mellem disse Tilfælde medtager noget eneste, hvor ikke en bestemt Lovhjemmel haves for Benægtelsesedens Paalæg, ligesom der ingen Antydning gives af, at Benægtelsesed kan finde Sted udenfor de opregnede Tilfælde. Naar Bang og Larsen henvise til et andet Sted, nemlig Haandbogen 2 B. S. 515 og 516, som Hjemmel for deres Forstaaelse af Ø.s Ord, maa derved bemærkes, at han her ingenlunde udtaler, at Ed kan paalægges, uden at nogen Formodning er tilvejebragt, men kun, at man i saadanne Sager som Tyendesager kan lade sig nøje med færre Data for Sigtelsen end ellers, altsaa kan lade Mindre være tilstrækkeligt til at skabe Formodning, og dette støtter han ikke alene paa Vanskeligheden af at skaffe Bevis, men ogsaa paa disse Sagers Ubetydelighed og den deraf følgende mindre Fristelse til Mened, jfr. de tilsvarende Betragtninger i Eunomia l. c. S. 192. Det maa derfor antages, at Ø., trods en maaske altfor almindelig Udtalelse paa et enkelt Sted, dog ikke mener, at andet eller mere ligger i 1. 14. 6 end, dels at Benægtelsesed kan anvendes, hvor Sagen det udkræver, d. v. s. hvor Lovgivningen (ikke Dommerens Skjøn i det enkelte Tilfælde) har funden dette og derfor foreskrevet det, dels hvor der dog, om end intet særligt Lovbud kan paavises, i det mindste er vis Formodning tilvejebragt af Bevisføreren, og dette er vistnok ogsaa i Hovedsagen den rigtige Opfattelse af Lovbudet¹⁾.

¹⁾ Medens Brorson ad 1. 14. 6 ikke synes at anse Benægtelsesed anvendelig, undtagen hvor Formodning er tilvejebragt, maa det antages at være Nørregaards Mening jfr. § 1831, at den kan finde Sted, ogsaa hvor Dommeren finder, at Sagen ikke anderledes kan afgjøres; maaske

Hvad angaaer Budet i 1. 14. 7, da siger Ø. herom, at „det er i Praxis gaaet af Glemme“. Men han paa-viser tillige, at der ikke kan anføres nogen fra Lov-givningens Indhold eller Sagens Natur hentet tilstræk-kelig retlig Grund herfor, og han gjendriver forskellige Betragtninger, hvorved man søgte at retfærdiggjøre den nævnte Praxis.

Skjøndt 1. 14. 7 ikke fulgtes i det Tilfælde, for hvilket den egentlig er nedskreven, opstil-lede dog mange af Datidens Retskyndige den Mening, at den maatte blive at anvende, naar den, hvem Be-nægtelseseden ellers skulde paalægges, ikke kunde aflægge den (f. Ex. fordi han ingen personlig Kund-skab havde om Sagen eller var død eller bleven af-sindig), idet man antog, at der i det Tilfælde maatte forholdes paa samme Maade, som naar den Paagjæl-dende ikke vilde sværge; men Urigtigheden af denne Lære, som i det virkelige Retsliv vilde have de far-ligste Følger, paavises saa klart af Ø., bl. a. ved Henvisning til 5. 14. 47, at den siden ikke er kom-men frem hverken i Theori eller Praxis¹⁾.

staaer det i en vis Forbindelse hermed, at Brorson anser 1. 14. 7 for ugjældende i Praxis, medens Nørregaard i sin Fremstilling forudsætter, at den anvendes; thi naar den Regel skal gjælde, at Eden kan paalægges uden Formod-ning, blot fordi intet andet Bevis kan fremskaffes, bødes der unægtelig noget paa denne Sætnings Nærgaaen-hed mod den, hvem Bevisbyrden ikke paahviler, derved, at han ikke har tabt Sagen, blot fordi han nægter at af-lægge Eden, men først, naar Modparten har aflagt den. Men forresten ere baade Nørregaards og Brorsons Ord saa vage og lidet indtrængende i Sagen, at det egentlig ikke med fuld Bestemthed kan siges, hvad de mene, men der kan kun opstilles Formodninger herom.

¹⁾ Derimod holder han for, at der kan fordres juramentum

Et dengang omtvistet Spørgsmaal, nemlig om en Afgjørelse ved Parts Ed kunde vedtages, besvarede Ø. allerede bekræftende i en lille Afhandling i Nyt jur. Arch. 1 Bind S. 213 ff., og dens Indhold er i det væsentlige gaaet over i Eunomia¹⁾.

Den speciellere Fremstilling ordner Ø. under tre Afdelinger, nemlig 1) Lovsteder, som paabyde Benægtelsesed, hvorfor 1. 14. 6 enten aldeles ingen eller dog ingen utvivlsom Hjemmel afgiver, 2) Lovsteder, der gjøre Undtagelse fra Budet i 1. 14. 7, og 3) Lovbud, som tilstede Sagsøgeren eller Excipienten at bekræfte sit Foregivende med Ed, uden at det først til-lades Modparten edelig at befrie sig.

Under den første Afdeling, som uden Sammenlig-ning er den vigtigste og største, behandler han med overordentlig Udførlighed: D. L. 5. 1. 6 og de til denne sig knyttende Spørgsmaal, 5. 14. 46, N. L. 13. 44, saa-vel første som andet Membrum, 5. 14. 48, 49, 50, N. L. 13. 46, 47 og 48 samt Rescr. 31 Januar 1738 an-gaaende Kjøbmandsbøgers Beviskraft m. v., 6. 13. 5, 6. 6. 15 og 6. 9. 15, de mange Lovbud, der fordre Ed af den, hvem en ulovlig Handling er overbevist, men som nægter at have havt den Kundskab eller Hensigt, hvorpaa Tilregneligheden eller dog Graden i samme beroer, f. Ex. 1. 24. 16, N. L. 5. 3. 25, 6. 8. 3, 6. 10. 3, 6. 11. 3, 6. 11. 6, 6. 11. 8, 6. 14. 12 og 15, 6. 15. 7, 11, 12, 17, N. L. 6. 15. 8, 12, 13, 18, 6. 17. 5 og 14

ignorantiae af den, hvem Benægtelseseden ellers skulde være paalagt, naar han mangler personlig Kundskab om Sagen, da der ingen Grund er til at nægte Bevisførelsen den Støtte i Eden, som han kan have efter Forholdets Natur (l. c. S 197).

¹⁾ Den modsatte Mening var den almindelige, jfr. Nørregaard § 1830.

og 6. 18. 7¹⁾, dernæst Frd. 14 Mai 1754 § 7 og dertil hørende Spørgsmaal angaaende dens Fortolkning og analogiske Anvendelse (*exc. non numeratæ pecuniæ*), endelig Frd. 29 Mai 1750 § 3, med Hensyn til hvilken bemærkes, at Ø. henregner den der omtalte Ed til Benægtelsesed. Alle de Spørgsmaal, hvortil de nævnte Lovbud give Anledning, forsaavidt angaaer Parts Ed, undersøges og besvares ikke blot udførligt og udtømmende, men med en saadan Klarhed og Skarpsindighed, at de maa siges at være bragte i alt væsentligt til endelig Afslutning. Det har i den lange Periode, som er hengaaet siden heromtalte Afhandling blev skreven, vist sig, at der for Ø.s Efterfølgere ikke har været synderligt andet at gjøre end, tildels i afkortet Form, at sammenstille paa en anden Maade eller i en anden Orden, hvad der allerede af ham er givet.

I den anden Afdeling, som er meget kort, nævner Ø. en Mangfoldighed af Lovbud, i hvilke Sigtelsesed ikke, saaledes som man efter 1. 14. 7 skulde vente, fordres, naar Modparten har undslaaet sig ved at aflægge Benægtelseseden; men med Hensyn til en Del af disse oplyser han, at den nævnte Omstændighed kan forklares derved, at Sagsøgeren ingen personlig Kundskab har om det, hvorpaa det kommer an, da det er et subjectivt Moment hos Gjerningsmanden, medens det paa den anden Side maa erkjendes, at der blandt de nævnte Lovsteder ogsaa er en Del, i hvilke ingen særdeles Grund kan angives til, at den subsidiære Sigtelsesed er opgivet. Paa den anden Side erindrer han om, at der er adskillige Lovbud og der-

¹⁾ I Forbindelse med disse omtaler Ø. flere Tilfælde af Benægtelsesed, som han dog selv erkjender for snarere at være Arter af *juramentum calumniæ*, f. Ex. N. L. 5. 3. 7, D. L. 1. 13. 27, N. L. 28, Frd. 4 Marts 1690.

iblandt forholdsvis nyere Anordninger, som opretholde Budet i 1. 14. 7 og udtrykkeligt fordre den der omtalte subsidiære Sigtelsesed (l. c. S. 246—247).

I den tredie Afdeling gennemgaaes de Tilfælde, i hvilke der efter den dagjældende Lovgivning blev tilstedet Sigtelsesed, og navnlig omtales D. L. 5. 2. 88 og hvad der, med særlig Støtte i Pl. 28 Marts 1800 § 2, analogisk kan udledes af den, i hvilken Henseende det fortjener at bemærkes, at Ø. anser dens Regel for anvendelig ogsaa ved Skadetilføjelser, der alene kunne tilregnes Vedkommende som uagtsomme. I denne Forbindelse omtales de Exempler, vi have, paa Brugen af juramentum minorationis. Men iøvrigt er dette Afsnit kort og omfatter kun faa Tilfælde, da Ø. ikke vil anerkjende, at Sigtelsesed, selv om Bevisføreren har tilvejebragt nogen Formodning for sig, kan anvendes, fordi Modparten ikke er i Stand til at aflægge Benægtelsesed, eller fordi han er befunden i uoprigtig eller løgnagtig Procedure, men holder for, at forsaavidt Praxis undertiden har været tilbøjelig til at antage dette, er det ikke grundet i Loven.

Efter den speciellere Angivelse af de Tilfælde, i hvilke Parts Ed finder Anvendelse, meddeles der en Række almindelige Bemærkninger af megen Interesse.

Først undersøger Ø., om Parts Ed kan anvendes i criminelle Sager. Dengang (Aar 1815) kunde dette, i al Fald tildels, endnu ansees for et aabent Spørgsmaal, idet Theoretikerne anførte Grunde for og imod, og Praxis endnu ikke havde med tilstrækkelig Fasthed afgjort Sagen. Ø. gjendriver de af Datidens Theoretikere anførte Grunde for, at Benægtelsesed var udelukket i criminelle Sager, idet han nærmere paaviser, at 1. 14. 6 ifølge dens Indhold var anvendelig ogsaa i Straffesager, og at de senere foregaaede Forandringer i Henseende til Maaden, hvorpaa Straffesager for-

følges, ikke indeholde nogen afgjørende Grund til at anse Reglen for ophævet; endmindre haves der nogen Hjemmel til at anse Benægtelseseden for bortfaldet i de mangfoldige enkelte Lovbud, hvor den var specielt paabudt netop i criminelle Tilfælde. Heller ikke vil Ø. erkjende det for hævet over enhver Tvivl, at Benægtelseseds Anvendelse i Straffesager i alle Tilfælde er stridende mod rigtige Lovgivningsgrundsætninger, og han gjør i saa Henseende gjældende, at om end Benægtelseseden ikke vilde være noget virksomt Middel til at faae Sandheden frem i de større criminelle Sager, hvor der handles om de alvorligste Straffe¹⁾, er det ingenlunde ligesaa afgjort, at den ikke heller vilde være det ved Middelforbrydelserne, hvorved tænkes paa de Tilfælde, i hvilke der vel er Tale om større Straf end Bøder eller Confiskation, men ikke om de haardeste eller egentlig vanærende Straffe, f. Ex. ved Kjøb af stjaalne Koster, i al Fajd naar visse hensigtsmæssige Modificationer bleve forbundne med Hovedreglen; thi han mener, at i slige Tilfælde den Omstændighed, at Benægtelsesed kunde anvendes, dels ofte vilde bringe Sandheden for Dagen under Sagen, naar den Straf, der paadrages ved at tilstaae, er mild, sammenlignet med Straffen for falsk Ed, dels at Bevidstheden om, at Ed kunde blive krævet, vilde virke til at afholde fra selve Forbrydelsen²⁾. Heller ikke vil han

¹⁾ Hermed kan sammenholdes, hvad Ø yttre i Jur. Arch. 30 B. S. 18 (Aar 1812) „dette Middel (Benægtelsesed) anvendes vel ikke lettelig i vor nærværende Praxis, hvor der er Spørgsmaal om Straffe af det større Slags“.

²⁾ I Tydskland benyttedes Benægtelsesed i Straffesager, hvor der ej handlede om haarde Straffe, men dog om højere Straffe end Bøder, langt ind i dette Aarhundrede, og mange vægtige Stemmer hævede sig for den legislative

tillægge den Omstændighed nogen Betydning for Danmarks Vedkommende, at Benægtelsesed i egentlige Criminalsager ved en Række Anordninger fra sidste Halvdel af forrige Aarhundrede blev ophævet i Hertugdømmerne¹⁾, og at i disse Anordninger den Lovgrund udtrykkelig er anført, at Erfaring har vist den at være et misligt og efter Sagernes nærværende Beskaffenhed saavel til Sandhedens og Uskyldighedens Bekræftelse som til Fremtvingelse af Tilstaaelse aldeles ubrugbart Middel. Forsaavidt man nemlig vil opstille det ved første Øjekast ret plausible Raisonnement, at den samme Lovgiver, der har erkjendt noget for ikke blot mindre hensigtssvarende, men fordærveligt og demoraliserende i en Del af sit Territorium, ikke kan ville, at dette skal gjælde andre Steder i samme, bemærker Ø. med Grund hertil, at denne Betragtning maaske kunde anvendes, naar Spørgsmaal var om Tilfælde, der laa udenfor Loven, men ikke kan berettige til at gaae imod Loven, hvorhos han gjør opmærksom paa, at Kongen netop ved gjennem en Række af forskjellige Lovbud at afskaffe Benægtelseseden i criminelle Sager i de enkelte Bestanddele af Hertugdømmernes Territorium, har forudsat, at den maatte blive ved at gjælde paa de Steder, hvor den ikke endnu ved Lov var afskaffet, ligesom det ogsaa fremhæves, at den omtalte Afskaffelse af Benægtelseseden i Hertugdømmerne ikke skete pure, men at der i Forbindelse

Berettigelse heraf, f. Ex. Stübel, jfr. Mittermaier Deutsches Strafverfahren 2 B. § 185.

²⁾ Nemlig ved Frd. 11 December 1758 § 11 for Hertugdømmet Slesvig, Frd. s. D. § 11 for den kongelige Andel af Holsten samt Pinneberg, Altona og Rantzau, Frd. s. D. § 9 for Grevskaberne Oldenburg og Delmenhorst, Frd. 24 October 1775 § 11 for den forhen storfyrstelige Del af Holsten, Frd. 26 Juli 1796 § 11.

hermed hjemledes overordentlig Strafs Anvendelse paa den Mistænkte, og endelig fremhæves som et aldeles afgjørende Argument, at danske Forordninger, der ere yngre end de omtalte slesvigske og holstenske Forordninger, gjøre Brug af Benægtelsed i Straffesager, uagtet der er Tale om større Straf end Bøder eller Konfiskation, f. Ex. Frd. 18 April 1781 § 3 og Pl. 6 Juni 1788 § 2.

Idet Ø. saaledes mener, at Benægtelsed i Straffesager ikke kan nægtes Anvendelighed hos os, undersøger han endvidere, hvilken Virkning Unladelse af at aflægge Eden maa have, og han kommer herved til det Resultat, at uagtet det flere andre Steder er Regel, at en mindre Straf end den almindelige anvendes mod den, som kun fældes ved sin egen Vægning ved at sværge, og ikke paa den sædvanlige Maade er lovlig overbevist om Forbrydelsen, kan dette ikke i Mangel af Lovhjemmel antages hos os, men det maatte her være Regel, at Lovens fulde Straf blev at paalægge den, der nægtede at aflægge Eden, ganske ligesom den, der var fældet ved egen Tilstaaelse.

Imidlertid udviklede Praxis sig senere mere og mere bestemt i den Retning at udelukke Brugen af Benægtelsed i egentlige criminelle Sager, og der foreligger ogsaa et Bevis for, at dette senere er anerkjendt af Ø, thi da det under de foreløbige Forhandlinger om Frd. 8 September 1841 af Højesteret blev henstillet, om der ikke tillige maatte være Anledning til at hæve Benægtelsed i criminelle Sager, saaledes som det allerede for længere Tid siden var sket i Hertugdømmerne, blev der i de Stænderne forelagte Motiver til Anordningen, paa hvis Affattelse Ø. har havt den vigtigste Indflydelse, bl. a. bemærket, at „der ingen særdeles Trang var til en saadan Bestemmelse, da man i en meget lang Række af Aar ikke havde

noget Exempel paa Benægtelsesed i en egentlig criminel Sag, og forsaavidt den findes anvendt i Bødesager, turde dette ikke have afgjørende Grunde imod sig o. s. v.“¹⁾

I en vis Forbindelse med det Anførte staaer, at Ø. heller ikke anser Benægtelsesed for udelukket i Skilsmissesager, da 3. 16. 15 ikke ophæver egen Tilstaaelses Beviskraft i disse Sager, men kun forlanger, at den skal understøttes af andre Data, hvilket in casu altid maa være Tilfældet, da Benægtelsesedens Paalæggelse kræver, at Formodning er tilvejebragt.

Den sidste Del af Afhandlingen angaaer Fremgangsmaaden ved Parts Eds Aflæggelse og nogle hermed i Forbindelse staaende Spørgsmaal. Ø. giver heraf den Fremstilling, som senere har været den gjældende. Kun et enkelt Punct kan fremdrages, hvori den nyere Doctrin afviger fra ham, nemlig Spørgsmaalet om, hvorledes der skal forholdes, naar den, som skulde gjøre en Parts Ed, dør inden dens Aflæggelse, men efter Dommens Afsigelse. Med Anerkjendelse af Sagens Tvivlsomhed er han mest tilbøjelig til at slutte sig til den i ældre Tider almindelige Lære herom, nemlig at Eden betragtes som præsteret, naar den Afdøde havde gjort sit for at faae den aflagt, men heri er bleven hindret af Modparten, medens omvendt Eden anses for vægret, dersom den Afdøde havde havt Tid og Lejlighed til at gjøre den, men har forsømt det. Til Slutning omhandler Ø., hvorvidt Tiltale til Straf og Skadeserstatning kan finde Sted, naar det oplyses, at den aflagte Parts Ed er falsk, og han godtgjør, at den bekræftende Besvarelse heraf maa antages, ligesom han nærmere undersøger det efter den Tids Straffelovgivning ikke

¹⁾ Larsen: Samlede Skr. III. 2. S. 228.

udtrykkeligt afgjorte Spørgsmaal, hvorledes Straffen for falsk Partsed skal bestemmes. Det første af disse Spørgsmaal synes os maaske nu besynderligt, men det er foranlediget ved de dengang herskende Anskuelser, som udtrykkes af Nørregaard § 1833 saaledes, at „naar Ed er aflagt i en Sag, ansees den at være saa bevist, at Modbevis aldrig kan finde Sted, om man endog siden efter var i Stand til at føre de uimodsigeligste Beviser“, og i Forbindelse hermed hedder det „Ja, derfor er Virkningen af Ed nødvendig denne, at den ender Parternes Trætte, og Sagen faaer en usvækkelig Doms Kraft (vis rei judicata)“.

Læren om Domes Retskraft er først i de senere Aar bleven gjort til Gjenstand for indgaaende Under søgelser, og navnlig ligger hele den store Literatur, der i Tydskland er opvoxet angaaende denne Materie, efter Ørstedes Forfatterperiode. Derfor kan det ikke forundre, at dette Æmne heller ikke hos os har været Gjenstand for nogen sær vidtløftig Behandling førend i den nyeste Tid. Imidlertid har Ø. dog i Korthed givet Grundtrækkene til den rigtige Opfattelse og udryddet forskjellige ældre Vildfarelser. Han har saaledes paavist, at Domspræmisserne ikke have bindende Virkning i senere Sager mellem samme Parter, og det ikke blot, forsaavidt angaaer de juridiske Betragtninger, hvorpaa de hvile, men ogsaa forsaavidt angaaer de Antagelser om Sammenhængen af Sagens Factum, som de udtrykkeligt eller stiltiende indeholde, men at Domskraften kun udstrækker sig til den specielle Anvendelse, der i det foreliggende Tilfælde er gjort af de i Præmisserne indeholdte factiske og juri-

diske Antagelser. Den nærmere Udvikling heraf er givet i en af Ø. forfattet Dom i en Søassurancesag fra Aaret 1808, som findes i Jur. Arch. 16 B. S. 171—177 med Note, hvor han udførlig kommer ind paa at begrunde den omtalte Sondring og anvender den paa det foreliggende Tilfælde, ligesom han ogsaa senere henviser til denne Udvikling dels i Jur. Tidsskr. 13 B. 1 H. S. 167 ff. dels i Jur. Tidsskr. 3 B. 1 H. S. 212¹⁾. Ligeledes har han overfor ældre urigtige Meninger godtgjort, at Dommen kun binder Sagens Parter, men ikke Trediemand. I Afhandlingen om Intervention i Juridisk Tidsskrift 2 Bind 2 Hefte Side 15—16 gjorde han først gjældende, at den mellem de oprindelige Parter faldne Dom ikke kunde være bindende for Trediemand og nøde denne til at intervenere for at beskytte sin Ret, samt at Appel derfor ikke var det eneste Retsmiddel, Trediemand havde mod en saadan Dom, og ved den Lejlighed gjendrev han i Forbigaaende Brorsons og Hurtigkarls urigtige Mening, at Udlæg paa offentligt Skifte ifølge D. L. 5. 6. 1 var bindende for Trediemand og kun kunde angribes ved Appel²⁾. Senere kom han tilbage til denne Sag i en lille Afhandling i Jur. Tidsskr. 3 B. 1 H. S. 212—218, hvori han finder sig foranlediget til at fremdrage nogle flere Beviser for Sætningen om, at Domme og andre Retshandlinger ikke forbinde Trediemand, uagtet „mange indsigtfulde theoretiske og practiske Jurister“ dengang endnu

¹⁾ Disse Grundsætningers Anvendelse paa Forholdet mellem Straffesagen og Civilsagen angaaende Forbrydelsens Retsvirkninger, omhandler Ø. i Arch. f. Retsv. 6 B. S. 259 ff., jfr. med Nyt jur. Arch. 29 B. S. 16—19.

²⁾ Denne Fortolkning af D. L. 5. 6. 1 modsagde Ø. iøvrigt allerede i Anmeldelsen af Hurtigkarls private Ret i Nyt jur. Arch. 14 B. S. 182.

(altsaa i 1821) vare indtagne af en Lære, der tillægger res judicata en mere udstrakt Retsvirkning. Det synes, som om man i den axiomatisk opstillede Regel, at „Ustævnt bør være unævnt“, har seet en Forudsætning om, at hvad der i en Retssag qvoad factum blev antaget, maatte, saalænge Dommen var usvækket, være bindende for andre, mod hvem der af det antagne Factum kunde udledes juridiske Følger, ihvorvel man dog, som Ø. bemærker, til Lykke ikke i Praxis fulgte denne Sætning i dens hele Udstrækning. Det paavises da, at ligesom det vilde være stridende mod Sagens Natur at tillægge en Dom eller anden Retshandling Virkning for andre end Sagens Parter, saaledes er dette ogsaa uoverensstemmende med den danske Lovgivning. Til Bevis herfor anføres ikke blot 5. 6. 1, hvis Ord ikke naturligen kunne forstaaes anderledes, men tillige flere andre Lovbestemmelser om Arv og Skifte, saasom 5. 2. 18, N. L. 5. 2. 90, Rescr. 25 Aug. 1752 o. fl., af hvilke det fremgaaer, at den paa Skifte forbigaaede Arving kan søge sin Lod a prima instantia hos de andre Arvinger, til hvem den uretlig er bleven udlagt, og ikke behøver at appellere Skifteslutningen. Den eneste tilsyneladende Indvending, som kunde gjøres imod Sætningen om, at Domme og andre Retshandlinger ere uforbindende for Trediemand, finder Ø. i Lovbestemmelserne om Indvarsling til Thingsvidner i D. L. 1. 4. 1 og 1. 13. 12 og 13; men han fjerner denne Indvending ved at paavise den Forskjel, som formentlig maa være mellem et Tingsvidne, der har sin Beviskraft i og for sig, og en Retsdom, som kun bestemmer, hvad der efter den førte Procedure er Ret, ligesom han gjør opmærksom paa, at Forlangendet om, at enhver Trediemand skal stævnes, til hvis Skade noget kan blive forklaret under Vidneforhøret, ogsaa er natur-

ligen begrundet deri, at han maa have Adgang til strax at gjøre Vidnerne sine Modforestillinger, da han, naar de engang have aflagt edelig Forklaring, ingenlunde har samme Udsigt til at udrette noget under en ny Afhørelse, da de ved en saadan ville føle sig bundne ved, hvad de engang have udsagt og beediget.

En vigtig Anvendelse af Læren om, at Dommen ikke har Retskraft for andre end Sagens Parter, gjør Ø. paa et andet Sted, nemlig forsaavidt han i Euno-mia 3 B. S. 557 forkaster den Lære, at Dommeren ex officio skal undersøge Parternes Competence (den active og passive Legitimation til Sagen), og i Modsætning hertil forsvarer den Sætning, at Parterne maa være raadige over disse Indsigelser ligesom over alle andre Realitetsindsigelser, netop fordi Trediemand, der maatte være den rette Vedkommende, ikke præjudiceres derved, at Modparten gaaer ind paa at anse den optrædende Part for den rette ¹⁾).

Læren om Procesomkostningerne var førend Ø.s Tid saagodt som slet ikke behandlet i Theorien, hvorimod der i Praxis naturligvis havde maattet uddanne sig nærmere Regler herom. Derfor nævner Ø. dette Æmne som et af dem, hvorpaa hans Opmærksomhed særlig blev henledet ved hans Dommervirksomhed, og som han paa Grund af dets store Vigtighed for Borgernes Retsbeskyttelse tidligt fandt sig bevæget til at sysselsætte sig med, jfr. Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 195—200.

I hans første Arbejde over Æmnet, nemlig Af-

¹⁾ Ø. synes ikke at drage i Tvivl, at exceptio rei v. actoris incompetentis ere Realitetsindsigelser; først senere blev en anden Opfattelse ifølge en uberettiget Overførelse af tyske Procesbegreber forsøgt af Hansen i hans Proces S. 271 (fra Aaret 1837).

handlingen i Jur. Arch. 13 B. S. 1—45, (fra Aar 1807) kom han til det Resultat, at A. D. Weber havde Ret, naar han i sit berømte Skrift „Ueber Prozeskosten, deren Vergütung und Compensation“, der kom til at udøve en saa afgjørende Indflydelse i Tydskland, gjorde gjældende, at ifølge Sagens Natur Procesomkostningerne bør paalægges den Tabende, naar de Tvivl, der have været Gjenstand for Proceduren, alene angaae Retssætningerne og deres Anvendelse i det foreliggende Tilfælde, men at dette i sig retfærdige Resultat dog ikke kunde antages hos os paa Grund af Forordn. 23 Decbr. 1735, der formentlig hjemlede en lignende Grundsætning, som den, der til en vis Tid var antagen i den romersk-tydske Proces, nemlig at Procesomkostningerne kun kunde idømmes i Tilfælde af Trættekjerhed (som en Art poena temere litigantium). Derimod antog Ø., at Webers Mening, at den Tabende skal betale Procesomkostningerne ogsaa i de Tilfælde, hvor Tvivlen under Sagen har angaaet den factiske Sammenhæng, ikke er rigtig, forsaavidt det læres, at den, hvem det ikke lykkes at føre det fuldstændige Bevis, hvoraf hans Ret er afhængig, ubetinget skulde erstatte Modparten Processens Omkostninger, hvorimod han billiger den anden herom af Weber opstillede Sætning, at den, der har nægtet et ham personlig bekjendt Factum, som ikke destomindre ved Dommen anses for bevist, bør udrede Processens Omkostninger. Som Medlem af Cancelliet bragte Ø. en Lov i Forslag, der senere udkom som Frd. 11 Aug. 1819, om hvis Hensigt han siger „Skjøndt denne Forordning, idet den indskrænkede Anvendelsen af bemeldte Mulct (for unødigt Trætte); tillige havde for Øje at borttrydde den Hindring, som Forbindelsen mellem Mulcten og Tilsvaret af Processens Omkostninger i Tilfælde, som ikke begrundede en Undtagelse, lagde i Vejen for at

forhjelpe den Vindende til Erstatning for de ham paaførte Omkostninger, saa udtalte den det dog ikke som en ubetinget Regel, at ingen Retsvildfarelse skulde kunne befrie den Tabende for at erstatte Modparten Processens Omkostninger, men det overlodes til Domstolene i ethvert enkelt Tilfælde at afgjøre Spørgsmaalet i Overensstemmelse med de i Landsloven forekommende Regler, der efter den skete Forandring i Frd. 23 Decbr. 1735 igjen traadte i fuld Virksomhed“. Det viste sig nu, at om der end i Begyndelsen, efter at Frd. 11 August 1819 var udkommet, brugtes en noget større Strængthed i at paalægge Procesomkostningerne, varede dette dog ikke længe, og den gamle Sædvane, i Reglen at ophæve Processens Omkostninger, blev snart igjen herskende. Dette gav Ø. Anledning til atter at underkaste sin tidligere Lære en Revision, navnlig forsaavidt som han med Weber havde antaget, at Tvivl i Henseende til Retsspørgsmaalet i Sagen ikke efter almindelige Grundsætninger kunde afgive tilstrækkelig Aarsag til at ophæve Processens Omkostninger, og dette iværksatte han ved en ny vidtløftig Omarbejdelse af den ældre Afhandling om Procesomkostningerne, der blev optaget i Archiv for Retsvidenskaben 5 D. S. 355—430 (fra Aaret 1828). Her modificerer han væsentlig den tidligere yttrede Mening og gjør tvertimod gjældende, at Retsvildfarelse ifølge Sagens Natur efter Omstændighederne kan afgive en Grund til at ophæve Procesomkostningerne, og navnlig kommer han til det Resultat, at vor Ret i al Fald hjemler dette i flere Tilfælde, i hvilken Henseende et afgjørende Argument søges i l. 6. 13, da der af denne Artikel formentlig kan sluttes, at det ikke er den almindelige Regel, at den, der taber Sagen i Appelinstanten, skal erstatte Modparten Processens Omkostninger, naar han i det Hele eller til-

dels har havt den underordnede Rets Dom for sig. Ø. fremhæver udtrykkeligt, at man ikke af 1. 6. 13 kan slutte, at det aldrig bør paalægges den Part, som taber i Appelinstanten, at betale Procesomkostningerne, naar han i den underordnede Instants har vundet Sagen i det Hele eller for en Del; han har tvertimod paavist, at det Modsatte i visse Tilfælde maa antages og ogsaa er bleven antaget endog førend Ophævelsen af Frd. 23 Decbr. 1735, f. Ex. naar en i første Instants til Følge taget Benægtelse af Overretten anses for at være løgnagtigen fremsat; men han mener at kunne med Føje slutte af 1. 6. 13, at det ikke kan være almindelig Regel, at den, der taber i Appelinstanten, skal betale Processens Omkostninger, hvilket det maatte være, naar vor Ret virkelig fulgte den Grundsætning, at Retsspørgsmaalets Tvivlsomhed ikke kunde befrie herfor. Men i Forbindelse hermed gjør Ø. gjældende, at ikke enhver Tvivl in jure bør være tilstrækkelig til at foranledige Ophævelse af Procesomkostningerne, men kun en virkelig og alvorlig Tvivl. Andet eller mere kan ikke slutes af 1. 6. 13, der kun statuerer, at den, der har havt den underordnede Rets Mening for sig, ikke skal erstatte Modparten Processens Omkostninger, fordi han faaer den overordnede Rets Mening imod sig. Derfor billiger han ikke den overdrevent store Lemfældighed, hvortil vor Retspraxis er tilbøjelig, idet næsten enhver nok saa ringe Tvivlsgrund in jure anses for tilstrækkelig til at foranledige Procesomkostningernes Ophævelse.

Imod denne Ø.s Lære om Procesomkostningerne kan der maaske gjøres Indvendinger, og jeg for mit Vedkommende vilde være mest tilbøjelig til i det Hele at foretrække de i den ældre Afhandling i Jur. Arch. 13 B. indeholdte Opfattelser, ligesom der og imod

Enkeltheder i hans Fremstilling kan gjøres Erindringer fra et retshistorisk Standpunct; men det turde være utvivlsomt, at Hovedtanken i Ø.s Betragtning af vor Lovgivnings Stilling til Spørgsmaalet, navnlig hans Opfattelse af Betydningen af Frd. 11 Aug. 1819, er rigtig, og at hans Afhandling heri har et afgjort Fortrin for Bang og Larsens Fremstilling; thi medens han opstiller det vistnok correcte Raisonnement, at den egentlige Betydning af Frd. 1819 ligger deri, at den ophæver Frd. 23 Decbr. 1735, forsaavidt denne medførte, at Mulcten for unødige Trætte altid skulde forbindes med Paalæget af Procesomkostningerne, og saaledes gjør Spørgsmaalets Afgjørelse afhængigt af Lovbogens Forskrifter, som disse under de forandrede Forhold maa forstaaes og anvendes, fremsætter Bang og Larsen derimod den vistnok uholdbare Opfattelse, at Frd. 11 August 1819 giver en ny og selvstændig Regel om Procesomkostningernes Paalæg, som fritager for at tage Hensyn til Lovbogens Bestemmelser derom, nemlig den, at der heri skal forholdes efter Lovgivningens almindelige Regler om Skadeserstatnings Tilkjendelse, og heraf følger, at der bl. a. ogsaa kan gjøres den Indvending imod dem, — som Ø. bemærker¹⁾ — at de ikke synes at tillægge 1. 6. 13 nogen videre Vægt ved Spørgsmaalets Afgjørelse.

Det vigtige og vanskelige Spørgsmaal, hvorledes Dommen skal afsiges, naar Retten bestaaer af flere Medlemmer, og disse ikke alle ere enige, var førend Ø.s Tid aldeles ikke drøftet i vor Literatur. Han er hos os den første, der har skjænket det en virkelig Behandling. Dels har han paa flere Steder, f. Ex. i Jur. Arch. 26 B. S. 1 ff., imødegaaet en dengang temmelig udbredt Mening, nemlig at der burde fordres

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 200.

Enstemmighed til enhver Dom eller, som Sætningen dog af nogle blev indskrænket, til enhver Straffedom, og paavist, at denne fra den engelske Jury's Indretning hentede Fordring ikke lod sig anvende paa Domme i Almindelighed og ikke passede til vore Domstoles Organisation, ligesom den ogsaa hvilede paa en forkert og overdreven Forestilling om den Vishedsgrad, som det er muligt at skaffe i Retssager, dels har han, da Fordringen om Enstemmighed i al Fald ikke efter vor Lovgivning kan opstilles, nærmere undersøgt, hvorledes der hos os skal forholdes for at udfinde Stemme flerhed, naar de flere Dommere, hvoraf en Ret bestaaer, ikke ere enige. Dette er Hovedgjenstanden for en Afhandling i Eunomia 3 D. S. 357—431¹⁾.

Hvad der især fortjener at fremhæves ved denne Afhandling, der helt igjennem bærer Præget af Forfatterens grundige og skarpsindige Tænkning, er, at han fremsætter den dengang nye Tanke om Nødvendigheden af en subsidiær Votering, hvorefter de, der ere overstemte af Pluraliteten, bør, naar denne atter deler sig i flere forskellige Meninger, hvoraf ingen har det største Antal af samtlige de Stemmegivende for sig, hver for sig yttre, hvilken af disse Meninger han, da hans egen Mening bortfalder som forkastet af Pluraliteten, in subsidium finder at fortjene Bifald. Denne Tanke, der senere, nøjere bestemt og udviklet, har funden en udbredt Tilslutning og endog Optagelse i en Mængde nyere Lovgivninger, fandt ingen Anklang hos os dengang. Det blev saaledes af Bang og Larsen gjort gjældende, at en slig subsidiær Votering indeholdt en Samvittighedstvang mod Dommerne, og at disse overhovedet ikke efter vor Lovgivning kunde være forpligtede til at votere om igjen, naar de engang

¹⁾ Jfr. ogsaa Jur. Tidskr. 13 B. 2 H. S. 179 ff.

havde afgivet deres Mening saa fuldstændigt og ordentligt, som de efter bedste Overbevisning formaaede. Kun over Formalitets- og Realitetsspørgsmaalet kunde efter disse Forfatteres Mening afsondret Votering fordras, saaledes at de Dommere, der vare overstemte i Formalitetsspørgsmaalet, ikke kunde vægre sig ved subsidiært at afstemme i Realiteten, fordi de havde stemt for Afvisning og derfor oprindeligt slet ikke udtalt sig om den. Men over Realiteten kunde der ikke affordres de Dømmende nogen subsidiær Votering, og — som det synes — mente de nævnte Forfattere, at dette ikke blot gjaldt om Skyldspørgsmaalet i en Straffesag, hvor det er almindelig anerkjendt, at der ikke kan afkræves den, der har frikjendt Tiltalte, nogen subsidiær Votering paa Grundlag af, at han anses for skyldig, men ogsaa om alle de forskjellige Modaliteter i en civil Sags Afgjørelse.

Var Civilprocessens Literatur før Øs Tid mager og utilfredsstillende, gjaldt det i endnu højere Grad om Criminalprocessens. Vel havde Lovgivningen beskæftiget sig forholdsvis meget med denne sidste (Frd. 21 Mai 1751, 3 Juni 1796, 9 Cap., 8 Marts 1799), men uagtet dens overordentlige Vigtighed blev der kun skjænket den ringe Opmærksomhed af Forfatterne. Den blev behandlet som et enkelt Capitel af eller Anhang til Civilprocessen¹⁾. I det Hele taget

¹⁾ Hos Nørregaard udgjør Criminalprocessen kun et Capitel, det 38de, og der offres i det Hele 13 Sider derpaa, medens der til Læren om Civilarrest alene anvendes 23 Sider.

manglede Forstaaelsen af den principielle Forskjel, som navnlig gjennem den sidste Halvdel af forrige Aarhundrede havde udviklet sig mellem den civile og criminelle Proces, og som hang sammen med, at Strafferetsplejens Udøvelse mere og mere anerkjendtes at være en Staten paahvilende Pligt i Modsætning til den gamle Privatforfølgning, og at Staten derfor maatte sørge for, at Forbrydelsen i den almindelige Sikkerheds Interesse fik sin Straf, men tillige, at ingen blev straffet uskyldig. Herved vare Forskjellighederne mellem den civile og den criminelle Proces blevne saa store, at disse Videnskabsfag med Rette havde Krav paa at sondres fra hverandre og behandles hver for sig, da de i Virkeligheden beherskedes af forskjellige Grundsætninger¹⁾. Men ikke desto mindre forekom Levninger af den gamle Sammenblanding af Civil- og Criminalproces endnu hos Forfatterne paa Puncter, hvor selve Lovgivningen ikke havde klaret Forholdet saaledes, at al Tvivl var afskaaret. De fjernere Conseqventser af de Synsmaader, som ligge til Grund for Frd. 3 Juni 1796, 9 Cap. og Frd. 8 Marts 1799, vare ikke dragne, selv hvor det laa forbausende nær. Saaledes var man ved dette Aarhundredes Begyndelse endnu ikke paa det Rene med, at de civilprocessuelle Bevisbyrderegler ikke lode sig overføre i Criminalpro-

¹⁾ Ørsted, der i Lighed med Datidens tyske Forfattere var stærkt gennemtrængt af Følelsen for Criminalprocessens Opgave, ved Statens Foranstaltning at oplyse Sagen alsidigt og selvstændigt drage Omsorg for, at Retfærdigheden skete Fyldest til alle Sider, forsvarede derfor den Opfattelse, at der var et saa nøje Sammenhæng mellem Criminalretten og Criminalprocessen, at denne sidste snarere maatte betragtes som et Anhang til den første end som et Tillæg til Civilprocessen, jfr. Arch. f. Retsv. 3 B. S. 1—2 og Jur. Arch. 18 B. S. 190.

cessen, og at det navnlig ikke gaaer an at paalægge Tiltalte eller hans Forsvarer at føre Beviset for de særlige Straffritagelses- eller Strafnedsættelsesgrunde, som anføres til hans Fordel, med den Virkning, at han domfældes, naar saadant Bevis brister, ligesom man — hvad der forekommer os endnu besynderligere — ikke heller var kommen til klar Indsigt af, at den civilprocessuelle Opfattelse af Tilstaaelsen som et Samtykke til, at en factisk Omstændighed i Sagen maa antages at forholde sig paa en vis Maade, ikke kan gjælde i Criminalprocessen, men at Tilstaaelsen der kun har Betydning, forsaavidt som den fører til Forvisning om, hvad der i sig selv er sandt, og saaledes navnlig ingen Vægt kan have, naar den ikke angaaer Omstændigheder, hvis rette Sammenhæng er den Tilstaaende personlig bekjendt. Paa disse Puncter er den nyere Opfattelse, hvis Rigtighed senere ikke er bleven betvivlet, først gjort gjældende af Lassen og Ørsted. Begge disse Mænds Virksomhed supplerede i den Henseende gjensidig hinanden, saa at det ikke lader sig med Bestemthed angive, hvormegen Del hver især af dem har havt i at gjøre de rigtige Anskuelser gjældende. Men nærmest maa det vel siges, at medens Bevisbyrdelæren i Criminalprocessen først blev fremstillet af Lassen¹⁾, var det Ørsted, som satte Tilstaaelsers og Indrømmelsers Betydning i det rette Lys. Anledningen hertil blev nogle Retssager, hvori det Spørgsmaal forekom, om Ejendomsbeviset kan bortfalde ved det extraordinære Tyvsbevis, fordi Tiltalte, medens han erklærer at have modtaget Kosterne af

¹⁾ I denne Henseende maa især fremdrages en Afhandling af ham „Kan man i Henseende til onus probandi følge de samme Grundsætninger i criminelle Sager som i civile?“ i Jur. Maanedstid. f. 1802. 1 D. S. 411, 560 ff.

Trediemand og saaledes benægter at være kommen i Besiddelse af dem paa ulovlig Maade, erklærer, at han ikke vil bestride den Bestjaalnes Ejendomsret til dem. I Almindelighed var man tilbøjelig til at besvare dette Spørgsmaal bekræftende, men efter at Hof- og Stadsretten i et Par Tilfælde var gaaet den modsatte Vej, paaviste Ø. i Jur. Maanedstid. for 1802 1 D. S. 549 ff., at en Renunciation fra Tiltaltes Side paa Ejendomsbeviset ikke kan komme i Betragtning — ligesaa lidt som en Renunciation paa Tilhjemlingseden —, fordi Tilstaaelse kun har Betydning med Hensyn til det, som er Tiltalte personlig bekjendt, og at han derfor maa frifindes, naar Ejendomsbeviset ikke føres eller Tilhjemlingseden ikke aflægges, forsaavidt der iøvrigt ikke foreligger noget Bevis mod ham, eller han ikke tilstaaer selve Tyveriet eller Meddelagtighed i det¹⁾. En anden og vigtig Følge af, at de civilprocessuelle Bevisbyrderegler og Fordringer til Bevisets Fuldstændighed ikke kunne overføres i Criminalprocessen, var ogsaa, at det efterhaanden blev anerkjendt i større og større Omfang, at det Bevis, der ligger i den uhjemlede Besiddelse af stjaalne Koster, i Henhold til de nyere og rigtigere Grundsætninger i Criminalprocessen bør kunne afkræftes, selv om Tiltalte ikke kan føre et efter almindelige Regler fuldstændigt Bevis for sin Hjemmel, naar der blot tilvejebringes en nogenlunde begrundet Formodning for, at hans Foregivende i saa Henseende forholder sig rigtigt. Ø. selv gaaer endog videre endnu, idet han allerede i Skriftet Om Tyveri S. 320 (fra Aaret 1809) antager, „at man ogsaa under visse Omstændigheder kunde redde den for Tyvsstraf, der slet ingen Vidner kunde føre om sin lovlige Er-

¹⁾ Se ogsaa Skriftet om Tyveri S. 312—16 samt iøvrigt Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 202.

hvervelse af de i hans Værge fundne stjaalne Ting, naar han nemlig har brugt en aldeles aaben Fremgangsmaade under sin Besiddelse saavel i Almindelighed, som efter at det var bleven bekjendt, at Tingen skulde være stjaalen“, og som Begrundelse herfor anføres, at „her ere de Grunde, hvorpaa Lovens almindelige Bud om uhjemlet Besiddelse er bygget, uanvendelige, og den Sigtedes Uskyldighed endog rimeligere end hans Skyld“. Om der end fra et rent Lovfortolkningsstandpunct kan være betydelig Tvivl, om det lader sig forsvare saaledes at frafalde Fordringen paa, at den Tiltalte, for at opnaae Befrielse, skal kunne opgive Hjemmel og i al Fald til en vis Grad skaffe Formodning for Rigtigheden heraf, er det sikkert, at Udviklingen er gaaet i den af Ø. betegnede Retning, og at Praxis var inde paa denne Vej, allerede førend den Synsmaade, hvorefter Tiltalte bør frifindes, selv om han ikke kan oplyse sin Hjemmel, naar andre Omstændigheder svække det i den uhjemlede Besiddelse liggende Bevis, fik udtrykkelig Støtte i Frd. 8 Sept. 1841 § 6.

Overhovedet er Ø. den første, der i vor Literatur har givet Læren om det extraordinære Tyvsbevis en videnskabelig Behandling, og det bør fremhæves, at her foreligger et af de Tilfælde, i hvilke hans practiske Dommervirksomhed, ved at give ham Stoffet til Overvejelse og til Kritik af ældre Meninger, har sat ham i Stand til at bringe Theorien videre og berigtige gængse Vildfarelser. Efter som Indledning at have udførlig drøftet det dengang for tvivlsomt ansete Spørgsmaal, om nogen kunde fældes for Tyveri efter egen Tilstaaelse, naar ingen Ejer af de stjaalne Koster kunde udfindes¹⁾, og efter at have paavist, at denne

¹⁾ Om Tyveri S. 274–287.

Fordring hverken ifølge Sagens Natur eller vor positive Lovgivning er grundet, gaaer han over til at behandle de enkelte Bestanddele af det extraordinære Tyvsbevis¹⁾. Forsaavidt angaaer Beviset for Tiltaltes Besiddelse af de stjaalne Koster saavel som for Bestjaalnes Ejendomsret og Requisiteerne til Tilhjemlingseden, kan det siges, at Ø.s Fremstilling i alt væsentligt maa gjælde endnu den Dag i Dag, og at han, ledet af sin practiske Erfaring, har peget paa alle de Puncter, om hvilke der er Anledning til særligt at bemærke noget, ligesom han ved disses Behandling fremdrager mange vigtige almindeligere Synspuncter. Hvad den negative Betingelse for Tyvsbevisets Virksomhed angaaer, nemlig at Tiltalte ikke kan bevise sin Hjemmel, har Ø., som ovenanført, maaske tilladt sig en noget friere Behandling af Lovgivningens Bud, end der kan bringes i Overensstemmelse med rigtige Fortolkningsgrundsætninger, men dog upaatvivlelig herved gjort den criminelle Retspleje en væsentlig Tjeneste og indslaaet en Vej, der nødvendigvis maatte godkjendes af Lovgiveren, saasart han overhovedet kom til at røre ved dette Æmne. Thi til Trods for, hvad der af I. E. Larsen fra det legislative Synspunct anføres til Forsvar for Fordringen paa, at Tiltalte skal godtgjøre eller dog sandsynliggjøre sin Hjemmel, lader det sig ikke bestride, at en Bevisregel, ved hvis Anvendelse Domstolene jævnlig kunne nødes til at fælde den, om hvis Uskyldighed de ere fuldkomment overbeviste, ikke er holdbar, og at den under den Udvikling, Criminalprocessen i nyere Tid har faaet, aldrig vilde kunne forsvares ved en Henviisning til, at den Paagjældende dog kun falder som Offer for sin egen Uforsigtighed eller Ulydighed mod de Lovbud, som kræve, at man

¹⁾ Om Tyveri S 289 ff.

ikke maa kjøbe uden at sikre sig Beviset for sin Hjemmel. En væsentlig Mangel ved Ø.s Behandling af dette Æmne maa derimod søges i, at han delte sin Tids Vildfarelse, hvorefter Virkningen af det her omtalte Bevis var den at overbevise den Sigtede om Tyveri. Her har Larsen uomtvistelig Fortjenesten af i en Afhandling i Jur. Tidskr. 20 B. S. 165 ff. (fra Aaret 1833) at have oplyst, at dette beroer paa en Misforstaaelse, idet det Ord „Tyv“ og „Tyveri“ lige indtil Frd. 20 Februar 1789 omfattede ikke blot selve Tyvsforbrydelsen, men ogsaa enhver Art af Meddelagtighed i den og navnlig, hvad der senere er bleven behandlet som en Forbrydelse for sig, efterfølgende Meddelagtighed i Tyveri eller Hæleri, og han har saaledes godtgjort, at det nævnte Bevis i og for sig kun er et Bevis for Hæleri, og at det, blot forsaavidt særegne Omstændigheder henpege paa, at den, der er antruffen med Kosterne, selv er Gjerningsmanden, kan ansees for et Bevis for Tyveri. Men iøvrigt henholder Larsen sig til Ø.s Fremstilling af de enkelte Bestanddele af Beviset, der danner den Baggrund, paa hvilken hans senere Fremstilling i Criminalprocessen bevæger sig. Kun berigtiger han enkelte Puncter hos Ø., hvor den urigtige Mening om Bevisets juridiske Virkning har indvirket paa Opfattelsen og derved fremkaldt forskjellige Inconseqventser og uantagelige Resultater, f. Ex. den dengang antagne, i sine practiske Følger yderst betænkkelige Sætning, at den Sigtede altid kunde frie sig ved at bevise sit Alibi paa den Tid, Tyveriet blev begaaet, hvorved paagjældende Koster bortkom, en Lære, der kun har sin Rod i, at Beviset anses for et Tyvsbevis, men som ganske bortfalder, naar det rettelig opfattes som et Hæleribevis. Den Opfattelse, som fremsattes af Larsen, gjorde sig ogsaa efterhaanden almindelig gjældende, og den ligger derfor til Grund

for Bestemmelsen i Frd. 8 Septbr. 1841 § 6. At Ø. ogsaa indsaa og fuldtud erkjendte det, fremgaaer af hans Yttringer i Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 205 Noten.

Som et Bevis paa Ø.s klare og fordomsfrie Blik bør det her bemærkes, at han, dengang der udarbejdedes Forslag til den senere som Lov udkomne Frd. af 8 Septbr. 1841, gjorde gjældende, at der naar Indiciebeviset skulde ordnes og hjemles ved ny Lov, ikke burde være Tale om at opretholde det Bevis, der søgtes i den uhjemlede Besiddelse af stjaalne Koster, i „anden Kraft end den, der efter almindelige Grundsatninger kunde tillægges samme.“ Det Provindsialstænderne forelagte Udkast blev ogsaa indrettet i Overensstemmelse med denne Ø.s Mening, dog at der udtrykkeligt blev lagt en særdeles Vægt paa den uhjemlede Besiddelse som et vigtigt Indicium. Men Provindsialstænderne modsatte sig med stor Pluralitet denne Forandring, fordi de ansaa det for altfor farligt for Retssikkerheden at give Slip paa det Middel til at faae Tyve og Hælere overbeviste, som laa i det ekstraordinære Tyvsbevis, medens de paa den anden Side mente, at Domstolenes Varsomhed i at anvende Beviset og navnlig i at bedømme Hjemmelen afgav tilstrækkelig Garanti mod Uskyldiges Domfældelse. Imidlertid maa man uden Tvivl give Ø. Ret i, at der er noget unaturligt i at stille Sagen saaledes, at et enkelt Indicium, hvis indvortes Utilstrækkelighed er indlysende, skal være i og for sig nok til at fælde, og at der for at frie den Tiltalte skal oplyses særlige Omstændigheder til hans Fordel, men at det vilde være langt naturligere kun at behandle den uhjemlede Besiddelse som ethvert andet nærmere Indicium og altsaa give Reglen saaledes, at det ikke i sig er nok til Domfældelse, men at der maa komme

andre Omstændigheder til, for at Tiltalte kan dømmes. Ogsaa var det Ø.s Mening, at Bibeholdelsen af dette særegne Bevis i Frd. 8 Septbr. 1841 § 6 maatte faae en uheldig Indflydelse paa hele Forestillingen om Indiciebeviset, og Erfaringen turde have bekræftet denne hans Mening. Ikke uden Grund bemærker han i denne Sammenhæng, at han, som saa ofte er bleven angrebet for konservativ Tænkemaade — noget, som han iøvrigt gjerne vedkjender sig —, i intet Tilfælde er gaaet saa vidt i denne Retning, som Stænderne ved denne Lejlighed gjorde¹⁾.

I det Hele taget maa Ø.s Skrifter angaaende Bevislæren regnes til de vigtigste Bidrag til Criminalprocessens Udvikling og have for denne havt en næsten endnu større Betydning end for Civilprocessen. Navnlig gjælder det om hans Bestræbelser for, i Modsætning til den ældre Tids stive Formalisme, at hævde Bevisbedømmelsens Frihed og for at skaffe Indiciebeviset fuld Anerkjendelse. Herved havde han fortrinsvis, om end ikke udelukkende, Straffesager for Øje. Det var ogsaa især med Hensyn til disse, at Spørgsmaalet blev stærkt drøftet i den udenlandske og navnlig den tyske Literatur, og da Ø. beskæftigede sig saa meget med denne, dels kritiserende den og dels benyttende sig af den, turde det have Interesse for Bedømmelsen af hans Betydning som juridisk Forfatter at kaste et Blik paa dens Tilstand ved Begyndelsen af dette Aarhundrede. Herved vil det træde klarere frem, hvor højt han stod, naar han maales efter Datidens Anskuelser og den samtidige Literaturs Standpunct.

De dengang herskende Anskuelser gik i den Ret-

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Hist. 1 B. S. 203—208 ff.

ning, at et fuldkomment Bevis for Tiltaltes Skyld¹⁾ aldrig kunde bygges paa Indicier, men at dertil udfordredes egen Bekjendelse eller i Mangel heraf Vidnebevis, en Anskuelse, som vistnok havde sin Oprindelse fra Const. Carol. Crim. Artikel 22, og som derfra var kommen ind i Doctrinen, gennem hvilken den atter var gaaet over i flere af de vigtigste tyske Staters Particularlove²⁾. Imidlertid blev det dog efterhaanden anerkjendt, skjøndt ikke uden Modsigelse og Strid, at Beviset for Tiltaltes subjective Skyld (navnlig om der var handlet doløst eller blot culpøst) maatte kunne føres ved indirecte Bevis eller Bevis ved Følgeslutninger fra de Gjerningen ledsagende ydre Omstændigheder³⁾, ligesom det ogsaa, især siden Stübels bekjendte Skrift „über den Thatbestand des Verbrechens“ (jfr. dettes § 355 ff.), blev anerkjendt, at Beviset for corpus delicti, navnlig forsaavidt herved bliver Spørgsmaal om Causalsammenhængen mellem en Gjerning og den derved frembragte udvortes Følge, maa kunne

1) Derimod betvivledes det ikke, at et Defensionalbevis kunde føres ved Indicier.

2) Den af de Fleste antagne Mening gik ud paa, at Const. Carol. Crim. Art. 22 ikke tillod at domfælde paa Indicier, men kun tillagde disse den Virkning, at den Sigtede kunde underkastes Tortur, jfr. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts § 568, Stübel Thatbestand des Verbrechens § 257 o. m. fl. Dog blev der rejst Tvivl om Rigtigheden af denne Forstaaelse og nogle, f. Ex. Grollmann, vilde i den nævnte Art. af Const. Carol. Crim. kun se et Forbud mod at dømme uden tilstrækkeligt Bevis, men ikke imod at dømme paa aldeles afgjørende Indicier, jfr. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft § 451 b og § 501.

3) Herom udtaler Ø. sig ved mange Lejligheder, men som et Hovedsted i denne Henseende kan henvises til Eunomia 2 B. S. 244 ff.

føres ved et middelbart eller kunstigt Bevis, og at dette ikke behøver at modtage den Styrke, som Beviset for selve Gjærningen¹⁾. Det, der blev tilbage som Gjenstand for Tvivl, var altsaa, om Beviset for, at en bestemt Person var Gjærningsmand, kunde føres ved Indicier. Hvorledes dette Spørgsmaal nu end maatte besvares efter de bestaaende Love, blev det i al Fald i Løbet af de to første Decennier af dette Aarhundrede almindelig anerkjendt, at der ifølge Sagens Natur ikke var nogen Grund til at drage Indiciebevisets Tilstrækkelighed i Tvivl, og at man ikke kunde undvære det. Flere ydre Omstændigheder medvirkede hertil. Først kan nævnes Torturens Afskaffelse i de forskjellige tyske Stater²⁾ og den derved foraarsagede

¹⁾ Om de vidt gaaende Fordringer, der i ældre Tider stillede til Beviset for *corpus delicti*, navnlig i Tilfælde af Mord og Drab, hvor det fordredes godtgjort ved en Section af Liget, at Døden virkelig var foraarsaget ved de stedfundne Beskadigelser og ikke havde nogen anden Aarsag, idet der i modsat Tilfælde ikkun antoges at være skaffet Bevis for Attentat, kan især henvises til *Eunomia* 3 B. S. 42 ff. I Forbindelse hermed kan ogsaa mærkes den til en vis Tid temmelig udbredte Mening, at egen Bekjendelse ikke var nok til at fælde nogen for Tyveri, men at der ved Siden heraf maatte eftervises en Ejer af Kosterne, jfr. Om Tyveri S. 273 ff. Ligeledes kan her erindres om Feuerbachs besynderlige Anskuelse, at Mangel i Henseende til *Corpus delicti* er en Formildelsesgrund, hvorom Ø. taler i *Nyt jur. Arch.* 2 B. S. 43.

²⁾ Torturen afskaffedes i Preussen allerede 1740 tildels og 1754 fuldstændigt, i Østerrig ophævedes den 1776, i Sachsen 1770, i Baiern og Würtemberg 1806, i Sachsen-Weimar 1817, i Hannover 1822, i Sachsen-Gotha først 1828. Hvor ængstelig man flere Steder var ved at lade Forbryderne vide, at Torturen ikke længere kunde anvendes mod dem, fremgaaer deraf, at man i nogle Stater ikke ophævede

Frygt for, at Retssikkerheden vilde blive udsat for altfor stor Fare, naar Lovens fulde Straf ikke kunde idømmes nogen uden egen Bekjendelse, hvilken de farligste og mest forhærdede Forbrydere i Reglen ikke afgive med det Gode, eller et fuldstændigt Vidnebevis, hvorom der sjeldent kan være Tale i criminelle Sager, jfr. hermed Ørsted i Jur. Tidskr. 1 B. S. 308—13 og 14 B. 1 H. S. 131, samt endvidere bl. a. Stübel Thatbestand § 265 og § 274 b. Vel søgte og fandt man et Correctiv herimod derved, at det i næsten alle tyske Stater enten ifølge udtrykkelig Lov eller dog ifølge Praxis antoges, at der i Stedet for den ordinære Straf kunde paalægges den Mistænkte en extraordinær lavere Straf eller dog anvendes Sikkerhedsfængsel paa ham, naar stærke Indicier vare tilvejebragte imod ham, saaledes at han efter de ældre Regler vilde have kunnet underkastes Tortur, og at Samfundet saaledes kunde sikkres ved det farlige Individts Indespærring endog for Livstid. Om disse Correctivers Retmæssighed og Tilstrækkelighed fandt der i Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette Aarhundrede en levende Debat Sted i den tyske Literatur¹⁾, og Ø. har paa flere Steder udtalt sig om dette Spørgsmaal, f. Ex. Jur. Tidskr. 1 B. S. 312—13, 8 B.

den ved en almindelig publiceret Lov eller Forordning, men ved ikke offentliggjorte Rescripter til Domstolene, f. Ex. i Sachsen og Baiern, jfr. for det sidste Lands Vedkommende Nyt jur. Arch. 4 B. S. 205.

¹⁾ Nogle fastholdt, at de maatte opfattes under Synspunctet af extraordinære Straffe og derfor idømmes af Domstolene, andre vilde have dem betragtede som politimæssige Sikkerhedsforanstaltninger, jfr. Literaturen hos Zachariæ Handbuch des deutshen Strafprozesses 2 B. § 1 6 Note 6 og Mittermaier Das deutsche Strafverfahren 2 D. § 183.

2 H. S. 33, 14 B. 2 H. S. 117 og Nyt jur. Arch. 4 B. S. 198—210. Han optraadte som en bestemt Modstander af Læren om de extraordinære Straffe, og paa dette Punct, som paa saamange andre, giver han Bevis paa den Uafhængighed i Omdømmet og Fordomsfrihed overfor herskende Anskuelser, hvorved han staaer saa højt i sin Samtid. Det kunde naturligtvis heller ikke være andet, end at det efterhaanden maatte blive den fremherskende Erkjendelse, at det var baade inconseqvent og uretfærdigt at paalægge et Menneske nogensomhelst selv en mindre Straf paa et Grundlag, som man ikke selv ansaa for at afgive tilstrækkeligt juridisk Bevis, og jo mere denne Erkjendelse trængte igjennem og Uholdbarheden af de extraordinære Straffe og Sikkerhedsfængsel blev almindelig anerkjendt, jo mere maatte den ovenangivne af Retssikkerhedens Krav følgende Trang til Indiciebeviset gjøre sig gjældende. — Dernæst maa som en anden Omstændighed, der fik Indflydelse i denne Retning, nævnes det Exempel, Frankrig havde givet ved at ombytte sit gamle Straffeprocessystem med den fra England hentede Jury-Indretning, et Exempel, som fik stor Betydning i Tydskland og især i de Dele heraf, som i Napoleons Tid kom i stærkest Berøring med og Afhængighed af Frankrig, nemlig det vestlige og sydlige Tydskland. Hvad der især tiltalte ved Jury-Indretningen, om hvilken man dengang væsentlig dannede sig sine Begreber efter den franske Skikkelse, medens Originalen, den engelske Form, kun var lidet kjendt og forstaaet, var bl. a. det, at de Dømmende ikke vare bundne ved lovbestemte Bevisregler, men kunde afgjøre Skyldspørgsmaalet efter et frit Skjøn over samtlige oplyste Omstændigheder, hvilket atter tillod at komme bort fra de mere eller mindre mislige Midler til at udpresse Tilstaaelser, som efter Torturens Afskaffelse dog jævn-

ligen anvendtes og ikke kunde antages at ville ganske forsvinde, saalænge egen Tilstaaelse, practisk set, var det eneste Overbevisningsmiddel, som kom i Betragtning¹⁾. Vel trængte Jury-Indretnigen ikke dengang igjennem i de Dele af Tydskland, som ikke ligefrem kom under fransk Lovgivning, men det kan ikke betvivles, at den offentlige Discussion om denne Indret-

¹⁾ Medens Torturens Afskaffelse selvfølgelig medførte, at Tilstaaelse ikke maatte aftvinges nogen ved fysisk Lidelse, selv om der var nok saa stor Mistanke mod ham, indførtes der overalt i Tydskland, dels ved de Love, der afskaffede Torturen, dels ved Praxis, som en Art nødvendig Erstatning de saakaldte „Ungehorsamsstrafe“ og „Lügenstrafe“, hvorefter Undersøgelsesdommeren kunde straffe den Sigtede for at nægte at svare, for at simulere Afsindighed, Taabelighed eller desl., samt, hvad der især maa fremhæves, for at gjøre sig skyldig i Usandheder under Forhørene, og de Straffe, som kunde anvendes herfor, vare ikke blot skærpet Fængsel, saasom Hensættelse paa Vand og Brød, men ogsaa legemlig Revselse, Krumslutning og lign., ja paa sine Steder gik man endog saavidt, at de nævnte Straffe kunde anvendes for at nægte at opgive Medskyldige eller Gjemmestederne for Forbrydelsens Objecter, jfr. H. A. Zachariæ Handbuch des deutshen Strafprozesses 2 B. § 107, Tittmann Handbuch der Strafrechtswissenschaft 4 B. § 779. At herved Vejen var aabnet for megen Vilkaarlighed, og at disse Bestemmelser hyppigt misbrugtes til Udpresning af Tilstaaelser, kan ikke drages i Tvivl; derfor bleve de ogsaa omsider allevegne ophævede, men paa mange Steder dog først i Trediverne og Fyrreerne. Betegnende er det derfor, naar Grollmann Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft § 500 Note 6 yttre, at Sigtede efter Torturens Afskaffelse mange Steder underkastes en Behandling, der er et værre Onde end den gamle Tortur, som dog kun anvendtes, naar der var meget stærke Beviser mod den Sigtede, og da efter formelig Retskjendelse og under Control.

nings Fortrin og Mangler i al Fald aabnede Øjnene for, at der, selv om man ikke vilde betroe Domafsigelsen til ulovkyndige Privatmænd, og selv om den burde forblive i de retslærde Statsdommeres Hænder, maatte indrømmes disse en langt større Frihed i Bevisets Bedømmelse end hidtil, om man end ikke vilde ganske bortkaste alle Bevisregler.¹⁾

Til disse ydre Impulser kom, at den fra Philosophiens Udvikling hidrørende klarere Forstaaelse af den juridiske Visheds Relativitet førte i samme Retning. Det blev fra den rene Begrebsudviklings Side paavist, at den juridiske Vished ikke var og ikke kunde være andet end en Gren af den almindelige historiske Vished og altsaa ingen absolut, Muligheden af andet udelukkende, Vished, men kun en saa høj Grad af Sandsynlighed, at man ifølge de menneskelige Livsforholds Beskaffenhed maa lade sig nøje dermed, og at der ikke kan angives noget almindeligt Kjendemerke paa, at juridisk Vished er opnaaet, men at herfor ikke kan opstilles nogen anden Maalestok, end at Dommeren finder sig overbevist.

¹⁾ I „Prøvelse af de Rigsforsamlingen forelagte Udkast til Grundlov og Valglov“ S. 292 ff. giver Ø. en historisk Udsigt over sin Stilling til Jury-Spørgsmaalet, og paaviser, at han oprindeligt optraadte som en ivrig Beundrer af denne Indretning, dog uden tilstrækkeligt at kjende den i det enkelte, at han senere, da han nøjere satte sig ind i dens Ejendommeligheder og i de Spørgsmaal, den fremkaldte, indsaa, at den ved Siden af Fordele ogsaa frembød store Vanskeligheder, men at han aldrig blev nogen principiel Modstander af den. I det anf. Skr. S. 296 angiver han de Steder i Nyt jur. Arch. og Jur. Tidsskr., hvor han, mest i Anmeldelser af fremmede Skrifter, har yttret sig om denne Gjenstand.

I de to første Decennier af dette Aarhundrede¹⁾ trængte derfor den Anskuelse igjennem, at der ifølge en videnskabelig Betragtning ikke var nogen Grund til at betvivle, at der ved Indicier kan tilvejebringes et fuldkomment betryggende Bevis ogsaa for, hvo der maa anses for Gjerningsmand til en Forbrydelse, og denne Anskuelse viste sig virksom deri, at Indiciebeviset anerkjendtes i de fleste tyske Staters Love fra den Periode, f. Ex. den bayerske og den østerrigske Straffeprocesslov.²⁾ Imidlertid vedblev der dog længe at gjøre sig en Tendents gjældende til at ansee Indiciebeviset som i sig mindre betryggende og beroligende end det directe Bevis, og det blev saaledes i mange Love, f. Ex. bl. a. de to ovennævnte, bestemt, at Dødsstraf og undertiden ogsaa livsvarigt Fængsel ikke maatte idømmes nogen efter et blot Bevis ved Indicier, uagtet det er øiensynligt, at heri ligger en aabenbar Inconsequents, der er saameget farligere, som den ikke godt kan fortolkes anderledes af den almindelige Folkeforestilling end som en Tilstaaelse fra Lovgiverens Side af, at han ikke fuldstændigt troer paa Paa-lideligheden af et Bevis, som han dog i alle andre Tilfælde erklærer for tilstrækkeligt til at begrunde Anvendelsen af Lovens fulde Straf. Den nævnte Be-

¹⁾ Jfr. herved Mittermaier *Deutsches Strafverfahren* 2 D. § 182.

²⁾ I den bayerske Straffelov af 1813 blev Indiciebeviset hjemlet, medens det var udelukket i den tidligere gjældende Lovgivning, Kreittmayrs *Codex juris Bavarici criminalis* af 1751: ligeledes hjemledes det i den østerrigske Straffelov af 1803. Men det blev bundet ved en Mængde Regler for dets Anvendelse, der ikke kunde andet end svække Betydningen af den større Frihed i Bevisbedømmelsen, som ellers skulde opnaaes ved det. En Efterklang heraf have vi i Frd. 8 Septbr. 1841.

stemmelses Optagelse i den bajerske Straffelov af 1813, hvis 2den Del omhandler Straffeprocessen, skyldes iøvrigt ikke Feuerbach, men han har tvertimod misbilliget den.¹⁾ Ogsaa Ø. udtalte sig dengang bestemt imod den.²⁾ Men ikke destomindre fandt han sig dog foranlediget til en Snes Aar senere selv at bringe en Bestemmelse af noget lignende, men dog ikke fuldt saa betænkelig Beskaffenhed i Forslag hos os, nemlig den Regel, som findes i Frd. 8 Sept. 1841 § 7, hvorefter Domstolene kunne, men ikke skulle, anvende livsvarigt Strafarbejde i Stedet for Livsstraf, naar den Dømte er fældet ved Indicier.³⁾

Var først Indiciebeviset anerkjendt, maatte den naturlige Følge heraf blive, at det ogsaa efterhaanden blev indset, at et tilstrækkeligt juridisk Bevis kunde føres ved directe Beviser, som ikke hver for sig tilfredsstille den legale Maalestok, saavel som ved ufuldstændige directe Beviser i Forbindelse med Indicier eller ved forskjelligartede directe Beviser i Forening (hvad man kaldte sammensat Bevis), og det var ikke mindst paa Grund af disse videre Følger, at Indiciebevisets Anerkjendelse havde en saa vidtrækkende

¹⁾ Saasom i Anledning af et indtruffet Tilfælde, hvor en ved de klareste Indicier overbevist Rovmorder alene paa Grund af denne Bestemmelse undgik Dødsstraffen, jfr. Feuerbach Actenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen 2 D. S. 191, Note.

²⁾ Jfr. Jur. Tidsskr. 1 B. S. 308 10.

³⁾ „Fordi jeg var kommen til den Overbevisning, at lovgivende Klogskab byder her at opoffre den blotte Begrebs Conseqvents for ikke at forfeile den her vigtigere praktiske Conseqvents, den, at Midlet er skikket til at føre til Øjemedet; og dette fandt Bifald i Cancelliet, hos Kongen og hos Stænderne“, jfr. Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 228.

Betydning for større Frihed i Bevisbedømmelsen. Medens det varede temmelig længe, inden dette blev almindelig erkjendt andensteds, blev det tidligt hævdet af Ø. i hans kritiske Anmeldelser af fremmede Forfatteres Skrifter, jfr. Jur. Tidsskr. 8 B. 2 H. S. 52, ligesom denne Betragtningssmaaede, der særlig er udviklet af Globig, helt igjennem ligger til Grund for hans Fremstilling af Vidnelæren i Eunomia 4 B.

Skjøndt Ø. i sine Undersøgelser angaaende det juridiske Bevis selvfølgelig har modtaget mange Impulser fra Udlandets Literatur og Udviklingsgangen navnlig i Tydskland, maa man dog ingenlunde forestille sig, at hans Fortjeneste kun bestaaer i at have overført i vor Literatur og anvendt paa vore Forhold videnskabelige Resultater, som allerede da forelaa som vundne og erhvervede andensteds. Han hævdede sine af den juridiske Visheds Natur uddragne Slutninger angaaende Bevisførelsens og Bevisbedømmelsens naturlige Krav paa Frihed til en Tid, hvor den herskende Mening i Tydskland ingenlunde var tilbøjelig til at anerkjende disse Sætninger, i al Fald naar Spørgsmaalet var om den practiske Udførelse af dem i Lovgivningen. Selv om de fleste Forfattere anerkjendte, at det, rent logisk betragtet, forholder sig saa, at der ikke kan opstilles Regler om, hvad der udfordres til tilstrækkelig historisk Vished, og at en saadan kan opnaaes ligesaa vel ved directe som ved indirecte Bevis, mente de dog, at det i Retsplejen, og især i den criminelle, var altfor voveligt at overlade til Dommeren at afgjøre Bevisspørgsmaalet alene efter hans eget ubundne Skjøn, men Lovgivningen antoges at burde træde til, navnlig for at sikkre, at ingen Uskyldig blev dømt paa løse og utilstrækkelige Beviser. Dette kom især frem ved Spørgsmaalet, om en Domfældelse kunde bygges paa et indirecte eller kunstigt Bevis (Indicier), og der-

for stod Striden fortrinsvis paa dette Punct. De betydeligste Forfattere vedbleve længe at fastholde den Betragtning, at Indiciebeviset indeholdt Mulighed for Fejlslutninger og aldrig kunde give mere end en ren subjectiv Vished, og at det derfor var utilladeligt at grunde en Domfældelse paa et saa usikkert Fundament ¹⁾ Andre vovede sig vel frem til at antage, at Indiciebeviset efter Omstændighederne kunde være tilstrækkeligt, men bandt dets Anvendelse til mangfoldige Regler og Betingelser ²⁾, hvoraf maatte følge, at det kun sjældent kunde komme til at virke. Først langsomt og efterhaanden kom man saavidt, at Indiciebevisets virkelige Jævnbyrdighed med det directe Bevis blev anerkjendt. ³⁾ Det er derfor med fuld Ret, at Ø. i Jur. Tidsskr. 11 B. 2 H. S. 83 siger, at han, længe førend det i Tydskland blev almindeligt, har forsvaret Nødvendigheden af det saakaldte kunstige eller circumstantielle Bevis, og at han i Arch. f. Retsvidensk. 6 B. S. 211 Noten udtaler, at da han i Jur. Arch. 13 B. i Aaret 1807 fremsatte sin Opfattelse af den juridiske Visheds Natur, maatte denne næsten betragtes „som et Slags juridisk

¹⁾ Jfr. saaledes Kleinschrod i Archiv des Criminalrechts 4 B. 3 Stykke S. 70--74.

²⁾ Her kan som Forløber nævnes allerede Filangieri, der, foruden at opstille en Række Regler for Indiciebevisets Tilstrækkelighed, tillige fordrer, at der desuden maa være tilstede Dommerens subjective Overbevisning, jfr. hans System der Gesetzgebung (oversat paa Tydsk af Siebenkees) 3 Del, 3 Bog, 12, 13, 14 og 15 Capitel samt Arch. f. Retsvidensk. 6 B. S. 221.

³⁾ Kleinschrod kom til Anerkjendelse heraf og forandrede sin tidligere Mening, jfr. herom Jur. Tidsskr. 14 B. 2 H. S. 64. For Indiciebeviset udtalte sig ogsaa Globig, Stübel, Feuerbach, Tittmann o. fl.

Parodoxie“¹⁾, idet danske saavel som tydske Jurister dengang syntes temmelig enige i den axiomatiske Forudsætning, at det var Lovenes Sag nøjagtig at bestemme Reglerne for Tilstrækkeligheden af et juridisk Bevis, og at intet Bevis, som ej svarede til de saaledes nøjagtigt foreskrevne Regler, maatte være fuldgyldigt, mindst hvor der spørges om at fælde nogen som skyldig i en Forbrydelse. Derimod kunde han i Aaret 1831 paa det citerede Sted med Rette udtale, at Meningerne siden den Tid noget havde forandret sig i denne Henseende. Vel kan han ikke endnu sige, at „Flerheden af de Retskyndige ere blevne Tilhængere af Bevistheoriens Frihed, saaledes at de forkaste alle lovbestemte Regler for det juridiske Bevis, men selv de, der ikke ere gaaede saa vidt, have dog størstedels anerkjendt, at disse Regler maa have en meget stor Vidde og overlade meget til de Dømmendes Indsigt og Retfærdighed, og at i Særdeleshed Loven ved Siden af de Bevismaader, som nogenlunde lade sig ordne ved faste Regler, f. Ex. Vidnebeviset, ogsaa bør lade det circumstantielle eller saakaldte kunstige Bevis gjælde, hvilket end ikke i den Grad, som hine, lader sig bestemme ved almindelige Regler, ligesom ogsaa de nyere Lovbøger, som den Tid vare udkomne i Tydskland, gaa ud fra samme Forestillingsmaade.“

Med Hensyn til Spørgsmaalet om den Sigtedes mentale Tilstand opstod der i ældre Tider langt sjeldnere nogen Tvivl, end senere blev Tilfældet. Man var

¹⁾ Egentlig har Ø. allerede førend den Tid opstillet denne Mening, thi Afhandlingen i Eunomial 1 B. om Forholdet mellem Staten og Religionen, hvori den findes fremsat udførligt, er efter hans Udsigende udarbejdet flere Aar, førend den offentliggjordes i Aaret 1807. Antydning er den allerede i Skriftet om Frd. 27 Septbr. 1799, der udkom i 1801.

ikke tilbøjelig til at henregne til Afsindighed, forsaa-vidt som herved sigtes til en den criminelle Tilregnelighed ophævende Tilstand, andet end de urolige eller voldsomme Former og de med aabenbare Vrangforestillinger forbundne Former af Sindssygdom. Senere gik man til den modsatte Yderlighed og rejste Spørgsmaal om Tiltaltes Tilregnelighed i næsten ethvert Tilfælde, hvor fornuftigt Motiv til Gjerningen tilsyneladende manglede, og der kom en Periode, hvor Lægerne vare tilbøjelige til at forklare Forbrydelserne af Monomanier og opstille saadanne Begreber som Mordmani, Tyvemani o. s. v. (jfr. herom nogle betegnende Yttringer i Ugeskr. for Retsv. for 1880 S. 116). Om disse Forhold meddeler Ø. ret interessante Notisser i Af mit Livs og min Tids Historie 1 D. S. 220—29. Han stillede sig — ligesom i det Hele Juristerne — i Modsætningsforhold til den altfor store Tilbøjelighed hos Lægerne til at anse Personer, der vare under Indflydelse af sygelig-urigtige Forestillinger, for utilregnelige, og han tiltræder for sit Vedkommende ganske den Opfattelse, som fulgtes af Domstolene, nemlig at „hvor den formentlige Sindsforstyrrelse ikke staaer i Forbindelse med nogen Kjendsgjerning af legemlig Sygdom eller Desorganisation, ere Læger i Almindelighed ikke bedre end andre fornuftige og oplyste Mænd i Stand til at bedømme Spørgsmaalet, og at navnlig de Dommere, som optage Forhørene over den Paagjældende, maa kunne afgive et ligesaa sikkert Skjøn derover som en Læge, der har langt mindre Lejlighed til at lære ham at kjende, og navnlig end Sundhedscollegiet, der kun har Acterne at gaae efter ¹⁾“. Han mener derfor, at det,

¹⁾ Jfr. herved Kants besynderlige Mening, at hverken Juri-

naar ingen legemlige Sygdomssymptomer forefindes, er aldeles i sin Orden, at Domstolene afgjøre slige Tilfælde uden nogen Mellemkomst af Læger, og at de, selv om Lægeskjøn er indhentet, ikke kunne være bundne ved dette, hvorfor han anser det for en Fejl i den nyere Rettergangsbrug, at man tillægger Lægerne en altfor afgjørende Indflydelse paa disse Spørgsmaals Afgjørelse. Imidlertid erkjendte han dog i det nævnte Skrift fra sine sidste Leveaar, at man her befinder sig paa et uudgrundeligt Gebet, hvor der idelig vil herske Usikkerhed og Meningsforskjel, og at det derfor er naturligt, at menneskekjærlige Læger og Dommere ville være ængstelige ved at udtale en Mening, som vilde føre den Anklagede paa Skafottet, saalænge der dog er nogen Uklarhed tilstede. „Denne i sig hæderlige og prisværdige Følelse kan en ubøjelig Retsrigorisme dog neppe nogensinde overvinde“, og derfor bør Lovgivningen efter hans Mening hellere lempe sig noget efter den. I Henhold til denne Betragtning havde han allerede som Medlem af Cancelliet taget Ordet for en Lovbestemmelse, som bemyndigede Domstolene til at formilde den Dødsstraf, som ellers maatte være fastsat, til Frihedsstraf, naar Omstændighederne give Grund til at antage, at Gjerningsmanden, skjøndt ikke uden Bevidsthed om den foretagne Handlings Strafverdighed, dog ikke havde været i saadan Besiddelse af Fornuftens fri Brug, at han ved dens Kraft var i Stand til at beherske de Tilbøjeligheder, der havde ledet ham til Forbrydelsen. I Aarene 1833—35 blev Spørgsmaalet behandlet, men skjøndt Cancelliet oprindeligt havde sluttet sig til Forslaget om en saadan Lovbestemmelse, og Højesteret, hvis Betænkning blev

ster eller Læger, men det philosophiske Facultet skulde afgjøre slige Spørgsmaal, jfr. l. c. S. 223 Note.

indhentet, ogsaa i Principet havde været enig deri, ja, endog vilde gaae noget videre, fik Cancelliet dog senere Betænkeligheder, og Sagen blev sluttelig henlagt uden at blive forelagt Kongen¹). Imidlertid maa det vel erindres, at Ø. i denne Forbindelse kun taler om det legislative Spørgsmaal om Tilstedeligheden af at nedsætte de sædvanlige Straffe paa Grund af ufuldstændig Tilregnelighed; thi med Hensyn til den gjældende Ret havde han netop bidraget væsentlig til, at Antagelsen af en saadan Mellemvej, som havende den juridiske Conseqvents imod sig, blev forkastet baade i Theori og Praxis, hvor man til en vis Periode havde kjendt Exempler paa den, og heri forandrede han ikke sin Mening, hvorfor ogsaa F. C. Borne-mann i Saml. Skr. 3 B. S. 219—22 endnu betragter ham som Repræsentant for den Mening, der udelukkede Begrebet ufuldstændig Tilregnelighed i den da gjældende Ret.

Ved Begyndelsen af dette Aarhundrede herskede der endnu Usikkerhed mellem Juristerne angaaende det Omraade, inden hvilket de egentlig criminalprocessuelle Regler skulle være gjældende, idet nogle indskrænkede dem til Forbrydelser af det mere betydelige Slags. Man gjorde Forskjel paa Delinquent- og Justitssager og mente, at hine Regler, navnlig saaledes som de vare opstillede i Frd. 3 Juni 1796, 9 Cap., kun angik de første. Herved støttede man sig navnlig paa, at Frd.s § 25, der staaer i Spidsen for samtlige Bestemmelser om Misgjerningssagers Forfølgning, gaaer ud fra den Forudsætning, at den Sigtede er fængslet,

¹) Jfr. Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 226—27, Cskr. 11 Mai 1833 samt Cancelliets Archiv. Først ved Straffelovens § 39 realiseredes Tanken, men iøvrigt i en større Udstrækning, end Ø. vilde tilstede.

hvilket ogsaa gjentages i § 27, og denne Forudsætning, — mente man, — fortsættes gjennem alle de følgende Paragrafer. At Cancelliet ogsaa var inde paa at opstille en Adskillelse mellem Delinquent- og Justits-sager, synes at fremgaae af Cancelliskrivelse af 17 Juni 1807. Om dette vigtige Æmne fik Ø. Lejlighed til at yttre sig i en af ham forfattet Betænkning, som i Aaret 1810 afgaves af Hof- og Stadsretten nærmest angaaende det Spørgsmaal, om der i enhver af det Offentlige anlagt Sag skal beskikkes Tiltalte en Defensor.¹⁾ I denne Betænkning gjendriver Ø. den ældre Opfattelse, hvorefter der gjordes Forskjel mellem større og mindre offentlige Straffesager, og han paaviser, at der ikke er nogen Grund til at indskrænke de i Frd. 3 Juni 1796, 9 Cap., givne Regler til Sager, hvori den Sigtede er fængslet. Heller ikke gives der noget andet Kriterium, hvorefter man uden fuldstændig Vilkaarlighed kan dele de offentlige Straffesager i de større, som kunde benævnes Delinquent- eller Misgjeringssager, og de mindre, som kunde benævnes blotte Justitssager. Derfor kom Ø. ogsaa til det Resultat, at der af Øvrigheden bør beskikkes en Defensor for enhver, der af det Offentlige tiltales for en Overtrædelse af Straffelovene, som ikke kan henføres til Politiforseelser, saafremt han ikke selv vil og kan besørge sit Forsvar, dog at det, hvor han ikke er fængslet, ej er fornødent strax og ved Actors Udnævnelse tillige at beskikke en Defensor, men at dette kan udsættes, indtil det erfares, om den Tiltalte ikke paa anden Maade selv besørger sig forsvaret.

Uagtet Ø. saaledes opstillede den Sætning som Hovedregel, at de samme Procesformer benyttes i alle Sager, som ved Justits- og Politivæsenets Foranstalt-

¹⁾ Trykt i Jur. Arch. 26 B. S. 142 og i Arch. f. Retsv. 6 B. S. 407.

ning anlægges mod Lovens Overtrædere, forsaavidt det ikke særlig er anordnet, at de skulle behandles politiretsvis¹⁾, og at det i saa Henseende ikke kommer an paa, om der under Sagen kan blive Spørgsmaal om en større eller en mindre Straf, — en Opfattelse, som siden har været antaget af alle —, var det dog ikke hans Mening, at det skulde være uden al Indflydelse paa en Justitssags Behandling, om Sigtede derunder er arresteret eller ikke. Ligesom det allerede ovenfor er bemærket, at det, naar Sigtede ikke er arresteret, kunde beroe med Defensors Beskikkelse, indtil det viste sig, om han selv vilde sørge for sit Forsvar, saaledes var det ikke heller Meningen med den anførte Betænkning at paastaae, at der i de Sager, hvorunder der blot var Spørgsmaal om Bøder, kan bruges de samme Tvangsmidler for at skaffe den Paagjældende til Stede eller bringe ham til at svare paa de forelagte Spørgsmaal som i mere betydelige Sager.²⁾

Angaaende Forholdet mellem Øvrigheden, navnlig i dens Egenskab som Anklagemagt, og Domstolene bidrog Ø. til at skaffe Klarhed paa flere Puncter. Navnlig indskærpede han, at den Omstændighed, at Øvrigheden foreløbig har taget en eller anden Beslutning i et Anliggende, hvis endelige Afgjørelse ikke tilkommer den, ikke kan hindre Domstolene i, naar Sagen forelægges dem, at afgjøre den efter deres Opfattelse af Lovene, selv om de herved komme til et Resultat, som staaer i Strid med Øvrighedens Mening.

¹⁾ Om Begrebet Politisager udtaler Ø. sig paa flere Steder, jfr. saaledes Hdbg. 3 B. S. 110 ff., Jur. Arch. 29 B. S. 174.

²⁾ Angaaende en urigtig Anvendelse af Rscr. 23 Oct. 1795, se Jur. Arch. 11 B. S. 77 og Arch. f. Retsv. 3 B. S. 270 samt Jur. Tdsk. 5 B. 2 H. S. 20.

Han hævdede saaledes Grundsætningen om Domstolenes Uafhængighed paa deres Omraade, en Sætning, der vel nok i sin Almindelighed var anerkjendt allerede dengang, men dog ikke fulgt ud accepteret i alle dens Conseqventser. Det blev saaledes anset for tvivlsomt, om Domstolene, naar Øvrigheden havde sat en Person under offentlig Tiltale for et Forhold, som ikke egnede sig hertil, ikke alligevel maatte være forpligtede til at paakjende det. I en Afhandling i Jur. Maanedstid. f. 1803, 3 H. S. 293 godtgjorde Ø. imidlertid, at dette var grundet i en Misforstaaelse af Øvrighedens Uafhængighed af Domstolene, og at Retten ved at afvise en saadan Sag ikke vilde overskride Grændserne for sin Myndighed, en Tanke, som kan gives Udtryk ved „at frifinde for Justitiens Tiltale“, hvilken Form han selv senere som Medlem af Hof- og Stadsretten bragte i Forslag i sine Vota, og det blev fremhævet af ham, at det Anførte maa gjælde, hvad enten Befalingen til Justitssags Anlæg er udstedt af den sædvanlige Øvrighed eller af Cancelliet, ja om end den i enkelte Tilfælde maatte være givet af Kongen selv eller ad mandatum regium, thi selv der kan den blot antages at gaae ud paa Sagens Forfølgning, men ikke paa at binde Domstolene i deres Paakjendelse; kun naar det med Hensyn til en fra Kongen udgaaet Actionsordre maatte være klart, at Meningen virkelig er i det foreliggende Tilfælde at gjøre en Undtagelse fra Lovenes almindelige Bydende, stillede Sagen sig anderledes.¹⁾

Omvendt hævdede Ø. overfor derom herskende Tvivl, at naar Domstolene i Domme eller Kjendelser forbeholde Justitiens eller overhovedet det Offentliges

¹⁾ Jfr. Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 213 og Hdbg. 3 B. S. 18 ff. samt de der citerede Steder.

Ret imod nogen, ligger heri kun en Anmeldelse eller et Vink til Øvrigheden, som denne kan benytte eller lade være at benytte, men ikke nogen judiciel Afgjørelse, hvoraf bl. a. følger, at Øvrigheden ikke ved Appel af den Dom, hvori Forbeholdet er taget, er hindret fra at anlægge Sagen strax. ¹⁾

Paa et i practisk Henseende meget vigtigt Punct har Ø. bidraget til at give vor Criminalproces dens nuværende Form, nemlig forsaauidt Spørgsmaal er om, hvorledes der skal forholdes, naar en eller anden Oplysning efter Overrettens Mening mangler i de ved Underretten behandlede criminelle Sager. At Overretten i saa Fald ved en Reassumtionskjendelse kan paalægge Underdommeren at tilvejebringe de manglende Oplysninger i Stedet for at hjemvise Sagen af den Grund, blev antaget som Regel af de nye i 1805 oprettede Landsoverretter, særlig ifølge Ø.s Indflydelse, skjøndt Frd. 25 Jan. 1805 § 26 egentlig kun foreskriver denne Fremgangsmaade i et enkelt Tilfælde, nemlig naar nærmere Forklaring af Tiltalte anses for nødvendig, idet det antoges, at Analogien af denne Regel kunde anvendes paa andre manglende Oplysninger. ²⁾

Ogsaa med Hensyn til det for Borgernes personlige Frihed saa overordentlig vigtige Spøgsmaal om Varetægtsfængsels Anvendelse har Ø. berigtiget ældre Meninger, der om end kun fremsatte i Theorien dog ellers let kunde have faaet Lejlighed til at udøve en skadelig Virkning paa Praxis. Det lærtes saaledes af Hurtigkarl, at den Sigtete kun i Bødesager kunde fritages for Varetægtsfængsel imod at stille Caution, men ikke i Sager, der kunde falde ud til større Straf.

¹⁾ Jfr. l. c. S. 214, Hdbg. 3 B. 57 fl.

²⁾ Jfr. Af mit Livs og min Tids Historie I. B. S. 211—13.

Denne for den personlige Frihed meget ugunstige Anskuelse modsiger Ø., og han godtgjør, at den ikke har Medhold hverken i Lovene eller i Sagens Natur, ligesom den heller ikke, saaledes som Hurtigkarl synes at mene, følges i Praxis.¹⁾ Derimod tager Ø. Ordet for den størst mulige Frihed i Bedømmelsen af det Spørgsmaal, om Sigtede bør fængsles, eller om han kan løslades mod Sikkerhedsstillelse, ligesom han fremhæver, at der ofte, endog uden speciel Sikkerhedsstillelse, i Sigtedes hele Stilling og Forhold kan ligge en tilstrækkelig Betryggelse for, at han bliver tilstede.

Angaaende de Æmner, som pleje at henregnes til Processens almindelige Del, haves der kun nogle enkelte Afhandlinger af Ø., men derimod flere spredte Bidrag rundt om i hans Skrifter, saa at det i det hele taget kan siges, at han ogsaa i denne Gren af Videnskaben har ydet betydelige Bidrag til dens Udvikling.

Forholdet mellem Øvrigheden og Domstolene har han behandlet i Begyndelsen af Hdbg. 3 B., og bl. de herhen hørende Materier har han navnlig sysselsat sig med det bekjendte Spørgsmaal, om Anker over, at Øvrigheden har overskredet Grændserne for sin Mynighed, kunne indbringes for Domstolene af den Privatmand, som anser sig for krænket ved Øvrighedens Foretagender. Efter at han først i Forbigaaende havde udtalt sig om Spørgsmaalet i Jur. Tdskr. 3 B. 2 H. S. 11—12, hvor han havde anført Instruxerne for Kjøbenhavns Magistrat af 28 Aug. 1795 § 29 og for Magistraten i Christiania af 14 Sept. 1798 § 26 som Exempler paa

¹⁾ Jfr. Hdbg. 6 B. S. 373 ff.

Tilfælde, hvor et specielt Rescript eller en speciel Resolution maa antages at indeholde Hjemmel for en almindelig Retsregel, gjældende ogsaa uden for det Omraade, hvorfor den specielle Bestemmelse er givet, kom han udførligere tilbage til Sagen i Hdbg. 3 B. S. 15 ff. og endvidere i Hdbg. 6 B. S. 532 ff. Overfor den Uklarhed, som tidligere herskede paa dette Omraade, har han paavist, at Tvivlen ikke angaaer Øvrighedens Selvstændighed, forsaavidt den holder sig indenfor sin Myndigheds Grændser, thi derom kan ingen Tvivl være, at Domstolene ikke kunne udøve nogen censurerende Bedømmelse i saa Henseende, da dette vilde være ensbetydende med at stille Øvrigheden i det Hele under Domstolene, men at Tvivlen angaaer Spørgsmaalet om, hvem det tilkommer at afgjøre, om Øvrigheden har overskredet Grændserne for sin Myndighed til Forurettelse for en Privatperson. Derom kunde der vel forhen være Tvivl¹⁾, men ved den i de nævnte Magistratsinstruxer af 1795 og 1798 givne Fortolkning af D. L. 1. 2. 8, N. L. 6, blev det afgjort, at Kongen vil forbeholde sig selv at afgjøre saadanne Conflictsspørgsmaal, hvorved ikke er udelukket, at han i det enkelte Tilfælde kan tillade eller endog udtrykkeligt henvise til Afgjørelse ved Rettergang, naar vedkommende Private andrager herom. Vel blev det bestridt, at de nævnte Instruxer virkelig indeholdt en bindende Afgjørelse af Spørgsmaalet, og i Følge heraf blev det paastaet, at Domstolene maatte have beholdt den dem ifølge den ældre Tingenes Orden formentlig tilkommende Ret til at afgjøre Spørgsmaalet i Relation til den klagende Private, men Ø. imødegik navnlig i Hdbg.

¹⁾ Jfr. herved Aschehoug Norges nuværende Statsforfatning 3 B. S. 330 ff.

6 B. l. c. denne Anskuelse og hævdede, dels at det ikke var muligt at komme fra, at Instruxerne af 1795 og 1798 indeholdt en virkelig autentisk Fortolkning af den ældre Lovgivnings Bestemmelser, i hvilken Henseende han bemærkede, at D. L. 1. 2. 8 ikke var nævnet som det Lovbud, der umiddelbart indeholdt den bindende Forskrift, men kun som et Lovbud, hvori den herskende Regel var forudsat, hvorhos han oplyste, at det ogsaa er historisk vist, at det var Hensigten at afgjøre Spørgsmaalet i Almindelighed ved de nævnte Instruxer, dels at, selv om man ikke havde haft den i dem indeholdte Udtalelse af Lovgiveren, maatte dog det samme Resultat antages som det med Sagens Natur stemmende, der derfor maatte gjælde, naar ikke Lovgivningen fastsatte noget andet. Støttet paa Ø.s Autoritet blev denne Opfattelse den gjældende Ret indtil Grundloven af 5 Juni 1849¹⁾. I Forbindelse hermed undersøger han nærmere, hvad der skal forstaaes ved „Øvrigheds-Embede“, og medens han paa den ene Side herfra udelukker Kongen og hans nærmeste raadgivende Myndighed, Geheimstatsraadet, gjør han paa den anden Side opmærksom paa, at ikke ethvert Embede falder ind under Begrebet Øvrighed, og at derfor den, der er forurettet af en Embedsmand, ikke er udelukket fra at søge Domstolens Hjælp, naar det ikke har været en Øvrighedsmyndighed, som blev udøvet.

Angaaende Dommere og disses Egenskaber meddeler Ø. i Forbigaaende adskillige Bemærkninger i Hdbg. 3 B. S. 11 ff. og S. 29 ff., hvor han taler om Embedsmænd i Almindelighed. Særlig fremhæver han, hvad der dengang ikke var almindelig er-

¹⁾ Jfr. Matzens Statsforfatningsret 3 D. S. 191 ff.

kjendt, at det ligger i et Embedes Natur, at Embedsmanden ikke vilkaarlig kan overdrage til andre. at udføre Embedets Forretninger uden vedkommende overordnede Autoritets Samtykke, og at dette i sin fulde Udstrækning gjælder om Retsbetjente, er nærmere paavist i en lille Afhandling i Jur. Tidsskr. 10 B. 1 H. S. 243 ff.¹⁾ Med Hensyn til Spørgsmaalet om, hvorledes Inhabilitetsindsigelse gjøres gjældende mod en Dommer, haves en Afhandling af ham i Jur. Arch. 14 B. S. 172 ff. og i Archiv for Retsv. 5 B. S. 496. Hovedgjenstanden for denne er overfor ældre urigtige Meninger at godtgjøre, at det kun er de specielle Inhabilitetsindsigelse, som Parten er berettiget til ved Protocollen at fremsætte mod Dommeren, og som denne derefter under Ansvar for højere Ret, til hvilken Afgjørelsen kan indankes, selv kan erkjende eller forkaste, men at dette ikke gjælder om de saakaldte almindelige Inhabilitetsgrunde, og at disse alene kunne gjøres gjældende ved Henvendelse til de højere administrative Myndigheder, som ville have at afgjøre, om der i Anledning af de angivne Mangler hos Dommeren er Grund til at remove ham fra Forretningerne ved at afskedige eller suspendere ham. Mere lejlighedsvis kommer Ø. i Slutningen af denne Afhandling til at udtale sig om Synspunctet, hvorefter det bør afgjøres, om en Dommer lider af en speciel Inhabilitet

¹⁾ At slig Fuldmægtig, selv naar han er autoriseret af Retsbetjentens Foresatte, handler paa dennes An- og Tilsvær, forsaaavidt det civilretlige Ansvar betræffer, men at Retsbetjenten ikke kan straffes for de Forseelser, Fuldmægtigen begaaer, naar han ej er delagtig i disse og ikke heller har forsømt pligtmæssigt Tilsyn, derom taler Ø. i Nyt iur. Arch. 22 B. S. 118, Jur. Tidsskr. 4 B. 2 H. S. 15 og Hdbg. 3 B. S. 12.

i den enkelte Sag, saa at han enten kan eller skal vige sit Sæde. Det gjøres her med Føie gjældende, at de Omstændigheder, som medføre Inhabilitet hos et Vidne, i alle Tilfælde maa have samme Virkning med Hensyn til en Dommer, og at Lovgivningen endog i Overensstemmelse med rigtige Grundsætninger stiller strængere Fordringer til en Dommers Sinceritet end til et Vidnes, hvorfor Ø. mener at kunne udtale, at det efter Lovgivningens Grundsætninger og Analogier ikke kan være tvivlsomt, at en saadan fjernere Interesse i Sagen, der ikke berøver nogen Vidnedygtighed, kan komme i Betragtning til at hjemle Indsigelser mod en Dommer. Hermed kan sammenholdes, hvad der i Haandbg. 1 B. S. 293, jfr. 410, bemærkes om analogisk Anvendelse af D. L. 1. 13. 15 paa Dommere.

Angaaende Dommeres Ansvar for deres Embedshandlinger til Straf og til Erstatning og navnlig angaaende Fortolkningen af de Lovbud, som indtil den nye Straffelov gjaldt herom, især D. L. 1. 5. 3, 1. 5. 9 og 1. 24. 35, Frd. 23 Oct. 1700 og Frd. 23 Decbr. 1735 §§ 4 og 5, haves en fortrinlig Afhandling fra Aaret 1815 i N. jur. Arch. 13 B. S. 120 ff., hvor Ø., overfor den da herskende uklare og tildels urigtige Doctrin og en temmelig usikker Praxis, med Klarhed og Skarp-sindighed uddrog de rigtige Fortolkningsresultater af Lovbestemmelserne og derved grundlagde denne hele Lære saaledes, som den i Theori og Praxis anerkjendtes, indtil den ved den ovennævnte almindelige borgerlige Straffelov fik et andet positivt Grundlag, uden forresten at undergaae nogen væsentlig Forandring i Henseende til Principerne. Det er Ø., som klart har paavist, at D. L. 1. 5. 3, 1ste Membrum, hvorledes man nu end vil forklare de enkelte Ord og Udtryk i den, omhandler Dommerens culpa og vel endog kun den grovere, medens 2det Membrum alene angaaer dolus, hvad enten denne be-

vises ved særskilte udvortes Facta, f. Ex. Bestikkelse, eller alene kan kjendes af Dommens øiensynlige Uretfærdighed, og at Lovbogen som en Følge heraf opstiller den Grundsætning, at Dommeren udenfor særegne lovhjemlede Undtagelsestilfælde ikke straffes for Uagtsomhed, men at han kun derved paadrager sig Erstatningsansvar, og det endda kun, hvis Uagtsomheden kan betegnes som grov, men at han ingenlunde kan drages til Ansvar hverken i den ene eller den anden Henseende, blot fordi Overdomstolene forandre hans Afgjørelser. I Forbindelse hermed stiller han de i sig uklare Bestemmelser i Frd. 23 Decbr. 1735 § 4 i det rette Lys, idet han paaviser, paa den ene Side, at det, trods enkelte uheldige Udtryk i Lovens Text, umuligt kan antages, at Frd. angaaer forsætlig Uretfærdighed, paa den anden Side, at den kun deri skærper Loven, at den indfører Straf for grovere Uagtsomhed i visse Tilfælde, uden ellers at forandre Hovedreglen i 1. 5. 3, nemlig at der ikke anvendes Straf for blot Uagtsomhed.

Hele denne Undersøgelse om Dommeres Ansvar har en særegen og videre rækkende Betydning, fordi Ø. i den har angivet det rette Synspunct, fra hvilket Spørgsmaalet om Uagtsomhed bør bedømmes ikke blot med Hensyn til Dommere og andre Rettens Betjente, men ogsaa med Hensyn til administrative Embedsmænd, og derved tilveiebragt Klarhed angaaende denne vigtige Gjenstand, hvorover der forhen havde hersket stor Usikkerhed. Han har nemlig paavist, at Sætningen „error juris semper nocet“ ikke kan gjælde overfor Dommere, hvis Hverv det er at anvende Lovene, og som ikke i Tvivltilfælde kunne afholde sig fra at handle eller kunne indhente høiere Ordre, om end Sagen er nok saa vanskelig og tvivlsom, men at der ikke kan paalægges dem Ansvar, medmindre enten

Svig eller nogen særegen Uagtsomhed kan lægges dem til Last, og ingenlunde, blot fordi de have havt en feilagtig, af Overdomstolene underkjendt Mening om de juridiske Spørgsmaal i Sagen. Denne Betragtningmaade finder en udstrakt Anvendelse ikke blot med Hensyn til Dommere og andre Rettens Betjente, men ogsaa med Hensyn til de administrative Embedsmænd, som have det tilfældes med Dommere, at de ere forpligtede til at handle, i mange Tilfælde endog øieblikkelig, og i deres Virksomhed, forsaavidt den er reguleret ved Love, maa fortolke og anvende disse efter bedste Skjøn, jfr. Bemærkningerne i Afhandlingen om Embedsmænds Forbrydelser i Jur. Tidsskr. 4 B. 2 H. S. 38—39.

De fra 1. 5. 3 abstraherede Grundsætninger, hvorefter kun Forsæt og Uagtsomhed, men ikke den urigtige Afgjørelse af Retsspørgsmaalet i og for sig paadrager Ansvar til Erstatning og efter Omstændighederne til Straf, ere derefter ikke blot blevne ansete anvendelige i alle ulovbestemte Tilfælde af denne Art, men man har forstaaet de andre Bestemmelser i Lovbogen om Dommeres og andre Retsbetjentes Ansvar, navnlig 1. 5. 9 og 1. 24. 35, i Overensstemmelse med dem og derfor, uagtet de almindelige Udtryk, hvoraf disse Lovbud betjene sig, ikke anset dem for anvendelige, undtagen hvor Dommeren eller Fogeden paa tilregnelig Maade har overtraadt sin Pligt. Kun med Hensyn til 1. 21. 4 har man været i Tvivl, og navnlig har Ø. hørt til dem, som forstaa denne Art. saaledes, at den gjør Fogden personlig medansvarlig med Rekvirenten for Arrestens Lovlighed, men ogsaa til Gjengæld giver ham en ubetinget Ret til at kræve Sikkerhedsstillelse, forinden han foretager Arresten, for at han ad denne Vei kan dække sig for An-

svaret¹⁾. At der ved Siden af disse almindelige Regler om Dommeres Ansvar er givet en Del særegne Forskrifter, som ubetinget sætte Straf for enkelte bestemte Forglemmelser eller Forsømmelser, f. Ex 1. 5. 8, 13, 19, Frd. 3 Juni 1796 §§ 33 og 35 o. fl., er naturligvis ikke overseet, men ogsaa disse ere gjorte til Gjenstand for Behandling, og deres Indhold og Rækkevidde omhyggelig bestemt. I Slutningen af den citerede Afhandling behandles det practisk vigtige Spørgsmaal, hvorledes det forholder sig med Bevisbyrden i Sager, hvor Erstatning søges hos en Retsbetjent i Anledning af begaaede Feil i hans Embedsforretningers Udførelse, og det paavises i saa Henseende, at ogsaa her den almindelige Regel maa gjælde, hvorefter det ikke er nok, at der sees at være begaaet en tilregnelig Feil af Dommeren, som ifølge sin almindelige Beskaffenhed er egnet til at paadrage Erstatningspligt, men det maa være dens Sag, der søger Erstatning, at bevise, at den lidte Skade virkelig kan henføres til den begaaede Feil som dens Aarsag, og det kan ikke paahvile den feilende Retsbetjent at bevise, at der ingen Causalitetsforbindelse er mellem Feilen og den indtraadte Skade, medmindre særlige Lovbestemmelser opstille en Formodning i denne Retning.

Angaaende Rettergangsfuldmægtige og navnlig Sagførere har Ø. paa flere Steder havt Leilighed til at gjøre Bemærkninger, som have faaet Indflydelse paa Doctrin og Praxis.

Saaledes har han i en af ham affattet Hof- og Stadsrets-Betænkning fra Aaret 1807²⁾ nærmere udtalt sig angaaende det practisk vigtige Spørgsmaal, hvorvidt Sagførernes Eneret til at udføre andres Sager for

¹⁾ Jfr. en Afhandl. i Arch. f. Retsv. 5 B. S. 491 ff.

²⁾ Trykt i Arch. f. Retsv. 6 B. S. 394 ff.

Retten strækker sig, og navnlig har han opstillet og begrundet den Mening, som senere altid er bleven fulgt i Danmark¹⁾, nemlig at Sagførernes Eneret kun strækker sig til at give Møde i Retten for andre, men at det derimod ikke kan formenes Parterne at lade Indlæg og andre Processkrifter forfatte af hvem de ville, naar de kun produceres i Retten enten af Parten selv eller en til at gaae i Rette for ham ved den paa-gjældende Domstol berettiget Person. Endvidere har Ø. i sine Bemærkninger om Fuldmagt i Hdbg. 6 B. paa flere Steder berørt Spørgsmaal, som ere af Vigtighed med Hensyn til Sagførere. Saaledes angaaende hvorledes en Sagfører skal legitimere sig som antaget til at føre en Sag, l. c. S. 32, angaaende Udstrækningen af det Mandat, som i Mangel af udtrykkelig Tilkjendegivelse maa antages at være givet Sagføreren, l. c. S. 35, angaaende Sagføreren Ret til at substituere en anden i sit Sted, l. c. S. 42, om Sagføreres Salair, l. c. S. 47, og i alle disse Puncter har han fjernet ældre Misforstaaelser og givet en Løsning af Spørgsmaalene, der har fundet Bifald hos senere Forfattere.

Til Læren om Værnething har Ø. ydet et vigtigt Bidrag i en udførlig Afhandling fra Aarene 1819 og 1820 angaaende „det Værnething, hvorved Forbrydelser bør paatales og paakjendes“ i N. jur. Arch. 29 B. S. 218 ff. og 30 B. S. 189 ff. Førend den Tid var der ikke gjort noget Forsøg paa at opløse de Vanskeligheder, som Lovstedernes Indhold frembyder, Vanskeligheder, som de ældre Forfattere end ikke syntes at have bemærket²⁾. Ifølge en ældre Terminologi, der hyppigt benyttes i Lovgivningen, tager Ø. Ordet Værnething i

¹⁾ I Norge har en anden Opfattelse gjort sig gjældende, jfr. Schweigaards norske Proces 1 B. S. 126.

²⁾ Jfr. saaledes Nørregaard § 1637.

den videre Betydning, hvorefter det indbefatter Special-jurisdictionerne, forsaavidt de ere begrundede i Hensyn til Personerne; hans Afhandling medtager derfor Spørgsmaalet om Omfanget af geistlig og militair Jurisdiction saavel som de saakaldte personlig privilegerede Værnething i egentlig Forstand ifølge D. L. 1. 2. 11 og 12.

Efter at have forudskikket nogle Bemærkninger af mere almindelig historisk Natur om de Synspuncter, som gjøre sig gjældende ved Bestemmelsen af Stedet, hvor en Forbrydelse bør paatales, underkaster Ø. Forskrifterne i Chr. 5. Lov, navnlig 1. 2. 19 og 24, en nøjere Undersøgelse, idet han dels oplyser Forholdet mellem disse Artikler indbyrdes og bestemmer dette derhen, at 1. 2. 24 kun angaaer det Tilfælde, at Tiltalte er fængslet, hvorimod 1. 2. 19 og det der omhandlede Valg mellem Gjerningsstedet og Hjemstedet finder Anvendelse overalt, hvor Tiltalte ikke er arrestabel, selv om Sagen efter den nyere Lovgivnings Regler forfølges af det Offentlige, dels paaviser han de Fortolkningsvanskeligheder, som navnlig 1. 2. 24 frembyder, forsaavidt som det kunde synes, at Slutningen af Artiklen forudsætter Paagribelsesværnethinget, medens Begyndelsen af den foreskriver Gjerningsstedets Værnething, hvilke Vanskeligheder dog for Danmarks Vedkommende ere hævede ved Frd. 3 Juni 1746 § 4, medens der derimod, da denne Frd. kun gjælder for Danmark, kunde rejses Tvivl for Norges Vedkommende; dernæst paavises det, at der, uanset Reglen i 1. 2. 24 og Frd. 1746 § 4, dog gives visse Tilfælde, hvor Paagribelsesstedets Værnething efter Sagens Natur og Lovgivningens Forudsætninger kommer til Anvendelse, nemlig naar det er factisk uvist, i hvilken Jurisdiction Forbrydelsen er begaaet, og naar Forbrydelsen er begaaet udenfor Landets Grændser, men dog skal paa-

tales her, hvilken sidste Regel imidlertid ikke gjaldt overfor Hertugdømmerne Slesvig og Holsteen. Foruden i en Del specielle Tilfælde, som forekomme i enkelte særlige Lovbud, finder fremdeles Paagribelsesstedets Værnething en vigtig Anvendelse ifølge Frd. 3 Juni 1746 § 6, der for det Tilfælde, at den Paagjældende har begaaet Forbrydelser under forskjellige Jurisdictioner, bestemmer, at han skal dømmes ved den Jurisdiction, hvor den Gjerning, som har givet Anledning til Paagribelsen, er foregaaet, hvad heller samme først eller sidst er begaaet, hvilken Bestemmelse Ø. søger at forene med den afvigende Forskrift i Frd. 21 Mai 1751 § 6 derved, at sidstnævnte Bestemmelse antages at angaae de Tilfælde, hvori den, der gribes i en Jurisdiction for en der begaaet Forbrydelse, allerede forud var hæftet ved en anden Jurisdiction, fra hvilken han var undvegen eller dog stod under Tiltale. Endvidere paaviser Ø., at Reglen i Frd. 1746 § 6 maa anvendes i visse Tilfælde, hvor Jurisdictionens Forskjellighed ikke er grundet paa de forskjellige Steder, hvor Forbrydelsen er begaaet, men har en anden Aarsag, saasom naar nogen, der tiltales ved civil Ret, befindes forhen, medens han stod under militair Ret, at have begaaet Forbrydelser, som dog ikke ere af militair Natur, eller naar den, der tiltales under en Justitssag, befindes tillige at have gjort sig skyldig i Politiforseelser. Forsaavidt angaaer Spørgsmaalet om, hvor de i en Forbrydelse Medskyldige skulle tiltales, naar deres forbryderiske Virksomhed falder i forskjellige Jurisdictioner, manglede der, da Ø. skrev, den positive Regel, som senere er givet ved Frd. 29 November 1837 § 5, og hans Undersøgelser af dette Tilfælde have derfor tabt practisk Betydning. At iøvrigt Reglerne for det criminelle Værnething ikke ere af en ufravigelig Charakter, men at der ved Be-

villinger, meddelte af Cancelliet ad mandatum i Henhold til Kgl. Resol. af 4de Juli 1800, kan gjøres Undtagelser fra dem af Hensigtsmæssighedshensyn, er naturligvis fremhævet.

Endelig foretager Ø. i den nævnte Afhandling ikke blot en udførlig Undersøgelse om det dengang Adelen (saavel den lavere som den høiere) tilkommende privilegerede Værnething ifølge D L. 1. 2. 11 og 12; men han giver tillige den første nøiagtige og videnskabelige Bestemmelse af den militaire og den geistlige Jurisdictionens Omfang og Grændser, et Æmne, som senere er udførligere behandlet af andre, f. Ex. Scheel og Hansen ¹⁾).

Angaaende de øvrige Værnethingssspørgsmaal har Ø. leilighedsvis udtalt sig paa flere Steder, f. Ex. i Hdbg. 1 B. S. 382 (om Fortolkningen af 1. 2. 21.), S. 415 (om Fortolkningen af 1. 2. 14), 3 B. S. 163 (om Contrasøgsmaals-Værnething), 6 B. S. 533 (om Fortolkningen af 1. 2. 8) o. fl. a. St. Endelig har han i en lille Afhandling i Jur. Arch. 15 B. S. 215 ff. behandlet Spørgsmaalet om prorogeret Værnething, derunder indbefattet Spørgsmaalet, om der kan prorogeres fra en Specialret til den almindelige Ret og omvendt.

Til Processens almindelige Deel kunne endvidere henregnes de Undersøgelser, der af Ø. ere anstillede

¹⁾ Spørgsmaalet om der ved Hof- og Stadsretten kunde indtales Erstatning i Anledning af en Forbrydelse, hvis Paakjendelse hørte under militair Ret ifølge Pl. 10 Juni 1778, er behandlet i en lille Afhandling i Archiv for Retsvidenskab 6 B. S. 263, jfr. N. jur. Archiv 22 B. S. 177 ff., hvor det i det Hele er paavist, at der ikke er noget til Hinder for, at Erstatningsspørgsmaalet adskilles fra Straffespørgsmaalet og paakjendes under en anden derfra forskjellig Sag, og at herimod ikke kan hentes nogen Indvending derfra, at saaledes Muligheden er aabnet for uensartede Afgjørelser af det samme Spørgsmaal.

om Forholdet mellem ældre og nyere Love paa det processuelle Omraade, og om det Omfang, hvori der hos os kan være at tage Hensyn til fremmede Proceslove, Æmner, hvorom der før hans Tid saa godt som intet forelaa i vor Literatur.

Angaaende den første af disse Gjenstande har han udtalt sig i Hdbg. 1 B. S. 228—246, hvormed maa sammenholdes S. 209 ff.; han opstiller og gennemfører her i en Række Exempler, tage af vor egen Lovgivning, den almindelig anerkjendte og utvivlsomme Grundsætning, at nye Proceslove ikke blot komme til Anvendelse i alle Retssager, som anlægges efter deres Ikrafttræden, men endog i de allerede før Retterne svævende Sager med Hensyn til de efter Lovens Ikrafttræden forefaldende Procehandling, og at derfra kun bør gjøres Undtagelse, naar en velgrundet Forventning for Parterne ellers vilde blive tilintetgjort, eller Virkningerne af processuelle Skridt, der vare lovlig foretagne efter den ældre Lovgivning, derved vilde blive forstyrret; i Anvendelsen af disse Grundsætninger, gaaer Ø. imidlertid betydeligt videre, end de senere Forfattere, og han henregner en Del mere til de velgrundede Forventninger for Parterne, af Hensyn til hvilke man maa gjøre Indskrænkning i nyere Procesloves øieblikkelige Anvendelse, end man nu gjør, hvilket kan sees ved at sammenligne hans Fremstilling med A. W. Scheels' i Privatrettens alm. Del 1 B. S. 348—357.

Den anden af de nævnte Gjenstande berøres i Afhandlingen om fremmed Ret i Eun. 4 B. S. 113—124 jfr. S. 61 og 69, ligesom ogsaa sammesteds S. 124—149 afhandles Spørgsmaalet om en ved et fremmed Tribunal afsagt Doms Retsvirkning heri Landet. Det paavises, at Grundreglen maa være, at vore Domstole i alt, hvad der angaaer Procesmaaden, Bevisførelsen og de executive Tvangs og Sikkerhedsmidler maa følge

de danske Love, selv om Retsforholdet i materiel Henseende skal bedømmes efter fremmed Ret, og at der kun ved saadanne i Udlandet foretagne Bevishandlinger, som afhænge af Parternes frie Forgodtbefindende, kan være Tale om at tage et vist Hensyn til fremmed Lovgivning; paa den anden Side bør de til Bevisførelsen hørende Retshandlinger, som ere optagne i Udlandet, i Reglen tillægges Virkning ved danske Domstole, selv om andre Retsformer end vore ere iagttagne ved dem, naar disse dog ikke tilsidesætte de efter vor Rets Grundsætninger aldeles væsentlige Garantier. Angaaende udenlandske Dømmes Retsvirkninger heri Landet udvikles det nærmere, at de paa den ene Side ikke kunne ganske lades ude af Betragtning — som efter fransk Ret —, men paa den anden Side heller ikke uden videre Prøvelse exequeres. At hos os ingen Execution kan finde Sted umiddelbart efter den fremmede Dom, er klart. Spørgsmaalet bliver kun, om den danske Domstol, for hvem Sagen indbringes, i sin Afgjørelse er bunden ved den fremmede Dom. Med Hensyn her til lægger Ø. rigtigheden Hovedvægten paa, om den fremmede Domstol efter vore Love har havt Competence til at dømme den, over hvem Dommen er gaaet, i den foreliggende Sag, og heri seer han Hovedbetingelsen for, at den danske Domstol kan og skal lægge den fremmede Dom til Grund for sin Afgjørelse; men ved Siden heraf antager han dog, at enkelte andre Betingelser maa komme i Betragtning, f. Ex. at der ikke kan gives Dom for noget, som er absolut utilstedeligt efter vor Ret¹⁾. Denne Ø.'s Lære om udenlandske Dømmes Retsvirkning er i alt Væsentligt den, som siden har holdt

¹⁾ Hermed kan sammenlignes hans Anmeldelse af Feuerbachs i dennes Themis optagne Afhandling om dette Æmne, jfr. N. jur. Arch. 4 B. S. 165 ff.

sig i vor Literatur, og turde vel ogsaa være den eneste, som i Mangel af positive Retsregler kan opstilles, saafremt man ikke ganske vil afsee fra den udenlandske Domstols Afgjørelse.

Endnu kan i Forbindelse med Processens almindelige Del nævnes, at Ø. har givet en udførlig Undersøgelse af de Spørgsmaal, som Lovgivningen om Forligsvæsenet fremkalder, først i nogle i Vinteren 1806—1807 i Selskabet for tilstundende juridiske Embedsmænds practiske Uddannelse holdte Forelæsninger, optagne i Jur. Arch. 11, 14 og 17 B., senere i en større Afhandling i Arch. f. Retsv. 2 B. S. 413—556, i hvilken de nævnte Forelæsninger ere omarbejdede og udvidede ved adskillige nye Undersøgelser. I Forbindelse hermed har han i en Afhandling i Jur. Tdskr. 11 B. 1 H. S. 1—87 meddelt den norske Forligslov af 20 Juli 1824 med tilføiede Bemærkninger og Sammenligninger med den danske. Ved samtlige disse Arbejder har han saa udtømmende og afgjørende besvaret de mange og practisk vigtige Spørgsmaal, som denne Lovgivning foranlediger, at der for senere Forfattere, der have behandlet denne Materie, ikke har været meget andet at gjøre end at excerpere hans vidtløftige Afhandling derom.

Til Foged-, Auctions- og Skifteproceduren foreligger der kun mindre Bidrag i Ø.'s Skrifter, men forresten kan det ogsaa her siges, at han gjennem sin practiske Embedsvirksomhed har deltaget i Affattelsen af en Mængde Domme og Cancelliskrivelser angaaende herhen hørende Spørgsmaal og saaledes middelbart udøvet Indflydelse paa Udviklingen af Theori og Praxis.

Hvad angaaer Arrest før Dom og Forbud, har Ø. ydet et Par ikke uvæsentlige Bidrag til Læren herom, nemlig dels en Afhandling i Jur. Arch. 8 B. S. 152 ff. og Arch. f. Retsvidenskab 5 B. S. 475 ff. angaaende den Forsikkring, Reqvirenten af en Arrestforretning i Henhold til D. L. 1. 21. 4 har at tilveiebringe, dels en Afhandling i Jur. Tdskr. 4 B. 1 H. S. 200 angaaende det Spørgsmaal, om det staaer til Creditor paany at gjøre Arrest eller Forbud, efterat den iværksatte Arrest eller Forbudsforretning formedelst Mangel af lovlig Forfølgning er ophævet. Medens det i sidstnævnte Afhandling drøftede Spørgsmaal neppe kan ansees for synderlig tvivlsomt, og Afhandlingen derfor egentlig kun giver en udførlig Begrundelse af en allerede forud af Høiesteret antagen Mening, har derimod det i den førstnævnte Afhandling debatterede Spørgsmaal været anset for et af de tvivlsomste i Arrestlæren, ligesom det ogsaa er et af de vigtigste, da Conseqventsen af den Afgjørelse, man træffer, griber vidt om sig. I Modsætning til Brorson hævder Ø., at den i 1. 21. 4 omhandlede Forsikkring stilles Fogeden til dennes Betyggelse, og at den kun paa indirecte Maade tjener Reqvisitus til Beskjermelse, idet Lovgivningen ordner Forholdet saaledes, at Fogden bliver personlig ansvarlig for Arrestens Lovlighed overfor Reqvisitus, men henvises til atter at dække sig derved, at han ikke er pligtig at foretage Arresten, uden at der først er stillet ham fornøden Sikkerhed for dens Følger. Uagtet dette er en Afvigelse fra de almindelige Regler om Retsbetjentes Ansvar for deres Embedshandlinger, mener dog Ø., at det er den til alle Sider mest betryggende og derfor bedst med Sagens Natur stemmende Ordning, da Reqvisitus ingen bedre Garanti kan faae imod Misbrug af Arrestinstituet og for, at en virkelig og tilstrækkelig Sikkerhedsstillelse finder Sted,

end den, at Fogeden bliver solidarisk med Reqvirenten ansvarlig for Arrestens Lovlighed. Denne Opfattelse har da endvidere til Følge, at Fogeden selv kan bestemme Sikkerhedens Art og Størrelse, uden at Reqvisitus kan stille noget Krav i saa Henseende, og at han som en Følge heraf ogsaa kan rent undlade at fordre nogen saadan, naar han anseer Reqvirenten for tilstrækkelig vederhæftig, medens han paa den anden Side ikke bliver fri for Ansvar, fordi han ved Arrestens Iværksættelse har ladet Reqvirenten stille en saadan Sikkerhed, som fornuftigvis efter Omstændighederne maatte ansees for tilstrækkelig betryggende, naar dog det Modsatte senere viser sig at være Tilfældet. Denne Ø.'s Forstaaelse af 1. 21. 4 var den almindelig antagne og uden Tvivl ogsaa den i Praxis gjældende, indtil den i nyere Tid er bleven bestridt, idet, som bekjendt, baade Bang og Larsen i Procesmaaden § 220 og Schweigaard i den norske Proces 3 B. S. 30 har forsvaret en anden Opfattelse. Men foruden dette Hovedspørgsmaal berører Ø. i den nævnte Afhandling flere vigtige Puncter angaaende de materielle Betingelser for Arrest, og navnlig efterviser han i Modsætning til Brorson, at den Fordring, for hvilken Arrest gjøres, ikke behøver at være bevist i det Øieblik, Arresten foretages, da Arrestatus ikke kan føre nogen Anke, „blot fordi Fordringen den Tid, da Arresten blev iværksat, var ubevist, naar lovligt Bevis senere (under Forfølgningssagen) tilveiebringes, thi han har jo da ikke lidt Forurettelse og kan altsaa ei erholde nogen Godtgjørelse efter 1. 21. 4; bliver Fordringen derimod ikke under Sagens Drift bevist, forstaaer det sig, at Fogeden og Impetranten maa være ansvarlige.“ Denne Betragtning, hvorefter Arresten kun nægtes Fremme, naar det allerede for Fogeden oplyses, at Fordringen er ugrundet, men der iøvrigt ikke kan fordres noget

positivt Bevis eller endog kun nogen Sandsynlighed for den, er vistnok baade i Theori og Praxis nu anerkjendt som den rette, uagtet Bang og Larsen, som det vil erindres, i Procesmaaden § 219 have søgt at gjøre en afvigende Opfattelse gjældende.

Hvad angaaer Læren om Execution og Auction har Ø. kun i Forbigaaende som Noter til Domme og desl. gjort enkelte Bemærkninger angaaende det rent Processuelle¹⁾, hvorimod han med Hensyn til Retsvirkningerne af Udlæg og Afsætning har udførligen udtalt sig paa de betræffende Steder i Haandbogen, f. Ex. 4 B. S. 633 ff., jfr. 5 B. S. 656, og 6 B. S. 251 ff. Angaaende Spørgsmaalet om Maaden, hvorpaa Indsigelser mod en Auction kunne gjøres gjældende, og navnlig om Auctionsforvalterens Ret til at lade sig stille Sikkerhed som Betingelse for Auctionens Fremme eller Nægtelse, har han leilighedsvis gjort nogle Bemærkninger i Hdbg. 6 B. S. 113—115 og S. 686—688.

Med Hensyn til Skifteprocessen gjælder den samme Bemærkning, nemlig at der til det egentlig Processuelle kun haves faa Bidrag af Ø., hvorimod han angaaende de i Skifteretten indgribende civilretlige Spørgsmaal, som nærmest henhøre til Arveretten og Formueretten, har udtalt sig udførligt paa mange Steder, navnlig i Haandbogen. Herom maa der henvises til andre Afdelinger af nærværende Skrift. Som nærmest vedrørende det Processuelle fortjener at fremhæves en lille Afhandling i Jur. Tdskr. 4 B. 1 H. S. 210 ff. angaaende det Spørgsmaal „Skal den Del af Kjøbesummen for faste Eiendomme, som behøves til vedkommende Creditors Betaling, i Sterv- og Concursoer indbetales til Skifteforvalteren“, i hvilken det

¹⁾ F. Ex. Jur. Tidskr. 3 B. 2 H. S. 131.

godtgjøres, at uagtet Underpanthavere gaa ind under Concursbehandlingen og ikke efter den nu gjældende Ret kunne forfølge uafhængigt af denne, ere de dog ikke pligtige at afgive deres Panteforskrivninger i qvitteret Stand til Skifteretten, forinden de selv have faaet Betalingssummen i Hænde, og at de saaledes ikke kunne nødes til at lade en Indbetaling til Skifteretten gjælde som lige med Betaling til dem selv, hvorimod de vel, da de ikke staa udenfor Concursen, maa finde sig i Afdrag i deres Fordringer, forsaavidt saadanne ere fornødne til Dækning af Skifteomkostninger, som gaa forud for dem. Angaaende det i sin Tid meget drøftede Spørgsmaal, om Vindicanter kunne fremsætte deres Udleveringskrav for Skifteretten, eller om sligt Krav skal gjøres gjældende ved Søgmaal i første Instants mod Skifteretten, har Ø. gjort nogle Bemærkninger i Noten til en Dom i Jur. Tdskr. 9 B. 1 H. S. 223, og i Hdbg. 6 B. S. 125—132 er det udførlig paavist, at den Creditor, som vil holde sig til sit haandfaaede Pant alene, ikke har at anmelde sin Fordring for Skifteretten i Debtors Bo, men staaer aldeles udenfor Concursen og forfølger sin Ret uafhængigt af den. Ligeledes kan her nævnes en lille Afhandling i Jur. Tdskr. 6 B. 2 H. S. 240 angaaende Renters Beregning i Concursboer, i hvilken det paavises, at der hverken ifølge Sagens Natur eller vor Lovgivning er nogen Grund til at antage, at Renter ophøre at løbe under Concursbehandlingen, men at disse maa svares fra Fordringens Anmeldelse i Boet endog af Regningskrav og andre Fordringer, der ikke ellers bære Rente.

Til Læren om Appel har Ø. i sine Skrifter kun ydet enkelte mindre Bidrag, men ikke nogen sammenhængende Fremstilling af større Dele af Æmnet. Derimod har han, baade gennem sin Virksomhed som Dommer i Hof- og Stadsretten, der fra Aaret 1805 til lige var Overret for Østifterne, og i Høiesteret, saavel som i sin senere mangeaarige Virksomhed som Medlem af Cancelliet havt Leilighed til at udøve Indflydelse paa Afgjørelsen af en Mængde Spørgsmaal vedkommende Appel baade af civile og især af criminelle Sager, og derigjennem havt en væsentlig Del i Dan- nelsen af den nu gjældende Retspraxis.

De flere urigtige Anskuelser, som i ældre Tid herskede med Hensyn til Forstaaelsen af Frd. 17 Mai 1690, har foranlediget vigtige Undersøgelser og Berigtigelser fra Ø.'s Side. Man var tilbøielig til at antage, at denne Forordning vel forbød særskilt Appel af enhver Interlocutoriekjendelse, men at herfra maatte gjøres Undtagelse i de Tilfælde, som faldt ind under D. L. 1. 6. 19. Men i Jur. Arch. 7 B. S. 183—184 gjorde Ø. opmærksom paa, at naar 1. 6. 19 forstaaes paa den Maade, som dengang var den almindelige, vilde næsten enhver Interlocutoriekjendelse enten af den ene eller af den anden af Parterne kunne betegnes som en Rettens Fornægtelse eller en voldsom Tvang og Forurettelse, og da, som han i en Afhandling i Jur. Arch. 12 B. S. 26 ff. havde vist, denne Lovartikel ikke nøder til umiddelbar Indstævning for Høiesteret, men kun tillader denne, saaledes at Parten ogsaa kan vælge at gaae til Overretten, vilde Frd. 17 Mai 1690 ved en saadan Fortolkning blive saa godt som uskreven.

Idet Ø. derfor gaaer ud fra, at man ikke ved at paaberaabe sig D. L. 1. 6. 19 kan bane sig Adgang til særskilt at appellere nogen Kjendelse, som ikke

egner sig hertil efter Frd. 17 Mai 1690, undersøger han i en Afhandling i *Nyt jur. Arch.* 3 B. S. 1 ff. det særdeles vigtige og vanskelige Spørgsmaal, hvorledes denne Forordning rettest bør forstaaes. Han gaaer herved ud fra, at Frd.s dispositive Del ikke giver nogen tilstrækkelig Veiledning, idet det efter de brugte Ord nærmest maatte antages, at Forordningen angik alle Kjendelser, der afsiges under Sagens Gang, uden Forskjel, men at Nøglen til den rette Forstaaelse faaes ved at see hen til Forordningens Grunde, nemlig at hindre det Ophold i Hovedsagens Gang, som vilde afstedkommes ved Interlocutoriers særskilte Paaanke. Derfor opstiller han det Synspunct for Forordningens Forstaaelse, at den kun har Hensyn til de Kjendelser hvorved Dommeren erklærer sig berettiget til en Virksomhed, som den ene Part har protesteret imod, hvorimod den ikke angaaer de Eragtninger, hvorved Dommeren undslaaer sig for at iværksætte, hvad der af ham begjæres, og denne Hovedbetragtning udfører han nærmere ved at gennemgaae de vigtigste Tilfælde, der kunne forekomme. Kjendelser, hvorved Sagen afvises for visse Deles Vedkommende, kunne derfor særskilt appelleres, da de forsaavidt ere endelig afgjørende og, uagtet de benævnes Kjendelser, i Virkeligheden for de afviste Puncters Vedkommende ere Domme; derimod kunne Kjendelser, hvorved Afvisningspaastande forkastes, ikke særskilt indankes. Kjendelser, hvorved Udsættelse i Sagen nægtes, kunne ikke særskilt appelleres, men derimod nok Kjendelser, hvorved der tilstaaes Udsættelse imod Modpartens Protest. Kjendelser, hvorved et Vidnes Afhørelse nægtes eller visse Vidneqvæstioners Forelæggelse nægtes, kunne paaankes strax, hvorimod Kjendelser, hvorved Vidneførselen tillægges Fremme, ikke kunne særskilt appelleres af vedkommende Part. Derimod betegnes det som en i

Sagens Natur begrundet og ikke ved Forordningens Ord udelukket Regel, at Vidner kunne strax og særskilt paaanke Kjendelser, hvorved det imod deres Protest paalægges dem at forklare. Kjendelser, der ikke staa i en saadan Forbindelse med Hovedsagen, at deres Appel medfører nogen Standsning i denne, antages derimod at kunne paaankes særskilt, naturligvis forsaavidt ikke specielle Lovbestemmelser tale derimod. Disse for Domssager og de dertil hørende Retshandlinger gjældende Regler anvendes ogsaa paa Skifte-, Foged- og Auctionsproceduren. Denne Ø.'s Fortolkning af Frd. 17 Mai 1690, der er optaget af Bang og Larsen i Procesmaaden § 368, har været almindelig fulgt baade i Theori og Praxis indtil den allernyeste Tid, og naar man fastholder, hvad der er hans Hovedtanke, turde den nævnte Fortolkning ogsaa være aldeles tilfredsstillende. Thi skjøndt det ikke fremhæves med udtrykkelige Ord, er det dog klart, at hans Tanke er den, at det ved Bedømmelsen af, om en under Sagens Gang afsagt Kjendelse kan særskilt paaankes, bør komme an paa, om den er i den Forstand procesledende, at dens Betydning ligger og ene ligger i dens Indflydelse paa den følgende Behandling, hvorimod Kjendelser, der enten ikke kunne betegnes som procesledende eller, om de end ere dette, dog ikke paavirke den i Hovedsagen gaaende Doms Rigtighed eller Gyldighed, falde udenfor Forordningen¹⁾.

Overfor ældre Misforstaaelser har Ø. gjort opmærksom paa, at det naturligvis er en Følge af Forordningen, at heller ikke det Decret, hvorved Dommeren nægter Beskrivelse af en Interlocutoriekjendelse, bør gives særskilt beskrevet.

¹⁾ Jfr. B. Getz: Om Paaanke til høiere Ret S. 131, 133 i Modsætning til Deuntzer: Om Appel S. 44.

Ogsaa kan fremdrages en anden Bemærkning i her omtalte Afhandling, som dengang ikke var overflødig, nemlig at Lovgivningen om objectum appellabile ligesaavel bør iagttages, naar Interlocutorier eller andre præliminære Retskjendelser appelleres, som naar det er en endelig Dom, da en Parts Interesse i den præliminære Qvæstion ikke kan være større end den, Hovedsagen har for ham, en Betragtning, der dog selvfølgelig kun gjælder Parterne, men ikke Vidner, der ved deres Protest tilpligtes at afgive Forklaring.

Læren om Appel i criminelle Sager er i mange vigtige Puncter bragt fremad ved Ø. Ligesom i flere andre Retninger saaledes har han ogsaa i denne bragt det til bestemt og virksom Erkjendelse, at Criminalprocessens Øiemed er mere umiddelbart rettet paa den materielle Rets Realisation ved Civilprocessens, og at derfor intet Samtykke, ingen Forsømmelse fra Tiltaltes Side kan berettigede til at behandle ham haardere, end han efter Loven fortjener¹⁾. Ø. fremhævede derfor — hvad nu ingen drager i Tvivl —, at Øvrigheden bør indanke Straffedomme til høiere Ret paa det Offentliges Vegne, ikke blot naar den antager, at Domfældte er bleven behandlet for lemfældigt, men ogsaa naar den mener, at der ved Dommen er sket ham Uret, og det ikke blot, hvor han er umyndig, men ogsaa ellers, hvor det kan formodes, at han af Ligeegyldighed eller Ukyndighed har acquiesceret ved Dommen, jfr. bl. a. St. Hdbg. 3 B. S. 60 ff.

¹⁾ Hvor meget der manglede i, at dette var almindelig erkjendt, kan sluttes deraf, at endnu Stampe antager, at en Straffedom, forsaavidt ikke nødvendig Appel finder Sted, kan exequeres, naar baade Actor og Domfældte erklære sig fornøiede med den, jfr. Arch. f. Retsv. 6 B. S. 266, Note.

Angaaende den saakaldte nødvendige Appel, som finder Sted i Domfældtes Interesse, selv om hverken Øvrigheden eller Domfældte selv maatte finde Anledning til at beklage sig over Dommen, haves der en Afhandl. af Ø. i Archiv f. Retsvidensk. 6 B. S. 265 ff., hvori han tillige i Forbigaaende berører flere andre Puncter vedkommende Appel i Straffesager. Det var efter den ældre Ret, som gjaldt i Danmark indtil Frd. 16 Decbr. 1840 og i Norge indtil L. 17 Marts 1866, ikke klart, i hvilke Tilfælde nødvendig Appel fandt Sted, og navnlig herskede der Tvivl med Hensyn til nogle af de i practisk Henseende vigtigste. Thi medens det uden Betænkelighed antoges, at Frd. for Norge af 19 Aug. 1735 maatte anvendes ogsaa i Danmark, forsaavidt den udvidede D. L. 1. 24. 51, N. L. 22. 53 og Frd. 31 Marts 1719 derhen, at Overrettens Confirmationsdom skulde søges, før end en Underretsdom exequeres, hvorved nogen er fældet paa Ære, Boeslod, Fred eller visse Aars Arbeide, hvilket sidste Udtryk strængt taget omfatter ethvert Tilfælde, hvor to eller flere Aars Arbeide er idømt, fremkaldtes der i Særdeleshed Tvivl ved den Forandring, som den nævnte Frd. undergik ved Frd. 13 Jan. 1747 § 2, jfr. § 3, idet der, dersom denne sidste Lovbestemmelse skulde antages at give udtømmende Regler for Tyveries Vedkommende, kom til at mangle Regel for, hvorledes der skal forholdes ved Domme for gjentaget ringe Tyveri. Medens Stampe antog, at Frd. 13 Jan. 1747 maatte medføre, at Appel ikke var nødvendig, naar nogen var dømt til en taalelig Straf, hvortil han henregnede Tugthusarbeide i indtil 8 Aar, mente Ø. med Rette, at en saa ubestemt Anvisning ikke kunde opstilles, men at man maatte anse Frd. 19 Aug. 1735 § 2 for Regel, kun med den i Frd. 13 Jan. 1747 § 2 gjorte Undtagelse, som han antog efter den nyere Lovgivning at

kunne omfatte 1ste og 2den Gang begaaet simpelt Tyveri. De fornævnte Bestemmelser om nødvendig Appel angik alle kun Appel fra Underretten til Overretten; derimod var nødvendig Appel til Høiesteret, afset fra Trolddomssager og ostindiske Sager, ikke foreskrevet, ikke engang i Livssager, ihvorvel det i Sager, hvor der virkelig kunde blive Spørgsmaal om Execution af Livsstraffen, stadig blev iagttaget af Øvrigheden at indanke Sagen paa det Offentliges Vegne til Høiesteret¹⁾.

I her nævnte Afhandling (jfr. S. 267 Note) henlede Ø. allerede Opmærksomheden paa de skrigende Anomalier, som Lovgivningen om objectum appellabile i Straffesager frembød, idet efter Loven enhver Sag, hvorunder legemlig Straf tilfindes, kunde indkomme endog for Høiesteret, jfr. 1. 6. 18, N. L. 16 („nogens Person“), medens nyere Forordninger med Hensyn til adskillige Politidomstole fordrede, at Straffen skulde være større end 15 Dages Fængsel paa Vand og Brød. Uagtet det aldeles stred mod Lovgivningens Grundsatninger at forudsætte, at Politiretterne nøde større Tillid end de almindelige Overretter, og uagtet i Bødesager summa appellabilis for deres Vedkommende endog efter Frd. 6 Septbr. 1805 var lavere end for Landsoverretterne, mente Ø. dog med Føie, at det ikke gik an at udvide de i nævnte Forordninger givne Regler til at gjælde i andre Sager, og Anomalien maatte saaledes blive staaende til Løsning ved ny Lov.

I de angivne Retninger lykkedes det Ø. mange Aar senere at bringe Hjælp ad Lovgivningsveien, nemlig ved Pl.

¹⁾ En anden Sag var, at det ved Rescr. 28 Mai 1735, jfr. Rescr. 22 April 1758, var befalet, at ingen Dødsstraf, enten efter Overrets- eller Høiesteretsdom, maatte fuldbyrdes, med mindre Sagen først havde været Kongen forestillet.

23 Mai 1840 og Frd. 16 December 1840, i hvilke Lovbuds Tilblivelse han har havt den vigtigste Andel, og han kan saaledes siges for en væsentlig Del at være Skaberen af det gjældende System i Henseende til Appel i criminelle Sager. Motiverne til begge disse Lovbestemmelser¹⁾ ere affattede af ham og indeholde en fornyet Fremstilling af de allerede i hans Skrifter paapegede Mangler ved Lovgivningen, hvilke end yderligere vare blevne forøgede ved de nyere Forandringer i Tyvslovgivningen, hvorefter Begreberne „ringe“ og „stort“ Tyveri vare faldne bort, saavel som ved Afskaffelsen af de kortvarige Arbejdsstraffe ved Frdn. af 12 Juni 1816.

Hvormeget Ø. end fastholdt som Grundsætning i Straffeprocessen, „at intet Samtykke, ingen Forsømmelse af Ens Rets Iagttagelse bør i criminelle Tilfælde forandre materiel Uret til formel Ret“, lod han sig dog ikke forlede til en ensidig Gjennemførelse af dette Princip, men han hævdede ogsaa her, som paa mange andre Puncter, at man, for at komme til det rette Resultat, maa inddrage alle de Synspuncter, der bør komme i Betragtning, under en alsidig Overvejelse og derefter stille dem i det rette Forhold indbyrdes. Navnlig opponerede han imod en Gjennemførelse af de nævnte i sig rigtige Grundsætninger, som vilde tilintetgjøre criminelle Dømmes Endelighed. I denne Henseende kan henvises til hans Udtalelser i Arch. f. Retsvidensk. 5 B. S. 73 ff., hvor han med Hensyn til den Virkning, som tidligere Domme have til Gjentagelsesstrafs Idømmelse, beretter, at det „nuomstunder er en i Praxis antagen Mening,“ at Domstolene, i al Fald forsaavidt de ere den Ret, der har afsagt den forrige Dom, overordnede,

¹⁾ Findes i Coll. Tid. f. 1840 S. 629 og f. 1841 S. 12.

kunne gaae ind i dennes Prøvelse, og naar den findes urigtig, rette den begaaede Fejl til Fordel for Tiltalte, forsaavidt dens Indflydelse paa den nye Sag angaaer. Imod denne „humane Sætning“ rejser han Tvivl, idet han fremhæver, at Lovgiveren dog ikke driver sin Omhu for, at ikke den Tiltalte ved egen Forsømmelse skal lide Uret, saa vidt, at ingen Straffedom maatte fuldbyrdes uden Sagens Prøvelse af den øverste Domstol, og at det derfor ogsaa turde være antageligt, at den Dom, der paa anordnet Maade var sat i Fuldbyrdelse, ikke siden uden i al Fald med særdeles Bevilning, fremkaldt f. Ex. ved nye udfundne Beviser, maatte gjøres til Gjenstand for yderligere Prøvelse ved Domstolene. Han henpeger paa, at forhen vare endog criminelle Domme underkastede de samme fatalia appellationis som andre Domme, og skjøndt dette er bleven forandret ved Frd. 25 Januar 1816, er det dog heraf ingenlunde en Følge, at ogsaa den Dom, der efter udtrykkelig Acquiescents er fuldbyrdet eller begyndt at fuldbyrdes, senere skulde kunne underkjendes. Men naar den ikke i Henseende til sit umiddelbare Indhold kan være nogen Paaankning underkastet, synes det heller ikke, at den under en anden Sag kan være Gjenstand for yderligere Prøvelse. Ligesom han ansaa det for det Rette, at en fornyet Prøvelse af en Straffedom, som var bleven endelig ved Tiltaltes Acquiescents og Dommens Fuldbyrdelse, og saaledes maatte sættes paa lige Linie med en Højesteretsdom, ikke kunde finde Sted uden ifølge særlig Bevilling¹⁾, saa-

¹⁾ Denne Ø.s Mening har vistnok været den herskende indtil den allernyeste Tid, men den følges idetmindste i Praxis ikke længere, idet det antages, at Tiltaltes Acquiescents og Straffens Iværksættelse ikke er til Hinder for

ledes fastholdt han med endnu større Bestemthed, at en endelig Frifindelsesdom ved Højesteret ikke kunde rokkes, selv om senere det klareste Bevis for Tiltaltes Skyld maatte blive tilvejebragt, f. Ex. ved hans egen Bekjendelse, og at der end ikke burde meddeles Bevilling til en saadan Sags fornyede Undersøgelse og Paakjendelse, jfr. i denne Henseende en interessant Cskr. 6 Marts 1847 med Note¹).

Spørgsmaalet om Omkostningerne ved Retsplejen har bestandig været Gjenstand for Ø.s Opmærksomhed. Han var en Modstander af Tanken om en aldeles fri Retspleje og hævdede med Hensyn hertil, at ligesom der ikke kunde paavises noget Rets- eller Billighedskrav for de Private paa altid og uden Hensyn til Omstændighederne at nyde fri Retspleje, saaledes var det i sig en udførlig Tanke at forsyne Parterne med fri Sagførerhjælp paa en saadan Maade, at de hermed kunde være tjente, og det var af flere Grunde utilraadeligt at afskaffe alle Retsgebyrer til det Offentlige, jfr. herom Afhandlingen om en almindelig fri Retspleje i Eunomia 3 B. S. 432 ff. Derimod erkjendte han villigt, at den bestaaende Retssportellovgivning trængte til gennemgribende Reform og navnlig i den Henseende, at Retsplejen ikke burde bebyrdes til Fordel for Statens Finantser i Almindelighed. Thi medens

Sagens Prøvelse ved en højere Ret, uden at Bevilling i saa Henseende behøves eller vel endog kan meddeles, jfr. Ugesk. f. Retsv. 1867 S. 731—736, Højester. Tid. f. 1866, S. 707—10 og f. 1871 S. 582—85.

¹) Ifr. hermed Dommen i Ugesk. f. Retsv. 1869 S. 425, 1055.

det indrømmedes, at de af Private foranledigede rets-
lige Handlinger og Foretagender med Føje kunde be-
lægges med Afgifter, som afgave et passende Vederlag
for selve Forretningerne og derigjennem et Bidrag til
Retsbetjentenes Lønning, ansaa han det for ubeføjet,
at Retsbetjentene gjennem Retsgebyrerne i private
Sager skulde have den fornødne Løn for de i det Of-
fentliges Interesse dem paahvilende Functioner, navnlig
i Henseende til Justits- og Politivæsenet, og naturlig-
vis for endnu mere uberettiget, at der endog udover
dette søgtes Indtægter for Statskassen gjennem Rets-
sportlerne. Dette sidste kom navnlig til at finde Sted i et
ikke ubetydeligt Omfang i Begyndelsen af dette Aarhun-
drede, idet man under de finantsielle Nødstilstande,
hvori den dansk-norske Stat i Aarhundredets Begyn-
delse befandt sig og mere og mere sank ned, greb til
den Udvej at behandle Retsplejen som et Skatteobject
til Fordel for Statskassen (ved Frdgn. af 21 October
1803 og 25 Januar 1805, men især ved Sp. Regl. 11
Marts samt Frdngne af 7 og 28 April 1812). Uagtet
heri skete Indskrænkning ved Sp. Regl. 22 Marts 1814,
blev dog dette urigtige Princip ingenlunde hævet ved
denne Lov, men der blev Spor nok tilbage af det, som
i det Væsentlige ere blevne staaende indtil nu. En
Udtalelse i de Roeskildske Stænders Finantspetition
fra 1842 gav vel Ø. i hans Egenskab af Generalprocu-
reur og Medlem af Cancelliet Anledning til en omfat-
tende Bearbejdelse af Sagen, og han gjorde Forslag til
en bedre Ordning af Sportelvæsenet, som dengang til-
traadtes af Cancelliet, men da Finantsbestyrelsen ikke
troede at kunne gaae ind paa de Opofterelser, som der-
ved nødvendiggjordes, blev Sagen henlagt. Imidlertid
vedblev Ø. alligevel at have Opmærksomheden henvendt
paa denne Gjenstand, og ikke uden Grund udtaler han
Forundring over, at man ikke senere i Rigsdagen,

hvor Reformlysten yttrede sig paa saa mange andre Maader, kastede sig mere, end man gjorde, over dette Æmne, hvor der virkelig var noget at rette og forbedre, og hvor Ulemperne maatte være følelige for Befolkningen. Det sidste Arbejde, der haves fra Ø.s Haand, er helliget denne Sag, idet han i 4de Bind af mit Livs og min Tids Historie S. 132 520 (fra Aaret 1857) giver en meget udførlig Undersøgelse af alle herhen hørende Spørgsmaal i Forbindelse med interessante Tilbageblik paa vort hele Sportelsystems Historie og fuldstændige Forslag til Forandringer deri. Hermed forbandt han, som han udtrykkeligt siger, den Hensigt „at bane Vejen til et practisk Resultat“. Man kan ikke uden ærefrygtsfuld Beundring se den næsten firsindstyveaarige Olding, efter i en Aarrække at have været Gjenstand for uretfærdig Miskjendelse og nylig undsluppen fra den bekjendte Rigsretsaction, i Anledning af hvilken saamange Prøver paa Samtidens Mangel paa Pietet imod ham kom til Syne, at sysselsætte sine svindende Kræfter med at gavne det Folk, der syntes ganske at have glemt hans Fortjenester, og uegennyttig at forsyne andre tildels politiske Modstandere med Materialier til Reformere, som kun kunde skaffe dem Popularitet og Ære, hvis de havde benyttet dem. Intet mere talende Bevis kan der gives paa, hvilken helstøbt Character, Ø. var i ethisk Henseende, og hvilken ophøjet Pligtfølelse og aldrig svigtende Gavnelyst der gjennemtrængte ham og saa at sige var bleven hans anden Natur. Men ved Siden heraf maa man ikke mindre beundre den Klarhed og Grundighed, hvormed han i en saa høj Alder endnu var i Stand til at behandle sit Æmne, baade at holde sammen paa den Mængde Enkeltheder, hvoraf det ifølge dets Natur bestaaer, og tillige i disses Behandling at gennemføre en bestemt Grundtanke med Fasthed og Conseqvents. Vel er det antageligt, at han havde

mange Materialier til dette Arbejde liggende fra en tidligere Tid, og at han ofte tilforn havde gjennemtænkt Spørgsmaalet, saa at han i det Væsentlige havde sin Mening om de fleste Puncter færdig allerede for lang Tid tilbage; men ikke lidet maa dog nødvendigvis efter Indholdets Beskaffenhed hidrøre fra de seneste Aar, og det er under alle Omstændigheder mærkeligt nok, at en Mand i den Alder har kunnet præstere et saa dygtigt Arbejde; thi det kan vistnok siges, at denne Afhandling i Tankevægt, Grundighed og Klarhed ikke staaer tilbage for tidligere Skrifter fra hans kraftigste Tid, og at den i Henseende til den formelle Behandling endog staaer over det meste af, hvad han har skrevet¹⁾.

Af den foregaaende Fremstilling fremgaaer det, hvilken overordentlig Indflydelse Ø. har udøvet paa Procesvidenskabens Udvikling, dels gennem sine Skrifter og dels gennem de Afgjørelser af enkelte Til-

¹⁾ Et Bevis paa Ørsteds usvækkede Lyst til videnskabelig Virksomhed er det, at han, som kan sees „Af mit Livs og min Tids Historie“ 4 B. Fortalen p. X., endnu dengang tænkte paa at give „en yderligere Udvikling af flere Grund- og Hovedtanker, der ligge til Grund for min videnskabelige Virksomhed, og derunder lejlighedsvis at yttre mig over Misforstaaelser, som den tildels har været underkastet, og urigtige Anvendelser, hvortil den i visse Retninger har ført.“ Desto værre naaede Ø. ikke at give dette afsluttende Tiløgeblik, der sikkert vilde have frembudt megen Interesse som Vidnesbyrd om, hvad han selv ansaa for det Vigtigste i sine videnskabelige Bestræbelser.

fælde, hvori han som Dommer eller Cancelliembedsmand deltog, og det turde være tilstrækkeligt godtgjort, at man med Rette kan betegne ham som den, der i de fleste og væsentligste Puncter har bragt Videnskaben til dens nuværende Trin, saa at det, der efter hans Tid er præsteret, kun kan siges at have suppleret og i enkelte, men forholdsvis faa Spørgsmaal berigtiget det af ham skabte Grundlag¹⁾. Men ved Siden heraf har han ogsaa i sin Stilling som Deputeret i Cancelliet og som Generalprocureur udøvet en særdeles vigtig Indflydelse paa Proceslovgivningen. Uagtet en nærmere Undersøgelse af hans Virksomhed som Embedsmand og deraf flydende Delagtighed i Lovgivningsarbejdet ligger udenfor dette Skrifts Grændser og i sig selv udgjør et Æmne af store Dimensioner, kan dog saameget siges derom med fuld Sikkerhed, at han har øvet den væsentligste Indflydelse paa alle de Lovgivningsarbejder vedrørende Civil- eller Criminalprocessen, som fælde i den lange Periode fra 1813—1848, hvori han var Medlem af Cancellicollegiet. Og skjøndt ingen større principiell Reform udmærkede denne Periode, bør det ikke lades ubemærket, at der udkom mange og vigtige enkelte Lovbud saavel for Civil- som for Criminalprocessens Vedkommende, saaledes at begge disse vigtige Grene af Lovgivningen undergik ret betydelige Forandringer, idet adskillige Ulemper, der klæbde ved den ældre Retstilstand, bleve fjærnedede, og Systemet i det Hele taget blev udvidet og suppleret med vigtige Tillæg. Det turde derfor, for at fuldende Billedet af Ø.s Fortjenester paa Processens Omraade, være rigtigt at slutte med en kort Oversigt over de vigtigste af de Lovgivningsarbejder i denne Retning, hvortil han medvirkede.

¹⁾ Jfr. ovenfor S. 62—63.

For Civilprocessens Vedkommende blev Omraadet af de Sager, der unddroges den langsommere og kostbarere ordinaire Procesmaade og undergaves en simple og hurtigere Behandling, betydeligt udvidet. Det var en paa mange Steder af Ø. udtalt Tanke, at det i det virkelige Retsliv er fuldt forsvarligt og ikke alene hensigtsmæssigt, men tildels endog nødvendigt, at der gives en simple og billigere, om end maaske noget mindre betryggende Behandlingsmaade af Smaasager end af store og vigtige Retssager, og at det er en overspændt, paa de virkelige reale Forholds Miskjendelse beroende Fordring, naar man undertiden i den materielle Retfærdigheds Navn har krævet, at enhver nok saa ubetydelig Sag bør kunne fordres behandlet med samme Udførlighed og Omstændelighed og bør kunne føres gennem alle de samme Instantser, som de betydeligste om store Værdier sig drejende Sager. Denne Tanke har faaet Udtryk dels i Frdn. 20 Octbr. 1819, som indførte Politiretsbehandling i Stedet for den ordinaire Procesmaade i Sager angaaende Fornærmelser i Ord og Gjerning, med Undtagelse af trykte eller skriftlige Beskyldninger, dels i Frdn. 6 August 1824, der indførte en særegen Rettergangsmaade i mindre betydelige Gjældssager, for at „denne for den daglige Handel og Vandel vigtige Art af Sager paa den hurtigste og mindst bekostelige Maade kan bringes til Ende,“ medens de tilforn allevegne undtagen i Hovedstaden behandlede paa samme Maade som andre civile Retsretter.¹⁾ Ved Siden heraf kan ogsaa nævnes de Lov-

¹⁾ I denne Forbindelse kan anføres Anordningen af 15 Aug. 1832 angaaende Rettergangsmaaden ved Underretterne paa Island udenfor criminelle og offentlige Politisager, et Lovbud, som ogsaa indirecte har havt Betydning for Danmark, da det i mange Puncter benyttes som Hjælpemiddel til Fortolkningen og Suppleringen af den her gjældende Procesret.

bud, som sigtede til at skabe en hurtigere Retsfølgning i Sager af mere liqvid Natur og saaledes at imødekomme en Fornødenhed, som tidligere enten slet ikke eller dog kun paa Maader, der i sig vare mindre hensigtsmæssige, kunde tilfredsstilles, hvortil maa henregnes dels den vigtige Frdn. 25 Januar 1828 om en hurtigere Rettergangsmaade i Sager, der anlægges i Anledning af klare Gjældsfor skrivinger, dels de nyere og bestemtere samt mere hensigtssvarende Regler om Vexelproceduren, som indeholdes i Frdn. 18 Maj 1825 §§ 67 til 72.

For den ordinaire Procesmaades Vedkommende kan mærkes Frdn. 16 Januar 1828 indeholdende nærmere Bestemmelser angaaende Rettens vedbørlige og hurtige Pleje, ved hvilket Lovbud man vilde supplere Frdn. 3 Juni 1796 og afskjære forskjellige Misbrug, som havde indsneget sig, uanset de store Forbedringer i Processernes Gang, som skyldtes denne Frdn.; navnlig var det Hensigten at bekjæmpe unødige Udsættelser og unødige Forhaling af Sagen saavel fra Parternes og deres Sagføreres Side som fra Retsbetjentenes.

Som en Lovbestemmelse, sigtende til at fremskynde Tilendebringelsen af visse Sager, hvis Natur syntes at kræve en hurtigere Behandling, kan fremhæves Frdn. 15 Januar 1817 angaaende Fatalia appellationis i Politio og andre Extraretssager.

Til den senere Periode af Ø.s Embedsvirksomhed høre de vigtige Forordninger af 6 April 1842 angaaende de Tvangsmidler, ved Hjælp af hvilke Domme, der gaa ud paa enten at foretage eller at efterlade en Handling, kunne gøres gjældende, og af 17 Febr. 1847, ved hvilken den ældre Rets haarde Bestemmelser, hvorefter Creditor for enhver nok saa ringe Fordring kunde holde sin Debitor i Gjældsfængsel uden nogen Begrænsning i Tiden, blev forandret derhen, at

der baade fastsattes et Minimum for de Fordringers Beløb, for hvilke Gjælds fængsel i det Hele taget kunde anvendes, og Indskrænkninger i Henseende til Tiden, hvori Debitor kunde holdes fængslet.

Som Lovbestemmelser, der vedrøre det af Ø saa ofte omhandlede vigtige Æmne om Procesomkostningernes Paalæg eller Ophævelse, maa nævnes Frdn. 11 August 1819, om hvilken der er talt i det Foregaaende S. 169, samt i Forbindelse med denne Pl. 10 November 1843, hvorved den Ubillighed hævdedes, at det kunde paalægges den, hvis Modpart havde fri Proces, eller den, som procederede med Kammeradvocaten eller nogen anden, der efter vedkommende Collegii Foranstaltning for det Offentlige udfører en Sag, som ikke behandles som criminel, at erstatte Processens Omkostninger i større Omfang end ellers.

Med Hensyn til Tvangsauktion blev der givet vigtige Regler i Pl. 22 April 1817 og 19 Juni 1822 samt Frd. 11 Septb. 1833; med Hensyn til Udpantning i Frdn. 2 Juni 1830 og Pl. 2 November 1836. Som en Bestemmelse af stor Betydning vedrørende Arrest før Dom paa Udlændinges Person eller Gods kan nævnes Pl. 30 Novbr. 1821.

Ogsaa for Criminalprocessens Vedkommende har Lovgivningsvirksomheden været ret betydelig i den heromhandlede Periode, og ikke mindre end for Civilprocessens Vedkommende har Ø. været den vigtigste Medhjælper herved.

Saaledes blev det i god Overensstemmelse med den hele nyere Retning i Criminalprocessen bestemt ved Pl. 25 Januar 1816, at fatalia appellationis for Fremtiden ikke skulde finde Anvendelse i Justitssager. Den allerede tidligere i Criminalprocessen herskende inquisitoriske Maxime blev yderligere gennemført ved Frd. 13 October 1819, hvis Bestemmelser, dengang den udkom, vistnok almindelig betragtedes som Forbedringer,

forsaavidt som de bidroge til Sagernes hurtigere Fremme og til at hæmme en ufornoden og kostbar Omstændighed i Oplysningers Tilvejebringelse, men senere ere blevne stærkt angrebne som hæmmende Baand paa Forsvarets Frihed.¹⁾ Fremdeles kan her som særdeles vigtige Bestemmelser vedkommende Criminalprocessen nævnes den oftere ovenfor omtalte Frdn. 8 September 1841 om Beviset i criminelle Sager samt Pl. 23 Maj 1840 angaaende nogle Appellen i criminelle Sager vedkommende Puncter og Frdn. 16 December 1840 angaaende nødvendig Appel. Ogsaa med Hensyn til offentlige Politisager bleve flere vigtige Lovbud givne, f. Ex. Pl. 12 Januar 1821 angaaende Paatalen af offentlige Politisager m. v. og Pl. 26 Juli 1837 angaaende Processens Form i Skovforbrydelsessager.

Som en Lovbestemmelse, der i lige Grad vedkommer baade Civil- og Criminalprocessen, maa nævnes Frd. 10 April 1833, hvorved der gjordes den væsentlige Forandring i 1. 13. 8, at Vidners Ed for Fremtiden skulde aflægges efter Forklaringen, medens det tilforn var Regel, at Eden aflagdes forud for den, og i Forbindelse hermed kan erindres, at der ved Frdn. 25 Juni 1842 indførtes en ny og mere passende Formular for Formaningstalen ved Eds Aflæggelse for Retten.

Som vigtige Love vedkommende Retsorganisationen bør fremhæves Pl. 25 Juli 1820 angaaende Constitutioner til Dommeres Fuldmægtige, hvorved det blev nøjere bestemt, under hvilke Betingelser og til hvilke Forretninger Retsbetjentene kunde benytte Fuldmægtig, og saaledes en større Orden end hidtil indført heri. Fremdeles kan fremhæves den Omordning af Retsvidneinstitutionen, som foregik ved Frdn. 9 Juni 1847, hvorved dog nogen Forbedring i Tilstanden blev op-

¹⁾ Af mit Livs og min Tids Historie 1 B. S. 215.

naaet og uden Tvivl kunde være bleven opnaaet i endnu højere Grad, dersom den nævnte Lovbestemmelse var bleven udført mere i den Aand, hvori den var givet, end den senere blev. Efterat den ved Rescr. 29 October 1772 hjemlede saakaldte skarpe Examination i Inquisitionskommissionen i Kjøbenhavn ved Kgl. Resol. 6 Decbr. 1837 var bleven afskaffet, ophævedes ved Pl. 5 Jan. 1842 Inquisitionskommissionen, hvis Forretninger foreløbig henlagdes til et under Hof- og Statsretten indrettet Criminelkammer, og kort efter oprettedes ved Frd. 28 Februar 1845 Criminal- og Politiretten, hvorved en større Enhed i Criminalretsplejen i Kjøbenhavn opnaaedes.

Uagtet kun de vigtigere Lovbud vedkommende Processen ere nævnte i ovenstaaende Oversigt, turde det dog tilstrækkeligt fremgaae af den, at der paa det legislative Omraade blev gjort mange og væsentlige Fremskridt i den Periode, hvori Ø. var Medlem af Cancelliet, og at vor hele herhenhørende Lovgivning ved denne Periodes Slutning havde et ganske andet Udseende end ved dens Begyndelse. Men skjøndt det ikke kan være tvivlsomt, at en grundig archivmæssig Undersøgelse paa dette Omraade vil godtgjøre, at Ø. for den allervæsentligste Del har Fortjenesten af det Nye, der fremkom, og paa adskillige Puncter vil oplyse, at endnu flere Skridt fremad vilde være blevne gjorte, hvis alt var gaaet efter hans Raad, vil det sikkert for Eftertiden staae klart, at hans vigtigste og varigste Størværk er hans videnskabelige Virksomhed, og at de danske og norske Mænd, som paa Hundrearsdagen efter hans Fødsel forenede sig for at rejse ham et literairt Minde, have seet rigtigt, naar de hertil fortrinsvis have valgt en udførlig Fremstilling af hans Betydning for den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling.



Anders Sandøe Ørsteds Betydning

for

den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling

af

C. Goos. J. Nellemann. H. Øllgaard.

II.



Kjøbenhavn.

H. Hagerups Forlag.

Triers Bogtrykkeri (H. J. Schou).

1887.

A. S. Ørsteds Indflydelse

paa

den videnskabelige Behandling

af

den dansk-norske Privatret

af

H. Øllgaard.



Kjøbenhavn.

H. Hagerups Forlag.

Triers Bogtrykkeri (H. J. Schou).

1887.

Angivelse af nogle af de brugte Forkortninger.

- j. A. = juridisk Arkiv.
- n. j. A. = nyt juridisk Arkiv.
- A. f. R. = Arkiv for Retsvidenskaben og dens Anvendelse.
- j. T. = juridisk Tidsskrift.

Ørsteds videnskabelige Arbejder vedrørende den dansk—norske Privatret have tildels en noget anden Karakter end hans tilsvarende Arbejder i de øvrige Dele af Systemet. Ved Siden af, at han — ligesom i Strafferetten og Processen — har behandlet større eller mindre Afsnit af Privatretten i selvstændige Afhandlinger, har han i Haandbogen¹⁾ og tidligere tildels i Supplementet²⁾ paa en Maade leveret en Fremstilling af hele Privatretten, men under den beskedne Form af Anmærkninger til andre Forfatteres Værker. Af Supplementet udkom kun 3 Bind (1804, 1806 og 1812), hvilke Bind omhandle Materier, henhørende til Privatrettens almindelige Del, Personretten, Familieretten og en Del af Tingsretten, men dets Udgivelse ophørte hermed, idet der nemlig, efterat Hurtigkarl havde udgivet „Den Danske og Norske Private Rets første Grunde“³⁾,

¹⁾ Dens fuldstændige Titel er „Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, med stadigt Hensyn til Hr. Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog“.

²⁾ Dets fuldstændige Titel er „Supplement til afdøde General-auditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret“. Af det nævnte Værk af Nørregaard udkom 1. D. 1784, 2. D. 1785 og 3. D. 1787, de øvrige Dele vedrøre ikke Privatretten.

³⁾ Af Hurtigkarls Lærebog udkom 1. D. 1813, 2. D. 1. B. 1814 og 2. D. 2. B. 1817, det senere i 1820 udgivne Bind vedrører ikke Privatretten.

ingen rimelig Mening kunde være i at vedblive med at udgive Anmærkninger til Nørregaards Værk. Efterat Ø. derpaa i „Nyt juridisk Arkiv“ (6, 7, 9, 11—14, 23—26 B. 1814—1819) havde leveret en udførlig Anmeldelse af Hurtigkarls Værks 1. Del og 2. Dels 1. og 2. Bind (Privatretten) og her fremsat eller i alt Fald antydet mange af de afvigende Meninger, som han senere nærmere udviklede og begrundede i Haandbogen, udkom i 1822 1 Bind af Haandbogen, og senere udkom 5 andre Bind (1825, 1828, 1831, 1832 og 1835)¹⁾. Naar Ø. kalder dette Værk en Haandbog, vilde han herved, som han siger²⁾, betegne, at Værket ikke, som en Lærebog, var bestemt til ved mundtlig Undervisning at forklares for Videnskabens yngre Dyr-

¹⁾ Efterat 1. B. af Hdb. var udkommet, udgav T. Algreen-Ussing „Anmærkninger til Personretten“ (1823) og senere „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. og 2. B. (1825); dette Værk, der ligesom Ø.s Hdb. indeholder Anmærkninger til Hurtigkarls Lærebog, og hvis Hovedbestanddele, — som Ø. siger i Fortalen til Hdb. 2. B. — ere Udtog af Ø.s Supplement og hans i n. j. A. meddelte kritiske Anmeldelse af Hurtigkarls Lærebog saavel som af hans øvrige Arbejder, eller Angreb paa Ø.s deri fremsatte Meninger og disses Fremstilling, maatte tildels komme i Kollision med Hdb., og da det først udgaves, efterat 1. B. af Hdb. var udkommen og paa en Tid, da Fortsættelsen kunde ventes, kunde Ø. nok have nogen Grund til at beklage sig over Værkets Udgivelse; hertil kommer, at Forfatteren undertiden fremsatte sin Kritik af og sine Angreb paa Ø.s Meninger paa en noget stødende Maade; det vil herefter findes forklarligt, at Ø., paa enkelte Steder, naar han omtaler det nævnte Værk eller de deri fremsatte, fra hans egne afvigende Anskuelser, udtaler sig med en Bitterhed, der ellers ingenlunde er sædvanlig for ham.

²⁾ Jfr. Fortalen til Hdb. 2. B.

kere, men fornemmeligen havde Hensyn til deres Tarv, som vilde gaa videre frem i Videnskaben, eller som ved deres praktiske Forretninger kunde ønske at have et saadant Værk ved Haanden. For at give Værket større praktisk Brugbarhed, valgte Ø. at lade det følge Hurtigkarls Lærebog, og idet han saaledes lod sin i Haandbogen givne Fremstilling af Privatretten fremtræde som Anmærkninger og Tillæg til Hurtigkarls Lærebog, maatte han ogsaa følge det i dette Værk opstillede System, om hvis Ufuldkommenhed han dog paa flere Steder udtaler sig¹⁾).

Der kan vel ingen Tvivl være om, at en selvstændig systematisk Behandling af Privatretten fra Ø.s Haand vilde have havt langt større videnskabelig Betydning og langt større praktisk Brugbarhed og ogsaa være bleven mere benyttet end Haandbogen, men paa den anden Side maa det da ogsaa fremhæves, at en saadan systematisk Fremstilling af Privatretten vilde have krævet mere Tid og mere Arbejde end Haandbogen, og det maa tillige erindres, at Ø.s Styrke mere gik i Retningen af det Dialektiske og Kritiske end i Retningen af det Systematiske²⁾.

I Haandbogen optoges, som Ø. selv siger³⁾, den største Del af det Stof, som fandtes i Supplementet, men ligesom det modtog en ny Bearbejdelse, saaledes forøgedes det ved mangfoldige Undersøgelser, hvoraf nogle forhen havde været meddelte i tidligere trykte Afhandlinger; undertiden indskrænkede Ø. sig dog til at henvise til sine tidligere Skrifter, dette gjælder navnlig om de Privatretten vedrørende Afhandlinger

¹⁾ jfr. t. Ex. Hdb. 1. B. p. 484.

²⁾ jfr. dette Værks 1. D. p. 11. og Carl Ussing: „Anders Sandøe Ørsted som Retslærd“ p. 37—39.

³⁾ jfr. Fortalen til Hdb. 1. B.

eller Udviklinger, som fandtes i „Eunomia“ og i „juridisk Tidsskrift“ samt i Værket om Tyveri. Man kunde maaske mene, at Ø. ikke kunde have nogen Opfordring til i Haandbogen at optage det Meste af, hvad der tidligere af ham var udtalt i Supplementet og de privatretlige Afhandlinger, som vare ældre end Hurtigkarls Lærebog, idet det ligger nær at forudsætte, at Hurtigkarl i sin Lærebog maatte have optaget i alt Fald det Væsentligste af de Udviklinger og Fremstillinger, som Ø. forinden havde givet angaaende privatretlige Forhold. Dette er imidlertid ikke Tilfældet; man finder i Hurtigkarls Lærebog forholdsvis kun faa Spor af Ø.s tidligere Arbejder; i det Hele taget var det Fremskridt, som Videnskaben gjorde ved det nævnte Værk, kun saare ringe, og Værket maa i det Væsentlige sættes i Klasse med de videnskabelige Arbejder fra det forrige Aarhundrede.

Som det vil fremgaa af det Følgende, lader det sig ofte paavise, hvorledes Ø. har dannet eller udviklet sin Opfattelse af et vist privatretligt Spørgsmaal med Retstilfælde for Øje, som have foreligget ham i hans forskjellige Embedsstillinger. Det træffer jævnlig, at en Mening, som han fremsætter i Haandbogen eller tidligere Værker, kan findes tidligere udviklet af ham under Voteringen i en Sag, som har foreligget en af de Domstole, hvoraf han i sin Tid var Medlem (Hof- og Stadsretten eller senere Lands-, Over- samt Hof- og Stadsretten og Højesteret), og at den der er lagt til Grund for Rettens Dom. En tilsvarende Vexelvirkning møder man ved Ø.s senere Embedsstillinger mellem hans Virksomhed i disse og hans videnskabelige Virksomhed. Paa den ene Side kunde han i sine videnskabelige Arbejder idelig henvise til Udviklinger, som findes i Cancelliskrivelser eller andre administrative Udtalelser, der ere affattede i Overensstemmelse med

de af ham som Cancellideputeret eller Generalprocureur afgivne Betænkninger. Og omvendt ser man de Principer, som han havde udviklet i sine Skrifter, og de Fortolkninger, som han der havde fremsat af gjældende Lovbestemmelser, lagte til Grund i saadanne Betænkninger saavel som i de af ham udarbejdede Udkast til senere udkomne Love. At man i Ø.s Værker vedkommende Privatretten, ligesaa vel som i hans øvrige Værker, idelig ser Spor af hans omfattende Kjendskab til fremmed Litteratur og fremmede Lovgivninger følger af sig selv, og undertiden lader det sig ogsaa paavise, at hans Studium af saadanne har givet ham Ideen til hans Behandling af enkelte Afsnit af Privatretten.

Da Ø., som anført, ikke opstillede noget nyt System, men fulgte det af Nørregaard og Hurtigkarl opstillede, findes der ikke Anledning til i den senere Fremstilling at følge den Orden, hvori Materierne behandles i Haandbogen; der vil opnaas større Overskuelighed ved at følge det System, som nu i Almindelighed bruges, og derfor lade Undersøgelsen falde i følgende Hovedafsnit: Privatrettens almindelige Del, Personretten, Familieretten, Tingsretten og Obligationsretten, til Slutning skal der endelig gjøres nogle Bemærkninger om de Forfattere og Kunstnere tilkommende Rettigheder. Arverretten findes der ikke tilstrækkelig Grund til at medtage; der er nemlig ved de senere Love sket saa store Forandringer i de paa dette Omraade gjældende Retsregler, at Ø.s Udviklinger her gennemgaaende nu have mindre Interesse, skjøndt det ingenlunde skal nægtes, at Ø.s Fremstilling her endnu paa flere Punkter har Betydning.

De Forfattere og Kunstnere tilkommende Rettigheder vare aldeles ikke behandlede i de ældre systematiske Fremstillinger af Privatretten, hvilket ganske naturligt stod i Forbindelse med, at de nævnte Rettigheder

paa den Tid ogsaa i Udlandet ikkun i ringe Grad vare gjorte til Gjenstand for videnskabelig Behandling. Af de øvrige ovennævnte Dele af Privatretten turde den almindelige Del være den, der er mindst tilfredsstillende behandlet af de ældre Forfattere, og hvor der findes de største Huller i deres Fremstillinger. Saa-danne vigtige Materier som om nye Loves Anvendelse paa tidligere stiftede Retsforhold og om fremmed Rets Anvendelse vare saa godt som aldeles ikke behandlede, og i Henseende til de øvrige af de Æmner, som nu i Almindelighed behandles i Privatrettens almindelige Del, vare de ældre Fremstillinger kun tarvelige; ikkun det Afsnit, der handlede om Retskilderne og særlig om Lovene (de vigtigste Arter af samme), var mere udførlig behandlet. Grunden til, at Forholdet stillede sig paa den anførte Maade, lader sig nu ogsaa temmelig let angive. I den dansk-norske Lovgivning fandtes der, naar afses fra Afsnittet om Retskilderne, i Almindelighed ikke i Lovbud givet Regler om de herhen hørende Forhold. De ældre Forfattere kunde dernæst i Henseende til Behandlingen af disse Forhold kun finde ringe Vejledning i udenlandske Forfatteres systematiske Fremstillinger af Romerretten; hos de romerske Jurister findes der vel enkelte Udtalelser, som i sin Tid ere blevne benyttede i udenlandske Fremstillinger af Privatrettens almindelige Del, og som ogsaa gjenfindes i de dansk-norske Forfatteres Værker, men i Reglen havde de romerske Jurister ikke nogen særlig Opfordring til at udtale sig om de herhen hørende Spørgsmaal, og navnlig medførte Forholdene, at Spørgsmaalet om fremmed Rets Anvendelse ikke lettelig opstod for dem. Da fremdeles Fremstillingerne af Naturretten paa den Tid, som af Ø. (Hdb. 1. B. p. 460) anført, hentede en stor Del af deres Stof fra Romerretten, kunde der, hvad forøvrigt ogsaa for en væsentlig

Del følger af de her omhandlede Forholds Natur, ikke i Værkerne over Naturretten ventes en gennemgribende Behandling af de til Privatrettens almindelige Del hørende Materier. — For Familierettens, og tildels Personrettens, Vedkommende var Forholdet noget anderledes. Den dansk-norske Lovgivning havde allerede dengang temmelig udførlig givet Regler for de herhen hørende Retsforhold, og Forfatterne nøjedes da i det Væsentlige med at gjengive Lovreglerne. Undtagelsesvis bleve de dog ikke staaende herved, men under deres Bestræbelser for i de systematiske Fremstillinger at udfylde de Huller, som uundgaaelig maatte fremkomme, naar Fremstillingerne kun gjengav de positive Lovregler, gjorde de sig undertiden skyldige i den Fejl, at de paa vore Forhold overførte Retssætninger, som de uden tilbørlig Kritik hentede fra udenlandske Forfatteres Værker, særlig over Naturretten, og som ikke stemmede med Principerne i den dansk-norske Lovgivning. — Hvad endelig Formueretten angaar, var denne jo særlig bleven behandlet og udviklet af de romerske Jurister, og naar det ovenfor blev anført, at den Tids Fremstillinger af Naturretten hentede en stor Del af deres Stof fra Romerretten, gjaldt dette navnlig om denne Del af Retssystemet. Det var da ikke saa underligt, at de ældre Forfattere ved deres Fremstillinger af Formueforholdene tyede til den Tids systematiske Værker over Romerretten eller Naturretten; de overførte saa paa vore Forhold de Sætninger, som de der fandt, forsaavidt den positive Lovgivning ikke indeholdt Bestemmelser i modsat Retning, ligesom ogsaa Lovgivningens positive Bud søgtes fortolkede saaledes, at de saa vidt muligt kom i Overensstemmelse med de i de omtalte Værker opstillede Sætninger. Da den dansk-norske Lovgivning imidlertid ikke er bygget paa Romerretten, maatte en saadan kritikløs Overførelse

af Romerrettens Regler, — hvilke iøvrigt ofte dengang i Juristernes Skrifter forefandtes i en misforstaaet og forvansket Skikkelse, — føre til mange Urigtigheder, ligesom det heller ikke kunde være Andet, end at der paa denne Maade maatte fremkomme mange Huller i Fremstillingerne af den positive dansk-norske Formueret.

Det ovenfor Anførte vil nærmere blive belyst i den efterfølgende Fremstilling; det skal der søges paa vist, hvilken væsentlig Indflydelse Ø. har havt paa den videnskabelige Behandling af Privatretten, og det vil deraf fremgaa, i hvilket stort Omfang Ø.s Fremstilling danner Grundlaget for de senere her i Landet og i Norge udkomne videnskabelige Fremstillinger af den nævnte Del af Retssystemet.

Privatrettens almindelige Del.

Det har været et meget omtvistet Spørgsmaal, om der gives andre positive Retsnormer end Lovene, og navnlig om Sædvaner kunne skabe en positiv Ret. I Tyskland hævdede C. Thomasius¹⁾ i sin dissertatio sistens conjecturas de jure consuetudinis et observantiae (1699), — i Modsætning til hvad der tidligere i Almindelighed antoges, — at der ikke ved Sædvane kunde stiftes nogen Borgerne forbindende Retsnorm, og denne Mening deltes senere af flere Jurister. Andre tyske Jurister antog vel, at der ved Sædvaner kunde stiftes positiv Ret, men indtil Begyndelsen af dette Aarhundrede vare de i saa Fald i det Væsentlige enige om, at Sædvaner kun kunne faa forbindende Kraft gennem et Samtykke fra Lovgiverens Side; dette Sam-

¹⁾ C. Thomasius er født den 1. Januar 1655 i Leipzig og holdt først Forelæsninger i denne By, men paa Grund af de Forfølgelser, for hvilke han i Anledning af de af ham forfægtede Meninger var udsat, forlod han i 1690 Leipzig og gik til Halle. I denne By holdt han derefter Forelæsninger og gav herved den nærmeste Anledning til Oprettelsen af det derværende Universitet, ved hvilket han 1694 udnævntes til Professor, han døde i 1728. Han har skrevet en Mængde Afhandlinger navnlig om filosofiske og naturretlige Æmner, og blandt Andet bekæmpet Hexeprocesser og Anvendelsen af Tortur; i det følgende Afsnit om Skadeserstatning vil blive omtalt en anden Afhandling af ham, nemlig „Larva legis Aqviliæ detracta“.

tykke skulde da efter Nogles Mening være et specielt Samtykke, efter Andres Mening kunde et almindeligt enten udtrykkeligt eller stiltiende Samtykke være tilstrækkeligt; Andre mente fremdeles, at et almindeligt Samtykke vel i Almindelighed kunde være tilstrækkeligt, men at et specielt Samtykke maatte være nødvendigt, naar en Sædvane skulde forandre en Lov. Den historiske Skoles Opfattelse af Retten førte derimod til, at der tillagdes Sædvanen en selvstændig af Lovgivningen uafhængig Betydning. Dette blev navnlig hævdet i G. F. Puchta's¹⁾ „Das Gevohnheitsrecht“ (1. Th. 1828, 2. Th. 1837), hvor den sædvansmæssige Ret fuldstændig stilles ved Siden af Loven, og hvor det derfor antages, at naar der indtræder en Kollision mellem Sædvanen og Loven, maa Kollisionen afgjøres paa samme Maade, som naar Strid indtræder mellem Retssætninger, som udspringe af samme Retskilde²⁾.

For den dansk-norske Rets Vedkommende findes til dels lignende forskellige Opfattelser af Sædvanen. Saaledes antoges det i Højer's i 1742 udgivne juridiske Collegium p. 5—6, at Sædvaner vel ikke kunne være imod Loven eller forandre den, men at de forøvrigt maa gjælde som Love, fordi Lovgiveren stiltiende approberer dem. Senere synes det indtil Ø.s Tid at have været almindeligt at nægte Sædvanen Retskraft. Hesselberg³⁾, Dons⁴⁾, Kongslev⁵⁾,

¹⁾ G. F. Puchta f. 1798 d. 1846, Professor ved forskellige tyske Universiteter, senest i Berlin, 1845 Medlem af Statsraadet; han har foruden det omtalte Værk navnlig skrevet Lehrbuch der Pandekten og Kursus der Institutionen.

²⁾ jfr. dette Værks 1. D. p. 40, Anm. 2.

³⁾ Juridisk Collegium 2det Opl. (1763) p. 4—5.

⁴⁾ Forrelæsninger over den Danske og Norske Lov 1. D. (1780) p. 24—32. 2den Del af dette Værk udkom ligeledes 1780, de øvrige 2 Dele vedrøre ikke Privatretten.

⁵⁾ Den Danske og Norske Private Rets første Grunde 1. B. (1781) p. 265—266. 2det Bind udkom 1782.

Nørregaard (§§ 26—28) og Hurtigkarl (1. D. p. 29—32) ere enige om, at Sædvaner hverken kunne gjælde imod Loven eller udenfor Loven¹⁾. De paaberaabe sig i saa Henseende navnlig, at ifølge Kongelovens Art. 3 og L.s 1—1—1, 2 og 4 tilkommer den lovgivende Magt alene Kongen, og at Sædvaner derfor hverken kunne forandre eller gjøre Tillæg til Loven, samt at Frd. 13. August 1734 § 2 i et enkelt Tilfælde erklærer en vis Praxis for ikke at være andet end et Misbrug, saa længe den ikke ved Kgl. Anordning er stadfæstet, ligesom ogsaa andre Lovbud afskaffe lovstridige Vedtægter og Skikke, og endelig ere de nævnte Forfattere tilbøjelige til at slutte e contrario fra de Lovbud, som bestemme, at der skal forholdes efter gamle Sædvaner. Men, medens man saaledes antog, at Sædvaner ikke kunne gjælde som Retsnormer, udtalte Hurtigkarl, — i det Væsentlige i Overensstemmelse med Nørregaard, — at det er „rigtigst, naar forekommende Tilfælde ikke ere bestemte ved Loven, og man ikke heller af almindelige Retsgrundsætninger eller Parternes Forening kan udlede Regler for samme, at følge Sædvaner som Klogskabs- eller Forsigtighedsregler, da de som oftest ere grundede i Billighed og Vedkommendes stiltiende Samtykke, ligesom det og altid i Tvivl er sikkrere at rette sig efter det engang Vedtagne, end at indføre noget Nyt, om hvis Godhed man ikke er overbevist,“ og derhos bemærkede Hurtigkarl, at man i Praxis tillagde de saakaldte Handelsoutumer megen Myndighed, hvilket ogsaa syntes grundet i Frd. 3. Marts 1749 § 5.

I Modsætning til hvad der saaledes tidligere var den almindelige Mening, hævder Ø. (Hdb. 1. B. p.

¹⁾ I M. H. Bornemann's dissertatio de analogia juris (1815) siges det ogsaa pag. 2: „leges haud facile consuetudinem nisi lege fundatam admittunt“.

81—115)¹⁾, at Sædvaner — særlig ogsaa efter den dansk-norske Ret — have Gyldighed, og at denne Gyldighed ikke er betinget af Lovgiverens udtrykkelige eller stiltiende Samtykke. Han bemærker herom blandt Andet, at der, længe før en ordentlig Organisation af den lovgivende Magt fandt Sted, ja førend man var i Besiddelse af tilstrækkelige Midler til at opbevare og offentliggjøre den lovgivende Magts Bud, gaves en Ret, som Folket havde erkjendt, og som den lovgivende Magt aldrig havde villet afskaffe men kun supplere. Ø. anerkjender naturligvis, at den lovgivende Magt, med fuld juridisk Virkning, kan, ved en udtrykkelig Forskrift, ophæve, hvad der forhen gjaldt som Ret, men derfor finder han det dog ikke rigtigt at hidlede Gyldigheden af enhver Retsnorm fra den lovgivende Magts stiltiende Samtykke. „Foruden,“ skriver han, „at det er unaturligt, at det Ældre og Oprindelige skal hidledes af det, som siden er kommet til²⁾, ere der mange Retsregler, hvorom det ikke er tænkeligt, at Lovgiveren kunde ville forandre dem. Man maa derfor, uden Tvivl, hellere lægge den Synspunkt til Grund, at den naturlige Ret“ (dette Ord taget i en mere udvidet Forstand end den sædvanlige, nemlig som Mod-sætning til den positive eller vilkaarlige Ret³⁾) „bestaaer

¹⁾ Hermed kan jævnføres en mindre Afhandling af Ø. i Juridisk Maanedstidende for 1803 2. B. p. 439—446.

²⁾ Hermed kan jævnføres en Udtalelse af Mühlenbruch (f. 1785, d. 1843, Professor ved forskjellige tyske Universiteter) i „Doctrina Pandectarum“ (1. Udg. 1823, altsaa senere end Hdb. 1. B.) § 38: „Enimvero cum legibus priores fuerint consuetudines, adeoque a nullo imperantis arbitrio penderent, consequens est, ut ista legislatoris auctoritas ad vim consuetudini comparandam opus non sit, nisi quatenus id legis aliqua sanctione efficiatur“.

³⁾ Til den naturlige Ret i den mere udvidede Betydning henværte Ø. for en Del Sædvaner, jfr. nærmere dette Værks

ved sig selv, saalænge ingen særdeles Lov forordner en Afgivelse, end grunde sammes Gyldighed paa Lovgiverens stiltiende Samtykke.“

Ø. paaviser nærmere, at en stor Mængde Retssætninger blot bestaa i en Analyse af det Begreb, som i Overensstemmelse med det borgerlige Livs Tarv og Nationens Tænkemaade har dannet sig om et eller andet Retsforhold, og han skriver fremdeles herom: „Det Retssystem, som saaledes har dannet sig selv ved den naturlige Retsfølelse, den sunde Fornuft, det borgerlige Livs Tarv, Retsgjenstandenes Natur og Folkets Sæder, er det ingenlunde den positive Lovs Hensigt at fortrænge, hvorimod den bør søge at bevare, rette og forædle samme. Den af hine naturlige Elementer udviklede Ret vil fuldkomnest stemme med Folkets Tarv; den vil have Meningen for sig, være Folket bekendt og elskes af samme.“

Ø. opkaster imidlertid det Spørgsmaal, om Lovgiveren dog ikke, uden paa nogen Maade at ville fortrænge det naturlige Retssystem med Hensyn til sit Indhold, burde ophæve det i sin Form, ved at forvandle samme til udtrykkelige Lovbud, men han anser det for at være en meget mislig Sag, hvis Lovgiveren saaledes foretog sig at optegne enhver Sætning, som maatte gjælde i Rettergang, saa at baade enhver filosofisk Retslærdom og enhver ellers i den sunde Fornuft og det borgerlige Livs Tarv eller Folkets Sæder grundet Retssætning skulde være gjentaget i den borgerlige Lov for at have Gyldighed og Dommeren følgelig aldrig maatte tage Hensyn til Andet end hvad der i Loven var optegnet og bekræftet. Ved en saadan Codification

1. D. p. 40. (I Savigny's Skrift „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1814) p. 13 modsættes natürliches Recht gelehrtes Recht).

kunde der efter hans Mening let bevirkes en Forvanskning af den ægte Ret, som man vilde have undgaaet, hvis man havde overladt det til Domstolene at bedømme de enkelte Tilfælde efter den naturlige Retsregel uden at indknibe samme i en bestemt almindelig Formel, og der vilde, efter hvad han anfører, i en Stat, hvor ingen anden Retskilde maatte gjælde end den skrevne Lov, kunne indtræde fuldkommen Retløshed, idet det ikke vilde kunne undgaas, at der kunde indtræffe Tilfælde, for hvilke Loven ikke indeholdt nogen Regel. Endelig betvivler Ø., at de naturlige Retssætninger altid, ved at forvandles til skreven Lov, ville faa en større Klarhed og bedre bringes til hver Mands Kundskab¹⁾.

Ø. hævder dernæst, at det ingenlunde kan have været Meningen med Chr. V.'s danske og norske Lov saaledes at udtømme den hele gjældende Ret, at ingen ej deri udtrykkelig optegnet Retssætning maatte blive i Kraft. Han anfører med Hensyn hertil, at der er mangfoldige og det højst vigtige Sætninger, som Loven ikke har givet nogen udtrykkelig Sanction, men som nødvendigvis maa bruges til at supplere Loven, forklare, ja meget ofte indskrænke dens udtrykkelige Bydende; han nævner saaledes blandt Andet, at der ikke i Loven findes almindelige Grundsætninger om Skadeserstatning, om Virkningen af Svig og Vildfarelse ved Kontrakter, om Hjemmelspligten og dens Grænser, om de Retsforviklinger, som flyde af Accessioner, og mange andre saadanne praktisk vigtige Gjenstande, og han bemærker, at man ikke ved blot Abstraction af Lovens specielle Bestemmelser vil kunne udlede saadanne almindelige Grundsætninger, naar ikke naturlige Rets-sandheder tillige maa lægges til Grund. Idet han

¹⁾ Jfr. forøvrigt dette Værks I. D. p. 41.

dernæst anfører, at Lovens hele Form tydelig giver tilkjende, at den har forudsat visse ved sig selv bestaaende Retssætninger, nævner han en Mængde Artikler i Loven, hvori der udtrykkelig henvises til Sædvane og til den Tingenes Tilstand, der hidtil og fra gammel Tid har bestaaet, som den Regel, hvorefter visse Retsforhold skulle ordnes, og ligeledes anfører han flere senere Bestemmelser, der fastsætte, at Sædvanen skal lægges til Grund for visse Forholds Bestemmelse.

Ø. paaviser endelig, at der ikke kan hentes noget Argument imod Sædvaners Gyldighed fra Kongeloven og Lovens 1—1—1, 2 og 4, eftersom det nemlig ikke er Meningen, at Sædvanen skal kunne svække en udtrykkelig Lovs Kraft, og de Regler, som støttes paa Sædvane, kun i uegentlig Forstand kunne kaldes Love; ligeledes godtgjør han, at der ikke kan hentes noget Argument fra de Lovbud, der misbillige visse Sædvaner, fordi de ere lovstridige, ufornuftige og almen-skadelige, samt at der ikke kan sluttes *e contrario* fra de Lovbestemmelser, der bekræfte enkelte Sædvaner, — ligesaa lidt som man fra de Lovbud, der bestemme, at der skal dømmes efter Loven, som vedbør og desl., vilde kunne slutte, at dette ikke skulde være Pligt i andre Tilfælde.

Som allerede anført antager Ø., at Sædvaner ikke kunne forandre de i Lovgivningen indeholdte Regler, og selv med Hensyn til de deklaratoriske Love mener han¹⁾, at de ikke kunne gjøres uvirksomme ved Sædvaner, i det mindste forsaavidt de Love, hvormed Sædvaner komme i Collision, angaa det specielle Forhold, hvorom der er Spørgsmaal, han henviser i saa Henseende i Hdb. 1 B. p. 106—7 til en af Hof- og

¹⁾ Jfr. Juridisk Maanedstidende for 1803, 2. B. p. 443.

Stadsretten under 10. October 1803 afsagt Dom¹⁾, i hvis Vedtagelse han selv deltog, og hvorved det antoges, at en Handelscoutume med Hensyn til Vexler ikke kunde komme i Betragtning imod D. L.s Regler herom. Med det antagne Resultat stemmer fremdeles en anden af Landsover- samt Hof- og Stadsretten under 6. November 1809 afsagt Dom²⁾, der er conciperet af Ø. — Som Betingelse for, at man kunde følge Sædvaner — som Forsigtigheds- og Klogskabsregler —, fordrede Nørregaard og Hurtigkarl, at Sædvanerne ere fornuftige, det er, hverken stride imod den strænge Naturens Ret eller Sædelæren, at de ej stride imod nogen borgerlig Lovs Ord eller Grund, og at de Handlinger, hvorved de ere indførte, have været ofte gjentagne og gjentagne paa samme Maade. Hertil bemærker Ø., at der, for at Sædvanen skal have Gyldighed, maa kræves endnu en særdeles vigtig Omstændighed, den nemlig, at Handlingerne ere foretagne i den Forestilling, at man dertil var forpligtet, og han anfører eksempelvis, at den Omstændighed, at en hel Kommune i nok saa lang Tid har indrettet en i sig aldeles vilkaarlig Handling paa en vis Maade f. Ex. baaret Klæder af en bestemt Farve, ikke kan bevirke, at der opstaar en bindende Sædvane.

Det i Puchta's nogle Aar senere udkomne Værk „Das Gewohnheitsrecht“ særlig skarpt fremdragne Spørgsmaal om Forholdet mellem den i Folket levende Retsbevidsthed og Sædvanen samt om, hvilken Betydning Sædvanen har til at skabe Retsreglen, findes ikke behandlet hos Ø. Iøvrigt vil det allerede af det Anførte fremgaa, at Ø. i sin Fremstilling af den Betydning, der efter Forholdets Natur bør tillægges Sædvanen,

¹⁾ Jfr. Juridisk Maanedstidende for 1803, 2. B. p. 318—321.

²⁾ Jfr. A. f. R., 5 D. p. 246—252.

var paavirket af den historiske Skole i Tyskland, men det bør fremhæves, at han, her som ellers ledet af sin praktiske Sans og Indsigt, undgik saadanne Overdrivelser af Sædvanens Betydning, som naar man ser Tilhængere af denne Skole tillægge Sædvanen Evne til at forandre Love. Hvad dernæst angaar Ø.s Behandling af Sædvanen efter den positive dansk-norske Ret, har man vel senere paa enkelte Punkter ændret hans Fremstilling, men i det Væsentlige staaar denne dog endnu fast og erkjendes for rigtig.

Med Hensyn til Praxis var man i de før Ø. udkomne videnskabelige Behandlinger af den dansk-norske Privatret enig om at nægte, at der herigjennem kunde stiftes positiv Ret¹⁾. Nørregaard bemærker saaledes med Hensyn til Præjudikater, at de alene have Kraft i de Tilfælde, hvor de ere afsagte, men at de dog have deres store Nytte, „forsaaavidt andres Tanker, endog der, hvor de ikke ere saa aldeles rigtige, veilede os ofte til at finde de Sandheder, som vi ellers neppe nogen Tid vare faldne paa.“ Med Hensyn hertil udviklede Ø. i Suppl. 1. B. p. 35—36, at Højesterets Præjudikater vel ingenlunde i stræng Forstand have Lovskraft, men at de dog i det Virkelige nyde megen Anseelse, efterdi man ikke uden Grund anser det for overensstemmende med Lovgiverens Villie, at de underordnede Domstole følge de samme Grundsætninger som de, hvorefter Landets øverste Domstol uddeler Ret og Retfærdighed, og som Staten desaarsag maa erkjende for de rigtige. Desuagtet naaede Hurtigkarl ikke videre end til at udtale, at det var raadeligst for en underordnet Dommer at rette sig efter de

¹⁾ jfr. Hesselberg p. 5—6 og p. 184, Dons 1. D. p. 23—33, Kongslev 1. B. p. 266—267, Nørregaard § 29 og Hurtigkarl 1. D. p. 32, jfr. ogsaa Højers juridiske Collegium, udgivet 1764, p. 9 og p. 281.

i Højesteret afsagte Præjudikater, naar Omstændighederne ere de samme. Ø. giver da (Hdb. 1. B. p. 118—122, jfr. n. j. A. 12. B. p. 234—241 og 17. B. p. 227 og 239—241) en nærmere Fremstilling af, hvorfor han mener, at Højesteret ikke uden højst paatrængende Grunde bør forlade den Grundsætning, hvorefter den forhen har afgjort Borgernes Retstrætter, og at de underordnede Domstole bør følge de Grundsætninger, som de vide at være erkjendte ved Højesteret. Han skriver med Hensyn hertil: „Det er vistnok af yderste Vigtighed for et Folk, at Retfærdigheden pleies efter faste og lige Grundsætninger, paa hvilke man kan stole, og efter hvilke man kan vide at indrette sig. Jo mere det kommer an paa Dommernes foranderlige Meninger, jo ufuldkommnere og usikrere er Retstilstanden. Der-som man ubetinget vilde antage, at ethvert af de enkelte dømmende Individier blot havde at lægge sin subjective Overbeviisning til Grund for sit Votum, uden at tage Hensyn til hvad der forhen, i lignende Tilfælde, var blevet kjendt for Ret, saa vilde en enkelt af de Tilforordnedes Fra- eller Tiltrædelse kunne for-aarsage, at det Modsatte af hvad der en Dag, ved den øverste Domstol, var kjendt for Ret, blev næste Dag erklæret for Ret ved samme øverste Domstol. Herved vilde saavel Folkets Agtelse for Retspleien som den indbyrdes Sikkerhed lide et frygteligt Afbræk.“ For-saavidt Højesteret engang maatte have afgjort et tvivl-somt Retsspørgsmaal anderledes, end der senere findes Anledning til at besvare samme, bemærker Ø., at det ogsaa er tænkeligt, at den Mening, som nu har de Flestes Bifald, kan være fejltagende, og dernæst ytrer han: „Naar samme Grundsætning stadig vedligeholdes, har man noget fast at rette sig efter, og den Skade, en urigtig Grundsætning forvolder, bliver ofte derved for den største Deel afhjulpen, i Stedet for at endog

Overgangen til den rigtigere Mening ikke sjeldent kan have betydelig Ulempe i Følge med sig. Skulde en skadelig Grundsætning have indsneget sig i Praxis, staaer det desuden til den lovgivende Magt at afhjælpe dette Onde paa samme Maade som om en skadelig Lov var given.“

Ø. paaviser derpaa nærmere, at naar selve Høje-sterets Tilforordnede finde sig bundne ved de forhen antagne Grundsætninger, maa dette endnu mere være Tilfældet med de underordnede Dommere. „Den selvstændige dømmende Magt,“ siger han, „beroer jo dog alene hos den øverste Domstol. Retten skal vel ikke der søges strax og umiddelbar, fordi dette vilde føre til mange Uleiligheder; men omsider kommer det dog an paa, hvad den erkjender for Ret; dette er det, Staten gjør gjældende som endelig og afgjørende Regel. Underdommerens Kjendelser have kun en provisorisk Gyldighed, og komme kun til at gjælde, forsaavidt de kunne erholde Høiesterets Bifald. En Undtagelse gjøre vel de enkelte Tilfælde, hvor Sagen, formedelst sin Ubetydelighed, ikke kan indkomme for den øverste Domstol. Men denne Undtagelse er vist ikke gjort, for at Parterne, i deslige Sager, skulle behandles anderledes end i de vigtigere; og en særskilt Tilladelse til at appellere vilde ikke lettelig nægtes, naar det var vitterligt, at Høiesteret antog andre Grundsætninger, end dem, hvorpaa den underordnede Rets Dom var bygget. Men, saasandt Lovgiveren ikke kan ville det Inconseqvente og Hensigtstridige, kan det ikke være hans Villie, at Underdommeren skal afsige Domme, hvorom han forud veed, at de ville være uden Virkning, med mindre den Tabende, af Uvidenhed, Uformuenhed, eller af Ulyst til videre Trætte, eller anden slig Aarsag, finder sig i at behandles efter en Regel, som Landets øverste Domstol ikke kjender

for rigtig.“ Ø. indrømmer, at Dommeren har at følge sin Overbevisning, men hertil bemærker han: „Det paaligger ham at underordne sin individuelle Mening det, som han, med Grund, maa antage for Lovgiverens Villie; men det Foranførte viser, at Lovgiveren fornuftigviis maa ville de ved Høiesteret antagne Grund-sætninger fulgte ved andre lignende Retssagers Paa-kjendelse; naar nu en Dommer indseer dette, saa vil han, ved at lempe sig efter et Præjudicat, netop følge sin Overbeviisning om, hvorledes han pligtmæssigen har at forholde sig.“

Hos de juridiske Forfattere før Ø. var det almindeligt at bruge Udtrykket Lov i en langt videre Betydning, end der nu er sædvanlig; man talte saaledes ikke blot om de skrevne Love, men ogsaa om de uskrevne Love, og som Exempel herpaa nævnedes Sædvaner, hvis Gyldighed jo forøvrigt i Almindelighed ikke anerkjendtes, ja man talte endog om de naturlige Love eller de Love, som have deres Grund i Naturen selv (i Modsætning til positive Love). Hermed staar det i en naturlig Forbindelse, at Ordet Lovkyndighed tidligere brugtes for at betegne, hvad vi nu nærmest ville kalde Retsvidenskab. Begrebet Lovkyndighed bestemte man da i Almindelighed nærmere, og i Forbindelse hermed opstilledes forskjellige Inddelinger af dette Begreb, og for at vise, hvilken unaturlig Vægt der tidligere lagdes paa saadanne Inddelinger, skal her nævnes, at Hurtigkarl 1. D. p. 43 og 56–57 (i det Væsentlige i Overensstemmelse med Nørregaard § 30, § 55 og § 56) skjelnede mellem borgerlig og naturlig Lovkyndighed og atter inddelte den borgerlige Lovkyndighed i den lovgivende og den doctrinalske, hvilken sidste atter inddeltes i den theoretiske og den praktiske, den praktiske Lovkyndighed inddeltes derpaa i den theoretisk-praktiske og den praktisk-praktiske Lovkyndighed,

og denne sidste sagdes at fremtræde enten som raadgivende, forsigtiggjørende eller tinglig (*juris prudentia judicialis sive forensis*), hvilken sidste atter inddeltes i *juris prudentia judicialis contentiosa* og *voluntaria* og den første af disse igjen i *juris prudentia agens* og *juris prudentia judicialis in specie*.

Ligesom Ø. nu taler om den uskrevne Ret i Modsætning til de skrevne Love, saaledes gjør han i Hdb. 1. B. p. 285 - 287 opmærksom paa, at det er raadeligst, efter andre Nationers Exempel, at benævne den heromhandlede Videnskab Retsvidenskab eller Retslære (*juris scientia*)¹⁾. Naar han dog kalder sin Haandbog Haandbog i Lovkyndighed, er dette, som han bemærker, begrundet, dels i at han ikke vilde afvige fra den tilvante Talebrug, dels i Hensynet til Forholdet mellem Haandbogen og Hurtigkarls Lærebog. I Forbindelse med, at Ø. saaledes kritiserer selve Benævnelsen Lovkyndighed og derved har bidraget til en korrektere Sprogbrug, viser han i Hdb. 1. B. p. 287 - 290 og 482 - 483²⁾, hvor grundløse og intetsigende de ovenfor anførte Inddelinger ere.

Det har tidligere været et omtvistet Spørgsmaal, fra hvilket Tidspunkt Chr. V.s danske Lov har hævet de ældre Forordninger, og navnlig om nogle af de Forordninger angaaende de i Loven omhandlede Materier, som ere udkomne før Lovens Publikation, fremdeles

¹⁾ Hermed kan jævnføres en Afhandling af Hugo: „Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten“ i *Civilistisches Magazin* 4. B. (1813).

²⁾ jfr. *J. A.* Nr. 11, p. 31 - 33 (1807).

kunne anses for gjældende. Dette har man før Ø. været tilbøjelig til at antage, om end i forskjelligt Omfang. Den videst gaaende Mening, der antoges af Dons (1. D. p. 99) og Nørregaard (§ 15), gik ud paa, at alle Chr. V.s Forordninger fremdeles skulde være bestaaende efter Lovbogen. Andre antog, at kun de Forordninger skulde gjælde, som vare udkomne, efterat Lovbogen var overgivet til Trykken; dette mentes at være sket den 12. eller 21. Marts 1681, og i Overensstemmelse hermed antoges det, at Frd. 16. April 1681, særlig Cap. VI. om Vexler var gjældende, ogsaa efterat Chr. V.s Lov var traadt i Kraft. I en Afhandling i Juridisk Maanedstidende for 1803 1. B. 4. H. p. 66—70 (jfr. Suppl. 1. B. p. 24—27) gjør Ø. nu opmærksom paa, at Chr. V.s danske Lov først blev given i Trykken den 3. Januar 1682, og dernæst hævder han, at de Forordninger, som ere ældre end Lovens Publikation, ere hævede ved Loven, forsaavidt de da ikke angaa Politiet. Han henviser blandt Andet til det Urimelige, der vilde være i, at Loven, naar den har andre Bestemmelser end de omtalte Forordninger, skulde være hævet, inden den selv udkom, og han paaviser særlig med Hensyn til Frd. 16. April 1681, at nogle af Chr. V.s danske Lovs fra denne Frd. afvigende Bestemmelser ere optagne i Chr. V.s norske Lov og saaledes maa antages da at have været ansete for endnu gjældende. Da Hurtigkarl (1. D. p. 24) dog anser det for tvivlsomt, om ikke de Forordninger, der ere udkomne efter den 3. Januar 1682, maatte gjælde endnu, begrunder Ø. i Hdb. (1. B. p. 63—69) nærmere, hvorfor de Forordninger, der ere ældre end 15. April 1683, og som angaa de i Chr. V.s Lov omhandlede Materier, maa være ophævede ved denne¹⁾.

¹⁾ Hermed kan jævnføres Aubert: „De norske Retskilder og deres Anvendelse“, 1. D. p. 197 ff.

Hvad der saaledes er anført med Hensyn til Chr. V.s danske Lov, kan for en væsentlig Del ogsaa anføres med Hensyn til Chr. V.s norske Lov.

Ligesom Ø. (Suppl. 1. B. p. 7—13 og Hdb. 1. B. p. 7—34) derhos meget udførlig har angivet og ved Exempler oplyst Fortrinene og Manglerne ved Chr. V.s Love, saaledes har han (Suppl. 1. B. p. 15—23 og Hdb. 1. B. p. 45—60)¹⁾ nærmere belyst Forholdet mellem Danske og Norske Lov og paavist, hvorledes N. L. i mange Tilfælde kan benyttes ved Fortolkningen af D. L. eller anvendes analogisk i Danmark, men paa den anden Side har han godtgjort Urigtigheden af den af Nørregaard (§ 11) udtalte Anskuelse, ifølge hvilken Norske Lov i flere Tilfælde skulde kunne anses for en autentisk Fortolkning af Danske Lov.

Med Hensyn til de efter Chr. V.s Lov udkomne Love har Ø. (Hdb. 1. B. p. 60—61 og 72 ff. og 6. B. 430—442) udførlig oplyst Betydningen af de mange forskellige Benævnelser, hvorunder de fremkomme (Forordninger, Anordninger, Placater, Rescripter, Resolutioner o. s. v.), og i Hdb. 1. B. p. 142—164 har han givet en udførlig Fremstilling af Læren om Privilegier.

Som bekjendt opstod i 1813 det Spørgsmaal, om en Forordning (Frd. 5. Januar 1813) kunde være bindende for den Enkelte, som kjendte den, uagtet den ikke var tinglæst. I denne Anledning afgav Ø., der var Medlem af en for at overveje Forespørgsler angaaende den nævnte Forordning nedsat Kommission, to Betænkninger²⁾, og i disse hævder han, i Overensstemmelse med sine senere Udtalelser i Eunomia (2. D. p.

¹⁾ jfr. juridisk Maanedstidende for 1803 1. B. 4. H. p. 54—65.

²⁾ i Cancelliets Archiv.

243—244 og i Hdb. 1. B. p. 264—267, 3. B. p. 527—530 og 6. B. p. 451—453), at en Anordning og in specie en Anordning af den Natur som Frd. 5. Januar 1813 fra den Tid, den fra Lovgiverens Side formelig er udgiven, maa kunne stifte Pligter og Rettigheder mellem Under-saatterne, uden Hensyn til om den endnu ved Tinglæsning er bleven almindelig bekjendt. „Vist nok,“ skriver han, „er det, at Lovens Befaling, at Anordninger skulle læses til Tinge, maa have et Øjemed, men dette ligger deri, at Borgerne fra det Øjeblik af, Tinglæsningen er foregaaet, ere juridisk forbundne til at kjende Loven, uden at kunne undskylde dem med Uvidenhed, thi efter hin officielle Bekjendtgjørelse gjælder Reglen ignorantia juris semper nocet. Naar Loven skal anvendes mod nogen, førend den er officiel bekjendtgjort, maa det derimod bevises, at han de facto kjendte dens Bydende.“ Den af Ø. saaledes hævdede Anskuelse fik som bekjendt Medhold i den Kgl. Resol. af 27. Mai 1813 og er siden i Almindelighed bleven fulgt her i Danmark, medens man i Norge synes at have været af en modsat Anskuelse.

I Forbindelse med det saaledes omtalte Spørgsmaal om Tinglæsningens Betydning for Lovens bindende Kraft findes der i en af de ovenfor nævnte, af Ø. afgivne Betænkninger følgende Udtalelse af ham: „Maaskee endog nærværende Discussion kunde give Hans Majestæt Anledning til, ved en almindelig Lov, at foreskrive andre og med Tiderne mere passende Publicationsmidler i Stedet for Tinglæsningen, der vistnok nu omstunder — maaskee med Undtagelse i Henseende til Landet i Norge, men hvor denne Publicationsmaade paa den anden Side er for langsom, -- er en tom Formalitet, samt bestemme faste Regler om den Tidspunkt, hvori en Anordning bliver bindende.“ Denne

Ø.s Tanke blev jo senere — men først efter Forløbet af en lang Aarrække — gennemført ved Indførelsen af Lovtidenden.

I Henseende til Loves Ophævelse og Forandring¹⁾ blev der tidligere, ligesom i andre Forhold, lagt en væsentlig Vægt paa Inddelinger, medens det reelle Indhold af det, der lærtes, kun var tarveligt. Det siges saaledes (Dons 1. D. p. 35—36 og Nørregaard § 39, jfr. Hurtigkarl 1. D. p. 42—43), i Overensstemmelse med Ulpian (fragm. 1—3), at Love ophæves og forandres ved Abrogation, Derogation, Obrogation og Subrogation, og det læres, at Forandringen sker ved Regentens udtrykkelige Villie, tilkjendegivet i en ny og mod den ældre stridende Lov, og at naar Lovens Aarsag ikke mere finder Sted, ophører selve Loven; endelig læres det af Nørregaard (§ 54 og hans „Naturrettens første Grunde“ (1784) §§ 610 og 611)²⁾, at den ældre Lov, hvad enten den er almindelig eller særdeles, hæves ved den senere almindelige Lov, der er i Strid med samme, men at der gjælder noget Andet med Hensyn til Privilegier.

Den omtalte Sætning, at naar Lovens Aarsag ophører, ophører ogsaa Loven, opstilledes uden nogen nærmere Forklaring og Begrænsning, — paa samme Maade som man i Læren om Fortolkning ansaa en indskrænkende Fortolkning for berettiget, naar Lovens Ord gaa videre end dens Aarsag³⁾. Ligesom nu Ø.

¹⁾ jfr. Suppl. 1. B. p. 49—51 og 104—107, 3. B. p. 294—297, Hdb. 1. B. p. 276—284 og 474—478.

²⁾ jfr. Hurtigkarl 1. D. p. 54—55.

³⁾ En lignende uberettiget Anvendelse af Sætningen cessante ratione legis, cessat lex ipsa skete i forrige Aarhundrede i

hævder, at en indskrænkende Fortolkning ikke er berettiget, fordi Aarsagerne til en Lov ikke passe paa et under dens Ord indbefattet Tilfælde (jfr. nærmere Afsnittet om Fortolkning), saaledes hævder han ogsaa, at det er betænkeligt at anse en Lov for ophævet paa Grund af, at de udvortes Omstændigheder, der antages at have motiveret samme, ikke længere finde Sted; blandt flere Exempler nævner han saaledes, at det er uden Føje, naar Brorson antog, at den i 5--2--70 n. L. 71 omhandlede Déclaration skulde, uagtet den var gjort uden for Tinge, for nærværende Tid have samme Kraft, som om den var sket til Tinge, af den Grund at Lovens Motiv til at fordre, at Declarationen skulde ske til Tinge, nemlig, at Almuen der plejede at samle sig, er ophørt. Ligesaa lidt kan efter Ø.s Mening en blot forandret Tendents i den nyere Lovgivning medføre, at et særegt Bud i den ældre Lovgivning skal tabe sin Gyldighed. Derimod antager Ø., at et Lovbud maa bortfalde, naar en ny Lov aldeles bestemt har ophævet den Forudsætning, hvorpaa den ældre Lov uomtvisteligen var grundet, og fremdeles bemærker han, at det forstaar sig af sig selv, at en Lov bortfalder, naar dens Gjenstand ikke mere er til, og at saaledes t. Ex. 6--13--26--28 n. L. 27--29,

Tyskland i begge de nævnte Retninger, jfr. saaledes Glück: „Ausführliche Erläuterung der Pandecten“ 2. Ausg. 1. Th. 1797 p. 253 ff. og 519, herimod optraadte navnlig Thibaut i „Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts“ 2. Ausg. 1806 (p. 58 ff. og 101 ff.). Thibaut er født 1772, død 1840, blev først juridisk Professor i Kiel, senere i Jena, og 1806 i Heidelberg; han var den vigtigste Repræsentant for den saakaldte philosophiske Skole i Tyskland i Modsætning til den historiske Skole; han har foruden den nævnte Afhandling blandt Andet skrevet „System des Pandektenrechts“ og „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts“.

skjøndt de ikke dengang vare udtrykkelig afskaffede, maatte være ude af Kraft efter Frd. 8. Juni 1767, i hvis Følge de i disse Lovsteder afhandlede Forbrydelser ikke længere vare juridisk mulige.

Ø. bestrider dernæst den tidligere omtalte Sætning, at en ældre speciel Lov skulde, forsaavidt den ikke er et Privilegium, ubetinget ophæves ved en senere almindelig Lov, der er i Strid med samme. Han skjæler i saa Henseende mellem, om der forinden den nyere almindelige Lov kun existerede specielle Love om dens Gjenstand, eller om der foruden disse ogsaa har existeret en almindelig samtidig eller ældre Lov, og i dette Tilfælde atter mellem, om de specielle Love have været overensstemmende med den almindelige Lov eller stridende imod samme. I det først anførte Tilfælde formenes de ældre specielle Bestemmelser at være ophævede, idet Formodningen antages at maatte være for, at Lovgiveren ved en omfattende Bestemmelse har villet tilvejebringe Enhed i det, der forhen blev bestemt efter ulige Regler, og som Exempel nævnes, at Frd. 6. December 1743 maa have ophævet de ældre specielle Bestemmelser om Bøders Afsoning. I det andet Tilfælde, hvor de specielle Love vare overensstemmende med den ældre almindelige Lov, mener han, at de specielle Bestemmelser maa staa og falde med den almindelige Lov, hvoraf de ere blotte Anvendelser, og derfor antages Bestemmelsen i Frd. 29. Mai 1750 § 1 om Lavdag at være ophævet ved Frd. 3. Juni 1796 § 1. I det sidstomtalte Tilfælde endelig antages de specielle Love, hvis Gjenstand engang er undtaget fra den almindelige Lovs Bydende, ikke at bortfalde paa Grund af den nye almindelige Lov, med mindre den ved udtrykkelige Ord har tilkjendegivet saadant, og derfor formentes Frd. 20. Februar 1789 ikke at burde anvendes paa Skovtyverier eller andre saakaldte

furta rei minimæ, der ved Loven og de ældre Anordninger vare undtagne for at behandles efter Lovens almindelige Bydende om Tyveri.

Ø. opkaster fremdeles det Spørgsmaal, om enhver ældre Lov angaaende en Materie bortfalder ved en ny generel Anordning derom, naar denne ej udtrykkelig erklærer den ældre Lov enten for gjældende eller for ophævet, og den nye Lov heller ikke i egentlig Forstand kan siges at være i Strid med den ældre Lov, idet den hverken in genere eller in specie berører den i den ældre Lov omhandlede under Spørgsmaal værende Gjenstand, men kun handler om den Materie, hvortil hin Gjenstand hører, og om t. Ex. alle ældre Love, der kunne vedkomme Pressens Frembringelser, vare hævede ved Frd. 27. September 1799. Han mener, at Spørgsmaalet nærmest maa besvares derhen, at vel de ældre generelle Anordninger, i hvis Sted den nye træder, derved maa, naar de ej udtrykkelig erklæres for gjældende, anses for ophævede, undtagen forsaavidt de maatte indeholde et og andet, sammes egentlige Gjenstand uvedkommende Bud, der netop, som uvedkommende, kunde være udeladt i den nye Lovgivning, men at derimod de til samme Materie hørende specielle Forskrifter, som udenfor Hovedanordningen maatte være givne, blive i deres Kraft, naar de ej stride imod den nye Anordnings Bud; saaledes antoges Rescr. 24. December 1772, Pl. 10. Januar 1791 og Plan af 1. Juli 1799 § 137 ikke at være ophævede ved Frd. 27. September 1799, idet det nemlig formentes ikke at være saa indlysende, at Lovgiveren, ved den nye Anordnings Redaktion, har været opmærksom paa alle slige specielle Bestemmelser og valgt deraf, hvad han billigede, som det er, at han maa have haft den ældre Hovedanordning, i hvis Sted han vilde sætte en anden, for Øjne.

Endelig bemærker Ø., at naar et yngre Lovbud udtrykkelig bestemmer de juridiske Følger af en Handling, hvis Virkning anderledes var fastsat i en foregaaende Lov, bør denne derved anses for ophævet, skjøndt Bestemmelserne ikke umiddelbart ere hinanden modsigende, idet nemlig hint yngre Lovbud maa antages fuldstændigen at ville bestemme, hvad der er ret med Hensyn til den Handling, der er dens Gjenstand, og derfor antages t. Ex. den i Frd. 3. Marts 1741 § 7 bestemte Mulkt til Justitskassen for den, som har kaldet Vidner og ikke møder til den Tid, Vidnesagen kommer for, at være hævet ved Frd. 3. Juni 1796 § 14.

Af det saaledes Anførte vil det tilstrækkelig fremgaa, at Ø.s Fremstilling af Læren om Loves Ophevelse og Forandring i en væsentlig Grad danner Grundlaget for den nuværende Lære herom.

Spørgsmaalet om, i hvilket Omfang en ny Lov kommer til Anvendelse paa de, før Loven traadte i Kraft, stiftede Retsforhold eller paa de forinden foretagne Handlinger eller indtraadte Begivenheder eller Retstilstande, var saa godt som ikke behandlet i Danmark før Ø.; man indskrænkede sig i det Væsentlige til at udtale, at Love ikke have tilbagevirkende Kraft. Denne Sætning ansaa man dengang i Almindelighed for uomtvistelig, og Sætningen, der egentlig stammer fra Romerretten, (jfr. lex 7 Cod. 1—14) er som bekjendt optaget i flere Lovbøger fra Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette Aarhundrede, saaledes i den preussiske Landret (1794) Incl. § 14, code civil eller Napoléon (1804) Art. 2 og den østerrigske Lovbog af 1811 § 5,

ligesom ogsaa i Norges Grundlov § 97¹⁾; men hvorledes Sætningen skulde forstaas og anvendes, derom var der ingenlunde Enighed, og denne Uenighed traadte navnlig frem i flere Afhandlinger vedrørende det omhandlede Spørgsmaal, som udkom i Tyskland i Begyndelsen af dette Aarhundrede. Da Ø., som han siger, ikke hos nogen ham bekjendt Forfatter over denne Gjenstand havde truffet den skarpe Nøjagtighed i Grundbegreberne eller den Sikkerhed og Frugtbarhed i Anvendelsen, hvorved man kunde aldeles stilles tilfreds, fandt han sig opfordret til i en Afhandling i j. A. Nr. 27 og 28 (1811) p. 257—300 at meddele sine Tanker over Betydningen af den Retsregel, at en Lov ej bør nyde tilbagevirkende Kraft; senere har han i Hdb. 1. B. p. 164—259 jfr. 3. B. p. 518—527 givet en mere udførlig Fremstilling af den omhandlede Materie.

Vil man nu nærmere undersøge Ø.s Fortjeneste og Betydning med Hensyn til Behandlingen af det ovennævnte Spørgsmaal, vil det være hensigtsmæssigt kortelig at omtale, i hvilket Forhold Ø.s Fremstilling staar til de tyske Juristers Arbejder, og navnlig til de Arbejder, der ligge forud for Hdb. 1. B. De vigtigste af disse ere A. D. Weber²⁾ „Über die Rückanwendung positiver Gesetze mit besonderer Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten“ Hannover 1811 og F. Bergmann³⁾ „Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte“ Hannover 1818,

¹⁾ I enkelte andre Forfatningslove findes en lignende Bestemmelse med Hensyn til Straffelove.

²⁾ Jfr. dette Værks 1. D. p. 69.

³⁾ F. C. B. Bergmann, f. 1785 d. 1845, var oprindelig Professor ved Universitetet i Göttingen og beklædte senere forskjellige andre Embeder; han har foruden den omtalte Afhandling skrevet „Lehrbuch des Privatrechts des Code Napoléon“ og nogle processuelle Skrifter.

men før disse Afhandlinger og før Ø.s Afhandling i j. A. var Spørgsmaalet behandlet blandt Andre af N. T. Gønner¹⁾ i „Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums“ (1808) og B. W. Pfeiffer²⁾ i „Germanien“, udgivet af Crome og Jaup 3. B. 3. H. (1809). (De franske Behandlinger af Spørgsmaalet havde Ø., efter hvad han selv siger, ikke havt Lejlighed til at blive bekendt med).

De nævnte tyske Jurister ere nu vel paa mange Punkter uenige, men i tvende Hovedretninger stemme de dog overens. For det Første mente de at kunne opstille et fast Princip eller i alt Fald visse Grundsætninger, hvorefter Spørgsmaalet skulde kunne besvares, uden at det blev nødvendigt at gennemgaa de forskjellige Arter af Retsforhold. Pfeiffer opstillede saaledes 8 forskjellige Grundsætninger og lagde ved disse Vægt paa den forskjellige Karakter af den paa-gældende Lovbestemmelses Indhold, og han nævner som den første Grundsætning, at Prohibitivgesetze eller, som han ogsaa kalder dem, absolut gebietende oder verbiетende Gesetze strax komme til Anvendelse. Weber og Bergmann mente at kunne besvare Spørgsmaalet ved blot at se hen til, hvad der med juridisk Nødvendighed fulgte af Forholdet mellem en ældre Lov og en nyere Lov, som forandrede den ældre Lov. Den ældre Lov, sagde de, havde Gyldighed, indtil den nye Lov traadte i Kraft, men ikke længere, og omvendt havde den nye Lov Gyldighed fra dette Tidspunkt, men ogsaa først fra dette; derfor kunde det ikke bestemmes efter den nye Lov, hvilke Virkninger

¹⁾ Jfr. dette Værks I. D. p. 66.

²⁾ B. W. Pfeiffer f. 1777 d. 1852, 1814 Regjeringsraad i Kassel; han har foruden den nævnte Afhandling blandt Andet skrevet „Vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutschen und Römischen Privatrechts“

et Retsforhold havde havt, før Loven traadte i Kraft, men omvendt skulde de Virkninger af et ældre Retsforhold, som først indtraadte efter dette Tidspunkt, bedømmes efter den nye Lov, forsaavidt dens Bestemmelser vare anvendelige derpaa, og forsaavidt den ikke selv indeholdt afvigende Regler. — For det Andet er det ejendommeligt for de nævnte Forfattere, at de, i Modsætning til den ældre almindelige Mening, og i Modsætning til hvad der aabenbart var Tanken med Sætningen om, at Love ikke have tilbagevirkende Kraft, vare tilbøjelige til at lade nye Love komme til Anvendelse paa tidligere stiftede Retsforhold. Dette stod i naturlig Forbindelse med den i Tyskland i Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette Aarhundrede herskende Stræben efter at indføre nye Lovbøger; ligesom man nemlig mente at burde fremme Folkenes Vel ved nye Lovbøger, saaledes mente man ogsaa at burde lade Borgerne saa snart som muligt nyde godt af den i de nye Love indeholdte Visdom og derfor lade disse Love i størst muligt Omfang komme til Anvendelse paa tidligere stiftede Retsforhold. Gønner udtaler saaledes som et almindeligt Princip, at ved en Forandring af Lovene maa det være Lovgiverens Opgave at bringe de nye Love saa hurtig som muligt i Virksomhed, og at der derfor maa tillægges Lovene Anvendelse paa tidligere foretagne Handlinger, forsaavidt en saadan Anvendelse endnu er mulig, men han tilføjer dog tillige, — og forsaavidt Anvendelsen kan bestaa med Opretholdelsen af vel-erhvervede Rettigheder. Denne sidste Begrænsning er derimod bortfalden hos Weber og Bergmann; paa Grund af det af disse opstillede ovenfor berørte Princip kom de nævnte Forfattere, — efter Sagens Natur og i Mangel af positive Bestemmelser, — til at tillægge nye Love i meget stort Omfang Anvendelse paa

tidligere stiftede Retsforhold, og de ansaa det alene for at være principstridigt at ville afgjøre efter den nye Lov, hvilke et tidligere stiftet Retsforholds Virkninger vare, før Loven traadte i Kraft, men de indrømmede naturligvis Lovgiveren Myndighed til at træffe en saadan Bestemmelse.¹⁾ Bergmann bemærker i den nævnte Henseende, at Statens Borgere maa anse de nugældende Love for de fortrinligste og ubetinget rigtige juridiske Sandheder for den nærværende Tid, og at det derfor for Borgerne efter Lovenes almindelige Natur maa være det højeste juridiske Princip, at Alt, hvad der nu sker, fuldstændig bliver bedømt efter de nugældende Love, saa at disse komme til fuld og uindskrænket Anvendelse; men han indrømmer tillige, at Anvendelsen af det af ham opstillede Princip kan medføre stor Haardhed for den Private, og at det derfor kan være politisk tilraadeligt og ønskeligt, at der opstilles og uddannes andre Grundsatninger i de positive Lovgivninger, og ved Fortolkningen af de positive Lovgivninger, som indeholde et Forbud imod at give Love tilbagevirkende Kraft, kommer han af historiske Grunde til heri ikke blot, som Weber, at se et Forbud imod at give den nye Lov Anvendelse, før den er traadt i Kraft, men ogsaa et Forbud mod i visse Tilfælde at anvende Loven paa de, efter at Loven er traadt i Kraft, indtrædende Virkninger af et tidligere stiftet Retsforhold, og han kommer derfor ved Behandlingen af den positive Ret, hvor hint Forbud findes, tildels til andre Resultater end efter Sagens Natur.

I begge de nævnte Retninger afviger Ø. fra

¹⁾ Kun naar det saaledes bestemtes, at en Lov skulde betragtes som havende existeret, før den i Virkeligheden traadte i Kraft, vilde Weber tale om, at Loven fik tilbagevirkende Kraft.

sine Forgængere, og dette gjælder da navnlig om Fremstillingen i Haandbogen, medens han i den tidligere Afhandling i j. A. stod de tyske Jurister noget nærmere; da Fremstillingen i Haandbogen imidlertid indeholder Ø.s endelige Mening, er det naturligt nærmest at tage Hensyn til denne. — I Haandbogen opstiller Ø., i Modsætning til de omtalte Jurister, ikke noget bestemt Princip eller visse bestemte Principer, hvorefter man skulde kunne afgjøre Spørgsmaalet uden at foretage en Sondring mellem de forskjellige Arter af Retsforhold. Ø.s klare Blik og praktiske Sans gjorde, at han ikke spildte Tid og Kræfter paa at udfinde saadanne Principer, men derimod lagde Hovedvægten paa at gennemgaa de forskjellige Arter af Retsforhold og at undersøge, hvad der ved hvert af disse maatte antages i den omtalte Henseende. At han nu handlede rigtig heri, har den senere Tids Videnskab tilfulde godtgjort; thi ikke blot ere de før Ø. i den omtalte Materie opstillede Principer senere blevne forkastede, men det Samme gjælder om senere opstillede Principer; i saa Henseende kan henvises til T. H. Aschehoug „Norges offentlige Ret“ 2den Afdeling 3. B. Cap. 60 § 12 ff. og Stobbe „Handbuch des deutschen Privatrechts“ 1. B. (1871) § 27.

Forinden Ø. imidlertid gaar over til at omtale de enkelte Hovedarter af Retsforhold, fremsætter han nogle almindelige vejledende Betragtninger. Han viser da først, at Sætningen om, at Love ikke maa have tilbagevirkende Kraft, ikke kan medføre, at et allerede stiftet Retsforhold aldrig maa afficeres ved en ny Lov; særlig fremhæver han, at der da ej med Virkning vilde kunne gives nogen Lov, som indeholdt Bestemmelser for Maaden, hvorpaa en Ejendom bør behandles, eller som lagde Byrder paa samme, og han bemærker, at det ikke vilde afhjælpe den Tilbagevirkning, som der, efter hint udstrakte Begreb, vilde være i slig Lovs Anven-

delse, om den blev indskrænket til de tilkommende Ejere, eftersom den nuværende Ejers Forfatning dog bliver forandret ved den Indskrænkning, som de tilkommende Besiddere underkastes, idet Kjøbesummen, naar han vil skille sig ved sin Ejendom, vil bero paa de større eller mindre Rettigheder, som han kan hjemle sin Kjøber. Fremdeles anfører han, at det ikke behøver nogen Oplysning, hvor meget i Særdeleshed vort Fædreland, under hin Forstaaelse af Forbudet mod Lovens tilbagevirkende Kraft, vilde være tilbage, baade med Hensyn til Borgernes personlige Frihed og hvad dets Agerdyrkning og andre for Nationalvelstanden vigtige Gjenstande angaar.

Men, efterat han saaledes har gjort opmærksom paa, at den nævnte Sætning ikke maa misforstaas paa den angivne Maade, udtaler han sig bestemt imod, at nye Love skulle bringes til Anvendelse paa tidligere stiftede Retsforhold i det Omfang, hvori dette af de nævnte tyske Forfattere, saaledes som tidligere er anført, ansaas for rigtigt.¹⁾ Han bemærker med Hensyn hertil, at det er vist, at Borgerne, hvis de med Lyst og Mod skulle kunne nyde og benytte deres Ejendomme og indrette deres Handlinger efter forstandige Hensigter, maa kunne stole paa, at den nuværende Tingenes Orden ikke letsindig forstyrres ved nye Love, der betage Ens Ejendom sit Værd og give Ens Foretagender en uberegnet og for den Paagældende skadelig Virkning. Han skriver derefter: „Lovgiveren bør derfor altid, saavidt som muligt, skaane de allerede stiftede

¹⁾ Dette staar i en naturlig Forbindelse med, at Ø. efter hele sin Aandsretning maatte stille sig noget skeptisk og tilbageholdende overfor en altfor stærk Lovgivervirksomhed og i det Hele stod den historiske Skole i Tyskland meget nærmere end den filosofiske; jfr. dette Værks 1. D. p. 41.

Retsforhold for bebyrdende Indflydelse af den Lovforandring, han finder det gavnligt at iværksætte, i hvilken Henseende han, efter Omstændighederne, enten ganske kan undtage slige Forhold fra den nye Lovs Herredømme, eller tilføie saadanne særdeles Bestemmelser, at de Paagjældende intet tabe ved den nye Lovs Anvendelse, eller at dog dette Tab bliver mindre føleligt.“ Han fortsætter derpaa, — i Modsætning til Bergmann, der mente, at Formodningen maatte være for, at den nye Lov af Dommeren skulde bringes til Anvendelse paa tidligere stiftede Retsforhold, paa Grund af den Formodning, der efter hans Mening var for den nye Lovs Fortrinlighed, — saaledes: „Dommeren bør ligeledes, hvor ikke Lovens Form eller dens klare Øiemed bestemt fordrer det modsatte, forudsætte, at denne ikke vil gjøre nogen Forandring i allerede erhvervede Rettigheder, og, hvor en saadan nødvendig maa antages, maa Formodningen dog være for den muligste Indskrænkning heri“. Endvidere skriver han: „Saa vist det end er, at den nye Lov bør formodes at være i og for sig eller dog med Hensyn til Samfundets nærværende Tilstand den retfærdigste og hensigtsmæssigste, saa er det dog ingenlunde deraf en Følge, at den i sin Anvendelse paa allerede eksisterende Tilfælde vilde have samme Egenskaber. Den Usikkerhed i Retstilstanden, som flyder af vilkaarlige Indgreb i allerede erhvervede Rettigheder, maa ordentligviis ansees som et større Onde, end det Afbræk, den nye Lovs Øiemed kan lide derved, at den ikke strækkes til de allerede eksisterende Tilfælde“. Han bemærker i Henhold hertil, at vel bør Lovens Bogstav i denne som i enhver anden Henseende tages under Lovfortolkerens nøjeste Overvejelse, men at den bogstavelige Fortolkning ogsaa her, som ved andre Lejligheder, bør kunne indskrænkes ved Betragtninger, der ikke tilstede at

give Lovbudet en saa udstrakt Betydning, som dets Ord kunde synes at tilsige. Han kunde derfor, som kan eksempelvis anfører, ikke være enig med Bergmann, naar denne mente, at en Lov, som uden videre erklærer, at et Forbund skal være ugyldigt, ogsaa skal omfatte det allerede indgaaede, skjøndt efter de ældre Love uomtvistelig gyldige Forbund af dette Slags, og det endog, naar der desangaaende var anlagt Sag, eller at en Lov, der udtrykker sig saaledes: „Fruentimmers Intercessioner skulle være ugyldige“, ogsaa bør anvendes paa allerede oprettede Forbund, og han kunde naturligvis heller ikke være enig med Bergmann i, at et nyt Lovbud, der erklærer Ægteskab mellem visse Nærbeslægtede for utilladeligt, ogsaa omfatter de i Fortiden indgaaede Ægteskaber, saa at disse herved skulde blive ugyldige.

Ø. viser endelig, at der ved Undersøgelsen af en Lovs Virkning paa allerede eksisterende Tilfælde vel kan blive noget Hensyn at tage til den Forskjel, der er paa de Retsforhold, som opstaa ved den Paagjældendes egne frie forpligtende Handlinger, og dem, som Lovene stifte uden saadanne Handlingers Mellekomst, idet nemlig Enhver, hvad hine Retsforhold betræffer, maa antages at indrette sine Handlinger saaledes, at samme, efter de da gjældende Love, ville svare til hans Hensigter, og han derfor, i en særdeles Grad, bliver brøsthouden, naar en senere Lovforandring betager hans Handlinger deres tilsigtede Virkninger. Han viser imidlertid, at der næppe kan gjøres en absolut Forskjel mellem hine to Slags Tilfælde, og han mener, at man blot kan sige, at Lovgiveren, og forsaavidt dennes Villie ej tydelig er tilkjendegivet, Dommeren bør være end mere varlig i at give nye Love Indflydelse paa de Virkninger af en ældre Handling, som denne umiddelbart har været lagt an paa i Med-

hold af de gjældende Love at frembringe, end i at gribe ind i stiftede Retsforhold, hvori den frie Villie kun har en fjærnere og mere tilfældig Andel.

Af det Anførte vil det ses, at Ø., — i Modsætning til Bergmann, — hævder, at de samme Hensyn, som Lovgiveren i den omtalte Henseende bør tage, ogsaa bør tages af Dommeren ved Fortolkningen af den enkelte Lov, medmindre denne bestemt og tydelig har udtalt en anden Regel. I Overensstemmelse med det Anførte var Ø. i Hdb., i Modsætning til den tidligere Afhandling, tilbøjelig til at antage, at den i Chr. V.s d. og n. L.s Fortale indeholdte Bestemmelse om, at de ældre Love ikke efter denne Dag enten af Parterne i nogen Rettergang maatte bruges eller af Dommeren i forefaldende Sager anses, ikke havde villet afgjøre Noget i den omhandlede Henseende.

At Ø. nu ingenlunde i utilbørlig Grad beskyttede de tidligere erhvervede Rettigheder imod nye Loves Anvendelse, fremgaar af hans Behandling af de enkelte Retsforhold, og at han ved Behandlingen af disse i Almindelighed fandt det Rette, derfor borger ikke alene Ø.s juridiske Sans, men dette er ogsaa godtgjort af den senere Tids Videnskab; thi vel har man senere paa nogle Punkter ændret eller nærmere udviklet Ø.s Fremstillig, men i det Hele og Store maa denne dog siges at staa ved Magt endnu. Det vilde blive for vidtløftigt at paavise dette nærmere ved at gennemgaa alle de af Ø. omtalte Retsforhold; thi uagtet han selv siger, at han kun vilde omhandle de vigtigste Tilfælde, har han dog udførlig behandlet mange baade til Privatretten, Strafferetten og Processen hørende Retsforhold; der skal derfor her kun fremdrages nogle faa Tilfælde, der tillige kunne tjene til, som Exempler, at belyse den Maade, hvorpaa Ø. i Almindelighed behandlede den omhandlede Materie.

Med Hensyn til de Love, der forandre Myndigheds-terminerne, bemærker Ø., at Forandringen kan bestaa enten i at rykke Myndighedsalderen tidligere frem eller i at rykke den længere tilbage. Han skriver derefter (j. A. Nr. 27—28 p. 279—81 og Hdb. 1. B. p. 193—194) Følgende: „I første Tilfælde kaldes det ei i Tvivl, at jo den nye Lov meddeler alle Under-saatter, som i det Øieblik, den udkommer, have op-naaet eller siden opnaae den nu foreskrevne Alder, myndige Personers Rettigheder og Ansvar med Hensyn til alle de Handlinger, som foregaae efter Lovens Kundgjørelse. Men, naar Myndighedsterminen rykkes tilbage, kunde det være tvivlsomt, om de Individier, som allerede inden den nye Lovs Publication have, i Overensstemmelse med de da gjældende Regler, erhvervet Myndighed, ja endog i Kraft deraf foretaget forbindende Handlinger (hvilke naturligviis, i ethvert Tilfælde, maae beholde deres forrige Værd), skulle træde tilbage i Umyndigheds Standen, fordi de ei have de Egenskaber, som den nye Lov kræver til Myndighed. Dette bliver imidlertid dog vel at antage, naar den nye Lov er saaledes affattet, at, efter dens Bydende, kun de, som have den bestemte Alder, kunne forpligte dem ved disse eller hine Handlinger. Der-som den derimod har den Vending, at den bestemmer, naar Nogen vorder myndig, er det en anden Sag. I dette sidste Tilfælde byder den kun noget om Myndigheds Erhvervelse i den tilkommende Tid. I hiint første gjør den derimod den fastsatte Alder til en almindelig Betingelse for Retsgyldigheden af de Handlinger, som, efter Lovens Udgivelse, foretages. Det vilde da være en indskrænkende Fortolkning, hvor-ved man eragtede, at Loven ikke desto mindre skulde være uanvendelig paa de Personer, som alt inden dens Udgivelse, i Kraft af ældre Love, havde erhvervet

den nu tilbagerykkede Myndighed. Men en saadan indskrænkende Lovfortolkning lod sig ingenlunde understytte ved Grunde, som, efter Theorien om dette Slags Lovforklaring, kunde være fyldestgørende. Tvertimod kunde det, med god Grund, antages, at Lovens bogstavelige Anvendelse ganske svarte til dens Hensigt, thi, naar Lovgiveren finder, at den forhen fastsatte Alder ei er tilstrækkelig til at begrunde Formodning om den Grad af Forstandens Udvikling, som udkræves til at kunne ved visse Handlinger forpligte sig, saa maa her ligesaavel forudsættes en Mangel i denne Henseende hos dem, der alt have hiin Alder, som hos dem, der siden komme dertil. Man kan heller ikke sige, at de, der saaledes ved den nye Lov gaae tilbage i Umyndigheds Standen, tabe et alt erhvervet Gode; thi kun for den, som har den fornødne Modenhed til at gjøre Brug af sin Myndighed, er denne et Gode, for den Umodne vil den være til Fordærvelse, og umoden maa den dog ansees at være, der ei har de Egenskaber, som Lovgiveren nu finder for godt at gjøre til Betingelse for Myndigheden¹⁾

Med Hensyn til de Love, som indeholde autentiske Lovfortolkninger, antog Ø. i Suppl. 1. B. p. 53—54, at de almindelige Regler om nye Loves Anvendelse paa tidligere stiftede Retsforhold ogsaa her maatte komme til Anvendelse. Da Ø. imidlertid ved sine senere Undersøgelser kom til den Overbevisning, at Sætningen „ingen Lov bør nyde tilbagevirkende Kraft“ ej udgjør en absolut Norm for Lovgiveren, fandt han sig allerede i Afhandlingen i j. A. Nr. 27—28 beføjet

¹⁾ Denne Ø.s Mening deles ogsaa af T. H. Aschehoug (det anførte Værks Cap. 60 § 67) og andre ansete Forfattere fra den nyere Tid, i Modsætning til A. W. Scheel „Privatrettens almindelige Del“ 1. B. p. 302 ff.

til at forandre sin tidligere udtalte Anskuelse og til i Overensstemmelse med den almindelige Mening at antage, at de nævnte Love have tilbagevirkende Kraft, og efter at have fremstillet de Grunde, som kunde tale herfor og herimod, skriver han (jfr. Hdb. 1. B. p. 252—254) navnlig Følgende: „Naar Lovgiveren autentisk erklærer, hvilken Fortolkning over hans Lov der er den rigtige, da har dette i Almindelighed ikke den Tone, som om han derved øser af anden Kilde end den, som ligger i den forhen bekjendtgjorte Lovgivnings Ord, Sammenhæng og de Motiver, som den enten udtrykkelig har angivet, eller som dog ei laae uden for Lovfortolkerens Synskreds. Man finder derfor og i de autentiske Fortolkninger, vor Lovgivning indeholder, snart en lydelig Misbilligelse af de forhen antagne modsatte Lovforklaringer, snart ere de forbundne med en omstændelig Angivelse af de Grunde, der retfærdiggjøre samme, og disse Grundes Tilstrækkelighed kan dog ingen Dommer siden sætte paa Prøve. Ofte er det og, at Lovgiveren ei udtrykkelig fortolker sin Lov, men forudsætter en vis, ellers Kontrovers undergiven, Fortolkning, som den rigtige. Stundom indeholdes og den autentiske Fortolkning i Reskripter, der ikke blive almindelig bekjendtgjorte, og hvorved der undertiden tillige umiddelbar gribes ind i allerede eksisterende Tilfælde, til et aabenbart Beviis paa, at Lovgiveren har antaget, at Undersaatterne, endog uden nogen nye Kundgjørelse, burde erkjende det for Lovens Mening, som i slige Reskripter, stundom endog med Anvendelse paa alt foregaaede Tilfælde, er blevet erklæret derfor. Endelig har Lovgiveren stundom, i at fortolke sin Lov, gjort saadanne udtrykkelige Bestemmelser, som indeholde, at den skal virke paa allerede stiftede Retsforhold“. Det saaledes Anførte oplyses af ham ved en Række Exempler.

I en i Eunomia 4. Del (1822) p. 1—164 optaget Afhandling har Ø. behandlet „de Grundsætninger, hvorefter vore Domstole kunne tage fremmede Love i Betragtning“, og allerede tidligere, nemlig i n. j. A. 4. B. (1812) p. 22—40, havde han behandlet en enkelt Del af denne Materie, nemlig „De Love, hvorefter en Persons Myndighed bør bedømmes“. Denne Materie, der staar i en vis Forbindelse med den senest omhandlede, var saa godt som ikke behandlet af de juridiske Forfattere her i Landet før Ø., og dog skulde man tro, at der ikke saa sjældent for Domstolene maatte blive Spørgsmaal om Anvendelsen af andre Staters Love, ligesom da ogsaa den Omstændighed, at der i de forskjellige Dele af den danske Stat gjaldt forskjellige Retsnormer, maatte medføre, at der kunde blive Spørgsmaal om, hvilken Landsdels Love der skulde bringes til Anvendelse. Det ses da ogsaa af nogle af Ø. paaberaabte Domme, at Domstolene i flere Tilfælde have bragt fremmed Ret til Anvendelse ved Afgjørelsen af de dem forelagte Sager, og det er meget rimeligt, at Ø., der selv havde conciperet de fleste af de af ham i den nævnte Afhandling i Eunomia paaberaabte Domme, netop ved Afgjørelsen af disse Sager har følt Trangen til nærmere Regler for, naar fremmed Ret kan bringes til Anvendelse af de danske Domstole, og herved er bleven bragt til at overveje de Grundsætninger, som i saa Henseende maa følges, og det er vel navnlig rimeligt, at den Sag, som blev paakjendt ved den i j. A. Nr. 3 p. 45—53 anførte, under 5. December 1803 afsagte Dom, hvilken Dom er conciperet af Ø., har givet Anledning til Afhandlingen i n. j. A., i hvilken Afhandling Ø. forøvrigt, ligesom i den senere Afhandling, tildels fraviger det i Dommen Antagne. Derimod kan det ikke her, — saaledes som maaske ved den foregaaende Materie, — siges, at Ø. er bleven

foranlediget til at udarbejde de nævnte Afhandlinger ved videnskabelige Arbejder, som vare udkomne i Tyskland eller andetsteds i Begyndelsen af dette Aarhundrede. Ø. ytrer selv i de Bemærkninger, hvormed han indleder sin Afhandling i Eunomia, at, saavidt han ved, er der hidtil ikke udrettet nær saa meget til denne Materies Oplysning, som med Hensyn til den om Loves tilbagevirkende Kraft. „I den nyere Litteratur ere vel“, fortsætter han, „enkelte herhen hørende Spørgsmaale, i Særdeleshed de som angaae Grændsen for de criminelle Loves Virkekreds, jevnligent blevne afhandlede. Men, foruden at man, efter vort Skjøn, sjelden har været heldig i sin Besvarelse, vides det ikke, at Materien i sit hele Omfang i lang Tid har været Gjenstand for nogen Retsforskers Undersøgelse“. ¹⁾ Med mere Anerkjendelse omtaler Ø., hvad der paa dette Omraade er præsteret af ældre hollandske og tyske Jurister, af hvilke, siger han, flere meget udførligen og med ikke liden Anvendelse af Lærdom og Skarpsindighed have afhandlet denne Materie. „Imidlertid“, tilføjer han, „vil neppe den tænkende Jurist tilfredsstilles ved de Principer, som i disse Undersøgelser ere blevne opstillede, eller de Resultater, som deraf ere udledede“. Som den udførligste og, saavidt han bekjendt, grundigste Afhandling over denne Gjenstand, nævner han Hertii ²⁾ *dissertatio de collisione legum* (1688), hvis *sectio IV* handler *de collisu legum positivarum inter se*. (Ved Siden af dette Værk nævner han i Afhandlingen i n. j. A. I. Voet ³⁾ „*Commentarius ad*

¹⁾ Ø. bortser naturligvis fra den summariske Omtale, som var blevet Æmnet til Del, navnlig i Systemer over Romerretten.

²⁾ J. N. Hertius, født 1651 død 1710, Professor i Gieszen, han har skrevet mange mindre Afhandlinger.

³⁾ I. Voet, født 1647 død 1714, var Professor, senest i Leyden.

Pandectas“, hvor Materien omhandles i lib. I tit. IV (1698).

I Hertii nævnte dissertatio opstilles tre almindelige Grundsætninger, hvorefter alle mødende Tilfælde skulle lade sig bedømme. Disse Grundsætninger gjengives af Ø. paa følgende Maade: „Den første er, at, naar Loven er rettet paa Personer, saa sees der hen til det Steds Love, hvis Undersaat Personen er. Den anden Regel er, at, hvis Loven directe er foreskrevet for Tingen, saa er den anvendelig, naar Tingen ligger inden for Territoriet, paa hvilket som helst Sted og af hvilket som helst Person den Handling er foretaget, hvorved der disponeres over samme.¹⁾ Endelig indeholder hans tredie Regel, at, naar Loven bestemmer en Handlings Form, bliver der allene at see paa det Steds Love, hvor Handlingen foretages, og hverken paa Hjemstedets eller paa det Steds, hvor Tingen befinder sig“.

I hvorvel nu Hertius i sin nævnte dissertatio vil forkaste den af tidligere Jurister i denne Materie gjorte Sondring mellem tre Klasser af Retsregler, nemlig *statuta personalia*, *realia* og *mixta*, falder dog den Sondring, som han selv opstiller, saa væsentlig sammen med hin, at han med Føje netop betragtes som en af Hovedrepræsentanterne for den saakaldte Statuttheori. Denne Theori, som i saa lange Tider var den almindelig herskende, maatte siges endnu at være den gjældende, da Ø. forfattede sin Afhandling i *Eunomia*. For Tysklands Vedkommende er det egentlig først

¹⁾ Herved maa erindres, at Hertius, ligesom tidligere Jurister, opstiller den Sætning, at de rørlige Ting skulle anses som værende paa Personens (Ejerens) Bopæl og være undergivne de der med Hensyn til Løsøre gjældende Retsregler, — en Sætning, der egentlig er opstaaet paa Arverettens Omraade.

Wächter,¹⁾ der i en Afhandlig „Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten“ (i Archiv für die civilistische Praxis 24. og 25. B. 1841 og 1842) klarligen har paavist Uholdbarheden af Statuttheorien og de Resultater, hvortil man ved Hjælp af den kom. Thi vel havde tidligere enkelte tyske Jurister kritiseret Statuttheorien, men de havde samtidig opstillet andre Theorier eller Grundsætninger, der skulde afløse den, og da disse, — som af Wächter paavist, — ikke vare mere holdbare end Statuttheorien, egnede de sig ikke til at fortrænge denne.

Idet Ø. med Hensyn til den nærmere Paavisning af, at de af Hertius opstillede Regler — eller, hvad der efter det Anførte falder sammen hermed, Statuttheoriens Grundsætninger — ere urigtige og utilstrækkelige, henviser til de følgende Undersøgelser i Afhandlingen, gjør han dog strax i saa Henseende nogle almindelige Bemærkninger. „Person, Ting og Handling“, siger han, „kunne ikke saaledes afsondres fra hinanden, at hver kan bedømmes efter en forskjellig Lov. De udgjøre tvertimod tilsammen Bestanddelene af et og samme juridiske Foretagende. Dette har hiin lærde Forfatter naturligtvis heller ikke kunnet overse, men det af ham opstillede System gaaer ud fra den Forudsætning, at dog snart Personen, snart Tingen, snart Handlingens Form er det herskende ved Bedømmelsen af et

¹⁾ K. J. G. S. v. Wächter, født 1797 død 1880, blev 1819 Professor i Tübingen, i 1833 Professor i Leipzig og 1835 atter Professor i Tübingen, udnævntes i 1851 til Præsident for Overappellationsretten i Lübeck, gik 1852 atter tilbage til Leipzig som Professor, 1855 Medlem af Statsraadet og 1869 virkelig Geheimeraad; han nød meget stor Anseelse baade som theoretisk og praktisk Jurist; hans mange Værker og Afhandlinger vedrøre navnlig Strafferetten og Privatretten.

givet Retsforhold. Saaledes mener han, at det, hvor der spørges om en Persons Myndighed, er blot den Paagjeldendes Status, som tages i Betragtning, og at det altsaa kommer an paa, hvilket Steds Lovgivning han, for sin Person, er underkastet. Men det er indlysende, at man ikke saaledes kan bruge en Lov til Regel for Personens Myndighed in abstracto, og en anden, hvor der handles om hans Habilitet til at foretage en bestemt Handling eller disponere over en bestemt Ting.¹⁾ Forskrifterne angaaende en Persons Myndighed have stedse Hensyn paa visse Handlinger, hvis Gyldighed derpaa beroer; thi der ere mangfoldige Handlinger, hvorved Personer, uden at være fuldmyndige, kunne forbinde dem; ligesom og Lovgivningerne deri ere forskjellige, at nogle betragte de af den Mindreaarige paa egen Haand indgaaede Contracter som ipso jure ugyldige, andre derimod kun, under visse Betingelser, hjemle ham Adgang til restitutio in integrum. Man kan saaledes neppe afsondre Lovene om Myndighedens Betingelser fra Lovene om Umyndighedens Virkninger med Hensyn til de forskjellige Arter af juridiske Handlinger, og i begge disse Henseender lægge forskjellige Love til Grund. Ligeledes have de for Handlingerne foreskrevne Former ofte Hensyn til de Ting, der ere Handlingernes Gjenstande, f. Ex. de Lovbestemmelser, som angaae Skjødning og Pantsætning. Hertius har i denne Henseende rigtig nok erklæret sig for, at det Steds Love, hvor Eiendommen ligger, skal gjøre Udslag, men efter de af ham opstillede Grundregler kunde det Steds Lovgivning, hvor Handlingen foretages, have samme Krav paa at tages til Følge. At i Særdeleshed den sidstnævnte Regel i sit Udtryk er ufuldstændig,

¹⁾ Hertius mente, at Myndigheden til at disponere over en fast Ejendom maatte bedømmes efter *lex rei sitæ*.

indsees let, da det ikke mindre er Handlingens materielle Indhold end dens Form, i Henseende til hvilken det Spørgsmaal opstaaer, om det Steds Love skal foretrækkes, hvor den Handlende har sit personlige Hjem, eller dets, hvor Handlingen foregik“.

Efter denne foreløbige, om end korte, saa dog, som det synes, aldeles klare og overbevisende Paavisning af Uholdbarheden af Hertii Theori og dermed af Statuttheorien, gaar Ø. over til at undersøge vore Loves almindelige Bestemmelser angaaende Lovens Virkekreds, og han skriver blandt Andet herom: „Skjøndt Fortalen til Danske og Norske Lov paalægger Dommerne udi alle de Sager, som dennem forekomme, at følge denne Lov som en Rettesnor, og derefter retsindigen kjende, kan det dog ingenlunde antages, at herved ubetinget forbydes i noget Tilfælde at tage Hensyn til fremmede Love ved Retssagers Paakjendelse her i Landet. Loven og de senere Anordninger, der udgjøre Supplementer til samme, erkjende selv Undtagelser herfra; og det kan ikke nægtes, at Dommeren virkelig følger Landsloven, naar han i de Tilfælde, hvor samme enten udtrykkelig paabyder eller dog af gode Grunde kan antages at ville Hensyn til fremmede Love, tager disse i Betragtning“. Med Hensyn til den i D. og N. L.s Fortale indeholdte Bestemmelse om, at Loven skal være gjældende for alle dem, som bygge og bo i Danmark (Norge) eller noget Gods derudi eje eller sig der opholde, bemærker Ø. blandt Andet, at den Omstændighed, at ogsaa Fremmede, der for en Tid opholde sig her i Landet, kunne blive at dømme efter Loven, gjør det allerede uantageligt, at Loven omvendt skulde være en ubetinget Regel for alle Landets Undersaatter, endog hvor der spurgtes om Handlinger, foretagne i Udlandet; „thi“, siger Ø., „med samme Grund som Lovgiveren gjør Fordring paa, at Fremmede, der, som

Gjæster, opholde sig inden hans Territorium, skulle rette sig efter hans Love, med samme Grund maa og en fremmed Stats Love, hvori en dansk Borger tager midlertidigt Ophold, kunne være forbindende for denne“. „Endnu mindre“, skriver han fremdeles, „kunde den Fremmede, som tog fast Bopæl her i Landet, med Hensyn til sine ældre Forbindelser, blive ubetinget at behandle efter de danske Love“. „Paa den anden Side“, bemærker han derefter, „kan man dog ingenlunde antage, at, fordi Fremmede under deres interimistiske Ophold her i Riget staae under de danske Loves Herredømme saavel som deres Beskyttelse, derfor den danske Undersaat under sit Ophold i Udlandet aldeles ikke stod under de danske Love, og i intet Tilfælde kunde drages til Ansvar efter disse Love for de i Udlandet foretagne Handlinger“, og han siger, at man ved et saadant Princip vilde komme i Strid med Retfærdigheden og Borgersamfundets Vel og Sikkerhed samt med specielle Lovbud.

Allerede i en tidligere Afhandling „Om particulaire og specielle Loves og i Særdeleshed Reskripterets Anvendelse uden for de ved samme udtrykkelig bestemte Tilfælde“ i j. T. 3. B. 2. H. (1821) havde Ø. paavist, at Højesterets-Instructionen af 7. December 1771 § 30 indeholder et afgjørende Bevis for, at fremmede Love kunne komme i Betragtning ved de danske Domstole, især i Sager, der rejse sig af det, som paa fremmede Steder er kontraheret, og han havde der gjort opmærksom paa, at den Omstændighed, at det senere Højesterets-Patent af 10. November 1774 § 18 i Almindelighed forbyder Advocaterne at paaberaabe sig andre Folks Love og Forordninger, saa meget mindre kan hæve den nærmere Bestemmelse, som Højesterets-Instruxen i saa Henseende indeholder, som dette Patent deri, som i det meste øvrige, er ganske

enslydende med de ældre aarlige Patenter, deriblandt ogsaa det, som, faa Dage før Instruxen, udkom under 13. November 1771, hvortil endnu, efter hvad Ø. anfører, kommer, at Instructionen for den forrige Overhofret i Norge af 14. Januar 1778 § 32 er ganske overensstemmende med Højesterets-Instructionen.

Efterat Ø. saaledes har paavist, at den danske Dommer maa være berettiget til at anvende fremmed Ret ved Afgjørelsen af de ham forelagte Retstilfælde, naar den danske Lovgivning „enten udtrykkelig paabyder eller dog af gode Grunde kan antages at ville Hensyn til fremmede Love“, undersøger han nærmere, naar fremmed Ret herefter bliver at bringe til Anvendelse. Ved denne Undersøgelse dristede han sig, som han siger, ikke til at opstille „nogen enkelt Almeensætning, hvoraf alt i denne omfattende og forviklede Materie skulde kunne udledes“, og han gennemgaar derfor de forskjellige Hovedarter af Retsforhold, baade de privatretlige, strafferetlige og processuelle, af hvilke her dog nærmest kun skal omtales de privatretlige, og han undersøger ved hver Gruppe af Retsforhold, hvad der i den nævnte Retning skal antages. Først og fremmest tager han da ved hvert Retsforhold Hensyn til de positive Lovbud, som maatte indeholde Regler for, om dansk eller fremmed Ret bliver at bringe til Anvendelse, men han advarer dog tillige — ligesom ved Fortalen til Chr. V.s Lov — imod at hænge sig altfor stærkt i Lovbudets Ord, og han bestrider saaledes en af Brorson¹⁾ fremsat Mening, hvorefter 1—23 N. L. 21—12 ogsaa skulde være anvendelig, naar en Udlænding under 25 Aar paa andre Steder, hvor han er myndig, har indgaaet en Kautionsforpligtelse, til hvis Opfyldelse han søges her i Landet.

¹⁾ „Forsøg til den første Bogs Fortolkning i Chr. den femtes danske og norske Lov“ 2. B. (1797) p. 320.

Da der imidlertid, som bekjendt, kun haves meget faa Lovbud, der direkte indeholde Regler i den omhandlede Henseende, kommer Hovedundersøgelsen hos Ø. til at dreje sig om, naar Lovgiveren fornuftigvis eller af gode Grunde maa antages at ville have fremmed Ret anvendt, og han tager da her i Særdeleshed Hensyn til det paagjældende Retsforholds Natur og Væsen og til de Grundsætninger, som efter dansk Ret ere de ledende ved Retsforholdet, men ved Siden heraf paaberaaber han sig undertiden den paagjældende Lovregels Øjemed, Retfærdighed og Borgersamfundets Vel og Sikkerhed samt Billighed, og det vil saaledes ses, at Ø. ikke gjør nogen skarp Sondring mellem de Momenter, som Lovgiveren skal tage Hensyn til, naar han skal give en ny Lov, og de Momenter, som Dommeren, naar der ingen positiv Retsnorm haves, kan tage i Betragtning.

Endelig opstiller Ø. som en ubetinget Regel, at et Retsforhold, selv om det er stiftet i Udlandet og mellem Udlændinge indbyrdes, ikke kan fortsættes her i Landet, naar det strider imod her anerkjendte absolute Rets- eller Sædeligheds-Forskrifter, og han nævner som Exempel herpaa, at en polygamisk Forbindelse eller et Ægteskab mellem Beslægtede eller Besvogrede i de indispensable Grader ikke vilde kunne taales her i Staten, om det endog var indgaaet i Lande, hvor slige Ægteskaber vare gjældende, og fremdeles anførte han, at den andetsteds, i Særdeleshed paa Kongens vestindiske Besiddelser, erhvervede Ejendomsret over en Negerlave, ikke vilde kunne udøves her i Riget i andet Omfang end det, hvori Herredømme over en Person efter de her gjældende Love kunde erhverves.¹⁾

¹⁾ Dette Forhold har Ø. nærmere behandlet i Suppl. 1. B. p. 203—211 og i en Afhandling i A. f. R. 1. D. (1824).

Naar Ø. saaledes i denne Materie stiller sig paa den danske (norske) Rets Standpunkt og fra dette Udgangspunkt gennemgaar de forskjellige Retsforhold, men ikke opstiller noget enkelt Princip, som skulde være vejledende for alle Forhold, da forekommer dette os vel nu naturligt og selvfølgeligt, og Ø. er jo ogsaa i denne Materie i Henseende til den videnskabelige Methode i Overensstemmelse med den nuværende Videnskab baade her i Landet og andetsteds, men da Ø. skrev sin Afhandling i Eunomia, var Forholdet et helt andet. Det blev nemlig dengang i Tyskland med Hensyn til dette Æmne, ligesom ved det foregaaende og paa mange andre Omraader, anset nødvendigt, at en Behandling af Æmnet, som vilde anses for videnskabelig, maatte opstille et enkelt Princip eller enkelte Principer, hvorefter man kunde udlede de Regler, som skulde gjælde ved de forskjellige Retsforhold, og undertiden, ja endnu paa en Tid, der falder senere end Ø.s Afhandling, gik man endog saa vidt, at man lod de af Principet udlædede Regler gjælde, selv om man derved kom i Strid med positive Lovbud. Det er for Tysklands Vedkommende egentlig først Wächter, der i den ovennævnte Afhandling (altsaa omtrent 20 Aar efter Ø.s Afhandling) har gjort den rigtige Opfattelse gjældende og hævdet, at en Dommer først og fremmest maa tage Hensyn til sit eget Lands Love, og at det ikke er muligt at opstille et bestemt Princip, hvorefter Spørgsmaalet ved alle Retsforhold kan løses. Windscheid¹⁾ fremhæver det derfor ogsaa som Wächters Fortjeneste, at han med Energi har betonet, at Spørgsmaalet om Anvendeligheden af fremmed Ret kun kan besvares efter den indenlandske Ret. Men medens Ø. og Wächter saaledes i Henseende til det almindelige Udgangs-

¹⁾ Lehrbuch des Pandektenrechts 1. B. 5. Opl. (1879) § 34.

punkt for en væsentlig Del stemme overens i Behandlingen af det foreliggende Æmne, er der dog selv med Hensyn til det almindelige Synspunkt, hvorfra de gaa ud, nogen Forskjel mellem dem, og for saa vidt har den senere Tids Videnskab givet Ø. Medhold. Wächter lægger nemlig for megen Vægt paa Hensynet til Dommerens Hjemlands Love. Han gaar ganske vist ikke saa vidt som andre udenlandske Forfattere, der, navnlig i Tiden efter Ø.s Afhandling, have ment, at en Dommer kun kan anvende sit eget Lands Love, men han antager, at Dommeren ved Afgjørelsen af, hvilket Lands Love der skal komme til Anvendelse, ikke er berettiget til at tage Hensyn til Billighed, naturlig Ret, det Nyttige o. s. v., hvilke Hensyn derimod kunne tages af Lovgiveren. I saa Henseende afviger han, som det vil ses af det tidligere Anførte, fra Ø., men for saa vidt er hans Lære ogsaa fravegen i senere i Tyskland udkomne videnskabelige Behandlinger af den omhandlede Materie.¹⁾

Af det Anførte turde det fremgaa, ikke blot, at Ø.s ovennævnte Afhandlinger, og navnlig Afhandlingen i Eunomia, var den første videnskabelige Behandling af den internationale Privatret her i Landet, men ogsaa, at de Hovedsynspunkter, hvorfra han gik ud, vare rigtigere end de, der dengang — og flere Aar senere — fulgtes i udenlandske Forfatteres Værker, saa at Ø. i denne Lære var ikke lidet forud for Udlandets, særlig Tysklands Jurister.

Det kunde ikke være uden Interesse at gennemgaa de enkelte af Ø. behandlede Retsforhold og anstille en Sammenligning mellem de Resultater, hvortil

¹⁾ Jfr. saaledes Savigny „System des heutigen römischen Rechts“ 8. B. (1849) p. 126 ff. og p. 28 Note g og Bar „Das internationale Privat- und Strafrecht“ (1862) p. 52-53.

han kom, og de, hvortil andre Jurister ere komne; dette vilde imidlertid blive for vidtløftigt, og der skal derfor her kun omtales nogle enkelte Retsforhold.

Hvad Myndighed angaar, er det allerede bemærket, at Ø., særlig med Hertii Theori for Øje, hævder, at Forskrifterne om en Persons Myndighed have Hensyn paa visse Handlinger, hvis Gyldighed derpaa beror, og at man derfor ikke kan afsondre Lovene om Myndighedens Betingelser fra Lovene om Umyndighedens Virkninger med Hensyn til de forskjellige Arter af juridiske Handlinger, og i begge disse Henseender lægge forskjellige Love til Grund. Denne Sondring gjordes nu forøvrigt ikke i Almindelighed, da Ø. skrev sin Afhandling i Eunomia,¹⁾ „det er“, siger Ø., „i Almindelighed i fremmede Love²⁾ og af fremmede Retslærere antaget, skjøndt med forskjellige Modificationer, at en Persons Myndighed bør bedømmes efter Hjemstedets Love, og at det i det mindste ikke ubetinget er nok, at han efter Contractstedets Love er myndig“. Denne Mening slutter Ø. sig til, forsaavidt han antager, at en dansk Undersaat, som ikke efter danske Love er myndig, heller ikke kan binde sig ved Retshandler, som han afslutter i Udlandet; han paaberaaber sig i saa Henseende blandt Andet 1—23 N. L. 21—12, og han bemærker med Hensyn hertil: „Skjøndt Artiklen kun taler om en vis Contract, saa er det dog temmelig indlysende, at samme er bygget paa en almindelig Grund, forsaavidt den

¹⁾ Wächter har senere i sin Afhandling i det Væsentlige optaget bemeldte Sondring, idet han skjelner mellem Myndighed eller Umyndighed og sammes retlige Virkninger.

²⁾ Herved sigtes vel nærmest til de af ham omtalte Love, nemlig den preussiske Landret, Code Napoléon og den østerrigske Lovbog.

tilkjendegiver, at Reglen skal være gjældende, hvad enten Contracten er indgaaet i eller uden Riget; ligesom Artiklen heller ikke egentlig er skreven for at bestemme dette sidste, men kun i Forbigaaende har ladet dette indflyde, som Noget, der forudsættes grundet i Sagens Natur“. I Forbindelse hermed gjør Ø. dog tillige opmærksom paa, at de særlige Bestemmelser i Frd. 14. Maj 1754 ikke kunne komme til Anvendelse, naar en dansk Umyndig i Udlandet har forpligtet sig ligeoverfor en Udlænding.

Naar der derimod spørges om den efter dansk Ret myndige danske Undersaats Evne til at forpligte sig ved Retshandler i Udlandet eller om Udlændinges Evne til at binde sig ved Retshandler, som indgaas her i Landet og gjøres gjældende ved danske Domstole, er Ø. tilbøjelig til at bedømme Myndigheden efter de Love, hvorefter Retshandlens Virkninger skulle bedømmes, og han bemærker med Hensyn hertil: „Det er klart, at de Bestemmelser, en Lovgivning indeholder om Myndighedsalderen, staae i Vexelvirkning med Systemet af den øvrige borgerlige Lovgivning, især med den Green af samme, der angaaer Forbund. Jo friere Hænder den myndige Mand har til, ved sin erklærede Villie, at forpligte sig, jo mindre Adgang Loven giver ham til at faae den Contract omstødt, hvorved han har gjort sig Skade, jo mere betyder det, under denne Lovs Herredømme, at være myndig; jo forsigtigere bør Loven altsaa være i at tildele Een denne Egenskab“.

I Overensstemmelse med hvad der antoges i den foregaaende Materie, antager Ø., at en Person, der, efter at have opnaaet Myndighedsalderen i et Land, tager Bopæl her i Landet, senere maa anses for umyndig, naar han ikke har opnaaet den i danske Love fastsatte Myndighedsalder, men han bemærker selv,

at de fleste Retsforskere have antaget den modsatte Mening.

Med Hensyn til de tinglige Rettigheder var det, da Ø. skrev sin Afhandling i Eunomia, ubetinget den almindelige Mening i Udlandet, at rørlige Ting skulle betragtes som værende paa Personens (Ejerens) Bolig. Uagtet Ø. nu ganske vist kun meget ufuldstændig behandler de tinglige Rettigheder, er det dog klart, at han ikke hylder denne Mening, der ogsaa senere andetsteds maa anses opgiven. Han hævder nemlig, at Underpanterrettigheder over de her i Landet værende Løsøregjenstande maa bedømmes efter de danske Love, selv om Ejeren bor i Udlandet.

I Henseende til Arveretsforholdene lærer Ø., at „det følger af Sagens Natur, at en Afdøds efterladte Formue bør betragtes som en Eenhed, og tilfalde dem, som, efter de Love, hvorunder den Afdøde for sin Person hørte, dertil ere berettigede, og at altsaa den Domstoel, der var den Afdødes personlige Værneting, eller den særdeles Ret, som er anordnet, til inden for denne Domstoels Grændser at forrette Skifter, har at behandle den Afdødes Boe“, medens der ikke tages Hensyn til, hvor den Afdødes Effekter findes, eller hvor han døde, og i saa Henseende henvises ogsaa til Frd. 21. Juni 1793 § 1. Ø. antager derfor, at „ligesom det Lands Love, hvorunder den Afdøde for sin Person hørte, maae være Reglen for hans Godsdes Deling ab intestato, saaledes bør og de testamentariske Dispositioner, en Afdød har efterladt sig, ene og allene bedømmes efter paa hans Hjemsted gjældende Love“, og dette antages ogsaa at maatte gjælde med Hensyn til Testamentets Form, og det, selv om Testator tidligere og paa en Tid, da Testamentet oprettedes, boede i et andet Land.

Fra den anførte Regel, at en Afdøds Efterladenskaber skulle behandles og gaa i Arv efter det Steds Love, hvor han har sit Hjem paa den Tid, han dør, blev der, bemærker Ø., af de fleste Retslærde gjort en Undtagelse med Hensyn til faste Eiendomme, og han siger i saa Henseende: „Man pleier at hidlede den af den almindelige Grundsætning, hvorefter urørlige Eiendomme, uden Hensyn til Eierens Person, skulle være den Jurisdictions Love undergivne, hvorunder Eiendommen ligger. Denne Grundsætning er“, bemærker han videre, „vist nok upaatvivlelig rigtig, naar der handles om de Love, som angaae Eiendommens Benyttelse, om de Afgifter, som deraf skulle svares, om de Former, hvorunder en Eiendom kan sælges eller pantsættes o. s. v. Den er og, uden Spørgsmaal, anvendelig paa Arvefølgen, forsaavidt der, med Hensyn til visse faste Eiendomme, er anordnet en særegen Arvemaade, i hvilket Tilfælde Eiendommen bliver at behandle efter andre Regler end de, hvorefter Eierens øvrige Formue skal gaae i Arv“. (Som Exempel nævnes Frd. 14. Oktober 1773 og Frd. 13. Maj 1769). „Men“, siger han fremdeles, „hvor ingen sær Arveret er fastsat for Eiendommen, synes den at maatte følge Eierens øvrige Formue. Den er da, ligesom Arveretten til hans øvrige Gods, ene grundet paa de personlige Forhold til ham, og synes altsaa at maatte bedømmes efter de Love, hvorunder han har sit Hjem, og hvilke han, for sin Person, var underordnet“. Denne Ø.s Lære som senere vil findes gientaget i de nyere her i Landet udkomne privatretlige Systemer, er iøvrigt allerede fremsat i en af ham afgiven Betænkning, som ligger til Grund for Cskr. af 20. November 1819.

Efterat Ø. allerede i Suppl. (1. B. p. 51—103 og 3. B. p. 297—303) havde givet vigtige Bidrag til en rigtigere og fuldstændigere Opfattelse af Fortolkningslæren end den, der fandtes i de ældre her i Landet udkomne privatretlige Systemer¹⁾, har han senere i Hdb. 1. B. p. 292—451 givet en meget udførlig Fremstilling af den nævnte Lære. Han har i dette Afsnit af Hdb., ligesom i Almindelighed i dette Værk, ikke lagt Vægt paa at give en egentlig systematisk Fremstilling, men han har opstillet mange vejledende Regler, som i Hovedsagen endnu anses for rigtige, og han har belyst Reglerne ved talrige Exempler, som ere hentede fra de forskjellige Dele af den dansk-norske Lovgivning²⁾. Naar det nu nærmere skal undersøges, hvilke Fortjenester Ø. har havt i Henseende til den omtalte Lære, kunne disse formentlig henføres til følgende Hovedretninger: 1) Han har bidraget til at bestemme Begrebet Fortolkning paa en rigtig Maade og navnlig paavist, at den analogiske Anvendelse rettest bør udsondres fra samme³⁾, 2) han har stillet de forskellige Fortolk-

¹⁾ Jfr. Dons 1. D. p. 39—48, Kongslev 1. B. p. 246—256, Nørregaard §§ 40—53, samt hans „Naturettens første Grunde“ §§ 599—609 og Hurtigkarl 1. B. p. 44—53.

²⁾ Mellem de to nævnte Fremstillinger af Ø. ligge nogle her i Landet udkomne videnskabelige Afhandlinger, som have Betydning for Fortolkningslæren, nemlig L. Kolderup-Rosenvinge. „Bidrag til Fortolkningen af Chr. V.s Lov ved Hjælp af vore gamle Love, som Beviser paa disses Vigtighed for den Lovkyndige“ (i n. j. A. 7. og 8. B. 1814), M. H. Bornemann „dissertatio de analogia juris“ (1815) og C. F. Lassen „Om Grundreglerne for Lovfortolkning især med Hensyn til den danske Lovgivning“ (n. j. A. 16. B. 1816).

³⁾ Det kan ogsaa bemærkes, at Ø. i Suppl. i 1. B. p. 54 — i Modsætning til Nørregaard — hævder, at den saakaldte

ningsgrunde eller Fortolkningsmidler og deres indbyrdes Vægt i et rigtigere Lys end tidligere, 3) han har opstillet bedre og fyldigere Regler end de ældre Forfattere i Henseende til de enkelte Fortolkningsvirksomheder eller de forskjellige Maader, hvorpaa Lovbud kunne blive at fortolke, og 4) han har angivet de Betingelser, hvorunder en analogisk Anvendelse kan tilstedes. Disse forskjellige Retninger skulle nu nærmere omtales.

1. Naar man erindrer, hvilken betydelig Vægt Rømerretten har havt, ogsaa her i Landet, navnlig i Henseende til Bestemmelsen af de juridiske Begreber, kan man ikke undre sig over, at de Tilfælde, som nu i Almindelighed henføres under Begrebet „Analogisk Anvendelse“, hos de ældre Forfattere henførtes under „Fortolkning“ og navnlig til den udvidende Fortolkning. Det Samme er Tilfældet i Lassens nævnte Afhandling, og dog havde Ø. allerede forinden, nemlig i Tillæget i Suppl. 3. B. p. 300—301, gjort opmærksom paa, at der ifølge en strængere Terminologi gjøres Forskjel mellem udvidende Fortolkning og analogisk Anvendelse. Denne Forskjel udvikler han nærmere i Hdb. og skriver her blandt Andet: „Denne (ø: Fortolkning) kan, strengt taget, kun have til Gjenstand, at udfinde den Villie, som Loven gaaer ud paa at udtrykke. Hvad enten man analyserer et Lovsteds Ord og grammatiske Sammenhæng, for derved at udfinde dets rette Mening, eller man tillige tager Hensyn til de andre Grunde, hvorved een blandt flere Meninger, som Talens bogstavelige Indhold tilstædte, fremstilles som den, der fortjener Fortrin, eller det endog erkjendes, at Lovgiveren har meent Mere eller Mindre eller Andet, end

Textkritik eller Lovkritik ikke kan henføres til Lovfortolkning, eftersom denne ikke skal udfinde Lovens Text, men blot bestemme Meningen af denne, der maa være given.

det, der, efter Ordforstanden, ligger i Loven, saa hører dette endnu indenfor Fortolkningens Grændser; thi dennes Gjenstand er, at udfinde Lovstedets Mening. Men, naar der fra een Lovbestemmelse udledes Slutninger til, hvad der maa gjelde om andre Tilfælde, som Lovgiveren lige saa lidet ved hiin Betegnelse har villet betegne, som de virkeligen ved de brugte Ord ere betegnede, saa kan dette ikke længere kaldes en Fortolkning. Retslæren er uden Tvivl beføiet til at gjøre slige Slutninger, thi de ubenævnte Tilfælde bør behandles i Consequents med de benævnte, deels fordi Lovgiveren fornuftigviis maa antages at ville hvad der følger af hans Forskrivter eller af de Grundsætninger og Hensigter, hvorved disse Forskrivter ere fremkaldte, deels fordi en vedbørlig Retsorden ikke kan tilveiebringes uden ved en consequent Behandling af de forskjellige Tilfælde. Men det er da ikke længere Fortolkning, Udvikling af en Lovbestemmelses Betydning, af Det, Lovgiveren har villet tilkjendegive, men det er da Lovgivningens Aand, man benytter.“ Som et Exempel nævner Ø., at man ikke kan siges at fortolke 1—13—15 N. L. 16, naar man antager, at et fjendtligt Forhold til en af Parterne, lige saa vel maa kunne berøve en Dommer som et Vidne hans Habilitet, idet nemlig den nævnte Lovens Artikel hverken har sagt eller villet sige det, som man med Hensyn til Dommeren kan hidlede fra samme, naar andre Lovbestemmelser og Betragtninger, hentede af Sagens Natur, tages til Hjælp. Ø. fremhæver atter og atter, at der er en bestemt Forskjel mellem den egentlig udvidende Fortolkning og den analogiske Anvendelse; men da det var det Sædvanlige, at man ogsaa indbefattede de Slutninger, som man gjorde fra et Lovbud til uomtalte Tilfælde, under Benævnelsen Fortolkning, og da de nævnte Slutninger efter Ø.s Mening i det Væsentlige

maa rette sig efter de samme Love, som den egentlige Fortolkning, saa fandt han det rettest at lempe sig efter denne Talebrug og at indbefatte under Fortolkning tillige den analogiske Anvendelse; imidlertid vil det i Almindelighed uden Vanskelighed kunne ses, om de af ham opstillede Regler angaa den udvidende Fortolkning i egentlig eller snævrere Forstand, eller den analogiske Anvendelse, eller maaske begge Dele¹⁾.

2. Der skal ikke her gjøres Forsøg paa at nævne alle de Punkter, hvorpaa Ø. har bidraget til at sætte Fortolkningsmidlerne eller Fortolkningsgrundene i et rigtigere Lys end tidligere; her skal kun omtales enkelte Hovedpunkter.

Allerede i dette Værks 1. D. p. 37 er det anført, at Lassen i den nævnte Afhandling lagde for megen Vægt paa de af den almindelige Retsslære udledede Retssætninger ved Fortolkningen af de positive Love, uagtet hans Lære dog ganske vist var et Fremskridt i Forhold til Nørregaards Lære, der endog førte til, at de naturlige Love skulde foretrækkes for de positive Love. At Lassen tillagde de naturlige Retssætninger for stor Betydning, viste sig navnlig deri, at han tillagde de Grunde til et Lovsteds Fortolkning, som kunne

¹⁾ M. H. Bornemann skjæler i den nævnte dissertatio vel ogsaa mellem den udvidende Fortolkning og den analogiske Anvendelse, men det er ingenlunde klart, hvorledes han egentlig opfatter disse Begreber; han skriver saaledes i n. j. A. 22. B. (1818) i et Svar paa en Recension over hans dissertatio, at han i denne har af „Lovgiverens Villie (d. e. Villiesbestemmelse) som saadan udledet Lovens analogiske Retsgyldighed eller dens Analogies forpligtende Kraft, og paastaet. at Lovens Grund (ratio legis), som Bestanddeel af Lovgiverens Villie, har samme Fordring paa Lydighed, som Lovens Befaling, forsaavidt Lovgiveren ikke anderledes har befalet.“

udledes af den almindelige Retslære, en større Vægt end de Grunde, der støttes paa, at der maa være Formodning for, at der er Harmoni dels mellem Bestemmelserne i det enkelte Lovbud, dels mellem Lovgivningens Bestemmelser i det Hele taget. At Ø. ikke kunde være enig heri, er allerede omtalt i dette Værks 1. D. p. 38 ff., hans Mening kan siges at være sammentrængt i følgende Sætning: „De Begreber og Grund-sætninger, som Lovgivningen selv klarligen har lagt for Dagen, maae dog vel have større Vægt, end de, som Retsphilosopherne antage, og i hvilke de ofte ere saa høist uenige.“ Det er fremdeles i dette Værks 1. D. p. 42 omtalt, at Lassen i sit nævnte Værk kun tillagde de historiske Fortolkningsgrunde en subsidiair Betydning. Han mente nemlig, at det maatte følge af den i Chr. V.s Lovs Fortale indeholdte Bestemmelse om, at de ældre Love ikke af Dommeren maatte anses, at man ikke paa Grund af de i samme indeholdte Bestemmelser kan tillægge nogen gjældende Lov en Betydning, som man ikke af andre Grunde maatte erkjende for rigtig. Dette Princip, der saaledes af Lassen antoges udtrykkeligen at være forkyndt i Fortalen til Chr. V.s Lov, formentes af ham ogsaa at være aldeles overensstemmende med Sagens Natur, „da“, som han siger, „en Lov, der i det Hele er afskaffet, ikke i nogen Henseende kan gjelde som saadan, hvilket den dog ufeilbarligen maatte forsaavidt den skulde bestemme Fortolkningen af en anden“. Han anfører ogsaa, at den modsatte Lære formentlig vilde gaa ud paa, at Undersaatterne skulde være forpligtede til at rette sig efter Love, som de ikke vare forpligtede til at kjende.¹⁾

¹⁾ Derimod mener Lassen, at Betydningen af Ord og Talemaader i en Lov kan oplyses ved de ældre Love (ligesom ved gamle Bøger og Dokumenter).

Hertil bemærker Ø. blandt Andet: „Det Fortolkningsmiddel, som den ældre Ret frembyder, er i sig selv det naturligste og meest tilgængelige for Folket. Man maa herved sætte sig tilbage til den Tid, da den gjeldende Lov blev given, og ikke ved et Spring henføre den nærværende Tid til den, da de nu afskaffede Love vare i Kraft. I det Øieblik, Chr. V.s Lov udkom, vare de almeenvigtigste Bestanddele af den ældre Ret Folket bekjendte. Just den Omstændighed, at hiin Lov saa meget sluttede sig til den ældre Ret, gjorde, at den let blev baade forstaaet og elsket; hvad der i samme var nyt, maatte naturligviis være Det, som længst blev Folket fremmed, og hvorom de Paa-gjeldende lettest kunde være uvidende eller have vildfarende Begreber. Intet var derfor naturligere, end at man da forstod Loven i muligste Overensstemmelse med den ældre Ret. Men, var dette rigtigt paa den Tid, Loven udkom, saa kan Loven ikke siden forandre sin Betydning derved, at man er kommet længere tilbage fra den Tid, hvori den ældre Ret var levende i Folkets Bevidsthed. Desuden er den nærværende Tids Begreber og Grundsætninger ikke absolut afsondrede fra dem, som gjeldte hiin Tid; men disse have forplantet sig gennem de forskjellige Slægtfølger, skjøndt naturligviis ikke uden mangfoldig Indvirkning af nye Forestillinger, nye Forhold og nye Love. Saafremt det i sig var gjørligt, at fortolke Lovene, uden Hensyn til de ved disses Stiftelse gjeldende og siden uformærket fra Slægt til Slægt overgaaede Begreber, vilde Folket vistnok finde den nye Ret, man saaledes skaffede samme, ganske fremmed; og det vilde kun lidet hjelpe, at man kunde gjøre de nye Fortolknings grammaticalske og logiske Rigtighed begribelig, at man kunde bevise deres Overensstemmelse med Retsphilosophien og med Grundsætning-

gerne for det Gavnlige og Hensigtsmæssige“. Denne saaledes i Hdb. udtalte Anskuelse udviklede og forsvarede Ø. nærmere i j. T. 16. B. 1. H. p. 237 ff. (1829) i Anledning af, at Hjelm i en Afhandling om Ægtefolks Formuefællesskab i juridiske Samlinger for 1827 3. H. havde fremsat nogle Indvendinger imod samme. Med Hensyn til at den nævnte Forfatter særlig havde fundet en Modsigelse mellem Ø.s Lære om den historiske Lovfortolknings Værd og hans eget Exempel, der kun skulde fremvise en sparsom Brug af denne Fortolkningsmaade, bemærker Ø. blandt Andet Følgende, der paa en Maade danner et Supplement til de Ord, hvormed han i Indledningen til det næste Hefte af j. T. tager Afsked med Tidsskriftets Læsere: „Iøvrigt vilde jeg vist og hyppigere have gjort Brug af den historiske Fortolkning, dersom min Leilighed havde været til at anstille det dybe Studium af vore trykte og utrykte ældre Love og hvad der ellers hører til omfattende Indsigt i Retshistorien, som vilde behøves for at udrette noget Betydeligt ad denne Vei. Min Stilling, i Forening med min oprindelige Aandsretning og min tidligere Udvikling, har medført, at de Midler til at fremme Retsvidenskaben, som jeg nogenlunde har havt til min Raadighed, mere have bestaaet i den Erfaring, som en udstrakt Embedsvirksomhed har givet mig, forenet med den Eftertanke, disse have fremkaldt, end i en Rigdom af lærde Kundskaber. Men derfor kunde og burde jeg ingenlunde miskjende disses Værd; og jeg maa saa meget mere agte Det, der ad den historiske Vei udrettes til Videnskabens Bedste, som jeg veed, at det koster forholdsmæssig langt større Anstrængelse end Det, der udrettes ad den Vei, jeg er gaaet, og hvorfor jeg stedse har været saa lykkelig at finde en Erkjendelse, navnlig ogsaa af den skarptseende For-

fatter, jeg her bestrider. som — det føler jeg dybt — er langt over Det, mine Bestræbelser kunde fortjene“.

I en Afhandling „Om particulaire og specielle Loves og i Særdeleshed Reskripters Anvendelse uden for de ved samme udtrykkelig bestemte Tilfælde“ (j. T. 3. B. 2. H. p. 1—56, 1821)¹⁾ har Ø. undersøgt, om de Forskrifter, som den lovgivende Magt har givet enten for en enkelt Del af Staten eller for en enkelt Stand (particulaire Love) eller endog for et enkelt Tilfælde (specielle Love og herunder ogsaa specielle Reskripter) kunne taale Udvidelse til andre Steder, andre Borgerklasser og andre Tilfælde. I saa Henseende bemærker han, at den blotte Omstændighed, at en Forskrift i en Anordning eller et Reskript, som kun er givet for enkelte Steder, enkelte Klasser eller for et enkelt Tilfælde, synes at være ligesaa passende for andre Steder, Personer eller Tilfælde som for dem, hvorfor den er given, ingenlunde kan berettige til slig Udvidelse (som Exempel nævnes Raadstuepatent af 28. September 1767). Men naar en local eller en particulier Lov er bygget paa eller stadfæster en Grundsætning, der betragtes som naturlig eller som hjemlet i den almindelige Lovgivning, antages der herfra at kunne sluttes til, hvad der i Almindelighed er gjældende Ret. Saaledes formentes flere Bestemmelser i Frd. 19. August 1735 t. Ex. §§ 2, 3 og 7, som byggede paa den danske og norske Lovgivnings fælles Grundsætninger, ogsaa at maatte gjælde her i Landet, og ligeledes antoges der i Instr. for Magistraten i Kjøbenhavn af 28. August 1795 § 28, der paaberaaber sig D. L. 1—2—8, og i Instr. for Magistraten i Christiania af 14. September 1798 § 26, hvori N. L. 1—2—6 paaberaabes, at kunne findes et afgjørende Bevis for den

¹⁾ Jfr. Suppl. 1. B. p. 15—23 og 28—29.

almindelige Sætning, at Øvrighedshandlinger ikke i Almindelighed kunne paatales ved de ordinaire Domstole. Som et andet Exempel nævner Ø. Instr. af 7. December 1771 § 30 i Henseende til Anvendelsen af fremmed Ret. Fremdeles antager Ø., at de for de militaire Etater givne Anordninger kunne komme i Betragtning ved de almindelige borgerlige Loves Fortolkning, forsaavidt angaar saadanne Bestemmelser i Krigslovene, som staa i et vist Forhold til det, som de have fælles med Landsloven; saaledes formentes Krigsartikelsbrevet af 29. Juli 1756 § 777 at afgive en Analogi for det Proklama til Arvinger, der for Resten allerede var hjemlet i nogle Reskripter.

Hvad særlig de specielle Reskripter angaar, siger Ø. i den nævnte Afhandling: „Hvor Lovgiveren, i et saadant Reskript, udtrykkelig og bestemt forkynder en Grundsætning, som han enten erklærer grundet i den naturlige Retfærdighed eller i de almindelige Loves rigtige Fortolkning, synes det ikke, at nogen Dommer, naar Reskriptet fremlægges, kan dømme mod den deri af Lovgiveren erkjendte Regel“. Som Exempel paa saadanne Reskripter nævner Ø. blandt mange andre Reskripterne af 4. Juni 1745 og 19. December 1749 angaaende fatalia appellationis. Ø. indrømmer, at Undersaatterne, da slige Reskripter ikke ved offentlig Foranstaltning ere blevne bragte til almindelig Kundskab, ikke i Almindelighed kunne være pligtige at kjende dem og altsaa heller ikke være forbundne til at rette sig efter dem. Men han bemærker hertil, at der jo dog tillægges autentiske Lovfortolkninger tilbagevirkende Kraft, og at det samme, som kan siges mod hin Udvidelse i Rummet, og vilde tale imod denne Udvidelse i Tiden, ja at der endog turde være mere Grund til at tvivle herom end om fortolkende Reskripters Anvendelse udenfor det udtrykkelig deri bestemte Tilfælde, eftersom Lovgiveren, hvad hine

angaar, selv har anset en almindelig Forkyndelse fornøden, og han anfører fremdeles, at man dog utvivlsomt kan benytte Love og Anordninger, som vel ere kundgjorte ved Trykken, men dog kun for enkelte Steder, som Middel til at fortolke den øvrige Lovgivning, og at det jo er ganske afgjort, at de Reskripter, som umiddelbart give Regel for Borgernes Handlinger i Almindelighed¹⁾, maa tages til Følge ved Domstolene, uagtet offentlig Kundgjørelse ikke har fundet Sted. Med Hensyn dernæst til, at Lassen i den oftere omtalte Afhandling i n. j. A. 16. B., imod Ø.s i Suppl. udtalte Mening, havde anført, at Lovgiveren, naar han i en speciel Lov (eller et specielt Reskript) har udtrykt eller forudsat en vis Sætning som almindelig gjældende, vel maa have staaet i den Formening, at samme virkelig var grundet i Lovgivningen, men at Lovgiveren ikke kunde siges at have paabudt den almindelige Sætning som Lov, og at det kun kunde antages at have været hans Hensigt at anføre den Sætning, hvorved han anser Loven retfærdiggjort, for at overbevise dem, for hvilke Loven gives, om dens Grund, bemærker Ø., at Lovgiveren i slige specielle Love ikke blot har ytret en Mening om, hvad den naturlige Retfærdighed eller den almindelige Lovgivning, rigtig fortolket, fører med sig, men endog, i det samme, gjort den gjældende paa allerede eksisterende Tilfælde. Han siger fremdeles: „Med samme Ret og med samme Grund som Lovgiveren befalede den Anvendelse af den opstillede Regel, som Reskriptet indeholder, maa han og ville den erkjendte Regel anvendt i ethvert andet Tilfælde, der henhører under dens Indhold.

¹⁾ Af saadanne Reskripter nævner Ø. t. Ex. flere Reskripter om Trykkefriheden og om Bestyrelsen af Umyndiges Midler.

Lovgiveren vilde modsige sig selv, ved at erkjende Reglen for rigtig i hiint ene Tilfælde, men ikke i alle andre lignende; og Dommeren vilde være i Modsigelse med Lovgiveren, hvis han ikke fulgte dennes ham bekendte Villie“. — Af det Anførte fremgaar det, at Ø. i mange Tilfælde endog tillægger lokale, partikulaire eller specielle Love Gyldighed som Love udenfor den Kreds, for hvilken de ere givne, og den nævnte Afhandling i j. T. 3. B. 2. H. hører derfor for saa vidt ikke hjemme paa dette Sted, men da Ø. (som af A. W. Scheel bemærket¹⁾), ikke sondrer skarpt mellem de partikulaire og specielle Loves Benyttelse som Fortolkningsmiddel for den almindelige Lovgivning og deres Gyldighed som Love udenfor den Kreds, for hvilken de ere givne, og da Ø. selv i Hdb. i Fortolkningslæren henviser til bemeldte Afhandling, er det anset for rigtigst at omtale Afhandlingen paa dette Sted.

3) Nørregaard og ældre Forfattere inddelte den doctrinalske Fortolkning i den grammatikalske og den logiske og denne igjen i den deklorative, indskrænkende og udvidende Fortolkning. Andre Arter af videnskabelig Fortolkning omtales ikke, og det samme er i det Væsentlige Tilfældet med Hurtigkarl, uagtet Ø. allerede i „juridisk Maanedstidende“ for 1803 2. B. 11. H. havde gjort opmærksom paa, at de tre nævnte Arter af Fortolkning langt fra udgjøre en udtømmende Inddeling af den logiske Fortolkning, og at Inddelingen er bygget paa tvende urigtige Forudsætninger, for det Første, at den grammatikalske Fortolkning altid giver et bestemt og utvetydigt Resultat, dernæst, at den eneste mulige Forskjel mellem den blotte Ordbetydning og Lovens sande Mening angaar Lovstedets Qvantitet. Dette udvikler Ø. nærmere i Hdb., han paaviser her

¹⁾ „Privatrettens almindelige Del“ 1. B. p 216 Anm.

blandt Andet, hvorledes et Lovsted efter dets Ordforstand kan have flere Betydninger, og han opstiller for dette Tilfælde en Række specielle Regler, der kunne tjene til Vejledning ved Udfindelsen af Lovstedets Mening. I Forbindelse hermed gjør han opmærksom paa, at der, saa længe en bestemt Ordforstand ikke er given, ikke kan være Tale om enten at udvide Loven til flere eller indskrænke den til færre Tilfælde end de, der indbefattes i dens Ord, men at man vel kan tænke sig en videre og en snævrere Fortolkning, eftersom man erklærer sig for enten den mere eller den mindre omfattende af de Betydninger, Lovstedet, efter sit bogstavelige Indhold, kan modtage. Dette oplyser han nu nærmere, og han slutter med den utvivlsomt rigtige Bemærkning: „Det er saaledes ikke blot en terminologisk Feil, naar man sammenblander Begreberne om videre og snevrere Fortolkning med de om udvidende og indskrænkende, men denne Sammenblanding kan ikke andet, end lede til de største Vildfarelser“. Som et Exempel anfører han, at det tidligere i Almindelighed lærtes, at Priviligier og andre Undtagelseslove stedse skulde forklares indskrænkende, medens det Rigtige er, at de nævnte Lovbestemmelser i Henhold til den almindelige Forstandslov, hvorefter Intet maa antages uden tilstrækkelig Grund, hellere maa fortolkes paa den snævrere end paa den mere udstrakte Maade, saafremt ingen anden Grund taler for en modsat Fortolkning. Som et andet Exempel anførte han, at det ikke var en udvidende men en videre Fortolkning, naar 5 - 14 - 37 N. L. 13 - 35 antoges at skulle komme alle private Officianter til Gode, og at man ikke kunde være herettiget til at antage dette, hvis Udtrykket Tjenestefolk ikke kunde tages i en saa udstrakt Betydning, at det omfattede alle Personer i privat Tjeneste.

Om Forholdet mellem Lovens Bogstav og Lovens Aand har Ø. allerede i sit Skrift om Trykkefriheden (1801) p. 218—219 Note blandt Andet udtalt sig saaledes: „Ord ere ikke andet end Midler til at betegne sine Tanker. Intet Ord betyder noget uafhængigt af den Tanke, som den Talende vil udtrykke dermed; det er altsaa klart, at man maa forlade Ordenes sædvanlige Bemærkelse, naar der ere bestemte Data forhaanden, som vise, at den Talende har brugt Ordene i en anden Bemærkelse. Derimod kan jeg ikke andet end erklære mig mod Lovens Aand og for Bogstaven, naar man ved at følge Lovens Aand mener: at tilside-sætte Lovgiverens tydelig tilkjendegivne Villie for et Tilfælde, for at hans Bud kan komme til at harmonere med de Grundsætninger, Loven ellers antager, eller med dem, som Dommeren mener, at den burde antage; og det derimod skal hede Hængen ved Lovens Bogstav, naar man ei tillader sig at afvige fra Lovens for et vist bestemt Tilfælde givne tydelige Bud, for at tilveiebringe Overensstemmelse med den almindelige Rets Grundsætninger og Analogi med Lovgivningens øvrige Bestemmelser. Dette følger umiddelbar af den simple Grundsætning: at Lovfortolkerens Competence blot strækker sig til at udfinde Lovgiverens Villie, men ingenlunde til at korrigere den, og derved at skaffe den en Konsekvents og Retfærdighed, som den ikke har. En Fremgangsmaade, der aabenbar vilde hæve Lovfortolkeren over Lovgiveren, tilintetgjøre Begrebet om en borgerlig Lov, og undergrave den almindelige Sikkerhed“.

Hvad særlig den indskrænkende Fortolkning angaar, lærte Nørregaard, ligesom Dons, at denne Fortolkning er mere sikker end den udvidende, „thi for at indskrænke Loven“, siges der, „behøver man kun at kjende nogle af dens Aarsager, om de ere flere,

eller aleene en Deel, om der kun er een; thi da kan man strax slutte: Den eller hiin Deel af Lovens Aarsag har her ikke Sted, følgelig kan Loven ei paa denne Handling blive at anvende“. „Denne Forestillingsmaade“, siger Ø. i Hdb.,¹⁾ „er grundfalsk. Lovgiveren maa fornuftigviis formodes at have sagt Alt, hvad han vilde, og ei Andet, end han vilde“. Fremdeles skriver han: „For det Første synes det aldeles indlysende, at man ei med Grund kan antage, at Lovgiverens Villie bortfalder i alle de Tilfælde, hvor alle dens Aarsager ei passe sig i den sædvanlige Grad. De øvrige Aarsager, i den Grad, hvori disse ere tilstede, kunne jo desuagtet indeholde Grund nok for Lovgiveren til at ville den givne Bestemmelse. Men ikke engang er Fortolkeren beføiet til at antage en Lov for uanvendelig i ethvert Tilfælde, hvor ingen af dens Aarsager in facto finder Sted; thi det kan ofte være Lovgiverens Villie, at hans Bud ubetinget skal anvendes paa ethvert Tilfælde, der indeholdes under samme, uden Hensyn til, om de Aarsager, hvorpaa Budet er bygget, in concreto finde Sted eller ikke, efterdi en Undersøgelse herom vilde give Loven blot for Chicane og vilkaarligt Godtbefindende, og saaledes gjøre dens Anvendelse i de Tilfælde, hvortil den har sigtet, aldeles precair og usikker, hvilket Lovgiveren kan have anseet for et større Onde, end Lovens Anvendelse i et Tilfælde, hvorpaa dens Aarsag ei passede sig“. Derimod antages Fortolkeren af Ø. med Rette at kunne undtage alle de Tilfælde fra Lovens almindelige Forskrift, som det umulig kan have været Lovgiverens Hensigt at omfatte, thi paa saadanne Tilfælde antages Lovgiveren ikke at kunne have villet, at hans Lov skulde anvendes. „At nu Tilfælde, der

¹⁾ Jfr. ogsaa juridisk Maanedstidende for 1803 2. B. 11 H.

ere indbefattede under Lovens Ord“, siger han, „ei omfattes af dens Hensigt, derom har man Vished, naar Hensigtens Opnaaelse aldeles intet kan lide ved, at et saadant Tilfælde undtages derfra, eller denne endog vilde lide ved, at Tilfældet blev behandlet efter Loven, saa og naar Lovstedet, forstaaet i al sin Almindelighed, vilde indeholde noget Urimeligt eller stride mod andre Lovens Bestemmelser“. De saaledes med Hensyn til den indskrænkende Fortolkning opstillede Regler oplyser Ø. ved flere klare og slaaende Exempler.

En udvidende Fortolkning i egentlig Forstand (ø: med Udelukkelse af den analogiske Anvendelse) antages af Ø. for hjemlet, hvor Lovgiveren aabenbart har havt et almindeligt Begreb for Øje, men blot har antydet samme ved enkelte casuistiske Bestemmelser; og han nævner blandt flere Exempler, at L.s 5—8—10 maa forstaaes om alle lejede Ting og om alle Ulykkestilfælde.

Den saakaldte Modsætningsfortolkning (Ø. kalder den ogsaa den indirekt udvidende Fortolkning) omtales ikke hos Nørregaard i hans Fortolkningslære, og der gives ikke nærmere Regler for samme hos Hurtigkarl. Imidlertid blev der hyppig gjort Anvendelse af denne Art af Fortolkning i de ældre Juristers Skrifter, og Ø. kunde med Rette sige i Hdb.: „Vore Lovkyndige have ideligen misbrugt foranførte Fortolkningsmaade; og, naar man derhos lægger Mærke til de løse Grundsætninger, hvorefter de ere gaaede frem ved den directe udvidende Fortolkning og analogiske Anvendelse, synes det, at det næsten overalt har været Lovfortolkerens individuelle Smag og Godtbefindende, der have bestemt ham til, af et Lovsted enten at gjøre en Regel eller en Undtagelse“. Som en saadan uberettiget Modsætningsfortolkning nævner han blandt andre, at der

sluttes e contrario fra D. L.s 3—13—1 til Tilladeligheden af Fremleje. — Det er derfor af væsentlig Betydning, at Ø. har opstillet nærmere Regler for Anvendelsen af Modsætningsfortolkningen. Denne Fortolkning siges af Ø. at hvile paa den Grundsætning, at Lovgiveren ved at begrænse sin Bestemmelse til en vis Gjenstand, tilkjendegiver, at han vil have det, der ligger udenfor samme, anderledes behandlet (exceptio in casibus non exceptis firmat regulam, inclusio unius est exclusio alterius). „Denne Fortolkningsregels Anvendelighed“, siger han, „forudsætter, at Lovgiveren tydeligen har viist, at han saaledes har villet udelukke den øvrige Gjenstand fra sin Regel. Dette indlyser, naar Lovgiveren paa et Sted, hvor han ellers har at handle om en mere udstrakt Materie, med Flid giver en Bestemmelse om en enkelt Deel af samme, eller og han, efter udtrykkeligen at have nævnt det almindeligere Begreb, tilføier indskrænkende Bestemmelser, der vise, at han ei vil have Reglen anvendt i den øvrige Deel af Begrebets Sphære“. „Under andre Omstændigheder“, siger han fremdeles, „er det ingenlunde klart, at Lovgiveren, fordi han blot bestemmer Noget om en enkelt Deel, derfor ikke kan ville det Samme om den øvrige Deel af Begrebets Sphære. Dette kan komme deraf, at han alene er gaaet ud paa at bestemme, hvad der skal gjelde om hin enkelte Deel, uden at han har tænkt sig det Hele“. Naar et Lovsted i Henhold til det Anførte med Sikkerhed kan anses som en Undtagelse, saa kan man dog deraf, bemærker Ø., „alene slutte, at dets Bud ikke i sin hele Strækning skal gjelde om de udelukkede Tilfælde, men ingenlunde, at der om disse i alle Dele skal gjelde en modsat Regel“. I den tidligere omtalte Afhandling i j. T. 3. B. 2. H. havde Ø. paavist, at man ikke deraf, at noget i et enkelt Tilfælde i Bevillings

Form er tilladt, kan slutte, at saadant ikke efter den almindelige Landslov er tilstedt. Denne Sætning er man vel nu enig om, men man har tidligere ofte opstillet Fortolkninger, der vare i Strid med samme.

Endelig omtaler Ø. endnu Forudsætningsfortolkningen, idet han lærer, at de Forudsætninger, som et Lovsted tydeligen forkynder, ere ligesaa gjældende, som hvad det udtrykkeligen foreskriver; saaledes antages D. L. 5—14—36 N L. 5—13—34 bestemt at vise, at et Forløfte efter Loven ikke medførte beneficium ordinis, og fremdeles nævnes, foruden flere andre Exempler, Forudsætningen i Højesterets Instruxen af 7. December 1771 § 30 om, at fremmed Ret kan komme i Betragtning ved de danske Domstole. Paa den anden Side gaar Ø. i j. T. 10. B. 1. H. p. 230 ud fra, at ikke enhver Forudsætning, hvorfra den, der har konciperet en Lov, er gaaet ud, er bindende, og at navnlig en Forudsætning, der, som han siger, kun ligger i Baggrunden for det, som en Lov bestemmer, men ikke har faaet en tydelig Sanction fra Lovgiverens Side, ikke kan have juridisk Gyldighed.

4) Hos de ældre juridiske Forfattere her i Landet var der, som allerede antydet, en stor Tilbøjelighed til analogisk at anvende eller, som man sagde, at udvide et Lovbud til andre end de i samme omtalte Tilfælde. Det havde derfor sin store Betydning, at Ø., — i det Væsentlige i Overensstemmelse med hvad der nu læres, — opstillede nærmere Regler for, naar en analogisk Anvendelse er berettiget. Han siger herom i Hdb.: „En Lovbestemmelse kan udvides“ (∴: analogisk anvendes), „naar alle de Grunde, hvorved samme kan antages at være fremkaldt, ere i deres fulde Omfang anvendelige paa flere Tilfælde, end dem, som indbefattes under dens bogstavelige Forskrift. Lovgiveren kan nemlig ikke Andet, end ville det Samme, hvor lige Grunde

tale derfor; og, da saavel en skreven Lovs Natur i Almindelighed, som vore gjeldende Loves Beskaffenhed i Særdeleshed, fordrer, at det unævnte Tilfælde behandles efter Lovens Conseqvents, saa kan der ikke være nogen beføiet Tvivl om hiin Regels Anvendelighed. Men det maa nøie paasees, at hiin Lovens Grund i sin fulde Udstrækning passer paa det unævnte Tilfælde. . . . Fremdeles bør det paasees, at ikke blot alle de positive Grunde, der tale for Lovbestemmelsen, ere anvendelige paa det unævnte Tilfælde, men at heller ingen Modgrund er iveien for denne Udvidelse. Det er nemlig aabenbart, at Lovgiveren ved de Overveielser, han anstiller, inden han bestemmer sig til et vist Lovbud, ikke blot tager Hensyn til det Gode, der ved et saadant Lovbud kan udrettes, men ogsaa til de mulige Uleiligheder, samme kunde have til Følge, og at han ikke sjeldent, i Betragtning heraf, maa opgive eller indskrænke Det, han ellers kunde ville. End videre maa det bemærkes, at en Udvidelse“ (∴ analogisk Anvendelse) „af Loven altid maa bedømmes, med Hensyn til en heel Art af Retstilfælde, og at det ingenlunde gaaer an, at udvide en Lovbestemmelse til det enkelte Tilfælde, fordi sammes Grunde kunne findes at være fuldkomment passende paa dette, betragtet i hele sin Individualitet, men uden at det lader sig subsumere under en bestemt Regel, der ved en, efter de ovenanførte Regler, velgrundet analogisk Slutning lod sig retfærdiggjøre. De Retssætninger, som den Lovkyndige ad denne Vei udfinder, skulle være Supplemen-ter til Loven, Regler, som Lovgiveren, hvis han havde tænkt sig alle Tilfælde, fornuftigviis maatte have foreskrevet. Men Loven kan aldrig umiddelbart slutte sig til et individuelt Tilfælde; dette maa altid først henføres til et mere eller mindre almindeligt Begreb“. Som et Exempel nævner han, at et Væddemaal let,

i et givet Tilfælde, kan have alt det imod sig, som har foranlediget Lovbudet i 5—14—55 N. L. 13—53, men at dette ingenlunde kan gjøre Udslaget og bevirke, at Væddemaalet er uforbindende, saafremt Væddemaal, i Almindelighed betragtet, ikke findes at medføre alle de Ulejligheder, som følge med Spil.

Skjøndt der saaledes efter Ø.s Mening i Almindelighed udkræves en fuldstændig Aarsagernes Lighed for at retfærdiggjøre Lovens Anvendelse paa andre end de i samme benævnte Tilfælde, antages dette dog kun at gjælde, hvor et Lovsted ikke kan anvendes anderledes end i det Hele. Men, „enkelte Lovbud ere“, bemærker han, „af den Natur, at de kunne anvendes i en forringet Grad, og da kan vel“, siger han, „en ufuldstændig Lighed mellem Tilfældene og de Grunde, som bestemme sammes juridiske Egenskaber, berettigede til en partiel Udvidelse“ (analogisk Anvendelse). Dette siges fornemmeligen at finde Anvendelse paa Straffelovgivningen, hvor der t. Ex. i Almindelighed kan sluttes fra den Straf, der er bestemt for en fuldendt Forbrydelse og for sammes Hovedmand, til Straffen for Attentat eller Medvirkning, fremdeles i Rettergangslæren, i Særdeleshed i Materien om Vidnesbyrds og andre Bevisers Retskraft, t. Ex. tildels lovfaste Vidner.

Særlig fremhæver Ø., at hvor Nødvendigheden kræver, at der for et unævnt Tilfælde skal finde en fast positiv Regel Sted, saa maa denne hentes fra de Lovbestemmelser, der angaa analoge Tilfælde, om endog Aarsagernes fuldstændige Lighed i og for sig ikke er aldeles klar. Som et Exempel nævner han, at de Regler, som Lovene foreskrive for Stævningers Forkyndelse, ogsaa maa anvendes paa Forkyndelse af Domme, idet Sagens Natur nemlig gjør det aldeles nødvendigt, at man maa have en Maade, hvorpaa en slig Forkyndelse retsgyldigen kan finde Sted, endog

naar den paagjældende Person ikke kan træffes, hvorfor man, da Reglerne herfor i deres Natur ere vilkaarlige, maa tage sin Tilflugt til Analogi.

Skulde der i Tilfælde af, at et Forhold skal afgjøres efter Analogi, frembyde sig flere fra hinanden afvigende Lovbestemmelser, om hvis Analogi der kunde være Tale, mener Ø. i Hdb. 1. B. p. 480—482, at den nærmere Analogi bliver at foretrække for den fjærnere, og den Analogi, som stadig gaar gennem Lovgivningen, fremfor den, der blot skal hentes fra særdeles Anordninger, der selv ere afvigende fra Lovens almindelige Analogi („af Anomalier kan ei hentes Analogi“); hvor ingen af disse Regler er anvendelig, antages den nyere Lovgivnings Analogi at maatte foretrækkes for den ældre, og hvor ellers Intet gjør Udslaget, antages den mildeste Mening at burde følges.

At al analogisk Anvendelse maa bortfalde, naar Lovgiveren udtrykkeligen har forbudt samme, synes os nu vel aldeles klart, men da adskillige Retslærere¹⁾, som Ø. siger, havde ment, at hint Forbud ikke kunde have nogen Virkning, da det strider mod sund Fornuft, at Lovgiveren skulde ville et Tilfælde udelukket fra sit Bud, hvorpaa dog hans Grund fuldkomment passer sig²⁾, fandt Ø. sig foranlediget til at imødegaa denne Mening og nærmere begrunde den først omtalte Sætning. — Som Love, der efter deres Beskaffenhed ikke kunne udstrækkes til andre Tilfælde end

¹⁾ t. Ex. Nettelbladt, jfr. Thibaut „Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts“ 2. Ausg. p. 82—84, hvor Nettelbladts Mening gjendrives.

²⁾ Dette er, som det vil ses, en meget yderlig gaaende Anvendelse af den tidligere omtalte ældre Lære, ifølge hvilken et Lovsted skulde fortolkes saaledes, at det kom i Overensstemmelse med sine Grunde.

de, samme udtrykkeligen indeholder, nævner Ø. Told-tariffer og Ranganordninger, idet slige Anordninger gaa ud paa en speciel Opregning af Alt, hvad der skal henføres under samme.

Derimod viser Ø., at den af forskjellige Forfattere opstillede Lære, hvorefter Straffeloven skulde være undtagen fra al udvidende Lovfortolkning (eller analogisk Anvendelse) er urigtig, og at Analogi endog maa kunne benyttes til at forøge de strafbare Handlingers Tal. — „Mere grundet“, siger Ø., „synes den Paastand, at ingen Udvidelse nogensinde maa tilstedes af saadanne Lovbestemmelser, der indeholde Undtagelser fra Lovens almindelige Forskrifter“. Han indrømmer nu ogsaa, at slig Udvidelse (eller analogiske Anvendelse) ikke letteligen bør finde Sted, eftersom man ved at gaa udenfor den speciellere Lovs udtrykkelige Bud, tillige indskrænker den almindelige Regels Virkekreds, uden at have Lovgivningens udtrykkelige Hjemmel for saaledes at sætte den almindelige Regel til Side. Men paa den anden Side bemærker han, at i Grunden enhver virksom Udvidelse af en Lovbestemmelse maa medføre en Indskrænkning i en anden almindeligere Regel, som vilde have gjældt, saafremt slig Udvidelse ikke havde fundet Sted, og dernæst anfører han, at ligesom det, ifølge den naturlige Ufuldstændighed i enhver menneskelig Betegnelse, er nødvendigt, at Love ofte maa være indskrænkende Fortolkning underkastede, og vore Loves Beskaffenhed i Særdeleshed gjør, at der ofte bliver Anledning til saadan Fortolkning, saaledes er det og begribeligt, at Lovgiveren ikke altid overser eller udtrykker alle de Undtagelser, hvormed han vil have en almindelig Regel forstaaet. „Naar altsaa“, skriver han videre, „en klar Aarsagernes Lighed taler for Udvidelsen af et Lovsted, der gjør en Undtagelse fra en almindeligere Regel, saa maa man uden Tvivl være beføiet til

at antage, at Lovgiveren ligesaavel vil det unævnte, som det nævnte Tilfælde, undtaget fra den almindelige Regel“. Hertil antages man navnlig at være berettiget, naar den specielle Lovbestemmelse ikke udtrykkeligen er knyttet til den almindeligere, som en integrerende Del af samme, men fremkommer paa et andet Sted, og uden at fremstilles i noget Forhold til den almindelige Regel. Som Exempel paa specielle Love eller Undtagelsesbestemmelser, der med Rette analogisk anvendes, nævner Ø. blandt andre L.s 5—2—88 og Bestemmelsen i 5—14—4 N. L. 13—2 om Maaden, hvorpaa Præskription afbrydes.

Personretten.

Naar der spørges om, hvilken Alder der fordrer for, at en Person kan binde sig ved en Retshandel, skjelner man nu mellem personlig Myndighed og Myndighed i Formueforhold. Denne Sondring er først fastslaaet af Ø.. I Suppl. 2. B. p. 106—111 hævder han, i Modsætning til Nørregaard (§ 807 jfr. § 668) og Brorson¹⁾, at en Person, der er 18 Aar gammel, hvad enten Vedkommende er Mand eller Kvinde, kan forpligte sig ved Fuldmagts-, Arbejdsleje- og Tyendekontrakter samt andre lignende Kontrakter. Til Støtte for denne Mening, som han gjentager og nærmere udvikler i Hdb. 2. B. p. 421—427, anfører han, at hverken D. L. 3—17—34 N. L. 3—19—34, der kun taler om Pant, Skjøde eller anden Forskrivning, eller Frd. 14. Maj 1754 og Frd. 26. October 1804, som kun handle om Pengelaan og andre Gjældsforpligtelser, kunne anvendes paa deslige Kontrakter, hvorved de Mindreaarige ikke ligefrem forpligte sig paa Gods og Formue, skjøndt de i Anledning af en saadan Kontrakt, ved kontraktstridigt Forhold, kunne paadrage sig en Formue-

¹⁾ „Forsøg til den tredie Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 2. B. (1796) p. 333—334.

forpligtelse; men naar en saadan Forpligtelse opstaar for den Mindreaarige i Anledning af Kontrakten, er det, siger Ø., „ikke som Følge af Contracten, men som Følge af Brud paa Contracten, hans Formue kan blive angrebet“. Fremdeles henviser Ø. til Lovgivningen om Tyendevæsenet, in specie Frd. for Norge af 9. August 1754, der af ham formenes tydelig at vise, „at Enhver, der er over 18 Aar, er berettiget til at bortfæste sig i Tjeneste, hvoraf flyder Forpligtelse til Pengepræstationer, saavel i Tilfælde, at de ei begive sig i Tjeneste efter Accorden, som naar de i Tjenesten forsee dem, Husbonden til Skade“. — Hvad særlig Kvinder angaar, bemærker han (Hdb. 2. B. p. 335, jfr. Hdb. 1. B. 543 og Suppl 2. B. p. 28), at det Værgemaal, hvorunder saavel den voxne Pige som Konen skal staa efter 3—17 N. L. 19—38, ifølge Modsætningen mellem Artiklens første og sidste Del ej kan forstaas uden i Forhold til Godset; og derhos henviser han til Bestemmelsen i Frd. 2. November 1798 jfr. Pl. 3. Juli 1822.

Ø. indrømmer, at der imod den af ham saaledes forsvarede Mening maaske kan rejses den Invending, at der herved kan banes Vej til at eludere Lovene angaaende Umyndiges og Mindreaariges Kredit, da andre Kontrakter, som de nævnte Personer aabenbart ere uberettigede til at indgaa, let kunne skjule sig under Maske af de her omhandlede, men han bemærker her til blandt Andet, „at, naar en Handling i sig og efter sin eiendommelige Natur er lovlig og forpligtende, kan den ikke omstødes paa Grund af den blotte Mulighed, at den indeholder en Elusion af Loven, men det maa, for at der skal kunne nægtes den Retsvirkning, bevises, at den virkeligen er foretaget in fraudem legis“.

Den af Ø. saaledes hævdede Sætning om den personlige Myndigheds Indtræden med det 18de Aar bidrog væsentlig til Udviklingen af en tidligere ikke kjendt

Lære, nemlig Læren om den Mindreaariges (og Umyndiges) Ret til frit at raade over det selverhvervede Gods. Det blev nemlig ved en af den kgl. Lands-, Over- samt Hof- og Stadsret under 2. October 1809 afsagt Dom (j. A. Nr. 22 p. 97 ff. og A. f. R. 5. D. p. 238 ff.) antaget, at en Mindreaarig uden Kurators Samtykke med Retsvirkning kunde sælge den ham som Matros paa et Kaperskib tilkommende Anpart af Prispengene udi et af Kaperen opbragt Skib. Dommen er conciperet af Ø. og bygger sit Resultat paa, at Personer, der ere over 18 Aar gamle, maa, hvad enten de ere Mænd eller Kvinder, paa egen Haand kunne tage Tjeneste og akkordere om Løn og andre Fordele, som de skulle nyde for deres Arbejde, samt modtage og kvittere for Lønnen. Dommen blev under 15. Marts 1811 in terminis stadfæstet af Højesteret (jfr. A. f. R. 5. D. p. 517), men forøvrigt var Afgjørelsen i Virkeligheden allerede truffen under 7. s. M., idet Højesteret da havde paakjendt en aldeles lignende, fra Kjøbenhavns Soret til samme indanket Sag. I denne sidste Sag var Ø. Førstvoterende, og han kunde derfor i j. T. 16. B. 2. H. p. 43 med Sandhed sige, at han selv ikke havde været uden Del i den Anvendelse af den omhandlede Lære, som var sket ved de nævnte Domme. — Denne Lære udviklede Ø. nærmere i Suppl. 3. B. p. 368—373, Hdb. 2. B. p. 427—434 og j. T. 16. B. 2. H. p. 37—44, og paa de tvende sidst anførte Steder forsvarede han derhos Læren imod de Angreb, som af Algreen-Ussing¹⁾ og Hjelm²⁾ vare rettede imod samme. Til Støtte for Lærens Rigtighed paaberaaber han sig for det Første det ovenfor omtalte Hensyn, hvorpaa Hof- og Stadsretsdommen byggede sit Resultat, men ved Siden af

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ (1823) p. 275—278.

²⁾ „Juridiske Samlinger for 1827“, p. 518—523.

dette Hensyn, som jo kun vilde hjemle dem, der ere personlig myndige, Ret til at raade over det selv-erhvervede Gods, fremfører han, — i Overensstemmelse med sin Votering i Højesteret —, andre Betragtninger, der føre til, ikke i den nævnte Henseende at blive staaende ved de Personer, som ere personlig myndige. Han bemærker nemlig i Hdb. 2. B. p. 428—429 Følgende: „Gjennemgaaer man vor Lovgivning om Umyndighed, vil man uden Tvivl og finde, at det kun er de Unges Arvemidler, og hvad dermed kan sættes i Klasse, samt den Formue, de i Fremtiden maatte kunne erhverve, Lovgiveren har søgt at bevare mod deres egen Letsind og Aagerkarlens Snedighed. At denne Lovgivning ikke har Hensyn til Det, de Unge ved egen Vindskibelighed have erhvervet, er af flere Data kjendeligt. — Efter D. L. 3—17 N. L. 3—19, der er Hovedsædet for Materien om Umyndige og Værger, er denne Gjenstand paa det Nøieste indvævet i Materien om Skiftehold, og det forudsættes ikke, at den Unge i Almindelighed faaer Værge eller Curator, saa længe ingen Arv er ham tilfalden. Paa selvsamme Maade behandles denne Gjenstand og i de senere Rescripter om Sikkerheden og Rigtigheden for Umyndiges Midler. Følgende Lovsteder kunne, blandt flere, bemærkes. 3—17 N. L. 19—2 forudsætter, at Barn ei faaer Værge, saa længe begge Forældre leve, men først efter Moders Død, d. e. naar det faaer Arvegods. Udtrykkene i Art. 4 tilkjendegive den Forudsætning, at der er foregaaet et Dødsfald, i Anledning af hvilket der sættes den Umyndige en Værge. Art. 34 taler og alene om det Gods, den Mindreaarige, ved at entlediges fra Værgemaal, annammer, og det er med Bestyrelsen af dette Gods, Curator, efter Artiklens Bud, skal have Tilsyn, at han ei Godset (dette bestemte Gods) unytteligen bortsætter. Naar fremdeles det

næstfølgende Lovsted vil indrømme de Mindreaarige, som indtræde i en Næringsvei, friere Raadighed over deres Gods, saa beskrives denne som en Ret til at bruge, hvis dennem arveligen tilfalder. I en lignende Aand udtrykker Lovgiveren sig, naar han i den 38te Artikel vil entledige de 18aarige Mandspersoner fra Faderens Værgemaal. Faderen maa, siger Artiklen, ei forholde dem deres Mødrene. Seer man videre hen til Fdg. 14. Mai 1754, saa tale sammes Præmisses flere Gange om Arvemidlers Tilsættelse, som det Onde, der flød af den Credit, der, mod Loven, blev givet de Mindreaarige. Resc. 17. Dec. 1790 og de flere Rescripter, der tilstede, at en vis Deel af den Umyndiges Midler maa udbetales til umiddelbar Anvendelse for ham, benævne og denne Deel af hans Formue som Arvemidler, hvilket og er Tilfældet i Frd. 23. Mai 1800 § 6“. Ved Siden af Arvemidler stiller Ø. det, som gives de Umyndige eller Mindreaarige i Hænde, saafremt Giveren har villet det, og „maaskee Alt, hvad Lykken skjænker“.

Denne af Ø. saaledes opstillede, og efter hans Mening i den dansk-norske Lovgivning hjemlede Lære om en Ret for den Umyndige og Mindreaarige til selv at raade over det selverhvervede Gods, finder Ø. ogsaa fuldstændig stemmende med Sagens Natur, idet den Unge nemlig ikke herved udsættes for Ødelæggelse, hvorimod det antages at ville slappe hans Virksomhed, hvis saadan Frihed blev ham nægtet, og han finder Rigtigheden af denne Mening bestyrket derved, at den omtalte Forskjel mellem Arv og selverhvervet Gods ogsaa findes antaget i fremmede Love angaaende Mindreaariges Dygtighed til at kontrahere, saaledes navnlig i den svenske Lov af 1734, Ärfda-Balk Cap. XIX § 1 og i den østerrigske Lovbog § 246.

Ø. indrømmer, at de Gjældsbreve, som en Umyndig eller Mindreaarig uden Værges eller Kurators anordningsmæssig meddelte Samtykke udsteder, ligefrem ere ugyldige, uden at der gjøres Forskjel paa, om han, ved selverhvervet Formue, er i Stand til at indfri dem eller ikke; „men dette har“, siger han, „sine gode Grunde deri, at saadanne Forskrivninger have hans hele nærværende og tilkommende Formue til Gjenstand, følgelig, efter deres Natur, enten maae være gyldige i det Hele eller aldeles uden forbindende Kraft“. „Anderledes“, siger han fremdeles, „forholder det sig, hvor der handles om en bestemt, fra den Mindreaariges øvrige Formue fuldkommen afsondret, ved egen Anstrængelse erhvervet Gjenstand“. I Henseende til den omtalte Lære henviser Ø. endelig i Hdb. 5. B. p. 617 til Frd. for Vestindien 5. Mai 1830 § 4 og Colleg.-Tid. for bemeldte Aar S. 604—5.

Medens man efter det Anførte ikke før Ø. opstillede nogen særlig Regel med Hensyn til Raadigheden over det selverhvervede Gods, var det derimod før Ø. antaget, at den, der havde givet en Umyndig eller Mindreaarig Kredit, var berettiget til at fordre Betaling, naar han kunde bevise, at han ikke derved havde søgt for sig selv nogen ulovlig Fordel, men at den stiftede Gjæld var til den Umyndiges eller Mindreaariges sande Gavn. Denne Sætning støttedes hos Nørregaard (§ 260) paa, at Frd. 14. Mai 1754 fornemmelig var bygget paa to Præsumptioner, nemlig a) at de, der laane Umyndige Penge eller give dem Kredit, ere egennyttige Mennesker og skadelige Aagerkarle, som derved søge at tilbringe sig en ulovlig og utilladelig Fordel, og b) at Mindreaarige, som uden Kurators Samtykke laane Penge eller gjøre Kredit, handle heri ikke til deres Gavn, men til deres Skade og Godsets Ødelæggelse; og naar nu det Modsatte af de

nævnte Præsumptioner bevises at være Tilfældet, formentes Præsumptionen og de paa samme grundede Anordninger at maatte bortfalde. Brorson,¹⁾ der var af samme Mening, henviste blandt Andet til den almindelige Regel, at ingen Lov strækker sig videre end dens Grund. — Denne Mening imødegaar Ø. i Suppl. 2. B. p. 94—101 og Hdb. 2. B. p. 463—471, idet han blandt Andet gjør opmærksom paa, at man ikke kunde komme til det anførte Resultat uden ved at anvende en indskrænkende Fortolkning med Hensyn til Frd. 14. Mai 1754, og at en saadan Fortolkning efter de af ham for samme opstillede Regler ikke vilde være berettiget, men han fremhæver tillige, at selv om en saadan Fortolkning anvendtes, vilde dette dog alene føre til, at de i Frd. 14. Mai 1754 givne særegne strængere Virkninger ikke kunde indtræde, hvorimod det ikke kunde medføre, at Lovens Regel om, at den Umyndige ikke er forpligtet, blev uanvendelig, idet i saa Fald Frd. 14. Mai 1754, tvertimod sit Øjemed, for en Del vilde have slappet Loven istedetfor at skjærpe den. Ø. anfører dernæst, at det næsten vil være umuligt for Dommeren med Vished at afgjøre, hvorvidt en Kontrakt in facto og i det Hele har fremmet den Umyndiges Vel, eftersom den Umyndiges hele økonomiske Forfatning og Forhold da maatte ligge ham for Øjnene. Fremdeles skriver han: „Selv for Dem, der i redelige og uegennyttige Hensigter give den Umyndige Credit, er dette svage og ustadige Princip, med al sin tilsyneladende Mildhed, haardere, end det modsatte faste og strenge. Hiint kan nemlig let forlede Nogen til at give Umyndige Credit i det Haab, at hans redelige Hensigt og Gjeldens velgjørende Bestemmelse vilde beskjerme ham mod Exeptioner,

¹⁾ Fortolkning af Chr. V.s Lov 3. Bog 2. B. p. 337—339.

men siden vil det dog beroe, deels paa den Anvendelse, den Unge gjør af samme (thi, naar Virkningen var til den Umyndiges Skade, maatte Gjelden dog i alle Tilfælde være uden Kraft, skjøndt Creditor havde haft en modsat Hensigt), deels paa vedkommende Domstoles vilkaarlige Skjøn, om der tilkjendes ham Betaling eller ikke. Det sidste smigrer derimod ikke med noget bedrageligt Haab, men giver Enhver, der vil inlade sig med en Umyndig, bestemt Anviisning paa, hvorledes han skal forholde sig, og hvad han i andet Fald har at vente¹⁾ Ø. paaviser endelig, at man ikke, saaledes som Brorson gjorde, kan støtte den modsatte Mening paa Bestemmelsen i Universitetsfundatsen af 7. Maj 1788 Cap. II. § 5. „Rigtignok tillader dette Lovsted“, skriver han, „mindreaarige Studenter paa egen Haand at contrahere nyttig og nødvendig Gjeld; men denne Tilladelse er, vel at mærke, saare betinget og indskrænket. Lovgiveren har nemlig ikke ladet det beroe ved den almindelige Regel, at mindreaarige Studenter gyldigen kunne paadrage sig nyttig og nødvendig Gjeld, overladende det til Dommerens Skjøn, efter Omstændighederne in facto at afgjøre, hvor vidt Gjelden fortjener hine Prædicater, men han har nøie bestemt, paa hvilke Ting og for hvor lang Tid eller til hvor stor en Sum de kunne contrahere saadan Gjeld, og udtrykkeligt erklæret den Gjeld for ugyldig, der betroes dem for en længere Tid eller for en større Sum, uden Vedkommendes Samtykke, samt ubetinget erklæret

¹⁾ Ø. henviser til en Afhandling i Minerva for September 1793 p. 281—297, der skal være forfattet af Konferentraad og Cancellie-Deputeret Rothe, og i hvilken nogle lignende Betragtninger som de ovenfor anførte fandtes fremsatte, men hvor der i det Væsentlige ikke er taget noget Hensyn til den positive Lovgivning.

visse Arter af Credit, givet mindreaarige Studenter, og det in specie al den, der grunder sig paa Penge-
laan, for utilladelig, uagtet saadan Credit muligt in
concreto kunde befordre deres Bedste“.

Men medens Ø. saaledes hævder, at den af en
Mindreaarig uden Kurators Samtykke stiftede Gjæld
ikke er forbindende, blot fordi den findes at være ind-
gaaet til hans Bedste, gjør han tillige opmærksom
paa, at der efter Reglerne for uanmodet Forretnings-
førelse kan opstaa en Ret for den, der giver Kredit
til en Mindreaarig, som enten ikke endnu har nogen
Kurator, eller hvis Kurator ikke øjeblikkeligen er til-
stede, saafremt der foreligger et paatrængende Nød-
vendighedstilfælde, hvori en Kurators Beskikkelse eller
hans Samtykke ikke kan haves; men i saa Fald vil
det, som han bemærker, være uvæsentligt, om den
Mindreaarige selv har samtykket, eller om hans Sam-
tykke mangler.

I Henseende til Spørgsmaalet om, hvilken Betyd-
ning det har, at den, der har indgaaet en Rets-
handel, hvorved han paadrager sig en Formueforpligtelse,
er umyndig eller mindreaarig, vare de ældre Lære-
bøger meget ufuldstændige, især naar der er Tale om
gjensidig bebyrdende Retshandler. Ogsaa i denne Ret-
ning har Ø., navnlig i Hdb. 2. B. p. 451 ff., givet
flere Bidrag til en klarere og fuldstændigere Opfattelse
af Forholdet.

Ø. bemærker saaledes med Hensyn til alle tosidede
Kontrakter, som en Mindreaarig paa egen Haand har
indgaaet, at de blot, som den romerske Ret udtrykker
sig, halte (claudicant), men ikke ere aldeles ugyldige.
„Dersom Curator“, siger han, „ved at blive bekjendt
med Contracten, finder den fordeelagtig for den Mindre-
aarige og derfor ved sit paafølgende Samtykke vil
sætte den i Kraft, saa kan den anden Contrahent,

ikke, paa Grund af sin Medcontrahents Mindreaarighed, fravige Contracten; og ligesaa lidet kan der, fra den Mindreaariges Side, gjøres Paastand paa de denne til-sagte Præstationer, med mindre man vil opfylde den Deel af Contracten, der indeholder Betingelserne for Det, der saaledes er ham tilsagt“. Det antages derfor ogsaa (Hdb. 2. B. p. 471), at naar en Mindreaarig har faaet Skjøde paa en fast Ejendom og derfor har udstedt en eller flere Panteobligationer til Sælgeren eller til den, som forud havde Pant i Ejendommen, saa maa Gjælden være forbindende for ham og hans Formue, saafremt Kurator ikke ganske vil fragaa Handelen.

Ø. har dernæst i denne Forbindelse fremdraget Bestemmelsen i 5—3—10 N. L. 24, og givet et væ-sentligt Bidrag til en rigtig Fortolkning af dette Lov-sted; han skriver herom Følgende: „Skjøndt denne Lovens Artikel ligefrem siger, at Kjøberen skal tabe sit Værd, saa kan man dog neppe antage, at den mindreaarige Sælger skulde have Ret til ved Søgmaal at indfordre Kjøbesummen, for saa vidt den ikke er betalt. Et saadant Søgmaal hjemles ikke i Lovstedets Bestemmelse, der blot giver ham Ret til uden Vederlag at faae det Solgte tilbage. I denne Lovstedets sidste Bestemmelse ligger der uden Tvivl en Forklaring over dets første Deel, som blot tilkjendegiver, hvad Kjøberen udsætter sig for. Det vilde og være unaturligt, om den Mindreaarige, ved hiin ugyldige Contract, skulde erhverve Fordele. Loven vil kun, at Contracten skal gaae tilbage, og at Tabet skal gaae ud over Kjøberen, der i alt Fald har gjort sig skyldig i Uforsigtighed. Det var til Øiemedets Opnaaelse aldeles nødvendigt, at Rettigheden til at faae det Præsterede tilbagegivet kun eensidigen blev tillagt den mindreaarige Sælger; thi, dersom Kjøberen og kunde søge den erlagte Kjøbesum tilbage, saa

vilde den Mindreaarige, der kan have forødet den uden Curators Samtykke oppebaarne Kjøbesum, blive skadelidende. Men der er ingen Rimelighed i, at det har været Lovgiverens Øiemed, at tilvende den Mindreaarige en Gevinst eller paalægge Medcontrahenten, der kan være in bona fide, nogen Straf. Det er derfor hverken grundet i Lovstedets Forskrifter eller i Lovgiverens Øiemed, at den ubetalte Kjøbesum skulde, saaledes som Hr. Ussing mener¹⁾, være Confiskation underkastet. Hvad der gjelder om den ubetalte Kjøbesum, synes og at maatte gjelde, hvor Kjøbesummen vel kan ansees for allerede erlagt, men dog saaledes er afsondret fra den Mindreaariges øvrige Formue, at den kan betragtes som en særskilt individuel Ting, f. Ex. hvor Anviisning eller Transport er givet paa tredie Mand, eller der for Kjøbesummen er af Kjøberen udstedt Gjeldsbrev, men ingen virkelig Betaling endnu er udredet, og heller ikke Fordringen paa lovlig Maade kommen i tredie Mands Hænder“. „Hvor Kjøbesummen“, skriver Ø. endelig, „virkeligen er kommen i den Mindreaariges Hænder, vil det ikke let kunne oplyses, at den er i Behold, og altsaa vil en Tilbagesøgelse af samme ikke kunne finde Sted, dog kunde der, hvor Curator erkjendte, at Kjøbesummen eller en Deel af samme virkelig var i Behold, være meget for, at den skulde tilbagegives (condictio sine causa); i det Mindste kunde neppe en Curator paa drage sig Ansvar, fordi han ikke vilde benytte denne Leilighed til at berige den Mindreaarige paa tredie Mands Bekostning“.

Naar en Mindreaarig paa egen Haand har købt en Ting og erlagt Kjøbesummen for samme, har Ø. i en Afhandling i n. j. A. 28. B. (1819)

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 286.

p. 163—175¹⁾ godtgjort, at de erlagte Penge ikke kunne søges tilbage, forudsat at intet særligt ulovligt Forhold er begaaet af den, som modtog Betalingen. Han henviser i saa Henseende blandt Andet til, at stjaalne Penge ikke kunne søges tilbage fra tredie Mand, og han bemærker da videre: „Men bliver jeg Eier af Penge, ved bona fide at modtage dem i Betaling af en Tyv, saa maa jeg og blive det, naar jeg modtager dem af en umyndig Person. Dennes Stilling behøver jeg, forsaavidt jeg blot modtager Betaling, ikke at kjende; og, selv naar jeg kan see, at den, der kjøber noget af mig, ei er fuldmyndig, veed jeg ikke, om han handler paa egne eller paa andres Vegne, og i første Fald kan det endda være, at Betalingen udredes af Penge, som han selv har fortjent, eller som hans Værge eller Curator har leveret ham til Handelen. Sligt er endog sandsynligt, da han ellers ikke let kunde være kommet i Besiddelse af Pengene. Paa alt saadant behøver jeg ei at inklade mig“. Paa Grund af de særlige Regler, som saaledes gjælde om Penge, er Ø. ogsaa i Hdb. 2. B. p. 455—456 tilbøjelig til at antage, at de Penge, som en Mindreaarig paa egen Haand har udlaant, ikke i Almindelighed kunne søges tilbage før til den Tid og under de Vilkaar, som Foreningen mellem Parterne bestemmer.

¹⁾ Denne Afhandling blev foranlediget ved en ved Højesterets Aabning den 4de Marts 1819 afsagt Dom, ved hvilken en Slagtersvend, der en Tid lang havde drevet Studehandel, blev, paa Grund af, at han ej var fulde 25 Aar gammel, fritaget for at betale et betydeligt Kvantum Stude, hvorpaa han havde skaffet sig Kredit hos en Godsejer (jfr. Coll.-Tid. for 1819 p. 147—149). Dommen synes at have vakt en Del Bestyrtelse, og Ø. paaviser nu først i Afhandlingen, at Lovgivningen ikke kan modtage nogen Forandring, hvorved saadanne Tilfælde som det omtalte kunne forebygges.

Med Hensyn til Frd. 14. Mai 1754 bemærker Ø. i Hdb. 2. B. p. 450, at denne Frds. §§ 2 og 3 ikke synes at tilstede Ratihabitionen af Gjæld, som Umyndige og Mindreaarige have kontraheret, efterdi Frd. forbyder at betale, og en Konvention derom altsaa, som lovstridig, ifølge 5—1—2, er ugyldig. Men naar Gjælden er betalt, antager han i Hdb. 2. B. p. 456—460 (jfr. Suppl. 3. B. p. 366), i Modsætning til Algreen-Ussing¹⁾, at Tilbagesøgelse af det Betalte ikke kan finde Sted, og dette antages ikke blot, naar Betalingen er erlagt enten med Kurators Samtykke eller af den Paagjældende, efterat han er bleven fuldmyndig, men ogsaa naar den Mindreaarige paa egen Haand har erlagt Betalingen, hvorved det dog forudsættes, at det er Penge, der ere erlagte. Han indrømmer, at der herimod kan invendes, at det efter Frd. 14. Maj 1754 § 2 endog er forbudt at betale slig Gjæld, og at Fordringens Tab skal betragtes som en Straf for den, der har givet den Mindreaarige Kredit, men han bemærker hertil, at Lovgiveren dog ikke har udvidet det Straffende, der skal være i Fordringens Tab, videre end til et sligt Forbud, og at der ikke er givet mindste Vink til nogen Indblanding fra det Offentliges Side eller om Konfiskation af det ulovligen Betalte. „Lovgiveren har“, skriver han, „uden Tvivl indseet, at en slig Indblanding paa den ene Side kun vilde være af meget liden virkelig Nytte, da det Offentlige ikke let kan faae Kundskab om en mindeligen betalt privat Gjæld, men paa den anden Side vilde lede til en unaturlig og forhadt Inquisition. Det er vist heller ikke undgaaet hans Opmærksomhed, at det for Creditor vilde være haardere, at tilbagebetale, hvad han maaskee allerede for en lang Tid siden havde oppebaaret, end at miste

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 282 ff.

en endnu ubetalt Fordring“. En Tilbagesøgelse i dette Tilfælde vilde efter Ø.s Mening saa meget mere være udenfor alle almindelige Grundsætninger, som den Lovstridighed, der med Hensyn til Frd. 14. Maj 1754 kan siges at være begaaet, er fælles for begge Parter, og Reglen er: *in pari culpa melior est conditio possidentis*. Han bemærker fremdeles, at Lovgiveren, hvis han havde villet hjemle Tilbagesøgning, vist ikke vilde have undladt at omtale samme i § 3, i hvilken Henseende han henviser til den nogle Maaneder ældre Forordning af 6. Oktober 1753 § 8, hvorhos det anføres, at det er meget sædvanligt i Lovgivningen, at der, naar en Kontrakt af en i det Offentliges Interesse liggende Grund, er ved Lov erklæret ugyldig, dog ikke bliver Spørgsmaal om Tilbagesøgelse, efterat den alt er opfyldt.

Naar Ø. ifølge det Foranførte taler om den Mindreaarige, har han aabenbart ikke ment, at der skulde gjælde noget Andet om den egentlig Umyndige; det maa nemlig bemærkes, at det i Hurtigkarls Lærebog 1. B. p. 269 i Slutningen af den §, hvortil Ø.s før omtalte Bemærkninger i det Væsentlige slutte sig, siges: „Hvad her er sagt om Contracter, der indgaaes af Mindreaarige, gjelder iøvrigt og om de af de egentlig Umyndige afsluttede Foreninger“, og hertil har Ø. ikke gjort nogen Bemærkning.

I denne Forbindelse skal endnu blot bemærkes, at Ø. har udarbejdet det første Udkast til den danske Frd. 24. April 1839, hvilket Udkast i det Væsentlige svarer til det endelige Indhold af Forordningen. Forøvrigt havde Ø., efter hvad han selv bemærker, allerede i 1819 i en Betænkning, som han da paa Opfordring af Cancelliets daværende Præsident afgav i Anledning af den p. 90 i Noten omtalte Dom, foreslaaet lignende Forandringer i Frd. 26. October 1804 og

Pl. 14. December s. A., som de, han senere bragte i Forslag i det nævnte Udkast. — Iøvrigt henvises til Afsnittet om Familieretten.

Begrebet „juridiske Personer“ forudsættes enkelte Steder i Nørregaards og Hurtigkarls Lærebøger; begge de nævnte Forfattere antog saaledes (Nørregaard § 739 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 268—269), at Medlemmer af et Interessentskab udgjøre en juridisk, eller som det hos dem blev kaldt, en moralsk Person, og de sluttede heraf, at alle Interessenterne i Almindelighed forbindes, En for Alle og Alle for En, ved de Retshandler, som paa Interessentskabets Vegne afsluttes med en Trediemand, men der gives i de nævnte Lærebøger ikke nogen Fremstilling af, hvad der er det karakteristiske ved en juridisk Person, eller hvilke særegne Regler der her gjælde. I Ø.s Skrifter, t. Ex. i Afhandlingen fra 1801 „Om Regjeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet“, og flere Steder i Hdb. gives der flere Bidrag til Læren om de juridiske Personer, men en omfattende Behandling af den nævnte Lære har han dog først givet i det i Hdb. 6. B. indeholdte Tillæg (p. 468—492), og forinden havde P. G. Bang i en Afhandling om Interessentskaber i j. T. 16. B. 1. H. (1829) p. 48—65 givet en kort Fremstilling af den nævnte Lære efter dansk Ret, og i den af ham 1833 udgivne „Lærebog i de til den Romerske private Ret henhørende Discipliner“ 1. B. 2. H. havde han behandlet Læren efter Romerrettens Regler.

I den nævnte Afhandling af Bang i j. T. findes det imidlertid kun meget løselig berørt, hvilke Forhold

der efter dansk Ret skulle henføres til juridiske Personer, og hertil var der jo heller ikke her videre Anledning, da Hensigten nærmest var at oplyse, naar der ved Interessentskaber stiftes en juridisk Person. Ø. har derimod i det nævnte Tillæg i Hdb. 6. B. blandt Andet udførlig undersøgt, naar der kan og skal tales om juridiske Personer.

Ø. henfører Alt, hvad der i stræng Forstand bliver at kalde en juridisk Person, til følgende Klasser: „Enten nemlig vedkommer“, siger han, „et Retsforhold en ubestemt Mængde af menneskelige Individuer og gaaer saaledes ikke op i enkelte physiske Personer. Eller og er et Retsforhold stiftet saaledes, at de Individuer, som samme vedkommer, ikke forpligte deres Personer eller Alt, hvad der hører til deres Retsphære, men kun lade en bestemt Deel af deres Formue, der afsondres fra deres øvrige Gods, hæfte for de Forpligtelser, som indgaaes. Idelig“, siges der endelig, „finde og begge hine Forhold samlede Sted“. Hvad den først omtalte Klasse af juridiske Personer angaar, bemærker han, at alle Retsforhold vistnok ere til for menneskelige Individuers Skyld, idet der ingen Rettighed gives, som jo maa komme saadanne tilgode, ej heller nogen med Rettigheden forbunden Forpligtelse eller Betingelse, der jo maa hvile paa dem. „Men“, bemærker han videre, „ofte er det, at et Retsgode ikke er indskrænket til et Individ eller engang til en sluttet Mængde af Individuer. I den uddannede Retstilstand er der føiet mangen Foranstaltning, i hvis Følge en vis ordnet Virksomhed skal anvendes til Opnaaelsen af Øiemed, der ligge uden for den nærværende Slægt, og visse Midler, være sig faste Eiendomme, Capitalformue, Indtægter, Fordringer paa personligt Arbeide o. s. v., ere blevne anviste for denne Virksomhed. Det Indbegreb af Midler, der tilhøre en saadan Bestemmelse, maa,

som anden Formue, fredes ved Hjælp af Retslovene, og maa tillige underkastes de Betingelser, som anden Formue er undergivet. Det Retsgode, der ved saadanne Indretninger er beredet for en ubestemt Menneskemasse, maa vel haandhæves af enkelte Individier, til hvis Varetægt det er betroet; men disse udgjøre ikke det egentlige Retssubject, den berettigede Person. Hiint Retsgode tilhører derimod alle de nærværende eller tilkommende menneskelige Individier, som Rettigheden skal komme tilgode. Disse ere imidlertid ikke alle til i den virkelige Verden. For at nu de almindelige Retsregler, som nærmest angaae Forholdet mellem Mand og Mand, ogsaa skulle kunne anvendes paa de retlige Berørelser, hvori den til Bedste for en ubestemt Menneskemasse gjorte Indretning kan træde til tredie Mand, er det dog fornødent, at man tænker sig et Retssubject, Nogen, som det Indbegreb af Midler kan siges at tilhøre, der ere satte til hiin Indretnings Disposition, imod at de Betingelser og Forpligtelser opfyldes, som ere forbundne med Rettigheden. Dette tænkte Subject, der meer eller mindre tydelig udtrykker hiin Midlernes Bestemmelse, er det, man kalder en juridisk Person; og, skjøndt man veed, at selve Rettigheden ikke boer hos dette abstracte Væsen, saa er hiin Betegnelismaade dog ikke blot tjenlig, men endog saa godt som nødvendig“. Som Exempler paa saadanne juridiske Personer nævner Ø. Staten eller Statsformuen, Kommuner og Stiftelser, fremdeles anser Ø. ved Fideikommisgods den hele til Arvefølge berettigede Slægt (de Ufødte derunder ogsaa indbefattede) for en juridisk Person og som saadan for Ejer af Godset.

Til den anden ovenfor omtalte Klasse af juridiske Personer henføres navnlig (i Overensstemmelse med Bang) de anonyme Interessentskaber, og i saa Hen-

seende bemærker Ø. (Hdb. 5. B. p. 430—431) blandt Andet Følgende: „Den, som indlader sig med et saadant Interessentskab, tager ikke Hensyn til de Individier, hvoraf Interessentskabet bestaaer. Om disse end ere ham factisk bekjendte, saa ere de dog foranderlige, og det er i alt Fald ikke med dem, men med den ved deres Indskud og de dem paaliggende Bidrag dannede Institution, han har contraheret. Individierne have heller ingenlunde villet forpligte deres Personer eller deres hele nærværende og tilkommende Formue; men de have ikkun til Interessentskabets Disposition afgivet bestemte Fonds eller paataget dem at udrede visse bestemte aarlige Contributioner. Paa disse Interessentskabets Ressourcer og paa den Tillid, man, efter Interessentskabets Plan og Bestyrelse, kan have til et heldigt Udfald af dets Foretagender, maa Den bygge, der indlader sig i Contractsforhold med Interessentskabet“. Selv om imidlertid Interessenterne ere pligtige til ved Bidrag at opfylde de af Interessentskabet indgaaede Forpligtelser, formenes en juridisk Person dog at foreligge, naar de Enkelte ikke kunne træde frem og indtale Interessentskabets Rettigheder hos tredie Mand og ej heller af denne søges for de paa Interessentskabet erhvervede Fordringer. — Ø. gaar imidlertid videre og mener, at man endog kan tænke sig, at et enkelt Individ kan danne en særegen juridisk Person ved fra sin øvrige Formue at afsondre en særlig Del for en vis Bestemmelse, saaledes at retslige Fordringer kunne erhverves paa disse afsondrede Midler, uden nogen personlig Forpligtelse for ham, og som Exempel herpaa nævner han, at en Ejendom eller Effekter sættes paa Spil, eller et Lotteri oprettes saaledes, at Vedkommende kun med en vis bestemt Sum hæfter for de Gevinster, som maatte falde.

Derimod bestrider Ø. den af nogle Retslærere (navn-

lig i Tyskland) antagne Mening, at faste Ejendomme skulde kunne nævnes som juridiske Personer, forsaavidt der tilkommer dem reelle Servituter eller Realprivilegier.¹⁾ Ø. bemærker hertil, at med lige Føje kunde og Ejendomme betragtes som særegne juridiske Personer med Hensyn til de paa samme hvilende Afgifter og andre Byrder, for hvilke Ejeren, som saadan, hæfter, og for hvilke han, dog med Undtagelse af de allerede forfaldne, ved at opgive Ejendommen, kan frigjøre sig. „Men“, siger han, „da det i alle Forhold af foranførte Natur dog stedse kun er et bestemt Individ, hvis retlige Interesse kommer i Berørelse med andre, og den Omstændighed, at enten det Retskrav, han gjør, eller det, der gjøres paa ham, grunder sig paa Besiddelsen af en vis Ting, kun angaaer hans Adkomst, og iøvrigt alene medfører en Indskrænkning i hans Rettighed eller hans Forpligtelse, saa turde der dog ikke være tilstrækkelig Grund til her at anvende Begrebet om juridisk Personlighed“.

Fremdeles bestrider Ø. den af tyske Retslærere²⁾ opstillede Mening, at Arve- og Konkursmasser skulde henføres til juridiske Personer. Hertil bemærker Ø. blandt Andet Følgende: „Vel er det nu saa, at Retsfordringer forfølges af og imod Boet, uden at de Enkelte, der som Arvinger eller Creditorer ere Interessenter i samme, benævnes eller komme i personlig Betragtning, ligesom og et Boe i Anledning af sin Administration kan paadrage sig særegne Forpligtelser, der tildeels have en anden Natur end dem, der hvilede paa Arve-

¹⁾ Ø. henviser i saa Henseende særlig til Mackeldey „Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts“ (4. Aufl. 1822) § 132. I senere Udgaver af dette Værk t. Ex. den tiende Udgave (1833) har Forfatteren selv opgivet denne Mening.

²⁾ Han nævner ogsaa her særlig Mackeldey.

laderen eller den, der opgav sit Bo. Imidlertid vedkomme dog Boets Rettigheder og Forpligtelser ene og alene de bestemte Individder, der ere Arvinger eller Creditorer i samme. At deres Anliggender bestyres af en Skifteforvaltning, der træder i samtlige Interessenters Sted, medfører ikke, at andre end netop disse bestemte Individder udgjøre Rets-Subjectet; ikke at tale om, at Skifteforvalteren i mange Tilfælde har at indhente deres Mening og Samtykke“.

Det vil saaledes ses, at Ø., selv om man maaske nu vilde synes, at han gaar temmelig vidt i at anvende Begrebet juridiske Personer, dog ingenlunde er gaaet saa vidt som de tyske Jurister og særlig Juristerne omtrent paa den Tid, da 6. B. af Hdb. udkom.

I det nævnte Bind af Hdb. har Ø. derhos dels undersøgt, om „den juridiske Person kan danne sig uden særlig Tilladelse“, dels behandlet — „Raadigheden over en juridisk Persons Anliggender“ — „de Retsforhold, hvori juridiske Personer indlade sig med tredie Mand“ — „de særdeles Privilegier for juridiske Personer“ — og endelig „juridiske Personers Opløsning“. De herhen hørende Bemærkninger turde imidlertid nu have mindre Interesse, og det turde navnlig næppe have tilstrækkelig Interesse at anstille en Sammenligning mellem Bangs og Ø.s Udviklinger vedrørende de omtalte Forhold. Her skal derfor blot endnu bemærkes, at Ø. i den nævnte Afhandling fra 1801 om Regjeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, har paavist, at en privat Mand ikke kan være beføjet til efter eget Vilkaar og Behag at foreskrive en til evig Tid bindende Maade, hvorpaa en Del af Statens materielle Kræfter skal anvendes, og at Statsmagten derfor maa være berettiget til at gribe ind, hvis hans Anordning er eller under de i Tidens Løb forandrede Forhold bliver saa uforenelig

med Efterslægten Rettigheder, at en saadan Anvendelse ikke kan tilstedes uden Brud paa disse Rettigheder. Denne Ret antages endog at maatte tilkomme Statsmagten, selv om Stiftelserne ere bekræftede af Regjeringen, men det bemærkes tillige, at Retten kun maa benyttes med den yderste Varsomhed.

Familiereffen.

I de her i Landet i forrige Aarhundrede udkomne Værker, der behandle Privatretten, var det almindeligt at nævne Avlingen og Opdragelsen af Børn som Ægteskabets Hovedformaal¹⁾; Ægteskabet defineredes derfor ofte som et Selskab, der indgaas mellem en Mandsperson og et Fruentimmer i den Hensigt at avle og opdrage Børn (eller som Hedegaard siger procreandæ & educandæ sobolis gratia). Ved Siden heraf fremhæves det dog i Almindelighed som et andet Formaal for Ægteskabet, at Ægtefællerne skulle være hinanden til fælles Hjælp, og dette Moment optages ogsaa ofte i Definitionen, ligesom det endelig undertiden fremhæves, at Ægteskabet i Almindelighed er uopløseligt. Nørregaard siger saaledes i sine Forelæsninger over den danske og norske private Ret, at Ægteskabet efter vore Love er „et i Almindelighed uopløseligt Selskab, indgaaet mellem een Mands- og een Qvindesperson, i det

¹⁾ Hesselberg p. 68, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs tredie Bog (1774) p. 446 og 541, Dons l. D. p. 296 jfr. p. 269, Kongslev l. B. p. 294, Nørregaard § 126 og hans Naturret § 455 og Brorson „Forsøg til den tredie Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 2. B. p. 264.

Øiemed, at ville med hinanden avle og opdrage Børn, samt være den Eene den Anden til Hielp i Livet“. Omtrent den samme Definition findes endnu i Hurtigkarls Lærebog 1. D. p. 123, uagtet Ø. allerede tidligere, nemlig i Suppl. 1. B. p. 237—238, havde paavist det Ufyldestgjørende ved samme. Paa det nævnte Sted i Suppl. (jfr. senere Hdb. 2. B. p. 87—89) skriver Ø. Følgende: „Det Skjæve i den Definition paa Ægteskab, som Forfatteren (c: Nørregaard) her har anført, der i det Væsentlige er overensstemmende med den, Wolf¹⁾ har givet, og de fleste Naturrets Systemer efter hans Grundsætninger fulgt, falder let i Øinene, ligesom og adskillige af de Nyere allerede have gjort opmærksom herpaa. At Børn ville blive avlede er noget, som Ægtefællerne vel maae forudsee, som en mulig og sandsynlig Følge af deres Forbindelse, og naar denne Følge indtræder, blive de og, efter Fornuftens og Naturens Bud, som de borgerlige Love have omhegnet

¹⁾ „Institutiones juris naturæ et gentium“ (1754) § 856. Ægteskabet defineres i dette Værk, der er et Udtog af den bekjendte Philosophs (f. 1679 d. 1754) større Værk „jus naturæ methodo scientifica pertractatum“ i 8 Dele (1740—1748) og „jus gentium“ (1749), som *societas inter marem ac foeminam, sobolis procreandæ ac educandæ causa inita*. At denne Opfattelse af Ægteskabet endnu henimod Slutningen af forrige Aarhundrede var almindelig i Tyskland, fremgaar deraf, at den preussiske Landret (1794) i 2. Th. 1. Tit. § 1 bestemmer, at Ægteskabets Hovedformaal er at avle og opdrage Børn; der tilføjes vel i § 2, at Ægteskab ogsaa kan indgaas alene til gjensidig Understøttelse (man vilde nemlig ogsaa give dem, der ikke vare istand til at avle Børn, Adgang til at indgaa Ægteskab), men at det først angivne Formaal opfattes som Ægteskabets Hovedformaal, fremgaar, foruden af selve § 1, klart af de øvrige Bestemmelser i Landretten, særlig af Bestemmelserne om Ægteskabets Opløsning.

med Tvang, pligtige at opdrage deres Børn. Men, at Ægteskabet skal være motiveret ved denne Betragtning er hverken nødvendigt eller engang naturligt. Saafrømt dette var Tilfældet, maatte og Ægteskabet ophøre, naar Børn ei længere kunde ventes, og ingen uopdragne Børn vare tilbage; thi om den fælles Medhjælp, som Definitionen og nævner, tilstaaer man, at det alene er et Biøiemed ved Ægteskabet¹⁾, og naar det, der væsentlig constituerer et retligt Forhold, bortfalder, kan dog ikke dette vedligeholdes ved de tilfældige Beskaffenheder, der blive tilbage. Men at vore Love ei antage hiin Følgesætning af den omhandlede Definition, falder i Øinene²⁾, saa at det her ei engang er fornødent at bevise, hvor stridende den er mod Naturen og Fornuften“. Idet Ø. endelig i Hdb. bemærker, at det hellere maa siges, at Ægteskabet indgaas for Livstid, end at det er „i Almindeligt uopløseligt“, definerer han selv i Hdb. Ægteskabet som „en mellem to Personer af forskjelligt Kjøen, med Hensyn til Kjønsskjelligheden, under offentlig Auctoritet indgaaet Forbindelse for Livstid“.

Uagtet de ældre Forfattere saaledes ansaa Avlingen og Opdragelsen af Børn for Ægteskabets egentlige Formaal, optog de dog i Fremstillingerne af den positive Ret³⁾ i Almindelighed ikke de Følgesætninger,

¹⁾ Jfr. Nørregaards Naturret § 465 ff.

²⁾ I saa Henseende henvises f. Ex. til 3—16 N. L. 18—15—3 og Frd. 23. Maj 1800 § 4.

³⁾ Jfr. derimod Nørregaards Naturret navnlig § 468 og § 470. Medens Forfatteren her, idet han gaar ud fra det omtalte almindelige Synspunkt, finder det absolut forkasteligt, at et Fruentimmer er gift med flere Mænd, finder han det ikke absolut principstridigt, at en Mand er gift med flere Fruentimmer; imod dette Forhold anfører han navnlig, at det, da Naturen frembringer et nogenledes lige Antal af

hvortil den omtalte Opfattelse af Ægteskabet naturlig maatte føre; man hindredes nemlig heri ved Bestemmelserne i den positive Lovgivning, og heldigvis vare Lovbestemmelserne vedrørende Ægteskabet allerede dengang — som forhen p. 7 bemærket — temmelig detaillerede. Ø.s Opgave i Henseende til Fremstillingen af Retsforholdene mellem Ægtefællerne blev derfor ikke nærmest den, at gennemføre nye Hovedsynspunkter, men snarere den, at berigtige tidligere urigtige Fortolkninger af Lovbuddene og yderligere at begrunde tidligere Fortolkninger samt at udfylde Huller i de ældre Fremstillinger. At omtale ethvert Punkt, hvor dette har været Tilfældet, kan ikke være Meningen, og der skal derfor i det Følgende kun omtales nogle Hovedpunkter, som endnu kunne antages at have Interesse.

Efterat Frd. 4. Januar 1799 havde ophævet Trolovelsen, har der som bekjendt været forskellige Meninger om, hvorvidt der ved en Overenskomst (mellem Uprivilegerede) kunde stiftes en Forpligtelse til at indgaa Ægteskab. Med Hensyn hertil bemærker Ø. i Suppl. 1. B. p. 239, at han, hvis Spørgsmaalet var, om

begge Kjøen, kan føre til, at nogle Mandspersoner komme til at mangle Ægtefæller. I Höpfners „*Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*“ 6. Aufl. (1795) § 155 siges det ligeledes, at Hovedargumentet imod Polygami er, at der omtrent er lige mange Mennesker af begge Kjøen, men det tilføjes her, at dette Argument, selv afset fra, at der er flere Kvinder end Mænd, dog ikke beviser, at Polygami i alle Tilfælde strider imod Skaberens Hensigter. — Höpfner er født 1743 død 1797, 1767 Professor i Kassel, beklædte senere forskellige andre Embeder; han har foruden det nævnte Værk blandt Andet skrevet „*Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*“. Ø. siger i Suppl. 3. B. p. 189 om Höpfner at hans Skrifter ere i alle Juristers Hænder.

der, efter almindelige Lovgivnings Grundsætninger, bør tillægges Trolovede Ret til af hinanden at paastaa Ægteskabs Fuldbyrkelse, ikke skulde betænke sig længe paa at besvare samme benægtende, og han begrundet derpaa dette nærmere; men Ø. lod sig ikke af denne sin Opfattelse af, hvad Sagens Natur førte til, forlede til at fortolke den positive Ret paa en anden Maade end den, han ellers ansaa for rigtig, og som bekjendt kom han¹⁾, — i Modsætning til hvad der i Almindelighed nu antages, — til det Resultat, at der ved Ægteskabsløfte i Forbindelse med Lysning kunde stiftes en retsgyldig Forpligtelse til Ægteskab; han har imidlertid selv i j. T. 7. B. 2. H. p. 259–260 erkjendt, at den af ham antagne Mening er noget tvivlsom.

Med Hensyn til Spørgsmaalet, om den, der uden Grund bryder et simpelt Ægteskabsløfte, er pligtig at yde den fornærmede Part Reparation eller Erstatning, har Ø²⁾, i Modsætning til hvad der tidligere i Almindelighed antoges³⁾, og hvad ogsaa var statueret ved mange Højesteretsdomme⁴⁾, hævdet, at dette Spørgsmaal maa besvares benægtende. Det er ikke fuldstændig klart, hvorledes de Forfattere, der antog,

¹⁾ Jfr. Suppl. 1. B. p. 238–244, j. T. 7. B. 2. H. (1823) p. 259–263, Hdb. 2. B. p. 106–113, og i Modsætning hertil Algreen-Ussing „Anmærkninger til Personretten“ p. 118–131.

²⁾ Suppl. 1. B. p. 253–257, n. j. A. 7. B. (1814) p. 138–139, j. T. 7. B. 2. H. p. 273–276, 8. B. 2. H. p. 84–87 og Hdb. 2. B. p. 99–106.

³⁾ Jfr. Lybeckers „Applications-Udtag“ 2. H. (1775) p. 554, Nørregaard § 140, Brorson „Forsøg til den 3die Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 2. B. p. 180–185, Hurtigkarl 1. D. p. 132–133, Algreen-Ussing „Anmærkninger til Personretten“ p. 147–154 og „Arkiv for Lov og Ret i Danmark“ 1. B. (1824) p. 88 ff.

⁴⁾ Jfr. Deuntzer „Den danske Familieret“ 2. Udg. p. 26.

at der ved Bruddet paa Ægteskabsløftet opstod en Forpligtelse til Erstatning, egentlig vilde have dette begrundet; Nørregaard henviser til Naturretten og vore Loves Analogi, hvorefter enhver Borger, som kan overbevises at have frivillig tilføjet en anden nogen Skade, bør i Almindelighed give den Beskadede Erstatning eller Reparation, saalænge ingen Lov har betaget den Fornærmede denne Ret. Brorson og Hurtigkarl paaberaabe sig ligeledes Naturretten eller Sagens Natur, Brorson siger saaledes, at „Naturretten, denne Moder til alle borgerlige Love, bød, som en uforanderlig Regel, at enhver ved en selvvirket Handling tilføiet Skade bør erstattes“. Naar man imidlertid saaledes vilde støtte Forpligtelsen til Erstatning paa Reglerne om Virkningerne af skadegjørende Handlinger, var det formentlig mindre konsekvent, naar Nørregaard og Hurtigkarl mente, at en saadan Forpligtelse kun opstod, naar Løftet var givet af den, der ved Retshandler gyldig kunde disponere over sin Formue, altsaa i Almindelighed den fuldmyndige Mand og Enken; Brorson synes at være konsekventere, idet han antog, at Mandspersoner under 25 Aar og ligeledes Piger ogsaa kunde blive erstatningspligtige ved Brud paa et Ægteskabsløfte, dog naturligvis kun under Forudsætning af, at Løftet ikke var givet i en saaung Alder, at Medkontrahtenten maatte anse det Hele for en Barnestreg (Algreen-Ussing udtaler sig ikke fuldstændig tydelig i den nævnte Henseende). Ved Siden af Naturretten eller Sagens Natur, paaberaabte Brorson og Hurtigkarl, ligesom ogsaa Algreen-Ussing, sig 3—16 N. L. 18—6, der ved Udtrykkene „for fulde ansees“, formentes at have tilkjendegivet, at Ægteskabsløftet dog skulde have nogen Virkning¹⁾.

¹⁾ Jfr. ogsaa Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs 3die Bog. p. 477.

Imod den omtalte Mening gjør Ø. navnlig den, som det synes, temmelig afgjørende Indvending gjældende, at Skadeserstatning kun skal gives, naar den Handling, hvorved Nogen har tilføjet en Anden Skade, er en retsstridig Handling, men at den Handling at bryde et Ægteskabsløfte, der ikke er forbunden med Besvangrelse, efter vore Love ikke er retsstridig, efterdi et saadant Løfte ikke medfører en fuldkommen Forpligtelse; et Brud paa et Ægteskabsløfte vilde derfor efter Ø.s Mening ikke kunne medføre Forpligtelse til Erstatning, medmindre de positive Love udtrykkelig hjemlede dette, men det antages ikke at være Tilfældet. Derimod indrømmer Ø., at Forholdet bliver et andet, dersom et Ægteskabsløfte bevislig er givet i troløse Hensigter, idet Fornærmelsen da ikke bestaar deri, „at man har misligholdt et Løfte, som Loven tillader Een at bryde, men Løftet selv er en svigagtig og beskadigende Handling, hvorfor der, efter Sagens Natur, og da Lovene paa ingen Maade have fastsat det Modsatte, maa deraf flyde Forpligtelse til Skades Erstatning“.

Forsaaavidt man støttede den tidligere Mening paa 3-16 N. L. 18-6, bemærker Ø., at Udtrykkene „ei for fulde ansees“, næppe betegne Andet, end at den omhandlede Forening ej er retsgyldig. „De“, skriver han fremdeles i Hdb. 2. B. p. 103-105, „bruges udtrykkeligt eensbetydende med Udtrykket, at Foreningen ei skal agtes, hvilken Talemaade, som bekjendt, bruges, hvor Lovgiveren vil frakjende en Contract al borgerlig Virkning (see, til Exempel, 3-17 N. L. 19-34). De Ord: „Ei heller skal agtes“, hvormed Artiklen begynder, synes og at tilkjendegive, at de i samme omhandlede Ægteskabsløfter ei skulle have større Kraft, end de, der omtales i den foregaaende 5te Artikel, hvilke dog med Hensyn til den Person, der har den i

Artiklen nævnte Mangel, vist nok ere uden al bindende Kraft“. „Men“, skriver han fremdeles, „om man end vil, at Udtrykket „for fulde ansees“, skal have en særdeles Vægt og paapege mere, end det, selve Lovstedet indeholder, saa behøver man derfor dog ikke at tillægge det den her omhandlede Virkning. Udtrykket kunde være brugt, fordi Løftet, skjøndt ikke bindende for Staten (in foro externo), dog som en obligatio naturalis blev bindende for Samvittigheden (in foro interno) Desuden kan, som vi have seet, Ægteskabsløftet, uden i og for sig at være borgerligt forbindende, dog, under visse særdeles Omstændigheder, begrunde et Søgmaal til Reparation, hvorhos det og kunde antages, at Den, der uden Aarsag trak sig tilbage, skulde gjengive, hvad den, som Følge af Forbindelsen, havde modtaget i Foræring, og ikke kunde tilbagefordre, hvad den saaledes havde givet“. — Endelig mente Ø., at for Rigtigheden af hans Mening talte ogsaa Bestemmelserne i Frd. 5. Marts 1734, og navnlig Bestemmelsen i § 4, og han skriver med Hensyn hertil i j. T. 8. B. 2. H. p. 87 Følgende: „At en Pige ved at lade sig besvangre af en Mandsperson under 25 Aar skulde tabe den Ret, hun allerede ved et foregaaende Ægteskabsløfte havde erhvervet, strider saa aldeles imod al Rimelighed, at den Lovgiver, som tydeligen nægter hende med Ret til Ægteskab ogsaa Ret til Reparation i fornævnte Tilfælde, umuligt kan have forudsat, at hun ved det blotte Ægteskabsløfte vilde have erhvervet den sidstnævnte Ret“.

I Henseende til Frd. 5. Marts 1734 har Ø.¹⁾ paa flere Punkter ydet væsentlige Bidrag til en rigtig Fortolkning af samme og navnlig af dens §§ 2 og 3.

¹⁾ Suppl. 1. B. p. 249—252, j. T. 7. B. 2. H. p. 263—273, j. T. 8. B. 2. H. p. 72—84 og Hdb. 2. B. p. 94—98.

Medens Algreen-Ussing¹⁾ og maaske Hurtigkarl (1. D. p. 128—129) antog, at § 3 foreskrev en Form for Ægteskabsløftet, har Ø. derimod hævdet, at ethvert bestemt og tydeligt Ægteskabsløfte maa have den i Frd. 5. Marts 1734 § 1 hjemlede Virkning. Han skriver herom blandt Andet Følgende (j. T. 7. B. 2. H. p. 268—269): „Min Paastand gaaer ud paa, at Paragraphens (o: § 3.s) Øiemed ikke er, at foreskrive en vis Form, men at vise, hvad der hører til et fuldt Beviis. Dette mener jeg at bestyrkes baade af Sammenhængen mellem Forordningens 3 første Paragrapher og af den indvortes Modsigelse, der vilde opstaae, saafremt hiin § blev anderledes forklaret. § 1 erklærer blot et før Besvangrelsen givet Ægteskabsløfte, som den nye Betingelse, der skal komme til, for at Besvangrelse skal give det uberygtede Fruentimmer den Ret til Ægteskab, Lovens 6—13—5 hjemlede uden Hensyn til denne Betingelse; § 2 viser, hvorledes den sigtede Mandsperson, i Mangel af Beviis, skal værge sig med Eed, hvilken Eed, efter §§ Indhold, ei kan have anden Gjenstand, end at han ikke har givet hende Ægteskabsløfte, førend han med hende fik sin Villie, uden at der er nogen Anledning til at stile Eeden saaledes, at han blot skulde fralægge sig et i en vis Form givet Løfte. Saavel denne §, som selve § 3, nævner de i denne omhandlede Former, som Midler til at skaffe Beviset, og, at det vilde modsige baade 1—14—3 og al sund Fornuft og Moralitet, om den sigtede Mandsperson, hvor et andet fyldestgørende Beviis kunde føres, skulde være berettiget til at aflægge den i § 2 omhandlede Eed, er indlysende“. I Henhold til den nævnte Fortolkning af § 3, hvilken Fortolkning, efter

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 135 ff. og „Arkiv for Lov og Ret“ 1. B. p. 70.

hvad Ø. bemærker (j. T. 8. B. 2. H. p. 79), var herskende ved Domstolene, før han i 1801 fik Sæde i Hof- og Stadsretten, kom Ø., i Modsætning til Algreen-Ussing, til det Resultat, at 6-13-4 endnu gjælder, hvilket han ogsaa fandt bestyrket ved Frd. 5. Marts 1734 § 6, og i Henhold til den af ham i Hdb. 1. B. p. 477-478 opstillede Sætning, at man, naar en almindelig Lov forandres, ikke kan formode, at Forandringen ogsaa skal udstrække sig til en ved Siden af den almindelige Lov bestaaende særskilt afvigende Bestemmelse, antog han ligeledes, at 6-13-2 endnu gjælder, hvilket ogsaa antoges forudsat i Forordningens § 5.

Med Hensyn til Slægtskab og og Svogerskab som Ægteskabshindring, har Ø. i Suppl. 1. B. p. 290-293 og Hdb. 2. B. p. 129-132 fortolket de herom i Frd. 23. Maj 1800 § 1 indeholdte Bestemmelser, og hans Lære herom stemmer fuldstændig med, hvad der nu læres i Systemerne; han har saaledes paavist, at Ægteskab mellem en Person og hans egen eller afdøde Hustrus Faster og Moster o. s. v. opad kan indgaas efter meddelt Dispensation, at Svogerskab for nærværende Tid ikke har lige Virkning med Slægtskab i Henseende til at hindre Ægteskab, og at der, naar den nævnte § erklærer ethvert Ægteskab aldeles forbudt i den første Grad af Sidelinien, kun kan være sigtet til Slægtskab, men ikke til Svogerskab, samt at det ulovlige Svogerskab er Hindring for Ægteskab i de samme Tilfælde, hvori lovligt Svogerskab har denne Virkning.

Ø. har derhos¹⁾ nærmere begrundet den allerede tidligere opstillede Sætning, at 3-16 N. L. 18-9-7 alene bør forstaas om de forbudne Grader, der ikke ere nærmere end Søskendebørn, og at Forskjellen

¹⁾ Suppl. 1. B. p. 286-290 og 293, Hdb. 2. B. p. 139-146.

mellem Artiklens første og andet Membrum alene er den, at de Paagjældende i det sidste Tilfælde skulle straffes, medens de i intet af Tilfældene skulle adskilles, og endelig har han — i Modsætning til Algreen-Ussing¹⁾ — paavist, at den i Artiklen indeholdte Bestemmelse om, at Ægtefællerne ikke skulle adskilles, maa komme til Anvendelse paa Ægteskaber, indgaaede uden Bevilling i de nu dispensable Grader. — I denne Forbindelse har Ø. tillige gjort opmærksom paa, at et Ægteskab i mange andre Tilfælde forbliver staaende ved Magt, uagtet det ikke lovlig er indgaaet; han har saaledes blandt Andet henvist til 3—16 N. L. 18—2 jfr. Art. 3, 3—16 N. L. 18—14—1, 3—16 N. L. 18—16—2, samt til, at et Ægteskab, som en Person tilsniger sig ved usande Foregivender eller ved at lægge Dølgemaal paa væsentlige Omstændigheder; heller ikke altid bliver ugyldigt; særlig har han i Hdb. 2. B. p. 597—603, ligeoverfor Algreen-Ussings modsatte Anskuelse²⁾, forsvaret den almindelige Mening, at det imod 3—16 N. L. 18—8 indgaaede Ægteskab ikke bør ophæves.

Hvad Ægteskabets Virkninger angaar³⁾, var det, naar henses til den ovenfor omtalte Definition af Ægteskabet, ganske naturligt, at de ældre Forfattere blandt

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 165—166, jfr. ogsaa Svane i juridiske Afhandlinger af ham og Algreen-Ussing (1824) p. 150—151.

²⁾ „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. B. p. 308—310, jfr. ogsaa Brørsons Fortolkning af Chr. V.s Lovs 3. Bog 2. B. p. 192—193.

³⁾ Jfr. Hesselberg p. 149 ff., Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs 5. Bog (1776) p. 153, Dons 2. D. p. 244 ff., Kongslev 1. B. p. 322 ff. og 2. B. p. 155 ff., Nørregaard § 192 og § 601 ff., Hurtigkarl 1. D. p. 172—175 jfr. 2. D. 1. B. p. 325 ff., Ø.s Suppl. 1. D. p. 309—311 og Hdb. 2. B. p. 188—195 og 4. B. p. 533—545.

Virkningerne først nævnte Retten til at fordre Ægteskabspligtens Opfyldelse. Denne Ret betegnedes af Nørregaard og Hurtigkarl som en fuldkommen Ret og som en udelukkende Ret, jfr. 3—16 N. L. 18—15—1, og det antoges i Almindelighed¹⁾, at *desertio non localis* maatte anses for en Skilsmissegrund. Hertil bemærkede Ø.²⁾, at Sædeligheden ikke tillader, direkte at gøre Retten til Ægteskabspligtens Opfyldelse gjældende ved Domstolene, men at det snarere kunde synes, at en haardnakket og langvarig Nægtelse af denne Pligts Opfyldelse kunde give Ret til Skilsmisse, men heller ikke denne Virkning er Ø. tilbøjelig til at at tillægge det omhandlede Forhold.

Som en anden Virkning af Ægteskabet nævnte de ældre Forfattere Retten til Kohabitation. Med Hensyn til denne Ret bemærker Ø. Hdb. 2. B. p. 189—190, at den har en forskjellig Modification for Manden og for Konen, idet nemlig denne Sidste er forpligtet til at følge den Førstes Opholdssted, dog, efter hvad han p. 210 bemærker, maaske kun indenfor Statens Grænser, hvorimod Mandens Forpligtelse bestaar i at tage mod Konen og give hende Ophold hos sig. Ø. bemærker fremdeles, at der næppe vil kunne anvendes direkte Tvangsmidler mod den af Ægtefællerne, som vil unddrage sig Kohabitationen, men at dette efter 3—16 N. L. 18—15—2 kan virke Ret til Skilsmisse, i hvilken Henseende han derhos i Hdb. 2. B. p. 209 anfører, at Lovens Bestemmelser vistnok kun have det Tilfælde for Øje, hvor den ene Ægtefælle forlader det fælles Opholdssted, men at det, da det for den anden Ægte-

¹⁾ Kongslev 1. B. p. 331—32, Brorsons Fortolkning af Chr. Vs. Lovs 3. Bog 2. B. p. 265—266, Nørregaard § 201 og Hurtigkarl 1. D. p. 186—187.

²⁾ Suppl. 1. B. p. 309 og 323—324 og Hdb. 2. B. p. 188—189.

fælle er ligegyldigt, enten hin drager ud af Landet eller ganske unddrager sig Samlivet, synes, at Virkningen maa blive den samme i ethvert Tilfælde, hvor den ene Ægtefælle unddrager sig Kohabitation med den anden. Han anfører endvidere, at det ved Pl. 5. Juli 1796 bekjendtgjorte Rescr. 1. Juli næstforhen og det almindelige Rescr. 11. Maj 1798 viser, at den Mand, der unddrager sig fra at leve hos sin Kone, kan ved Øvrighedens Resolution tilpligtes til at betale hende og Børn noget passende til Underholdning, hvilket kan inddrives ved Udpantning, og, efter Frd. 10. August 1798, blive Gjenstand for Afsoning paa samme Maade, som Bidrag til uægte Børns Underholdning. — Naar man dernæst tidligere som en Virkning af Ægteskabet nævnte, at Konen fulgte Mandens Værneting, og naar Hurtigkarl særlig udledede denne Virkning af Kohabitationsretten, da bestrider Ø. Hdb. 2. B. p. 189—190 Rigtigheden heraf, idet han gjør gjældende, at Konens Værneting, ligesom Mandens, efter 1—2—4 retter sig efter hendes Hjem, medmindre Manden formedelst sin Stand har et særligt Værneting, og dette tillige udstrækker sig til Konen.

At Ægteskabet medfører Formuefællesskab for Ægtefællerne, derom var man før Ø. enig. Rigtigheden af denne Mening blev imidlertid bestridt af Hjelm¹⁾, idet den nævnte Forfatter søgte at godtgjøre, at det efter den dansk-norske Ret i det Væsentlige kun var Frugterne af de indbragte Midler og hvad der erhvervedes ved Ægtefællernes Flid og Vindskibelighed, som var fælles Ejendom, og denne Mening støttede han navnlig paa forskjellige Bestemmelser i Chr. V.s Lov, nemlig 5—3—9, 16, 17 og 33 N. L. 23, 31, 32 og

¹⁾ Juridiske Samlinger for 1827 p. 381—455, jfr. juridiske Samlinger for 1829 og 1830 1. H. p. 156—189.

44 samt 5—4—3 og 4 og 6—5—4. Ø. blev herved foranlediget til nærmere at begrunde den ældre Mening, og i j. T. 16. B. 1. H. (1829) p. 203—254 og Hdb. 4. B. p. 533—545 paaviste han udførlig, hvorfor der efter den dansk-norske Ret maa antages at bestaa et fuldstændigt Formuefællesskab mellem Ægtefællerne. Han paaviste saaledes, at det ifølge 5—2—14 og 19 samt flere andre Lovbud maa anses som en Grundsætning i den dansk-norske Ret, at Alt, hvad nogen af Ægtefællerne har besiddet, inden Ægteskabet stiftes, saavel som hvad der under Ægteskabet erhverves, betragtes som en fælles Masse, der staar under Mandens udelukkende Bestyrelse og under hans ligesaa fuldkomne Raadighed, som om det var hans udelukkende Ejendom, og at denne Masse hæfter for al lovlig Gjæld, som enten ved Ægteskabets Stiftelse gik over paa Boet, eller som under Ægteskabet er indgaaet af nogen af Ægtefællerne, „hvorved det“, som han siger, „hvad Konen angaaer, naturligviis maa forudsættes, at det er skeet i noget af de Tilfælde, hvori hun kan contrahere forbindende Gjæld, da ellers hendes Contract er en Nullitet, hvorved ingen Gjæld stiftes hverken for Boet eller for hende personlig“. Hvad angaar de ovenfor anførte af Hjelm paaberaabte Lovbud, findes disse allerede tidligere, dog med Undtagelse af 6—5—4, anførte hos Hurtigkarl og i det Væsentlige ogsaa hos de ældre Forfattere, og de antoges hos disse og Hurtigkarl at forudsætte Særeje, hvilken Forudsætning da mentes at kunne forklares ved, at Formuefællesskabet kunde være bleven hævet ved en konfirmeret Ægtepagt; Hurtigkarl henstillede imidlertid tillige, om det maaske kunde antages, at Artiklerne ved en Inkurie ere blevne optagne i Lovbogen. Ø. vil derimod (Hdb. 4. B. p. 540—545)¹⁾ ikke indrømme, at Artiklerne forud-

¹⁾ Jfr. ogsaa n. j. A. 13. B. p. 215—218.

sætte Særeje, ja han mener endog, at flere af Artiklerne tydelig vise, at der mellem Ægtefæller eksisterer Formuefællesskab, og for at forklare Bestemmelserne i 5—3—9, 16, 17 og 33 N. L. 23, 31, 32 og 44 henviser han til, at 5—2—19 samt de særskilte Bud om enkelte Arter af Familieejendomme, f. Ex. Selvejrbøndergods og Odelsgods, for ikke at tale om Lehn og Stamgodser, vise, at det ikke er ligegyldigt, hvem der har indbragt en Jordejendom i Boet, og hvad 5—4—3 og 4 angaar, antages de at angaa donationes mortis causa. — I Henseende til Omfanget af Formuefællesskabet har Ø. (Hdb. 2. B. p. 190) gjort opmærksom paa, at der gives Besiddelser, som aldeles ere udenfor Fællesskabet, saa at de efter Ægteskabets Ophævelse slet ikke komme med i Beregningen over Boet, t. Ex. Lehn og Stamhuse, hvorimod Intægterne af samme, medens Ægteskabet bestaar, flyde ind i Boet og behandles aldeles som al anden Ægtefællernes Formue (j. T. 16. B. 1. H. p. 220); fremdeles bemærker han, at der kan meddeles Forældre Bevillinger, hvorefter en Datters Formue eller en Del af samme skal være udenfor Fællesskabet med hendes Mand, og at den, der vilkaarlig testerer et Fruentimmer Noget, maa kunne gjøre det til Vilkaar, at den testede Formue skal blive udenfor Formuefællesskabet mellem hende og Manden; endelig forudsætter Ø. flere Steder, at Formuefællesskabet kan indskrænkes eller ophæves ved en konfirmeret Ægtepagt.

Naar de ældre Forfattere lærte, at Manden var Hustruens Værge, havde Ø. i Almindelighed ikke Noget herimod at erindre; men ligesom han, som allerede tidligere (p. 80) anført, hævdede, at Værgemaalet kun har Hensyn til Godset, ikke til Personen, saaledes har han ligeoverfor Hjelm, der antog, at Manden som Konens Værge ifølge Loven (i Modsætning til de

senere Anordninger) stod under samme Tilsyn af Overformynderne som enhver anden Værge, paavist Urigtigheden heraf, og han bemærker (j. T. 16. B. 1. H. p. 217) med Hensyn hertil, at Manden ikke, som en anden Værge, skal administrere Konens Gods blot til hendes Bedste, men at han bestyrer det til fælles Bedste og i Forbindelse med sit eget Gods, og at samtlige de Regler, som D. L. 3—17 N. L. 3—19 indeholder om Behandlingen af Myndlingens forskellige Formuedele,* om Renters Opbyggelse og aarligt Regnskabs Aflæggelse aldeles ikke passe paa Manden og ikke lade sig udvide til ham uden at gjøre enhver Husfader umyndig, samt at Loven derfor heller ikke har omtalt Manden i Række med de øvrige Værger, men kun i Forbigaaende nævnt Mandens Værgemaal over Konen mere som Noget, der allerede var givet, end som en Indretning, der skulde indføres og ordnes. Medens dernæst Algreen-Ussing¹⁾ ansaa det for tvivlsomt, om Manden var Hustruens Værge, naar Formuefællesskab ikke finder Sted, mener Ø. (Hdb. 2. B. p. 191—193), at Manden ogsaa er Hustruens Værge, naar Formuefællesskabet er hævet ved en konfirmeret Ægtepagt, medmindre Bevillingen og den ved samme bekræftede Forenings Indhold betager ham Værgemaalet. Naar der saaledes ved en konfirmeret Ægtepagt er gjort Indskrænkninger i Mandens Raadighed over Formuen, antager Ø., at disse ikke igjen kunne hæves ved Ægtefællernes fælles Samtykke, eftersom Konen mangler Myndighed til at indgaa saadan Forening og Manden som hendes Værge ikke kan stadfæste samme, da han ikke kan være Værge i sin egen Sag. — Forsaavidt en Del af Hustruens Formue ifølge testamentariske Dispositioner er undtagen fra Formuefællesskabet, maa det, efter hvad Ø. bemærker,

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 183.

bero paa de i Testamentet trufne Bestemmelser, hvem Raadigheden skal tilkomme.

Uagtet man saaledes tidligere var enig om, at Konen stod under Mandens Værgemaal, antog Nørregaard (§ 668) dog, — i Overensstemmelse med hvad der synes at have været antaget i den ældre Praxis¹⁾, — at Konen kunde forpligte sig selv personlig ved at underskrive Kontrakten sammen med Manden; Urigtigheden heraf har Ø. paavist i Hdb. 5. B. p. 87.

Endelig kan endnu bemærkes, at Nørregaard (§ 192) ansaa det for tvivlsomt, om Manden havde Ret til at revse Hustruen, og at Ø. i Suppl. 1. B. p. 310—311 paaviste, at denne Ret ikke tilkommer Manden.

Ogsaa i Henseende til Ægteskabets Ophævelse har Ø. paa flere Punkter berigtiget og suppleret de tidligere Fremstillinger, men da de herhen hørende Bemærkninger næppe i det Hele taget kunne siges at have gennemgribende Betydning, er det anset for rettest ikke nærmere at gaa ind paa dem. — Det skal endnu kun bemærkes, at Frd. 30. April 1824, — saaledes som det ogsaa bemærkes i Coll.-Tid. for samme Aar p. 243—244, — næsten er aldeles overensstemmende med et Udkast, der var udarbejdet af en til Kirke-lovenes Revision under 12. Maj 1813 nedsat Kommission; af denne Kommission var Ø. Medlem og derhos det eneste juridiske Medlem, og det ligger derfor nær at antage, at Udkastet i det Væsentlige skyldes ham.

¹⁾ Jfr. Deuntzer „Den danske Familieret“ 2. Udg. p. 139.

Med Hensyn til de naturlige Retsgrunde, hvorpaa det „faderlige Selskab“ hviler, bemærker Ø. (Hdb. 2. B. p. 249—253), at de af Retslærerne almindeligst antagne Forestillingsmaader ere lidet tilfredsstillende. Efterat have omtalt nogle ældre Opfattelser, skriver han herom Følgende: „Derimod have de fleste Naturretslærere grundet det faderlige Selskab paa den naturlige Pligt, som paaligger Forældrene til at opdrage deres Børn; og denne Pligt have de, uagtet Negativiteten af de Grundsætninger, hvorfra de gaae ud, troet at kunne hidlede af disse. Beviset er vel af de forskjellige Retslærere fremsat under forskjellige Former, men løber dog overalt ud derpaa, at Forældrene, naar de forsømte at tage sig af Børnene, vilde have gjort disse Uret ved at skaffe dem en Tilværelse, der uden slig Forsorg vilde være en Ulykke“. Denne af Ø. saaledes omtalte Opfattelse er her i Landet t. Ex. udtalt af Nørregaard¹⁾; den er fremdeles udtalt i Schlegels „Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger“ 2. Udg. (1805) 2. D. p. 29²⁾; ja endnu i P. G. Bangs i j. T. 17. B. (1831) p. 1 ff. trykte Forelæsning kommer denne Opfattelse til Orde. Ligeoverfor denne Opfattelse bemærker Ø., at saa klar end Forældrenes Pligt til at opdrage deres Børn er for Følelsen, saa lidet synes dog det omtalte Bevis at tilfreds-

¹⁾ I Naturrettens første Grunde § 457 siger Nørregaard: „Forældre ere, saa at sige, første frie Aarsag i, at Børn bringes til Verden; de ere følgelig og fri Aarsag til de af dem avlede Børns Ufuldkommenhed, i Fald de nægte dem den Hjælp, som udgjør Opdragelsen, ja de ere og blive bestandig en fri Aarsag til alle de Ulyksaligheder, der møde Børnene, og som grunde sig i Mangel af Opdragelse“.

²⁾ Hermed kan jævnføres Kant „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ (1797) § 28, hvortil Schlegel henviser paa det anførte Sted.

stille, naar det skal bedømmes fra den negative Retfærdigheds Standpunkt. „Det er“, skriver han, „ingen umiddelbar Følge deraf, at Forældrene forsømme hiin Forsorg, at Børnene vilde gives til Priis for fysisk og moralsk Elendighed; men dette vilde kun blive Tilfældet, hvis heller ingen Anden vilde tage sig af dem. Man kan altsaa ikke ligefrem paastaae, at Forældrene, ved at skaffe Børnene Tilværelse, uden at sørge for deres Underholdning og Opdragelse, umiddelbart have tilføiet dem et Onde. Man kunde snarere antage, at det Liv, som var skjænket dem, maatte ansees som en Velgjerning, om end dets Vedligeholdelse og Fremme blev overladt til andre Menneskers Velvillie. Dersom man vilde paastaae, at Forældrene gjorde Uret i at sætte Børnene ind i Verden, uden at sikkre dem en heldig fysisk og moralsk Tilstand, saa vilde man komme til det urimelige Resultat, at al Børneavling var en utilladelig Handling. Fra det Standpunkt, hvorfra man gaaer ud i hiin Argumentation, kunde man derhos ikke erkjende det for Uret, naar en Moder, ved at fordrive sit Foster, aldeles forebyggede, at det kom til en bevidst Tilværelse“. „Det faderlige Selskab bør derfor“, skriver han fremdeles, „neppe bygges paa en reen juridisk, men hellere paa en moralsk Grundvold. Fra dette Synspunkt er det klart, at den almindelige Menneskepligt, for saa vidt Ens Evne tillader det, at sørge for Dem, som ikke kunne sørge for sig selv, maa paa en ganske særdeles Maade opfordre Forældrene til at tage sig af de Børn, de have sat i Verden, og det fornemmeligen, fordi de mægtigste naturlige Drifter her understøtte hiin Pligt. I Staten gjøres med Rette denne Pligt til en Tvangspligt. Staten bør nemlig, som et evigt Selskab, sørge for sine tilkommende Borgere, men kan ikke fuldbyrde denne Pligt, uden ved Hjælp af de enkelte Borgere. Intet er der-

for naturligere, end at den Uopdragnes Opdragelse, som borgerlig Pligt, paalægges de Individer, for hvilke Naturen og Fornuften allerede har gjort det til en hellig Samvittighedspligt. Men ikke blot, som en dem paaliggende Pligt, maa Børnenes Opdragelse betragtes. Den udgjør tillige en særdeles vigtig Rettighed, som ikke uden særegne og vigtige Grunde kan betages dem; thi Forsorgen for deres Børn er i høi Grad nødvendig for deres eget moralske Vel. Da det iøvrigt ogsaa er en hele Samfundet paaliggende Pligt, at sørge for de Uopdragnes physiske og moralske Udvikling, hvilken Pligt alene hos Forældrene er stærkest fremtrædende, saa er det klart, at Samfundet maa være beføiet til, gennem Lovene, Regjeringen og Øvrighederne, at udøve Stemmeret over Børnenes Opdragelse. De Retslærere, som paastaae, at denne aldeles og uden Indskrænkning maa overlades til Forældrenes Godtbefindende, tilintetgjøre derved i Virkningen deres Paastand, at det er en Tvangspligt, at opdrage sine Børn; thi en fuldkommen slet Opdragelse er ikke bedre end aldeles ingen. Staten maa upaatvivleligen være beføiet til at forbyde de Handlinger, der i og for sig aabenbart nedbryde Opdragelsens Hensigt, og paabyde de Handlinger, som denne uomgængeligen fordrer, samt at bestemme, naar Opdragelsespligten i Almindelighed ophører. Ogsaa maa den være beføiet til, i de enkelte Tilfælde, hvor Forældrenes Sæder, Forstandsforfatning eller udvortes Forhold gjøre, at de aldeles ikke kunne antages, hensigtsmæssigen at kunne opdrage deres Børn, at tage disse fra dem. Iøvrigt er det vist, at Staten ikke mere, end høist nødvendigt, bør gribe ind i Forældrenes Opdragelsespligt, da en for vidt gaaende Indblanding vilde forstyrre de naturligste og for Menneskehedens sædelige og physiske Velbefindende vigtigste Forhold“.

At denne Begrundelse af Forældreforholdet er langt naturligere end den af Ø. omtalte ældre Begrundelse, turde i og for sig være indlysende, og i det Følgende vil det nærmere blive vist, hvorledes den fører til langt sundere og rigtigere Resultater end den nævnte ældre Opfattelse¹⁾

Efter den omtalte ældre Opfattelse kunde man egentlig ikkun komme til, at der paahviler Forældrene en Pligt til at opdrage deres Børn, men ikke forklare, at der tilkommer Forældrene en Ret hertil. Det lærtes dog, baade i Fremstillingerne af Naturretten og af den positive Ret, at Forældrene overfor Børnene havde forskellige Rettigheder, hvilke betegnedes med Navnet Fædrenemagten, og for at forklare dette anførtes

¹⁾ I Suppl. 1. B. p. 1—4 begrundede Ø. Retsforholdet mellem Forældre og Børn i det Væsentlige alene derpaa, at Staten som et evigt Selskab bør sørge for sine tilkommende Borgere og altsaa tage sig af de Uopdragne, og at det, da Staten ikke som et Begreb, men alene ved sine Borgere kan realisere denne sin Pligt, er naturligt, at den Uopdragnes Opdragelse paalægges de Borgere som Retspligt, hvilke Naturen og Fornuften allerede have paalagt saadant som Samvittighedspligt. Han anførte paa det nævnte Sted tillige, at man intet reelt (med Anskuelse forbundet) Begreb kan gjøre sig om et Retsforhold til et Væsen, der mangler Fornuftens og Frihedens Brug, og at man uden Tvivl maatte opgive Forsøget paa at deducere Forholdet mellem Forældre og Børn som et umiddelbart Retsforhold mellem disse. Han sluttede sig saaledes dengang nærmest til Fichte (Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre (1796) erster Anhang § 44 ff.), til hvem han ogsaa henviste, men allerede i Tillæget i Suppl. 3. B. p. 348—349 erkjendte han, at der i hin Fremstilling i Suppl. 2. B. var adskilligt, som mere svarede til en ældre af ham for længe siden opgiven Naturretstheori, end til den, som han da hyldede.

der¹⁾, at de omtalte Rettigheder maatte tilkomme Forældrene, for at disse kunde blive i Stand til at opfylde deres Opdragelsespligt. Men naar saaledes de Rettigheder, som tillagdes Forældrene, udledes af Opdragelsespligten, maatte Følgen heraf blive, at Forældrenes Rettigheder i Forhold til Børnene hørte op, naar Opdragelsen var endt. Dette siges nu ogsaa udtrykkelig hos nogle af de ældre dansk-norske juridiske Forfattere²⁾, men iøvrigt vedkjendte de ældre Forfattere sig ingenlunde de Konsekvenser, til hvilke deres Begrundelse af Forældrenes Rettigheder maatte føre; saaledes lærtes det t. Ex. i Almindelighed i de ældre Fremstillinger af den positive Ret, at Fædrenemagten over Døtrene først ophørte ved disses Ægteskab.

Naar man derimod, som Ø., hævder, at Forsorgen for Børnene er i høj Grad nødvendig for Forældrenes eget moralske Vel, bliver det forklarligt, at Forældrene ikke blot have Pligter, men ogsaa Rettigheder overfor Børnene, og at de navnlig ere udelukkende berettigede til at opdrage deres Børn og som Følge heraf, som af Ø. (Hdb. 2. B. p. 265) anført, ogsaa beføjede til at søge dem tilbage, dersom nogen Anden skulde, mod deres Villie, have overtaget Børnenes Opdragelse. Forældrenes Rettigheder overfor Børnene behøve da heller ikke at høre op med Opdragelsens Tilendebringelse. Naar Hurtigkarl (1. D. p. 197—198) og Algreen-Üssing³⁾ imidlertid antog, at formuende Børn efter den positive Ret skulde være pligtige til at underholde deres trængende Forældre, paaviste Ø. (Hdb. 2. B. p. 267—268),

¹⁾ Jfr. Hesselberg p. 91, Dons 1. D. p. 313—314, Kongslev 1. B. p. 335, Nørregaard § 219, jfr. hans Naturret § 474 og Hurtigkarl 1. D. p. 195.

²⁾ Jfr. Dons 1. D. p. 321—322 og Hurtigkarl 1. D. p. 196—197.

³⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 217—218.

at der ikke i Almindelighed efter Lovgivningen paa-
hvilede Børnene en saadan Forpligtelse. Ikkun i Til-
fælde af Afsindighed var Ø. i en af ham afgiven Be-
tænkning, som laa til Grund for Pl. 19. November 1828,
tilbøjelig til at antage, at den almindelige Regel i
1—19 N. L. 17—7 dengang endnu stod ved Magt
(jfr. Coll.-Tid. for 1828 p. 905 ff.). I Henseende til
Fædrenemagtens Ophør hævder Ø. forøvrigt (Suppl.
2. B. p. 28 og Hdb. 2. B. p. 264), at ikke blot Søn-
nerne, men ogsaa Døtrene, naar de ere 18 Aar
gamle, efter dansk-norsk Ret maa kunne forlade For-
ældrenes Hus, og derved unddrage sig den personlige
Fædrenemagt¹⁾; han gjør nemlig opmærksom paa, at
det blot er i Modsætning til den i 3—17 N. L. 19—38
1ste Membrum Sønnerne tillagte Ret til at faa deres
Arv udbetalt, at Artiklens sidste Membrum forbyder
Døtrene at udsige sig af Faderens Værgemaal. Til
Bevis dernæst paa, at der ogsaa efter den dansk-norske
Ret, — ligesom efter Sagens Natur, — tilkommer det
Offentlige en Ret til under visse Omstændigheder at
tage Børnene fra Forældrene, henviser han (Hdb. 2. B.
p. 266) til 3—18 N. L. 20—7 og Regl. for Kjøbstæder-
nes Fattigvæsen af 5. Juli 1803 § 7 og Regl. af s. D.
for Fattigvæsenet paa Landet § 11. I en Afhandling

¹⁾ Det synes at have været Ø.s, ligesom ogsaa de ældre
Forfatteres, Mening, at Fædrenemagten vedblev, naar Bør-
nene, efterat være blevne 18 Aar gamle, ikke forlod For-
ældrenes Hus; denne Opfattelse forudsættes i Ø.s Betænk-
ning vedrørende Pl. 19. November 1828 og ligger vistnok
ogsaa til Grund for Bestemmelserne i selve Plakaten, idet
dennes § 2 kun taler om Forældres Pligt til at under-
holde Børn, der ere blevne afsindige efter Fædrenemag-
tens Ophør, medens Ordene ikke omfatte det Tilfælde, at
Barnet er blevet afsindigt før sit attende Aar og er ved-
blevet at være det (jfr. Deuntzer „Den danske Familieret“
2. Udg. p. 287—288).

i j. A. Nr. 17 p. 202—206 (jfr. Suppl. 3. B. p. 333—336 og Hdb. 2. B. p. 63—66) behandlede han særlig det Spørgsmaal, om en Landsforvist beholder Fædrene- magten over sine her i Landet værende Børn og alt- saa er berettiget til at tage dem med sig eller at anordne, af hvem og hvorledes de her hjemme bør opdrages, og han kom her til en benægtende Besva- relse af Spørgsmaalet, og støttede denne paa, at Sam- fundet er berettiget og forpligtet til at sørge for de Børns Opdragelse, som fødes paa Statens Grund, og at Staten vilde overlade Børnene til en Slumpelykke, hvis den ubetinget tillod den, der afsondrede sig fra Staten, at bortbringe sine Børn, med hvis Opdragelse den intet videre Opsyn kunde føre, og han mente der- for ogsaa, at man end ikke kunde tillægge den emigre- rende Borger en uindskrænket Ret til at føre sine Børn ud af Landet, men maatte forbeholde Staten, efter Omstændighederne, at bedømme, hvor vidt Børnenes Vel derved kunde betrygges.

Naar man gik ud fra den p. 117 omtalte ældre Be- grundelse af Forældrenes Forpligtelser overfor deres Børn, er det formentlig klart, at det maatte falde vanskeligt at begrunde, hvorfor der skal gjælde andre Regler for Pligterne overfor de uægte Børn end med Hensyn til Pligterne mod de ægte Børn, og det findes ogsaa af nogle Forfattere¹⁾ udtalt, at den hele Skjelen mellem ægte og uægte Børn er aldeles stridende imod almindelige Retsgrundsætninger. Da nu imidlertid den positive dansk-norske Lovgivning gjør en væsentlig Forskjel paa ægte Børns og uægte Børns Retsstilling og navnlig stiller dem forskjellig i Forhold til Faderen,

¹⁾ Jfr. Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs 5. Bog (1776) p. 271, Algreen-Ussing „Anmærkninger til Personretten“ p. 219—220.

søgte de ældre Forfattere¹⁾ Grunden hertil deri, at Faderen til det uægte Barn maatte anses for uvis, medens Faderen til det ægte Barn, — ligesom Moderen baade til det ægte og det uægte Barn, — er vis. I den nævnte Omstændighed mente man navnlig at finde Grunden til, at det uægte Barn ikke arver Faderen, men derimod Moderen, og idet man gik ud fra den nævnte Betragtning, blev Legitimation i Almindelighed opfattet som en Handling, hvorved Faderen udtrykkelig eller stiltiende erklærer, at han er Fader til Barnet, og hvorved han vedkjender sig det. Det nævnte urigtige Udgangspunkt førte derhos ganske naturlig til forskellige andre urigtige Resultater; saaledes antog Lybecker, at den Omstændighed, at Faderen bevislig havde bidraget til et uægte Barns Opdragelse, maatte anses for en Legitimation, og hos Nørregaard (§ 212) siges det, at Børn, som ere avlede i Blodskam i egentlig Forstand, ikke behøve Legitimation, da den over Forældrene faldne Dom giver Vished nok saavel om Fader som om Moder; ligeledes antager Nørregaard (§ 217 jfr. ogsaa Dons 2. D. p. 213), at Grunden til, at det kuldlyste Barn efter 5—2—70 N. L. 71 kun faar halv Lod imod Ægtebarn, medens det i 5—2—33 omhandlede Barn faar fuld Arv, er den, at der i Henseende til Visheden om Faderen er stor Forskjel mellem de nævnte Børn²⁾.

¹⁾ Jfr. Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs 5te Bog. p. 267—268, Dons 1. D. p. 323, Lybeckers Applications-Udtog 3. H. (1784) p. 117—118 og Nørregaard § 208.

²⁾ Naar Hurtigkarl 1. D. p. 67, 2. D. 1. B. p. 283 og forskellige senere Forfattere, nemlig Lassen i Afhandlingen om Lovfortolkning n. j. A. 16. B. p. 197, Normann i hans Skrift „de legitimatione“ (1823) p. 142, Svane i „juridiske Afhandlinger af Algreen-Ussing og Svane“ (1824) p. 139—141 og Algreen-Ussing i „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. B. (1825) p. 192—193 antog, at Voldtægtsbørn ere ægte, er det ikke, fordi Faderen ansaas for vis, men dette støttedes paa Ana-

Den omtalte Vanskelighed med Hensyn til at forklare den forskjellige Retsstilling, som de ægte og uægte Børn indtage ligeoverfor Faderen, existerer derimod ikke for Ø.; han bemærker herom i Suppl. 2. B. p. 6 Følgende: „Da Grunden til den Tvangspligt, Staten paalægger Forældrene, at opdrage deres Børn, ligger i den Naturdrift, som binder hine til disse, og denne er stærkere og mere oprindelig hos Moderen, end hos Faderen, saa er det naturligt, at Opdragelsen overlades hende, naar ikke et Ægteskab identificerer hendes og Faderens Rettigheder. Deraf begribes det og, at Forældrenes paafølgende Ægteskab med hverandre er det eneste Middel, hvorved Slegfredbarnet kan erhverve alle Ægtebørns Rettigheder, relativ til Faderen og dennes Frænder“. I Overensstemmelse med dette Princip sagdes vore saavel som alle andre Lovgivere, at have antaget Moderen for at være nærmere forbunden med det uægte Barn end Faderen og til Bevis herpaa henviste han til D. L. 3—14—5 og Frd. 30. Mai 1794, hvilken Forordning, som han siger, „bestemt viser, at Moderen er udelukkende berettiget til det uægte Barns Opdragelse, skjøndt Faderen er vis og derpaa gjør Paastand“. Denne Moderens Ret til at beholde og opfostre Barnet formentes Faderen end ikke at kunne betage hende ved at legitimere Barnet efter 5—2—70 N. L. 71 (jfr. Hdb. 2. B. p. 289). Ø. paaviste derhos (Suppl. 2. B. p. 4—5), at Lovgiverens Bestemmelser om Slegfredbarnets forskjellige Forhold til Fader og Moder ikke lade sig forklare af den Omstændighed, at hin er uvis, denne derimod vis, og han henviser blandt Andet til, at det efter 5—2—70 N. L. 71 tinglyste Slegfredbarn dog ikke har fuld Arverettighed efter Faderen;

logien af 3—16 N. L. 18—16—8, 3—16 N. L. 18—15—1 Nr. 3 og 6—13—21; Urigtigheden heraf godtgjøres af Ø. i Hdb. 1. B. p. 507—508 og 2. B. p. 580—583.

han bestrider derfor ogsaa Rigtigheden af de ovenfor omtalte af Lybecker og Nørregaard paa Grund af det nævnte urigtige Udgangspunkt opstillede Meninger, og han kunde heller ikke være enig i at betragte Legitimation som en Handling, hvorved Faderen til det uægte Barn vedkjender sig dette (jfr. nærmere det Følgende).

Med Hensyn til den Faderen efter Frd. 14. October 1763 paahvilende Forpligtelse til at yde Bidrag til det uægte Barns Underholdning, bemærker Ø. (Suppl. 3. B. p. 316—318 og Hdb. 2. B. p. 321—324), at Forordningen indeholder, at Bidraget i det Mindste bør være det Halve af, hvad Barnets nødtørftige Underholdning udfordrer, og at Øvrigheden altsaa kan være berettiget til efter Omstændighederne at paalægge Barnefaderen et større Bidrag. „Fremdeles maa det“, siger han, „bemærkes, at Forordningen 14. October 1763 alene omtaler Barnefaderens Pligt med Hensyn til sit uægte Barn, som en Pligt, der skyldes Moderen. Men derfor kan det dog ingenlunde antages, at Lovgiveren har villet indskrænke det Naturbud, han, ved hiin Forordning, har villet sætte i Kraft, til det Tilfælde, at Opdragelseshjelpen kræves af Moderen. Hiin Pligt er, i sin Natur, ikke mindre en Pligt mod Barnet og mod det Offentlige end noget, der skyldes Moderen, ligesom den og i Fdg. 10. Dec. 1790 nævnes uden at indskrænkes til foranførte Tilfælde. Det bør derfor, efter min Mening, ikke kaldes i Tvivl, at Faderen til det udenfor Ægteskab avlede Barn jo altid er pligtig til at sørge for sammes Underholdning og Opdragelse, skjøndt Maaden, hvorpaa denne Pligt skal opfyldes, ikke nøiagtig er bestemt i de positive Love, uden med Hensyn til det Tilfælde, at Moderen er i Live og urgerer paa dens Fuldbyrkelse. Tvertimod holder jeg for, at Forpligtelsen, efter Moderens Død, eller naar denne sættes

ud af Stand til at deeltage i Opdragelsens Byrder, hviler paa Faderen alene, og det uden at ophøre, naar Barnet har fyldt det tiende Aar; thi, saalænge nogen af de, til at sørge for Barnet, særlig forpligtede Personer ere til, og i den Stand, at de kunne opfylde denne Pligt, kan Byrden ei falde paa det Offentlige. Der er heller ingen, som kalder i Tvivl, at Moderen jo, efter Faderens Død, er pligtig til ene at besørge Opdragelsen, men baade Sagens Natur og Fdg. 1763 viser, at Faderens og Moderens Forpligtelse er lige stor“. Til Støtte for den saaledes udviklede Mening anførte Ø. derhos Reglementerne af 5. Juli 1803, for Kjøbstæderne § 7 og for Landet § 11 og enkelte specielle Lovbestemmelser. Endelig paaberaabte Ø. sig en Højesterets Dom af 26. April 1811, der paalagde Faderen til et uægte Barn, efter Moderens Død, at bekoste hele Opdragelsen, og det uanset et Forlig, han havde indgaaet med Moderen og Værgen om, mod en engang for alle udbetalt lille Sum, at befries for videre Opfostringshjælp, hvilket Forlig ikke fandtes at kunne skille Barnet og det Offentlige ved den Fordring, samme havde paa ham. I denne Sag var Ø. førstvoterende, og de Grunde, som han i sin Votering anførte til Støtte for det ved Dommen statuerede Resultat, stemme, som man kan vente, fuldstændig med de Betragtninger, som han senere fremførte i Suppl. og Hdb., og som ere gjengivne ovenfor. Denne af Ø. saaledes fremsatte Mening forsvarer han nærmere i Hdb. 5. B. p. 606—614 ligeoverfor en i Maanedsskrift for Litteratur 6. B. (1831) p. 517—518 fremsat modsat Anskuelse; han udtaler her tillige den Formening, at Faderen, naar han alene skal sørge for Barnet, da og maa være beføjet til selv at overtage Barnets Opdragelse, hvilket Frd. 30. Mai 1794 blot siges at nægte ham i Forhold til Moderen og paa Grund af dennes større Ret, og han bemærker derhos,

at de særlige Tvangsmidler, som kunne anvendes imod Fædre til uægte Børn, ikke efter Moderens Død kunne faa et større Omfang end i hendes levende Live. — Den Mening, som Ø. saaledes udtalte om Udstrækningen af Faderens Forpligtelse overfor det uægte Barn i Tilfælde af, at Moderen er død eller iøvrigt ude af Stand til at sørge for Barnet, blev som bekendt senere fastslaaet ved Pl. 6. December 1839. Man fandt det nemlig hensigtsmæssigt samtidig med, at der skulde træffes en anden Bestemmelse om Faderens Alimentationspligt, da tillige at afskære den Tvivl, der maaske kunde være tilstede i den nævnte Henseende, jfr. Coll.-Tid. 1839 p. 979.

Ø. rejser dernæst (Suppl. 3. B. p. 318—320, Hdb. 2. B. p. 324—326) det Spørgsmaal, om Opfostringshjælpen efter Barnefaderens Død kan indtales i hans Bo, og han kommer til det Resultat, at den allerede forfaldne Del kan fordres, men at den Opfostringshjælp, som Barnefaderen havde været pligtig til at svare for den tilbagestaaende Tid, ikke kan fordres i hans Bo, og han støtter dette navnlig paa, at Pengebidraget er et Surrogat for den personlige Opdragelses Pligt, som bortfalder med Døden, og at ellers de uægte Børns Stilling for saa vidt vilde blive bedre end de ægtes, der ingenlunde, som Kreditorer, kunne nyde Udlæg for det, deres Opdragelse endnu kunde kræve, men maa lade sig nøje med at tage, hvad der, efterat Kreditorerne ere blevne fyldestgjorte, kan blive tilbage, som Arv. — „Vilde man“, skriver han fremdeles, „i Hensyn til uægte Børn, modificere det saaledes, at Opfostringshjælpen vel kunde fordres i Boet, men først efterat alle Creditorerne vare betalte, saa fik dog de uægte Børn Fortrin for de ægte, da der saa mueligen blev intet eller mindre tilbage for disse. Nogenlunde undgik man derimod Inkonsekventsen, naar man tilføiede

den Indskrænkning, at det, der udlagdes som Alimentationshjelp for et uægte Barn i den tilbagestaaende Tid, i Analogie af 5—2—70 N. L. 71, ei maatte overstige det halve af hvad et ægte Barn af samme Kjøen fik i Arv. Men, saa meget Billighed end kunde tale for, at det uægte Barn, med denne Indskrænkning, nød Opfostringshjelp af sin Faders Stervboe, kan den Lovkyndige dog neppe, paa egen Haand, antage en saadan Regel. Han kunde ei, fra anden Synspunkt, end som en Gjeld, paalægge Boet Opfostringshjelp; og da den, efter det foranførte, ei, uden at lede til Urimelighed, kan, forsaavidt Fremtiden angaaer, betragtes saaledes, saa vilde det være fornødent, at en sær Lovbestemmelse stiftede en Adkomst til dog, under visse Omstændigheder, at faae Godtgjørelse i saa Henseende¹⁾.

Med Hensyn til Afgjørelsen af Spørgsmaalet om, hvem der skal anses for Fader til et uægte Barn, hævder Ø. (i Suppl. 2. B. p. 29—31, Hdb. 2. B. p. 327—330 — i Modsætning til Nørregaard § 222), at 6—13—5 vel kun taler om det uberygtede Fruentimmer, men at ogsaa den, der af et berygtet Fruentimmer sigtes for at være Fader til Barnet, ifølge Analogien af det nævnte Lovbud, maa være pligtig til edelig at fralægge sig Paterniteten, hvis han vil undgaa at betale Underholdningsbidrag, idet det nemlig antages, at det kun er Rettigheden til Ægteskab, som 6—13—5 har indskrænket til det uberygtede Fruentimmer. For det Tilfælde, at det besvangrede Fruentimmer ikke kan angive nogen bestemt Barnefader, fordi hun, ved Undfangelsestiden, har havt Omgang med Flere, bemærker Ø., at „ligesom Rescr. 30. Nov. 1759 udtrykke-

¹⁾ En modsat Mening er udtalt af Algreen-Ussing i „Anmærkninger til Personretten“ p. 228—230 og af Svane i de af denne og Algreen-Ussing udgivne juridiske Afhandlinger p. 40—42.

lig indeholder, at enhver af disse, som ei med Sikkerhed veed sig fri fra Paterniteten, og altsaa ei kan fralægge sig samme med Eed, bør udrede Lejermaalsbøder, saa bør og alle disse svare til Opfostringshjelpen, dog naturligvis tilsammentagne ei til mere end hvad der ellers kunde paalægges een Barnefader, hvilket de have at tilsvare een for alle og alle for een“.

Hvad Legitimation angaar, er det allerede tidligere bemærket, at Ø. ikke kunde tiltræde den ældre Opfattelse, ifølge hvilken Legitimation var en Akt, hvorved Faderen erklærer, at Barnet er hans, og hvorved han vedkjender sig Barnet. Dette maatte navnlig gjælde om Legitimation ved paafølgende Ægteskab; i saa Henseende har han (Suppl. 2. B. p. 7—8 og Hdb. 2. B. p. 270) — i Anledning af, at Nogle før at udelukke de ved Ægteskab legitimerede Børn fra Arv i Lehn og Stamhuse havde anført, at denne ikke beror paa sidste Besidders Villie, men paa den af første Opretter gjorte Anordning¹⁾, — hævdede, at de forhen sammenavlede Børns Legitimation er en juridisk nødvendig Følge af det paafølgende Ægteskab og ingenlunde en vilkaarlig Villieshandling.

Naar Ø. saaledes ikke i Legitimation ved paafølgende Ægteskab saa en Erklæring fra Faderen om, at Barnet var hans, kom han ganske naturlig til at rejse et Spørgsmaal, som maatte ligge de ældre Forfattere fjærnere, nemlig hvorledes det skal godtgjøres, at de Børn, som Konen har havt før Ægteskabet, ogsaa ere Mandens. I Overensstemmelse med hvad der nu i Almindelighed læres, skriver Ø. herom Følgende (i Hdb. 2. B. p. 269—270): „For at godtgjøre, at de Børn, som Konen har havt inden Vielsen, ogsaa ere

¹⁾ B. W. Pfeiffer „Vermischte Aufsätze über Gegenstände des Teutschen und Römischen Privatrechts“ (1803) p. 9—10.

Mandens, maa det uden Tvivl være tilstrækkeligt, at Faderen, det være sig i hvilkensomhelst Form, bestemt har erkjendt dem for saadanne, og at Intet finder Sted, som kan svække denne Erkjendelses Rigtighed. At han i sin Tid ikke var opgiven som Barnefader, vilde ikke, under alle Omstændigheder, være Grund nok til at forkaste saadan Erkjendelse. Hvis Barnet er født paa Fødselsstiftelsen, og altsaa ingen Udlæggelse som Barnefader har fundet Sted, er der aldeles ingen Grund til at nægte ham den Paternitet, hvorom han og Barnets Moder ere enige. Men, selv om en Anden var udlagt, da, naar dette enten var en fingeret Person, eller han havde fralagt sig Paterniteten, saa vilde det med Føie kunne antages, at urigtig Opgivelse havde fundet Sted, for at skaane den rette Barnefader, som, under de daværende Omstændigheder, ikke endnu ønskede at vedkjende sig Paterniteten. Saafremt derimod en Anden, der var opgiven som Barnefader, havde vedkjendt sig Paterniteten, maatte dette ansees som Beviis paa, at Moderens senere Ægtefælle ei var Fader til Barnet“.

Medens de ældre Forfattere¹⁾ ubetinget antog, at Horebørn ikke kunne legitimeres ved paafølgende Ægteskab, hævder Ø. (Suppl. 2. B. p. 8—9 og Hdb. 2. B. p. 278—279), at 5—2—32 uden Tvivl maa komme Horebørn til Gode i det Tilfælde, at Kongen dispenserer fra 3—16 N. L. 18—8, og selv om Forældrene uden Tilladelse ægte hinanden, er han tilbøjelig til at antage, at Børnene blive legitimerede, idet Ægteskabet jo bliver staaende ved Magt og derfor ogsaa for de forhen avlede Børn maa have et Ægteskabs lovbestemte Virkning.

¹⁾ Kongslev 1. B. p. 337, Nørregaard § 210 og Hurtigkarl 1. D. p. 200.

Legitimation efter 5—2—70 N. L. 71 blev udførlig behandlet i Normanns tidligere omtalte Skrift „de legitimatione“ (1823), men de Resultater, hvortil den nævnte Forfatter kom, vare paa flere Punkter ikke rigtige. Dette paavistes af Ø. i Hdb. 2. B. p. 279—316 (jfr. Suppl. 2. B. p. 17—23), hvor han i det Hele gav en Fremstilling af Betingelserne for den nævnte Legitimation og Virkningerne af samme. Han slutter sig her til den allerede af Brorson¹⁾ fremsatte Mening, ifølge hvilken 5—2—70 N. L. 71 ikke, saaledes som tidligere Forfattere²⁾ antog, omhandler to Legitimationsmaader, nemlig den simple Tinglysning og Lysning i Kuld og Kjøen. Derimod kunde han, som allerede (p. 26) omtalt, ikke være enig med Brorson i, at Legitimationen nu ikke behøver at ske paa Tinge, men at enhver Maade, paa hvilken Faderen med Overlæg og bevislig har tilkjendegivet sin Villie, maa sættes ved Siden af den i 5—2—70 N. L. 71 nævnte; men medens Ø. saaledes i Hdb. 1. B. p. 278—280 (i Modsætning til Suppl. 1. B. p. 50 og 2. B. p. 10—11) antager, at Tinglæsning fremdeles maa anses nødvendig, antager han tillige, at Faderen ifølge D. L.s 1—25 - 16 N. L. 1—23—17 jfr. 5—3—28 N. L. 39 i Stedet for at føre Slegfredbarnet til Tinge, maa kunne udstede et Dokument, som siden læses sammesteds, og i Modsætning til Normann (p. 191—192) og Algreen-Ussing³⁾ antager han, at Tinglæsning maa kunne ske uden foregaaende Stævning ifølge Analogien af 1—4—34 N. L. 37. Ligesom Ø. derhos (i Modsætning til Hurtigkarl 1. D. p. 202, Normann p. 194—196 og Algreen-Ussing p. 224) mener,

¹⁾ „Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 1. B. (1793) p. 184 ff.

²⁾ Hesselberg p. 160, Dons 1. D. p. 324—326, Kongslev 1. B. p. 338—339 og Nørregaard § 209 ff.

³⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 223.

at der til Legitimationen ikke kræves et Samtykke fra den Legitimeredes eller dets Værges Side, saaledes antager han, at der heller ikke til Legitimationen kræves noget Samtykke fra Barnets Moders Side, men han bemærker tillige, at det er en anden Sag, at saavel Barnet eller dets Værge som Moderen og dennes Frænder samt Legitimantens Slægt maa være beføjede til at gjøre Indsigelse mod Legitimationen, naar de ikke kunne erkjende Legitimantens virkelige Paterinitet. Fremdeles antager Ø. (i Modsætning til Normann p. 200), at den mindreaarige Fader uden Kurators Samtykke maa kunne legitimere sit Slegfredbarn, og (ligeledes i Modsætning til Normann p. 237 ff.) at Horebørn ikke kunne legitimeres ved Tinglysning, og han er tilbøjelig til i denne Henseende at stille Blodskamsbørn lige med Horebørn. — Hvad Virkningen af den omtalte Legitimation angaar, antager Ø., at der i 5—2—70 N. L. 71 skjelnes mellem, om Faderen skjøder Slegfredbarnet Noget og bestemmer, at det skal nøjes dermed, i hvilket Tilfælde Slegfredbarnet ikke bekommer mere efter Fader eller fædrene Frænder, eller om det Modsatte er Tilfældet, i hvilket Tilfælde Slegfredbarnet, hvis der tillige er Ægtebørn, tager halv Lod imod Ægtebarn, hvorved forstaas Barn af samme Kjøen, og hvis der ikke er Ægtebørn, tager fuld Arv. — Med Hensyn til Stamhuse og andet Familiegods i fædrene Linie, antager Ø., at det tinglyste Slegfredbarn ogsaa er arveberettiget, forsaavidt der ikke fordres Adelskab, og naar der da bliver Spørgsmaal om Forholdet mellem de ægte Børn og det tinglyste Slegfredbarn, antager han, at dette sidste maa vige for et ægte Barn af samme Kjøen, men at derimod den tinglyste Slegfredsøn maa gaa forud for den ægte Datter, ikke blot naar Arvefølgen er ren agnatisk eller blandet, men ogsaa naar den er cognatisk. Ligesom han der-

hos antager, at et tinglyst Slegfredbarn ikke kan arve et Lehn, saaledes mener han (i Modsætning til Normann p. 227 ff., jfr. Nørregaard § 217), at adelige Rettigheder heller ikke kunne gaa over paa det, men derimod antager han, at tinglyste Slegfredbørn kunne nyde godt af andre Rettigheder, som Faderens Stand medfører for hans Børn, t. Ex. Fritagelse for Værnepligt, og han støttede dette Sidste paa, at Slegfredbarnet ved at tinglyses bliver Medlem af dens Familie, hvis Børn vare fritagne for Værnepligt.

Værgemaal i egentlig Forstand bestemtes af de ældre Forfattere i Almindelighed som et offentligt Embede, der gaar ud paa, at den, som er Værge, skal saavel styre den Umyndiges frie Handlinger som forvalte hans Gods, medens Kurator sagdes at have alene med Godset at bestille¹⁾. I Overensstemmelse hermed sagdes det i Almindelighed, at Ødsle efter D. L. 3—17—1 N. L. 3—19—1 og offentlige Stiftelser, der havde Gods, som skulde bestyres, vare undergivne Kuratel. Hertil bemærkede Ø. (Suppl. 2. B. p. 32—34), at det efter vore Love ikke er en væsentlig Egenskab ved en Værge i egentlig Forstand, at hans Embede skal gaa ud baade paa Person og Gods, idet nemlig den, der administrerer en Umyndigs Gods, er Værge, hvad enten han tillige har at bestille med den Umyndiges personlige Opdragelse eller ikke (saaledes som ved

¹⁾ Jfr. Hesselberg p. 72 ff., Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske Lovs 3. Bog p. 583 ff., Dons 1. D. p. 327 ff., Kongslev 1. B. p. 340 ff. og Nørregaard § 223 ff.

Værgemaal for Ødsle), og en Kurator adskiller sig da efter hans Mening fra en Værge derved, at han ikke beskikkes til at bestyre Godset, men blot til at have Indseende med en Person, der selv bestyrer sit Gods. Til Støtte for denne sin Mening anførte han de Grunde, som nu i Almindelighed i saa Henseende paaberaabes i Systemerne. Da der endnu i Hurtigkarls Lærebog 1. D. p. 208 ff. findes Spor af den ældre Mening, udvikler Ø. atter sin Mening i Hdb. (2. B. p. 334—336). — Med Hensyn dernæst til, at man nævnede offentlige Stiftelser, der havde Gods, som skulde bestyres, som værende undergivne Kuratel eller (som det hos Hurtigkarl rigtigere sagdes) Værgemaal, gjør Ø. opmærksom paa, at Værgemaal for offentlige Stiftelser er aldeles forskjelligt fra det i 3—17 N. L. 19 omhandlede. — Hvad de Umyndiggjorte angaar, antog Ø. i Suppl. 2. B. p. 36 og Hdb. 2. B. p. 337—338, altsaa forinden Pl. af 10. April 1841, at Umyndighedsdecretet i Analogi af 5—1—9, Pl. 18. Januar 1788 og flere andre Lovbud burde tinglæses ved Personens Værneting, for at enhver tredie Mand kunde vide, at han ej kunde betro en Saadan Noget paa egen Haand, og ellers formentes en Kreditor at kunne undskylde sig med retmæssig Uvidenhed og derved tilintetgjøre Umyndighedsexceptionen. I Forbindelse hermed bemærkede han imidlertid i Hdb., at den, som aabenbart mangler Fornuftens fulde Brug, maa, endog uden nogen Øvrighedsbeslutning eller nogen Tinglysning deraf, være udygtig til at forpligte sig ved nogen borgerlig Handling; „thi“, siger han, „en Saadans Udygtighed maa Enhver kunne paaskjønne ligesaa vel, som han maa kunne see, naar Nogen, formedelst Drukkenskab, er ude af Stand til at forpligte sig, en Omstændighed, der aldrig kunde betage en Contract dens forbindende Kraft, saafremt et Øvrig-

hedsdecret først skulde have erkjendt sammes Tilværelse“.

Hos de ældre Forfattere¹⁾ antoges det, at man i dansk-norsk Ret, ligesom i Romerretten, kunde opstille som Regel, at den, som er nærmest til at arve, ogsaa er nærmest til at væрге, eller at Fordelene af Arv og Byrderne af Værgemaal bør være forbundne med hinanden; dog indrømmedes det, at der var Undtagelser fra Reglen, saaledes antoges i Almindelighed den Umyndiges Oldeforældre og hans Brødrers eller Søstres Sønner at være udelukkede af Værgelisten. Hertil bemærkede Ø. i Hdb. 2. B. p. 340—342, — efter ligeoverfor Algreen-Ussing²⁾ at have forsvaret den ældre Mening, at Broder- og Søstersønner saavel som Oldeforældre ikke kunne kaldes til Værgemaal, — Følgende: „Iøvrigt synes Udtrykkene „da skal næste i Byrd være Væрге“, „om de ere lige nær i Byrd“, at tilkjendegive, at det er Nærheden i Grad og ikke Nærheden i Arvefølge, der fornemmeligen beroer paa, Linien, som bestemmer, hvo der efter de udtrykkelige nævnte Slægtninge skal være Væрге. Dette bestyrkes og derved, at Lovgiveren, uagtet det Fortrin, han har tillagt Agnater fremfor Cognater, dog alene har foretrukket de første, naar de ere i samme Grad, og ikke overalt, hvor de ere lige nær til at arve; thi Morbroder er, efter Lovstedets udtrykkeligt angivne Regel, nærmere til at væрге, end Farbroders Søn, der dog, ifølge L.s 5—2—43 arver med ham. Heraf følger, at Undtagelserne fra Reglen, at Den er

¹⁾ Hesselberg p. 78—79, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs 3die Bog p. 586 og 612 ff., Dons 1. D. p. 342—344, Kongslev 1. B. p. 344, Nørregaard § 231, Brorson Fortolkning af Chr. V.s Lovs 3. Bog 2. B. p. 286 og Hurtigkarl 1. D. p. 211—212.

²⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 234—235.

nærmest til at væрге, som er nærmest til at arve, ere mange, ja at den, strengt taget, ikke kan opstilles som Regel. At den i alt Fald ikke har den Fasthed hos os, som efter den romerske Ret, indlyser saavel af det Foranførte, som og allerede deraf, at Værgemaalet ikke efter vore Love, som hos Romerne, tilfalder alle lige Arveberettigede i Forening, for saa vidt de have de fornødne personlige Egenskaber, men at Een efter Agnationens og Alderens Fortrin udelukker de Øvrige“. — Efter Ø.s Mening, som han nærmere udvikler i Hdb. 2. B. p. 348—349, har den fødte Væрге en Ret til Værgemaalet, naar der, hverken hvad Vederhæftighed angaar eller i andre Henseender, er Noget med Føje paa ham at udsætte. Dog antages denne Ret ikke at kunne gjøres gjældende ved Domstolene, da Øvrighedens Beslutning med Hensyn til den fødte Værges Forkastelse, som en Øvrighedshandling, maa være udenfor Domstolenes Virkekreds, hvorimod den, der formener, at hans Ret er krænkert, antages at maatte klage til vedkommende Overøvrighed.

I Suppl. 2. B. p. 43—47 og Hdb. 2. B. p. 354—357 har Ø. udviklet, at den Omstændighed, at en Person er berettiget til mortis causa at disponere over sin Formue eller en Del deraf, ikke kan medføre, at han skulde være beføjet til, enten at anordne, hvo der i Henseende til samme skal være Væрге for den indsatte Arving, eller at tillægge denne Ret til paa egen Haand at bestyre de ham tilfaldende Midler. Idet han iøvrigt henviser til Afhandlingen i Eunomia 1. D. om Regjeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet, paaviser han, at Testationsretten ikke med Nødvendighed følger af Ejendomsretten, og at der ikke af den en Ejer ved Lovene tillagte Rettighed til at indsætte en testamenterisk Arving, kan sluttes, at han ogsaa skulde have

Ret til at anordne, hvorledes de denne tillagte Midler skulle administreres, eller Ret til at gjøre Undtagelser fra de med Hensyn til Almenvellet givne Love, der vise, hvorledes Umyndiges Midler bør bestyres. Han bemærker med Hensyn hertil blandt Andet: „Det er Staten magtpaaliggende, at de Afdødes Efterladenskaber enten komme i Personers Hænder, som have Lovens Formodning for dem, at de selv hensigtsmæssigen kunne bestyre disse, eller at de i Tilfælde af, at Arvingen ikke har denne Egenskab, bestyres paa den Maade, Loven har fundet at være den hensigtsmæssigste. Testators Disposition i saa Henseende kan vel i et enkelt Tilfælde muligen være ganske fornuftig, men herfor haves ingen Garanti. Naar Bestemmelsen overlades ham, er det ligesaa muligt, at han gjør en Anordning, hvis Resultat bliver de Midlers Ødelæggelse, hvorover han testerer“.

Ligesom Ø. fremdeles paa flere Punkter har berigtiget tidligere urigtige Fortolkninger af herhen hørende Lovbud, saaledes t. Ex. af 3—17 N. L. 19—10, saaledes har han navnlig i Suppl. 2. B. og Hdb. 2. B. givet væsentlige Bidrag til en rigtig og fuldstændig Fremstilling af den gennemgribende Forandring, som med Hensyn til Bestyrelsen af Umyndiges Midler foregik i Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette Aarhundrede. I Forbindelse hermed har han (Suppl. 2. B. p. 343—345 og Hdb. 2. B. p. 392—395) paavist, at en Værge, efterat den nævnte Forandring er indtraadt, ikke, — saaledes som Hurtigkarl (1. D. p. 238) syntes at mene, — kan uden Indskrænkning forbinde den Umyndige og dennes Gods ved de Kontrakter, som han paa hans Vegne indgaar, og han har navnlig hævdet, at en Værge ikke nu, uden Overformyndernes og Øvrighedens Samtykke, kan paadrage sin Myndling Gjæld, forsaavidt denne ej kan betales af Myndlingens

aarlige Renter eller andre Indkomster. Til Støtte for denne Mening anfører han blandt Andet Følgende: „Naar Lovgiveren nemlig foreskriver, at Værgen ei paa egen Haand skal være raadig over Myndlingens Capitaler og de derfor udstedte Obligationer, men at Dispositionen over disse Gjenstande skal tilkomme Overformynderiet, og Værgen blot have Indkomsterne under sin Bestyrelse, saa er det umiskjendeligens hans Øiemed, at Værgen ikke skal have Leilighed til at forvanske Myndlingens Formue. Men dette Lovgiverens vigtige og saavel for den Umyndige, som for de Personer, der staae til subsidiært Ansvar for den af Værgen den Umyndige tilføiede Skade, velgjørende Øiemed vilde aldeles forfeiles, naar det ligefrem var Værgen tilladt, ved at udstede Obligationer paa Myndlingen, at forpligte denne. Heraf kunde endog følge større Skade for den Umyndige, end den, Værgen kunde faae Leilighed til at paaføre ham ved at have frie Hænder over hans Capitaler; thi, antages det, at den Gjeld, Værgen i Myndlingens Navn contraherer, ligefrem forbinder Myndlingen, saa bliver endog dennes Person og tilkommende Gods forpligtede. Ligeledes vilde heraf kunne flyde et aldeles ubestemt Ansvar for Overformynderne og Øvrigheden, der end ikke i denne Henseende kunde finde Betyggelse ved de i 3—17 N. L. 19—5, 6 angivne Midler. Lovgivningens Bud, at Umyndiges Capitaler, med Undtagelse af de Summer, som ere under 20 Rdl., aldeles ikke maae forbruges uden Overformyndernes og Øvrighedens Samtykke eller i alt Fald Cancelliets Beslutning, kunde heller ikke overholdes, saafremt Overformynderne og Øvrigheden nødtes til at gjøre Udbetalinger af Myndlingens Midler, naar Gjeld af Værgen var contraheret“. De saaledes i Suppl. og Hdb. udviklede Betragtninger findes i det Væsentlige allerede tidligere fremsatte i

i en af Ø. conciperet, under 28. October 1805 afsagt Lands-, Over- samt Hof- og Stadsretsdom, der under 15. Marts 1806 blev stadfæstet af Højesteret, jfr. A. f. R. 2. D. p. 136—140 og 370—371.

I Henseende til Kuratel bemærker Ø. (Hdb. 2. B. p. 418), at der maaske kunde være Grund til at anvende Analogien af, hvad Lovene bestemme om Frænders Fortrin til Værgemaal, paa Kuratel, og han henviser i saa Henseende til en under 9. Januar 1804 afsagt Hof- og Stadsretsdom (A. f. R. 1. D. p. 260—265), ved hvilken det blandt Andet blev antaget, at en af en Mindreaarig, for hvem ingen Kurator var beskikket, med Faderens Samtykke indgaaet Gjæld paa Grund af Bestemmelsen i Frd. 14. Maj 1754 § 1 var gyldig. I denne Del af Dommen havde Ø., der havde deltaget i Voteringen om Sagen, været enig, og i en Note under Dommen i A. f. R. anfører han til Støtte for det ved Dommen i saa Henseende antagne Resultat endvidere, at Udtrykkene i 3—17 N. L. 19 34 vise, at Værgen ej behøver nogen udtrykkelig Konstitution af Øvrigheden for at besørge Kuratelet for sin forrige Myndling, eftersom de Ord „af Øvrigheden dertil forordnet“ efter Interpunctionen ej referere sig til ham, men alene til „en anden god Mand“, hvorhos han bemærker, at Fundats 7. Maj 1788 Cap. 2 § 5 Nr. 2 ogsaa bestyrker den antagne Sætning. Hvad forøvrigt angaar Forholdet mellem den Mindreaarige og Kurator, bemærker Ø. i en Note til den tidligere omtalte Afhandling i n. j. A. 28. B. p. 171, at Kurator, uagtet den Mindreaarige efter 3—17 N. L. 19—34 selv annammer sit Gods at forestaa, dog maa være beføjet og forpligtet til at sørge for, at den væsentlige Formue anbringes i Effecter, som Kurandus ikke er i Stand til unytteligen at bortsætte. I Overensstemmelse hermed antager han i Hdb. 2. B. p. 419—421, at den Mindre-

aarige ikke selv maa faa sine rede Kapitaler eller paa Ihændeoveren lydende Obligationer i Besiddelse, og dette støtter han navnlig paa, „at Curator, der efter Lovens Befaling skal føre Tilsyn med, at den Mindreaarige ei Godset unytteligen bortsætter, som Følge af denne sin Pligt, maa være forbunden til at sætte ham ud af Stand til at forøde sine Capitaler“, hvilket siges at kunne ske derved, at Kapitalerne anbringes i Obligationer, som ere forsynede med Paategning om, at de uden hans Minde ej maa sælges, kvitteres eller pantsættes. Derimod var han ikke enig med Algreen-Ussing¹⁾, naar denne til Støtte for den omtalte Sætning anførte, at Udtrykket „Gods“ i 3--17 N. L. 19—34 ikke kunde sigte til Penge.

Hvad 3—17 N. L. 19—35 angaar, antog de ældre Forfattere²⁾ i Almindelighed, at Artiklens Mening alene er, at give Kurator Tilladelse til at samtykke i, at den Mindreaarige optager og anvender af sine Arvemidler til at sætte Bo og videre befordre sin Næringsvej, hvorimod Kurator antoges at maatte samtykke i de enkelte Retshandler, hvorved den Mindreaarige skal forpligtes. Denne Fortolkning kunde Ø. ikke anse for rigtig, og han bemærker med Hensyn hertil (Suppl. 2. B. p. 124—127, jfr. Hdb. 2. B. p. 473—475) blandt Andet Følgende: „Dette Lovsted fritager uden Tvivl den Mindreaarige, der med Curators Samtykke har etableret en Næringsvei, fra den Nødvendighed at have Curators Samtykke til hvert enkelt Skridt, han til sammes Drift foretager sig, og berettiger ham derimod til paa

¹⁾ „Anmærkninger til Personretten“ p. 262—263.

²⁾ Dons 1. D. p. 360, Kongslev 1. B. p. 358, Nørregaard § 262 og Brorson Fortolkning af Chr. V.s Lovs 3die Bog 2. B. p. 346—348, jfr. derimod Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs 3. Bog p. 655 og hans juridisk-practiske Anmærkninger Nr. 157.

egen Haand at indgaae alle de Contracter, der ere Midler til denne Næringsveis Fremme. Naar man med Forfatteren“ (o: Nørregaard) „antager, at Lovstedet kræver Curators Samtykke til alle de Foretagender, hvorved en Mindreaarig i den sammesteds omhandlede Stilling skal forpligte sig, saa bliver det aldeles hensigtsløst og unyttigt. Det indeholder da ikke, hvad det dog aabenbart forkynder sig at skulle indeholde, en Undtagelse fra den nærmest foregaaende Artikel. Lovgiveren har under denne Forudsætning ved bemeldte Lovsted foresat sig et vist Øiemed, uden at vælge Midler, hvorved dette Øiemeds Opnaaelse lader sig befordre. Han har nemlig villet sætte den Mindreaarige i Stand til at drive Handel eller anden Haandtering, og dog bundet Hænderne saaledes paa ham, at dette bliver ham umuligt; thi hvorledes lader det sig gjøre, at drive endog den meest indskrænkede Næringsvei, naar man ei kan foretage sig endog den ubetydeligste Afhændelse, ei kan contrahere den ringeste Gjeld, eller modtage mindste Betaling uden Curators Samtykke og Bevilling“? Ø. bemærker derhos, at den Mindreaarige efter denne Fortolkning ingeniunde i det i 3—17 N. L. 19—35 omhandlede Tilfælde bliver fuldmyndig, og han anfører i saa Henseende blandt Andet, at de Kontrakter, som den Mindreaarige udenfor sin Næringsvej indgaar, behøve at ratihaberes af Kurator paa samme Maade som andre af Mindreaarige indgaaede Kontrakter. I Forbindelse hermed bemærker Ø. i Suppl., at man maaske kan „ansee 3—17 N. L. 19—35 anvendelig, naar Curandus af en offentlig Autoritet har faaet Tilladelse til at drive en Næringsvej, uagtet der ikke er præsteret Beviis for, at Curator dertil har givet sit Samtykke, efterdi Formodningen er for, at hiin Tilladelse ikke uden dette Vilkaar er givet“ (jfr. n. j. A. 28. B. p. 169). Med denne Mening stemme flere baade

ældre og yngre Domme, og i tvende af Ø. conciperede, af den Kgl. Lands-, Over- samt Hof- og Stadsret under 20. October 1806 og 30. November 1807 afsagte Domme, som senere bleve stadfæstede af Højesteret¹⁾, udtales det fremdeles, at en kgl. Bevilling for en Mindreaarig til at drive en Næringsvej ikke kan have mindre Virkning end Kurators Samtykke til Næringsvejens Drift.

I Henseende til Forstaaelsen af 3—17 N. L. 19—41 har Ø været noget i Tvivl; han har saaledes i Suppl. 2. B. p. 143—147, 3. B. p. 376—378 og Hdb 2. B. p. 484—494 opstillet flere forskellige Fortolkninger, men han bemærker i Hdb., at Praxis, saavidt han vidste, stedse havde været imod den Mening, at en Enke ej uden Lavværgens Samtykke kunde forpligte sig i vigtige Anliggender, og han fandt Betænkelighed ved at fastholde en Mening, som ikke kunde forenes med Praxis.

¹⁾ Jfr. A. f. R. 3. D. p. 275—279 og 4. D. p. 76—91 — jfr. 4. D. p. 495 og 496.

Tingsretten.

I dette Værks 1ste Del p. 22 ff. er det allerede fremhævet, at Ø. tidlig lærte og senere stadig fastholdt, at Ejendomsretten ikke kan støttes paa Personlighedsprincipet, men at Ejendomsrettens Begrundelse maa søges i, at „Samfundets Tarv“ kræver en „Ordning af Adgangen til Formuesgoderne, hvorved der gives den enkelte et eget Stof, hvorpaa han kan regne som Gjenstand for sin frie Virksomhed og som Middel til at opnaae sine fornuftige Hensigter“; det er fremdeles der bemærket, at det af ham saaledes opstillede Princip ikke blot medfører, at Ejendomsretten maa være de Indskrænkninger underkastet, som Samfundet gjen- nem dets Love maatte finde fornødne, for at dets Formaal kan naas, men at Principet tillige fører til, at den Enkeltes Ejendomsret saavidt muligt skal beskyttes og opretholdes, fordi Samfundets Vel kræver, at Enhver trygt kan stole paa uantastet at beholde sin Ejendom, der i sidste Instants vil sige Frugterne af hans Flid og Arbejde. — I Kraft af det omtalte Princip har Ø. gjentagne Gange udtalt sig for at indskrænke vor nu saa udstrakte Vindicationsret¹⁾. I

¹⁾ Jfr. j. A. Nr. 3. p. 171—181 (1804), Suppl. 3. B. p. 170—177, A. f. R. 1. D. (1824) p. 501—519 og Hdb. 3. B. p. 492—493.

Afhandlingen i A. f. R. 1. D. skriver han blandt Andet, at Grunden til Ejendoms afledte Erhvervelse ikke alene kan søges i den Persons Villie, fra hvem Ejendommen gaar over, men at der maa ses hen til det retlige Samlivs Tarv, og at derfor, hvor en ubetinget Ret til Tilbagesøgningen af den En mod Ens Villie frakomne Ting vilde ophæve Ejendoms fri og sikre Benyttelse og saaledes forstyrre den borgerlige Samhandel, dér bør denne Tilbagesøgning ikke tilstedes¹⁾, og han bemærker i saa Henseende fremdeles: „Det vilde saaledes være stridende imod de Grundsætninger, hvorpaa al Eiendomsret hviler, om Penge skulde være Gjenstand for slig Vindicationsret. Det kunde endog være meget tvivlsomt, om ikke Enhver, der tilforhandlede sig en rørlig Ting, især dem, som ere af mindre Betydenhed, burde være sikkert ved en aabenlys og i sin Form aldeles uforkastelig Handel, indgaaet med en Person, der er aldeles umistænkelig, ja vel endog har en særdeles Bemyndigelse til at handle med deslige Ting,

¹⁾ Hermed kan jævnføres en Afhandling af Gönner „Kritik der römischen Theorie über die Eigenthumsklage gegen dritte Besitzer, mit einem Vorschlage zur Gesetzgebung“ i „Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums“ 1. B. 3. H. (1808) p. 464 ff.; i denne Afhandling foreslaar Forfatteren Lovgivningen i Tyskland forandret derhen, at Ejeren af en Ting kun skal kunne vindicere sin Ting fra den redelige Besidder imod, at han erstatter Besidderen alt det, som denne har givet for Tingen, (Tingen skulde saaledes uden noget Vederlag kunne vindiceres fra en Gavemodtager). Dette Forslag og forskjellige andre Forslag vedrørende Vindicationsretten begrundet han nærmere i den nævnte Afhandling. I den næste Afhandling i samme Hæfte tager Gönner Ordet for, at Gjældsbreve, som lyde paa Ihændeoveren, ogsaa efter den positive tyske Ret, ikke skulle kunne vindiceres fra den godtroende Erhverver.

eller om man ikke i det Mindste skulde indrømme den, der havde slig Erhvervelse for sig, Adgang til at faae sine udlagte Penge igjen, naar den forrige Eier ligefuldt maatte ansees berettiget til at søge Tingen tilbage fra Een. Endnu mere har det for sig, at den Eier, der ved Laan, Leie, Forvaring, Pantsætning eller paa anden Maade selv har afstaaet Tingens Besiddelse til en Anden, maa lade sig nøie med Regres til sin Medcontrahent, saafremt denne har misbrugt den ham viiste Tillid, ved at afhænde eller pantsætte Tingen til tredie Mand“. Dette Sidste begrundes Ø. navnlig nærmere paa de anførte Steder¹⁾, og et Forslag til at forandre Lovgivningen i Overensstemmelse hermed blev ogsaa i sin Tid fremsat af ham, men paa Grund af Højesterets Modstand blev det ikke gennemført (jfr. Cskr. 25. August 1840 og Forhandlingerne paa det 5te nordiske Juristmøde p. 8—9 og Bilag 1 p. 4—5). — Af det Følgende vil det nærmere fremgaa, hvorledes Ø. i Behandlingen af Ejendomsretten paa flere andre Punkter (t. Ex. i Materien om Tilvæxt) paaberaabte sig Hensynet til Samfundets Interesser, og at han netop her ved kom til andre og rigtigere Resultater end de tidligere Forfattere.

Det Princip, hvorfra Ø. saaledes gik ud med Hensyn til Ejendomsretten, maatte han ogsaa ganske naturlig bringe til Anvendelse paa de andre tinglige Rettigheder. Ogsaa her hævdede han, at der maa tages Hensyn til Samfundets Interesser, naar der spørges om, hvilke begrænsede tinglige Rettigheder der efter Sagens Natur bør opstilles. Fra dette Synspunkt har han saaledes udtalt sig for enten at ophæve

¹⁾ Han henviser blandt Andet til forskellige Staters Lovbøger, hvori der indeholdes flere Bestemmelser om Indskrænkninger i Vindicationsretten.

eller i alt Fald begrænse Underpant i Løsøre, og han har i saa Henseende paaberaabt sig dels Hensynet til Krediten dels Hensynet til Omsætningens Sikkerhed. I Afhandlingen „om Grundsætningerne for det dansk-norske Hypothekvæsen, sammenholdt med fremmede Staters“ i j. T. 16. B. 2. H. (1830) skriver han herom blandt Andet Følgende (p. 113—114): „Saa fremt det tillades at give Hypothek i deslige Gods“ (∅: rørligt Gods), „kunne en Mands samtlige Eiendele, naar almindeligt Pant hjemles, endog de tilkommende, forsikkres en enkelt Creditor. I saadanne Tilfælde bliver der sjeldent Noget tilovers for de øvrige Creditorer, dem undtagne, som Lovene have privilegeret fremfor deslige Pant. Naar Lovene, saaledes som hos os, hjemle en uindskrænket Vindicationsret, saa bliver og slig Hypothecering ikke lidet betænkelig for Sikkerheden i Erhvervelsen af rørlige Ting. Det Gods, som er givet en Creditor til Underpant, maa nemlig Panthaveren, hvis Pantsætteren har afhændet samme eller givet det i haandfaaet Pant, kunne søge tilbage fra den troskyldige Besidder, forsaavidt det til Dækningen af hans Fordring behøves. Det er derhos kun tilsyneladende, at Pantebrevets Indførelse i Pantebogen sætter tredie Mand i Stand til at tage sig vare for saadan Skade. Det daglige Livs Tarv tilsteder ingenlunde, at man, ved at tilforhandle sig en eller anden rørlig Ting, gaaer til Pantebogen for at erholde Kundskab om, hvorvidt Sælgeren maatte have pantsat samme. Men derhos kunne Panteregistrene aldrig være saa sikre og oplysende i Henseende til slige Pantsættelser, som i Henseende til Pantsætningen af faste Eiendomme; de forlade Een endog ganske, naar Tingen er gaaet gennem en Mellempersons Hænder“. Ø. indrømmer imidlertid, at Afskaffelse af Underpant i Løsøre i adskillige Tilfælde vilde efterlade et skadeligt Savn, idet det

for den Handlende, Fabrikanten o. s. v. ofte kan være vigtigt at erholde et Laan, som han ikke kan vente, uden mod Sikkerhed i sit Varelager, sit Fabrik-Inventarium og Materiale, og Mangel paa Tilladelse til at hypothecere disse Gjenstande kan medføre et for ham og det Almindelige skadeligt Afbræk i hans Virksomhed. Paa en lignende Maade udtalte Ø. sig i tvende Betænkninger, som han i 1839 og 1840 afgav under Forhandlingerne angaaende den senere Frd. af 28. Juli 1841; ogsaa i disse var han i Henhold til de anførte Betragtninger tilbøjelig til at tilraade en Lov, der aldeles ophævede alt Underpant i Løsøre, men han fremhævede tillige, i Overensstemmelse med det Foranførte, de Ulemper, der formentlig kunde være forbundne med Afskaffelsen af saadant Underpant.

Særlig har Ø. søgt at fremme Omsætningens Sikkerhed og styrke Krediten og herigjennem at værne om Samfundets Tarv ved en Udvikling og Forbedring af Tinglæsningsinstitutionen. Allerede i et Cancelli-Circulaire af 19. Juli 1817 (i Rescriptsamlingen), der er affattet i Overensstemmelse med en af Ø. afgiven Betænkning, fremsættes forskellige Forslag til en bedre Indretning af Panteregistrene m. m., og Overøvrighedernes Betænkninger indhentes derover. I dette Circulaire hedder det efter en nærmere Begrundelse: „Cancelliet anseer det med Hensyn hertil for rigtigt, at der, saaledes som for Landet og Kjøbenhavn alt udtrykkelig er anordnet, overalt ved Siden af Registrene over Personerne, tillige indrettes nøiagtige Registre over Eiendommene, hvoraf det kan sees, baade hvem enhver Eiendom tilhører, og hvad der ved samme er foretaget, som kan hindre Eieren i den frie Disposition derover, f. Ex. Pantsættelse, Servituters Meddelelse o. s. v., og vedkommende Retsbetjente saaledes sættes i Stand til at opfylde den dem paalagte Pligt at meddele aldeles paalidelige Attester, og gjøre

rigtige Paategninger om alt hvad der hefter paa en Eiendom“. Det hedder fremdeles: „Cancelliet ønsker det derhos taget under Overveielse, om det ikke, til yderligere Betyggelse for de Rettigheder, som grunde sig paa tinglyste Adkomster, kunde være tjenligt, at det ved Lov blev fastsat, at saadanne Dokumenter, der vel ikke umiddelbart angaae en enkelt fast Eiendom, men dog have Indflydelse paa den Paagjeldendes Competense til at disponere over sine faste Eiendomme, f. Ex. Namsdomme, Forlig, Arrestforretninger, Høiestrets-Stevninger, Gjeldssager (jfr. L.s 5—3—18 og Pl. af 18de Januar 1788), Resolutioner, hvorved nogen gjøres umyndig, Pantsættelse af alt hvad man eier eller eiende vorder, Bestallinger som Oppebørselsbetjente, Cautioner for deslige Betjente o. s. v. skulde af Vedkommende foranstaltes noterede paa Registret eller Registrene over den Paagjeldendes faste Eiendomme, og i manglende Fald ikke komme den til Skade, som senere tilforhandlede sig den Eiendom, med Hensyn til hvilken Forsømmelsen er begaaet, eller tager Pant i samme“. I Henhold til dette Circulaire indkom en Mængde Betænkninger fra Retsbetjente og Amtmænd til Cancelliet, og ved at læse disse Betænkninger samt ved Bekjendtskab med fremmede Hypothekindretninger og de Forhandlinger, som forinden vare førte herom i fremmede Stater, fik Ø., som han siger i en Betænkning vedrørende Udkastet til Frd. af 28. Marts 1845, nogen Tvivl om, hvorvidt Realregistre med Hensyn til alle Ejendomme lod sig gennemføre. Det viste sig nemlig (ifølge den nævnte Betænkning, jfr. ogsaa j. T. 16. B. 2. H. p. 211 og 330), at i Landjurisdictionerne vare fuldkomne Realregistre sjældne, og Omkostningerne og Byrderne ved Indførelsen af saadanne Register antoges at ville blive saa store, at det, navnlig paa Grund heraf, ansaas for rettest at udsætte Sagen; hertil kom

forøvrigt ogsaa, at Ø. var kommen til den Overbevisning, at Skjøde- og Pantevæsenets Hensigt ogsaa i det Væsentlige kunde opnaas ved vel indrettede og nøiagtig førte Personal-Registre.

I den oftere omtalte udførlige og indholdsrige Afhandling i j. T. 16. B. 2. H. nedlagde Ø. derpaa Resultaterne af sine Undersøgelser og Overvejelser vedrørende det dansk-norske Tinglæsningsinstitut og forskjellige dermed i Forbindelse staaende Materier, og han anstillede heri tillige en Sammenligning mellem de her i Landet gjældende Tinglæsningsregler og det i andre Stater herskende Protokollationssystem. I sidstnævnte Henseende paaviste han (jfr. Hdb. 6. B. p. 183—184), at den Maade, hvorpaa den dansk-norske Lovgivning „har sørget saavel for Pantsættelsers som for Afhændelsers Publicitet, ikke er lidet forskjellig fra den, der bruges i andre Lande, hvor vel hypothekariske Forskrivninger, i nogle ogsaa Afhændelsesdokumenter, skulle indtegnés i en Protokol, men dette uden nogen Slags Publicitet udføres gennem et Bureau, der ikke holder offentlige Sessioner, ligesom Hypothekbevareren i Almindelighed end ikke maa meddele nogen Anden Attest om den foregaaende Protokollation uden med Udstederens Samtykke“; og han beviste i Afhandlingen, som han selv siger, „at vort System medfører meget væsentlige Fordele, at det i Særdeleshed gjør en Mængde besværlige og endda maaskee ikke betryggende Former overflødige, som man i andre Lande har fundet nødvendige, f. Ex. at Udstederen enten selv skal møde for Hypothekbevareren og, hvis han ikke er denne bekjendt, godtgjøre sin Identitet, eller og dertil meddele en Anden en Fuldmagt, som maa være forsynet med offentlig Autoritet, eller endelig beviislig og formelig være varslet til at gjøre sine Indsigelser mod den af den anden Part

attraaede Protokollation“. „Det er fremdeles“, som Ø. endvidere siger, „sammesteds udviklet, hvor meget vort Hypothekvæsen har vundet i Simpelhed, Fasthed og Sikkerhed, samt sparet i Bekostninger og Bryderier derved, at Panthaverens Fordring aldeles er knyttet til den originale Panteforskrivning, at Attest om Læsningen og Protocollationen saavel som Bemærkningen om, hvad der efter Pantebogens Udvisende muligen maatte gjøre en Indskrækning i Panthaverens Rettighed, skal meddeles paa Forskrivningen, samt at Pantevæsnets Bestyrer ikke uden den originale Obligations Fremviisning kan enten udslette den eller tage Hensyn til nogen Qvittering for betalt Afdrag eller nogen Slags Renonciation paa Panterettigheden i dens ved den tinglæste Panteforskrivning hjemlede Omfang“, medmindre der erhverves Mortificationsdom paa Obligationen. Ved Siden heraf vistes det i Afhandlingen, „hvilke betydelige Uleiligheder de Systemer medføre, der ikke saaledes have knyttet Alt til Panteforskrivningerne, men hvorefter saavel Hypothekets Indtegning som Creditors Forandring samt Pantefordringens Udslettelse eller Forringelse kan foregaae uden Pantebrevets Foreviisning efter Erklæringer, som den Part, der paadrager sig Forpligtelser eller renoncerer paa Rettigheder, gjør for Hypothekbevareren, eller efter den anden Parts Begjæring, naar hiin Første har været lovlig varslet til Møde“.

Det faldt imidlertid senere i Ø.s Lod at bidrage væsentligt til Gjennemførelsen af Planen om en fuldstændig Indførelse af Realregistre her i Landet. Sagen blev nemlig i 1842 igjen sat i Bevægelse ved en Petition fra Provinsialstændernes Forsamling for Nørre-Jylland¹⁾, og Ø. afgav da i 1844 en udførlig Betænk-

¹⁾ Jfr. Coll.Tid. for 1845 p. 337 ff.

ning, i hvilken han, som man kan vente, holder sig til de Principer, som han har opstillet i den oftere omtalte Afhandling, til hvilken han i Betænkningen paa flere Steder henviser, og med denne Betænkning fremsendte han det første Udkast til den senere Frd. af 28. Marts 1845; i Betænkningen bemærkes det, at Vanskelighederne ved Indførelsen af Realregistre vare meget formindskede ved den nye Matrikuls Indførelse, da alle Jordebrug derefter havde faaet særskilte Nummere.

Allerede forinden var der ved Udstedelsen af Pl. af 27. November 1839 gjort et væsentligt Skridt til Gjennemførelsen af den anden i det nævnte Circulaire udtalte Tanke, nemlig at alle Dokumenter, som betage en Person Raadigheden over alle hans Ejendele, skulde indføres paa Registret over den faste Ejendom, for at hindre Personen i at raade over denne. — Som det vil ses af det nævnte Circulaire, gik man ud fra, at Umyndighedsdekreter ogsaa skulde tinglæses; da der imidlertid blev rejst Tvivl om Rigtigheden heraf¹⁾, udkom Pl. af 10. April 1841. Endelig skal endnu her nævnes, at Ø. med Hensyn til den Tvivl, som kunde herske om Nødvendigheden af Forpagtningskontraktens Tinglæsning (jfr. j. T. 16. B. 2. H. p. 271 ff.), i en i Aaret 1822 afgiven Betænkning og i en senere Betænkning af 1823 stillede Forslag til en Lov af et lignende Indhold som den senere Frd. af 25 November 1831.²⁾

¹⁾ Jfr. Coll.-Tid. for 1841 p. 305, jfr. forøvrigt ogsaa Ø.s Udvikling i j. T. 16. B. 2. H. p. 215 ff. og 281 ff.

²⁾ Naar det varede saa lang Tid, inden Forordningen udkom, skyldtes dette nærmest Rentekammerets Modstand imod Forordningens Bestemmelser.

I de her i Landet i forrige Aarhundrede udkomne systematiske Behandlinger af Tingsretten var det almindeligt at fremhæve som noget Karakteristik ved de tinglige Rettigheder, at de kunne gjøres gjældende mod Alle og Enhver¹⁾, og man nævnede da i Overensstemmelse med den Tids romerretlige Systemer i Almindelighed som Arter af tinglige Rettigheder kun Ejendomsret, Servituter og Pant²⁾. Herved maa imidlertid erindres, at Servituter dengang toges i en videre Betydning, end der nu plejer at ske, idet Servituter i Almindelighed defineredes som en Ret over en Andens Ting, der gaar ud paa, at Tingens Eier skal enten taale Noget eller ikke gjøre Noget eller foretage Noget³⁾, og der indbefattedes saaledes under Begrebet Servituter nogle af de Rettigheder, der nu betegnes som Grundbyrder, ligesom man ogsaa — i Overensstemmelse med de romerske Jurister — under Servituter henførte enkelte omfattende Brugsforhold, men i Al-

¹⁾ Hesselberg p. 101, Dons 2. D. p. 11, Kongslev 2. B. p. 3 og 116 og Nørregaard § 359; den samme Opfattelse var ogsaa dengang temmelig almindelig i Udlandet, jfr. i modsat Retning Thibaut „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts“ 2. B. (1801) 2den Afhandling og Feuerbach „Civilistische Versuche“ (1803) p. 215 ff.

²⁾ Dons 2. D. p. 12, Kongslev 2. B. p. 116 og Nørregaard § 360, jfr. ogsaa Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 12; Dons nævner ogsaa Arv som en tinglig Ret, men dette er ikke almindeligt, hvorimod Arveforholdene nok behandles i Tingsretten, men nærmest fordi Ejendomsret herigjennem kan erhverves.

³⁾ Dons 2. D. p. 265, Kongslev 2. B. p. 325 ff., Nørregaard § 627, Hurtigkarl 2 D. 1. B. p. 385. Saadanne Servituter, der gaa ud paa at foretage Noget, opstilledes ogsaa i forrige Aarhundrede af de tyske Jurister i Henhold til tysk Ret, jfr. Hofacker „Principia juris civilis romano-germanici“ (1794) tomus 2 § 1147, jfr. i Modsætning hertil Thibauts i Note 1 nævnte Værk 1. B. (1798) 2den Afhandling.

mindelighed ikke Lejeforholdene (jfr. nærmere det Følgende).

Ø. har nu for det Første godtgjort, at det ikke kan anføres som et Kjendetegn paa den tinglige Ret, at den skal kunne gjøres gjældende mod Alle og Enhver (jfr. Suppl. 3. B. p. 166—170). Han gjør i saa Henseende opmærksom paa, at Penge og Gjældsbreve, der lyde paa Ihændehaveren, ikke kunne tilbagesøges fra den troskyldige Besidder¹⁾, men at dog Ingen derfor vil nægte, at man jo kan være Ejer af Penge og Gjældsbreve lydende paa Ihændehaveren²⁾; fremdeles har Ø. paavist, at der er flere Tilfælde, hvor Vindicationsretten indskrænkes, jfr. t. Ex. Frd. 29. Juni 1753 § 8, og hvor den Paagjældendes Ejendomsret dog utvivlsomt bestaar. Derimod fandt Ø. ikke Noget at erindre imod den af Kongslev, Nørregaard og Hurtigkarl opstillede Definition af den tinglige Ret som den Ret, der haves over en vis bestemt Ting uden Hensigt eller Hensyn til nogen vis Person.

Ø. har dernæst godtgjort, at der gives andre tinglige Rettigheder end de, som man tidligere opstillede³⁾. Han hævder saaledes, at Lejetagerens Ret efter 5—8

¹⁾ Som bekendt blev det ved en under 9. Mai 1804 afsagt Højesteretsdom antaget, at Gjældsbreve lydende paa Ihændehaveren ikke kunne søges tilbage fra den godtroende Erhverver; denne i Dommen saaledes antagne Mening udvikler og begrunder Ø. nærmere i j. A. Nr. 3 p. 171—181, jfr. A. f. R. 1. D. p. 501—519, men under Voteringen med Hensyn til den ved den nævnte Højesteretsdom stadfæstede Hof- og Stadsretsdom havde Ø. udtalt en modsat Mening.

²⁾ I Hdb. 3. B. p. 492—493, jfr. ogsaa A. f. R. 1. D. p. 514 anser Ø. det endog for tvivlsomt, om de saakaldte fortlærlige eller forbrugelige Ting (res fungibiles) kunne søges tilbage fra den godtroende Erhverver.

³⁾ Jfr. Suppl. 3. B. p. 180—182 og Hdb. 3. B. p. 502—504.

—13 N. L. 16 er en tinglig Ret, og han henførte denne Ret, — i Modsætning til hvad der nu er almindeligt, — under de personlige Servituter, som gaa ud paa Brugs- og Frugtsret. Paa den anden Side udsondrede han fra Servituterne de Rettigheder, som gaa ud paa, at Ejeren af en fast Ejendom skal foretage Noget, og stillede dem sammen med de Rettigheder, som gaa ud paa, at Ejeren af en Ejendom skal give Noget, som en særegen Slags tinglige Rettigheder. — Som en tinglig Rettighed nævner Ø. fremdeles den Ret, der erhverves ved Arrest og de øvrige i 5—3—18 N. L. 33 og 1—24—26 N. L. 22—28 omhandlede Retsforfølgninger, idet disse nemlig kunne gjøres gjældende imod Enhver, som tilforhandler sig de Ting, hvorover Debitor ikke gyldig kunde disponere, men dog ikke kunne siges at give Pant i Debtors Gods, eftersom de utvivlsomt ikke give nogen Fortrinsret fremfor ældre Kreditorer¹⁾ og heller ikke give nogen Fortrinsret i Tilfælde af Debtors Fallit (jfr. j. T. 16. B. 2. H. p. 390); og Ø. kunde med Rette betegne det som en Fejl, naar Nørregaard (§ 1894) deraf, at Arrest ikke stiftede en Panteret, ligesaa lidt som Ejendom eller Servitut, sluttede, at den ikke medførte nogen Ret i Tingen. — Til tinglige Rettigheder henregner Ø. endvidere enhver Rettighed, der (ligesom Arrest) gaar ud paa, at en Anden ikke gyldigen kan disponere over visse Ting, og han antager saaledes, at dette gjælder om tinglæste Kjøbekontrakter og andre lignende Kontrakter angaaende faste Ejendomme. Fremdeles mener Ø., at man som en tinglig Ret, der dog ikke kan kaldes

¹⁾ Derimod ansaa Ø. det for tvivlsomt, om de omhandlede Retsforfølgninger ikke maatte gaa forud for den senere af Debitor stiftede kontraktmæssige Gjæld (jfr. j. T. 15. B. 2. H. p. 252--255 og Hdb. 6. B. p. 257).

Ejendom, Servitut eller Pant, maa nævne Odels- og adskillige andre Løsningsrettigheder, og han bemærker med Hensyn hertil: „Slige Rettigheder ere aabenbart Rettigheder i Tingen endog i den Ordets Forstand, hvori Vindicationsret hører til sammes Væsen; thi N. L. 5—3—5 og 15 og D. L. 5—3—22 N. L. 35 vise bestemt, at de ei blot kunne gjøres gjeldende mod Den, der først erhverver Tingen med den til slig Ret svarende Indskrænkning, men og mod enhver tredie Mand“. Endelig har Ø. under de lovbestedte Pante-rettigheder nævnt de Hovedtilfælde, hvor der nu i Almindelighed tales om en lovbestemt Tilbageholdelsesret. (Iøvrigt henvises nærmere til det Følgende.)

Af det Anførte vil det fremgaa, at Ø. har paa- vist, at man i dansk-norsk Ret ikke er nødt til at blive staaende ved de romerske Juristers Opfattelse af, hvilke tinglige Rettigheder der bør opstilles, og det vil tillige ses, at de Rettigheder, som Ø. betegnede som tinglige, i det Væsentlige netop ere de, som i de senere her i Landet fremkomne Fremstillinger af Tingsretten betegnes som saadanne.

Det skal i denne Forbindelse endnu bemærkes, at det ved en under 17. Mai 1802 afsagt (oprindelig i juridisk Maanedstidende 1802 1. B. p. 436—443 og senere i A. f. R. 1. D. p. 22—29 trykt) Hof- og Stadsretsdom blev antaget, at den ældre Besiddelse giver Vindicationsret imod en senere Besidder, der ikke kan bevise sin bedre Ret. Det hedder med Hensyn hertil i Dommen, at det ikke skjønnes, „at den præsumtive Eien- doms-Ret, der ifølge almindelige Retsgrundsætninger og Lovens 5—5—3“ (N. L. 5—5—5), „tilkommer Besidderen, kan bortfalde derved, at han sættes ud af sin Besiddelse, men“, hedder det fremdeles, „det maa tvertimod antages, at han kan tilbagesøge sin Ting fra enhver senere Besidder, der ei for sin Besiddelse kan tilveie-

bringe nogen lovgyldig Adkomst; thi deels kan den eengang erhvervede Rettighed ei betages nogen uden lovlig Aarsag, deels vilde det modsatte medføre, at det i de fleste Tilfælde blev saa godt som umuligt, for en Eier, at bevise sin Eiendomsret, naar Tingen var kommen ud af hans Værge, efterdi det da ei engang kunde være nok, at han fremskaffede sin nærmeste Hjemmelsmand, men dennes Eiendomsret maatte igjen bevises, og saa fremdeles igjennem det hele Tidsrum, der udfordres til at vinde Hævd“. Denne Dom, der har havt en ikke ringe Betydning i den omhandlede Henseende¹⁾, er conciperet af Ø., og det er derfor naturligt, at han i en Afhandling: „Kan Besiddelses-Ret ansees som en Ret i Tingen“ i j. A. Nr. 8 (1806) p. 146—151 og i en Note under Dommen erklærer sig enig i de i Dommen anførte Betragtninger; han slutter den nævnte Afhandling med, at han, hvis man vil sige, at Besiddelsen kun er et Datum, ved hvis Hjælp man kan dokumentere sin Ejendomsret, Intet kan have herimod at indvende.

Med Hensyn til Besidderens Adgang til at vinde Hævd og oppebære Tingens Frugter henvises til det Følgende.

Ejendomsretten defineredes af Nørregaard (§ 364 jfr. ogsaa Dons 2. D. p. 3—4) som en fuldkommen Ret til paa alle mulige Maader at kunne raade over en vis Ting, og i Overensstemmelse med de tidligere Forfat-

¹⁾ Jfr. C. Torp „Besiddelsen og dens Betydning i retlig Henseende“ p. 238.

tere lærte han, (ligesom ogsaa Hurtigkarl)¹⁾, at Ejendomsretten indeholdt 3 specielle Beføjelser, nemlig: 1) Proprietet eller Ret til at raade over Tingens Substants eller over Tingen selv ved at afhænde, ødelægge eller forandre den, 2) Brugsret eller Ret til at bruge og benytte Tingen, forsaavidt dette kan ske, uden at den herved forgaar, og 3) Frugtsret eller Ret til at oppebære Tingens Frugter; af disse Beføjelser ansaas Proprieteten som den vigtigste, saa at den, der havde den, kaldtes Ejer, selv om han ikke havde Brugsretten og Frugtsretten; naar derimod de Rettigheder, som indbefattedes under Proprieteten, vare fordelte mellem flere Personer, taltes der om en ufuldkommen Ejendomsret, og som Exempel herpaa nævnedes, at En havde Brugsretten, Frugtsretten og en Del af Proprieteten (dominium utile, Underejendom) og en Anden den øvrige Del af Proprieteten (dominium directum, Overejendom)²⁾.

Urigtigheden af den nævnte Definition af Ejen-

¹⁾ Dons 2. D. p. 128 ff., Kongsley 2. B. p. 117 ff., Nørregaard §§ 364 og 365 jfr. hans Naturret § 313 ff. og Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 12 ff.

²⁾ Den nævnte Opfattelse af Ejendomsretten fandtes ogsaa dengang andetsteds. Det ovenfor Anførte stemmer saaledes i det Væsentlige med Wolffs „Institutiones juris naturæ et gentium“ § 198, og i den preussiske Landret 1 Th. 8 Tit. § 9 ff. jfr. 18 Tit. findes omtrent de samme Inddelinger som de ovenfor angivne. Det maa her ogsaa erindres, at man dengang i Almindelighed tillagde emphyteuta og superficiarius dominium utile jfr. Hofacker „Principia juris romano-germanici“ tomus 2. § 1034 ff. (1794) og Thibaut „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts“ 2. B. (1801) 3die Afhandling, i hvilken det Urigtige heri paavises, jfr. dog endnu Glück „Ausführliche Erläuterung der Pandekten“ 8 Th. (1807) p. 80—83 og 383 ff.

domsretten paaavises nu af Ø., (Suppl. 3. B. p. 184—189 og Hdb. 3. B. p. 506—512). Han gjør i saa Henseende opmærksom paa, at der jo kan være indrømmet Andre en Brugsret over Personens Ting, og at i ethvert Borgersamfund, (udenfor hvilket Ejendomsret antages ikke at kunne finde Sted,) al Ejendom er begrænset ved den Ret, som Staten gjennem Loven og Regjeringen udøver derover til det almindelige Bedste, og at man saaledes aldrig i Staten kunde kaldes Ejer, hvis Ejendomsretten skulde være Ret til at raade over Tingen paa enhver mulig Maade, selv om herved kun sigtedes til en retmæssig Maade. Da nu imidlertid saavel Lovene som den conventionelle Sprogbrug gjør det nødvendigt at kalde en Person Ejer, skjøndt han ikke har al Disposition over Tingen, opkaster Ø. det Spørgsmaal, hvad der da er det Særegne for Ejendomsretten i Modsætning f. Ex. til en Servitut, og han besvarer dette Spørgsmaal derhen, at Ejendomsretten er en vedvarende, for sig bestaaende og omfattende Raadighed over Tingen, og at derfor den, hvem der tilkommer en reel Servitut, ikke kan siges at være Ejer, fordi hans Ret ikke omfatter den tjenende Ting i Almindelighed men blot bestaar i visse Omissioner eller Passioner. I Forbindelse hermed bemærker Ø., at man ikke ophører at være Ejer, fordi man har overdraget en Anden en midlertidig Ret over Tingen, der maaske giver denne, saalænge den varer, endog mere Raadighed over Tingen end den, Ejeren midlertidig kan udøve, og at det saaledes ikke kan anses for en Mangel i Ens Ejendomsret, at Tingen er bortlejet eller bortforpagtet, endog for lang Tid, ja selv i flere Generationer. Selv om der er givet et Arvefæste, saa formenes dog, naar dette er givet paa den Maade, at Fæstet vel gaar i Arv efter visse Regler, men Arvefæsteren iøvrigt ikke kan sælge eller pantsætte Ejendommen, Ejendoms-

retten ikke at være gaaet over til Arvefæsteren, idet Arvefæsterettigheden ophører med den arveberettigede Slægt og Ejendommen da vil falde tilbage til den oprindelige Ejer; ja selv om Arvefæste tænkes stiftet paa en saadan Maade, at Arvefæsteren vel maa overlade Ejendommen til hvem han vil, men den dog igjen falder tilbage til den tidligere Ejer, naar den arveberettigede Slægt er uddød, saa at den Fremmede, der imidlertid er kommen i Besiddelse af Ejendommen, blot kan siges at besidde den som Vicarius for den vedkommende Slægtning, antages en egentlig Ejendomsret ikke at være forbunden med Arvefæstet. I Henseende derimod til det almindelige Arvefæste med Ret til at sælge og pantsætte, bemærker Ø., at Lovgivningen (jfr. Frd. 8. Januar 1810 § 26, Frd. om Afgift af faste Ejendomme af 8. Februar 1810 § 6, Pl. 18. August s. A., Pl. 9. Juli 1813 § 3, Sp.-Regl. 22. Marts 1814 § 84 og Frd. 15. April 1818 §§ 5 og 6) erklærer saadanne Arvefæstere for Ejendomsmænd og betragter dem som Ejere imod en paa Ejendommen hvilende særdeles Forpligtelse, medens den, hvem den aarlige Canon skyldes, og som i Systemerne hedder Overejjer (*dominus directus*), i Lov- og Forretningssproget ordentligvis end ikke bliver betragtet som delagtig i Ejendommen men helst blot kaldes Afgiftsejer (Frd. 1. October 1802 § 16 og Frd. 15de April 1818 § 7). Ø. finder derfor ogsaa Terminologien Overejendom og Underejendom eller *dominium directum* og *utile* uheldig, eftersom Overejendom ikke er Ejendomsret (jfr. Hdb. 3. B. p. 503—504 og 513), og ligeledes paaviser han, at den ovenfor omtalte Udsondring af Ejendomsrettens Beføjelser i Proprietet, Brugsret og Frugtsret langt fra er heldig. Forøvrigt maatte Ø., da Hdb. slutter sig til Hurtigkarls Lærebog og Systemet i denne tildels er bygget paa en Sondring mellem fuldkommen og ufuldkommen Ejen-

dom, ogsaa følge Hurtigkarl heri, men hvor liden Vægt han selv lægger paa denne Inddeling, viser blandt Andet den Omstændighed, at han (Hdb. 4 B. p. 55-56) erklærer det for ikke stort mere end en Ordstrid, om en Stamhusbesidder skal kaldes fuldkommen eller ufuldkommen Ejer over Stamhuset, og at han (Hdb. 4 B. p. 196) ligeledes erklærer det for en Ordstrid, om man vil kalde den Ejendomsret, som haves over en Ejendom, hvorpaa der hviler en fast aarlig Afgift, for ufuldkommen eller indskrænket.

I Henseende til de Maader, hvorpaa Ejendomsret erhverves, skjelnedes der i de ældre Fremstillinger af den dansk-norske Ret, i Overensstemmelse med Hugo Grotius¹⁾, mellem de oprindelige Erhvervelsesmaader, ved hvilke Ejendomsret erhverves over res nullius, og de overdragende eller derivative, hvorved Ejendomsret erhverves over Ting, som paa den Tid, Rettigheden over dem erhverves, ere undergivne Andres Ejendomsret. Exstinctive Erhvervelsesmaaader opstilledes ikke som saadanne, og efter det Udgangspunkt, hvorfra man dengang gik ud, lode de sig ogsaa vanskelig forklare. Man gik nemlig, som anført af Ø. i den oftere omtalte Afhandling om Regjeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet (Eunomia 1. D.), ud fra, at alle Mennesker oprindeligt havde en lige Adgang til de i Sanserverdenen forhaandenværende Gjenstande, men at denne lige Adgang maatte ophøre, naar det enkelte Menneske tilegnede sig en af disse Ting for at benytte den som udelukkende Middel for sine Interesser, og at, naar dette var sket, Ejendomsretten over Tingen da ikke

1) „De jure belli ac pacis“ Lib. 2, Cap. 3, § 1, jfr. ogsaa Wolff „Institutiones juris naturæ et gentium“ § 195 og Pars 2. Cap. 2 og Cap. 5.

kunde gaa over til en Anden, uden at den nye Ejers Ret maatte støttes paa den tidligere Ejers Ret. Hævd opstilledes nok som en Erhvervelsesmaade, men at Ejendomsret herigjennem kunde erhverves, forklaredes ofte baade af danske og fremmede Forfattere paa den Maade, at Ejeren af Tingen ved ikke i længere Tid at gjøre sin Ret gjældende ligeoverfor den, der besidder Tingen, maa antages at have givet Afkald paa Tingen¹⁾.

Idet Ø. derimod, i Modsætning til de tidligere Retslærere, hævdede, at Ejendomsretten ikke kan støttes paa Personlighedsprincippet, men maa støttes paa Samfundsprincippet, maatte dette ogsaa faa Indflydelse paa Opfattelsen af de forskjellige Maader, hvorpaa Ejendomsret erhverves. Han hævdede saaledes, at der maa tages Hensyn til det hele Samfunds Interesser, naar der spørges om, hvorvidt der ved Bemægtigelse kan erhverves Ejendomsret for den Enkelte over de oprindeligvis for Alle fælles Ting, og hvad der i saa Fald maa udkræves hertil. Fremdeles gjorde han, som tidligere anført, gjældende, at Grunden til Ejendomsrets afledte Erhvervelse ikke alene kan søges i dens Villie, fra hvem Ejendommen gaar over, men at der ogsaa her maa tages Hensyn til det retlige Samlivs Tarv. Endelig maatte det, efter den nævnte Begrundelse af Ejendomsretten, stille sig meget naturligt for ham, at der gives *extinctive* Erhvervelser²⁾, og naar han, som allerede anført, har forsvaret den Sætning, at Penge og Gjældsbreve, som lyde paa Ihænde-

¹⁾ jfr. Hugo Grotius „De jure belli ac pacis“ Lib. 2 Cap. 4, Wolff „Institutiones juris naturæ et gentium“ §§ 450—451 og 463—464 og Nørregaard „Natur-Rettens første Grunde“ § 357 ff.

²⁾ jfr. Aagesen „Om Singulærsukcession i Formuerettigheder inter vivos“ p. 126—127.

haveren, ikke kunne vindiceres fra den godtroende Erhverver; gaar dette jo, som af Aagesen¹⁾ anført, i Virkeligheden ud paa at anerkjende en exstinctiv Erhvervelse for vedkommende Besidder. Han kom derfor ogsaa til en langt naturligere Begrundelse af Ejendomshævden end den tidligere omtalte, idet han søgte Hovedgrunden til Ejendomshævd i sammes Nødvendighed for Ejendomsrettens Betyggelse; i saa Henseende fremhævede han (jfr. j. A. Nr. 25 (1810) p. 140), at Hævd „er aldeles fornøden, naar den, som ved en i sin Form retmæssig Adkomst har erhvervet en Ejendom, nogen sinde skal være sikker paa, at denne virkelig bliver hans Ejendom, og ikke kan blive ham fravunden af en fysisk eller moralsk Person, der kan godtgjøre, at Tingene, for en lang Række af Aar, har tilhørt ham, eller nogen, i hvis Sted han træder, uden at det kan oplyses, at den senere lovlig er bleven ham fraskilt.«

Betegnelsen Tilvæxt eller Accession²⁾ brugtes af Hurtigkarl og de ældre Forfattere i en langt videre Betydning, end der nu er almindelig. Tilvæxt defineredes af Hurtigkarl, — i det Væsentlige i Overensstemmelse med de tidligere Forfattere, — „som en Maade at erhverve Eiendom over en Ting ved det, at den enten udgjør eller har udgjort Eet med en os tilhørende Ting“, og Hurtigkarl bemærkede med Hensyn hertil, at det af Definitionen vilde ses, „at i enhver Tilvæxt

¹⁾ „Indledning til den danske Formueret“ p. 5—6 og 21—22.

²⁾ jfr. Dons 2. D. p. 134 ff., Kongslev 2. B. p. 121 ff., Nørregaard § 535 ff., Hurtigkarl 2 D. 1. B. p. 198 ff. og Ø. Hdb.

4. B. p. 276—305.

forudsættes nødvendigvis tvende Ting, af hvilke den ene, som kaldes Hovedtingen (principale), altid ejes af een eller flere Personer og forskaffer den eller dem, som den tilhører, Eiendomsret over den anden, som kaldes den tilkomne Ting (accessorium)¹⁾; han anførte derhos, at det i Mangel af udtrykkelig Bestemmelse i Lovene i de fleste Tilfælde er rigtigst at betragte den Ting, der er af størst Værdi, som Hovedtingen.

Den anførte Definition finder Ø. ikke aldeles tilfredsstillende. „Den er“, skriver han, (Hdb. 4 B. p. 276) „for vidtløftig, forsaavidt den ogsaa indbefatter en Tings Frugter, der uden Tvivl bør skilles fra Accessioner, hvilke forudsætte en tilfældig, ved en udvortes Begivenhed fremkaldt, Forbindelse“¹⁾. „Paa den anden Side“, siger Ø. (p. 277), „er Definitionen for indskrænket“, og han anfører i saa Henseende blandt Andet, at den ikke omfatter det Forhold, som opstaar ved Specification, uagtet dette Forhold, der iøvrigt aldeles ikke berøres hos Hurtigkarl, men vel hos de tidligere Forfattere, dog i Almindelighed ansaas for en Art af Tilvæxt.

Fremdeles ytrer Ø., (p. 277 — 278) at det er „mindre nøiagtigt at definere Accession som en Erhvervelsesmaade, da der ingenlunde altid virkeligen skeer nogen Erhvervelse ved den Begivenhed, hvorved Noget, der i sig selv ikke vedkommer Eens Eiendom, sættes i Forbindelse med samme“. „Tvertimod“, skriver han, „medføre slige Begivenheder oftest en Afgang og Foringelse i de respective Eiendele, som forhen tilhørte flere Interessenter. Den hele Materie burde derfor og optage en anden Plads i Systemet, end man pleier der at give samme; og den største Deel deraf maatte vel helst slutte

¹⁾ Ø. bemærker imidlertid, at adskillige Retslærere henføre alle Frugter til Accessioner, og at hermed ogsaa stemme code civil art. 547 og den østerrigske Lovbog §§ 404 og 405.

sig til den almindelige Lære om Eiendomsretten og den af samme flydende Vindicationsret; thi Accessionslæren gaaer fornemmelig ud paa de Modificationer, denne Ret lider ved de Forviklinger, som Begivenheder af det forommeldte Slags medføre“. Endelig gjør Ø. ligeoverfor Hurtigkarl opmærksom paa, at de ved en tilfældig Begivenhed forbundne Ting ingenlunde altid forholde sig til hinanden som Hovedting og tilkomne Ting, f. Ex. ved Sammenstyrning af Ting, der tilhøre forskjellige Ejere, og at man heller ikke efter Sagens Natur ubetinget kan betragte den Ting, der er af størst Værdi, som Hovedtingen, idet navnlig den Grund, hvorpaa der bygges eller plantes, maa betragtes som Hovedting, om den end maatte være af mindre Værdi end Bygningen eller det Plantede.

I Henseende til Tilvæxt skjelnedes der tidligere¹⁾, navnlig mellem den naturlige eller den, som frembragtes ved Naturens Virkning (herunder henførtes „Affødning af vore Creature“, Elvesengens Forandring og lignende Forandringer), den kunstige eller den, der frembragtes ved Menneskenes Flid (herunder henførtes Paabygning, Sammenføjelse, Sammenblanding og Specification), og den blandede, som frembragtes baade ved Naturen og menneskelig Flid (herunder henførtes Sæd i anden Mands Jord, Plantning i anden Mands Jord og Frugters Oppebørsel af en Andens Ting. Hele denne Inddeling finder Ø. hensigtsløs, dersom man ikke vil indskrænke de saakaldte kunstige Tilvækster til det Tilfælde, hvor Nogen frivillig forener sin Ting eller sit Arbejde med en fremmed Ting; der er derfor, naar det i det Følgende skal søges paavist, hvilken Betydning Ø. har havt i Henseende til Behandlingen af de enkelte Tilvæxttilfælde, ingen Anledning til at

¹⁾ jfr. ogsaa Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen 6. Udg. (1798) § 308 ff. og den østerrigske Lovbog § 404.

lægge den nævnte Inddeling til Grund for Fremstillingen, men i Overensstemmelse med, hvad der nu er Tilfældet i Systemerne, skulle følgende Tilfælde fremhæves:

I. I Tilfælde af, at der opstaar Vand, hvor der tidligere var Land eller omvendt, henviste man tidligere, ligesom nu, til N. L. 5—11—5, men medens Hurtigkarl mente, at denne Artikel direkte kun taler om „Elvesengens Forandring“, bemærker Ø. (p. 280—281), at den ikke blot handler herom men ogsaa om Til- og Fraskyllelser samt i Vandet opkomne Øer, og at Artiklens Princip er, „at de Naturforandringer, hvorved det tørre Land forvandles til Aae og Aaen til tørt Land, Intet forandre i Eiendomsretten, men at Enhver beholder den Strækning af Eiendom, som han forhen havde, dens forandrede physiske Egenskaber uansete.“ Han finder det klart, at denne Grundsætning ogsaa maa gjælde i Danmark, eftersom der ingen naturlig eller i Loven hjemlet Retsgrund kan angives, hvorfor nogen af Parterne skulde være forpligtet til at fratræde noget af sin ved Naturens Løb forandrede Ejendom eller være berettiget til at fordre samme ombyttet med en Andens ligeledes ved en Naturvirkning forandrede Ejendom, og han mener, at denne Grundsætning ogsaa maa komme til Anvendelse i det Tilfælde, at Naturbegivenheder pludselig og med Magt bortføre en Ejers Grund (avulsio vel vis fluminis) eller forvandle denne til en Aa. Ø. fremhæver særlig, at det efter N. L. 5—11—2, 4 og 5, hvormed og D. L. 5—10—42 stemmer overens, altid er den gamle Midtstrømslinie, der vedbliver at danne Grænsen mellem de paa begge Aabredder værende Grundejeres Ejendomsret over Aaen, og at kun, forsaavidt behørig Oplysning ej lader sig tilvejebringe om den gamle Midtstrømslinie, maa den nuværende tjene til Regel. — Forsaavidt der indvindes Grund fra Havet ved

Lands Afsætning, (et Tilfælde, som ikke tidligere omtales,) maa efter Ø's Mening den indvundne Grund tilhøre den, som ejer en umiddelbart dertil stødende Grund, ligesom han omvendt maa finde sig i Grundens Formindskelse ved Fraskyllelser.

II. Det Tilfælde, at Nogen bygger med Andres Materialier paa sin egen Grund, omtales i Almindelighed ikke hos de ældre Forfattere. Ø. lærer herom (p. 287 — 290), — i Overensstemmelse med hvad der nu er den almindelige Lære, — at Ejeren af Materialierne ikke kan være beføjet til, støttende sig paa den med Ejendomsretten forbundne Gjensøgelsesret, at fordre Bygningen nedrevet, for at hans Materialier kunne blive ham tilbageleverede. Han støtter dette paa den Grundsætning, at Ejerens Vindicationsret i Tilfælde af, at hans Ting er kommen i en saadan Forbindelse med en Andens Ting, at den ikke uden Ødelæggelse eller Tab kan gives tilbage, maa indskrænkes saaledes, at Ejeren i Stedet for at kræve sin Ejendom tilbage, maa lade sig nøje med Erstatning for dennes Værdi. Dette Princip, der staar i en naturlig Forbindelse med det Samfundsprincip, hvorpaa Ejendomsretten efter hans Mening hviler, kommer han ofte tilbage til i Tilvæxtmaterien, og han finder, at der i det her omtalte Tilfælde er saa meget mere Grund til den nævnte Indskrænkning i Vindicationsretten, som Bygningsmaterialier i Almindelighed høre, eller nærme sig til den Klasse af Ting, hvor der ikke saa meget ses paa den individuelle Ting som paa genus¹⁾. Af denne Grund mener han endog, at selv om den, i hvis Bygning

¹⁾ Ø. henviser til, at de fremmede Lovgivninger, som have givet Bestemmelser om Forholdet, gaa i den anførte Retning, saaledes Justinians institutiones § 29 Lib. 2—1, den preussiske Landret 1. Th. 9. Tit. §§ 334 og 335, code civil art. 554 og den østerrigske Lovbog § 417.

fremmede Materialier ere indlemmede, svigagtigen har erhvervet disse, kan han dog i Almindelighed ikke søges til at nedbryde Bygningen for at udlevere Materialierne, eftersom en Paastand, der gik ud herpaa, og som alene kunde hidrøre fra Chicane, ikke vilde fortjene Beskyttelse, hvorimod Ejeren af Materialierne selvfølgelig kan fordre fuldstændig Erstatning. Saa fremt derimod de Ting, der ere indlemmede i Bygningen og blevne faste Bestanddele af samme, ere saadanne, som dels have en betydelig og mere individuel Værdi end de egentlige Bygningsmaterialier, dels kunne bortskilles fra Bygningen uden nogen Destruction af samme, antages der ikke at være Grund til at nægte Tilbagesøgningsretten. Dernæst bemærker Ø: „Iøvrigt bør uden Tvivl Eieren af Bygningsmaterialier ikke derved, at der nægtes ham Ret til at tilbagesøge disse in natura, tabe den Sikkerhed og Forret, som et reelt Søgemaal giver fremfor det, der er blot personligt. Materialierne ere dog hans virkelige Eiendom, og Tilbagesøgningsretten nægtes ham blot formedelst Collisionen med anden Mands Ret. Herved forandres blot Formen af hans Ret, men dennes Væsen bør desuagtet, saavidt muligt, vedligeholdes. Han bør altsaa, i Tilfælde af Conkurs, nyde den ham tilkommende Godtgjørelse af den Sum, der kan udbringes af Bygningen, forlods, ogsaa fremfor Panthaverne i samme. Disse kunne, ligesaa lidet som selve Eieren, der ei har kunnet pantsætte mere, end hans var, tilegne sig Bygningen eller dennes Provenue, uden først at indløse de Dele af Bygningen, der ere anden Mands sande Eiendom“.

Lignende Synspunkter bringer Ø. (p. 295—299) til Anvendelse paa det Tilfælde, at en Person forener en Andens rørlige Ting med sin rørlige Ting. Medens nemlig Hurtigkarl opstillede som en almindelig Regel,

at enhver Ejer bør have sit tilbage, naar Tingene kunne adskilles, fremhæver Ø., at denne Regel ikkun ubetinget kan være anvendelig, naar Adskillelsen kan ske uden Skade, hvorimod der, naar Afsondringen ej kan ske uden betydelig Skade, og naar Tingens Beskaffenhed medfører, at der kun kan ligge ringe Vægt paa, at den Vedkommende faar den samme individuelle Ting tilbage, kan, ligesom ved Paabygning, være Grund til at nægte Ejeren af den enkelte Ting Ret til at fordre Adskillelsen, men Ø. tillægger da, ligesom ved Paabygning, den, hvem denne Ret nægtes, en tinglig Ret i den nye Ting til Beskyttelse for det ham tilkommende Krav. Hvorledes denne Ret nærmere skulde betegnes, og paa hvilken Plads den skulde henføres i Systemet over de tinglige Rettigheder, det fandt Ø. efter hele sin Aandsretning ikke Anledning til at gjøre til Gjenstand for særlig Granskning; det væsentlige for ham var at vise, at den Paagjældende ikke blot har en obligatorisk Ret, men er tingligretlig beskyttet, og derhos at angive, hvorledes det tingligretlige Fællesskab, som saaledes kan opstaa mellem Ejerne af de tidligere særskilte Ting, skal løses, og i saa Henseende giver han nogle vejledende Regler, ved hvilke der tages Hensyn til de forskjellige Kombinationer, som her kunne møde. — Lige med det Tilfælde, at flere Ejeres rørlige Ting ere forenede, behandler han (p. 293—295) ogsaa Specificationstilfældet. Specification skjelner, bemærker han, sig kun deri fra de Accessionstilfælde, hvor Ting, der tilhøre forskjellige Personer, forenes, deri, „at det ei er en materiel Tilsætning, den Enes Ting uden hans Villie har faaet af en Anden, men at det kun er en ny Form, et Product af dennes Flid og Arbeide, hiins Ting har faaet.“ „Men“, skriver han fremdeles, „det er i sig ligegyldigt, om det, Een tilføier en Andens Ting, er en ny Form

eller en ny Materie. Denne sidste har dog ogsaa som brugbar Gjenstand, endog naar den bestod i et raat Stof, sin Oprindelse fra Eierens Flid eller fra Andres Flid, som ved Eiendoms Overdragelse umiddelbart eller middelbart er gaaet over paa ham“.

Naar Nogen har saaet anden Mands Sæd i sin Jord, anser Ø. det i Henhold til de ovenfor udviklede Grundsætninger for utvivlsomt, at Grundejeren maa beholde Sæden imod derfor at give Erstatning, men han tillægger ikke her Sædens Ejer nogen tinglig Ret.

III. Naar Nogen bygger med sine Materialier paa en Andens Grund, opstillede man tidligere som en ubetinget Regel, at den Byggende i Henhold til 6—15—17 N. L. 18 jfr. D. L. 5—10—49 var pligtig at tage Bygningen bort. Ø. gjør nu (p. 282—286) opmærksom paa, at 6—15—17 N. L. 18 forudsætter, at Nogen uden al Adkomst, skjøndt maaske vel i god Tro, har bygget paa en Andens Grund, men at der ogsaa er andre Lovbud, der handle om Paabygning paa Andens Grund, nemlig D. L. 5—10—16, N. L. 3—14—32, Frd. 29. April 1752 § 1, Frd. 14. Januar 1771 § 8, Frd. 8. Juni 1787 § 5 og Pl. 10. August 1813 § 12, samt at disse Lovbud forudsætte, at den Paagjældende har haft en særdeles Adkomst til at opføre Bygningen, og nogle af dem endog, at han var Grundens Ejer, hvorfor de give den Byggende Ret til Erstatning, forsaavidt Bygningerne have været nødvendige eller i det mindste nyttige, (ja Pl. 10. August 1813 § 12 antages end ikke at gjøre denne Fordring). — Saa fremt den Byggende dernæst har besiddet den en Anden tilhørende Ejendom, paa hvilken han har bygget, i god Tro og tillige med en i sin Form tilstrækkelig Adkomst, bemærker Ø., at dette Tilfælde vel ikke er aldeles ligt med de i de sidstnævnte Lovbud nævnte,

men at det dog endnu mindre kan stilles lige med det i 6—15—17 N. L. 18 omhandlede Tilfælde, og at det aabenbart strider imod Billighed og heller ikke synes at have nogen tilstrækkelig Retsgrund for sig, at den, der med en aldeles retsmæssig Adkomst har besiddet en Ejendom, skulde have tabt Alt, hvad han har anvendt paa at forbedre den Ejendom, han i lovlig Form og troskyldigvis havde erhvervet, forsaavidt han ikke kan bortføre samme. „Hvad han saaledes,“ ytrer Ø., „har tilføiet den oprindelige Ting, er ligesaa vel hans, som selve denne Ting er den tredie Mands, der søger den tilbage, og Lovene bør i denne Collision imellem Fleres Rettigheder ikke begunstige den Ene paa den Andens Bekostning, men, saavidt muligt, forene begges Ret. Intet er derfor naturligere, end den Grundsætning, der og, saavidt vides, er antagen i enhver Lovgivning, som har truffet Bestemmelser om denne Gjenstand, at en saadan Besidder ved Ejendommens Fratrædelse kan af Eieren fordre Godtgjørelse saavel for alle nyttige Bygninger, han har opført paa samme, som for enhver anden Forbedring, han har givet Eiendommen, dog saaledes, at de af ham anvendte Omkostninger ikke blive at erstatte videre, end som de virkeligen have givet Ejendommen, ogsaa i rette Eiers Værge, en forøget Værdi“. — Ø. opkaster dernæst det Spørgsmaal, om 6—15—17 N. L. 18 ikke bør være en Lempelse underkastet for det Tilfælde, hvor Nogen for største Delen opfører en Bygning paa sin Grund, men overskrider Grænserne for samme og bygger lidet ind paa Naboens, og i Overensstemmelse med hvad han, som ovenfor omtalt, antager for det Tilfælde, at en Ejer paa sin Grund har bygget med Andres Materialer, er han ogsaa tilbøjelig til at mene, at den, paa hvis Grund der er bygget ind, er uberettiget til at fordre en hel bekostelig Bygning nedrevet, for at hans Grund igjen kan komme til hans Disposition, men at

han, naar det befindes, at hans Interesse heri ikke staaar i Forhold til den Andens Tab ved saadan Nedrivning, maa finde sig i, at Bygningen bliver staaende mod fuld Skadesløsholdelse for den i Besiddelse tagne Grund¹⁾. — Sluttelig bemærker Ø., at da 6—15—17 N. L. 18 ligesaa lidet tillægger Grundejeren Ret til at beholde den ulovlig opførte Bygning, som den Byggende derved erhverver Grunden, finder der efter dette Lovbud aabenbart ikke nogen Slags Erhvervelse Sted.

Naar Ting, som tilhøre Nogen, ved en Naturbegivenhed styrte eller blæse eller paa anden Maade kastes ind paa en Andens Grund, uden dog dermed at indgaa nogen Forbindelse, antager Ø. (p. 291—292), at de utvivlsomt maa kunne tilbagesøges, men saafremt Borttagelsen af det, der saaledes er indkastet paa en Andens Grund, maatte medføre nogen særlig Skade, antages Erstatning at burde gives af den, til hvis Fordeel Borttagelsen er iværksat. Kun med Hensyn til Frugter, som Vindens Magt maatte føre fra den ene Nabos Grund ind paa den andens, formenes Tilbagegivelse næppe at kunne fordres, idet det anses for en almindelig antagen og naturlig Regel, at saadanne Frugter tilhøre den, paa hvis Grund de falde, ligesom det Modsatte ogsaa antages at ville lede til Vidtløftigheder og Fortrædigelser, som ere uden Forhold til Værdien.²⁾

Med Hensyn til det Tilfælde, at Nogen saar sin Sæd i anden Mands Jord, anførte de ældre Forfattere Bestemmelserne i 6—15—9—11 N. L. 10—12, men de indlode sig ikke paa nogen nærmere Fortolkning af samme (kun

¹⁾ Ø. henviser med Hensyn hertil til den preussiske Landret 1 Th. 9. Tit. § 341 og code civil art. 555, saaledes som denne Artikel var bleven fortolket.

²⁾ Ø. henviser til den preussiske Landret 1 Th. 9. Tit. § 292 jfr. §§ 293 og 294.

Dons gjorde nogle faa Bemærkninger i saa Henseende). Ø. derimod paaviser (p. 299—301), at de nævnte Lovens Artikler ikke kunne udstrækkes til ethvert Tilfælde, hvor Nogen har saaet paa en Andens Jord. Han bemærker med Hensyn hertil, at Artiklerne aabenbart ikke angaa det Tilfælde, hvor den Paagjældende har en lovlig grundet Brugsret af anden Mands Jord, og at heller ikke den, der i god Tro og med en i sin Form retmæssig Adkomst har besiddet den Jord, han dyrkede, kan behandles efter 6—15—11 N. L. 12, fordi det siden opdages, at Jorden var en Andens Ejendom. Han paaviser nærmere, at de tvende Alternativer i 6—15—11 N. L. 12 ikke passe paa det Tilfælde, hvor den Saaende, uden at have nogen Overdragelse fra selve Ejerens Side at paaberaabe sig, dog har en i sig retmæssig Adkomst til Jordens Besiddelse, og at Artiklen aabenbart kun har Hensyn til de Tilfælde, hvor Flere have tilgrænsende Jorder, hvis Grænser ej ere saa tydelige, at jo en mulig Fejltagelse af egen og Naboens Jord kan finde Sted, i hvilken Henseende han henviser til den paafølgende Art. 12 N. L. 13. Idet Ø. saaledes mener, at det førstnævnte Tilfælde ligger udenfor 6—15—11, N. L. 12 antager han, at dette maa behandles efter almindelige Grundsætninger, og at den Saaende ifølge disse, naar han maa fratræde Jorden, inden han faar høstet den deri nedlagte Sæd, maa have Erstatning, ligesaavel for Bearbejdnings-Bekostninger som for det anvendte Frø. „En saadan Rettighed er“, bemærker Ø., „endnu mere klar, dersom den Adkomst, hvormed han har besiddet Jorden, ikke blot har været en putativ, men han virkeligen paa den Tid, han dyrkede Jorden, havde en i alle Henseender gyldig Ret dertil, skjøndt han inden Indhøstningen maa fravige Besiddelsen, see 2—13—5 jfr. 14“.

I Henseende til Plantning i en Andens Jord vare de ældre Forfattere tilbøjelige til at skjelne mellem

Træer og andre Planter og at behandle Plantning af Træer efter Reglerne om Paabygning, saaledes at den, der plantede Træer, skulde være baade berettiget og forpligtet til at borttage Træerne, medens andre Planter skulde behandles som Sæd. Ø. gjør her (p. 301—302) opmærksom paa, at disse Planter deri kunne være væsentligen forskjellige fra Sæd, at de ikke blot give et Produkt ved hvert Aars Høst, men ogsaa i længere Tid kunne være til Nytte, og at i saadanne Tilfælde den Plantende, efter Omstændighederne, kan have Adgang til en Godtgjørelse for Planterne, uagtet han efter 6—15—10 N. L. 11 indhøster dette Aars Afgrøde. Med Hensyn til Træplantninger bemærker Ø., at disse ikke altid uden Skade, dels for den Plantende dels for Grundens Ejer, kunne borttages, og at Grundens Ejer derfor — i Overensstemmelse med, hvad der antages at gjælde med Hensyn til Paabygning, — kan være dels berettiget dels forpligtet til at beholde Plantningen og derfor give Erstatning. — I denne Forbindelse bemærker Ø. (p. 302—304), at D. L.s 5—10—20 uden Tvivl tidligere misforstodes, naar denne Artikel af Hurtigkarl med Flere ansaas som Regel for det Tilfælde, at en Skov støder til anden Mands derved liggende særskilte Mark, som dog ikke ved Skjel er adskilt fra samme, idet Lovstedet efter Ø.s Mening kun sigter til det Tilfælde, hvor paa en og samme Jordstrækning den Ene har Græsningsret, den Anden Ret til Skoven, i hvilken Henseende han henviser til den i den efterfølgende Artikel udtalte Forudsætning.

IV. Hvad angaar Besidderens Frugtoppebørselsret, vare de ældre Forfattere tilbøjelige til at anvende 5—5—4 N. L. 6. paa alle Besiddere, baade de troskyldige og svingagtige (Brorson¹) undtager dog den, der ved en Misgjerning har erholdt Besiddelsen af Tingen. De

¹) „Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 1 B. (1793) p. 457.

henviste i saa Henseende til Artiklens almindelige Udtryk, og som Grunde til, at Lovgiveren skulde have givet den nævnte Regel ogsaa for den svigagtige Besidder, anførte Nørregaard, „deels, at Lovgiveren har villet forebygge de mange og vanskelige Trætter, som han forudsaae ville opstaae i Henseende til Beregningen af de Frugter, som en Besidder i sin Besiddelsestid enten virkelig havde, eller kunde have oppebaaret; deels, at Statens Borgere, ved saaledes at miste deres Tings Frugter, kunde opmuntres til at være aarvaagne over deres Ting, og ei forsømme, saasnart som muligt, at bruge deres Rettigheder; og endelig, at Besidderen ved denne ham forundte Fordeel kunde have en tilstrækkelig Grund til at dyrke og benytte sig af Tingen paa den rette og for det Almindelige nyttigste Maade“. I en Afhandling i j. A. Nr. 12 p. 1—13 (1807, 3: før Hurtigkarls Lærebog), hvilken Afhandling senere er optagen i A. f. R. 6. D. p. 199—210, har Ø. derimod søgt at godtgjøre, at den nævnte Artikel ikke kan komme til Anvendelse paa den svigagtige Besidder. Han paa-beraaber sig i saa Henseende, at 5—5—4 N. L. 6, hvis den skulde anvendes paa enhver Besidder, vilde indeholde en højst betydelig og omfattende Undtagelse fra den Regel, at den overbeviste forsætlige Fornærmer bør give Erstatning og den bevislig Fornærmede holdes skadesløs, men at der ikke kan tænkes nogen rimelig Grund for en saadan Afvigelse fra Retfærdighedens og Lovens almindelige Grundregler. Han paaviser derpaa, at de ovenfor omtalte af Nørregaard anførte Grunde ere uden videnskabelig Værd. Naar det saaledes anførtes, at Lovgiveren ved Artiklens almindelige Regel skulde tilsigte at forebygge Processer, som ellers let kunde opstaa, bemærker Ø., at Lovgiveren i sin Om-sorg for at forebygge Processer vilde gaa for vidt, naar den derved vilde lade sig bestemme til at nægte

Borgerne de klareste Rettigheder, og at man paa den Maade let kunde gjøre Ende paa Processer, men da ogsaa ligesaa godt undvære den borgerlige Forfatning. Ø. godtgjør derhos, at det ikke kan være forbundet med særdeles Vanskelighed at oplyse Størrelsen af Ejerens Krav, idet i alt Fald uvillige Mænd kunne ved deres Skjøn bestemme, hvilke Indkomster Ejeren kunde have oppebaaret af Tingen i den Tid, han uretmæssigen var sat ud af dens Besiddelse, i hvilken Henseende Ø. bemærker, at det jo er ligegyldigt, hvilke Fordele Besidderen virkelig har nydt, eftersom det er Ejerens Ret til Skadeløsholdelse, som indeholder Grunden til den Godtgjørelse for Frugterne, som Besidderen skylder. Naar det dernæst anførtes, at Statens Borgere ved at miste Frugterne kunde opmuntres til at være aarvaagne over deres Ting, bemærker Ø., at Ejeren jo uden den mindste Forseelse kan miste sin Ting og, uagtet al anvendt Flid, i lang Tid ikke være i Stand til at faa den tilbage, og at, selv om der var begaaet culpa fra Ejerens Side, dette dog ikke vilde indeholde den mindste rimelige Grund til, at den svigagtige Besidder skulde vinde paa hans Bekostning. Naar det endelig anførtes, at Besidderen ved den ham forundte Fordel kunde have tilstrækkelig Grund til at dyrke og benytte Tingen paa den rette og for det Almindelige nyttigste Maade, bemærker Ø., at det vilde være „en Urimelighed, at Lovgiveren skulde opmuntre Røvere, Tyve, Bedragere, til at gjøre sig deres Fangst saa nyttig som muligt, ved at betrygge dem Fordele, som end ikke en senere Opdagelse af deres Misgjerning kunde skille dem ved, og at han, for at hine smukke Folk ei skulde savne slig Opmuntring, skulde skille den Forurettede ved hans utvivlsomme Ret“; men forøvrigt bemærker Ø., at det ommeldte Argument ogsaa fra en anden Side er aabenbart urigtigt, idet den svig-

agtige Besidder har lige Grund til at gjøre sig Tingen saa nyttig som muligt, hvad enten den omspurgte Ansvarlighed antages at paahvile ham eller ikke, eftersom det ikke er de virkelig oppebaarne Frugter, men de, som ved tilbørlig Flids Anvendelse kunde have været opnaaede, der afgive Maalestokken for den Erstatning, han bør tilsvare. — Ø. gjør dernæst opmærksom paa, at de ældre Forfattere anvendte en indskrænkende Fortolkning ved 5—5—1 N. L. 3, idet de antog, at ikke enhver Besidder, som ikke havde Tingen i Pant, Forlening eller Forsvar, kunde vinde Hævd, og han fandt det da modsigende, at 5—5—4 N. L. 6 af dem forstodes aldeles bogstavelig, saa meget mere som der efter hans Mening ved 5—5—1 N. L. 3 kunde findes særlige Grunde imod en indskrænkende Fortolkning. Fremdeles anfører Ø. til Støtte for sin Mening N. L. 5—2—90, og ligeoverfor Brorson bemærker han, at den, der uden nogen Misgjerning har erhvervet Tingen, dog ved at vedligeholde Besiddelsen paa en svingagtig Maade, undertiden kan blive at straffe (jfr. saaledes 6—17—14 N. L. 15, 16 og 17), og at det, naar Besidderen skal straffes, da er underligt, om han ikke skulde give Erstatning.

Til Regalerne henførtes i de tidligere Fremstillinger af den positive dansk-norske Ret¹⁾ Bjergsværksretten, og denne Ret toges i en meget vid Betydning, idet ikke blot Metaller, men ogsaa Mineralier og Saltgruber ja endog Stenbrudde antoges at være forbeholdte Kongen. Imod denne vide Anvendelse af Bjergværksretten træder Ø. op (Suppl. 3. B. p. 234—244 og Hdb. 4. B. p. 260—265). Han bemærker nemlig, at den nævnte Lære om alle mineralske Produkters

¹⁾ Dons 2. D. p. 86 ff., Kongslev 2. B. p. 72 ff., Nørregaard § 398 og § 528 ff., Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 179 ff.

Regalitet synes at være bygget paa den Forudsætning, at den Jordbesidderne tilkommende Ejendomsret kun skulde udstrække sig til Jordens Overflade, eller dog kun til det, der laa samme nærmest, saaledes som flere Forfattere dengang lærte, at Alt, hvad der ligger dybere, end Furen af en Plov gaar, er et Regale¹⁾. „Men“, siger Ø., „en saadan Forudsætning er ikke alene intetsteds udtalt i vor Lovgivning, den strider og aldeles mod den Maade, hvorpaa Eiendomsret over Jord, efter daglig Erfaring og tildeels i Overeensstemmelse med udtrykkelige Love, udøves. Det ansees aldeles ikke tvivlsomt, at enhver Grundeier kan tilegne sig saadanne Producter som Kalk, Gips, Sandsteen, Farvejord, Leer, Tørv m. v. Men er han saaledes i Almindelighed ikke udelukket fra de Producter, som dannes i Jordens Skjød, saa kan der ikke med nogen rimelig Grund antages anden Grændse for denne hans Ret end den, som specielle Love maatte fastsætte. En saadan Eieren tilkommende Ret til de ei særligt undtagne Producter af dette Slags findes og i andre Landes Love antaget“. Ø. henviser i saa Henseende til den preussiske Landret 2. Th. 16. Tit. §§ 69—75 og code civil art. 552. Han skriver derefter fremdeles: „Hvad de egentlige Metaller og visse andre sær vigtige underjordiske Productioner angaaer, have vel Lovene i alle de Lande, hvis Naturbeskaffenhed giver Anledning til at sørge herfor, gjort Indskrænkninger i den private Eiendomsret; men disse Indskrænkninger ere ikke blot grundede paa de Fordele, Statskassen kan gjøre sig ved her at gribe ind, men endnu mere paa den Omstændighed, at saadanne Erhvervskilder ofte aldeles ikke kunne benyttes uden Hjælp af særdeles Benaad-

¹⁾ Ø. bemærker, at nogle fremmede Forfattere endog ere gaaede saa vidt, at de have erklæret Tørv for et Regale.

ninger“. Dette udvikler han nærmere, og han bemærker, at de Synspunkter, der have fremkaldt de for Norge saavel som for andre Lande, der have Metalrigdom, givne Love om Bjergværker, ingenlunde ere anvendelige paa andre underjordiske Produkter, disse være af større eller mindre Betydenhed, men at det i Almindelighed maa staa til Grundejeren at gjenneomsøge sin Jord for at vinde disse Produkter og ganske tilegne sig disse som enhver anden Frugt af hans Ejendom, hvorimod ingen Anden kan være beføjet til at gjenembryde Jordens Overflade for at erhverve de derunder skjulte Produkter, fordi Ejeren ikke vil gjøre det Fornødne for at vinde dem. Han bemærker imidlertid tillige: „En anden Sag er det, at, hvis underjordiske Producter af Vigtighed skulde vise sig, og Eieren enten ikke vilde eller ikke ved Hjælp af de Midler, der ligge indenfor Grændserne af hans Eiendomsret, kunde gjøre de fornødne Anlæg til Benyttelsen af slige Skatte, Staten da, ifølge sin Overeiendomsret og i Lighed med hvad Lovene i de Lande, som indeholde Rigdom paa saadanne Producter, have anordnet, kunde træffe de fornødne Foranstaltninger for at bringe slige for Landets Velstand vigtige Producter frem for Dagens Lys, og i alt Fald kunde nøde Grundeieren til, mod behørig Godtgjørelse, at afstaae sin Grund“. Han gjør endelig opmærksom paa, at Berganordning for Norge af 7. Sept. 1812 §§ 17 og 18 udtrykkelig viser, at de Fossilier, hvoraf ikke Metaller kunne vindes, ej ere samme Regler underkastede som Metallerne, og at man ikke i D. L.s 5—9—3 kan finde noget Bevis for alle underjordiske Produkters Regalitet, samt at Grevernes Privilegier af 25. Mai 1671 § 15 ikke kunne anføres som Bevis paa, at ikke alene Metaller, men ogsaa Saltværker indbefattes under Regalet.

Der har, som bekjendt, langt tilbage i Tiden været Uenighed om, hvad der efter Sagens Natur skal for-dres til Ejendomsrettens Overgang, naar denne skal støttes paa en Overdragelse fra den tidligere Ejers Side¹⁾, og særlig i Henseende til Spørgsmaalet om, hvorvidt det er nødvendigt, at Besiddelsen gaar over til den, der skal erhverve Ejendomsretten. Hos fremmede Naturretslærere var det imidlertid indtil henimod Slutningen af forrige Aarhundrede nærmest den almindelige Mening, at Besiddelsens Overgang ikke var nødvendig til Ejendomsrettens Overførelse²⁾, og dette antoges ligeledes af de fleste af de dansk-norske Forfattere at maatte følge af Sagens Natur. Hvad den positive dansk-norske Ret angaar, mente Nogle, at det Samme maatte gjælde efter denne, idet det kun

¹⁾ Jfr. Hesselberg p. 199 ff., Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lovs 5te Bog p. 352 og p. 427 ff., Dons 2. D. p. 299 ff., Kongslev 2. B. p. 130 ff. og 269 ff., Nørregaard § 560 ff. og § 698 ff., jfr. hans Naturret § 402, Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 238 ff. og 2. D. 2. B. p. 91 ff., Ø. Hdb. 4. B. p. 376—408 og 5. B. p. 200—216 samt hans Afhandling i j. T. 16. B. 2. H. p. 344—358, jfr. fremdeles en Afhandling af P. Møller i Astræa 1. B. (1797) p. 199 ff. og Ø.s Bemærkninger hertil i „Kjøbenhavnske lærde Efterretninger“ for 1800 p. 230—233 og 241—246 samt Kofod Anchers samlede juridiske Skrifter 2. D. 1. Afd. p. 428—430 med Schlegels Anmærkning p. 430—435.

²⁾ Jfr. saaledes Hugo Grotius „De jure belli ac pacis“ Lib. 2 Cap. 6. § 1 og Cap. 8 § 25, Wolff „Institutiones juris naturæ et gentium“ § 320 og Höpfner „Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker“ 6. Aufl. (1795) § 80; der nævnes i det sidst anførte Værk forskjellige andre Forfattere, der have udtalt sig i samme Retning, men ogsaa enkelte Forfattere, der have udtalt en modsat Anskuelse; en saadan findes navnlig udtalt i Kants „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ § 21.

anførtes, at Overenskomsten ved faste Ejendomme maatte fremtræde paa en særlig højtidelig Maade, nemlig gennem et Skjøde, der skulde tinglæses. Nørregaard og Hurtigkarl derimod opfattede Skjødet som en symbolsk Overleverelse af Ejendommen og sluttede herfra til, at der ved Overdragelse af Ejendomsret over Løsøre krævedes en sand Overleverelse af Tingen; de synes i saa Henseende kun at tænke paa en Overleverelse i egentlig Forstand, Nørregaard siger saaledes, at Overleverelse sker derved, at Tingen gaar af Haand i Haand, eller at Kjøberen paa en umiddelbar Maade sættes i en virkelig Besiddelse, og baade han og Hurtigkarl paaberaabe sig de Regler, som gjælde ved Pant, og ifølge hvilke den pantsatte Ting enten skal overleveres eller et Dokument læses til Tinge. Naar Overleverelse saaledes enten ikke ansaas nødvendig til Erhvervelse af Ejendomsret over faste Ejendomme, eller Skjødet opfattedes som en symbolsk Overleverelse, maatte Bestemmelsen i 5-3-32 N. L. 43 blive noget vanskelig at forklare; de ældre Forfattere vare da enige om, at opfatte den nævnte Artikel som en særegen positiv Bestemmelse, der var given for at forebygge Proformaskjøder og Svig imod Kreditorerne, og som gik ud paa, at Ejendommen, afset fra de i Artiklen nævnte Undtagelsestilfælde, strax skulde afleveres eller overleveres til Skjødehaveren; dog antog Nørregaard og Hurtigkarl, at Artiklen ikke kunde være til Hinder for, at den tidligere Ejer vedblev at besidde Ejendommen, naar han ikke besad den i samme Egenskab som tidligere, men t. Ex. som Lejer, hvilket formentes at kunne støttes paa Ordet „fremdeles“¹⁾.

Disse forskellige Meninger har Ø. bekæmpet i

¹⁾ Jfr. ogsaa Brorson „Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 1. B. p. 336.

Hdb. 4. B. p. 376 ff., og han har herved bidraget væsentlig til, at en rigtigere Opfattelse paa flere Punkter gjorde sig gjældende. Som almindeligt Udgangspunkt opstiller han, at den blotte Kontrakt, efter Sagens Natur, ikke er „nok til at fuldende Eiendoms Erhvervelse, men at dertil maa komme Noget, hvorved Overdrageren indsætter sin Medcontrahent i den Eiendomsret, som forhen tilkom ham“. — Denne Indsættelse i Ejendomsretten behøver dog, efter hvad Ø. nærmere udvikler, ikke altid at være en særegen fra selve Kontrakten udtrykkeligen afsondret Handling, og der bør navnlig efter hans Mening ingenlunde til Ejendomsrettens Overgang kræves en Overleverelse i egentlig eller snævrere Forstand, men enhver Handling, hvorved den hidtilværende Ejer stiller Tingen til Medkontrahentens Raadighed eller indsætter denne i den Ejendomsret, som forhen tilkom ham, antages at maatte være tilstrækkelig. Han skriver herom Følgende (p. 389—391): „Det vilde være urigtigt, hvis man vilde fordre, at Tingen i en aldeles fysisk Forstand skulde gaae over fra Haand til Haand. Der gives mange Ting, hvis Natur ikke tilsteder en saadan fysisk Overleverelse; og desuden maa enhver Handling, som tydeligen tilkjendegiver den forrige Eiers Villie at indsætte en Anden i den Eiendomsraadighed, der forhen tilkom ham, være tilstrækkelig, naar og forsaavidt Lovene ei, som med Hensyn til faste Eiendomme, indeholde nogen nærmere Forskrift. Saaledes kan Eiendoms-Erhvervelsen fuldendes blot ved de Handlinger, som man pleier at henføre til den saakaldte symboliske Overleverelse. Disse bestaae i deres sande Væsen deri, at man overleverer en Anden, i Stedet for Tingen selv, Det, der sætter ham i Stand til at udøve Raadighed over Tingen, t. Ex. Nøglerne til det Gjemme, hvori det solgte Gods findes, det Connosce-

ment, der giver Ihændeoveren Disposition over de indladede og i Connoscementet benævnte Varer. Disse Handlinger indeholde ikke blot Symbol paa Overleverelsen; de indeholde og en virkelig Act, hvorved den Ene indsætter den Anden i Raadighed over Tingen. Men ogsaa naar Sælgeren paa nogen anden Maade tilkjendegiver, at han fra nu af har gjort Tingen til Kjøberens Eiendom, maa Eiendoms-Erhvervelsen antages fuldendt. Beholder Sælgeren Tingen endnu i sit Værge, enten for at opbevare den for Kjøberen, eller fordi Brugen deraf for en Tid overdrages ham, saa 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, hvilket, efter 5—8—12 N. L. 15, ikke i nogen Maade tilintetgjør den Sidstes Eiendomsret eller den dermed forbundne strenge Vindicationsret. Det vilde være en Latterlighed, om man vilde fordre, at Sælgeren først skulde levere Kjøberen Tingen i Hænde, og siden igjen faae samme tilbage fra Kjøberens Haand. Den Act, hvorved Sælgeren erkjender sig nu at besidde Tingen paa Kjøberens Vegne (*constitutum possessorium*), indeholder Alt, hvad der, efter Sagens Natur, behøves for at forandre hans Besiddelsesmaade. Det indlyser og, at ingen fysisk Overleverelse behøves, naar en Ting afhændes til en Person, der allerede før havde den i fysisk Besiddelse, men paa en Maade, der ikke gav Eiendom (i Pant, Forlehning eller Forsvar). Det fuldendte Salg forandrer og forbedrer her hans Besiddelsesmaade, og Contracten indeholder saaledes selv Overleverelsen (*traditio brevi manu*). Ofte ligger det umiddelbart i Forholdets Natur, at Sælgeren, uden nogen særlig Overenskomst desangaaende, umiddelbart ved Salget indsætter Kjøberen i Raadighed over Tingen, uagtet

denne endnu vedbliver en Tidlang at befinde sig paa den Førstes Grund. Saaledes, naar Træer paa Roden sælges, maa Kjøberen, som selv haver at fælde og hjemskove Træerne, upaatvivleligen ved Salget, i alt Fald, forsaavidt Betingelserne medføre det, efterat have betalt Kjøbesummen, antages at være bleven det Kjøbte raadig (altsaa være kommen i Besiddelse deraf) Med Hensyn til tredje Mand, der imidlertid maatte tilforhandle sig Skoven eller tiltræde samme som sit Pant, kan det vel være tvivlsomt, om denne ikke kan tilegne sig Træerne, forsaavidt de endnu maatte være ufældede, fordi de, som endnu hængende ved den faste Eiendom, maae betragtes som en Bestanddeel af samme. Men, ere Træerne allerede fældede, saa bortfalder dette, og da maa upaatvivleligen Kjøberen i alle Maader betragtes som Den, der fuldstændigen har erhvervet Eiendom og Besiddelse over det saaledes i anden Mands Skov henliggende Træe“. (Naar Ø. i denne Forbindelse taler om Kontrakt, bruger han, som det vil ses, dette Ord i samme Betydning som Forbund eller Overenskomst).

Ø. paaviser derefter, at de Regler, som saaledes efter hans Formening gjælde efter Sagens Natur, ogsaa i det Væsentlige maa gjælde efter den dansk-norske Ret, eftersom Lovgivningen ikke indeholder Bestemmelser, der hjemle det Modsatte¹⁾; navnlig antages en modsat Regel ikke at kunne støttes paa 5—3—31 N. L. 42, da denne efter hans Mening kun angaar to ufuldbyrdede Kontrakter. Dog mener han, at der i den dansk-norske Ret paa Grund af Bestemmelsen i 5—3—32 N. L. 43 med Hensyn til faste Ejendomme gjælder en

¹⁾ I Forbindelse hermed gennemgaar Ø. de herhen hørende Bestemmelser i forskjellige andre Staters Lovgivninger, særlig ogsaa den svenske.

Afvigelse fra, hvad der vilde følge af Sagens Natur, idet denne Artikel nemlig af Ø. formenes at forbyde constitutum possessorium og ikke antages at kunne fortolkes indskrænkende paa den af Nørregaard og Hurtigkarl angivne Maade; men da Lovgiveren i det Hele taget har vist særlig Omhu for at betrygge Om-sætningen af faste Ejendomme, forment Ø., at der ikke fra denne Artikel kunde drages nogen Analogi til de rørlige Ting.

Paa den anden Side paaviser Ø., at det er uberet-tiget i den nuværende Skjødning at se en symbolsk Overleverelse og herfra at slutte til Nødvendigheden af Overleverelse ved Overdragelse af Ejendomsret over rørlige Ting. Med Hensyn hertil skriver han (p. 377), at der er vist, at Skjødet ikke i sin Form har Noget, som ligner en Overleverelse, idet Skjødet ikke passende kan betragtes som et Repræsentativ paa selve Ejen-dommen, og det heller ikke overleveres med nogen Højtidelighed, ligesom dets Tinglæsning, hvorved Erhver-velsen først fuldendes, foranstaltes af Kjøberen alene, „saa at ikke en Skygge af Overleverelse findes i denne tinglige Acts Form“. „Skjødningen“, skriver han videre, „kan og paa ingen Maade ansees som et Surro-gat for fysisk Overleverelse; thi deels kan det ingen-lunde erstattes ved denne, og deels viser 5—3—32 N. L. 43, at Overleverelse og Skjødning skulle følges ad, for at fuldende Erhvervelsen“.

Forsaavidt baade Nørregaard og Hurtigkarl der-næst til Støtte for Nødvendigheden af Overleverelse ved Overdragelse af Ejendomsret over rørlige Ting paaberaabte sig, at Ejendomssikkerheden, hvis Over-leverelse ikke fordredes, for en stor Del vilde bort-falde, eftersom Enhver maatte frygte for, at den Ting, som han af sammes Besidder og følgelig formentlige Ejer tilforhandlede sig, forhen kunde være overdragen

til en Anden, der saa kunde vindicere Tingen, bemærker Ø. (p. 382—383), at det er umuligt for Lovgiveren saaledes at betrygge Erhvervelsen af rørlige Ting, som han ved Indretningen af Skjøde- og Pante-protokoller og de med Hensyn dertil givne Bestemmelser har betrygget de Rettigheder, man vil erhverve over faste Ejendomme, idet navnlig en saadan Betryggelse ikke opnaas, selv om Overleverelse anses nødvendig, da Erhververen dog ingenlunde kan skaffe sig Vished for, om Sælgeren virkelig er Ejer af Tingen, eller om samme er frastjaalen sin Ejer eller af denne udlaant eller udlejet o. s. v. Naar endelig Nørregaard og Hurtigkarl paaberaabte sig Analogien fra Pant, idet Panteret over rørlige Ting ikke kan erhverves, uden at Tingen leveres Panthaveren i Hænde eller et Pantebrev oprettes og tinglæses, da paaviser Ø. (p. 383—384), at denne Analogi ikke er afgjørende, idet der nemlig finder den væsentlige Forskjel mellem Pant og Ejendom Sted, at „Pant i sin Natur gaaer ud paa at skaffe den Panteberettigede Fortrin for andre Creditorer, saa at det er meget naturligt, at denne Rettighed ikke bør kunne erhverves ved en hemmelig Contract; hvorimod det er en aldeles tilfældig Omstændighed, hvorpaa der ordentligviis ikke kan tænkes, at Collision opstaaer mellem to Kjøbere til samme Ting“. I Fremstillingen af Panteretten udvikler Ø. yderligere de forskjellige Betragtninger, som paa dette Punkt gjøre sig gjældende, henholdsvis ved Pantsættelse og Ejendomsoverdragelse, jfr. nærmere det Følgende.

Medens Ø. saaledes ikke finder, at Nødvendigheden af Overleverelse ved Overdragelse af Ejendomsret over Løsøre lader sig støtte alene paa en Analogi fra 5—3—32 N. L. 43 eller en Slutning fra, hvad der gjælder ved Stiftelse af Haandpant, og at der derfor navnlig ikke kan blive Spørgsmaal om at fordre en fysisk

Overleverelse med Udelukkelse af constitutum possessorium, saa finder han paa den anden Side (p. 394—396), at den Regel, som han (ogsaa for Løsøres Vedkommende) anser grundet i Sagens Natur, finder Støtte i Analogien fra den Regel, som gjælder for Overdragelse af Ejendomsret over faste Ejendomme. — Med Hensyn til Gjældsbreve mener Ø., at en fysisk Overleverelse maa anses nødvendig, hvad enten man vil give en Anden Ejendom eller Panterettighed i samme, idet den Betyggelse, som Frd. 9. Februar 1798 har villet give den retmæssige Ihænderhaver af Gjældsrevet, aldeles vilde ophøre, saafremt et saadant kunde overdrages ved en Cessionsact, uden at Gjældsrevet selv medfulgte, eller dersom deslige Activer kunde pantsættes ved et tinglæst Dokument eller indbefattes under generelle hypothecariske Forskrivninger; dog maa det, efter hvad han bemærker i Hdb. 5. B. p. 426—427, antages, at en Paategning paa Gjældsrevet efter hans Mening er tilstrækkelig, jfr. forøvrigt det Følgende om Transport.

I Henseende til Betydningen af Skjødets Tinglæsning udtaler Ø. i den tidligere omtalte Afhandling i j. T. 16. B. 2. H. (p. 344 ff.), at det uden Tvivl havde været det retteste Princip ubetinget at tage Hensyn til Tinglæsningsdagen, og han bemærker, at det, saavidt han ved, ogsaa i alle Lande, der have et offentligt Hypothekvæsen, ene og alene er Protocollations- men ikke Udstedelsesdagen, der kommer i Betragtning; han erklærede sig imidlertid efter den dansk-norske Rets Bestemmelser enig med de tidligere Forfattere i, at et Skjøde, der var tinglæst i rette Tid, maatte gjælde, selv om Udstederen i Mellemtiden mellem Udstedelsen og Tinglæsningen døde, blev inhabil, gik fallit eller paa anden Maade mistede Raadigheden over sit Gods, og selv om der i denne Mellemtid blev tinglæst et andet

Skjøde, som imidlertid ikke var blevet læst i rette Tid, og dette Sidste var, efter hvad han anfører, ogsaa antaget ved flere Højesteretsdomme. Derimod afveg han fra, hvad der dengang synes at have været den almindelige Mening, forsaavidt han antog, at naar to Skjøder tinglæstes i rette Tid, skulde det først tinglæste gjælde, og at der kun i Tilfælde af samtidig Tinglæsning skulde tages Hensyn til Udstedelsesdagen. Da denne af Ø. saaledes opstillede Mening imidlertid ikke senere er bleven antagen, findes der ikke at være tilstrækkelig Anledning til her nærmere at komme ind paa de Grunde, som han anførte til Støtte for samme.

I forrige Aarhundrede og endnu langt ind i dette Aarhundrede var det i Udlandet, særlig hos tyske Forfattere, almindeligt at behandle Hævd og Præskription som Underarter af et og samme Retsinstitut¹⁾; man opstillede nemlig et almindeligt Begreb „præscriptio“ (Verjährung), hvilket Begreb bestemtes som en Forandring i Retsforhold som Følge af en Rettigheds Udøvelse eller Ikke-Udøvelse i et vist Tidsrum, og der skjelnedes da navnlig mellem præscriptio acquisitiva (erwerbende Verjährung) og præscriptio extinctiva (erlöschende Verjährung, Exstinctivverjährung). Denne Sammenstilling af Hævd og Præskription, som ogsaa findes optagen i forskellige Lovbøger, saaledes den preussiske Landret, code civil og den østerrigske Lovbog af 1811, førte til, at det opstilledes som en Hovedregel, at alle Rettigheder kunde erhverves eller for-

¹⁾ Jfr. V. C. Thomsen „Bidrag til Læren om Fordringsrettigheds Forældelse efter dansk og fremmed Ret“ p. 9-11.

tabes ved Udøvelse eller Ikke-Udøvelse i et vist Tidsrum¹⁾, samt til, at man i alt for stort Omfang overførte de Retsregler, som vare givne for Hævd, til Præskription og omvendt. Imod den omtalte Sammenstilling af Hævd og Præskription²⁾ traadte Savigny navnlig op i „System des heutigen Römischen Rechts“ 4. B. p. 309 ff. og 5. B. p. 265 ff. (1841) og den er senere i Almindelighed opgiven. Naar henses til det saaledes Anførte, bliver det forklarligt, at ogsaa de dansk-norske Forfattere før Ø.³⁾ sammenblandede Hævd og Præskription og opfattede dem som eet Retsinstitut. Hævd brugtes hos dem sædvanlig i en saa vid Betydning, at Præskription faldt ind derunder, eller ogsaa sagdes det, (som f. Ex. hos Hurtigkarl og i det Væsentlige ogsaa hos Nørregaard), at der mellem Hævd og Præskription fandt det Forhold Sted, at naar Nogen havde hævdet en Ting eller en Rettighed, maatte denne ved Præ-

¹⁾ I den preussiske Landret I. Th. 11. Tit. § 839 bestemmes det i Konsekvens hermed, at der, naar der i 30 Aar er betalt Renter af en formentlig skyldig Kapital, gjennem Verjährung erhverves en Ret til selve Kapitalen, og i den østerrigske Lovbog § 1455 hedder det: Was sich erwerben lässt, kann auch ersessen werden.

²⁾ Den findes endnu i Unterholzners ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre (1828).

³⁾ Jfr. Hesselberg 2 Part. Cap. 7, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lov Cap. 5, Dons 2. D. Cap. 6, Kongslev 2 B. p. 135 ff., Lybeckers Applications-Udtog 3 H. p. 417 ff., Nørregaard § 546 ff., Brorsons Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog 1. B. p. 446 ff., jfr. dernæst Ø. „Om Servituters Erhvervelse og Mistelse ved Hævd“ i j. A. Nr. 25 (1810) p. 139—179, Ø. om Præskription i n. j. A. 1 B. (1812) p. 79—112, Hurtigkarl 2. D. 1. B. (1814) p. 211 ff., Ø.s Anmærkninger til Hurtigkarls Privatret i n. j. A. 11 B. (1815) p. 178—193, Algreen-Ussing „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. B. (1825) p. 70 ff., Ø. Hdb. 4. B. p. 306—374 og 5. B. p. 640—654.

skription være tabt for den, som forhen havde samme, hvorhos det dog bemærkedes, at man kunde tænke sig Præskription uden nogen dertil svarende Hævd fra en anden Persons Side¹⁾. Dette vide Hævdsbegreb førte ogsaa hos os med sig, at Hævd antoges at have en meget vid Anvendelse, og at man fra 5—14—4 N. L. 13—2 sluttede til, hvad der skulde gjælde ved Hævd efter 5—5—1 N. L. 3 og ogsaa undertiden omvendt (jfr. nærmere det Følgende). Det er nu Ø.s store Fortjeneste, at han, dels i de i Note 3 p. 189 nævnte Afhandlinger i j. A. og n. j. A. (altsaa længe før de tyske Jurister) dels i Hdb. har paavist, at Hævd og Præskription ere to aldeles forskjellige Retsinstituter. I Afhandlingen i n. j. A. 1 B. gjør han saaledes (p. 80—82), opmærksom paa, at Reglerne om Præskription af Gjældsbreve findes i Lovbogen paa et helt andet Sted end Reglerne for Hævd, og at Betingelserne for Hævd og Præskription ere forskjellige, samt at Præskription maa have en væsentlig anden Grund end Hævd. Medens nemlig Hensynet til Ejendomssikkerheden har en saa væsentlig Betydning ved Ejendomshævden, kan dette Hensyn efter Ø.s Mening ikke medføre en Lov, som fritager en Debitor for at tilsvare sine 20 Aar gamle Forskrivninger, hvorimod Lovgiveren ved Reglen om Præskription af Gjældsbreve antages at have „taget Hensyn deels til den Mulighed, at Udstederen efter lang Tids Forløb kan være sat ud af Stand til at beviisliggjøre de Indsigelser mod

¹⁾ I det Væsentlige staar Hurtigkarl paa det samme Standpunkt som de tidligere Forfattere; paa enkelte Punkter har han vel optaget nogle af Ø.s Meninger, som vare udtalte i de omtalte Afhandlinger i j. A. og n. j. A., men undertiden har han dog bibeholdt den gamle Fremstilling, uagtet denne vanskelig lod sig forene med de fra Ø.s Værker optagne Læresætninger.

Gjeldsbrevet, som han lovligen maatte have, og at Ihænde-haveren maaskee just derfor har ladet Sagen henligge saa længe, deels til den Omstændighed, at Debitor, der i saa lang Tid ei er blevet erindret om Fordringen, letteligen ganske kan have glemmt samme, og at det derfor vilde være haardt, om han nu skulde betale, hvorimod Kreditor i al Fald maa tilskrive sin egen Ligegyldighed sit Tab.“ Ø. gjør fremdeles i Hdb. 4. B. opmærksom paa det Uheldige i, at de ældre Forfattere, paa Grund af at de behandlede Hævd og Præskription i Flæng, overførte paa det ene Institut, hvad der blot var foreskrevet for det andet, og aldeles ikke passede paa hint, og han nævner som Exempel herpaa, at 5—14—4 N. L. 13—2 paaberaabtes som en Grund for den Paastand, at ogsaa den svigagtige Besidder kan vinde Hævd, og fremdeles, at det nævnte Lovbud af de ældre Forfattere anførtes som en Undtagelse fra Reglen om, at kun Paatale til Ting kan standse Hævd, hvorved dog maa bemærkes, at nogle af de ældre Forfattere (t. Ex. Dons 2. D. p. 121 og Kongslev 2. B. p. 148) gjorde et, om end ikke heldigt, Forsøg paa at bringe Reglerne om Hævds og Præskriptions Afbrydelse i Samklang med hinanden.

I Henseende til Betingelserne for Hævd herskede der stor Uklarhed hos de ældre Forfattere. Det ansaas i Almindelighed som en Hindring for Hævd, at det kunde godtgjøres, at Besidderen besad Tingen med en uretmæssig Adkomst eller en Adkomst, som efter sin Form ikke var i Stand til at overføre Ejendomsretten, og dette støttedes navnlig paa Slutningsbestemmelsen i 5—5—1 N. L. 3 (medmindre det bevises, at han havde Tingen til Pant eller i Forlening eller i Forsvar). Derimod antoges bevist mala fides eller Kundskab hos Besidderen om, at han ikke var Ejer, ikke at være til Hinder for Hævd, medmindre der

tillige var tilvejebragt Bevis for uretmæssig Adkomst, t. Ex. naar Tingen var erhvervet ved en Misgjerning; dette støttedes blandt Andet paa 5—3—9 N. L. 23, 5—3—13 N. L. 28 samt 5—14—4 N. L. 13—2. — Ø. derimod lærer, at bevist uretmæssig Adkomst ikke kan være til Hinder for Hævd, og at Hævd heller ikke ubetinget hindres derved, at den paagjældende Besidder ved, at han ikke er Ejer, t. Ex. ved Kjøb af en Umyndig, men at Hævd derimod ikke kan erhverves, naar Besidderen er erstatningspligtig. Ligeoverfor de ældre Forfattere paaviser han (Hdb. 4. B. p. 318) at der af de Bestemmelser, der udelukke Panthaver, Laantager, Lejetager og Depositarius fra at fange Hævd, aldeles ikke kan sluttes til, „at heller ikke Den, der har besiddet Tingen med Fordring paa Eiendom, men med en feilfuld Adkomst skulde kunne vinde Hævd.“ Han skriver med Hensyn hertil: „Dennes Besiddelsesmaade er af en ganske anden Natur end hines, og Det, der hindrer dem fra at hævde Tingen, nemlig at de ved selve deres Besiddelses Adkomst erkjende en Andens Eiendom, finder aldeles ikke Sted med Hensyn til ham. Sees der hen til Den, mod hvem Hævd skal erhverves, saa indlyser det, at han paa ingen Maade forsømmer at gjøre sin Eiendomsret gjældende, medens Tingen er i Dens Værge, der, erkjendende hans Eiendomsret, kun besidder paa hans Vegne, hvorimod dette samme ikke gjelder, naar Tingen besiddes af en Person, der tilegner sig selv Eiendomsret, hvorledes saa denne er kommet til Tingen. Da nu Loven saa bestemt tillægger Enhver, der i 20 Aar har været i upaataalt Besiddelse af Gods eller Eiendom, Hævd paa samme, med mindre det bevises, at han havde det enten til Forlehning eller i Pant eller til Forsvar, saa er det vanskeligt, at nægte Nogen Hævd, der i 20 Aar har besiddet Eiendommen som

sin“. Ø. godtgjør dernæst (Hdb. 4. B. p. 326—332); at de Bevisdata og særlig de Lovbud, hvorpaa de ældre Forfattere støttede, at den svingagtige Besidder kunde vinde Hævd, ikke vare afgjørende; med Hensyn til 5—3—9 N. L. 23 bemærker han, at Kjøberen i det i Artiklen omtalte Tilfælde dels kan have urigtige Begreber om Loven, dels muligen kan staa i den Tanke, at Manden har samtykket i Konens Afhændelse; med Hensyn til 5—3—13 N. L. 28 anfører han, at det er meget tænkeligt, at Kjøberen, ligesaa vel som Sælgeren, har taget fejl af det Solgtes Omfang; og med Hensyn til 5—14—4 N. L. 13—2 siger han, at „den aldeles ikke vedkommer Materien om Hævd, men kun en Præscription, der er bunden til ganske andre Betingelser og bygget paa ganske andre Grundsætninger“. Ø. gjør dernæst opmærksom paa, at det er højst besynderligt, hvorledes de Lovlærde tidligere kunde paaberaabe sig 5—3—9 og 13 N. L. 23 og 28 som Beviser paa, at svingagtig Besiddelse ikke hindrer Hævd, medens de deri ingen Indvending fandt imod den Paastand, at uretmæssig Adkomst udelukker Hævd, hvilken Paastand efter Ø.s Mening netop gjendrives ved de nævnte Artikler. Naar Ø. endelig, som ovenfor anført, antog, at den erstatningspligtige Besidder ikke kunde vinde Hævd, støttede han dette nærmest paa, at den Forurettedes Fordring paa Skadeserstatning ikke efter 5—14—4 N. L. 13—2 præskribes ved Forløbet af 20 Aar, og at Tingen derfor heller ikke kan være hævdet af Fornærmeren, eftersom til den Erstatning, som denne er pligtig at give, hører den lovstridig erhvervede Tings Gjengivelse.

Ogsaa i Henseende til Læren om Hævds Afbrydelse har Ø. berigtiget eller suppleret tidligere Fremstillinger. Dog er der her et Punkt, paa hvilket senere Forfattere ikke have sluttet sig til Ø.s Lære; Ø.

antog nemlig, at den, der ved en Misgjerning eller et Tilfælde var bleven skilt ved Tingen, ikke blot, naar han fik Tingen tilbage, kunde lægge Besiddelsestiderne sammen, men at han ogsaa kunde medregne den Tid, i hvilken han ikke havde været i Besiddelse af Tingen, fordi han de jure og i Forhold til den oprindelige Ejer maatte betragtes som havende fortsat Besiddelsen.

Det er allerede tidligere bemærket, at de ældre Forfattere gav Hævd en meget vid Anvendelse; det sagdes nemlig hos dem, at alle Ting, — baade legemlige og ulegemlige, — som ere i Handel og Vandel, eller som kunne afhændes, kunne være Gjenstand for Hævd, og de paaberaabte sig i saa Henseende 5—5—2 N. L. 4, D. L. 5—10—56, D. L. 5—11—1, 2—12—1 og 5—14 4 N. L. 13—2. — Paa den anden Side lærtes det, at de Ting, som ikke ere i Handel og Vandel, ikke kunne hævdes¹⁾, og naar man nu ser hen til de Undtagelser fra Hævd, som herefter opstilledes, viser det sig klarligen, hvilket stort Omfang Hævd mentes at have. I Henhold til den nævnte Regel lærtes det nemlig af Hurtigkarl og tidligere Forfattere, at der ikke kunde vindes Hævd paa de højere Regalier (t. Ex. ikke vindes Fritagelse for at betale Skatter i Fremtiden derved, at man ikke i 20 Aar er bleven krævet for dem), eller paa Fritagelse for Straf for begangne Misgjerninger eller paa Adelskab. Mellem de Ting, som ere undtagne fra Hævd, fordi de ere udenfor Handel og Vandel, nævner Nørregaard fremdeles „det, som eene og aleene kommer an paa en Andens blotte Velvillighed (res meræ facul-

¹⁾ Denne Undtagelse er ligesom Hovedreglen hentet fra fremmede Systemer, hvis Sætninger i saa Henseende have fundet Udtryk i Lovbøgerne (den preussiske Landret 1. Th. 9. Tit. §§ 505 og 506, code civil art. 2226 og den østerrikske Lovbog §§ 1455, 1456 og 1459).

tatis), f. Ex. at have Kost ved en Mands Bord, naar samme aleene er tilstaaet som en blot Godhed.“ Hurtigkarl syntes derimod at ville søge Grunden til, at der i det nævnte Tilfælde ikke kan vindes Hævd, i Slutningsbestemmelsen i 5—5—1 N. L. 3, og herpaa støttede han, som det synes, ogsaa, at den, der i Hævdstid har erlagt en anden Præstation i Stedet for den, som ved en Kontrakt er betinget, ikke kan paaberaabe sig Hævd for derved i Fremtiden at fritages for at tilsvare den kontraktmæssige Forpligtelse.

Ø. har derimod godtgjort, at Hævdsinstituttet efter dansk-norsk Ret har en langt snævrere Anvendelse, end der tidligere antoges. Allerede den Omstændighed, at han paaviste, at Hævd og Præskription ere to forskellige Retsinstitutter, maatte medføre, at mange af de Lovbud, som tidligere paaberaabtes i Hævdsmaterien, maatte, som handlende om Præskription, anses for at være den nævnte Materie uvedkommende, hvilket da, som oftere tidligere berørt, navnlig gjælder om 5—14—4 N. L. 13—2. Dernæst godtgjorde Ø., at 5—5—2 N. L. 4, D. L. 5—10—56, D. L. 5—11—1 og 2—12—1 langt fra kunne hjemle Hævdsinstituttets Anvendelse i det tidligere antagne Omfang. Han har saaledes i sin omfattende Afhandling om Servituters Erhvervelse og Fortabelse ved Hævd i j. A. Nr. 25 p. 139—179, hvilken Afhandling med nogle Tilføjelser og Ændringer er optagen i A. f. R. 6. D. p. 319—378, vist, at ingenlunde alle Servituter kunne erhverves ved Hævd, men at ikkun de synbare Servituter kunne erhverves gennem 20 Aars Hævd i Henhold til Reglen i 5—5—2 N. L. 4¹). Han bemærker med Hensyn

¹) Naar Ø. som bekjendt søgte Grunden til Servituthævden i et stiltiende Samtykke fra Ejerens Side, fik dette ikke nogen Indflydelse paa hans Behandling af Servituthævden

hertil (jfr. Hdb. 4. B. p. 350—351), at man, for at komme til det rette Resultat, maa lægge Mærke til Sammenhængen mellem 5—5—2 N. L. 4 og den foregaaende Artikel, og at ligesom denne fordrer 20 Aars uafbrudt Besiddelse for at fange Hævd paa en Ejendom, saaledes kan den paafølgende Artikel, der aldeles Intet melder om Betingelserne for Hævd, ikke antages at hjemle samme, uden under Forudsætning af, at man i et lige Tidsrum uafbrudt har udøvet den Rettighed, der kan hævdes. Med Hensyn til de negative Servituter mangler der nu, efter hvad han paaviser, den Retsudøvelse, som 5—5—2 N. L. 4 i Sammenhæng med den foregaaende Artikel fordrer, og han udvikler nærmere, at 5—14—4 N. L. 13—2 ingenlunde kan bevise, at en Servitut kan erhverves derved, at Nogen i 20 Aar ikke har benyttet sig af sin Ejendom paa en bestemt Maade, ligesom han endelig ogsaa viser, at den Omstændighed, at den, der vil gjøre Fordring paa en negativ Servitut, har forbudt Ejeren at udøve en vis Raadighed over sin Ting, og at Ejeren ikke i 20 Aar har udøvet denne Raadighed, ikke kan være tilstrækkelig til at stifte Hævd, og at heller ikke den Omstændighed, at Nogen ved en reel Handling lægger en fysisk Hindring i Vejen for Ejeren i dennes Frihed til at foretage Et og Andet med sin Ejendom og Ejeren i 20 Aar tier og taaler, kan begrunde Hævd, medmindre den omtalte Hindring ligger i en Indretning, der vedvarer i Hævdstiden, i hvilket Tilfælde

efter den positive Ret, og i Afhandlingen i A. f. R. 6. D. har han ligeoverfor Algreen-Ussing, der i „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. B. p. 86 ff. paa Grund af det nævnte Udgangspunkt kom til forskellige urigtige Resultater, bestemt fremhævet, at der er en væsentlig Forskjel paa, om en Servitut anses stiftet ved Hævd eller ved et stiltiende Samtykke.

der imidlertid foreligger en positiv synbar Servitut. Hvad dernæst de positive Servituter angaar, fremdrager han den nu saa vel kjendte men dengang ikke her i Landet paaagtede Sondring mellem synbare og usynbare Servituter, en Sondring, for hvilken han havde et Forbillede i Bestemmelserne i code civil. Medens der nemlig, saaledes som han nærmere udvikler, ved de synbare Servituter, der forkynde sig formedelst vedvarende synlige Indretninger, kan tales om en saadan uafbrudt Udøvelse, som 5—5—2 N. L. 4 efter det Anførte fordrer, og disse derfor kunne erhverves ved 20 Aars Hævd, gjælder dette ikke ved de usynbare Servituter, der efter deres Natur ikke uafbrudt kunne udøves, og man vilde derhos, efter hvad han bemærker, ikke være i Stand til at bestemme, hvor mange Gange Rettigheden skal have været udøvet i hint Tidsrum, eftersom vore Love tie herom. — Hvad dernæst angaar Lovgivningens øvrige Bestemmelser, anfører Ø, at D. L. 5—10—56 ikke taler om andre end synbare Servituter, hvorimod D. L. 3—13—13 og D. L. 5—10—21 hjemle andre Servituters Erhvervelse ved Forløbet af Arilds Tid eller Alders Tid. De ældre Forfattere¹⁾ lærte nu, at der ved Alders Tid ikke kunde forstaas mere end 20 Aars Tid, men Urigtigheden heraf paavises af Ø.; han mener, at Alders Tid maa betegne saa lang Tid, som den menneskelige Erindring rækker, og paaberaaber sig til Støtte herfor, at dette stemmer bedst med Udtrykkets naturlige Betydning, og at det vilde være ubegribeligt, at Lovgiveren skulde have brugt et i sig ubestemt Udtryk, hvor han havde et saa bestemt Begreb som det om Hævdsperioden for Øje, samt at D. L. 5—11—1 i forskjellige Henseender

¹⁾ Jfr. t. Ex. Dons 2. D. p. 104, Nørregaard § 558 og Brorson „Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 2. B. (1794) p. 112.

bruger først Alders Tid og siden 20 Aars Hævd, hvorved det er uantageligt, at den skulde forstaa Et og det Samme, hvorhos han endelig henviser til Frd. for Hertugdømmet Slesvig af 29de Januar 1770. — Hvad der saaledes efter Ø.s Mening gjælder om Servituters Erhvervelse ved Hævd, antages af ham ogsaa at maatte gjælde om Servituters Fortabelse ved Hævd, idet Servituter nemlig af ham formenes ikke at fortabes ved den blotte Ikke-Brug i Hævdstid men kun ved, at Friheden tilbagehævedes for den tjenende Ting derved, at den Berettigede „i Hævdstid taaler Forandringer, som den tjenende Tings Eier har gjort ved sin Ting, og som modsige Servituten“, og ligesom usynbare Servituter ikkun formentes at kunne erhverves ved Udøvelse gennem Alders Tid, saaledes antog han, at en Rettighed til for bestandig at fordre visse Ydelser af en Ejendom ikke kunde erhverves blot derved, at saadan Ydelse i 20 Aar har fundet Sted, fordi der her mangler den kontinuerlige Retsudøvelse, der forudsættes i 5—5—2 N. L. 4, men nok derved, at Ydelsen er præsteret fra Alders Tid. — I Henseende til 2—12—1, der ikke blot paaberaabtes af de tidligere Forfattere, men ogsaa af Algreen-Ussing¹⁾ antoges at indeholde et Bevis for, at de usynbare Servituter kunne erhverves ved 20 Aars Hævd, bemærker Ø., at dette Lovbud, der ikke kan siges at handle om Servituter, blandt Andet fordi de der omtalte Rettigheder gaa ud paa at give eller gjøre Noget, maa forklares og nærmere bestemmes efter de Artikler, som indeholde Reglerne for Hævd og ikke omvendt, og at Udtrykkene i Artiklen derfor maaske kunne antages at sigte til de materielle Grænser for det Gods, som

¹⁾ „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. B. p. 102.

skulde høre Præstegaarden til, med Hensyn til hvilke Hævd naturligtvis kan finde Sted. Naar man gaar ud fra den af Ø. opstillede Fortolkning af 5—5—2 N. L. 4, bliver det selvfølgelig, at der ikke kan vindes Hævd (o: 20 Aars Hævd) i de Tilfælde, hvor Hævd af Hurtigkarl og tidligere Forfattere antoges at være udelukket, og dette behøver da ikke nogen særlig Begrundelse. Forøvrigt paaviser Ø., at den Begrundelse, som de tidligere Forfattere (særlig Hurtigkarl) fremførte, ingenlunde var fyldestgørende, og han bemærker, og det med Rette, at en af de største Synderligheder, der flyder af den Sammenblanding af Hævd og Præskription, hvori de ældre Forfattere gjorde sig skyldige, er den, at der tales om Hævd paa Straffrihed for Misgjerninger, og at denne Straffrihed nævnes blandt Ting, der ere udenfor Handel og Vandel, og hvilke, som det hos Hurtigkarl hedder, „ikke kan hævdes, siden Eiendom, som ved Hævd erhverves, er en udelukkende Rettighed“. — Hvad endelig angaar det tidligere berørte, af Hurtigkarl omtalte Spørgsmaal, om den, der i 20 Aar har erlagt en anden Præstation end den, som ved en Kontrakt er betinget, derved kan fritages for at tilsvare den kontraktmæssige Forpligtelse, da har Ø. udførlig behandlet dette Spørgsmaal i n. j. A. 1. B. 94 ff. (o: forinden det paa-gjældende Bind af Hurtigkarls Lærebog udkom). Som af Ø. i den nævnte Afhandling anført, havde dette Spørgsmaal foreligget Højesteret og var af Retten blevet besvaret benægtende i tvende i 1811 og 1812 paadømte Sager. Af disse Sager verserede den første mellem en Godsejer og nogle Fæstebønder, der ikke vilde præstere Landgilde in natura, saaledes som i Fæstebrevene bestemt, men i Stedet derfor, i Overensstemmelse med hvad de tidligere havde gjort, betale modererede Landgildspenge, og Fæstebønderne paabe-

raabte sig nu blandt Andet, at de havde erhvervet Hævd paa at betale Penge i Stedet for Landgilde in natura derved, at Afgiften af Fæstegaardene i det mindste i 20 Aar var erlagt med Penge, og vel havde nogle af de Fæstere, der optraadte under Sagen, ikke havt deres Gaarde i Fæste i 20 Aar, men dette var af den Kommission, som i 1ste Instants havde paa-kjendt Sagen, antaget ikke at kunne være til Hinder for Hævd, idet Kommissionen nemlig antog, at det Princip, at flere Personer kunne lægge deres Besiddelsestider sammen for at vinde Hævd, her maatte være anvendeligt, saa at tidligere Fæsteres Besiddelsestider maatte kunne medregnes. Under sin Votering i den nævnte Sag gjorde Ø., der dengang var Medlem af Højesteret, og til hvem de øvrige Voterende sluttede sig, først og fremmest gjældende, at, da Fæstebrevene lød paa, at Landgilde skulde svares in natura, kunde det, at Husbonden havde modtaget de modererede Landgildspenge, ikkun betragtes som en Villighed (*res meræ facultatis*), hvorpaa Fæstebønderne ikke kunde gjøre nogensomhelst Fordring. Med Hensyn til den omtalte Sammenlægning af Fleres Besiddelsestider ytrede han, at denne kun kan gjælde, naar En træder i en Andens Sted, hvorimod Fæsterens Ret stiftes ikke af den forrige Fæster men af Ejeren, og at Hævden desuden var afbrudt ved Udstedelsen af Fæstebrevene, der lød paa Landgilde in natura. Derimod gjorde Ø. under sin Votering ikke gjældende, at 5—5—2 N. L. 4 forudsætter en vedvarende Udøvelse af den Rettighed, som skal hævdes, og at der ikke kunde være Spørgsmaal herom i det paagjældende Forhold. Dette gjør han derimod i Afhandlingen i n. j. A., og han optraadte saaledes i sin Votering mindre bestemt imod den ældre Mening, end han gjør i Afhandlingen. I denne bemærker han tillige, at den

Berettigede ikke paa Grund af 5—14—4 N. L. 13—2 kunde være udelukket fra at fordre den i Kontrakten betingede Præstation, som han ikke i 20 Aar havde fordret, idet den Ydende jo havde erkjendt Kontrakten, hvis Indhold viste, hvori Forpligtelsen bestod, og Substitutionen maatte anses begrundet i en (om ej udtrykkelig saa dog stiltiende) Overenskomst mellem Parterne, der blot refererede sig til hver efterhaanden forfalden Ydelse.

Da det i det foregaaende oftere har været nødvendigt at omtale 5—14—4 N. L. 13—2, er det formentlig rettest i denne Forbindelse i det Hele at omtale de Bidrag, som Ø. dels i Afhandlingen i n. j. A. 1. B. dels i Hdb. (under Hævdsmaterien) har givet til en rigtigere Fortolkning af denne Artikel¹⁾. Bemeldte Artikel antoges af Hurtigkarl og de tidligere Forfattere ikke at være anvendelig paa Pantebreve, og de paa-beraabte sig i saa Henseende navnlig at D. L. 5—14 N. L. 5—13 i det Hele, jfr. navnlig ogsaa Art. 38 N. L. 36, ikke kunde anses anvendelig paa Pantebreve, for hvilke derimod Reglerne skulde have i L. s 5—7, at det af 5—7—13 e contrario skulde fremgaa, at Pantebrevet ikke mistede sin Gyldighed, saalænge Kreditor beholdt Pantet i sit Værge, og at Pantaveren, da 5—5—1 N. L. 3 nægter ham Ret til at hævde den

¹⁾ Jfr. Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog p. 754 ff., Dons 2. D. p. 117, Kongslev 2. B. p. 148—49, Lybechers Applications-Udtog 3. H. p. 689 ff., Nørregaard § 555, Brorson „Forsøg til den femte Bogs Fortolkning“ i Chr. V.s danske og norske Lov“ 2. B. p. 268 ff., Ø. „Forsøg til at opløse de Retsproblemer, som D. L. 5—14—4 N. L. 5—13—2 frembyder“ i n. j. A. 1. B. p. 79—112, Hurtigkarl 2. B. 1. D. p. 225 ff., Algreen-Ussing „Anmærkninger til Tingsretten“ 1 B. p. 106 ff., Ø. Hdb. 4. B. p. 354—361, jfr. ogsaa j. T. 15. B. 2. H. p. 184—191.

pantsatte Ting, ogsaa maatte være berettiget til gjen-
 sidig at fordre, at Pantsætteren ikke kunde hævde
 Fritagelse for at svare til Gjælden, samt at Præskrip-
 tionen ikke passende kunde anvendes paa de Gjælds-
 breve, hvorved Underpant sættes, efterdi disse efter
 Loven skulde tinglyses, og, naar de indfries, udslettes
 af Pantebogen, saa at de, saa længe de henstaa uud-
 slettede, maatte antages endnu at være gjældende. Urig-
 tigheden af denne Mening paaviste Ø. i den nævnte
 Afhandling, der er ældre end 2. D. 1. B. af Hurtigkarls
 Lærebog; han hævdede nemlig heri, at man ikkun
 ved at anvende en indskrænkende Fortolkning kunde
 undtage Pantebreve fra Reglen i 5—14—4 N. L. 13—2,
 og at der ikke kunde anføres tilstrækkelige Grunde
 for en saadan Fortolkning. Forsaavidt man saaledes
 tidligere anførte, at Reglerne for Pantebreve skulde
 søges i L. s 5—7 og ikke i D. L. 5—14 N. L. 5—13, „da er
 det“, skriver Ø. (p. 84 ff.), „vel saa, at 5—14 N. L. 13
 ei handler om Pantebreve som saadanne, men hvad
 den fastsætter om Gjældsbreve i Almindelighed, maa
 og gjelde om det Slags Gjældsforskrivninger i Særdeleshed,
 som ere forbundne med Pant“. „Ethvert Pantebrev“, skriver han fremdeles, „indeholder to Bestand-
 dele, nemlig, dels en Erkjendelse af, at man er en
 vis Sum skyldig, dels den Handling, hvorved man
 derfor giver Kreditor Sikkerhed i visse Ting. Hvad
 der gjælder om den første Bestanddel af Pantebrevet,
 hører under D. L. 5—14 N. L. 5—13; derimod er det
 i 5—7 man maa søge Underretning om det, der ved-
 kommer den sidste. Saafremt altsaa Pantebreve ei
 skulde være samme Betingelser med Hensyn paa Præ-
 skription undergivne som andre Gjældsbreve, saa vilde
 det være passende i 5—7 at fremsætte den i saa
 Henseende fornødne Undtagelse. Men, naar der ei
 skulde gjælde andet om Pantebrevets Præskription, end

hvad der gjelder om andre Gjeldsbreves, saa var det overflødig og upassende at tale derom i 5—7. Man finder i det øvrige og alene Pantebreves eiendommelige Natur afhandlet i dette Kapitel; om de Egenskaber, som de have fælles med andre Gjeldsbreve, taler det ikke et Ord, men herom er Tale i 5—14 N. L. 13. Hvo tvivler vel om, at Budet angaaende Omslags Terminer i D. L. 5—14—1 eller Bestemmelsen om Rente-foden i D. L. 5—14—5 N. L. 5—13—3 er anvendelig paa Pantebreve? Men det bliver da vel en ikke liden Inkonsekvens at paastaae, at den Artikel, som følger umiddelbart foran den sidstnævnte, ei skal angaae Pantebreve og det, uagtet den saa bestemt siger alle Gjeldsbreve. 5—14—29 og 36 N. L. 13—27 og 34 nævne og udtrykkelig Pantebreve, og gjendrive altsaa end yderligere den Hypothese, at dette Lovens Kapitel intet har at bestille med det Slags Forskrivninger. Hertil kan endnu lægges, at det omtvistede Lovsteds Kilde, Kristian den Fjerdes store Reces 2. Bogs 15. Kapitel, der inskriberes om Gjeldssager, netop afhandler Materien om Pant, og i Særdeleshed i den foregaaende 11te Artikel indeholder Reglerne om Maaden, hvorpaa Underpant stiftes; at desuagtet den 13de Artikel skulde udelukke Panteforskrivninger, idet den nævner alle Gjeldsbreve, er dog alt for unaturligt; og ligesaa uantageligt er det, at Kristian den Femte skulde have forandret Kildens Bud, idet han beholdt dens Ord“. Ø. bemærker fremdeles, at det, da D. L. 5—14—33 N. L. 5—13—36 bestemmer den Rettighed, der tilkommer et Gjælds-brev som saadant i Modsætning til den Gjæld, som fordres efter blot Regning, ingenlunde var fornødent at gjøre nogen Undtagelse med Hensyn til de Gjælds-breve, der efter andre Lovbud nyde større Fortrin, hvorimod han udtrykkelig maatte have undtaget

Panteforskrivninger fra den Regel, han gav om alle Gjældsbreves Præskription, saafremt han vilde, at den ej derpaa skulde anvendes. „Det var iøvrigt“, skriver Ø. (p. 87), „ikke nødvendigt i 5—7 udtrykkelig at melde noget om Panterettighedens Præskription, thi naar Gjeldsfordringen bortfalder, kan ikke det derfor givne Pant blive ved Magt (corruente obligatione principali, étiam corrui obligatio accessoria)“. Han viste fremdeles, at der Intet i den omhandlede Henseende kunde støttes paa 5—7—13, eftersom denne Artikel kun taler om brugeligt Pant og Fordringen derhos godt i det i Artiklen omhandlede Tilfælde kunde være holdt i Kraft mellem Kreditor og Debitor, saa at det ikke kunde siges, at 5—7—13 vilde blive overflødig derved, at man anser 5—14—4 N. L. 13—2 for anvendelig paa Pantebreve. Han viser endelig, at der Intet kan støttes paa 5—5—1 N. L. 3, og at den Omstændighed, at Pantebreve tinglæses og endnu henstaa uudslettede i Pantebogen, ikke kan berettige til at anvende en indskrænkende Fortolkning, eftersom der imod et Pantebrev, som jo læses, uden at Udstederen dertil behøver at kaldes, kan have mange Indsigelser, og den blotte Efterladelse af at lade Pantebrevet udslette ej kan sættes ved Siden af de i 5—14—4 N. L. 13—2 nævnte Fornyelsesmaader, der alle bestaa i positive Handlinger.

Medens Ø. saaledes i Almindelighed antog, at 5—14—4 N. L. 13—2 maatte komme til Anvendelse paa Pantebreve, og Panteretten saaledes ophøre ved Fordringens Præskription, mente han dog, at der maatte gjælde en særlig Regel med Hensyn til Haandpant og Pant til Brugelighed, idet Panteretten her, saalænge Panthaveren vedbliver at besidde Pantet, antoges ikke at kunne bortfalde ved Præskription. Da

imidlertid senere Forfattere, nemlig Algeen-Ussing¹⁾ og Lasson²⁾, der iøvrigt sluttede sig til Ø.s Lære om Præskription af Pantebreve, ikke vilde anerkjende Berettigelsen af at opstille en særlig Regel med Hensyn til Haandpant og Pant til Brugelighed og saaledes gik til en Yderlighed, der var aldeles modsat den af de ældre Forfattere opstillede Lære, paaviste Ø. i j. T. 15. B. 2. H. p. 184—191, at de Indvendinger, som fremførtes imod den omtalte af ham opstillede Mening, ingeniunde vare afgjørende, og han skriver fremdeles herom i Hdb. 4. B. p. 355—356: „Naar jeg antager, at denne sidste Artikel“ (o: 5—14—4 N. L. 13—2) „ikke kan hjemle Præscription af den Gjeld, hvorfor Pant til Brugelighed eller haandfaaet Pant er givet, forsaavidt nemlig Betaling kan faaes i selve Pantet, eller med andre Ord at det Panthaveren tilkommende jus retentionis ikke præscriberes derved, at Gjelden er bleven 20 Aar gammel, uden at nogen Fornyelse imidlertid er foregaaet, saa grunder jeg denne Paastand ingeniunde paa 5—7—13, men paa den Omstændighed, at det vilde indeholde en indvortes Urimelighed, om Creditor, ved at besidde Pantet i 20 Aar, skulde fortabe sin Ret, og Debitor kunne tilbagesøge sin Eien- dom, uden at frigjøre samme for den Heftelse, hvilken han endog ved selve Tilbagesøgelsen maatte erkjende, siden han ikke, efter 20 Aars Forløb, kunde tilbage- søge Eiendommen, uden just paa Grund af at den kun var givet til Pant“. — Naar Ø. taler om den Pant- haveren tilkommende jus retentionis, var det, som det formentlig vil fremgaa af det Anførte og ogsaa af ham udtales andetsteds (t. Ex. n. j. A. 1. B. p. 110, Hdb. 6. B. p. 142), selvfølgelig ikke hans Mening, at Pante-

¹⁾ „Anmærkninger til Tingsretten“ 1. B. p. 109 ff.

²⁾ „Juridiske Samlinger for 1826“ p. 136 ff.

retten derved, at Gjælden var bleven 20 Aar gammel, uden i Mellemtiden at være bleven fornyet, skulde gaa over til at blive blot en Retentionsret i egentlig Forstand.

Ø. gaar derefter i Afhandlingen i n. j. A. over til at undersøge, i hvilket Omfang Bestemmelserne i 5—14—4 N. L. 13—2 kunne udvides o: analogisk anvendes paa andre Tilfælde end de i Artiklen omtalte. Han finder nu (ligesom tidligere Brorson), at det ikke kan være Tvivl underkastet, at Artiklen og bør anvendes paa kontraktmæssige Fordringer, der ej ere understøttede af nogen Forskrivning, eftersom der er meget mere, som anbefaler Præskription af dette Slags Gjæld end af den, som grunder sig paa en Forskrivning. Fremdeles antager Ø. (i Modsætning til Brorson), at det nævnte Lovbud maa kunne anvendes paa Namsdomme, som ere blevne 20 Aar gamle, og han anfører med Hensyn hertil, at Lovens Grunde fuldkomment passe sig paa de ved Dom bekræftede Gjældsfordringer, og at man vilde handle bestemt mod Lovens Forskrift, naar man tillagde et Gjælds-brev, hvorfor Dom var erhvervet, Retskraft efter 20 Aars Forløb fra den Tid, det ved Dom blev fornyet, uden at en senere Fornyelse havde fundet Sted, samt at man vilde komme i Strid med Sagens Natur, hvis man tillagde den Namsdom, som havde paalagt Nogen at betale et Regningskrav, større Virkning end den, der havde sin Grund i et Gjælds-brev. Ø. antog saaledes, at de 20 Aar maatte regnes fra Dommens Afsigelse og ikke fra Executionskraftens Ophør, og han mente, at der ikke kunde hentes noget Modargument herimod fra Frd. 17. Mai 1690, eftersom det kun er med Hensyn til Executionskraften, at Namsdommen før Aar og Dags Forløb har Fortrin for en Gjældsforskrivning, medens den, som Hjemmel for Gjældsfordringen selv, ikke staar over rigtige Haand-

skrifter. I Henseende til Erstatningsfordringer og Fordringer paa private Straffe, antager Ø., at Artiklen ikkun kan komme til Anvendelse med den Ændring, at de 20 Aar først regnes fra den Tid af, at Fornærmelsen og Fornærmeren blive den Berettigede bekjendte, og han bemærker med Hensyn hertil, at Artiklen ikke handler om Gjæld, men om Gjældsbreve, altsaa kun om en enkelt Art kontraktmæssig Gjæld, og at der ingen Analogi er mellem denne Gjæld og den Gjæld, som har sin Grund i Fornærmelser, naar den Berettigede ikke er bleven bekjendt med Fornærmelsen og Fornærmeren.

Hvad angaar Beregningen af Forældelsestiden, vare de tidligere Forfattere uenige om, fra hvilket Tidspunkt Forældelsen skulde regnes, idet Nogle, t. Ex. Hedegaard¹⁾, Lybecker og Brorson, vare tilbøjelige til at regne Forældelsen fra Forfaldstiden, medens Andre, t. Ex. Nørregaard, regnede den fra Gjældsbrevets Udstedelsesdag. Denne sidste Mening er af Ø. fastslaaet som den rigtige, idet han dels henviser til Lovens Ord, dels til, at det ingenlunde tør anses for givet, at de Grunde, hvorpaa Lovstedet er bygget, nødvendig maa føre til at sætte Forfaldstiden som Udgangspunkt, dels endelig til, at Opsigelse nævnes som en Maade, hvorpaa Forældelsen afbrydes, medens de Gjældsbreve, som lyde paa Opsigelse, efter den modstaaende Mening aldeles ikke vilde kunne præskriberes, saa længe Opsigelse ikke havde fundet Sted. Naar et Gjældsbrev lyder paa Betaling til et senere Tidspunkt end 20 Aar fra dets Udstedelse, antager Ø. derfor ogsaa, at det ved Forløbet af 20 Aar fra dets Udstedelse forældes, saafremt det ej i Mellemtiden er

¹⁾ „Juridisk-Practiske Anmærkninger til Danske og Norske Lov“ 4. D. p. 204.

blevet fornyet¹⁾; og han erklærer sig imod den af Nogle opstillede Mening, ifølge hvilken den, der udsteder en Forskrivning paa saa lang Tid, indirekte skulde renoncere paa Præskriptionen; han finder det nemlig misligt at antage, at der forud skulde kunne renonceres paa Præskription, og at en saadan Renonciation skulde indeholdes deri, at Gjælds brevet lyder paa længere Tid end 20 Aar (jfr. Hdb. 4. B. p. 360). — I Henseende til betingede Kontrakter antog Ø. derimod, at Forældelsestiden først kunde regnes fra Betingelsens Indtræden, og han støttede dette (n. j. A. 1. B. p. 101—102) dels paa, at „Artiklen aabenbar ei taler om dette Slags Kontrakter, men forudsætter Dokumenter, hvorved man ligefrem forpligter sig til at betale en vis Sum“, dels derpaa, at der efter en betinget Forskrivning ingen Forpligtelse finder Sted førend i det Øjeblik, Betingelsen er kommen til Virkelighed²⁾, hvilket Tidspunkt derfor formentes at maatte træde i Stedet for Udstedelsesdagen ved den ubetingede Forskrivning. Af denne almindelige Regel om Præskriptionstidens Beregning ved betingede Kontrakter gjorde Ø. (Hdb. 5. B. p. 653) en Anvendelse ved Enkekassepolicer og Kautioner for kongelige Oppebørselsbetjente³⁾, hvorimod han ved Kautioner for en allerede stiftet Gjæld regnede Forældelsestiden fra Kautionens Indgaaelse, ligesom han ogsaa, i Modsætning til Brorson, antog, at en Kautionist,

¹⁾ Jfr. derimod Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 227 og 2. D. 2. B. p. 132.

²⁾ I Hdb. 5. B. p. 123—124 synes han dog at være af en anden Anskuelse, idet han nemlig her lærer, at ved den betingede Kontrakt er allerede en Rettighed fuldstændigen erhvervet, under den Forudsætning, at Betingelsen i sin Tid indtræder, hvilket blandt Andet viser sine Virkninger i Tilfælde af Debtors Død eller Fallit forinden Betingelsens Indtræden.

³⁾ Jfr. ogsaa Cskr. 21. Februar 1832 (Coll.-Tid. for 1833 p. 68—70), til Grund for hvilken ligger en Betænkning af Ø.

der indfrier et Gjælds-brev, medens det endnu er i Kraft, ikke efter 20 Aars Forløb efter Gjælds-brevets Udstedelse kan søge Regres hos Debitor, naar Præskriptionen ikke overfor denne er afbrudt, idet han nemlig mente, at Kautiønistens i det omhandlede Tilfælde maatte stilles paa samme Maade som en Cessionarius, eftersom han ligesom denne træder i den oprindelige Kreditors Sted og ikke kan have større Rettigheder end denne.

Hvad angaar Præskriptionens Afbrydelse, da antog de fleste af de ældre Forfattere (Hedegaard, Konglev, Nørregaard og Hurtigkarl), at de i 5—14—4 N. L. 13—2 nævnte Fornyelsesmaader maatte anses for at være nævnte som Exempler paa Debtors Vedgaaelse af Gjælden, og at derfor enhver Handling, hvorved Debitor vedkjendte sig Gjælden, maatte være tilstrækkelig, medens de Handlinger, som alene indeholde et Paakrav eller en Paamindelse om Forpligtelsen fra Kreditors Side, ikke af de anførte Forfattere nævntes som Afbrydelsesmaader¹⁾. Brorson derimod medtog ogsaa de sidste Afbrydelsesmaader, og ligeledes lærer Ø., at enhver Handling, som indeholder enten et Paakrav fra Kreditors Side eller en Erkjendelse af Fordringen fra Debtors Side, maa have samme Virkning som de i bemeldte Lovsted udtrykkelig nævnte Fornyelsesmaader, der opløse sig i en af disse Handlinger. Som en Fornyelsesmaade, der ikke er omtalt i Artiklen, nævner Ø. Indstævning til Retten eller nu Indklagelse for Forligelses-Kommissionen, og han bemærker, at det kan være tvivlsomt, om Stævningens Udtagelse eller Kla-

¹⁾ Jfr. Thomsen „Bidrag til Læren om Fordringsrettigheders Forældelse“ p. 173 Anm. 5.

gens Indgivelse allerede afbryder Præskriptionen, eller om Stævningens eller Indkaldelsens Forkyndelse dertil er fornøden; dette Sidste anser han for det rigtigste og paaberaaber sig til Støtte herfor Grundene til Præskription og Analogien af, hvad Loven i Almindelighed kræver til Præskriptionens Standsning, samt af 5—6—2, og han bemærker, at Reskripterne af 4. Juni 1745 og 19. December 1749 § 1 samt Frd. 20. Januar 1797 ikke kunne komme i Betragtning herimod, da de i disse Lovbestemmelser omhandlede Præskriptioner ere af en anden og laxere Natur end den sædvanlige Præskription, eftersom de mere ere „indførte for den offentlige Ordens Skyld end til Fordeel for Modparten, som ingen ubetinget Ret derved erhverver, hvilket tydeligen skjønnes deraf, at Regjeringen her, ved Opreisning, pleier at tilintetgjøre Præskriptionens Virkning“.

Med Hensyn endelig til Virkningen af Præskriptionen efter 5—14—4 N. L. 13—2 bemærker Ø., at det saavel af Lovstedets Ord som af Lovenes øvrige Grundsætninger er klart, at der ej kan være Spørgsmaal om, at den præskriberede Gjældsfordring jo er aldeles tilintetgjort, saa at denne Præskription ej hos os, saaledes som efter de romerske Love, indskrænker sig til at berøve Kreditor sit Søgmaal, ladende ham de Midler aabne, som ej gjøres gjældende ved Søgmaal, men ved Exception; han var derfor ogsaa tilbøjelig til at antage, at en præskriberet Fordring ikke kunde benyttes til Modregning, og han ansaa dette i alt Fald for klart, dels naar den præskriberede Fordring allerede var præskriberet, da den anden Fordring opstod, dels naar Hovedfordringen var et Gjælds-brev.

Lavhævd antoges af Hurtigkarl og tidligere

Forfattere¹⁾ at være et unødvendigt Institut, eftersom der nu skulde have andre Højtideligheder, som kunde betrygge Ejere, fornemmelig tinglæste Dokumenter, og der ved Tingsvidne kunde erholdes Bevis om lovligheds erhvervet Hævd. Hertil bemærker Ø. (Hdb. 4. B. p. 374—375), at Lavhævd ikke for nærværende Tid er saa overflødig, som den tidligere fremstilledes, thi naar den, der har erhvervet Hævd paa en Ejendom, ingen tinglæst Adkomst har, er han, siger Ø., forlegen, naar han vil udøve nogen Dispositionsret over Ejendommen ved Salg, Pantsættelse o. s. v., idet Bestyreren af Pantebogen vil gjøre Paategning paa Dokumentet om, at intet Adkomstdokument er læst, og Ingen da let vil vove at kjøbe Ejendommen eller laane deri, naar ikke den Hævd, hvorpaa Besidderens Ejendomsret skal grunde sig, paa en authentisk Maade er oplyst og erkjendt; et saadant Bevis antages nu af Ø. i Almindelighed ikke at kunne føres uden ved Hjælp af Vidner, og for at føre disse, anses det nødvendigt at stævne den eller de Paagjældende, men da disse ere den eller de ubekjendte Personer, som maatte gjøre Fordring paa Ejendommen, og en offentlig Stævning derfor maatte udtages efter en gennem Cancelliet erhvervet Bevilling, og da Pantebogens Bestyrer maaske vilde finde Betænkelighed ved at indlade sig paa at bedømme de Bevisers Værd, som Besidderen maatte kunne bringe tilveje, mener Ø., at det kan være raadeligst i et Tilfælde som det foranførte at søge Bevilling og udtage Stævning ogsaa til Doms Erhvervelse, hvorved vindes den Fordel, at der, naar Ingen melder sig efter den udtagne Stævning, ikke kræves noget nøj-

¹⁾ Hesselberg p. 137, Dons 2. D. p. 122—124, Kongslev 2. B. p. 153, Nørregaard § 559, Brorson Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5te Bog 1. B. p. 457—459 og Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 236—237.

agtigt Bevis for Ejendomsretten, mod hvilken der saaledes ingen lovlig Indsigelse er gjort af dem, der dertil lovligen ere kaldede.

Det fremgaar af det p. 153 Anførte, at de ældre privatretlige dansk-norske Systemer ikke opstillede de med Besiddelse forbundne Brugsrettigheder som en særegen Klasse af tinglige Rettigheder, og at de nævnte Brugsforhold, hvis de overhovedet skulde anses for tinglige Rettigheder, af de tidligere Forfattere maatte henføres til Servituterne, eftersom der tidligere ikke opstilledes andre begrænsede tinglige Rettigheder end Servituter og Pant. Nogle af bemeldte Brugsforhold var man nu ogsaa enig om at henføre til Servituterne; men med Hensyn til de i 5—8—13 N. L. 16 omhandlede Brugsforhold (Lejeforholdene) var man i stor Tvivl. Da Lejetageren nemlig, som bekjendt, efter Romerrettens Regler ikke havde nogen Ret i Tingen, og da de tidligere Forfattere ved Fremstillingen af den dansk-norske Ret saavidt muligt holdt sig til Romerrettens Regler, maatte man komme i Forlegenhed med Fortolkningen af 5—8—13 N. L. 16. Dons (2. D. p. 362—363) indrømmede, at Lejetageren, naar han er kommen i Besiddelse af det Lejede, har en Ret i Tingen, Kongslev (2. B. p. 327 og 336—337) nægtede derimod dette, men han ansaa desuagtet den i det nævnte Lovbud indeholdte Regel for meget naturlig, idet nemlig Ejeren ved at leje Huset bort antoges at have bundet sig selv saaledes, at han ved et tilkommende Salg ikke kunde overlade Kjøberen Besiddelsen af Huset, før Lejemaalet er ude, og Kongslev fandt det derfor ogsaa underligt, at

Romerretten hjemlede en modsat Regel. Nørregaard (§ 635 og § 827) synes ikke at henregne de Brugsforhold, hvor der svares et stadig tilbagevendende Vederlag, til Servituterne, men han anerkjender dog, at Lejetageren, naar den lejede Ting er ham overleveret, har en Ret i Tingen; iøvrigt var han ikke heldig med Hensyn til Fortolkningen af 5—8—13 N. L. 16, idet han nemlig mente, at den ufuldbyrdede Lejekontrakt maatte gaa forud for et senere fuldbyrdet Salg, og ligeledes antog han, at en Panthaver ikke kunde omstøde en senere af Ejeren indgaaet Lejekontrakt, selv om denne skulde gjælde for længere Tid. Brorson¹⁾ stiller sig tvivlende og bemærker, at Nogle endog antage, at Lejetageren ved Tingens Besiddelse virkeligen erhverver Ret i Tingen, og at man maaske han henføre denne Brugsret under Servituterne; derimod imødegaar han Nørregaards Lære om, at en ufuldbyrdet Lejekontrakt skulde gaa forud for et senere fuldbyrdet Salg, idet han fremhæver, at 5—8—13 N. L. 16 forudsætter, at Lejetageren har erholdt Besiddelsen af Huset. (Den anden ovenfor omtalte, af Nørregaard opstillede Sætning om Forholdet mellem Lejetageren og Panthaveren blev som bekjendt afgjort ved Frd. 4. December 1795). Hurtigkarl (2. D. 1. B. p. 385 og 2. D. 2. B. p. 290—292) endelig nægter, at Lejeforholdene kunne henføres til Servituterne, og da han dog kun nævner disse og Pant som begrænsede tinglige Rettigheder, kunde han ikke naa videre end til at sige, „at den ved Overleverelse stiftede Brugsret, som Lejetageren har, synes at være et Slags Ret i Tingen“. Med Hensyn hertil bemærker Ø.²⁾, at han ikke formaar

¹⁾ Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog 2. B. p. 53—56.

²⁾ Jfr. Hdb. 4. B. p. 645 og 5. B. p. 466—469 og 554—556, jfr. j. T. 16. B. 2. H. p. 271—281.

at indse Grunden til, at visse Brugsrettigheder over Andres Ting, f. Ex. Lejetagerens, ikke skulde kunne henføres til Servituter; Lejetagerens Ret formenes nemlig af ham, naar den, saaledes som 5—8—13 N. L. 16 har bestemt, kan gjøres gjældende imod enhver senere Kjøber, i enhver Henseende at have Karakteren af en Servitut og navnlig at maatte henføres til den af de ældre Forfattere opstillede Kreds af personlige Servituter, der gaa ud paa Brugs- og Frugtsret. For at imidlertid Lejetagerens Ret skal være tingligretlig beskyttet, maa der, som af Ø. fremhævet, fordres, ikke blot, at Lejetageren er kommen i Besiddelse af Tingen¹⁾, men ogsaa, at Lejekontrakten, saafremt den skal gjælde for længere Tid og angaar faste Ejendomme, er tinglæst i Overensstemmelse med Frd. 4. December 1795 eller (før Frd. 25. November 1831) dens Analogi, i hvilken sidste Henseende Ø. gjorde opmærksom paa den Vanskelighed, der ved Forpagtningsforhold opstod derved, at der her ikke havdes almindelige eller lovbestemte Lejemaalstider eller Opsigelsestider. Ø. bemærker derhos, at et Lejeforhold, selv om det er behørig stiftet, dog ikke kan komme en tidligere Panthaver til Skade, medmindre han har samtykket deri eller kan blive fyldestgjort, selv om Brugsforholdet bliver staaende ved Magt, hvorved naturligvis bortses fra, at Panthaveren efter Frd. 4. December 1795 og Frd. 25. November 1831 skal give Brugshaveren en vis kortere Frist til at fravige Ejendommen. — Med Hensyn til Fæsteforhold bemærker Ø., at Fæstebreve vel efter Frd. 8. Februar 1810 § 6 skulle tinglæses, men at den i dette Lovbud foreskrevne Tinglæsning af Fæstebreve er befalet i et andet Øjemed og har en anden Virkning end Ting-

¹⁾ Jfr. derimod Algreen-Ussing „Anmærkningertil Tingsretten“ 2. B. p. 114.

læsning af Skjøder og Pantebreve, og at den ældre Panthaver i Almindelighed ikke kan omstøde et senere Fæstebrev, forsaavidt dette angaar en under det egentlige Fæstegods hørende Ejendom, eftersom Bortfæstning af de Bønderjorder, som høre under et samlet Gods, ikke er en vilkaarlig men en lovbefalet Anvendelse af samme, hvori ingen Pantsættelse kan gjøre Forandring, ligesom og Enhver ved, at sligt Gods skal bortfæstes, og at det i det mindste til en vis Grad staar i Ejerens Magt at forringe Ejendommens Værdi ved ufordelagtige Fæstevilkaar. Naar derimod en Selvejer eller Arvefæster bortfæster den ham tilhørende Bondegaard, er Forholdet, efter hvad han bemærker, et andet, idet han selv kan drive Gaarden, hvad ogsaa maa anses for det sædvanlige, og der derhos i Pl. 7. Juni 1806 er hjemlet Adgang til at erholde Dispensation fra Bestemmelsen om Bortfæstning.

Med Hensyn til Laan til Brug antog Ø. (Hdb. 5. B. p. 403), som bekjendt, at Laantageren ikke var tinglig-retlig beskyttet.

Som allerede tidligere p. 153 bemærket, antog de ældre Forfattere¹⁾, — i Overensstemmelse med ældre Fremstillinger af tysk Ret, — at Servituter ikke blot kunne gaa ud paa, at Ejeren af den tjenende Ting skal taale Noget eller undlade Noget, men ogsaa paa, at han skal gjøre Noget; med Hensyn hertil opstilledes tidligere ved Siden af personlige og reelle Servituter de saakaldte blandede, som netop skulde bestaa i, at Ejeren af den tjenende Ejendom skulde gjøre Noget til Fordel for den Berettigede. Med Hensyn til disse blandede Servituter bemærker Ø.²⁾ først,

¹⁾ Dons 2. D. p. 265—266, Kongslev 2. B. p. 327, Nørregaard § 627 og § 630 og Hurtigkarl 2. D. 1. B. p. 385 ff.

²⁾ Jfr. j. A. Nr. 25 p. 163, A. f. R. 6. B. p. 338 og Hdb. 4. B. p. 643—645.

at selve Benævnelsen blandede Servituter er en Uting, idet nemlig en Servitut, i Kraft af hvilken en Ejer af en Ting skal foretage Noget, t. Ex. vedligeholde et Hegn, ikke kan siges at være en Blanding af personlige og reelle Servituter men selv maa være enten en personlig eller en reel Servitut, eftersom Rettigheden nemlig er stiftet til Fordel for en Person eller en Ejendom; dernæst gjør Ø. opmærksom paa, at der ingen Grund er til at skille de Rettigheder, der gaa ud paa, at Ejeren af en fast Ejendom skal gjøre Noget, fra de Rettigheder, der gaa ud paa, at han skal give Noget, og at man derfor, naar de først omtalte Rettigheder skulde henføres til Servituter, ogsaa hertil maatte henregne de sidst omtalte Rettigheder, og at saaledes ogsaa Ret til Tiende og aarlig Jordskyld eller anden Kanon maatte anses for Servituter, men dette vilde efter Ø.s Mening stride imod al vedtagen Terminologi, og Rettigheder af meget forskjellig Natur vilde herved sammenblandes.

Ø. anser det derfor for rettest at opstille de en Person tilkommende Rettigheder, som gaa ud paa, at Ejeren af en fast Eiendom skal give eller gjøre Noget, som en særlig Klasse af tinglige Rettigheder. At de romerske Jurister ikke anerkjendte disse Rettigheder, finder han meget naturligt, blandt Andet af den Grund, at Romerne ikke kjendte Principet om Publicitet af de Handlinger, hvorved Ret over faste Ejendomme erhverves; men hvad den dansk-norske Ret angaar, mener han, at man ikke ligefrem kan nægte en Ejer af en fast Ejendom Ret til at paalægge de tilkommende Ejere personlige Forpligtelser, naar dette kan ske uden Fornærmelse for tidligere Panthavere, og naar der ved behørig Tinglæsning er sørget for senere Panthaveres eller Kjøberes Betryggelse. Dog antager han, at dette ikke uden Indskrænkning kan være tilladt, og at i

Særdeleshed Hoveri- og Tiendelovgivningen næppe kan tilstede, at en Ejer bebyrder sin Ejendom med alle Slags Forpligtelser til at give eller gjøre Noget, hvorved denne Ejendom kan komme i et afhængigt Forhold af en anden; men ligesom han (Hdb. 4. B. p. 193—194) anser det for utvivlsomt, at en Ejendom maa kunne overdrages imod en aarlig Afgift, og at der ligeledes af en Ejer maa kunne tilstaas Nogen, helst en offentlig Stiftelse, en uforanderlig Afgift af hans Ejendom, saaledes mener han, at det Forhold, som finder Sted ved Jords Overladelse til Arvefæste, egentlig ikke er forskjellig herfra, naar Bortarvefæsteren, foruden Afgiften, ingen anden Myndighed tilegner sig over Gaarden.

Til de begrænsede tinglige Rettigheder henførte Ø., som tidligere berørt, ogsaa tinglæste Kjøbekontrakter og andre lignende tinglæste Kontrakter angaaende faste Ejendomme. Dette har han nærmere begrundet, og Virkningen af saadanne Kontrakter har han nærmere bestemt i en oprindelig i j. A. Nr. 5 (1805) p. 176—185 og senere i A. f. R. 2. D. p. 379—387 optagen Afhandling „Om Virkningen af Kjøbecontracters Læsning med Hensyn paa tredie Mand“. Ø. bemærker her, at en Kjøbekontrakt ikke, i Medhold af vore Love, er nok til at stifte Ejendom over urørlige Ting, idet der hertil maa fordres et tinglæst Skjøde (jfr. 5—3—28, 29 og 33 N. L. 39, 40 og 44 og forskjellige senere Anordninger, der opstille Skjødet og Kjøbekontrakten som to forskjellige Dokumenter, t. Ex. Frd. 25. Mai 1804 §§ 2, 3 og 14, Frd. 9. Juni 1812, Sportel-Regl. 22. Marts 1814 §§ 64 og 65); fremdeles antager han, at Kjøberen maa staa tilbage for Skjøder og Pantebreve, som ere udstedte før Kjøbekontraktens Tinglæsning, skjøndt de senere blive læste til Ting, og at Kjøberen heller ikke kan præjudicere en Lejetager i den Brugsret, denne har erhvervet for usædvanlig lang Tid, uagtet Lejekontrakten ej er tinglæst, eftersom det

blot er med Hensyn til tinglæste Skjøder og Pantebreve, at Frd. 4. December 1795 indskrænker 5—8—13 N. L. 16; endvidere antager han, at Kjøberen (afset fra den ved Frd. 23. Mai 1827 ophævede Frd. 9. Juni 1812) i Overensstemmelse med 5—3—31 N. L. 42 maa vige for enhver ældre, skjøndt utinglæst Kontrakt, der kommer i Strid med den ham meddelte¹⁾. Derimod antager Ø., at Tinglæsning af Kontrakten har den Virkning, at de Skjøder og Pantebreve, som Sælgeren efter saadan Tinglæsning maatte udstøde, bør vige for Kontrakten, hvorved det altsaa forudsættes, at Skjødet ikke er udstedt for at opfylde en Kjøbekontrakt, der er ældre end den tinglæste Kjøbekontrakt. Til Støtte herfor anfører Ø., at naar en Kjøbekontrakt paa Ejendommen allerede er læst, førend Pantebrevet eller Skjødet udstedes, vidste den, der modtager samme, eller maatte i det mindste kunne vide, at tredie Mand allerede havde erhvervet en Ret, hvoraf Skjødet eller Pantebrevet indeholdt en Krænkelse, og da han saaledes maatte versere in dolo eller culpa, havde Lovgiveren ingen Grund til at beskytte ham, og navnlig finder han en afgjørende Støtte for sin Mening i 1—3—7 N. L. 10 samt Sportel-Regl. 11. Juni 1788 1. Afd. § 16, 6. Afd. § 13, der udtrykkelig tale om Kjøbekontraktens Læsning til Tinge, idet han nemlig mener, at der heraf unægtelig kan sluttes, at saadan Læsning har Retsvirkning, men at man ikke, med Hensyn til den da gjældende Lovgivning (nemlig forinden Frd. 9. Juni 1812), vilde kunne tillægge den nogen Virkning, naar den ovenfor angivne nægtes samme. Han bemærker med Hensyn hertil fremdeles, at det vel kan være tvivlsomt, om en Retsbetjent ikke bør læse endog

¹⁾ Jfr. derimod Brorsons Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5te Bog 2. B. p. 55.

saadanne Dokumenter, der ej herved erhverve større Retskraft, end de ellers vilde have, men han anser det i alt Fald for vist, at Lovgiveren ikke bør give nogen Anledning til at lade en Kjøbekontrakt tinglæse, saafremt ingen Virkning dermed var forbunden, og en saadan Anledning formenes Loven at give, naar den nævner Kjøbekontraktens Tinglæsning som en væsentlig Retshandling ved Siden af de Tinglæsninger, som ellers ere fornødne for, at et Dokument kan opnaa sin Virkning (jfr. nu Frd. 28. Marts 1845 § 11). — Hvad der saaledes gjælder om tinglæste Kjøbekontrakter, maa, efter hvad Ø. bemærker, ogsaa gjælde om tinglæste Mageskifte- og Gave-Kontrakter, og dernæst antager han, at det Anførte analogisk maa anvendes paa Forskrivninger, hvorved Nogen til Fordel for en Kreditor forpligter sig til ikke at pantsætte sit Gods i Almindelighed eller visse Ejendomme i Særdeleshed til tredie Mand, uden dog endnu at give tredie Mand Pante-rettighed. En saadan Forskrivning antages nemlig ikke, i Tilfælde af Død eller Fallissement, at give nogen Fortrinsret fremfor andre simple Kreditorer, ligesom disse ogsaa antages at maatte kunne gjøre Execution i det i Forskrivningen omhandlede Gods, men derimod antages de Afhændelser eller Pantsættelser, som ere skete efter Dokumentets Tinglæsning, ikke at kunne komme den Kreditor, der har erhvervet Forskrivningen, til Skade, hvorved det dog maa bemærkes, at Ø. kun kan antages at have tænkt paa Afhændelser og Pantsættelser af den faste Ejendom.

Panteretten¹⁾ defineredes af Hurtigkarl, i det Væsentlige overensstemmende med de tidligere Forfattere, som „den Ret, som en Creditor har i een eller flere sin Debitor tilhørende visse og bestemte Ting til udi samme at søge Fyldestgjørelse, dersom Debitor ikke præsterer det, som han er pligtig til at præstere“, og det sagdes hos Hurtigkarl, ligesom i Almindelighed hos de tidligere Forfattere, at Virkningen af Panteretten er, at Panthaveren har en Ret i Tingen og til Tingen eller med andre Ord baade en tinglig Ret og en obligatorisk Ret, i Kraft af hvilken sidste han kan søge Fyldestgjørelse i det Debitor tilhørende Gods, der ikke er pantsat. Den anførte Definition af Panteretten finder Ø. (Hdb. 6. B. p. 76—78) ikke fyldestgjørende. Han bemærker for det Første, at det ikke er aldeles nødvendigt, at de Ting, der sættes til Pant, ere eller engang udgives for at være Debtors Ejendom, idet en Person stundom giver sit Gods til Sikkerhed for anden Mands Gjæld, for hvilken han iøvrigt ikke paatager sig nogen personlig Ansvarlighed, og undertiden endog en gyldig Panteret kan stiftes over en Andens Ting, uanset at Pantsætteren manglede al Ret til at give Pant i den (jfr. Frd. 29. Juni 1753 § 8 og Octroj 4. Juli 1818 § 46), ligesom endelig den Pantsætning, som en Person

¹⁾ Jfr. Hesselberg p. 222 - 238, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lovs 5te Bog p. 541—578, Dons 2. D. p. 317—362, Kongslev 2. B. p. 288—324, Lybeckers Applications-Udtog 3. H. p. 441—467 og 2. H. p. 844—850, Nørregaard §§ 907—970, Brorsons Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog 2. B. p. 1—37 og hans Fortolkning af Chr. V.s Lovs 4. Bog p. 365—402, Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 396—461, Ø.s Anmeldelse deraf i n. j. A. 26. B. (1819) p. 15—57, Algreen-Ussing „Anmærkninger til Tingsretten“ 2. B. (1825) p. 131—155, Ø. Hdb. 6. B. p. 76—371, jfr. ogsaa Afhandlingen i j. T. 16. B. 2. H. p. 92—392.

har foretaget af Noget, der ikke endnu paa den Tid var hans fulde Ejendom, er aldeles gyldig, naar denne Mangel siden afhjælpes. Endvidere fremhæver Ø., at det af Hurtigkarl og tidligere Forfattere erkjendte Begreb om Pant i alt Pantsætterens Gods eller i en saakaldet universitas rerum viser, at Panteretten ikke altid forudsætter individualiserede Ting. Overfor den ovenanførte Angivelse af Pantsætningens Virkninger ytrer han (Hdb. 6. B. p. 94), at det ikke er fuldkommen nøjagtigt, naar der som en af disse nævnes Kreditors Ret til Tingen, idet Gjældsforpligtelsen ikke stiftes først ved Pantsætningen, men er en Forudsætning, hvorpaa den hviler, om end den og Pantsætningen ofte stiftes samtidig og konstitueres ved et og samme Dokument.

Ved Siden af Haandpant og Underpant opstillede Forfatterne fra det forrige Aarhundrede i Almindelighed et tredje Slags Pant, nemlig Pant til Brugelighed. Hurtigkarl derimod betragtede den nævnte Art af Pant som en Underart af Haandpant, men desuagtet vilde han have Pant til Brugelighed tildels behandlet efter andre Regler end Haandpant, hvilket endog var Tilfældet, naar Pantets Gjenstand var en rørlig Ting, og navnlig var han tilbøjelig til, overensstemmende med de tidligere Forfattere, at antage, at der til Stiftelse af brugeligt Pant i en fast Ejendom maatte kræves Udstedelse og Tinglæsning af et Pantebrev. — Forskjellen mellem Haandpant og Underpant angaves hos Nørregaard og Hurtigkarl at være den, at Haandpant finder Sted, naar den pantsatte Ting overleveres til Panthaveren, og Underpant, naar Tingen ikke overleveres til Panthaveren, men forpliver enten i Pantsætterens eller i tredje Mands Besiddelse. Med Hensyn til de anførte Definitioner paa Haandpant og Underpant viser Ø., at de lægge Vægten paa et uvæsentligt

Moment, idet nemlig den Omstændighed, at aktuel Overleverelse faktisk kommer til, ikke hindrer et Pant i at være Underpant, men at det afgjørende er, om Panteretten stiftes ved Tingens Overleverelse eller ikke. Hvad dernæst angaar Pant til Brugelighed, bemærker Ø. (Hdb. 6. B. p. 80), at „det er en Pantets Inddeling i Underpant og haandfaaet Pant . . . aldeles uvedkommende Omstændighed, om Creditor tillige har faaet Adgang til at bruge den pantsatte Ting eller ikke“. „Hermed“, siger han, „forandres Intet i Pantets Character; om det enten skal ansees som Underpant eller som haandfaaet Pant, beroer ganske paa sammes øvrige Egenskaber“. Med Hensyn særlig til, at Hurtigkarl, som berørt, vilde indordne alt Pant til Brugelighed som en Underart af Haandpant og derved kom til at rejse Tvivl om, hvorvidt der til Stiftelsen af saadant Pant i en fast Ejendom kræves Tinglæsning, paaviser Ø. (Hdb. 6. B. p. 245—246), at (villiesbestemt) Pant i en fast Ejendom efter vor Ret ikke, være sig under Navn af Haandpant eller af Pant til Brugelighed, kan stiftes ved Overlevering, men kun ved tinglæst Dokument. Han skriver herom Følgende: „Sandt er det, at 5—7—7 meget vel kunde construeres saaledes, at de Ord „som ikke i Hænde leveres“ skulde være at forstaae med Hensyn til alle de sammesteds nævnte Gjenstande, altsaa ogsaa Huus, Jord og Grund. Men Artiklen taaler ogsaa en anden Construction, og denne vinder endog allerede fra Ordfortolkningens Side Styrke derved, at der, efterat hine tre Gjenstande ere nævnte, kommer et dobbelt „eller“, først foran „Skib“ og siden igjen foran det Ord „Andet“, til hvilken Udtryksmaade der aldeles ingen Anledning var, saafremt alle de nævnte Gjenstande skulde paa lige Maade være den strax efter følgende nærmere Bestemmelse undergivne. Da Ordføiningen saaledes i det mindste tillader flere

Betydninger, saa bør uden Tvivl den foretrækkes, som bedst stemmer overeens med Lovens Grundsætninger. Men seer man hen til disse, saa kan man ingenlunde antage, at den physiske Overleverelse af en fast Eien- dom kan gjøre Tinglysningen overflødig“. Han hen- viser i saa Henseende til, at Tinglæsning er ubetinget nødvendig til Overdragelse af Ejendomsret over faste Ejendomme, og han bemærker fremdeles, at den hele Sikkerhed, som vort Hypothekvæsen skal gaa ud paa at tilvejebringe, vilde rystes i sine Grundvolde, dersom Panterrettighed over faste Ejendomme kunde uden Kund- gjørelse erhverves ved en med Besiddelsestagelse for- bunden Overenskomst mellem Kreditor og Debitor. Endelig anfører han, at 5—7—5 og 6 klarligen vise, at de til Brugelighed pantsatte faste Ejendomme ikke af Lovgiveren betragtes som en Art af haandfaaet Pant.

Med Hensyn til den Overleverelse, som kræves til Stiftelsen af Haandpant, bemærker Ø. (Hdb. 6. B. p. 98— 108 jfr. p. 78—79), at hvad der gjælder om den Over- leverelse, som fordres til Ejendomsrets Overdragelse (jfr. foran p. 182—184), ogsaa, skjøndt med nogen Modifikation, maa finde Anvendelse paa den Overleve- relse, hvorved Haandpant stiftes. Han mener saaledes, at hvad der foran er anført saavel om den saakaldte *traditio brevi manu* og *traditio symbolica* som om Overleverelse til tredie Mand paa Erhververens Vegne, ogsaa maa gjælde ved Haandpant. Naar derfor Nørre- gaard og Hurtigkarl til Underpant ogsaa henførte det Tilfælde, at Tingen overleveres til tredie Mand, kan dette efter Ø.s Mening ikke være rigtigt, naar tredie Mand besidder Godset paa Panthaverens Vegne og staar ham til Ansvar derfor. Ø. mener derfor ogsaa, at der kan erhverves sekundair Haandpanteret over det, som en Anden har i Haandpant, naar denne Anden forpligter sig til ikke at aflevere Pantet eller

det Overskud over hans Fordring, som samme ved Realisation maatte afgive, førend ogsaa den sekundaire Pant-haver er fyldestgjort, og han bemærker, at den nævnte sekundaire Panteret kan, hvis Pantet bestaar i Pengeactiver, faa en yderligere Fasthed derved, at der om samme gives en Paategning paa de pantsatte Obligationer. Derimod mener Ø., at det saakaldte constitutum possessorium ikke kan finde Anvendelse ved Panteretten, og han anfører med Hensyn hertil, at det paa Grund af Pantsætterens vedvarende Ejendomsret ikke lader sig tænke, at hans forrige Besiddelsesmaade omdannes fra Civilbesiddelse til Naturalbesiddelse, men at hans Besiddelse, dersom Tingen bliver i hans Værge, beholder aldeles den samme juridiske Karakter som forhen. „Den Beskyttelse“, siger han videre, „som Lovgivningen har villet give tredie Mands Ret ved at stille de to Alternativer for rørlige Tings Pantsætning, Overleverelse eller et tinglæst Document, vilde derhos aldeles forfeiles, naar haandfaaet Pant kunde stiftes ved en saadan Omgangsmaade som omspurgt. Den vilde og meget oftere og hyppigere blive benyttet end et constitutum possessorium mellem Kjøber og Sælger. Heller ikke finder med Hensyn til Pantsættelse den Trang til dette Hjælpemiddel Sted, som foranlediger, at det bør kunne gjælde mellem Sælger og Kjøber. For Eiendoms Overdragelse over rørlige Ting har man nemlig ikke Alternativet mellem et tinglæst Document og Overleverelse, som der er givet med Hensyn til Pantsættelse.“ „Endelig“, siger han fremdeles, „vidne, og det er det vigtigste, selve Udtrykkene i L. 5—7—7 om, at Pantsætteren ikke kan beholde det pantsatte Gods i sit Værge, naar ikke den Form iagttages, som er foreskrevet for Erhvervelsen af Hypothek. Efterat Lovgiveren har nævnt „Andet, som ikke i Hænde leveres“, tilføier han nemlig, „men bliver i Skyldnerens

Værge“, hvilke Ord vist ikke ere overflødige, men netop maa antages at være med Flid nedskrevne, for tydelig at tilkjendegive, at Pantsætteren under ingen Form maa beholde Tingen i sit Værge, naar Pantet skal stiftes anderledes end ved tinglæst Dokument“. „Dette kan dog“, fortsætter han videre, „neppe strækkes saa vidt, at det i haandfaaet Pant givne Gods ikke kunde blive i et Locale, hvoraf Pantsætteren var Eier eller Leietager, naar dette Locale sættes i et saadant Forhold til Panthaveren, at det pantsatte Gods stilles til hans og gaaer ud af Pantsætterens Varetægt. Man kan da ingenlunde sige, at Tingen er bleven i Skyldnerens Værge; thi han kan ikke, uden lovstridig Deposition, bruge samme.“ Han bemærker, at der let kan være Anledning til en saadan Fremgangsmaade ved Varebeholdninger, og han paa-viser nærmere, at en Række Bankoktrojer og andre Lovbestemmelser, — derimellem Oktroj for Nationalbanken af 4. Juli 1818 §§ 46 og 47 og Reglement for samme af 27. Juli s. A. §§ 11 og 14 samt Reglement for Centralkassen af 25. Februar 1831 §§ 3 og 10, — der for de i dem omhandlede Pengeinstituters Vedkommende hjemle, at Haandpant stiftes paa den angivne Maade, ikke kunne antages at indeholde Undtagelser fra Lovgivningens almindelige Regel. I Forbindelse med den Udvikling, som Ø. saaledes har givet angaaende Stiftelsen af Haandpant, og hvilken Udvikling jo i alt Væsentligt stemmer med, hvad der nu læres i Systemerne, udtaler Ø. endnu, at uagtet et haandfaaet Pants Natur ikke tilsteder, at Pantsætteren paa nogen Maade forbliver i Besiddelse af det Pantsatte, saa kan dog en ellers lovlig erhvervet Pante-rettighed næppe hæves derved, at man midlertidig giver Debitor Pantet i Hænderne af en eller anden forbigaaende Aarsag, f. Ex. for at oppebære Renterne.

Han finder det vel klart, at Panterettigheden gaar til Grunde, dersom Debitor benytter Lejligheden til at disponere over Pantet, f. Ex. ved at kvittere eller cedere de pantsatte Obligationer. „Paa den anden Side“, skriver han dernæst, „kunde der vel heller ikke være Spørgsmaal om, at Panterettigheden jo i al Fald traadte i fuld Kraft, efterat de pantsatte Effecter vare komne tilbage i Panthaverens Hænder. Men dersom Pantsætteren t. Ex. døde eller fallerede, medens han paa en saadan Maade var kommen i Besiddelse af de pantsatte Effecter, uden at han dermed havde foretaget Noget til Panthaverens Skade, saa vilde det være et Spørgsmaal, om de ikke som et hos ham beroende Depositum maatte overgives til Panthaveren, eller om de skulde blive i Boet, uden at hiin Panthaver kunde have større Ret til dem end den Afdødes øvrige Creditorer. Høiesteret har afgjort et saadant Spørgsmaal til Fordeel for det første Alternativ.“ Endelig bemærker han, at ethvert Spørgsmaal bortfalder, naar de pantsatte Obligationer ere forsynede med Paategning om Panteretten.

I Henseende til Panthaverens Realisation af Haandpantet har Ø. i Hdb. 6. B. p. 109 ff. udførlig udviklet, at Haandpanthaveren ikke udenfor det i 5—7—3 omhandlede Tilfælde kunde være berettiget til at stille Pantet til Auction efter forudgaaet Bekjendtgjørelse i Aviserne, medmindre Pantsætteren havde samtykket deri; da der imidlertid senere er udkommet nyere Lovbestemmelser om det omhandlede Forhold, baade her i Landet (Konkursloven af 25. Marts 1872 § 155) og i Norge (Lov 12. Oktober 1857 § 2), er der mindre Grund til at gaa nærmere ind paa Ø.s Fremstilling vedrørende det nævnte Punkt. — Forsaavidt det haandfaaede Pant er en Forskrivning, antager Ø. (Hdb. 6. B. p. 119—121), — i Overensstemmelse med hvad

man ogsaa senere har været tilbøjelig til at antage heri Landet¹⁾, — at Haandpanthaveren, naar han vil søge Fyldestgjørelse, i Stedet for at gaa frem ad den almindelige Vej, kan søge Udstederen af den pantsatte Forskrivning, og han anfører til Støtte herfor blandt Andet Følgende: „Pantsættelse af et Gjælds-brev indeholder Pantsættelse af den Ret til at fordre den Capital m. v. betalt, der udgjør Forskrivningens Gjenstand. Slig Pantsætning maa altsaa give Panthaveren Adgang til at blive hiin Capital mægtig, naar han, formedelst hans umiddelbare Debtors Misligholdelse af sin Forpligtelse, kommer i det Tilfælde, at han maa realisere sit Pant. Hiin Maade at realisere et pantsat Gjælds-brev paa er og den lemfældigste for Pantsætteren; thi, dersom Panthaveren, i Stedet derfor, sælger det ved Auction, saa vil det sandsynligviis gaae bort for en ringere Sum, end det lyder paa, og som der, ved lovlig Omgang, hos Debitor kunde være at erholde, og denne Afgang maatte Pantsætteren ligefrem bære. . . . Frd. 9. Februar 1798 § 2 saavel som dens Præmisses synes og at indeholde en Erkjendelse af, at Panthaveren i et Gjælds-brev har Søgsmåls Ret imod Udstederen“. Han paaviser sluttelig, at Oktroj 4. Juli 1818 § 52, der udtrykkelig har hjemlet Nationalbanken den omtalte Ret, ikke kan anføres imod den af ham forsvarede Mening. — Med Hensyn til Haandpanthaverens Retsstilling i Tilfælde af Pantsætters Død eller Fallit udtaler Ø. (Hdb. 6. B. p. 125—132), — hvad jo ogsaa nu anses for utvivlsomt, — at den Kreditor tilkommende Ret til selv at foranstalte sit haandfaaede Pant realiseret ikke kan betages ham derved, at Debitor dør eller fallerer, eftersom Arvingerne eller Boet

¹⁾ For Norges Vedkommende er en modsat Mening bleven gjort gjældende.

træde i Debtors Sted og ikke kunne fordre anden Ret end den, som tilkom denne selv, nemlig at faa Godset tilbage, imod at betale den derpaa hæftende Sum med vedbørlige Renter og de allerede paaløbne Omkostninger, eller, naar det, i Mangel af Gjældsforpligtelsens Tilfredsstillelse, skal realiseres, da at forlange Realisationen foretagen paa lovlig Maade og det eventuelle Overskud bragt ind i Boet. „At Boet“, fortsætter han, „skulde kunne gjøre Paastand paa at komme i Besiddelse af Pantet uden at betale hvad derpaa hefter, før selv at foranstalte det realiseret, og deraf betale Gjælden, vilde være at vende op og ned paa det hele Retsforhold, og at skille Creditor ved de Midler til sikker og prompte Betaling, der eengang lovligen ere bleyne hans“. Han viser videre, at en modsat Regel ikke har Hjemmel i Bestemmelserne om Fordringers Anmeldelse efter Proklama. Sluttelig omtaler han, at tyske Retslærde temmelig almindelig antog, at Retfærdighed og Sagens Natur fordrer, at det haandfaaede Pant indføres i Debtors Bo, og han imødegaar udførlig de Grunde, der af Gönner i Handbuch des deutschen gemeinen Processes 1. B. p. 513 til Enden og 4. B. p. 560—565 vare anførte for denne Mening, hvilke Grunde, siger Ø., ogsaa maatte kunne komme i Betragtning hos os, hvis de i sig vare gyldige.

I Henseende til de Haandpanthaveren paahvilende Forpligtelser antog Hurtigkarl, at Panthaveren ikke kan være pligtig til at vise større Agtpaagivenhed end den, som han plejer at vise i sine egne Anliggender. Dette formenes af Ø. at være urigtigt, og han skriver med Hensyn hertil (Hdb. 6. B. p. 132—134) blandt Andet: „Naar man med det første Membrum af L. 5—7—1 sammenholder det Følgende, der indeholder Modsætningen dertil, saa synes alt, hvad

der i juridisk Forstand kunde ansees som Skjødesløshed eller Forsømmelse i Pantets Bevaring, at maatte paadrage Panthaveren Ansvar. Det Tab af sin Fordring, som Creditor selv i Tilfælde af aldeles utilregnelig Skade er undergivet, giver heller ikke Formodning om, at han skulde nyde nogen særdeles Begunstigelse ved Afgjørelsen af det Spørgsmaal, om Forsømmelse er begaaet eller ikke“. Han paaviser dernæst, at der ikke fra 5—8—14 N. L. 17 kan drages nogen Slutning til Fortolkningen af 5—7—1, eftersom forskellige Betragtninger gjøre sig gjældende ved de paagjældende Retsforhold, og derhos Indholdet af de nævnte Lovbud er forskjelligt, og ligeledes viser han, at der Intet kan støttes derpaa, at jydsk Lov II. 114 indeholdt fælles Bestemmelser om Gjemmerens og Panthaverens Ansvar. — I Forbindelse hermed har Ø. (Hdb. 6. B. p. 134—140) udførlig omhandlet den nu for Danmarks Vedkommende ved Konkurslovens § 156 og for Norges Vedkommende ved Lov 12. Oktober 1857 § 3 ophævede Regel i Slutningen af 5—7—1 om, at Kreditor skulde tabe sin Fordring i Tilfælde af Pantets hændelige Undergang, derunder ogsaa Spørgsmaalet, om Debitor gyldig kunde fraskrive sig Anvendelsen af denne Regel. — Naar Panthaveren har meddelt et Bevis for det modtagne Pant, er Ø. (Hdb. 6. B. p. 117—118) tilbøjelig til at antage, at dette Bevis, skjøndt det egentlig ikke er et Gjældsbevis, dog naar det sælges eller pantsættes til tredie Mand, efter Grundsætningen i Frd. 9. Februar 1798 maa hjemle denne Ret til, uden Hensyn til hvad der mellem Udstederen og den oprindelige Erhverver er forhandlet, at løse Pantet hos Panthaveren, saalænge det endnu ikke er forfaldet og realiseret, men efterat det er realiseret, at kræve Overskuddet.

I Henseende til Underpant vare Forfatterne før Ø. enige om, at et Pantebrev, som ikke paa behørig

Maade var tinglæst, ikke kunde medføre alle de Virkninger, som ellers vare knyttede til en Panteret, og navnlig ikke gjælde ligeoverfor et tinglæst Pant og de øvrige Retserhvervelser, som dermed kunde staa ved Siden, men derimod var det i et af det juridiske Fakultet afgivet, af Kofod Ancher affattet, Responsum¹⁾ antaget, at et utinglæst Pantebrev burde give Rettigheder til Pantet fremfor alle personlige Fordringer saavel som andre siden udgivne utinglæste Pantebreve, og dette støttedes navnlig paa, at efter Sagens Natur kunde der til Panterettens Stiftelse kun kræves en Overenskomst mellem Parterne, og at den positive Lovgivning ikke udtrykkelig havde nægtet det utinglæste Pantebrev den nævnte Virkning. I Overensstemmelse med dette Fakultetsresponsum udtalte Kongslev (2. B. p. 300—303) og Lybecker (3. H. p. 452—453) sig. Af senere Forfattere²⁾ blev Rigtigheden af denne Mening vel bestridt, men da disse Forfattere ikke bestred, at Panteret efter Sagens Natur kunde stiftes ved en Overenskomst mellem Parterne, og da Ø., under Forudsætning af, at der gives et „*hypotheca juris naturalis*“, finder det vanskeligere at gjendrive den ældre af Kofod Ancher forsvarede Mening, følte han sig opfordret til (Hdb. 6. B. p. 185—186)³⁾ yderligere at imødegaa denne og navnlig at vise, at en hypothekarisk Forskrivnings Retsgyldighed næppe kan udledes af de naturlige Retsgrundsætninger om Kontraktens Virksomhed. „Spørgsmaalet er“, skriver

¹⁾ Dette Responsum er indført i „Svar paa nogle Spørgsmaale til det juridiske Fakultet, givne af P. Kofod Ancher“ (1779) p. 221—230.

²⁾ Jfr. Nørregaard §§ 925—927, Brorsons Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog. 2. B. p. 19—22 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 415—416.

³⁾ Jfr. ogsaa j. T. 16. B. 2. H. p. 184—187.

han, „nemlig, ikke om Udstederens Forpligtelse til ikke at foretage Noget, som strider mod hans Forskrivnings Indhold, men om denne Forskrivnings Kraft til at give Fortrin for Andre, der have erhvervet contractmæssige Rettigheder mod Udstederen, og dette hører ikke til den Sphære, der staaer under Contrahenteres vilkaarlige Raadighed. Naar L. 5—1—2 i at opregne forskjellige Contracter, der skulle bedømmes efter dens almindelige Regel, ogsaa nævner Pant, saa kan dette heller ikke betyde mere, end at den, der tilsiger et Pant, er lovlig bunden til at holde sit Ord. Det vedkommer saaledes ikke de Betingelser, hvorunder en Panterrettighed kan erhverves med Virkning mod tredie Mand, saa lidet som de i Artiklen ligeledes nævnte Afhændelses-Contracter ere nok for at stifte en mod tredie Mand gjeldende Eiendomsret. Det er og historisk vist, at hypothekarisk Pantsætning ikke har dannet sig hos os af sig selv ved Hjælp af de oprindelige i Nationen levende Retsbegreber, men først i Chr. 4des Tid ved Lov er bleven indført, og hverken denne Konges eller nogen af de senere Love om denne Gjenstand har tillagt et utinglyst Pantebrev nogen Retsvirkning. Som et Product af den positive Lov kan en hypothekarisk Forskrivning nu intet gjælde uden for de i denne Lov fastsatte Betingelser og Grændser“.

Tinglæsningen af det Pantebrev, hvorved der indrømmes Pant i Løsøre, antoges af de tidligere Forfattere at skulle ske ved den Jurisdiction, hvor Løsøret fandtes; overensstemmende hermed antoges det, at Tinglæsning, naar der gaves almindeligt Underpant, maatte ske ved alle de Jurisdictioner, i hvilke der fandtes noget Pantsætterens tilhørende Løsøre, til hvilket Panteretten skulde udstrækkes; en yderligere Konsekvens var det, at Panteretten antoges at gaa tabt,

naar Løsøret flyttedes til en Jurisdiction, hvor Tinglæsning ikke var foregaaet, medmindre der skete ny Tinglæsning ved Jurisdictionen inden de i 5—3—28 N. L. 39 fastsatte Frister, hvilke antoges at maatte regnes fra Flytningen, og til Støtte for dette Resultat henvistes til 4—5—9. Urigtigheden af denne Mening har Ø. med klare og afgjørende Grunde godtgjort, idet han har vist, at det er mere overensstemmende med Lovens Analogi saavel som med Tinglæsningens Øjemed, at denne foregaar ved Debtors personlige Værneting¹⁾. Han skriver herom (Hdb. 6. B. p. 187—192) blandt Andet: „Naar L. 5—7—7 henviser til L. 5—3—28 N. L. 39, saa kan dette, forsaavidt Løsøre angaaer, kun anvendes analogisk, da det sidstnævnte Lovsted ikke taler om Tinglysning af Andet end faste Eiendomme. Men ligesom faste Eiendomme have deres særegne Værneting, saaledes følger rørligt Gods Personen, og den rette analogiske Anvendelse synes saaledes netop at maatte blive, at hypothekariske Forskrivninger, der have Løsøre til Gjenstand, bør læses ved Debtors Værneting“. Han henviser herved ogsaa til, at det er der, at den Tinglæsning, som foreskrives i Pl. 18. Januar 1788 jfr. Pl. 7. August 1776, saavel som Tinglæsning af Umyndighedsdekreter og Tinglæsning efter 5—1—9, Kammerretsordning 18. Marts 1720 Cap. II. § 15 og III. § 1 med flere Lovbestemmelser skal ske, samt til, at det i og for sig er naturligt, at man ved Debtors personlige Værneting maa søge Oplysning om, hvorvidt han har pantsat sit Løsøre, eftersom det rørlige Gods ikke saaledes som de faste Ejendomme kan individualiseres, men kun kjendeliggjøres ved Hjælp af

¹⁾ Denne Mening havde han allerede fremsat og begrundet i j. A. Nr. 19 (1809) p. 218—220, men dog findes den ældre Mening bibeholdt i Hurtigkarls Lærebog 2. D. 2. B. (1817) p. 417—418.

dets Betegnelse som et bestemt Individ tilhørende. Han paaviser dernæst nærmere, at der ikke opnaas nogen væsentlig Garanti for den, der vil købe Løsøret eller tage det i Pant, derved, at Tinglæsningen sker ved den Jurisdiction, hvor Godset er, medens det, som han siger, vilde „aabne Leilighed til lovlig erhvervede Rettigheders vilkaarlige Berøvelse, naar pantsat Løsøre, ved at bringes ud af Jurisdictionen, kunde med juridisk Virkning sælges eller pantsættes til tredje Mand“. Med Hensyn til 4—5—9 bemærker han, at dette Lovsted ikke udtrykkelig indeholder, at den i Skibet erhvervede Panterrettighed tabes ved dets Afsejling, og at Frd. 28. December 1792 og Frd. 19. December 1794 § 1 derhos klarlig vise, „at et Skib, medens det gaaer til Søes, kan saavel som Ladingen være Gjenstand for sædvanligt Underpant og ikke blot for Bodmerie“. Ikkun for det Tilfælde, at rørligt Gods pantsættes i Forbindelse med urørligt Gods som Appertinentier til samme, formenes Tinglæsningen at skulle ske ved den Jurisdiction, hvorunder Ejendommen ligger. „Dette“, siger han, „bestyrkes og ved den for det islandske Pantevæsen udkomne Frdg. 24. April 1833 § 2, hvilken og i flere Maader kan anføres til Fordeel for det oven Anførte“. Med Hensyn til Underpant i Gjældsbreve henvises til det Følgende (under Cession af Fordringer).

I Hdb. 6. B. p. 166—182 har Ø. udførlig omtalt og behandlet de forskjellige Vilkaar, som der kan blive Spørgsmaal om at vedtage i Pantebrevet. Han har saaledes særlig undersøgt, om det, som af de tidligere Forfattere antaget, kan være nødvendigt for Kreditor at betinge sig Panteret for Renterne, hvis saadan Panteret skal tilkomme ham. Ø. ytrer med Hensyn hertil, at det synes at ligge saavel i Pant-sætningens Øjemed som i 5—7—2, 8 og 9, at Pantet

uden særlig Betingelse desangaaende ogsaa gjælder for Renter saavel som ogsaa for Omkostninger, men at imidlertid Præmisserne til Frd. 12. Marts 1790 kunde synes at tale for det Modsatte, ligesom han ogsaa finder det naturligt, at den Forskrivning, hvorved der indrømmes Kreditor Underpant, affattes i saadanne Udtryk, at det kan ses, at Pantet skal tjene til Sikkerhed for Renterne og ligeledes for Omkostningerne. Dette Sidste kunde derimod efter hans Mening ikke anføres med Hensyn til Haandpant, da dette Slags Pant ofte stiftes uden noget skriftligt Dokument, ligesom ogsaa 5—7—2 aldeles bestemt indeholder, at Kreditor ikke er pligtig at lægge Pantet fra sig, før han er tilfredsstillt baade for Hovedsummen og for Renter og Skadegjæld, medens Art. 8 og 9 ikke ere fuldt saa klare, hvad Underpant angaar, hvorhos endelig Bestemmelsen i Frd. 12. Marts 1790 ikke angaar Haandpant og heller ikke passer paa saadant Pant. — Naar der saaledes tilkommer Underpanthaveren Panteret for Renter, blev det i en af Ø. conciperet, af den Kgl. Lands- Over- samt Hof- og Stadsret under 23. November 1807 afsagt Dom (A. f. R. 4. D. p. 34—39) antaget, at den Omstændighed, at Debitor ikke betaler Renter i rette Tid, ikke uden særlig Vedtagelse kan medføre, at Pante- gjælden forfalder, og Ø. forsvarer (i A. f. R. 4. D. p. 46—57), ligeoverfor de af Kammeradvokaten for det modsatte Resultat (l. c. p. 39—46) anførte Grunde, det Resultat, hvortil Dommen er kommen, og som for- øvrigt udførlig er begrundet i Dommen, idet han navnlig gjør gjældende, at det hverken er hjemlet i Sagens Natur eller stemmende med vore Love, at enhver Mangel i en Kontrakts nøjagtige Opfyldelse fra den ene Side berettiger den anden Part til aldeles at træde tilbage. I Hdb. 6. B. p. 174—178 har han yderligere udviklet sin Mening om det omhandlede

Forhold. — I Henseende til den nævnte Frd. 12. Marts 1790 synes Hurtigkarl at antage, at den frakjender Panthaveren al Fortrinsret for de Renter, som han betror Skyldneren i længere Tid end den, Forordningen bestemmer. Ø. gjør derimod (Hdb. 6. B. p. 224—227) opmærksom paa, at det saavel af selve Forordningens Bud som af dens Præmisser er klart, at det kun er i Forhold til yngre Panthavere, at Panthaverens Fortrinsret for ældre Restancer ved Forordningen er bleven ophævet, men at hans Panterettighed i Forhold til simple Kreditorer ikke ved Forordningen er bleven indskrænket. Iøvrigt har Ø. paa det anførte Sted givet en nærmere Udvikling af Forordningens Regel.

Naar der indestaar flere Prioriteter i en Ejendom, antoges det af de ældre Forfattere uden nogen Begrænsning, at første Panthaver ifølge 5—7—14 kunde udløse de senere Panthavere, og at han, hvis han ikke vilde udløse dem, kunde udløses af dem. Med Hensyn hertil bemærker Ø. (Hdb. 6. B. p. 193—197), at det næppe er Lovgiverens Mening, at den af de forskjellige Panthavere, som ønsker at anbringe sin Kapital i den Prioritet, som den anden har, kan nøde denne til at skille sig ved sin Prioritet. Han siger, at en saadan Rettighed i sig vilde være højst unaturlig og især kunne blive til Ulempe for første Panthaver, for hvem det ofte er vigtigt at beholde sin Kapital staaende i det gode Hypothek, han har, og som maaske ikke har Midler til at udløse den sekundaire Prioritets-haver eller ikke kan være tjent med denne ringere Prioritet. Ø. antager derfor, at 5—7—14 kun har Hensyn til det Tilfælde, hvor en Panthaver i Overensstemmelse med Lovens Regler vilde tage Pantet til Ejendom, eller hvor Panthaveren nu vil lade Ejendommen sælge, og han viser, hvorledes en Udløsningsret i dette Tilfælde kan være ret naturlig. En Be-

styrkelse af denne Opfattelse finder han ogsaa i Artiklens Bestemmelse om en „billig“ Udløsning, idet der, naar en Udløsning skulde kunne finde Sted udenfor det angivne Tilfælde, ikke vilde være Noget, der kunde være Gjenstand for Afgjørelse efter Billighed. Sammenhængen mellem Artiklerne i Kapitlet bliver da efter hans Mening den, at Art. 14 staar i Forbindelse med de Bestemmelser, som Art. 8—12 indeholde om Maa-den, hvorpaa Hypothekhaveren skal gaa frem for at gjøre sin Panteret gjældende, medens Art. 13 maa betragtes som en Parantes, hvorved Lovgiveren har villet afgjøre et særligt Tilfælde, som opstaar, naar en Panthaver, efter at have i Overensstemmelse med Art. 8—9 sat sig i Besiddelse af sit Pant til virkelig Brug, ikke fortsætter den i de ovenanførte Artikler betegnede Fremgangsmaade ved efter Art. 11 at forvandle Pantet til sin Ejendom. I Artiklens Forskrift om en „billig“ Betaling af første Prioritetshavers Fordring, mener Ø., at der ligger, at der maa forundes de senere Prioritetshavere en passende Frist til at tilvejebringe det Beløb, som tilkommer første Prioritetshaver, og han finder heri en Støtte for den Sætning, som er bleven sanktioneret og nærmere bestemt ved Frd. 11. September 1833, at ved Pantets Forauktionering maa den fortrinsberettigede Panthaver lade sig nøje med Betaling inden en passende Frist, saaledes at Kjøberen faar Lejlighed til at bringe Summen tilveje.

I Forbindelse med det forhen omtalte Spørgsmaal har Ø. (Hdb. 6. B. p. 198—214) udførlig behandlet det Spørgsmaal, om 2den Prioritetshaver, naar 1ste Prioritet indfries, rykker op i 1ste Prioritet, eller om denne paa ny kan besættes af Pantsætterten. I saa Henseende mener Ø., at det, naar ingen udtrykkelig Bestemmelse herom findes i det sekundaire Pantebrev,

maa komme an paa en Fortolkning af dette, og han skriver derefter Følgende: „Naar Forskrivningen, uden udtrykkelig at forbeholde Pantsætterens Ret til at remplacere den indfrieede Prioritet, dog er saaledes affattet, at dens bogstavelige Indhold ikke er i Veien for denne Rettighed, saa kan den vel uden Betænkelighed indrømmes ham. Dette turde finde Anvendelse, naar den paagjældende sekundaire Panteforskrivning blot nævner en vis Sum, hvorefter Prioritet indrømmes. Anderledes forholder det sig derimod, naar hiin Forskrivning ved Opgivelse af Creditors Navn, Udstedelsesdagen o. s. v. betegner en allerede udstedt Panteforskrivning som den, efter hvilken vedkommende secundaire Prioritetshaver skal nyde Panterrettighed. Her har han, efter Bogstaven, kun at vige for den saaledes engang tilværende Prioritet, og Spørgsmaalet er derfor, om der er en afgjørende Retsgrund til ikke desto mindre at antage, at han ogsaa har villet give Udstederen Ret til efter hiin Prioritets Afgjørelse at substituere en anden.“

„I denne Henseende turde der“, siger han fremdeles, „være Forskjel paa de to Tilfælde, om det er samtidig med den ældre Prioritets Indfrielse, at Debitor vil udstede en ny Obligation med den Prioritet, som nu indfries, . . . eller om han først efter at den ældre Prioritet har været ubesat i nogen Tid atter vil bebyrde sin Eien- dom med denne eengang ophævede Prioritet“. I det første Tilfælde kan, viser Ø. nærmere, den sekundaire Prioritetshaver ikke have Oprykningsret; derimod antages en saadan at tilkomme ham i det sidst omtalte Tilfælde, og særlig formenes dette at maatte gjælde i det Tilfælde, at 1ste Panthavers Forskrivning er bleven indfriet ved successive Afdrag, som i samme vare betingede, og hvorpaa der saaledes havde kunnet gjøres Regning. Ø. mener ogsaa, at Frd. 12. September 1806 kan paaberaabes til Støtte for, at 2den Panthaver kan

have Ret til at rykke op i 1ste Prioritet, selv om dette ikke udtrykkelig er vedtaget. — Han fremhæver endelig, at den, der har Panteret i en Ejendom, ikke efter en ved Panteret sikret Kapital, men efter andre Ejendommen paahvilende Byrder, saasom Brugsrettigheder, Arvefæsteafgifter, Jordskyld, Aftægt, Livrente eller deslige, der med en Prioritet hvile paa en Ejendom, maa nyde godt af, at disse Byrder bortfalde, og at Ejeren ikke til Skade for Panthaveren kan stifte en ny Ret over Ejendommen af et lignende Indhold som den tidligere.

Forholdet mellem Underpant i Løsøre og privilegerede Fordringer, saaledes som dette stillede sig efter Pl. 23. Juli 1819, har Ø. gjort til Gjenstand for en udførlig Behandling i Hdb. 6. B. p. 147—158, hvor han navnlig ogsaa har begrundet, at denne Plakats Regel, skjøndt nærmest kun given for Tilfælde af egentlig Konkursbehandling, dog ogsaa maatte komme til Anvendelse, naar Execution eller Udpantning gjordes for en privilegeret Fordring, hvilket, som bekjendt, senere fik Hjemmel i Pl. 14. Mai 1834; da denne sidste Plakat, der er udarbejdet af Ø., saaledes ikke antoges at indeholde Andet end hvad der allerede fulgte af Pl. 23. Juli 1819, blev der givet den Anvendelse, selv om den hypothekariske Forskrivning var ældre end Pl. af 1834, naar den blot var erhvervet efter Kundgjørelsen af Plakaten af 1819, jfr. Hdb. 6. B. p. 689.

Det tidligere vigtige Spørgsmaal, om vor Lovgivning hjemlede almindeligt Pant, samt i bekræftende Fald hvilke detses Retsvirkninger vare, har Ø. gjentagne Gange gjort til Gjenstand for udførlig Undersøgelse, først i en Afhandling i j. A. Nr. 19 p. 190—220 og Nr. 20 p. 149—164 og senere i j. T. 16. B. 2. H. p. 180—224; i Hdb. 6. B. p. 219 ff. indskrænker han sig, som han selv siger, til at gjengive Resulta-

terne; disse gjengiver han saaledes: „Der er vel saare Meget at sige mod Retsgyldigheden af en Forskrivning, hvorved Debitor pantsætter alt sit nærværende og tilkommende Gods. Dog ligesom Praxis har erkjendt Samme, saaledes turde de Grunde, der tale derimod, heller ikke være aldeles afgjørende. Men naar slig Pantsætning skal komme i Betragtning imod senere Dispositioner, som Pantsætteren foretager sig over sine faste Eiendomme, bør den uden Tvivl ikke blot være læst ved de Jurisdictioner, hvorunder disse Eiendomme ligge, men Erhververen bør ogsaa for Pantebogens Bestyrer have opgivet de Eiendomme, hvori han vil gjøre sin Panterettighed gjeldende, for at det Fornødne kan iagttages med Hensyn til Panteregisteret. Som Følge deraf, maa det og være hans Sag, at paaagte, naar Debitor erhverver en ny Eiendom, da at bevirke Antegning derom paa Panteregisteret. Naar dette forsømmes, bør hans Panteforskrivning ikke komme tredie Mand til Skade, der ikke af Pantebogen kunde erholde Underretning om, at Eieren ved en Forskrivning, der ikke knyttede sig til hans Egenskab som Besidder af bemeldte Eiendom, havde pantsat alle sine nærværende og tilkommende Eiendele“ (jfr. den senere Pl. 27. November 1839 og foran p. 149). „I ethvert Tilfælde“, skriver han fremdeles, „vilde dog den af vor Forfatter“ (o: Hurtigkarl) „antagne Sætning om Tidsprioriteten som det Eneste, der skal gjøre Udslog mellem det almindelige og det særdeles Pant, behøve en betydelig Undtagelse. Naar nemlig en saadan Pantsætter senere erhverver en Eiendom, og i Forbindelse med denne Erhvervelse samtidigen udsteder Panteobligationer i Samme, ved hvis Hjælp Eiendommen betales og Skjøde erhverves, saa vilde det være den aabenbareste Uretfærdighed, om den, der havde erhvervet det almindelige Pant, skulde kunne tilegne

sig Prioritet i den ny erhvervede Eiendom, uden at lade de Panteforskrivninger gjælde imod sig, der vare Midlet og Betingelsen for Eiendommens Erhvervelse“. Paa den anden Side erklærede han sig imod den Opfattelse, der, som han bemærker, paa den Tid var temmelig almindelig blandt tyske Jurister, nemlig at den ved en almindelig Panteforskrivning erhvervede Panterettighed blot kunde regnes fra den Tid, da Debitor erhverver Ejendomsret over Godset, og at altsaa flere paa almindeligt Pant i Debtors Ejendele lydende Forskrivninger skulde, uagtet deres forskjellige Alder, medføre lige Adgang til Betaling i Debtors senere erhvervede Gods¹⁾. „Denne Lære“, siger han, „hviler paa en Forvexling mellem selve Panterettighedens Erhvervelse og den factiske Betingelse, hvorved Rettigheden, der med Hensyn til bona futura aldrig kan være uden eventuel, kan sættes i Virksomhed. Den senere Forskrivning kan desuden, efter sin Natur, ikke i Forhold til den første give uden en sekundair Panterettighed; thi om det end ikke udtrykkelig i Samme var betinget, saa vilde dog den tidligere Panthaver ikke ved denne Panterettigheds svigagtige Fordølgelse kunne tabe Noget af sin Ret.“ Ø. omhandler endelig, hvilke nærmere Regler der maa gjælde i Henseende til Adgangen for den, der har pantsat Alt, hvad han eier og eiendes vorder, til at afhænde enkelte Løsøregjenstande; han paaviser, at man i saa Henseende ikke uden videre her kan slutte analogisk fra de Lovbud, der omhandle Statens Fortrinsret hos de kongelige Oppebørselsbetjente (jfr. dengang Frd. 30. Januar 1793 § 40.

¹⁾ Jfr. Glück „Ausführliche Erläuterung der Pandecten“ 8. Th. (1816) p. 214 ff. Med Hensyn til dette Spørgsmaal hersker der endnu Uenighed mellem de tyske Jurister, jfr. Windscheid „Lehrbuch des Pandektenrechts“ 1. B. § 242.

De lovbestemte Panterrettigheder vare kun meget ufuldstændig behandlede hos Hurtigkarl og de ældre Forfattere. Ø. skriver med Rette herom i Hdb. 6. B. p. 257—260: „Den hele Materie om legal, eller som vore Lovkyndige og kalde det, stiltiende Panteret, er af vor Forfatter“ (ø: Hurtigkarl) „som og af hans Formænd behandlet paa en meget utilfredsstillende Maade. De have aldeles forbigaaet de allervigtigste dertil hørende Tilfælde, navnlig den Panterrettighed, som tilkommer Staten, Communerne og andre Vedkommende for de lovhjemlede Afgifter, der svares af Eiendommene som saadanne; hvorimod de, ved som et Exempel paa Retspant at nævne den Ret, Kongen erhverver i Jordegodser, ved at seqvestrere disse for de deraf gaaende Skatter og Afgifter, endog udtrykkelig vise, at de ikke have tænkt paa den oprindelige Panterrettighed, som Staten har for deslige Afgifter. Den meget væsentlige Forskjel, som der er imellem de forskellige Arter af legalt Pant, baade med Hensyn til den Retsgrund, hvorpaa de hvile, og til deres Virksomhed, er heller ikke faldet dem ind. De Panterrettigheder, som eo ipso og uden Hensyn til noget personligt Forhold haves i en Eiendom, nævnes i Flæng med de Panterrettigheder, som grunde sig paa et personligt Factum.“ Ø. paa viser nærmere, hvilken væsentlig Forskjel der er mellem den Panterrettighed, som haves for Skatter eller andre offentlige Byrder, der ere lagte paa Eiendommene som saadanne, og den Panteret, som Staten eller offentlige Instituter have hos deres Oppebørselsbetjente, idet den først omtalte Panteret ikke til sin Virksomhed behøver nogen Tinglæsning eller Indførelse i Panteprotokollen og ikke kan fortrænges ved nogen ældre Pantefordring, medens den sidst omtalte Art af Panterrettigheder først erhverves ved Bestallingens Tinglæsning og derfor maa staa tilbage for den tidligere

ved Villieserklæring stiftede Panteret i den faste Ejendom. Den sidst omtalte Art af Panterrettigheder har derfor efter hans Mening stor Lighed med de villiesbestemte Panterrettigheder, men han anser det dog for rigtigst at henføre dem mellem de lovbestemte Panterrettigheder. Ø. giver derefter en udførlig Fremstilling af de forskjellige lovbestemte Panterrettigheder; denne Fremstilling har imidlertid for største Delen nu en mindre aktuel Interesse; der er derfor af bemeldte Fremstilling kun Anledning til at fremdrage et Par enkelte Punkter.

Det er allerede tidligere omtalt, at Forfatterne før Ø. ikke henførte Tilbageholdelsesretten til de tinglige Rettigheder; Hurtigkarl t. Ex. nægter udtrykkelig (2. D. 2. B. p. 367), at den Ret, som 4—3—11 giver Skipperen til for Haveribidraget at tilbageholde Godset, medfører nogen Ret i Tingen. Det er derfor et Fremskridt, at Ø. til de tinglige Rettigheder henregner de Retsforhold, som nu i Systemerne i Almindelighed nævnes som Hovedarterne af den lovbestemte Tilbageholdelsesret, skjøndt det vel nok havde været heldigere, om han havde opstillet dem som en særegen Art af tinglige Rettigheder og ikke, saaledes som han gjorde, henført dem blandt de lovbestemte Panterrettigheder. Ø. mener, (jfr. n. j. A. 26. B. p. 45—47 og Hdb. 6 B. p. 307—315) at man maa tillægge „Enhver, der paa Vedligeholdelse, Bearbejdning, Transport o. s. v. af en Andens Ting eller Materialier anvender Bekostning eller Flid, som han er berettiget til at faae godtgjort, Panterrettighed for den ham saaledes tilkommende Godtgjørelse i det Gods, der var Gjenstand for hans Foretagende, saalænge han endnu har det i sit Væрге¹⁾“. Han skriver nærmere herom blandt Andet: „Hvor det er ad den

¹⁾ Disse Ord ere i Hdb. anførte med fremhævet Tryk.

contractmæssige Vei, Nogen har overtaget sig at bearbejde en Andens Materialier, maa det, i Mangel af anden Aftale, antages at være vedtaget mellem Parterne, at han ved Afleveringen skal have sin Betaling; og der er, forsaavidt ikke anden Overenskomst finder Sted, ingen Grund, hvorfor han skulde være pligtig at give Tingen fra sig, inden han erholder sit Arbeide og sine Udlæg erstattede. Hvis Bestilleren dør eller gaaer Fallit, inden Afleveringen har fundet Sted, kan hans Bo følgelig ikke have Ret til at paastaae Afleveringen, med mindre det opfylder de Betingelser, hvorunder Afleveringen paaligger Medcontrahenten. Men, kan Tingene ikke faaes tilbage uden hiin Godtgjørelse, saa tjene de jo til et Pant for Samme, for hvilket endog ethvert andet Pant ordentligviis maa staae tilbage. Da den, der har forrettet Arbeidet, heller ikke kan være pligtig til at gjemme Tingen i det Uendelige eller vedblivende at savne den ham tilkommende Betaling, maa han uden Tvivl og være berettiget til, i Lighed af det, Lovens 5—7—2 og 3 bestemmer angaaende haandfaaet Pant, at lade den forauctionere til Dækning af hans Krav, dersom de Vedkommende ei efter Opfordring ville løse det.“ „Hvad der saaledes“, skriver han fremdeles, „gjælder til Fordeel for den, der har bearbejdet en Andens Ting, maa uden Tvivl være anvendeligt, om det end ikke er en materiel Forandring, han har gjort ved Samme, men han derimod paa anden Maade har efter de rette Vedkommendes Begjæring foretaget Noget med eller i Anledning af Tingen, f. Ex. transporteret Samme, indløst den fra en Panthaver, skaffet den tilbage fra en tredie Mand, som dermed indesad o. s. v. En Sagfører eller anden Fuldmægtig maa saaledes og være beføiet til at tilbageholde de Dokumenter, som ere blevne ham overleverede til derefter at gjøre Krav, føre Sag o. s. v.,

saalænge indtil hans Udlæg og Salair (forsaavidt et saadant rettelig tilkommer ham), er betalt.“ — „Den, der“, skriver han endvidere, „finder eller bjerger en Andens Gods, eller paa anden Maade, uden hans udtrykkelige Begjæring, redder det for ham (negotiorum gestor), maa ligesaa ustridig være berettiget til at holde Godset tilbage, indtil han har faaet det Udlæg eller den Belønning, som tilkommer ham, og uden hvis Anvendelse Godset var gaaet tabt baade for Eieren og for hans Creditorer“. Han bemærker dernæst, at der i flere Tilfælde af Tilvæxt kan være Tale om en Ret for Besidderen til at tilbageholde den Ting, som en Anden kan fordre udleveret, indtil han er bleven fyldestgjort for det Beløb, som med Rette tilkommer ham. — Han omtaler i denne Forbindelse endnu „den Ret, som man ved Creaturers Optagelse erhverver til at tilbageholde disse, indtil den Skade er bleven erstattet, som de have gjort paa Eens Ager, og det tillige med Optagelsespenge, samt til, hvis Eieren ikke inden en kort Frist løser Samme, at forauktionere Creatureerne og gjøre sig betalt i Realisationsbeløbet,“ og han bemærker, at „denne Panterrettigheds Erhvervelse er saa begunstiget ved Lovene, at den ikke lider noget Afbræk ved, at den, der holdt Creatureerne, ikke selv var Eier, altsaa endnu mindre ved, at han havde forhen hypotheцерet sin Creaturbesætning“. Endelig bemærker Ø., at det turde være antageligt, at der ogsaa udenfor det nævnte Tilfælde maa tilkomme den Skadelidende, der ligefrem ved den beskadigende Handling faar den skadende Ting i sit Væрге, Ret til at tilbageholde den, indtil han faar Erstatning, f. Ex. naar Noget indstyrter eller indkastes paa hans Grund. — Uagtet Ø. nu henfører de nævnte Rettigheder til de lovbestemte Panterrettigheder, bliver der dog næppe i Realiteten stor Forskjel mellem hans Fremstilling og de senere

systematiske Fremstillinger af den lovbestemte Tilbageholdelsesret. Den væsentligste Afvigelse turde vel være, at han anser 5 7—2 og 3 for anvendelige ved de lovbestemte Tilbageholdelsesrettigheder.

Fremstillingen af Bodmeriforholdet i Hdb. 6. B. p. 345—366 indleder Ø. med nogle Bemærkninger om Forskjellen mellem dette Forhold og Respondentiaforholdet, en Forskjel, der ikke tydelig var angiven hos de tidligere Forfattere. „Den væsentlige Forskjel“, siger Ø., „er, at Lovens Bodmerie foranlediges eller i det mindste maa ansees at være foranlediget ved en paa Reisen indtraadt Skade eller en uformodentlig indtruffet Pengeforlegenhed, hvorimod Respondentiaaan optages til en Søfarendes Udredning eller til Handelsvarers Anskaffelse. Herpaa grunder sig atter en anden Forskjel, at Respondentia breve ordentligviis oprettes paa Afseilingsstedet, hvorimod Lovens Bodmerie breve forudsættes at blive udstedte efter at Reisen er begyndt; samt at dette sidste Slags Gjælds breve udstedes af Skipperen som Mandatarius, eller om man vil, negotiorum gestor for de Vedkommende, Respondentia breve derimod af Debitor selv, saa at Skipperen ikke ved et saadant Dokument kan forpligte Rederiet uden efter ordentlig Fuldmagt (Frd. 19. Decbr. 1794 § 1 jfr. § 7). Af den ovenanførte Grundforskjel lader det sig og let forklare, hvorfor Lovens Bodmerie medfører en fortrinligere Ret end den, Respondentia breve kunne give.“ — Som Gjenstand for Bodmeri nævnede Forfatterne for Ø. i Almindelighed kun Skib, Skibsredskab og Fragt. Ø. derimod var tilbøjelig til at antage, at ogsaa Ladningen kunde forbodmes. Han bemærkede i saa Henseende, at Bodmeri ofte optages til Ladningsejernes Bedste, og at Skipperen efter L.s 4—2—15 og 4—5—1 er berettiget til i Nødstilfælde at sælge af Ladningen og at det derfor vilde være besynderligt, om han ikke

maatte forbodme samme, naar dette efter Omstændighederne kunde ske med mindre Opofrelse. Under alle Omstændigheder maatte efter hans Mening Frd. 28. December 1792 § 2 indeholde tilstrækkelig Hjemmel for Skipperen til at forbodme den Del af det indladede Gods, som er Redernes Ejendom. „Lovgiveren“, skriver han, „har nemlig her tillagt Skipperen, for det Udlæg, han har gjort til Reisens Fornødenheder, lige Ret med Bodmeriefordringer ogsaa i fornævnte Deel af Ladningen, og det synes, at han ligesaavel maatte være bemyndiget til at forbinde sligt Gods til en tredie Mand som til sig selv. Dette bestyrkes end videre derved, at Lovgiveren netop som Grund for den Fortrinsret, som han ved Forordningen tilstod Skipperen for de omhandlede Udlæg, har paaberaabt sig, at Skipperen efter Loven er berettiget til at optage Penge paa Bodmerie, hvilken Grund ikke vilde passe sig paa den omhandlede Deel af Ladningen, dersom den laae udenfor den ovennævnte Skipperen ved Loven tillagte Myndighed; og der vilde saaledes, under denne Forudsætning, være mere i Conclusionen end i Præmisserne“. — Naar Skipperen har optaget et Bodmerilaan, uagtet han ikke har befundet sig i et saadant Nødstilfælde, som 4—5—1 forudsætter, antog Hurtigkarl og tidligere Forfattere, at Bodmeribrevet dog har sin fulde forbindende Kraft for Rederne, og de støttede dette navnlig paa 4—5—3, der i det omtalte Tilfælde hjemler Rederne Regres til Skipperen og derfor antoges at maatte forudsætte, at Rederne ere bundne. Dette er efter Ø.s Mening ikke ubetinget rigtigt, og han skriver herom: „Den, der forsyner Skipperen med Forstrækning, kan vel ikke nøiagtigen undersøge, om de i bemeldte Artikel“ (∴ Art. 1) „fastsatte Betingelser ere tilstede, men der udfordres dog uden Tvivl saadanne Omstændigheder, der fornuftigviis kunde bringe ham

til at troe, at Skipperen befinder sig i en saadan Nød, som Loven forudsætter. Ligesom den Bodmerist, der beviislig havde colluderet med Skipperen, vist ikke derved kunde erhverve Rettigheder mod Rederiet, saaledes kunde dette neppe heller være Tilfældet, dersom han aldeles ikke bekymrede sig om, hvorvidt Skipperen er i det Tilfælde, der begrunder hans Ret til at forbodme. En saadan Ligegyldighed kan, hvor der er Spørgsmaal om tredie Mands Ret, ikke bestaae med den fuldstændige bona fides, som til Rettigheders Erhvervelse udfordres. Dette synes og at være antaget i andre Landes Søeret, der endog tildeels fordrer, at der skal foregaae formelige Undersøgelser, som bevise Bodmerielaanets Nødvendighed. Det er derimod vist, at Bodmerielaanet, skjøndt ulovligen optaget af Skipperen, maa være forbindende for Rederne, naar der ikke kan forekastes Creditor Svig eller Skjødesløshed. Det i L. 4—5—3 Skipperen paalagte Ansvar mod Rederne bliver saaledes ingenlunde uden Betydning“. — I Henseende til L.s 4—5—8 antog Hurtigkarl og tidligere Forfattere, at Virkningen af, at Bodmerikreditor ikke kræver Betaling inden de i Artiklen fastsatte Frister kun er den, at Kreditor mister sin Panteret, men derimod ikke sin personlige Fordring; Ø. derimod paaviste, at der ingen Hjemmel haves til at indskrænke bemeldte Lovbestemmelse paa den nævnte Maade, men at Lovstedet ligesaa vel maa hjemle Ophøret af Fordringen som af Panteretten.

Obligationsretten.

Det er allerede tidligere (p. 7) omtalt, at de ældre dansk-norske Forfattere ved deres Fremstillinger af Formueretsforholdene tyede til de paa den Tid i Udlandet udkomne systematiske Værker over Romerretten og Naturretten, og at de i en ikke ringe Grad overførte paa vore Forhold de Sætninger, som de fandt opstillede i de omtalte Værker. At dette er Tilfældet for Tingsrettens Vedkommende vil fremgaa af, hvad der er anført i det foregaaende Afsnit; i dette Afsnit vil det nu blive vist, at det samme finder Sted i Henseende til Obligationsretten. Det Anførte gjælder navnlig om Nørregaards Fremstilling af Obligationsretten, idet denne er ikke lidet udførligere end de tidligere Forfatteres Fremstillinger, og da Hurtigkarl i det væsentlige sluttede sig til Nørregaard, gjælder noget Lignende om Hurtigkarls Værk. Nørregaard siger selv (§ 664), at vore Love i Materien om Kontrakter „for det Meeste have fulgt Naturens Ret, og at, naar de gaae uden for denne Ret, eller befale visse borgerlige Høitideligheder ved een eller anden Contract, da er det kun for desto bedre Beviisligheds, desto meere Sikkerheds Skyld“. Der er derfor ogsaa en væsentlig Overensstemmelse mellem de Resultater, hvortil han kommer

i Fremstillingen af den dansk-norske Obligationsret, særlig forsaa vidt angaar de Materier, der nu i Almindelighed behandles i Obligationsrettens almindelige Del, og de Sætninger, som han i saa Henseende opstiller i sin Fremstilling af Naturretten, og om denne siger han selv, at den studerte Læser ikke vilde finde synderlig Nyt i den, men her alene vilde se det paa Dansk, som han for det meste hos mange Andre i forskjellige Sprog havde læst.

Medens det nu selvfølgelig ikke med Rette kan bebrejdes de ældre dansk-norske juridiske Forfattere, at de søgte Belærelse hos udenlandske Forfattere eller hos de romerske Jurister¹⁾, maa det derimod anses for en Fejl, at de ikke altid anvendte en tilstrækkelig Kritik ved Afgjørelsen af, hvilke af de Læresætninger, som de fandt opstillede af fremmede Jurister, der egnede sig til ogsaa at antages her i Landet, men blandt Andet undertiden overførte paa vore Forhold Retssætninger, som vare opstaaede med særlige romerske Forhold for Øje, men ikke passede ind i vort Rets-system. Foruden hvad der i saa Henseende vil fremgaa af den følgende Fremstilling, skal her blot som Exempel nævnes, at de ældre Forfattere lærte, at der ved Depositumsforholdet ikke kunde ydes Depositaren Vederlag²⁾, og at Laan til Brug ikke kunde være stiftet paa Anfordring³⁾, uagtet det, saaledes som Ø.

¹⁾ Ø. bebrejder tvertimod vore ældre Lovkyndige, at de saa ofte have forsømt at benytte den romerske Ret til at opklare deres Begreber (jfr. Hdb. 1. B. p. 461).

²⁾ Jfr. Hesselberg p. 221, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog p. 584—585, Dons 2. D. p. 379, Kongslev 2. B. p. 360, Nørregaard § 815 jfr. hans Naturret § 416 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 259.

³⁾ Dons 2. D. p. 377, Nørregaard §§ 784 og 791, jfr. hans Naturret § 411 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 248—250.

(Hdb. 5. B. p. 410—412 og 1. B. p. 462—463) paaviste, er aldeles ubeføjet i vort Retssystem at optage disse Begrebsbestemmelser, som jo ere hentede fra Romerretten, men derfra forøvrigt vare gaaede over i Fremstillingerne af Naturretten¹⁾.

En obligatorisk Ret eller, — som den dengang baade her og andetsteds ofte blev kaldt, — en Ret til Tingen (jus ad rem) defineredes hos Nørregaard²⁾ som den Ret, man har til at fordre af en vis Person, at han skal præstere det, hvortil han ved en eller anden Gjerning har forbundet sig; og de Gjerninger, hvorved Personen saaledes kunde binde sig, sagdes at være enten Forbund eller Fornærmelser. Paa Grund af, at den obligatoriske Ret saaledes antoges nødvendigvis at forudsætte en Handling fra den Forpligtedes Side, kaldtes den ogsaa en middelbar Tingenes Ret, i Modsetning til den tinglige Ret, der kaldtes en umiddelbar Tingenes Ret, „fordi den haves og øves over Tingen, uden at forudsætte nogen Handling imellem den Person, som Rettigheden tilkommer, og den, som Rettigheden haves imod“.

Hertil bemærkede Ø (Suppl. 3. B. p. 177—179), at det ingenlunde kan siges, at en Ret til Tingen altid grunder sig paa en af den Forpligtede selv foretagen fri Handling, og han oplyste dette nærmere ved forskellige Exempler; han gjorde derfor ogsaa Indsigelse

¹⁾ Jfr. Wolff „Institutiones juris naturæ et gentium“ §§ 539 og 515 ff. jfr. § 333.

²⁾ Jfr. § 359 og § 644 og følgende §§, og hans Naturret § 304, se ogsaa Kongslev 2. B. p. 116.

imod at betegne den obligatoriske Ret som en middelbar Tingenes Ret¹⁾. — Hurtigkarl (2. D. 1. B. p. 11—12 og 2. D. 2. B. p. 3—4) maatte nu ogsaa erkjende, at der gives obligatoriske Rettigheder, som ikke nødvendigvis forudsætte, at den Forpligtede har foretaget sig en ligeoverfor den Berettigede forpligtende Handling, men ved Siden heraf lærte han dog, at en obligatorisk Ret i Almindelighed forudsætter en saadan Handling, og at den derfor plejer at kaldes en middelbar Tingenes Ret, og ligeledes lærte Hurtigkarl, at de Handlinger, hvorved en Person forpligtes, kunne henføres til to Hovedklasser, nemlig tilladelige eller Forbund og utilladelige eller Beskadigelser; Hurtigkarl har derfor heller ikke i sin Lærebog, — ligesaa lidt som Nørregaard. — noget Afsnit, hvori han behandler de saakaldte kvasikontraktmæssige Forhold (jfr. nærmere det Følgende). — Med Hensyn hertil fremhævede Ø. (Hdb. 5. B. p. 3—4), at der gives andre tilladelige Handlinger end Forbund, hvorved obligatoriske Retsforhold kunne stiftes, og han henviste i saa Henseende eksempelvis til Læren om negotiorum gestio og flere af de Forhold, som i den romerske Ret henførtes til Kvasikontrakter; ligeledes gjorde han opmærksom paa, at Beskadigelse i den vidtløftige Forstand, hvori Hurtigkarl tog dette Ord, og hvorefter ogsaa utilregnelige Skadetilføjelser indbefattedes derunder, ikke retteligen kunde henregnes til de utilladelige Gjerninger.

Det blev af de ældre dansk-norsk juridiske Forfattere, ligesom af udenlandske Forfattere i forrige Aarhundrede, anset for en nødvendig Betingelse for, at en Person kunde blive bunden ved sit Løfte om en Formueydelse, at dette Løfte var blevet antaget af den, til hvem Løftet var givet. Desuagtet lærte Hurtig-

¹⁾ Jfr. ligeledes Hdb. 3. B. p. 499—500.

karl (2. D. 2. B. p. 20), at man dog vel maa antage, at den Lovende bindes ved sit Løfte i saa lang Tid, som er nødvendig for, at den, som Løftet er gjort til, kan afgive sin Erklæring, om han vil antage det eller ikke, eller hvis han har begjært og erholdt Betænkningstid, saalænge denne varer; men han har ikke givet nogen Begrundelse heraf.

Med Hensyn hertil bemærkede Ø., at mange Retslærere ikke vare enige med Hurtigkarl i, at den Lovende i det omhandlede Tilfælde kunde blive bunden ved det blotte Løfte; han fandt imidlertid denne Mening fuldkommen rigtig og anførte (Hdb. 5. B. p. 94) til nærmere Begrundelse af samme Følgende: „Al contractmæssig Forpligtelse har sin Oprindelse deraf, at det frie Menneske maa, for ret at kunne nyde denne sin Frihed, være beføiet til selv at binde samme. Men ved at give et Løfte fra mig, har jeg villet binde mig under Betingelse af, at Den, Løftet gives til, vil have mig bunden. Dersom nu denne Betingelse kommer til Virkelighed, saa gaaer min med Løftet tilkjendegivne Hensigt, at binde mig, i Opfyldelse. Vil han derimod ikke antage mit Løfte, eller lader han den Tid hengaae, som jeg udtrykkeligt eller stiltiende havde tilstaaet ham til at betænke sig i, saa bortfalder Betingelsen, og dermed det Betingede. Ved det blotte Løfte er jeg altsaa bunden, skjøndt kun paa en betinget Maade“.

Som Betingelse for, at anvendt Tvang kunde gjøre en indgaaet Kontrakt ugyldig, krævede de ældre Forfattere ¹⁾

¹⁾ Hesselberg p. 198, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog p. 53—57, Dons 2. D. p. 273—274, Nørregaard § 668 jfr. § 145 og hans Naturret § 384, Brorsons Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog 1. B. p. 5—6 og 10—11 og Hurtigkarl 2 D. 2. B. p. 16.

i Almindelighed, at der skulde være anvendt „voldsom Tvang“; en Kontrakt, der var fremkaldt ved saadan Tvang, stilledes (hos Dons, Nørregaard og Hurtigkarl) ved Siden af Kontrakter, som indgaaes af Umyndige eller Afsindige. Saafremt en Kontrakt var fremkaldt ved Svig, lærte de tidligere Forfattere¹⁾, at Kontracten var ugyldig, og som Grund anførtes ofte, at der i saa Fald ikke forelaa noget Samtykke. Det samme antoges af Hurtigkarl (og som det synes, ogsaa af Nørregaard og Brorson) at maatte gjælde, naar Kontrakten var indgaaet paa Grund af en Vildfarelse, der var i Henseende til Gjærningen (error facti) og derhos uovervindelig²⁾.

I Henseende til Tvang gjør Ø. (Hdb. 5 B. p. 80—84) først opmærksom paa, at den Tvang, hvorved en Person bringes til at indgaa en Kontrakt, næsten altid er en blot psykologisk eller, om man vil, moralsk, om det end med Hensyn til skriftlige Kontrakter er tænkeligt, at en egentlig mekanisk Tvang kan have bragt den Paagjældende til at underskrive. Dernæst bemærker han, at der i Lovens Bestemmelser i 5—14 og 5, hvilken sidste Artikel foruden „ustokket“ og „ublokket“ ogsaa nævner „unødt“, ikke er nogen Grund til at skjelne mellem den stærkere og svagere psykologiske Tvang. „Hvad der maa gjøre Udslaget“, siger han, „er derimod, om det Onde, hvormed Man har truet, er et saadant, som Man retmæssigen kunde

¹⁾ Jfr. Hedegaards nævnte Værk p. 43—44, Dons 2. D. p. 273, Kongslev 2. B. p. 265—266, Nørregaard § 676 og hans Naturret § 385, Brorsons anførte Værk p. 7 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 22—23.

²⁾ Jfr. Nørregaard § 677 og hans Naturret §§ 386 og 641, Brorsons nævnte Værk p. 7—8 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 23.

tilføie den Anden, eller ikke. I første Tilfælde kan Contracten ikke derved blive ugyldig, om end dette Onde maatte være nok saa stort. Den Creditor, der ved Trusel med at kaste sin Debitor i Fængsel bevæger denne til at indgaae et for Creditor fordeelagtigt Forlig, kan, forsaavidt dette ikke af andre Aarsager maatte være ulovligt, gjøre saadant Forlig gjeldende. Den derimod, som ved Trusel med legemlig Overlast har bragt en Anden til at give eller paatage sig Noget, er uberettiget til at beholde det Modtagne eller indtale det Lovede, uagtet hans Trusel maatte være lidet frygtelig, og blot med Hensyn til den Andens Frygtagtighed havde gjort sin Virkning. Dette maa saa meget mere antages, som der unægteligen i ethvert saadant Tilfælde er begaaet en Forbrydelse, der hører til Røverie i Ordets udstrakte Betydning.“

Med Hensyn dernæst til at de ældre Forfattere lærte, at den aftvungne Kontrakt i Mangel af betimelig Vedersigelse til Tinge maatte i Henhold til 5—1—4 blive staaende ved Magt paa Grund af den Tvungnes paafølgende stiltiende Samtykke, da erklærer Ø. sig imod denne Opfattelse. „Efter Sagens Natur“, siger han, „indeholdes der ingen Renunciation paa exceptio metus deri, at den Tvungne ikke strax paataler den udøvede Vold; og det lader sig ingenlunde formode, at Lovgivningen skulde tage en grov Misgjerning i Beskyttelse ved at tillægge Tausheden sliq overordentlig Virkning. Ei heller indeholder 5—1—4 nogen gyldig Grund, hvoraf en saadan Slutning kunde gjøres. Den der befalede uopholdelige Vedersigelse til Tinge har uden Tvivl til Hensigt, at den Paagjeldende, naar ingen Oplysning kan tilveiebringes om Maaden, hvorpaa Contracten er tilveiebragt, skal erhverve Ret til at bekræfte sin Indsigelse med Eed paa samme Maade, som om han fragik selve Underskriften. Lov-

giveren har indseet, at slig Vold saa godt som aldrig vil udøves i andre Vidners Overværelse, end saadannes, der ere meddeeltige i samme, og at altsaa den Overfaldne ordentligviis vilde være uden Redning, dersom den Underskrift, han ikke kunde nægte at have givet, men dog kun under Omstændigheder, hvori dens Betydning som Samtykke bortfaldt, skulde være bindende for ham, saalænge han ikke kunde føre hiint for det Meste umulige Beviis. Paa den anden Side fandt Lovgiveren tillige, at han dog burde gjøre Alt, hvad der var muligt, for at sætte Documentets Erhverver i Stand til at vedligeholde sin Contract ved at bevise dens frivillige Indgaaelse. Derfor anordnede han den uopholdelige Anmeldelse for Retten, der desuden er ganske analog med hvad Loven foreskriver i 6—12—4 og 8 samt 6—13—19. Iagttager den Paa-gjeldende denne Forskrift, og Modparten, som dertil lovligen kaldes, ligesaa lidet seer sig i Stand til at bevise Contractens Frivillighed, som han den paabe-raabte Tvang, da bør han saa meget mere kunne værge sig ved sin Eed, som dette i alt Fald ikke kunde nægtes ham, saafremt han havde valgt at fragaae sin Haandskrift; et Middel, som altid vilde staae aabent for den samvittighedsløse Debitor, hvorimod den retskafne Mand, som slig Overlast var tilføiet, vilde være et Offer, naar han ikke kunde redde sig ved at beedige Det, som virkeligen var foregaaet. Det er iøvrigt klart, at slig Eed blot kan frie den Paagjeldende, men ikke fælde den Sigtede som Voldsmand, saa lidet som den i 6—13—19 angivne Fremgangsmaade kunde have slig Virkning. Men er den betimelige Vedersigelse blot paalagt den Tvungne, forsaavidt han vil nyde Adgang til paa foranførte Maade at frigjøre sig, saa vil den udøvede Vold og uden slig Forms Iagttagelse bevirke Contractens Ugyldighed,

naar et tilstrækkeligt Beviis derfor tilveiebringes. Dog bør tredie Mand, til hvem Documentet maatte være overdraget eller pantsat, ikke lide ved den ulovlige Maade, paa hvilken Contracten er tilveiebragt, saafremt den Paagjeldende, ved at forsømme betimelig Veder-sigelse, har foranlediget, at det i sin Form mangelfrie Document saaledes er solgt eller pantsat.“

Hvad Virkningen af Svig angaar, gjør Ø. (Hdb. 5 B. p. 99—102) opmærksom paa, at der maa skjelnes mellem, om det er Medkontrahenten eller en tredie Mand, der har udvist Svigen. Forsaavidt det er Medkontrahenten, som har bedraget den, der har afgivet Løftet, — hvormed det maa stilles lige, at han har været medvidende i det af tredie Mand udøvede Bedrageri, — bemærker Ø., at det vel er saa, at den Besvegne maa være beføjet til at træde tilbage fra en Kontrakt, der fra hans Side er betinget af, at Tingen forholder sig saaledes, som det blev foregivet for ham, men at det er aabenbart, at han ingenlunde ubetinget er pligtig til dermed at lade sig nøje, hvorimod han, som fornærmet, maa være berettiget til fuld Erstatning, hvortil det ingenlunde altid er nok at fritages for den byrdefulde Forpligtelse, hvortil han svigagtigen er forledet. „Det er saaledes“, skriver Ø., „ikke den Betragtning, at Den, som ved Svig er bragt til at contrahere, intet virkeligt Samtykke har givet, men derimod Læren om Skadeserstatning, hvoraf Virkningerne af det omhandlede Slags Svig fuldstændigen kunne afledes.“ — Saafremt det dernæst er en tredie Mand, der, uden nogen af Parternes Medvirkning, har forledet den ene af disse til at indgaa en Kontrakt, som er denne til Skade, bemærker Ø., at Medkontrahenten lige fuldt kan gjøre Paastand paa de Rettigheder, som Kontrakten tilsiger. „Den Besvegne“, skriver han, „kan ikke paaberaabe sig Mangel paa Samtykke; thi mellem

Contrahenterne indbyrdes er der, efter Forudsætningen, Intet vedtaget eller forhandlet, som kunde gjøre deres Forening betinget af Det, den Ene har ladet sig indbilde af tredie Mand; og om Ret til Skadesløsholdelse kan der ei være Tale med Hensyn til den uskyldige Medcontrahent. Omstændighederne kunne endog let være saaledes beskafne, at Den, der af tredie Mand er bedraget, snarere kunde siges paa en vis Maade at have villet skuffet sin Medcontrahent, end denne ham, f. Ex. naar Den, der ved opdigtede Begivenheder er forledet til at kjøbe eller sælge visse Effecter, for at føre sig de formeentlige Conjuncturer til Nytte, formaaer andre i Opdigtelsen uskyldige Personer til at sælge eller afkjøbe ham lignende Effecter efter en Maalestok, som under de Forudsætninger, hvorfra han gaaer ud, vilde være ham fordeelagtig. Hvor lidet det vilde være i vore Loves Aand, at nægte den uskyldige Medcontrahent de Rettigheder, Contracten har tilsagt ham, fordi hans Medcontrahent af tredie Mand er bedraget, indlyser endvidere deraf, at selv den ved Medcontrahentens Svig fremkaldte Contract ofte bliver forbindende, naar den overdrages til tredie Mand, eller denne iøvrigt har faaet en retlig Interesse i Contractens Opretholdelse“. Efter Analogien af Frd. 9. Februar 1798 kan det saaledes, bemærker Ø., „ikke kaldes i Tvivl, at Den, der har ladet sig ved Løfte om Valuta forlede til at udlevere en Forskrivning, hvorfor dog ingen Valuta gives ham, maa svare efter sin Forskrivnings Indhold, hvis denne transporteres eller pantsættes til en uskyldig tredie Mand“.

Ved Hurtigkarls Behandling af Uvidenhed og Vildfarelse finder Ø. (Hdb. 5. B. p. 102—105) det først mærkværdigt, at Hurtigkarl ikke har gjort den sædvanlige Sondring mellem den Vildfarelse, der angaar

det Væsentlige, og den, som kun betræffer uvæsentlige Punkter. Dernæst bemærker han, at det vil være vanskeligt at opgive noget Tilfælde, hvor den Uvidenhed eller Vildfarelse, hvori den ene Kontrahent har befundet sig, i en aldeles stræng Forstand kan kaldes uovervindelig, og at Hurtigkarls Lære, saafremt man ikke vilde tage Ordet meget strængt, men som uovervindeligt anse Alt, hvad der ikke kunde betragtes som culpa, naar der spurgtes om Handlinger, som vedkom Andre, vilde give Anledning til at tilintetgjøre Virkningen af mange Kontrakter, der uden Tvivl bør anses for fuldkommen forbindende. „Det er“, skriver han, „enhver af Contrahenternes Sag at see sig for, og skaffe sig behørig Kundskab om de Omstændigheder, som kunne have Indflydelse paa hvad han foretager sig. Hvilke Forestillinger om den omkontraherte Gjenstand og de samme vedkommende Forhold han maatte gjøre sig, er slet ikke Medkontrahentens Sag, saalænge denne ikke har meddeelt ham disse Forestillinger, eller gjort sine Rettigheder betingede af sammes Rigtighed. Det er det udvortes tilkjendegivne Samtykke, som indeholder Grunden til det Bindende i Contracter, og kun hvad der i den udvortes Verden er foregaaet, som betingende dette Samtykke, kan faae Indflydelse paa dets juridiske Virkninger; de for Medcontrahenten skjulte Betingelser og Forudsætninger for den tilkjendegivne Villie kunne aldeles ingen Indflydelse faae, saafremt Man ikke vil gjøre al contractmæssig Forpligtelse usikker. Man vilde dog vist ikke antage, at Den, der, efter en endog meget rimelig Speculation paa god Af-sætning for en vis Varesort, havde indladt sig i Handel desangaaende, kunde træde tilbage fra denne Handel, fordi de Forhold, der laae til Grund for hans Speculation, siden forandrede sig, eller maaskee befindes allerede, skjøndt ham dengang uafvidende, at være for-

andrede paa den Tid, Contracten blev oprettet.“ Ø. antager, at kun den Uvidenhed eller Vildfarelse, der angaar det Væsentlige, kan rokke en Kontrakts Gyldighed, men han indrømmer, at det undertiden kan være tvivlsomt, hvilken Uvidenhed eller Vildfarelse der skal henføres herhen. Han antager imidlertid, at man maa se hen til, hvad der bestemmer og betinger Kontraktens Tilværelse og juridiske Gyldighed. Saaledes antages en Vildfarelse, der angaar det Materiale, hvoraf den omkontraherede Ting bestaar, at være en væsentlig, dersom det mellem Parterne enten har været vedtaget eller klarligen forudsat, at Tingen skulde være af en vis Beskaffenhed, og som et Exempel nævnes, at en uægte Sten er solgt for en Ædelsten, i Modsætning til det Tilfælde, hvor en af Parterne ensidigen har forestilt sig, at Tingen var af et kostbarere Materiale, end den findes at være. En Vildfarelse i Henseende til det Væsentlige anses det ogsaa for at være, at den omkontraherede Ting allerede er tilintetgjort, inden Kontrakten indgaas, eller aldrig er kommen til Existens, hvilket t. Ex. siges ofte at indtræffe med Hensyn til Søassurance, hvor da den saakaldte Restourno kan finde Sted; ligeledes anses en Vildfarelse i Henseende til Overdragerens Ejendoms- eller Dispositionsret for at være væsentlig.

Blandt Betingelserne for, at en Kontrakt kunde være gyldig, nævnede de ældre Forfattere¹⁾ fremdeles, at den ikke maatte gaa ud paa Noget, som var legalt eller moralsk umuligt, eller, som det ogsaa udtryktes, paa Noget, der stred imod Statens eller Naturens

¹⁾ Hesselberg p. 198, Hedegaards nævnte Værk p. 41—42, Dons 2. D. p. 274—275, Kongslev 2. B. p. 255, Nørregaard § 664 Nr. 4 og § 669 jfr. hans Naturret § 383, Brorsons anførte Værk 1. B. p. 6, Hurtigkarl 2. D. 2 B. p. 19—20.

Love; dette sagdes at være udtalt i L.s 5—1—2, i hvilken Artikel „Lov“ formentes at betyde Statens Love og „Ærbarhed“ Naturens Love (og efter Nogles Mening tillige gode Sæder). Med Hensyn hertil skriver Ø. (Hdb. 5. B. p. 89—90) Følgende: „Det Ord „Ærbarhed“ indbefatter ikke blot de egentlige Moralbud, men ogsaa Velanstændigheds-Reglerne, saa at en Overeenskomst, der gik ud paa, at Noget skulde foretages, som aabenbart stred mod Anstændighedens Love, maatte være ugyldig. Intet er heller naturligere, end at Staten nægter Sanction paa saadanne forargelige Contracter; thi skjøndt den ikke ved sine Tvangslove kan gjøre alle Anstændighedens, eller engang alle Moralovens Forskrifter gjeldende, saa bør den dog i intet Tilfælde nedværdige sig til at være et Organ for det Uanstændige eller Usædelige. Iøvrigt sigter Loven kun til Det, der i og for sig, og saaledes at det af Alle maa erkjendes, er stridende mod Pligt og Sædelighed. At Det, Nogen ved Contract paatager sig, ifølge hans særdeles Medkontrahenten ubekjendte Forhold, er pligtstridigt, kan ikke betage Medkontrahenten den Ret, Contracten tilsiger ham. Selv naar det er med hans bestemte Retspligter, Contracten paa Grund af deslige særegne Omstændigheder kommer i Strid, kan Medkontrahenten ligefuldt gjøre sin Ret efter Contracten gjeldende, om ikke til dennes umiddelbare Opfyldelse, saa dog til Skadeserstatning. Saaledes viser Loven udtrykkeligen, hvad der heller ikke i sig kunde være tvivlsomt, at Erstatning kan kræves, naar Nogen overdrager Det, han i Forveien har overdraget til en Anden, og at Gjeldsforpligtelser ingenlunde blive ugyldige derved, at de ikke kunne opfyldes uden Afbræk for de Forpligtelser, Debitor forud havde paataget sig, og at dette ved Gjeldens Stiftelse var Debitor bekjendt.“

Naar en Kontrakt gaar ud paa Noget, som strider imod Lov eller Ærbarhed, opstilledes det hos de tidligere Forfattere som en almindelig og ubetinget Regel, at Kontrakten var ugyldig, og hertil indskrænkede sig i det Hele deres Lære om dette Punkt. Med Hensyn hertil bemærker Ø. (Hdb. 5. B. p. 91—92), at Kontrakten ikke blot er ugyldig, naar selve Kontraktens Gjenstand er en i sig lovstridig Handling, men ogsaa, naar der er forsømt at iagttage, hvad Loven har foreskrevet for at betrygge den ene Part mod Følgerne af Overraskelse eller Mangel paa Indsigt og Erfaring eller af en Forlegenhed, som kunde bringe ham til at kontrahere under Vilkaar, som vare skadelige for ham eller endog middelbart for det Offentlige. Ø. tilføjer imidlertid, at Kontrakten i Tilfælde af dette Slags ikke ubetinget er ugyldig, men kun forsaavidt det er den anden Part, som søger at gjøre den gjældende mod den, til hvis Bedste den overtraadte Lov er skreven, og dette siges t. Ex. at finde Anvendelse paa adskillige Kontrakter mellem Jorddrot og Fæster. „Heller ikke“, skriver han fremdeles, „er det iøvrigt altid Contractens hele Indhold, som svækkes ved det Lovstridige, der findes ved samme. Naar det lovstridige Indhold saaledes kan afsondres fra det, der i sig er lovligt, at dette aldeles kan tilintetgjøres, uagtet Contracten i sine øvrige Dele bliver ved Magt, saa maa det ordentligviis, og naar Loven ikke udtrykkeligen har paabudt det Modsatte, antages, at kun Det i Contracten, som er imod Loven, ophæves, men at den derefter rectificeret bliver at opretholde“. Ogsaa her nævnes nogle Exempler, hentede fra Retsforholdet mellem Jorddrot og Fæster.

Naar den lovstridige Ydelse er erlagt, antager Ø. (Hdb. 5. B. p. 92—93) vel som Hovedregel, at den, der har erlagt samme, ikke kan være berettiget til at

indtale det derfor betingede Vederlag, da han ikke kan erhverve Rettigheder ved den lovstridige Handling. „Imidlertid“, tilføjer han, „turde denne Sætning ikke være aldeles anvendelig, hvor Lovstridigheden ikke bestaaer i Noget, som i og for sig er retstridigt eller skammeligt, men blot et eller andet Forbud er overtraadt, hvis Opretholdelse Lovene paa anden Maade have søgt at garantere. Saaledes turde den Omstændighed, at Den, der har foretaget et eller andet Haandværksarbeide, derved har gjort Brud paa de for Laugs- og Næringsvæsenet foreskrevne Regler, neppe betage ham Ret til at fordre Betaling for Arbeidet med tilfugte Materialier m. v., eller paa den anden Side fritage ham for at betale Medhjælpere, Haandlangere eller Andre, som have indladt sig med ham. En saadan Virkning af hine Reglers Overtrædelse synes ubillig og unaturlig, baade med Hensyn til Den, som skulde lide derunder, og til Den, som derved skulde vinde; og de mangfoldige Love, der fremsætte deslige Forbud, indeholde i Almindelighed intet Vink til, at Overtrædelsen, foruden den udtrykkelige forkyndte Straf, ogsaa skulde have hiin ofte langt betydeligere Virkning. I ganske enkelte Tilfælde har Lovgiveren vel erklæret, at enhver af en uberettiget Nærings Udøvelse resulterende Fordring skal være ugyldig, f. Ex. i Frd. 2. Aug. 1786 § 17. Men her er og Tale om Overtrædelser, der mere end andre af samme Slags ansees stridende mod det offentlige Vel, og derfor følges med særdeles Strenghed“.

Endelig anfører Ø., at hvad der ifølge en Kontrakt, som har en usædelig eller lovstridig Gjenstand, allerede er ydet, ordentligvis ikke kan søges tilbage, og at Undtagelse kun finder Sted i enkelte Tilfælde, hvor Brøden enten ene eller dog fortrinsvis maa tilregnes den Part, som har modtaget Ydelsen.

Uagtet det tidligere opstilledes som en almindelig og ubetinget Regel, at en Kontrakt, som stred imod Loven, var ugyldig, opkaster Nørregaard (§ 670) og Hurtigkarl (2. D. 2. B. p. 30—32) dog det Spørgsmaal, om Kontrahenterne i de Tilfælde, hvor Loven har givet en eller anden Bestemmelse for en Kontrakt enten i Henseende til Form eller Indhold, ved deres fælles Samtykke kunne indrette den mellem dem værende Kontrakt udenfor eller tvertimod disse Lovens Bestemmelser, og de besvare dette Spørgsmaal derhen, at Kontrahenterne kunne indrette deres Kontrakt saaledes, som de selv ville, endog udenfor eller imod Lovens Bestemmelser, naar blot Intet derved sker til Statens eller nogen privat tredie Mands Fornærmelse. Med Hensyn hertil bemærker Ø. (Hdb. 5. B p. 118—122), og det med Rette, at Sagen er bleven forvirret derved, at Kontraktens Form og dens Virkninger af Hurtigkarl (ligesom af Nørregaard) ere slaaede sammen, og at det ikke lader sig tænke, at Parterne gyldigen kunne forenes om at tilsidesætte den lovbestemte Form, eftersom Lovgiverens Øjemed med at paabyde Formen aabenbart vilde tilsidesættes, dersom der saaledes gaves Parterne Lejlighed til ligesaa vel at binde sig uden denne Form. „En anden Sag“, siger han, „er det, at Tilsidesættelsen af en Form, der ikke er paabuden med Hensyn til det indbyrdes Forhold mellem Parterne, men alene for tredie Mands Skyld, ikke i Almindelighed kan betage Contracten sin forpligtende Kraft mellem Parterne, men kun indskrænke dens Virksomhed mod tredie Mand“. Som Exempel herpaa nævnes Tinglæsning af Kontrakten, medmindre denne, som i Frd. 8. Februar 1810 § 6, er paabuden som Betingelse for selve Kontraktens Gyldighed. — I Henseende til de Love, som bestemme en eller anden Kontrakts Virkninger mellem Parterne, anfører Ø., at Formodningen

maa være for, at disse Love ere blot deklaratoriske, og at det under denne Forudsætning naturligvis staaer i Parternes Magt at vedtage andre Regler. „Stundom“, skriver han derefter, „ere derimod disse Love obligatoriske; Lovgiveren har nemlig med Hensyn til den offentlige Sædelighed eller det offentlige Vel, eller med Hensyn til det Afhængighedsforhold, hvori den ene Part formedelst sin Stilling eller ringere Oplysningsgrad staaer til den anden, fundet det nødvendigt, at begrænde den Vilkaarlighed, som ellers tilkommer Parterne i at bestemme Omfanget af de Forpligtelser eller Rettigheder, som de ved Contracter ville paa-drage sig eller erhverve. At her ingen modsat Overeenskomst kan have juridisk Virkning, er indlysende. Skjøndt Formodningen, efter hvad vi have anmærket, ikke er for, at Lovgiveren ved de Bestemmelser, han har gjort om Contracters Virkninger, har villet binde Hænderne paa Parterne, saa er det dog ikke aldeles nødvendigt, at et saadant Øiemed skal være udtrykkeligen tilkjendegivet, hvergang Parterne skulle tabe hiin Frihed; thi Lovgiverens Villie kan og paa anden Maade være lagt for Dagen“.

De saaledes omtalte, af de ældre Forfattere opstillede Betingelser for en Kontrakts Gyldighed vare for en væsentlig Del hentede fra fremmede Naturretslæreres eller Romerretslæreres Skrifter, og i Overensstemmelse med disse vare flere af de Regler, som opstilledes, altfor almindelige, saa at der under dem indbefattedes Tilfælde, som vare af en meget forskjellig Beskaffenhed, og for hvilke der derfor ikke kunde opstilles den samme Regel. Det er Ø.s Fortjeneste, at han har paavist dette og i saa Henseende i det Væsentlige fremdraget netop de Synspunkter, som nu anses for de rigtige.

Det kan i denne Forbindelse endnu bemærkes, at

Ø. i j. T. 15. B. 2. H. (1829) p. 200—251 har i Anledning af en Afhandling af Hjelm om læsio enormis¹⁾ vist, at det efter vor Ret ikke kan fordres, at der ved de gjensidig bebyrdende Kontraktsforhold skal være Lighed mellem begge Kontrahenters Ydelser.

Hos Nørregaard og Hurtigkarl²⁾ nævnes Transport af Fordringer (cessio nominis) som en Maade, hvorpaa de ved Kontrakten paadragne Pligter og erhvervede Rettigheder, — ligesom ved Delegation, — kunne forandres, og Hurtigkarl henfører denne Forandring under Novation i videre Forstand. Hertil bemærker Ø. (Hdb. 5. B. p. 172), at det ikke er overensstemmende med den ægte juridiske Sprogbrug at betragte Cession som en Art af Novation, idet der derved Intet forandres i Forpligtelsen, men kun den til samme svarende Rettighed overdrages til en tredie Mand, hvorfor den ogsaa er af en anden Natur end Delegation, eftersom en Forandring af Debitor ogsaa er en Forandring i Forpligtelsen, idet det ingenlunde er det samme, om man har en vis Sum tilgode hos et Individ eller et andet. Medens Hurtigkarl derhos mente, at den strænge Ret vel ikke kræver Debtors Samtykke til Transportens Gyldighed, men at Billighed dog kunde tale herfor, finder Ø., at den almindelig antagne Sætning, at kontraktmæssige Rettigheder, naar de gaa ud paa Tings

¹⁾ „Juridiske Samlinger for 1826“ p. 255—314, se fremdeles de nævnte Samlinger for 1829 og 1830 1. H. p. 22—80.

²⁾ Nørregaard § 682, jfr. hans Naturret § 439 og § 440, Hurtigkarl 2. D. 2, B. p. 57.

Præstation, uden at medføre noget videre personligt Forhold, maa kunne overdrages uden dens Forevidende eller Samtykke, imod hvem Rettigheden haves, ligger umiddelbart i Retsfordringens Beskaffenhed, idet denne ikke medfører, at Kreditor personligen skal modtage den kontraktmæssige Præstation, men tilsteder, at han indfordrer den ved en tredie Mand, og det i denne Henseende maa være den Paagjældende ligegyldigt, om denne tredie Mand indsættes til Ejer eller blot handler som Fuldmægtig¹⁾; Ø. fremhæver ogsaa, at det vilde være til stort Afbræk for Borgerne i deres Omsætninger og fri Benyttelse af deres Ejendom, hvis Gjældsfordringer ikke vare transportable.

Virkningen af Transporten ligeoverfor Cessus berøres saa godt som ikke hos Hurtigkarl; han anfører vel (2. D. 2. B. p. 49—50) under det Afsnit, som handler om Betaling, Bestemmelserne i Frd. 9. Februar 1798, men han giver ikke noget Bidrag til deres Fortolkning. I denne Henseende skriver Ø. (Hdb. 5. B. p. 172—174) Følgende: „Efter almindelige Grundsætninger kan . . . Rettigheden ikke overføres paa tredie Mand uden i Eet og Alt saaledes, som den Rethavende besad samme; og enhver Indsigelse, som havdes mod Cedenten, maatte saaledes og gaae over mod Cessionarius. Ogsaa maatte det paaligge denne, at underrette den Forpligtede om den foregaaede Forandring i Creditors Person, og alle de Afbetalinger eller andre Transactioner, som inden saadan Notification foregik mellem Debitor og den oprindelige Creditor, maatte komme hiin tilgode uden Hensyn til den foregaaede Cession. Men ligesom det i mange Tilfælde ligger enten i Forskrivningens eget Indhold eller i almindeligt

¹⁾ Jfr. j. T. 12. B. 2. H. p. 219—221 og 15. B. 2. H. p. 255—263.

vedtagne Begreber, at Udstederen vil være sammes Beløb skyldig til enhver retmæssig Ihænderhaver uden Hensyn til det Forhold, der ellers finder Sted mellem ham og den oprindelige Creditor, saaledes har og Forordning 9. Febr. 1798 i Form af en autentisk Fortolkning udstrakt dette til alle Gjeldsbreve. Vel handler denne Forordning umiddelbart kun om *exceptio solutionis*; men Aarsagernes Lighed kræver, at Debitor, som naturligviis iøvrigt maa være mægtig og myndig til at forpligte sig, ogsaa i andre Henseender maa taale, i Forhold til tredie Mand, at bedømmes blot efter sin Forskrivnings Indhold, uden at han imod denne kan benytte de i Forskrivningen uhjemlede Indsigelser, som han maatte have mod den oprindelige Creditor, f. Ex. *exceptio compensationis, non numeratæ pecuniæ, usurariæ pravitatis*. Baade vilde Lovgiverens Øiemeed med hin Forordning aldeles ikke opnaaes, naar Den, der erhvervede et Gjeldsbrev, var udsat for deslige Gjeldsbrevets Indhold modsigende Indsigelser, og tillige er det ligesaa vel i disse Tilfælde, som i det, der er Forordningens Gjenstand, Udstederens egen Skyld, at han for tredie Mand apparerer som Debitor, hvor han ikke virkeligen er det, eller for et større Beløb end han virkeligen er det¹⁾“. Af det Anførte vil det ses, at Ø. mener, at Debitor ikke taber Umyndighedsindsigelsen ved Transporten af Gjeldsbreve, og af hans Formularbog (Udg. af 1811 p. 71) fremgaar det, at det samme antages at gjælde om *exceptio manus og falsi*; paa den anden Side vil det af det tidligere (p. 256 og 257) Anførte ses, at Ø. antager, at foruden de foran eksempelvis nævnte Indsigelser tabes ogsaa *exceptio doli* og ligeledes *exceptio metus*, naar betimelig Vedersigelse til Tingene ikke er

¹⁾ Jfr. *Eunomia* 1. D. (1815) p. 249—252.

sket. At Indsigelserne ikke tabes, naar Erhververen af Gjælds brevet har havt Anledning til at vente dem fremsatte, nævnes ikke af Ø. i denne Sammenhæng, men anses af ham for en Selvfølge, og er udtrykkelig udtalt af ham paa flere andre Steder, og ligeledes i en af ham conciperet, under 26. September 1803 afsagt Hof- og Stadsretsdom (jfr. A. f. R. 1. D. p. 204—207). Som en Undtagelse fra den almindelige Regel om Indsigelsers Fortabelse nævner Ø. Frd. 6. Oktober 1753 § 9, der saa meget mindre antages at være forandret ved Frd. 9. Februar 1798, som denne efter hans Mening er given i Form af en autentisk Fortolkning over 5—14—56 N. L. 5—13—54¹⁾.

I Henseende til Spørgsmaalet om, hvilke Dokumenter Frd. 9. Februar 1798 er anvendelig paa, bemærker Ø. (Hdb. 5. B. p. 152), at Forordningen anses anvendelig paa ethvert Dokument, der indeholder en Erkjendelse af en Gjæld, som man er en Anden skyldig, og at den derfor ogsaa har fundet Anvendelse paa Sparekassebøger, se Pl. 24. April 1827 og Pl. 16. September 1828. Som allerede tidligere (pag 229) anført, var han derhos tilbøjelig til at anse Forordningen anvendelig paa Recipisser for haandfaaet Pant. Derimod har han i en Afhandling i j. T. 4. B. 1. H. (1822) p. 248—267 godtgjort, at en Domsakt eller Forligsakt ikke med Hensyn til Transporter og Pantsætninger kan anses lige med et Gjælds brev. Som han i den nævnte Afhandling anfører, havde den i 1—24—34 N. L. 1—22—36 og Frd. 19. August 1735 § 7 indeholdte Forskrift om, at en Domsakt skal være tilstede, naar der skal gjøres Exekution, og udleveres til Domfældte, naar han fyldestgjør Dommen, givet Anledning til en hos de Lovkyndige meget udbredt Forestilling om, at en

¹⁾ Jfr. ogsaa Hdb. 5. B. p. 300—301.

Domsakt maatte anses lige med et Gjældsbræv i Henseende til Bestemmelserne i Frd. 9. Februar 1798 §§ 1 og 2. Imod denne Lære, der, som Ø. siger, vel ikke, saa vidt han vidste, var fremsat i Litteraturen og heller ikke bestemt antagen i nogen Retsdom, men af mange indsigtfulde Praktikere betragtedes som utvivlsom, traadte Ø. op i bemeldte Afhandling. Han anfører her, at den nævnte Forordnings Befalinger, dens Raisonnements og dens Titel blot have Haandskrifter til Gjenstand, og han skriver derefter Følgende: „Det er og indlysende, at Grundsætningen om løse Qvitteringers Utilstrækkelighed til at væрге Debitor mod tredie Mand ingenlunde, anvendt paa Domsacter, kunde have den Interesse for den offentlige Credit, som den havde med Hensyn paa Gjældsbreve. Disse udgjøre det brugbareste og beqvemteste Middel til at reise Laan hos de offentlige Instituter, der ei udlaae Capitaler anderledes end mod haandfaaet Pant, eller hos de private Personer, der, med Hensyn til sligt Pants større Disponibilitet, ligeledes foretrække samme for directe Udlaan i faste Eiendomme. Men dette Middel til at skaffe sig Laan, hvilket allerede var kommet saa stærkt i Gang, vilde have tabt meget i sin Brugbarhed, saafremt løs Qvittering kunde gjelde mod tredie Mand. Ingen kunde da, med Tryghed, tage mod sligt Pant, med mindre en formelig Erklæring fra Debitor blev fremskaffet, hvori han erkjendte endnu at være Capitalen skyldig, og fra nu af ei at ville betale samme til den oprindelige Creditor, men til den, der havde erhvervet hans Rettigheder; en Form, der ofte vilde være meget bebyrdende og forbunden med Ubehagelighed. Men Domsacter høre ikke til de Effecter, som man pleier at give i haandfaaet Pant; . . . Lovgiveren havde altsaa ikke den Grund til Forsorg for dem, der lade sig Domsacter transpor-

tere eller pantsætte, som han havde til at sørge for dem, som modtage Cessioner eller Pantsætninger af Gjeldsbreve“. Han anfører fremdeles, at en Domsakt, — foruden at den, saa længe Dommen staar under Appel, i og for sig ikke kan anses som Bevis paa en Fordrings Rigtighed, — ikke, som en Mands egen Haandskrift, er et identisk Dokument, hvoraf kun eet Exemplar existerer, men at den kun er en formelig Udskrift af, hvad der er foregaaet, og efter sin Natur kan meddeles flere Gange, og at det derfor er indlysende, at dens Extradition ikke i nogen Maade kan betrygge imod Misbrug. Han viser endelig, at den omtalte Bestemmelse i 1—24—34 N. L. 1—22—36 og Frd. 19. August 1735 § 7 meget godt lader sig begrundede og forklare, selv om en Domsakt ikke sættes ved Siden af et Gjældsbrev i Henseende til Bestemmelserne i Frd. 9. Februar 1798. Om Forligsakter mener han, at de ikke kunne have større Betydning end Domsakter. — Ø. bemærker fremdeles (Hdb. 5. B. p. 151—152), at Forordningens § 3 uden Tvivl bør finde analogisk Anvendelse med Hensyn til Leje og andre aarlige Afgifter, saa at Afskrivning paa selve Kontrakten her ikke er nødvendig til den Betalendes Betyggelse.

Øjemedet med den oftere nævnte Forordning af 9. Februar 1798 angives af Ø. (i Eunomia 1. D. p. 251) at være at lette Pengeomløbet ved at betrygge Transporten og Pantsætningen af Gjeldsbreve mod skjulte Exceptioner; ved Exceptioner tænker han paa det nævnte Sted nærmest paa Indsigelser fra Debtors Side, men af det tidligere (p. 187) Anførte fremgaar det, at Ø. ogsaa mener, at det følger af Grundsætningen i den nævnte Forordning, at Transporthaveren og Panthaveren kan blive at beskytte imod dem, der tidligere have erhvervet Rettigheder over Gjældsbrevet,

naar der ikke er sket Paategning derom paa Gjælds-
brevet. Denne Anvendelse af Grundsætningen i Frd.
9. Februar 1798 blev som bekjendt fastslaaet ved Be-
stemmelsen i Frd. 28. Juli 1841 § 1 in fine. I Hen-
seende til denne Bestemmelse, der i Anledning af en
Indstilling fra begge Stænderforsamlinger blev optagen
i Forordningen, og som er affattet af Ø., hedder det
i Cancelliets Forestilling af 2. Juni 1841¹⁾, i Overens-
stemmelse med hvad der var foreslaaet af Ø., at det
vistnok er „aldeles overensstemmende med Grundsæt-
ningen i Frd. 9. Februar 1798, at slige Effecter“ (ø:
Statspapirer, Actier og private Obligationer), „under
Forudsætning af, at der ikke er meddelt samme Paa-
tegning om at være indbefattede under Pantsætningen,
ikke bør kunne søges tilbage fra Trediemand, til hvem
de ere blevne transporterede eller givne i haandfaaet
Pant, ligesom det og i høieste Grad vilde være for-
styrrende for Omsætningen af deslige Effecter saavel
som for disses Pantsætning, om Kjøberen eller Pant-
haveren kunde være udsat for at lide under de al-
mindelige Pantebreve, der maatte være udstedte af
den, som med lovlig Adkomst har Activet i Hænde,
eller ved de denne overgaaede Namsdomme m. v. Ogsaa
er det aldeles stemmende saavel med Forholdets Natur
som med Grundsætningen i ovennævnte Forordning,
at en paa et saadant Activ gjort Paategning om en ældre
Pantsætning dog maa kunne gjøres gjældende mod den,
der senere tilforhandler sig det eller tager det i Pant.
Iøvrigt kan Stændernes Indstilling ikke antages at have
Hensyn til nogen Indskrænkning i den Fortrinsret, som
den almindelige Pantsætning giver med Hensyn til de
Effecter af det omhandlede Slags, som forefindes i De-
bitors Boe paa den Tid, samme bliver taget under

¹⁾ Jfr. Coll.-Tid. for 1841 p. 629—630.

Skiftebehandling“. Dette siges nemlig at ville være en Indskrænkning i Panthaverens Ret, der aldeles ingen Hjemmel har i de foranførte Grunde.

Som en anden Følge af Gjældsbrevets særegne Karakter som Omsætningsmiddel nævner Ø., at Debitor, der betaler til den, som er i Besiddelse af et Gjældsbrev med en i sin Form tilstrækkelig Fuldmagt eller Transport, maa blive befriet, selv om Fuldmagten eller Transporten maatte være falsk. Han skriver herom i Hdb. 5. B. p. 141—142 Følgende: „Uagtet Debitor er pligtig at forvisse sig om Dens Competence, til hvem Betaling erlægges, saa kan dette dog ikke, hvor Gjelden er bygget paa Haandskrift, strække sig videre, end til at denne Person er i Besiddelse af Gjældsbrevet i Forbindelse med en i sin Form tilstrækkelig Fuldmagt eller Cession. Dersom Fuldmagten eller Transporten ikke destomindre skulde være falsk, bør dette ikke komme ham til Skade, da der ikke efter Lovens Grundsætninger og heller ikke uden at bebyrde den borgerlige Samhandel med overdrevne Forsigtighedsregler, kan fordres videre Legitimation af den Vedkommende. Ved de offentlige Kasser og ved Pantebøgerne vilde det især faae en høist besværende Indflydelse, om der, uagtet de originale Gjældsbreve fremkom til Paategning, Extradition eller Udslettelse, kunde fordres et nøiagtigt Beviis for Fuldmagters, Cessioners eller Qvitteringers Underskrift af de Personer, i hvis Navne de vare udstedte, hvilket dog blev ueftergiveligen nødvendigt, saafremt Betalingen ei uden hiin Betingelse med Sikkerhed kunde ydes. Frd. 18. Mai 1825 §§ 4, 64 og 65 bestyrke og den foranførte Sætning.“ — Denne af Ø. saaledes forsvarede Sætning kunde, saaledes som han viser i Hdb. 6. B. p. 647—649, ikke ubetinget medføre, at ogsaa Cessionarius, der i god Tro og i behørig Form har ladet sig Gjælds-

brevet overdrage af en Anden, skulde erhverve en Ret til Gjældsrevet, selv om en af de tidligere Transporter er falsk eller udstedt af en umyndig Person; han gjør nemlig gjældende, at Debitor i det omtalte Tilfælde er pligtig at betale, medens den, der vil kjøbe Gjældsrevet eller tage det til Pant, kan se sig for og ikke behøver at indlade sig med Besidderen af Gjældsrevet, naar denne ikke er saa paalidelig eller saa vederhæftig, at han derved er uden Fare¹⁾. Som bekjendt blev det ogsaa senere ved en Højesteretsdom af 12. November 1839 statueret, at en kgl. Obligation kunde af den tidligere Ejer, paa hvis Navn den havde været noteret, vindiceres fra den godtroende Besidder, til hvem den var gaaet over ifølge en falsk Transport. Denne Dom gav Anledning til Frd. 21. Juni 1844, paa hvis Indhold Ø. har havt en væsentlig Indflydelse.

Da Hurtigkarl næppe fuldstændig har forstaaet Betydningen af Frd. 9. Februar 1798, er det meget forklarligt, at han heller ikke rigtig har indset Betydningen af den ad Bevillingsvejen indførte og senere i Frd. 7. Februar 1823 omhandlede Mortification; han siger nemlig (2. D. 2. B. p. 50—51), at Mortification er en Maade at bevise Betaling paa, og at den er den Handling, hvorved den, der efter en Kontrakt har Noget at fordre, tilkjendegiver, at Kontrakten ikke længere skal være gjældende, men tvertimod anses som død og magtesløs, og han synes at gaa ud fra, at den i Frd. 4. Marts 1690 § 2 omhandlede Mortificationsmaade endnu kan være tilstrækkelig, idet han kun betegner den nuværende Mortificationsmaade som mere hensigtsmæssig. Hertil bemærker Ø. (Hdb. 5. B. p. 152—153), at det er indlysende, at Frd. 9. Februar

¹⁾ Jfr. Coll.-Tid. for 1844 p. 665--666.

1798 aldeles ikke tilsteder at anse en Mortification efter Frd. 4. Marts 1690 § 2 (nemlig ved en tinglæst Kvittering) for gjældende mod tredie Mand, der med lovlig Adkomst har Gjældsrevet i Hænde, og at i Særdeleshed den i Frd. 4. Marts 1690 befalede Tinglæsning Intet kunde virke mod den, der allerede inden denne Læsning havde ladet sig Gjældsrevet tiltransportere eller taget det i Pant, eller engang mod dem, der senere faa Adkomst paa Gjældsrevet, ligesom det foreskrevne Varsel til den Mortificerende ikke kan have Hensyn til Andet end at betrygge Beviset for Kvitteringens Gyldighed mod Udstederen selv og dennes Arvinger. Ø. gjør derhos opmærksom paa, at Forordningen udtrykkeligen angiver som Bevæggrund „at forekomme den Ulempe, som ved Mortificationer paa Obligationer, Reverser eller deslige kan foraarsages, idet at de, som ubekjendte, i lang Tid henhvile, og siden efter den Mortificerendes Død opdages, hvorover de Interesserende i vidtløftig Proces geraade“, hvilket formenes yderligere at vise, at der her intet Hensyn er taget til tredie Mand, som har erhvervet Gjældsrevet. Hvad derimod angaar den i Frd. 7. Februar 1823 omhandlede Mortification, angiver Ø. (Hdb. 4. B. p. 375) Hensigten med samme at være at tilintetgjøre den mulige Fordring, som en tredie Mand kunde gjøre paa at være retmæssig Ejer af et Gjældsrev, saa at, naar ingen Saadan melder sig, eller den Fordring, hvormed han melder sig, findes ugrundet, Mangel af det originale Gjældsrevs Besiddelse ikke kan være til Hinder for, at Domhaveren som Kreditor kan faa Gjældsrevet betalt eller som Debitor faa det udslettet af Pantebogen, men ved Siden heraf fremhæver han tillige (Hdb. 5. B. p. 159), at der ved den af Kreditor erhvervede Mortification ikke afgjøres Noget angaaende Gjældens Virkelighed og vedvarende Gyldighed.

Af det saaledes Anførte vil det ses, i hvilken væsentlig Grad Ø. har bidraget til at belyse Betydningen af Frd. 9. Februar 1798 og til at udvikle Konsekvenserne af denne Forordning.

I Henseende til Hjemmelspligten¹⁾ bemærker Ø., at den efter Hurtigkarls og de fleste andre Forfatteres Fremstilling blot skulde finde Anvendelse paa de Kontrakter, som have Ejendoms Erhvervelse til Gjenstand, og at de end ikke synes dertil at henhøre Transport af Gjældsfordringer, idet Læren om Cedentens Forpligtelser ligeoverfor Cessionarius særlig omhandles, uden at dens Forbindelse med Læren om Hjemmel engang antydes. Ø. derimod mener, at Hjemmelspligten har et langt videre Omfang. Til Hjemmelspligten henhører han først og fremmest en „Indestaaelse for, at der, med Hensyn til Overdragerens Adkomst, Intet er i Veien for, at Rettigheden kan gaae over paa Den, der efter Contractens Indhold skal erhverve samme, og det i dens fulde Strækning, saa at Servituter og andre Indskrænkninger, der udenfor de almindelige Anordninger, eller hvad der i Særdeleshed er blevet omhandlet mellem Contrahenterne, hvile paa Eiendommen, maae ansees som Brud paa Hjemmels-

¹⁾ Jfr. Hedegaards Kommentar til Chr. V.s danske og norske Lovs. 5. Bog p. 401, Dons 2. D. p. 303—307, Kongslev 2. B. p. 278—283, Nørregaard § 679 og hans Naturret § 399, Brorsons Fortolkning af Chr. V.s danske og norske Lovs 5. Bog 1. B. p. 288—289, juridisk Maanedstidende for 1802 1. B. p. 142—144, Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 40—43, A. f. R. 1. D. p. 486—500 og Hdb. 5. B. p. 129—140.

pligten.“ Ligesom han derfor finder det klart, at en Cedents Forpligtelser ene og alene hvile paa Hjemmelspligten, saaledes er denne efter hans Mening ogsaa virksom med Hensyn til de Kontrakter, der gaa ud paa blotte Brugsrettigheder eller paa personlige Handlingers Udførelse. Men dernæst er Ø. tilbøjelig til at tage Hjemmelspligten i en saa udvidet Betydning, at derunder ogsaa falder Pligten til at indestaa for, at den omkontraherede Ting eller Rettighed har alle de Egenskaber, som enten udtrykkeligen ere betingede, eller som, i Mangel af udtrykkelig Aftale af modsat Indhold, maa forudsættes. Til Støtte for at give Begrebet om Hjemmelspligt et saa vidt Omfang, at derunder indbefattes Ansvar for Tingens Egenskaber, anfører han, at det ikke synes at være mod Sprogbrugen at sige, at Overdrageren skal hjemle de Egenskaber, som han udtrykkelig eller stiltiende erklærer Tingen at have, og at det egentlig er det samme Princip, hvorpaa den omtalte Indestaaelse for Tingens Egenskaber og Hjemmelspligten i sædvanlig Forstand hviler, ligesom han ogsaa henviser til, at flere nyere Love¹⁾, i Modsætning til Romerretten, give Begrebet om Hjemmel (Gewährleistung, garantie) en saadan Udstrækning.

I Henseende til de nærmere Betingelser for, at en Forpligtelse til at hjemle kan være tilstede, skjælnes Ø. mellem de bebyrdende og de velgjørende Kontrakter. Denne Sondring gjordes ikke af Nørregaard og Brorson, men derimod af tidligere Forfattere. Det lærtes nemlig hos Nørregaard og Brorson, at Giveren baade efter Sagens Natur og efter den positive Lovgivning (jfr. 5—3—30 N. L. 41), ligesaavel som Sæl-

¹⁾ Jfr. den preussiske Landret 1. Th. 5. Tit. § 317 ff., code civil art. 1625 ff. og den østerrigske Lovbog §§ 922—923.

geren, bør erstatte den Skade, som Medkontrahenten lider ved hans Vanhjemmel. Denne Menings Rigtighed har Ø. bestridt, først i juridisk Maanedstidende for 1802 1. B. og siden i en udførlig Afhandling i A. f. R. 1. D. (1824) jfr. ogsaa Hdb. 5. B. p. 133—134. Han er vel enig i, at Giveren maa være erstatningspligtig, naar han har handlet doløst, og maaske ogsaa naar han har handlet kulpøst, t. Ex. naar han har erhvervet det, han bortskjænker, paa en saadan Maade, at han kunde have grundet Anledning til at tvivle om Adkomstens Paalidelighed. Men naar Giveren hverken har handlet doløst eller kulpøst og Gaveløftet derhos har angaaet en individuel Ting, mener Ø., at der ikke kan paahvile Giveren nogen Hjemmelspligt. Han gjør i saa Henseende gjældende, at 5—3—30 N. L. 41 vel gaar ud paa at erklære 5—3—29 N. L. 40 for anvendelig paa Gavebreve, og at sidste Membrum i sidstnævnte Lovsted ikke kan undtages herfra, men at dette Intet beviser, eftersom der her forudsættes Svig hos Overdrageren. Med Hensyn dernæst til, at man tidligere paaberaabte sig, at der efter Naturens Ret paahviler en Giver den samme Forpligtelse til at holde sin Kontrakt som en Sælger¹⁾, anfører Ø., at der efter Gavekontraktens særegne Natur ikke kan være Formodning for, at enten Giveren vilde paatage sig Hjemmelsansvar, eller at Gavemodtageren vilde gjøre samme til Betingelse for Gavens Modtagelse. Endelig henviser Ø., foruden til Romerretten, til andre Staters Love²⁾. Hvad der saaledes gjælder om Gaver, maa, efter hvad Ø. anfører, ogsaa gjælde om Kontrakter,

¹⁾ Ogsaa i Schlegels „Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger“ 1. D. 2. Udg. (1805) p. 255 siges dette.

²⁾ Jfr. den preussiske Landret 1. Th. 11. Tit. §§ 1083 og 1084, code civil art. 1625 ff. jfr. art. 931 ff. og den østerrigske Lovbog § 922 jfr. § 921, § 945 og § 1397.

hvorved Nogen uden Vederlag overlader en Anden en Ting til Brug, og hvad der gjælder om det, der i strængeste Forstand henføres til Hjemmel, gjælder, som han siger, ogsaa om, hvad der i en videre Forstand henregnes dertil. De foranførte Sætninger om Hjemmelspligten ved Gaver ere, efter hvad Ø. bemærker i A. f. R. 1. D. p. 496—497, imidlertid kun anvendelige, naar Gavekontrakten umiddelbart har den Ting til Gjenstand, som siden befindes ikke at have været Giverens sande Ejendom eller at være behæftet med Mangler, som stride mod Gavens Forudsætning. „Ganske anderledes“, siger han, „forholder det sig, saafremt der er gaaet en donatio generis i Forveien, hvoraf hiin Tings Overgivelse kun var Fuldbyrdsen. Her existerte nemlig, førend denne Ting blev overleveret, en Forpligtelse til at præstere det, som var Gavens Gjenstand, og denne Forpligtelse, der naturligviis gik ud paa, at præstere Noget, hvortil Giveren havde fuld Adkomst, og som var i contractmæssig Tilstand, er ikke opfyldt ved den fremmede eller mangelfulde Tings Overleverelse.“

Ved de bebyrdende Kontrakter mener Ø., at Hjemmelspligten, selv afset fra de af de tidligere Forfattere paaberaabte Lovbud, umiddelbart følger af disse Kontraktens Væsen og Bestemmelserne i 5—1—1 og 2, og hvad særlig Kjøb og Salg angaar, bemærker han, at det er ganske naturligt, at Sælgeren anses at paatage sig en Garanti for, at Kjøberens virkelig bliver Ejer, da det ikke kan antages, at Kjøberens uden en saadan Garanti vilde have indladt sig med ham. Ikke mindre afgjort finder han det, at Sælgeren maa hæfte for, at Tingen eller Rettigheden har de Egenskaber, der enten udtrykkeligen ere betingede, eller, som sædvanlige, maa forudsættes. „Hvad dette sidste angaaer“, skriver han, „da bør Overdrageren formodes at paatage

sig Indestaaelse for, at Tingen ikke lider af saadanne skjulte Mangler, som, hvis de havde været bekendte, vilde have afholdt den Anden fra at købe Tingen. I Særdeleshed maa dette gjelde, naar Tingen ikke har været foreviist, men Handelen er sluttet om en vis Gjenstand under en generisk og almindelig Betegnelse. Til de Egenskaber, hvorfor Overdrageren har at indestaae, kan ogsaa Gjenstandens Qvantitet henhøre; thi naar den er opgivet at være af et bestemt Maal, Vægt eller Tal, hvorfor den uden Eftermaaling, Efterveining eller Eftertælling paa den Andens Ord er taget, og den siden ikke findes at svare til Angivelsen, bliver det en Mangel. Saaledes bliver Kjøberen af en Jordlod berettiget til Anke, dersom samme ikke holder det Areal, der er betinget. Dog kan det ikke være i Veien for Contractens Gyldighed, at en urigtig Opgivelse har fundet Sted, naar Contracten viser, at Opgivelsen ikke er skeet for at forsikre Erhververen om et vist Qvantum, men kun udtrykker Parternes fælleds Mening, grundet paa det Eftersyn, som fra begges Side har fundet Sted.“

I Henseende til Omfanget af det Ansvar, som, naar Betingelserne for Hjemmelspligten ere tilstede, i Tilfælde af Vanhjemmel kan komme til at paahvile Overdrageren, anfører Ø., at det, forsaaavidt dolus eller tilregnelig culpa har fundet Sted, i Almindelighed er klart, at Overdrageren skal sætte sin Medkontrahent i samme Stand, som om det Overdragne virkelig havde tilhørt ham og havt alle de fordelagtige juridiske og physiske Egenskaber, som Kontrakten har forudsat eller udtrykkeligen tilsagt. Saafremt der derimod ikke foreligger dolus eller culpa fra Overdragerens Side, finder han det afgjort, at Sælgeren lige fuldt maa være uberettiget til at fordre eller til at beholde det Vederlag, der er ham tilsagt eller givet for det, han over-

drog, eftersom dette kun blev lovet eller ydet under Forudsætning af, at han kunde hjemle Medkontra- henten det, som var Overenskomstens Gjenstand; og selv om det ikke er til hele den overdragne Gjenstand, at fornøden Adkomst mangler, eller den Mangel, som findes ved den ydede Ting, ikke aldeles ophæver dens Væsen som Kontraktsgjenstand, eller den kun angaar en vis afsondret Del af den omkontraherede Ting, antages Kjøberen dog at maatte kunne fordre, at Kontrakten i det Hele skal gaa ind, naar han kan godt- gjøre eller opgive nogen rimelig Grund, hvorfor han, naar hin Mangel havde været ham bekjendt, aldeles ikke vilde have indgaaet Kontrakten, medens en saa- dan Paastand ikke formenes at kunne gjøres, naar Manglen er af det Slags, at den ikke kan afficere Kontraktsgjenstandens Værd i det Hele, men dens Følger særligen og fuldstændigen kunne oprettes. — Til denne Forpligtelse til at betale den oppebaarne Kjøbesum tilbage, (eller ikke erholde den, hvis den ikke er betalt,) indskrænker Ø., tildels paa Grund af Frd. 28. November 1806 § 13, Sælgerens Ansvar i Til- fælde af, at den solgte Ting ikke har de betingede eller forudsatte Egenskaber, forudsat at der ikke fore- ligger dolus eller culpa fra hans Side; derimod anser han det for tvivlsomt, om Sælgerens Ansvar ikke gaar videre i Tilfælde af Vanhjemmel i Ordets snæv- rere og almindelige Forstand, altsaa naar han ikke har havt behørig Adkomst til den solgte Ting, og om ikke Sælgeren i dette Tilfælde endvidere, selv afset fra dolus og culpa, maa være pligtig at erstatte Kjø- beren det Tab, som han ellers maatte have lidt, t. Ex. Om- kostninger i Anledning af Kontrakten eller af Tingenes Transport, Procesomkostninger, anvendte Forbedringer, hvorfor ej fuld Erstatning kan faas hos Vindicanten, m. m., ja endog den Fordel, hvoraf han gaar glip der-

ved, at han ikke erhverver det, der var Kontraktens Gjenstand. Han bemærker med Hensyn hertil, at det maaske tør siges at ligge i Kontraktens Hensigt, at Overdrageren, der ligefrem tilsiger sin Medkontrahent, at Kontraktens Gjenstand skal blive hans, paatager sig at indestaa for al den Skade, hans urigtige Mening kan foraarsage den Anden, og at dette ogsaa synes at finde Bestyrkelse i 6—17—5, „men“, skriver han derefter, „baade efter dette Lovsteds Indhold og efter Sagens Natur synes det dog ikke at kunne strækkes videre, end til al den positive Skade. At Overdrageren i et slikt Tilfælde endog skulde være pligtig at erstatte de Fordele, som hans Medkontrahent kunde have gjort sig af Contracten, kan neppe antages som en naturlig Forudsætning for Contracten, der uden udtrykkeligt Lovbud eller speciel Aftale skulde lægges til Grund ved Bestemmelsen af de contractmæssige Pligter“. Hvad særlig angaar Cedentens Forpligtelse i Tilfælde af en Gjældsfordrings Transport, — i hvilken Henseende der tidligere ligesom nu skjælnedes mellem simpel og skadesløs Transport, — mener Ø., at man, forudsat at ingen særlig Aftale er truffen mellem de Paagjældende, ikke lettelig, fordi Gjældsfordringen ikke kjendtes gyldig, vilde paalægge den, der havde solgt samme langt under den Sum, hvorpaa samme lød, at erstatte Cessionarius Gjældsbreveets fulde paalydende Beløb eller dog saa meget af samme, som det efter Omstændighederne kunde ventes, at der, hvis Fordringen var bleven erkjendt, kunde være indkommet. „Naar Kjøber“, skriver han, „faaer sine udlagte Penge med Renter tilbage og derhos alle i Anledning af Handelen havde Udgifter godtgjorte, saa maa han ansees skadesløs. Den Fordeel, som han havde ventet sig ved Handelen, var Vederlag for den Fare, han stod for Tab ved Debtors Uvederhæftighed. Men da Gjælds-

fordringen selv kjendes ugyldig, bortfalder dette Ansvar; Cessi Uvederhæftighed bliver ham en aldeles uredkommende Omstændighed, og Cedenten bliver under alle Omstændigheder, og selv om Cessi Uvederhæftighed er bleven klar, pligtig at tilbagegive ham de udlagte Penge, der netop udtrykke Det, der da blev anseet som Fordringens Værdie, naar Adgangen til at faae Alt og Faren for at miste Alt veiedes imod hinanden“.

I Henseende til Ansaret for culpa i Kontraktsforhold¹⁾ gjør Ø. (Hdb. 5. B. p. 126—128) opmærksom paa, at den Agtpaagivenhedsgrad, som Kontrahenterne kunne fordre af hinanden, foruden at den naturligvis kan faa sin nærmere Bestemmelse ved Kontraktens udtrykkelige Forskrifter, ogsaa for en stor Del beror paa Kontraktens Beskaffenhed. Han skriver herom Følgende: „Da Den, som uden Vederlag forpligter sig til Noget, efter almindeligen erkjendte Regler, snarere maa formodes at have forbundet sig til det Mindre end til det Mere, saa er det naturligt, at Man af ham ikke i Tvivlstilfælde kan fordre den Agtpaagivenhed for ikke at forstyrre Contractens Virkning til Medcontrahentens Fordeel, som billigen paalægges Den, der oppebærer Vederlag, eller endog nyder Fordele af Contracten, uden at give noget Vederlag. Lovens 5—8—1, 10, 11 og 14 N. L. 1, 10, 11, 12, 13, 14, 17 bestyrke denne Sætning, uagtet Man deri ingeniunde kan finde noget fast almindeligt Princip, og endnu mindre fuldkomment deri kan gjenfinde den romerske Rets Grundsætninger“. Fremdeles skriver han: „Ligeledes kan det antages som en i Sagens Natur og Lovenes

¹⁾ Jfr. Dons 2. D. p. 282—283, Kongslev 2. B. p. 263—264, Nørregaard § 677, Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 39, n. j. A. 20. B. p. 167—176 og Hdb. 5. B. p. 126—128.

Aand grundet Sætning, at Den, der overtager sig Forretninger, som kræve særdeles Indsigter og Færdigheder samt en sær omhyggelig Anvendelse deraf, paa drager sig Ansvar, naar han enten ikke har de Evner, som til Forretningernes hensigtsmæssige Udførelse behøves, eller han lader det mangle paa behørig Anstrengelse i selve Udførelsen (cfr. 4—1—5 og 4—3—24). Ganske anderledes er det, naar Nogen i øieblikkelige Nødstilfælde overtager sig en Andens Anliggender, uden derfra at fortrænge en Dueligere, og det hvad enten det saa skeer med den Paagjeldendes udtrykkelige Samtykke eller uden dette, i hvilket sidste Tilfælde det ikke er en egentlig Contract, men dog et med Contract analogt Forhold (*negotiorum gestio*). Ogsaa Gjenstandens Beskaffenhed er ikke uden Vigtighed, og Man kan t. Ex. ingenlunde ved Anvendelsen af 5—8—14 N. L. 17 antage, at den Omhue, hvormed den betroede Ting skal gjemmes, skal være den samme, hvad enten det er en Ting af stor Værdie og lidet Volume, der gives i Bevaring, eller en Ting af aldeles modsat Natur. Ved Lovreglen, at Man skal gemme det betroede Gods som sit eget, er der givet en tydelig Henviisning til Det, som den sunde Fornuft og det borgerlige Livs Tarv tilsiger med Hensyn til enhver Gjenstands naturlige Beskaffenhed. At ogsaa i visse Tilfælde den Agtsomhed, der kan fordres af Medcontrahenten, bør bedømmes med Hensyn til dennes personlige Egenskaber (*culpa in concreto*), er og naturligt, nemlig naar den Forpligtedes Personlighed har været eller, efter Forholdets Natur, maa formodes at have været Medcontrahenten nøie bekjendt. Naar saaledes Nogen antager til sine Forretningers Udførelse en Person, der, efter Alder eller andre fremlysende eller hiin Person specielt bekjendte Forhold, ikke kan formodes at være disse Forretninger voxen, saa kan

han ikke være berettiget til at kræve videre, end at den Paagjeldende gjør det saa godt, som han formaaer, efter den Duelighedsgrad, hvoraf han engang er i Besiddelse.“ Rigtigheden af det Anførte fandt Ø. ogsaa bestyrket af 5—8—14 N. L. 17, af hvilket Lovbud han har leveret en udførlig Fortolkning i n. j. A. 19. B. p. 192—211 og Hdb. 5 B. p. 414—418.

I forrige Aarhundrede og endnu langt senere var det den almindelige Mening blandt Tysklands Jurister, at mora debitoris ikke forelaa, naar det ikke kunde tilregnes Debitor, at der ikke blev præsteret i rette Tid¹⁾. Dette Spørgsmaal fandtes ikke berørt hos vore ældre Forfattere; derimod har Ø. i en Afhandling i n. j. A. 18. B. (1817): „Kan den i Frd. 5. Januar 1813 Debitorerne indrømmede Henstand ogsaa af et Døds- eller Concursboe forbrydes ved eet Aars Udeblivelse med forfaldne Renter?“ udtalt sig for, at Virkningerne af Debtors Mora ikke ere betingede af, at Forhalingen kan tilregnes ham. Han skriver herom i den nævnte Afhandling, i hvilken han dog, som det vil ses, nærmest kun har Gjældsforpligtelser for Øje, Følgende (p. 183—184): „Det er udentvivel og et urigtigt Begreb om mora, hvorefter samme under alle Omstændigheder skulde forudsætte en forskyldt Mangel af den contractmæssige Forpligtelses Opfyldelse²⁾. Den Debitor, der ikke betaler i Tide, er at ansee som debitor morosus, hvad enten nu Grunden ligger i Uvillie, i Ødselhed og slet Huusholdning, eller i uforskyldte Uheld. Grund-

¹⁾ Dette anses som noget selvfølgeligt i Glücks „Ausführliche Erläuterung der Pandecten“ 4. Th. (1796) p. 402; iøvrigt henvises til Evaldsen „Skyldnerens Mora“ p. 7 ff., hvor den modsatte Lære forsvares.

²⁾ Han indrømmer imidlertid, at der gives Tilfælde, hvor mora ej lader sig tænke uden Skyld, men han angiver ikke, hvilke Tilfælde han sigter til.

sætningerne om Tilregnelighed komme her ikke i Betragtning, men her, hvor der spørges om en obligatio ex contractu, kommer det alene an paa, hvad der er betinget; thi der er intet til Hinder for, at man kan forpligte sig sub conditione casuali. Nu er det indlysende, at Debitor, ved en Gjeldscontract, ligefrem forpligter sig til at betale til aftalt Tid, og, i Mangel heraf, at underkaste sig alle Følger, som Loven eller Contracten maatte tillægge saadan Mangel, uden mindste Hensyn til, om der findes nogen Skyld hos ham, eller ikke. En modsat Forstaaelse af Gjeldscontracterne vilde gjøre Creditors Rettigheder aldeles usikre og vaklende, og derved tilintetgjøre Crediten, saa at Debitor vistnok har god Grund til at underkaste sig hiin Strengthed, som den eneste Betingelse, under hvilken Credit bliver at faae. Selv den Ret, Loven indrømmer Creditor til at belægge Debtors Person med Arrest, bortfalder ingenlunde derved, at Debitor, uden sin Skyld, er blevet sat ud af Stand til at betale“. Ogsaa om Virkningerne af Debtors Mora har Ø. paa enkelte Steder (saaledes i n. j. A. 22. B. p. 162—164 og 166—167 og Hdb. 5. B. p. 145—148) udtalt sig, men de i saa Henseende gjorte Bemærkninger have paa Grund af de senere Forandringer i Lovgivningen nu mindre Interesse.

I Henseende til Kontraktsforholds Ophør skulle følgende Punkter fremhæves:

Lovligt Tilbud fra Debtors Side af det, der efter en Kontrakt skyldes, sagdes hos Nørregaard (§ 682) og Hurtigkarl (2. D. 2. B. 51—52) at medføre Fordringens Ophør, og dette støttedes hos Hurtigkarl derpaa, at Kreditor, naar han ikke vil tage imod den tilbudte

skyldige Præstation, maa antages at have eftergivet sin Ret. Hertil bemærker Ø. (Hdb. 5. B. 160—162), at ligesom en Eftergivelse af Kreditors Ret kun i enkelte Tilfælde lader sig udlede af hans Vægning ved at modtage Betaling, saaledes viser Frd. 9. Februar 1798 § 1 udtrykkelig, at Virkningen af, at Betaling rettelig er bleven tilbudt men ikke modtagen, kun er den, at Debitor fritages for at betale Renter af den tilbudte Sum. Iøvrigt gjør Ø. med Hensyn til Virkningerne af lovligt Tilbud fra Debtors Side opmærksom paa, at Debitor ved paa behørig Maade at deponere den tilbudte Kapital kan fritages for Ansvar for den ulykkelige Hændelse, som kunde ramme den til Betaling bestemte Sum, og at Debitor i Tilfælde af, at Forpligtelsens Gjenstand er af den Natur, at der er forbundet Ulejlighed og Bekostninger med fremdeles at bevare den, f. Ex. Korn eller andre Varer, maa være beføjet til ved offentlig Auction at sælge Tingen paa den Vedkommendes Bekostning.

Nørregaard (§ 682) og Hurtigkarl (2. D. 2 B. p. 53) lærte fremdeles, at den kontraktmæssige Forpligtigelse ophører tilligemed den Grund, hvorpaa den er bygget, eller naar den Kontrahenternes Tilstand, som har foranlediget Kontrakten, forandres. Herom skriver Ø. (Hdb. 5. B. p. 166) Følgende: „En Contract taber ingenlunde sin forbindende Kraft, fordi de Omstændigheder forandre sig, hvorved Contracten er fremkaldt. Saaledes ville de Kjøb, Nogen har gjort med Hensyn til et Etablissement, han havde i Sinde, ingenlunde gaae tilbage, fordi der Intet bliver af dette Etablissement, og det uagtet Den, med hvem han handlede, var underrettet om den Bestemmelse, han havde med disse Ting. Kun hvor Parterne tydeligen have gjort deres nærværende Tilstand eller den Hensigt, hvori de have contraheret, til Betingelse for Contracten,

hvad enten dette nu er skeet udtrykkeligt eller stil-
tiende . . . , eller og Lovene særligen have tilladt en
Contrahent, i visse Tilfælde at træde tilbage formedelst
forandrede Omstændigheder . . . , eller hvor physiske
Hindringer (f. Ex. Sygdom) eller høiere Pligter ei til-
stede Contractens Opfyldelse (saasom naar Nogen bliver
befalet til, i Statens Ærinde, at forrette Noget, som
ei kan bestaae med private Forpligtelser, han har paa-
draget sig), kan Omstændighedernes Forandring ophæve
en contractmæssig Forpligtelse. . . . Men alt dette hid-
ledes af andre Regler, saa at den her omhandlede af
Forfatteren“ (o: Hurtigkarl) „angivne Regel egentligen
reent bortfalder“.

Ogsaa i andre Retninger vare de ældre Forfattere
altfor tilbøjelige til at anse en kontraktmæssig For-
pligtelse for ophævet; det lærtes saaledes, at Mangel
paa Kontraktens nøjagtige Opfyldelse fra den ene Side
maatte berettigede Medkontrahtenten til at gaa fra Kon-
trakten. Urigtigheden heraf har, som allerede tidligere
(p. 234) omtalt, Ø. paavist i en Afhandling i A. f. R.
4. D. p. 46—57, i hvilken han viser, at det ikke kan
antages at stemme med Kontrahtenternes Villie, at
enhver Misligholdelse af Kontrakten fra den ene Kon-
trahtents Side skulde berettigede den anden Kontrahtent
til at gaa fra Kontrakten, og at dette heller ikke har
mindste Hjemmel enten i fremmede Love eller i vore
egne, der tvertimod indeholde mange Beviser paa det
Motsatte. I Hdb. 5. B p. 166—167 tilføjer Ø. yderligere,
at der kan være at tage Hensyn til, om Kontrakten
kun gaar ud paa en enkelt Præstation fra begge Sider,
eller om den gaar ud paa en Række Præstationer,
idet Misligholdelse lettere i det første Tilfælde end i
det sidste kan berettigede den anden Part til at træde
tilbage fra Kontrakten. — I Lighed med hvad Ø. saa-
ledes lærte om Virkningen af Kontraktens Mislighol-

delse, lærte han ogsaa, at det ikke kan opstilles som en ubetinget Regel, at den Omstændighed, at den ene Part ved tilfældige Begivenheder forhindres i aldeles nøjagtig og betimelig at opfylde Kontrakten fra sin Side, berettiger den anden til at træde tilbage fra Kontrakten, „thi“, siger han, „hiin Contrahent kunde ved Contractens fuldkomne Ophævelse komme til at lide et Tab, som ikke var forskyldt, og som ikke stod i Forhold til den Andens Interesse ved Contractens nøjagtige Opfyldelse“. Som et Exempel nævner han, at et Tyende kan fordre det kontraktmæssige Vederlag, selv om det formedelst Sygdom er sat ud af Stand til at opfylde sin kontraktmæssige Forpligtelse; paa den anden Side har Ø. i en udførlig Afhandling i A. f. R. 6. D. p. 233—252 godtgjort, at Lejetageren ikke i Almindelighed kan være pligtig til at betale den betingede Lejeafgift, naar den lejede Ting, inden Lejemaalets Udløb, ved ulykkelig Hændelse forgaar eller bringes i ubrugbar Stand.

I en Afhandling om Delegation i j. T. 12. B. 2. H. (1826) p. 216—241 jfr j. T. 15. B. 2. H. (1829) p. 255—274 har Ø. overfor en modsat Mening, som var bleven fremsat af Hjelm i juridiske Samlinger for 1826 p. 152—192 og 370—398 og for 1829—1830 1. H. p. 81—88 godtgjort, at det ikke i Almindelighed kan være en Debitor tilladt uden Kreditors Samtykke at sætte en anden Mand i sit Sted, saaledes at hans eget Ansvar derved bortfalder.

Hvad angaar de enkelte Klasser af Kontraktsforhold, saa er der vel ikke noget af disse, for hvis Vedkommende Ø. ikke i større eller mindre Omfang har berigtiget de tidligere Fremstillinger, paavist

Uholdbarheden af Lovfortolkninger, der havde været opstillede, eller Urigtigheden af Anskuelser, der hidtil havde været gjældende, ligesom han paa mange Punkter har sat en ny og fyldigere Fremstilling i Stedet for dem, der forelaa. At gennemgaa i det enkelte, hvad Ø. har bidraget til Belysningen af hver enkelt Art af Kontraktsforhold vilde imidlertid medføre en trættende Vidtløftighed, som ikke vilde være paa sin Plads her; det maa være nok at nævne nogle enkelte af de Retsforhold, ved hvilke Ø. har fremdraget nye og rigtigere Synspunkter. I det Følgende skal derfor kun omtales 1) Fuldmagtsforholdet, 2) Interessentskabskontrakten, 3) Hazardkontrakterne, og endelig 4) Spørgsmaalet om Tilladeligheden af Fremleje.

1) Fuldmagt¹⁾ sagdes hos Nørregaard at være en „Contract, hvorved En forbinder sig uden Vederlag at forrette Noget paa en Andens Vegne og til hans Gavn“. Ifølge denne Definition krævedes det ikke, at Fuldmægtigen skulde optræde i Mandantens Navn, men kun at han skulde foretage Noget paa hans Vegne; paa den anden Side laa det i samme, at der — overensstemmende med Romerrettens Regel — ikke ved Kontrakten maatte være tilsagt Fuldmægtigen noget Vederlag. Forsaaavidt Nørregaard iøvrigt maatte indrømme, at Benævnelsen Fuldmagt ogsaa bruges om visse Forhold, hvor Vederlag er betinget, synes han at sætte Forskjellen mellem Fuldmagt i denne videre Forstand og Arbejdsleje deri, at de Forretninger, som Fuldmægtigen paatager sig, maa være saadanne, som hos den, der paatager sig samme, forudsætter et

¹⁾ Jfr. Nørregaard §§ 792—807, jfr. § 820 og hans Naturret §§ 413—415, Ø.s Formularbog af 1811 p. 90—101, Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 380—396, Ø. Hdb. 6. B. p. 1—14 og 27—76.

Slags Videnskab, saa at Personen kan siges at arbejde mere med Hovedet end med Hænderne, medens en Kontrakt om Arbejdsleje maa gaa ud paa legemligt Arbejde. Bortset fra disse sidstnævnte Tilfælde sætter Nørregaard Adskillelsen mellem Arbejdsleje og Fuldmagt deri, om der er betinget Vederlag, eller om dette ikke er Tilfældet. Med Hensyn hertil bemærker Ø. i Formularbogen af 1811 (p. 90—91 jfr. 202, altsaa forinden 2. D. 2. B. af Hurtigkarls Lærebog udkom), at det Væsentlige ved Fuldmagt er, at en Person handler paa en Andens Vegne og som hans Repræsentant, men at det er uvæsentligt, om Vedkommende skal have Belønning eller ikke, og om Forretningerne bestaa i legemligt Arbejde eller i Sjælsarbejde. Han anfører i saa Henseende, at der endog gives mange Næringsveje, der gaa ud paa at udføre en Andens Ærinder, t. Ex. Sagføreres, Kommissionairers, Skipperes og deres, som under Navn af Fuldmægtige staa i Embedsmænds, Godsejeres og Handelsmænds Tjeneste, og at det upaatvivlelig er Fuldmagt, naar en Person paa en Andens Vegne begjærer Varer paa Borg eller forretter et andet saadant Ærinde, hvortil ingen særdeles Forstandskraft hører, medens det paa den anden Side ikke er Fuldmagt, men ganske vist heller ikke Arbejdsleje, naar en Læge, det være sig mod eller uden Betaling, udøver sin Kunst paa Nogen, eller en Lærer underviser Nogen i en Videnskab eller Kunst o. s. v. Han tilføjede i Formularbogen, og det med Rette, at de omtalte Fejltagelser havde deres Grund dels deri, at man havde overført den romerske Rets Sprogbrug i vor Lovkyndighed, uden at betænke, at alene Lovene og det daglige Liv kunne afgjøre, hvilken Betydning der skal forbindes med et saadant Ord som Fuldmagt, dels i den urigtige Forudsætning, at enhver Forening, der angaar personligt Arbejde, enten maa kunne hen-

føres under Begrebet om Fuldmagt eller henregnes til Arbejdsleje.

Hurtigkarl bestemte desuagtet i det Væsentlige Begrebet Fuldmagt paa samme Maade som Nørregaard, kun at han undlod i Definitionen at optage Noget om, at der ikke maatte være tilsagt Fuldmægtigen Vederlag, idet han dog ved Siden heraf fremhævede det som en Modsætning mellem Arbejdsleje og Fuldmagt, at Arbejdsleje nødvendig forudsætter, at der skal gives Vederlag, men at dette ikke er væsentligt for Fuldmagt. Ø. kunde derfor i Hdb. i det Væsentlige gjentage, hvad han havde udtalt i Formularbogen. Men han har i Haandbogen i skarpere Form end tidligere fremhævet, at det hører med til Fuldmagtsbegrebet, at Mandanten bindes ved Fuldmægtigens Handlinger. „Det“, siger han her, „der udgjør Fuldmagts Væsen, er ene og alene, at Een handler paa en Andens Vegne, efter en dertil given Bemyndigelse af denne, der forpligtes ved det, der i Kraft deraf foretages af hiin“. Tillige fremhæver han, at der til Fuldmagt i stræng Forstand kræves, at Fuldmægtigen optræder i Mandantens Navn, og at Fuldmagtsbegrebet i stræng Forstand derfor ikke finder Anvendelse, naar Fuldmagten er aldeles hemmelig, saa at tredie Mand slet ikke underrettes om, at den, der handler med ham, dertil af en Anden er bemyndiget, og der saaledes intet Retsforhold opstaar mellem denne Sidste og hin Første. Dog tilføjer han, at der selv i det anførte Tilfælde vil foreligge en Fuldmagt, hvis man vil tage dette Ord i en saa vid Betydning, at dertil kun kræves, at en Person bemyndiger en Anden til at handle paa hans Regning, skjøndt ikke i hans Navn, og at det saaledes kun er om det Omfang, der bør gives Ordet Fuldmagt, at der kan være Strid. „I Realiteten“, siger han, „er det vist, at den, der saaledes paa

en Andens Anmodning skjøndt i eget Navn foretager noget paa hans Regning (f. Ex. indkøber Varer til visse Priser), er berettiget til Skadesløsholdelse af denne, ligesom han omvendt ikke er berettiget til at tilvende sig selv de Fordele, som af saadanne Foretagender kunne udkomme“. Som det vil ses, taler Ø. her kun om Retsforholdet mellem Mandanten og Mandataren, men ikke om Retsforholdet til den tredie Mand, med hvem Mandataren paa Mandantens Vegne forhandler.

Disse to forskjellige Retsforhold, nemlig mellem Mandanten og Mandataren og mellem Mandanten og tredie Mand, vare hos Nørregaard og Hurtigkarl ikke klart udsondrede fra hinanden. Dette, i Forbindelse med Indblanding af Romerrettens særegne Regler om Mandatum, har, foruden at det har ledet til enkelte ligefrem urigtige Resultater, bragt megen Uklarhed ind i de nævnte Forfatteres Fremstillinger. Saaledes hedder det hos Hurtigkarl, at der „ved de Personer, som indgaae denne Contract, er den Besynderlighed at lægge Mærke til, at, uagtet Fuldmægtigen er den af Contrahenterne, som skal udføre de Handlinger, som Fuldmagten gaaer ud paa, og aflægge Regnskab for sit Forhold i denne Henseende til Principalen, antages dog, at man kan bruge en ellers til at contrahere uduelig Person til sin Fuldmægtig“, da det er Principalen, der bindes, o. s. v. Ø. gjør i Anledning heraf opmærksom paa, at der klarligen ikke er mindste Besynderlighed i, at en umyndig Person kan benyttes som Fuldmægtig. „Hvad skulde vel“, siger han, „være i Veien for, at den fuldmyndige Mand forpligter sig til at svare til, hvad en umyndig Person, paa hans Vegne, foretager sig?“ „Intet er“, bemærker han fremdeles, „sædvanligere end at man benytter umyn-

dige Tjenestefolk ja vel Børn til at udføre Forretninger, der opløse sig i Fuldmagt“.

I Fremstillingerne af Reglerne om Fuldmagtsforholdets Ophør vare de ældre Forfattere navnlig kun lidet heldige. Det lærtes, — i det Væsentlige i Overensstemmelse med Romerretten, — at saavel Principalen som Fuldmægtigen er berettiget til ensidigen at hæve Fuldmagtskontrakten, naar det blot sker betimelig. Denne Sætning opstilledes navnlig hos Nørregaard, men ogsaa Hurtigkarl synes, uagtet Ø. allerede i Formularbogen af 1811 havde udtalt sig derimod, tilbøjelig til at antage Sætningen for rigtig, skjøndt han ganske vist udtaler sig noget tvivlende. Foruden at Nørregaard til Begrundelse af Fuldmægtigens Ret til at træde tilbage henviste til, at Fuldmagt er en velgjørende Kontrakt, fremhævede han, og efter ham Hurtigkarl, at Mandanten ikke kunde være tjent med at tvinge Fuldmægtigen til at udføre Forretningen for ham; tillige paaberaabte de sig Bestemmelsen i Højesterets-Patentet af 10. November 1774 § 9 (og Hurtigkarl endvidere Frd 3. Juni 1796 § 8). At Mandanten maatte være berettiget til at hæve Forholdet, fulgte hos Nørregaard naturlig af hans Udgangspunkt, at der ikke maa være tilsagt Fuldmægtigen Vederlag. Hurtigkarl giver Begrundelsen den Form, at om endog Fuldmægtigen faar Betaling for sit Arbejde, maa dog Principalen betragtes som den, der fornemmelig har Fordel af Kontrakten, og som altsaa maa kunne renoncere paa samme.

Imod denne Opfattelse udtalte Ø. sig, som anført, allerede i Formularbogen af 1811, og i Hdb. 6. B. har han senere udførlig imødegaaet den. Han ytrer her (p. 52): „Den, der er antaget til Fuldmægtig, har en bestemt Ret til at erhverve de ham betingede Fordele, hvad enten Principalen vil benytte sig af hans Arbeide

eller ikke, hvilket maa staae til ham. Og ligeledes har Principalen en ustridig Ret til at fordre af Fuldmægtigen, at han udfører, hvad han har paataget sig; om han kan være tjent med at gjøre denne Ret gjældende eller ikke, beroer paa Omstændighederne, og maa overlades til hans egen Bedømmelse“. Han viser dernæst, at der fra de Forudsætninger, som Loven lægger til Grund med Hensyn til Forholdet mellem Part og Sagfører, Intet kan sluttes til Fuldmagt i Almindelighed, og han fortsætter derefter (p. 53) saaledes: „Dog bør hverken Mandant eller Mandatarius i noget Tilfælde formodes at have bundet sig længere eller videre end Contractens Bestemmelser eller Forholdets særdeles Natur med Nødvendighed fordrer det. Man bør derfor, naar Een har antaget en anden til en Forretning uden at nogen Aftale er gjort om et bestemt Honorar, som denne skulde have, ordentligviis ansee ham berettiget til at tilbagekalde Fuldmagten imod blot at erstatte Fuldmægtigen hvad denne ved det allerede havde Arbejde billigen findes at have fortjent. Ligeledes bør den, der har overtaget sig en Forretning uden speciel Forpligtelse til at føre den til Ende, formodes at have sig forbeholdet at trække sig tilbage, naar det skeer betimelig og saaledes, at Mandanten, uden at udsættes for noget Tab i Anledning af den engang antagne men igjen fratraadte Commission, kan faae Forretningen besørget paa anden Maade; men af denne Indskrænkning flyder blandt andet, at han ei kan fordre nogen Betaling for det alt foretagne Arbejde uden forsaavidt det formindsker Arbejdet for den, der træder i hans Sted, altsaa og dennes Honorar“. Ved de anførte Bemærkninger har Ø., som det vil ses, kun tænkt paa en Ophævelse af Fuldmagtskontrakten, men derimod har han, saaledes som han ogsaa udtrykkelig fremhæver, ikke talt om en Tilbage-

kaldelse af selve Fuldmagten, og den Mandataren meddelte Bemyndigelse til paa Mandantens Vegne at forhandle med tredie Mand. At Fuldmagten ubetinget maa kunne tilbagekaldes af Mandanten, anses af Ø. for utvivlsomt, og selv om der er meddelt Mandataren en uigjenkaldelig Fuldmagt, antager Ø., at Mandanten i Almindelighed maa kunne tilbagekalde den Mandataren givne Bemyndigelse, imod at holde ham skadeløs for de ham hjemlede Fordele. „Kun forsaavidt“, skriver han, „den uigjenkaldelige Fuldmagt stod i Forbindelse med et andet Retsforhold, som ved Hjælp af Fuldmagten skulde betrygges, til Exempel, naar den gik ud paa at sælge Eiendomme eller Varer, hvis Provenue skulde tjene til Dækning for en Gjæld til Mandatarius selv eller til tredie Mand, maatte Mandanten være uberettiget til, ved senere Tilbagekaldelse, at skille de Vedkommende ved den saaledes erhvervede Garantie for deres Rettigheder“.

Hos de ældre Forfattere undersøges det aldeles ikke, om Mandantens Tilbagekaldelse af Fuldmagten har Virkning, selv om den ikke er kommen til Mandatarens eller tredie Mands Kundskab. Med Hensyn hertil bemærker Ø. (Hdb. 6. B. p. 55—58), at det hos os, — i Modsætning til hvad der gjaldt efter Romerretten, — er en afgjort Sag, at Fuldmagtens Tilbagekaldelse aldeles ingen Virkning kan have enten til Skade for Fuldmægtigen eller for tredie Mand, saalænge de ikke hver for sig have faaet Underretning om Tilbagekaldelsen. „Det er“, siger han, „ene og alene den Vedkommende tilkjendegivne Villie, der kan være Grund og Regel for de contractmæssige Rettigheder og Pligter. I Overensstemmelse med denne Villietilkjendegivelse har Man paadraget sig at ville behandles, og, hvis en ubekjendt Villiesforandring kunde sætte den ud af Kraft, saa vilde hverken Nogen vove at handle som Fuldmægtig

eller at inklade sig med en Fuldmægtig som saadan“. I Forbindelse hermed gjør Ø. opmærksom paa, at det ofte kan være forbundet med en ikke ringe praktisk Vanskelighed for en Mandant at blive sikret imod fremtidige Følger af en engang udstedt Fuldmagt. Han bemærker i saa Henseende, at det sikreste naturligvis er at faa Fuldmagten tilbage eller at faa gjort en Paa-tegning paa Fuldmagten, eller, dersom denne kun gaar ud paa at handle med visse bestemte Personer, at underrette dem personlig om Tilbagekaldelsen. Saa-fremt derimod Fuldmagten er mere almindelig og Fuldmægtigen ikke vil udlevere den eller maaske paa-skyder, at den er ham frakommen, henviser Ø. Principalen til, foruden at anlægge Sag imod Fuldmægtigen til Fuldmagts Tilbagegivelse, at foranstalte Tilbagekaldelsen tinglæst og kundgjort i Aviserne, men han tilføjer selv, at disse Midler ikke under alle Omstændigheder ville være tilstrækkelige til at sikre Mandanten imod, at Fuldmagten fremdeles benyttes til at paa-drage ham Forpligtelser. Ø. bemærker endnu, at hvor en Persons Competence til at handle paa en Andens Vegne ikke er grundet paa en særlig skriftlig Fuldmagt men paa et Tjenesteforhold eller anden deslige Stilling, hvoraf et stiltiende Samtykke kan hidledes, der maa Ophævelsen af det Forhold, der begrundede hin Competence, i Almindelighed være nok for at betage ham saadan Competence; „thi“, siger han, „da der her intet andet Fundament er end et stiltiende Samtykke, saa maa det være den tredie Mands Sag, som vil bygge derpaa, at forvisse sig om de Omstændigheders Vedvaren, hvoraf hiint Samtykke kan hidledes“.

Medens de ældre Forfattere, som anført, vare tilbøjelige til at tillægge Mandanten Ret til ensidig at hæve Fuldmagtskontrakten, antog de derimod, at

Kontrakten ikke ophørte ved Mandantens Død, og det var i al Fald Nørregaards Mening, at heller ikke den Mandataren meddelte Bemyndigelse til at handle paa Mandantens Vegne paavirkedes af Mandantens Død, men at Fuldmægtigen efter denne kunde handle paa Arvingernes Vegne, indtil Fuldmagten blev tilbagekaldt. Med Hensyn hertil bemærker Ø. (Hdb. 6. B. p. 59—62), at saavel Romerretten som ogsaa de fleste nyere fremmede Love¹⁾ forkynde det som Regel, at Fuldmagt ophører ved Mandantens Død. „Den af vore Lovkyndige“, hedder det videre, „ganske axiomatisk antagne Sætning, at Mandantens Død ei ophæver Fuldmagts-Forholdet, bør heller ikke hos os antages uden med Indskrænkning. Ligesom det forstaaer sig af sig selv, at Fuldmægtigens Competence til Forretningernes vedvarende Besørgelse bortfalder, naar disse, efter deres særegne Natur, indskrænkede sig til Mandantens Liv (hvilket in specie finder Anvendelse paa Embedsfuldmægtige), saaledes maa det og komme i Betragtning, at Mandanten havde det i sin Magt at tilbagekalde Fuldmagten (dog at Mandatarius intet taber i de ham tilsigtede Fordele), og at hans Arvinger eller Bestyrerne af hans Boe af Uvidenhed om den meddelte Fuldmagt kunne være ude af Stand til at benytte denne deres Ret, samt at det ofte er usandsynligt, at de ville fortsætte de Forretninger, der vare Fuldmagtens Gjenstand, ja at dette i mange Tilfælde end ikke kunde være dem tilladt. En anden Sag er det, at Fuldmægtigen, Mandantens Død uanseet, bør udføre de ham betroede Forretninger, forsaavidt de ere af den Natur, at de ei uden Skade for vedkom-

¹⁾ Jfr. den preussiske Landret 1. Th. 13. Tit. § 186 og § 200, code civil art. 2003 og 2009 og den østerrigske Lovbog § 1022 og § 1026.

mende Boe eller Arvinger kunne taale Standsning eller Ophold, ligesom det og forstaaer sig selv, at dette maa gjelde, naar Fuldmagten maatte indeholde særdeles Clausuler, som umiddelbar indeholdt, at Forretningerne efter Mandantens Død skulle fortsættes som om denne var i Live. Men uden for disse i alle Love erkjendte Undtagelser vil man, naar alt det Foranførte tages i Betragtning, kun finde faa Tilfælde, hvori en Fuldmægtig efter at Mandantens Død er ham bekjendt, uden at indhente Forholdsregler fra den Afdødes Arvinger eller Repræsentanter, kan fortsætte de ham overdragne Forretninger“.

Samme Følge som Mandantens physiske Død har, som Ø. endvidere bemærker, den Omstændighed, at Mandantens Bo kommer under Konkursbehandling eller han paa anden Maade taber Raadigheden over sin Formue. „Men“, skriver han, „heller ikke kan et saadant Tilfælde komme enten Fuldmægtigen eller tredie Mand til Skæde førend fra den Tid af, de enten ere komne til Kundskab derom eller dog en formelig Kundgjørelse desangaaende har fundet Sted“.

2) Hvad Interessentskabskontrakten¹⁾ angaar, da fandtes hos de ældre Forfattere forskjellige, nærmest fra Romerretten hentede Inddelinger af Interessentskaber, men den Inddeling, som nu maa siges at være den vigtigste, nemlig Sondringen mellem navngivne, unavngivne og halvnavngivne Interessentskaber omtales ikke hos dem.

Denne Inddeling er her i Landet først fremdragen

¹⁾ Jfr. Nørregaard §§ 734—748 og hans Naturet § 419, Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 263—276, Ø.s Formularbog af 1817 p. 614—621, P. G. Bang „Udvikling af Læren om Interessentskab og de samme nærmest vedkommende Retsforhold“ i j. T. 16. B. 1. H. p. 1—183 og 21. B. p. 211—342, Ø. Hdb. 5. B. p. 418—455 og 6. B. p. 656—677.

af Ø.; den omtales i hans Formularbog af 1817 p. 614—615 jfr. ogsaa hans Anmeldelse af Hurtigkarls Lærebog i n. j. A. 25. B. (1818) p. 126 (altsaa forinden Bangs Afhandling i j. T. 16. B. 1. H. (1829) og 21. B. (1833) udkom); senere har Ø. i Hdb. 5. B. klart og skarpt og, som det synes, skarpere, end det er sket i Bangs nævnte Afhandling, angivet, hvad der er det Karakteristiske ved hvert af disse Interessentskaber. Han skriver herom p. 420—421 Følgende: „I de anonyme Selskaber dannes der af visse bestemte Fonds (hvortil og de Tilskud, som Samfundet har udestaaende hos de enkelte Medlemmer, maae regnes) en kunstig eller saakaldet moralsk eller juridisk Person, der gennem den dertil antagne Bestyrelse træder i Retsforhold til tredie Mand, saa at denne Intet har umiddelbart med de enkelte Interessenter at bestille, men blot med den moralske Person, Interessentskabet. De kunne dannes uden speciel Confirmation, hvilket t. Ex. er Tilfældet med vore Klubber, med adskillige Livrente-Selskaber o. s. v.; men ere de af betydeligt Omfang, trænge de oftest til særdeles Benaadninger Det kommer iøvrigt ikke med Hensyn til Interessentskabets Character i Betragtning, at Interessenternes Navne factisk ere bekjendte, endog ved Trykken kundgjorte. Hvor det dog ikke er de individuelle Interessenter, der forpligtes mod tredie Mand, disse derimod kunne gaae ud af Selskabet og Andre ind i samme uden at spørge nogen Creditor, er Interessentskabet ligefuldt at ansee som anonymt. I de navngivne Interessentskaber er det derimod bestemte Individuer, som træde i Forhold til tredie Mand, men med den Forskjel, at dette i de fuldstændigt navngivne er Tilfældet med alle Selskabets Interessenter, men at der derimod i de halvnavngivne ogsaa ere Interessenter, som bidrage til Interessentskabets Fonds og tage Deel i sammes For-

deel eller Tab, men dog ikke opgives for tredje Mand som Interessentskabets Medlemmer, saa at de ei heller træde i Retsforhold til en Saadan (société en commandite). Det er iøvrigt ligesaa lidet en væsentlig Betingelse for, at et Selskab skal kunne henføres til de fuldstændigt navngivne, at alle Interessenterne navnlig er opgivne i den Benævnelse, Interessentskabet bærer, som det, efter hvad vi have seet, ophæver den juridiske Natur af et anonymt Interessentskab, at Medlemmernes Navne factisk er bekendte. Naar det paa anden Maade er meddeelt Dem, der ville indlade sig med Interessentskabet, hvilke der ere dets Medlemmer, og disse have paataget sig personligt Ansvar for Interessentskabets Handlinger, har dette aldeles Characteren af et navngivet Selskab, om det endog, for Kortheds Skyld eller af nogen anden Aarsag, bærer et Navn, som i og for sig ikke betegner samtlige Interessenter“.

Blandt de mange Spørgsmaal, som Ø. har behandlet i Materien om Interessentskabskontrakter, skulle kun følgende tvende Punkter omtales. I Hdb. 5. B. p. 432—434 undersøger han det Spørgsmaal, om i et benævnt Interessentskab dets Medlemmer skulle formodes at forpligte sig Een for Alle og Alle for Een for den Gjæld, der gjøres af dem, som ere berettigede til at handle paa Interessentskabets Vegne, eller om dette kun skal finde Sted, hvor de udtrykkeligen have forpligtet sig Een for Alle og Alle for Een. Han siger, at ikke Alle ere enige herom, men at det Første uden Tvivl bør antages, og han anfører til Støtte herfor Følgende: „Naar Flere samlede forbinde dem for een Sum, og ikke hver for sin Anpart, saa vilde det være imod Forpligtelsens Natur at indskrænke den saaledes, at kun Enhver skulde hefte for sin aliquote Deel. Forpligtelsen burde da lyde anderledes, og i

Stedet for en fælleds Forpligtelse, lydende paa den hele Sum, maatte en særlig Forpligtelse have været indgaaet for hvers Anpart. Vilde Man antage, at der vel hvilede en Forpligtelse paa hver Enkelt for det hele Beløb, men at den dog først skulde gjøres gjeldende hos hver Enkelt for hans Qvotadeel, og kun subsidialiter for Det, den Enkelte ei kunde udrede af sin Part, mod hans Medinteressenter, saa vilde dette være en vilkaarlig Indskrænkning i Forfølgningen af en iøvrigt erkjendt Rettighed, som maatte være hjemlet enten i Lov eller i Contract (beneficium divisionis). For Medcontrahenten kunde en saadan Indskrænkning i Retsfølgningen medføre megen Besvær og Ophold, der og let kunde foraarsage et virkeligt Tab, saa at Formodningen ingenlunde kan være for, at Creditor deri har samtykt. Ei heller frembyde Lovene nogen tilstrækkelig Grund til at antage hiin Indskrænkning. Om end 1—23 N. L. 21—13 og 14 virkeligen hjemle flere Medforlovere, der ei ved den Clausul „Een for Alle og Alle for Een“ eller paa anden Maade derpaa have renunceret, det ovennævnte Delings-Beneficium, saa kan dog af denne Begunstigelse for Den, der paatager sig at betale fremmed Gjeld, ikke gjøres nogen Slutning til Fordeel for Den, der selv har contraheret en Gjeld mod en Valuta, som er kommen ham tilgode. Ei heller kan 5—2—83 N. L. 84 afgive noget gyldigt Argument; thi dette Lovsted, der for Resten kan medføre betydelig Ubillighed imod den Afdødes Creditorer, er grundet paa, at hver Arving har modtaget sin særlige Andeel af den Afdødes Efterladenskaber, og det er derfor antaget, at de og kun i et lige Forhold have paadraget sig hans Forpligtelser“. Ø. bemærker endelig, at flere Domme ogsaa have bekræftet den saaledes antagne Sætning, og han henviser navnlig til en, oprindelig i j. A. Nr. 10 p. 1—6 og

senere i A. f. R. 2. D. p. 300—303 trykt, af den Kgl. Lands-Over- samt Hof- og Stadsret under 7. Juli 1806 afsagt Dom; ved denne Dom, der er conciperet af Ø. selv, blev det antaget, at en Person, som i Forening med en Anden havde udstedt et Gjælds-brev, kunde søges for Gjælds-brevets fulde paalydende Sum. — I Hdb. 6. B. p. 667—673 har Ø. — ligeoverfor den af Bang opstillede modstaaende Lære — forsvaret den Mening, at det navngivne Interessentskabs Kreditorer, i Tilfælde af samtlige Interessenters Fallit, maa være berettigede til at blive fyldestgjorte af Interessentskabsmassen fremfor den enkelte Interessents personlige Kreditorer, og han støtter denne Ret for Interessentskabskreditorerne blandt Andet derpaa, at der i Tilfælde af den enkelte Interessents Fallit maa tilkomme hans Medinteressent en Ret til at forlange, at Interessentens Fallitbo kun erholder udbetalt det Overskud, som bliver tilbage, efterat Interessentskabs-gjælden først er betalt af Interessentskabsmidlerne.

3) Begrebet Hazardkontrakter¹⁾ toges hos de ældre Forfattere i en langt videre Betydning, end nu er almindelig, idet bemeldte Forfattere under samme t. Ex. ogsaa henførte Assurancekontrakter¹⁾. Hazardkontrakter defineredes hos Nørregaard og Hurtigkarl som de Kontrakter, hvorved to eller flere Personer sætte for hinanden en vis Gevinst eller et vist Tab, men hvo af dem der skal have Gevinsten eller lide Tabet, beror paa Begivenheder, hvis Udfald er lige uvist for samtlige kontraherende Personer, og denne lige store Uvished sagdes at være noget Væsentligt

¹⁾ Jfr. Kongslev 2. B. p. 396—428, Nørregaard §§ 875—906, jfr. hans Naturret § 410, Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 189—229, Ø. Hdb. 5. B. p. 288—369.

²⁾ Jfr. ogsaa Wolff „Institutiones juris naturæ et gentium“ Pars II. Cap. XIII og særlig § 679.

ved de nævnte Kontrakter, saa at naar den manglede, mistede Kontrakten sin Gyldighed, om den endog ellers ikke ved Lovgivningen var forbudt.

Hertil bemærkede Ø., at det næppe er velgrundet at erklære Udfaldets lige Uvished for en nødvendig Egenskab ved en Hazardkontrakt, idet denne Fordring hverken har Hjemmel i Begrebet om Hazardkontrakter eller i noget Lovdatum, og han paaviser udførlig og med afgjørende Grunde, at det ligesaa lidet er nødvendigt, at den omtalte Uvished skal være lige stor paa begge Sider, som at de kontraktmæssige Præstationer i andre bebyrdende Kontrakter skulle være af lige Værd.

I Henseende til Hazardkontrakter skjelnede Nørregaard, Brorson¹⁾ og Hurtigkarl mellem de Kontrakter, som ved Lovgivningen under Straf ere forbudte t. Ex. Hazardspil, og de Kontrakter, som ikke alene ere tilladte men endog formedelst deres Nytte ved Lovgivningen ere begunstigede eller stadfæstede, og endelig de Kontrakter, som vel ikke ere forbudte, men som heller ikke ved Lovene ere authoriserede; med Hensyn til disse sidste Kontrakter, til hvilke blandt Andet henregnedes Kunstspil og Væddemaal, antoges det, at der ikke af samme opstod nogen Rettighed, som kunde gjøres gjældende ved Søgemaal, og dette støttedes blandt Andet paa 5—2—81 N. L. 82 og 5—14—55 N. L. 5—13—53. Ø. derimod bestrider Rigtigheden af den nævnte Paastand, at alle ikke særlig nævnte Hazardkontrakter (dette Ord taget i den omtalte vide Betydning) skulde være ugyldige. Han skriver i saa Henseende Følgende (Hdb. 5. B. p. 291—292): „For det Første maa det bemærkes, at saavel de ubenævnte Hazard-

¹⁾ „Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Chr. V.s danske og norske Lov“ 2. B. p. 452.

contracter, som de benævnte, have en meget forskjellig Character. Der ere nogle, in specie Væddemaal, der blot gaae ud paa at prøve, hvilken af Parterne der skal have eller give Noget, uden at tjene til noget reelt for det borgerlige Samliv gavnligt Øiemeeds Opnaaelse. Disse have Lighed med de Hazardcontracter, som Loven udtrykkeligen har betaget Søgsmalkraft, i Særdeleshed med Spil af det Slags, der dog ikke er Gjenstand for noget Straffebud; og det var i det Høieste til dem, hine Lovbud kunde udvides. En Mængde andre Hazardcontracter tjene derimod til at sikkre Borgerne mod Ulykkestilfælde, og bidrage ofte tillige til at stifte Familieforbindinger, til at fremme gavnlig Virksomhed, til at understøtte Crediten o. s. v. Saadanne Contracter have aldeles ingen Lighed med dem, der ere Gjenstande for de af Forfatteren“ (o: Hurtigkarl) „paaberaabte Lovsteder, men tvertimod med det Slags, som Lovgiveren endog har taget under særdeles Beskyttelse, og ved offentlige Indretninger søgt at fremkalde og befæste. De maae altsaa, ifølge den almindelige Regel i 5—1—1 og 2, staae ved Magt, forsaavidt de ikke støde an imod specielle Anordninger eller Indretninger. Det er en aldeles urigtig Forudsætning, hvorfra Forfatteren med flere Lovkyndige synes at gaae ud, at de Love, som ere givne til Beskyttelse for Contracter af dette Slags, først have hjemlet dem Gyldighed“, — i hvilken sidste Henseende Ø. henviser til, at Hurtigkarl (2. D. 2. B. p. 199) lærer, at Søassurance først er bleven tilladt ved Chr. V.s Lovs 4. Bog 6 Cap. „Men“, skriver Ø. fremdeles, „selv hvad de Hazardcontracter angaaer, — der ikke have noget saadant gavnligt og fornuftigt Øiemeed, som de hidtil afhandlede, synes det ikke, at vore Love frembyde nogen tilstrækkelig Retsgrund til at frakjende samme Gyldighed. Det turde vel være, at Lovgiveren i og for

sig havde god Grund til at nægte saadanne Contracter Beskyttelse; men dette kan ikke være tilstrækkelig Hjemmel til ogsaa med Hensyn til vor Lovgivning at nægte dem Gyldighed. Da alle Forbund, som ikke stride mod Sædeligheden, ifølge 5—1—1 og 2, have Formodning for sig, ogsaa at være gyldige ved Domstolene, saa maatte der i alt Fald være en aldeles fuldstændig og utvivlsom Aarsagernes Lighed, naar de Lovbud, der betage enkelte Hazardcontracter Søgmaals-Kraft, skulde udvides, om ikke til alle ubenævnte Hazardcontracter, saa dog til alle, der ei kunne paralleliseres med Assurance. Men en saadan Aarsagernes Lighed vil Man neppe med Grund kunne antage. Spil har adskillige Uleiligheder i Følge med sig, som enten aldeles ikke eller dog ikke i samme Grad ere forbundne med Væddemaal“ (jfr. foran p. 74—75). Han mener derfor, at D. L. 5—14—55 N. L. 5—13—53 ikke kan anvendes analogisk paa Væddemaal, og endnu mindre kan der efter hans Mening støttes Noget paa en Analogi fra 5—2—81 N. L. 82, hvis Bestemmelse, som han viser, er bygget paa Hensyn, der ikke gjøre sig gjældende ved Væddemaal.

4) Fremleje antoges af de ældre Forfattere¹⁾, i Overensstemmelse med Romerretten og fremmede Naturretslærere²⁾, at maatte være tilladelig efter Naturens

¹⁾ Jfr. Kongslev 2. B. p. 337—338, Nørregaard § 831, en Afhandling af I. F. W. Schlegel i Astræa 3. B. 4. H. (1800) p. 414 ff., jfr. de i samme Hæfte p. 379 ff. indførte Indlæg og Domme, Schlegel „Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger“ 2. Udg. 1. D. p. 227 og Hurtigkarl 2. D. 2. B. p. 293—295.

²⁾ Jfr. Gundling „Jus naturæ ac gentium“ Udg. af 1751 p. 303, Wolff „Institutiones juris naturæ et gentium“ § 624 og Höpfner „Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker“ 6. Aufl. § 94. Som af Ø.

Ret, og denne Regel formentes ogsaa at maatte gjælde her i Landet, forsaavidt den positive Lovgivning ikke undtagelsesvis forbød Fremleje, som t. Ex. i D. L. 2—22—23 D. L. 3—13—1 og N. L. 3—14—33, hvilke Lovbud da betragtedes som Undtagelser fra den almindelige Regel. Denne Menings Rigtighed var allerede bleven bestridt af F. C. Sibbern i en Afhandling i j. A. Nr. 23 (1810) p. 188—200; denne Forfatter mente, at det hverken kunde siges, at Fremleje overhovedet ordentligvis var retmæssig og gyldig, ej heller at den ordentligvis var det Modsatte, og han antog derhos, at Fremleje maatte være tilladt, naar den aldeles ikke kunde medføre nogen Skade for Ejeren, og at dette i Særdeleshed maatte gjælde, naar det af Omstændighederne var klart, at Ejeren selv vilde have lejet Gjenstanden til den, til hvem Fremleje er sket, hvis denne havde meldt sig førend den første Lejetager.

Ø. gaar (Hdb. 5. B. p. 469—476) et Skridt videre end den nævnte Forfatter, idet han hævder, at en Lejetager ikke i Almindelighed kan anses berettiget til at overdrage den ham tilkommende Brugsret til hvem han vil. For det Første bemærker han, at man, hvis Spørgsmaalet om Fremlejens Tilladelighed skulde og kunde besvares ved Hjælp af den rene Retslære, snarest maatte komme til et benægtende Resultat. Han skriver med Hensyn hertil: „Den Sætning, at Enhver frit maa kunne overdrage sine Rettigheder til hvem han vil, er kun anvendelig paa blotte og aldeles selvstændige Rettigheder, saadanne, som tilkomme den Rethavende aldeles eiendommeligen, uden at være grundede i eller nærmere bestemte ved et særdeles Pligtforhold til Andre. En Eiendom, en Gjeldsfordring

anført, er Fremleje ogsaa tilladt efter code civil art. 1717 og den østerrigske Lovbog § 1098.

kan Man saaledes, efter Godtbefindende, overdrage til hvem Man vil, naar ellers ikke en særdeles Indskrænkning i saa Henseende er paadrægen. Men den temporaire Brugsret, som en Eier har overladt en Anden over sin Ting, er, som saamange andre Rettigheder, af en fra hine Rettigheder forskjellig Natur. Brugs haverens Ret, som kun er grundet paa Eierens Indrømmelse, kan ikke strække sig videre end til Det, der er indrømmet, og i Begrebet om at leie Een Noget ligger neppe Mere end Overladelsen af en personlig Afbenyttelse, ikke af en fri Disposition over Brugen som en for sig bestaaende Retsgjenstand (et Slags dominium ususfructus). Leietagerens Ret er og forbunden med Forpligtelser ei blot til at betale Leieafgiften (i hvilken Henseende Eieren kunde være lige gyldig ved Fremleie, naar kun den oprindelige Leietager blev ham ansvarlig), men og til en forsvarlig Behandling af det Leiede; men sine Forpligtelser mod anden Mand kan Man i Almindelighed ei vilkaarligen overføre paa en Tredie. Naar Retslærerne paastaae, at Naturretten hjemler Fremleie, men forbyder Fremlaan, saa kan dette aldrig blive konsekvent; thi i Begrebet kan der ingen Forskjel være mellem den Brugsret, Man overdrager en Anden ved at leie ham en Ting, og den, Man overdrager ham ved at laane ham samme; ligesom det heller ikke kan paastaaes, at det er Eieren mere ligegyldigt, hvem Brugsretten betroes i det ene end i det andet Tilfælde“. „Men“, skriver Ø. fremdeles, „Spørgsmaalet ligger udenfor den rene Retslæres Grændser, og det er aldeles empiriske Betragtninger, som maae lede ved dets Afgjørelse. Brugs haverens Ret til den ham overladte Ting beroer paa hvad Eieren har overladt ham. Men forsaavidt Brugsrettens Omfang ikke nøie er bestemt ved udtrykkelig Overenskomst, er det ikke et almindeligt Begreb,

som skal supplere Aftalen; hvorimod Contractens Hensigt og Gjenstandens Beskaffenhed samt det daglige Livs Vedtægter, i Forbindelse med de borgerlige Love, maae lære os, hvilken Brugsmaade Parterne maae antages indbyrdes at være komne overeens om, forudsat ellers at de ei derom have udtalt sig. Ligesom det er paa denne Maade, at det i mange andre Henseender maa bestemmes, hvad der er ret og tilladelig Brug, og hvad der er Misbrug af den leiede Ting, saaledes har Man heller ikke andre Midler til at afgjøre det Spørgsmaal, om Den, der leier en Anden Noget, kan ansees derved ogsaa at have indrømmet ham den Myndighed, at overdrage sin Brugsret til tredie Mand, eller ikke At der ved Leie ikke tages Hensyn til personlige Egenskaber, er ingenlunde ubetinget rigtigt. Man tager vel ikke, som i Laan, Motivet til Contracten blot af den Andens Person, men lader sig bestemme ved Hensyn til den Leie, Man kan erholde. Men deraf følger ikke, at Man jo tillige tager Personen i Betragtning, og det er ingenlunde sagt, at Eieren, naar blot Leien og Sikkerheden for Leien blev uforandret, vilde have indgaaet Contracten med enhver Anden“. Efterat Ø. derpaa har vist, at der ikke kan sluttes e contrario fra de tidligere anførte Lovbud¹⁾, og at der heller ikke kan bygges Noget paa 5—7—10, gjennemgaar han de forskjellige Brugsforhold og kommer her i det Væsentlige til de samme Resultater, som nu i Almindelighed anses for rigtige.

¹⁾ Dette havde han allerede udviklet i Suppl. 1. B. p. 78—82.

Det er allerede tidligere omtalt, at de ældre Forfattere lærte, at et Obligationsforhold enten maatte grundes paa en Kontrakt eller paa et Retsbrud, og at de saaledes ikke havde nogen Plads for de saakaldte kvasikontraktmæssige Forhold. Dette stod formentlig i Forbindelse med, at det var temmelig almindeligt, at fremmede Naturretslærere enten ikke omtalte de Retsforhold, som nu i Almindelighed henføres til den nævnte Gruppe af Obligationsforhold, eller ogsaa lærte, at Forpligtelser her opstod paa en lignende Maade som ved de almindelige kontraktmæssige Forhold og navnlig paa Grund af et formodet Samtykke¹⁾.

Af de omtalte Retsforhold har Ø. udførlig behandlet uanmodet Bestyrelse af en Andens Forretninger (*negotiorum gestio*) i en Afhandling i n. j. A. 9. B. (1815) p. 121—145 og senere i Hdb. 6. B. p. 14—27 og Tilbagesøgelse af uretteligen erlagte Betalinger i en Afhandling i j. T. 14. B. 2. H. (1828) p. 225—293, og disse Fremstillinger danne Grundlaget for de senere her i Landet fremkomne videnskabelige Behandlinger af de nævnte Retsforhold.

1) I den førstnævnte Afhandling i n. j. A. 9. B. giver Ø. først en kort Fremstilling af Romerrettens

¹⁾ I Wolffs „*Institutiones juris naturæ et gentium*“ hedder det i § 686: „*Quasi contractus dicitur conventio ficta, in qua consensus unius expressus est, consensus autem alterius tantummodo præsumitur. Quoniam vero contractus celebrantur utilitatis causa; consensus in contrahendo præsumi neqvit, nisi manifesta appareat ejus, cujus consensus præsumitur, utilitas*“. Imod dette fingerede Samtykke udtalte navnlig Weber sig i et af Ø. omtalt Værk „*Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*“, hvoraf 1. Udg. udkom 1784.

Regler om negotiorum gestio og af de Bestemmelser, som med Hensyn hertil indeholdes i den preussiske Landret 1. Th. 13. Tit. 2. Abschnitt og i code civil art. 1372—1375¹⁾); han gaar derefter over til at undersøge, hvilke Retsregler Sagens Natur og de spredte Bestemmelser i den dansk-norske Lovgivning lede til at opstille om det nævnte Retsforhold. Efterat Ø. i n. j. A. havde behandlet negotiorum gestio, findes dette Forhold ganske kortelig omtalt i Hurtigkarls Lærebog 2. D. 2. B. (1817) p. 383—384; Hurtigkarl var imidlertid ikke naaet videre end til at betegne uanmodet Forretningsførelse som en Slags Fuldmagt, idet han nemlig gik ud fra, at der maatte siges at foreligge et formodet Samtykke fra Forretningsherrens Side²⁾. Urigtigheden heraf paavises af Ø. i Hdb. (6. B. p. 14—17), i hvilken han iøvrigt gengiver og nærmere udvikler, hvad han havde anført i Afhandlingen. Han fremhæver, at det leder til en urigtig Forestillingsmaade at tale om en Slags Fuldmagt ved uanmodet Forretningsførelse. „Grunden“, skriver han, „til den Forpligtelse, der paahviler dominus negotiorum, maa ingenlunde hidledes af Samtykke. Endog den,

¹⁾ Dengang Ø. skrev den nævnte Afhandling, kjendte han, som han siger i Hdb. 6 B. p. 27, ikke den østerrigske Lovbog; i denne indeholdes Bestemmelserne om negotiorum gestio i §§ 1035—1040.

²⁾ Af de kvasikontraktmæssige Forhold var det navnlig ved negotiorum gestio almindeligt at tale om et formodet Samtykke fra Forretningsherrens Side, jfr. Wolffs nævnte Værk § 690, Höpfners Kommentar über die Heineccischen Institutionen § 934 og § 937, og den nævnte Forfatters Naturret 6. Opl. (1798) p. 334—336; dette har vel ogsaa bidraget til, at Reglerne om negotiorum gestio i den preussiske Landret og den østerrigske Lovbog ere satte i Forbindelse med Reglerne om Fuldmagt.

der ikke kan forbinde sig ved Samtykke, er pligtig at tilsvare negotia gesta, naar for Resten de Betingelser, under hvilke slig Forpligtelse indtræder, ere tilstede. Forpligtelsen maa derimod hidledes af Lovenes umiddelbare Bud, saaledes som disse Bud, i Følge almindelige Grundsætninger, bør forklares og udvides. — Vi ville ikke“, skriver han fremdeles, „indlade os i den i al Fald frugtesløse Undersøgelse, om det, efter en paa den saakaldte Naturstand beregnet Naturret, forholder sig, som denne Videnskabs Lærere pleie at paastaae, at Ingen kan forbindes ved de Handlinger, som en Anden, uden hans Anmodning, har foretaget, for, paa en Tid, da han ei selv var i Stand til at varetage sine Anliggender, at afværge Tab og Skade fra ham. Hvad man end derom vil sige, saa er det klart, at det borgerlige Forholds Tarv fordrer en modsat Lære med en saa bydende Nødvendighed, at der neppe vil være nogen Lov, der, om den end ikke udtrykkelig og ved almindelige Regler har under visse Betingelser hjemlet slig Forretningsførelses forbindende Kraft, jo dog paa flere Maader har givet Vidnesbyrd om, at denne stiltiende er bleven forudsat. Og skjøndt vore Retslærere forhen i Theorien ingenlunde have villet erkjende saadant, men snarere i den romerske Rets Lære om Negotiorum gestio have fundet en romersk Spidsfindighed, saa kan man dog være vis paa, at de, naar de skulde have paakjendt Retstilfælde af det Slags, vilde have ladet deres Theorie fare, og i det Væsentlige netop fulgt de Grundsætninger, som de romerske Retslærere havde antaget, og hvilke her fuldkomment fortjene Navn af ratio scripta. Neppe vil Nogen nægte, at ligesom Staten bør ved dertil beskikkede Mænd sørge for deres Tarv, som enten formedelst deres unge Aar eller formedelst Afsindighed, eller anden saadan for lang Tid virkende Aarsag, ei

selv kunne bestyre deres Anliggender og sørge for deres Bedste, saaledes bør den og tage sig af den, der, paa Grund af øieblikkelig Fraværelse eller andet saadant Forfald, ei er i Stand til selv at handle eller bemyndige Andre paa sine Vegne, i det Øieblik, da det er fornødent at der handles. Af denne Aarsag sættes der ved mange Leiligheder Værger for Fraværende. I saadanne Tilfælde handler Staten selv som negotiorum gestor for den Paagjældende, men den, der beskikkes som hans Værge, har en virkelig Fuldmagt skjøndt ei fra Parten selv, men fra Staten. Stundom er imidlertid Opfordringen til at handle saa øieblikkelig, at den offentlige Myndighed ikke i Tide kan anordne en Værge. I deslige Tilfælde maa Staten, hvis den vil opnaae Øiemedet, nødvendigviis tilstede den Paagjældendes Medborgere, paa egen Haand at gjøre de øieblikkelig fornødne Skridt til hans Tarv. Men heraf flyder umiddelbar, at den, som deri indlader sig, ogsaa, naar han, med behørig Omhu, besørger hvad han paatager sig, bør være angerløs for den tilfældige Skade, deraf kunde flyde; ligesom det og er nødvendigt, at de ved saadanne Leiligheder anvendte uundgaaelige Udgifter erstattes ham. Ellers vilde Ingen tage sig af den, som ei er i Stand til at sørge for sig selv; Staten, som, hvis der havde været Leilighed dertil, selv burde have beskikket Nogen til at handle paa hans Vegne, maa desuden og kunne ratihabere hvad en Anden, i et Tilfælde, hvor der er *periculum in mora*, maatte have foretaget sig til hans Bedste; og denne Ratihabition bør den ei nægte, hvor dette Foretagende har været klogt og hensigtsmæssigt. Men dette giver til Resultatet, at ethvert saadant Foretagende bør være forbindende for den, hvis Anliggender, under den oftanførte Forudsætning, ere blevne besørgede“.

Efter disse almindelige Bemærkninger henviser han til, at den dansk-norske Lovgivning i den mest udstrakte Grad har hjemlet den ovenomhandlede offentlige Forsorg for Enhver, der, enten af en vedvarende eller en interimistisk Aarsag, ej selv er i Stand til at varetage sine Anliggender, og han viser derpaa, at der i Lovgivningen ogsaa findes flere Vidnesbyrd om, at Lovgiveren anerkjender Berettigelsen af den omtalte private Forsorg for Andre, der udgjør negotiorum gestio. Han nævner i saa Henseende først Bestemmelsen i 5-1-13 om, at Husbonden skal svare til den Gjæld eller Kontrakt, som hans Hustru eller Barn, der er i Fællig med ham, gjør, naar det er sket til fælles Nytte og uomgængelig Fornødenhed, og han paaaviser udførlig, at denne Bestemmelse ikke kan anses som en paa de nævnte Personers Stilling grundet Undtagelsesbestemmelse, men at man snarere i samme maa se et Bevis paa Lovgiverens almindelige Tænkemaade. Endvidere anføres 5-9-4 N. L. 8, hvorefter den, der tager Driftefæ til sig og paa lovlig Maade oplyser det, skal have de deraf billig flydende Udgifter godtgjorte, og hvis Regel antages ogsaa at maatte komme til Anvendelse paa andet Hittegods, „hvilket“, siger han, „og Pl. 28. September 1767, 8. Juni 1811 og 5. December 1812 nævner, vel at mærke, som Noget, der allerede er begrundet ved Sagens Natur“. Fremdeles henviser han til Lovgivningen om Strandingsvæsenet, i hvilken Henseende han bemærker, at det ikke kan hidledes af nogen Fuldmagt, at det strandede Godses Ejer skal betale Bjergeløn og Omkostninger samt finde sig i de Dispositioner over hans Gods, som vel af gode Grunde ere fundne tjenlige for hans Tary, men som muligen, formedelst indtrufne Omstændigheder, blive til Skade. Ligeledes formenes Bestemmelserne i 4-5, 4-2-12, 15, 4-1-23, samt 4-3-11

og følgende Artikler at have deres oprindelige Grund i det Princip, der hjemler negotiorum gestio, omend de nævnte Lovbud indeholde Adskilligt, som blot er specielt for de deri nævnte Forhold, der ere af en ejendommelig Natur. Endelig formenes 5—3—35 N. L. 46 sammenholdt med Art. 38 N. L. 49 at maatte hidledes af den Grundsætning, at den, som uden Anmodning redder en Andens Gods, som denne ej var i Stand til selv at redde, er berettiget til at fordre sit Udlæg erstattet, i alt Fald naar Ejeren ikke vil opgive sit Gods.

Betingelserne for, at de særlige Regler om negotiorum gestio kunne komme til Anvendelse, har Ø. (n. j. A. 9. B. p. 143) angivet derhen, at Forretningsføreren skal i et Nødvendighedstilfælde have handlet for en Anden, som ikke er i Stand til selv at varetage Øjeblikkets Tarv; særlig har han (Hdb. 6. B. p. 25) fremhævet, at negotiorum gestio kun finder Sted, naar man er sig bevidst, at man handler paa en Andens Vegne; han synes derfor ogsaa (Hdb. 6. B. p. 22) tilbøjelig til at antage, at der i det i 5—3—35 N. L. 46 omhandlede Tilfælde ikke foreligger en negotiorum gestio i egentlig Forstand, idet den, der kjøber det af Fjenden tagne Gods, ikke ligefrem kan antages at have gjort det for at redde det for Ejeren, og denne sidste Omstændighed antages af ham at indeholde en god Grund til, at Kjøbesummen ikke kan fordres betalt, naar Ejeren vil opgive Godset, og til, at Tabet gaar paa Kjøberens Regning, dersom Tingen igjen bliver ham fratagen eller saaledes forringet, at den ej er det værd, som han derfor har givet.

Naar Betingelserne for negotiorum gestio i egentlig Forstand ere tilstede, er Ejeren, efter hvad Ø. anfører, ansvarlig for det, Forretningsføreren har udført paa hans Vegne, og denne er ikke pligtig til at erstatte

den Skade, der tilfældigvis kan flyde af det, han har foretaget sig, men kan tvertimod fordre sine Udlæg godtgjorte. — Paa den anden Side er det, siger han, „Forretningsførerens Pligt hensigtsmæssig og klogelig at udføre det, han paatager sig, og derfor at aflægge Regnskab, samt gjengive, hvad han i Kraft af denne Forretningsførelse har oppebaaret. Om det Sidste kan der nu slet ingen Tvivl være, da Forretningsføreren vilde gjøre sig skyldig i ulovlig Anmasselse af Andres Gods, hvis han vilde beholde Noget af det, han for en Anden og paa dennes Regning har oppebaaret. Men heller ikke det Første kan være tvivlsomt; thi den Betragtning at det stemmer med den Vedkommendes Tarv, at en Anden antager sig hans Anliggender paa en Tid, da han ei selv dertil er i Stand, er det Eneste, som hjemler Forretningsføreren at blande sig deri, men dette kan kun komme ham tilgode, naar han udfører Forretningerne med Troskab og Agtsomhed; uden det vilde han kun skade den Paagjældende.“ — Dersom derimod Nogen udenfor de Betingelser, der retfærdiggjøre Saadant, indblander sig i Andres Anliggender, bør han, efter hvad Ø. bemærker, tilsvare al deraf flydende Skade, selv den i sig tilfældige, naar det med Føje kan paastaas, at den ej vilde have fundet Sted, hvis han havde holdt sig fra det, der ikke vedkom ham, dog mener Ø., at det, som er indvundet ved hans Foretagende, bør komme til Afkortning i Erstatningen, og at der heller ikke i noget andet Tilfælde bør nægtes ham Erstatning for de Udgifter, som virkelig og bevislig ere komne Ejeren til Gode. Det samme antages ogsaa at maatte gjælde, naar Nogen i god Tro har betragtet fremmed Gods og fremmede Anliggender, som om det var hans egne, medens de særegne Regler om negotiorum gestio her, efter det tidligere Anførte, ikke komme til Anvendelse.

2) Tilbagesøgelse af uretlig erlagte Betalinger var ikke gjort til Gjenstand for videnskabelig Behandling i den dansk-norske Litteratur, forinden Ø. skrev den ovennævnte Afhandling i j. T. 14. B. 2. H. I denne Afhandling fremstiller Ø. først Grundtrækkene i de romerske Juristers Lære om *condictio indebiti*; derefter berører han kortelig Bestemmelserne herom i den preussiske Landret 1 Th. 16. Tit. §§ 166—198, code civil art. 1235 og 1376—1381 samt den østerrikske Lovbog §§ 1431—1437. De nævnte Lovbøger gaa, som af Ø. bemærket, langt videre end Romerretten i at tilstede *condictio indebiti*, idet de navnlig lade enhver Vildfarelse, hvad enten den angaar *factum* eller *jus*, virke Tilbagesøgningsret. Dette er i og for sig meget forklarligt; det var nemlig i forrige Aarhundrede og endnu langt senere almindeligt hos udenlandske Forfattere at støtte Adgangen til at gjøre *condictio indebiti* gjældende derpaa, at en Person ikke uden Grund skulde beriges paa en Andens Bekostning¹⁾, og det var da ret naturligt ikke at stille særegne Fordringer til Beskaffenheden af den Vildfarelse, som har ført en Person til at betale det, som ikke skyldtes. Man finder derfor endog, i en af Ø. omtalt Afhandling af Mühlenbruch²⁾, opstillet og forsvaret den Mening, at ogsaa Retsvildfarelse efter den romerske Ret hjemlede Tilbagesøgning af det uretlig betalte, og denne Mening støttedes for en væsentlig Del paa den af de romerske Jurister opstillede Sætning: *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento*

¹⁾ Jfr. J. Lassen: „Handlinger paa fremmed Formueretsomraade“ p. XX.

²⁾ „Ueber juris und facti ignorantia und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse“ i Archiv für die civilistische Praxis 2 B. (1819) p. 361 ff. (jfr. navnlig p. 416 ff.).

fieri locupletiozem. — Forinden Ø. gaar over til at fremstille de Regler, som efter den dansk-norske Ret maa opstilles for *condictio indebiti*, udsondrer han først nogle Tilfælde som liggende udenfor Undersøgelsens Grænser. For det Første udsondres det Tilfælde, hvor Nogen, ved at erlægge en Betaling, udtrykkeligen har forbeholdt sig nærmere Berigtigelse og eventuel Tilbagebetaling, hvilket t. Ex. antages at finde Sted, naar Noget erlægges som Forskud paa Mellemværende, eller naar Kreditor har givet skadesløs Kvittering. Dernæst udsondres dels de Tilfælde, hvor Noget er modtaget og betalt i Kraft af en Dom eller anden Retshandling, der, uagtet den er gaaet i Fuldbyrdelse, dog endnu er Indankning til højere Ret undergiven og i sin Tid derved underkjendes, dels de Tilfælde, hvor det, der er betalt, søges tilbage, fordi Modtageren ikke har opfyldt de Betingelser, hvorunder det blev givet, f. Ex. naar Nogen ikke kan hjemle den Ejendom, for hvilken Kjøbesummen helt eller tildels er erlagt, dels endelig det Tilfælde, hvor Nogen svigagtigen har tilvendt sig en ham ikke tilkommende Betaling.

Hvad dernæst angaar de Tilfælde, som herefter blive tilbage, gjør Ø. opmærksom paa, at man ikke saaledes, som mange Jurister havde gjort¹⁾, kan søge Grunden til *condictio indebiti* i et stiltiende Samtykke fra Modtagerens Side, og at Tilbagesøgningen ligesaa lidt kan hidledes fra en fornærmende Handling, eftersom Betalingen netop forudsættes at være modtagen i god Tro. Fremdeles viser han, at Retsfundamentet for Tilbagesøgningsretten ikke kan søges i den saa ofte paaberaabte Sætning: *nemo locupletior fieri debet per damnum alterius*; han gjør i saa Henseende gjældende, at en Borger ofte ved lovlig Handel og Vandel

¹⁾ Jfr. foran p. 309, se ogsaa Wolfs oftere nævnte Værk § 693.

kan vinde, medens en anden taber, og at han endog ved Handelens Slutning kan være sig dette bevidst, uden at Handelen derfor med mindste Rettens Skin kan angribes som ulovlig eller ugyldig. En bedre Begrundelse af Tilbagesøgningsretten finder han i den Betragtning, at der, naar den, der til en Anden har overgivet det, der var hans, har gjort det i en vildfarende Forudsætning, ikke har fundet nogen sand Villie Sted, og at der saaledes mangler en retskraftig Hjemmel for Modtageren til at beholde det Modtagne; men han tilføjer, at denne Betragtning ikke uden Indskrænkning kan have afgjørende Kraft. „Det er“, siger han, „den udvortes Yttring af en Villie, hvorved Rettigheder og Forpligtelser stiftes. Den indvortes Villie kan, forsaavidt den ikke udvortes har viist sig, hverken stifte Rettigheder eller forstyrre den Retserhvervelse, som har en tilstrækkelig Villiesyttring for sig. Naar nu Nogen har erlagt en Betaling i den Forudsætning, at han skyldte den, kunde Man af denne Erlæggelse udlede en Erkjendelse af en Forpligtelse, der paa Retsgebetet maatte virke det Samme, som om Forpligtelsen virkeligen havde existeret. Heraf synes for Modtageren at opstaae en tilstrækkelig Hjemmel til at tilegne sig Det, som hiin, i Erkjendelsen af en Forpligtelse, har givet ham. Den tilsyneladende Billighed, som kunde synes at tale for en ubetinget Tilbagegivelse af slige Betalinger, kunde og i Virkeligheden føre til de største og meest ødelæggende Ubilligheder, ja der vilde opstaae en Rettighedernes rolige Nydelse aldeles forstyrrende Usikkerhed i det borgerlige Liv, saafremt en ubetinget Tilbagesøgning blev hjemlet. Den, som i en lang Tid havde oppebaaret en Række af Præstationer, hvortil han ligesaavel havde holdt sig berettiget, som de Ydende dertil havde fundet dem forpligtede, har naturligviis

indrettet sin hele Oeconomie paa den Forudsætning, at det saaledes Modtagne var blevet hans sande Eien- dom. Han havde maaskee endog paa den Erkjen- delse, som hine frivillige Betalinger indeholdt, bygget meget i sit Forhold til disse, som han ellers kunde have indrettet anderledes til sin Fordeel og til Skade for dem“. Han belyser dette nærmere ved forskellige Exempler og viser dernæst, at den Aand, der gaar igjennem den dansk-norske Lovgivning, taler særlig stærkt mod at antage en uindskrænket Ret til at til- bagesøge det, der i en vildfarende Mening er betalt, idet vor Lovgivning mere end de fleste andre Lov- givninger gaar ud paa, at Retsafgjørelserne skulle være endelige og bindende, og mindre tager Hensyn til den Billighed, der ofte kunde kræve en Afvigelse, end til den Fasthed og Sikkerhed i Retstilstanden, som ved slige Afvigelser vilde forstyrres.

Medens Ø. saaledes paa den ene Side mener, at der ikke bør indrømmes den, der i en vildfarende For- udsætning har betalt, hvad han ej behøver at betale, en saa udstrakt Tilbagesøgningsret, som de tre nævnte udenlandske Lovbøger hjemle, antager han paa den anden Side, at en Tilbagesøgning ikke ubetinget bør forkastes. „Hvor“, skriver han, „den Feiltagelse, der bringer Een til at præstere Noget, er saa aldeles frem- trædende, at Modtageren ikke kan være uvidende om Feiltagelsen, kan han ikke derved erhverve Det, der blot i en vildfarende Forudsætning er blevet ham leveret. Hvo vilde vel antage, at Nogen lovligen kunde erhverve en Ting, der enten ved Feiltagelse af Personen eller Forvexling af selve Tingen blev ham leveret, som om det var hans Eiendom, eller at han retteligen kunde beholde en 100-Rbdl.-Seddel, der var ham betalt for 10 Rbdl., eller at han kunde være fri for at lægge fra sig hvad han, paa Grund af en aaben-

bar Feilregning, havde oppebaaret for meget i Betaling? Modtageren, der i saadanne Tilfælde umuligen kan antage, at Det, der er givet ham, uden at det virkeligen skyldtes, er ham overgivet i Erkjendelse af en dertil svarende Forpligtelse eller i den Tanke at gjøre en Gave, kan ikke lovligen og redeligen beholde, hvad der saaledes er ham leveret.“ Han finder navnlig Tilbagesøgningsretten klar i det Tilfælde, hvor det uretteligen Givne bestod i en vis bestemt endnu i Behold værende Ting; men ogsaa naar det Ydede er et genus, eller naar Modtageren uden Svig har skilt sig ved Tingen, mener han, at Modtageren maa være pligtig at lægge den Værdi fra sig, som han uden Hjemmel har taget imod; derimod antages Tingen ikke at kunne vindiceres fra tredie Mand, og dette antages forøvrigt ikke blot i det førnævnte Tilfælde men ogsaa i andre Tilfælde, hvor *condictio indebiti* er hjemlet.

„Heller ikke“, skriver Ø. fremdeles, „kan det være tvivlsomt, at jo Tilbagebetaling, ogsaa hvor Feiltagelsen er mere skjult, bør finde Sted, naar det er Modtageren selv, der, skjøndt i fuldkommen god Tro, har givet Anledning til den indløbne Feiltagelse, eller det dog laae ham nærmere end den Betalende at undgaae Feiltagelsen“. Som et Exempel nævner han blandt Andet, at en Lejetager, der ifølge sin Kontrakt er pligtig at betale visse Skatter, og som paa Udlejerens blotte Opgivelse betaler et vist Beløb for disse Skatter, uden Tvivl maa være berettiget til Tilbagesøgning, hvis det siden findes, at Udlejeren har beregnet ham for meget, hvad enten dette nu havde sin Oprindelse fra urigtig Forstaaelse af Kontrakten eller Anordningerne eller fra falske Forudsætninger *in facto* eller fra egentlige Regningsfejl. Betalingen siges nemlig at være erlagt i Tillid til Rigtigheden af Udlejerens Opgivelse, for hvilken han derfor maa indestaa. Hvis

derimod Udlejeren havde givet en Specification paa de Afgifter, der skulde erstattes, saa at Lejetageren kunde se, hvilke Afgifter der bleve ham beregnede, saa vilde han efter Ø.s Mening ikke kunne bygge nogen Tilbagefordring paa den Omstændighed, at nogle af disse Afgifter, efter Loven eller Kontrakten, ere ham uvedkommende, om han end nok maatte kunne paatale Fejl i Beregningen. Ligeledes antager Ø., at en Embedsmand, hvem der tilkommer lovbestemte Betalinger for hans Arbejde, og som har fordret for meget, maa, selv om han ikke har gjort sig skyldig i nogen ham tilregnelig Lovovertrædelse, være pligtig at give det for meget Erlagte tilbage, eftersom han gjør Fordringen og Beregningen og bør staa til Ansvar for dens Rigtighed, hvorimod den, der har at erlægge Betalingen, bør kunne stole paa Lovligheden af Embedsmandens Fordring.

Medens Ø. saaledes mener, at *condictio indebiti* kan finde Sted, naar den Vildfarelse, hvorved Betalingen er bleven fremkaldt, var af den Natur, at den ligefrem maatte falde Modtageren i Øjnene, eller naar den hidrørte fra denne selv, hævder han derimod, at der ikke kan lægges afgjørende Vægt paa, om den Vildfarelse, paa Grund af hvilken Ydelsen er erlagt, er en *error facti* eller en *error juris*, eller om Vildfarelsen er den Betalende tilregnelig eller ikke; han mener ogsaa, at de Resultater, der findes i den romerske Rets Fragmenter, om ikke alle, saa dog for den største Del, lade sig forsvare med bedre Grunde end ved at lægge Vægten paa, om den Betalendes Vildfarelse er tilregnelig eller ikke.

Hvad særlig angaar det Tilfælde, at Nogen har betalt for meget i Skat eller anden offentlig Afgift, mener Ø., at det, der er betalt for meget, ordentligvis kan ventes tilbagebetalt, forudsat at det virkelig er beregnet den kongelige eller anden offentlig Kasse til

Godè. Dette vil, som han siger, i de fleste Tilfælde følge af de ovenfor fremstillede Grundsætninger, da det i Almindelighed er vedkommende Embedsmand, der gjør Beregningen eller fremsætter Fordringen, som den Paagjældende med Føje kan formode at være rigtig. Men selv om en Tilbagesøgning ikke maatte være hjemlet herved, hvilket t. Ex. kan være Tilfældet, naar Arveafgifter indbetales af Arvingerne selv, antages Tilbagebetaling ikke at ville blive nægtet den Paagjældende, naar det siden klarligen bevises, at en fejltagende Forudsætning har ligget til Grund for Beregningen. Imidlertid kan der, som han tilføier, let tænkes Tilfælde, hvor en Tilbagebetaling ikke kan tilstaas; og som et Exempel nævner han det Tilfælde, at Nogen paa Grund af en sær Adkomst var fri for at betale de almindelige Afgifter eller bære de almindelige Byrder med Hensyn til en Ejendom, men han havde forsømt at paaberaabe sig eller godtgjøre denne sin Adkomst.

Med Hensyn til at *condictio indebiti* efter den romerske Ret ordentligvis var udelukket, naar der forelaa en *obligatio naturalis*, gjør Ø. opmærksom paa, at Romerrettens særlige Begreb om *obligatio naturalis* ikke er anvendeligt hos os, men ved Siden heraf indrømmer han, at der, naar t. Ex. Nogen af Uvidenhed om en Gjælds Alder har betalt en præskriberet Fordring, i Almindelighed ikke bliver Spørgsmaal om, at det Betalte kan søges tilbage. „Hvad der imidlertid“, skriver han, „i et Tilfælde som det omhandlede hindrer Tilbagesøgningen, er ikke en særegen Retsvirkning, som en naturlig Retspligt skulde beholde tilbage, uagtet Lovene have nægtet samme Søgsmålskraft; men Sagen er, at denne naturlige Retspligt vedbliver at være en rimelig Grund, der kunde foranledige den Paagjældende til at betale, og som derfor bortfjerner

den Formodning om Vildfarelse som Aarsag til Betalingen, hvorpaa Tilbagesøgningsretten skulde grundes. Men fra dette Synspunkt kunne og andre Pligter, og det ikke blot saadanne, der have en fast moralsk Grundvold, men ogsaa de, der mere have deres Oprindelse af en vis conventional Anstand, ofte komme i Betragtning.“

I C. Thomasii dissertatio „Larva legis Aqviliæ detracta“ (1703), hvilken Afhandling i forrige Aarhundrede synes at have havt en væsentlig Indflydelse paa den videnskabelige Behandling af Læren om Skadeserstatning ikke blot i Tyskland men ogsaa her i Landet, opstilledes det som en almindelig Regel, at en Person efter Sagens Natur er pligtig at erstatte den af ham Andre tilføjede Skade, selv om denne ikke kan tilregnes ham. Det lærtes saaledes blandt Andet, at Børn og Afsindige efter Sagens Natur have en Forpligtelse til at erstatte den Skade, som de tilføje en Anden; dette støttedes paa den Betragtning, at Børn og Afsindige ikke have nogen Ret til at skade Andre og saaledes ved at foraarsage en Anden Skade gjøre Uret; ligesom der derfor haves Ret til Nødværge ligeoverfor dem, saaledes skulde der ogsaa haves Ret til Erstatning, og man antoges at maatte kunne sige til den Afsindige og Barnet: „Afsindigheden er din, Barndommen er din, derfor vedkommer Dig Alt, hvad der følger af Afsindigheden og Barndommen¹⁾“. I det anførte Skrift af Thomasius lærtes

¹⁾ Denne Thomasii Lære, der i forrige Aarhundrede blev forsvaret i andre udenlandske Naturretslæreres Skrifter, har

det fremdeles, at det efter Sagens Natur baade er billigt og retfærdigt, at den, der har bevirket en Skade for en Anden, skal erstatte samme, selv om han ikke har handlet forsætligt eller uagtsomt, men Skaden er fuldstændig tilfældig; men ved Siden heraf indrømmer Thomasius, at der herved kan indtræde saa mange tvivlsomme Spørgsmaal og saa mange Bevisvanskeligheder, at det ikke kan anses ubilligt, om de positive Love bestemme, at kun den, der med Forsæt eller Uagtsomhed har tilføjet en Anden en Skade, skal erstatte samme, medens den tilfældige Skade ikke skal erstattes.

I Overeensstemmelse med disse af Thomasius forsvarede Meninger er Nørregaards Fremstilling af, hvad Sagens Natur fører til¹⁾; ogsaa han antager, at Børn og Afsindige bør erstatte den Skade, som de tilføje en Anden, og han støtter dette paa Analogien fra Forsvarsretten²⁾; ligeledes antager han, at ogsaa den tilfældige Skade efter Sagens Natur skal erstattes.

tildels faaet sit Udtryk i den preussiske Landret 1. Th. 6. Tit., idet denne Lov, — om end med visse Begrænsninger og kun under visse nærmere Betingelser, — paa lægger Afsindige og Børn (under 7 Aar) en Forpligtelse til at erstatte den af dem foraarsagede Skade. I O. Stobbes „Handbuch des deutschen Privatrechts“ 3. B. (1878) p. 379 siges det ogsaa, at den nævnte Lære ligger til Grund for Bestemmelsen i code civil art. 1382, men Rigtigheden heraf er omtvistet.

¹⁾ Jfr. hans Naturret §§ 263 og 264 og hans Lærebog i den positive Ret §§ 653 og 657.

²⁾ Ogsaa i Schlegels Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger 2. Udg. 1. D, p. 220 siges det, at de samme Regler, som gjælde om Forsvarsretten, ogsaa gjælde om Erstatningsretten, men dog antages det, at Afsindige og smaa Børn ikke ere pligtige at erstatte den Skade, som de foraarsage Andre.

For den dansk-norske Rets Vedkommende antog Nørregaard (§§ 652—661) og Hurtigkarl (2. D. 2. B. p. 4—13) det for Reglen, at den Skade, som er bevirket ved en selvvirket Handling, skal erstattes, selv om Personen er utilregnelig; dette støttede de paa Bestemmelsen i 1—24—9 N. L. 1—22—9, hvor „forsætlig“ antoges at skulle betyde „med Selvvirksomhed“¹⁾, og paa Bestemmelserne i 6—6—17 og 18, idet Mandeboden af dem, ligesom i Almindelighed af de ældre Forfattere²⁾, antoges at være en Erstatning. Nørregaard paaberaabte sig tillige de Bestemmelser i Chr. V.s Lov, som handle om Ejerens Pligt til at erstatte den Skade, som hans Kreaturer foraarsage (6—10—2, 3, 5 og 6). Grunden til disse Bestemmelser fandt han nemlig deri, at Kreaturet besidder Selvvirksomhed, og at den Beskadede derfor maa have Ret til at søge Erstatning i selve det beskadigende Kreatur, hvorfor dets Ejer enten maa betale Erstatningen eller give Slip paa Kreaturet. Ligeledes vilde Nørregaard forklare Bestemmelserne i 4—3—3—6 og 8 derved, at et sejlene Skibs Fart er anset at have sin Grund i en Slags Selvvirksomhed hos Skibet. — Hvis Skaden derimod ikke var bevirket ved en selvvirket Handling, men t. Ex. foranlediget ved udvortes Tvang eller en Naturnødvendighed, skulde Skaden efter Nørregaards og Hurtigkarls Mening ikke erstattes; Hurtigkarl tilføjede, at vore Love endog vise, at den Skade, som er en tilfældig Følge af en tilladelig Handling, ikke skal erstattes (jfr. 6—11—3 og 10), og det

¹⁾ Paa samme Maade forstodes Ordet af Brorson, jfr. hans Fortolkning af Chr. V.s Lovs 1. Bog 2. B. p. 374.

²⁾ Jfr. Hesselberg p. 271 og 293, Hedegaard „Fortsatte juridisk-practiske Anmærkninger til den Danske og Norske Lov“ (1780) Anm. 223, Dons 3. D. p. 99, Brorsons Fortolkning af Chr. V.s Lovs 6. Bog p. 152—153.

samme Resultat synes Nørregaard at være kommen til. Derimod omtales det hverken hos Nørregaard eller Hurtigkarl; at det er en Betingelse for Skadeserstatning, at den Handling, hvorved Skaden bevirkes, er retstridig.

Af det Anførte turde det formentlig tilstrækkelig fremgaa, at Skadeserstatningslæren var en Materie, hvor der i høj Grad var Trang til en ny Fremstilling. En saadan blev given af Ø. i en Afhandling: „Om Rettigheden og Forpligtelsen til Skades Erstatning efter de dansk-norske Love“ i n. j. A. 20. B. p. 123—190 og 22. B. p. 115—190 (1818). I denne Afhandling har Ø. udførlig udviklet, hvilke Regler der i Henseende til Forpligtelsen til Skadeserstatning maa antages at gjælde saavel efter Sagens Natur som efter den positive dansk-norske Ret; han har heri tillige omtalt de herhen hørende Bestemmelser i Romerretten og i den preussiske Landret 1. Th. 6. Tit., code civil art. 1382—1386 og den østerrigske Lovbog §§ 1293—1341. Senere har han i Hdb. 5. B. p. 4—69 givet en mere kortfattet Fremstilling af Skadeserstatningslæren, hvilken Fremstilling i det Væsentlige stemmer med Indholdet af den nævnte Afhandling.

I denne fremhæver han som den første Betingelse for, at en Forpligtelse til Skadeserstatning kan opstaa, at den Skadegjørende har været uberettiget til den Handling, hvoraf Skaden flyder. „Det er“, siger han i n. j. A. 20. B. p. 125, „en aabenbar Modsigelse, at man skulde være berettiget til en Handling, hvoraf Tab og Skade for en Anden fulgte, og dog være ansvarlig for dette Tab, denne Skade (qvi jure suo utitur injuriam non committit). Hvor urimeligt, at en Dommer, der, ved en retfærdig Dom, et Vidne, der, ved at udsige en Sandhed, skadede nogen, skulde give denne Erstatning, eller at en saadan kunde fordres af den,

der, ved en nye Opdagelse, ved at fortrænge en Mode, ved at fraraade et vist Forbrug, eller andre deslige Midler, indskrænkede en andens Næring og Indtægt, eller af den, der overbød en anden paa en Eiendom eller Varer, som han vilde købe, og derved hindrede ham i at gjøre et fordeelagtigt Kjøb o. s. v.“. Han finder det med Rette underligt, at den nævnte Betingelse ikke omtales hos de ældre Forfattere, og han viser i Hdb. 5. B. p. 6, at det ikke kan anses som en Undtagelse, at den, som i et Nødstilfælde bemægtiger sig anden Mands Gods eller derpaa gjør Skade, skal, uagtet den ham hertil indrømmede Ret, give Erstatning, idet nemlig her Handlingens relative Lovlighed er betinget af, at det Tab, som derved paaføres en Uvedkommende, efter Mulighed erstattes.

Som næste Betingelse for, at en Forpligtelse til Skadeserstatning kan opstaa, nævner Ø., at Retsbruddet maa have sin Grund i Gjerningsmandens Frihed eller, som han ogsaa udtrykker det, være Gjerningsmanden tilregneligt. Han fremhæver det som en Besynderlighed, at de ældre Forfattere fremstillede Sagen saaledes, at efter Sagens Natur skulde den, der ved en i sig tilladelig Handling har tilføjet en Anden en Skade, der hverken har været tilsigtet eller burde kunne være forudset som en mulig Følge, erstatte Skaden, og at det kun er Lovens udtrykkelige Bud, der hjemler det Modsatte. Ligesom han derfor heller ikke kunde være enig med de ældre Forfattere i, at de almindelige Grundsætninger for Skadeserstatning føre til, at Børn og Afsindige ubetinget skulle erstatte den af dem foraarsagede Skade, saaledes følger det af den ovenfor anførte af ham opstillede Betingelse, at Personen, selv om han har foretaget en i og for sig ulovlig Handling, ikke kan være pligtig at erstatte den Skade, der maa siges at være en tilfældig Følge

af Handlingen. — Med Hensyn til de Personer, som ere utilregnelige, bemærker Ø. (n. j. A. 20. B. p. 129—131), at Skaden ganske vist for den Skadelidende er den samme, enten den Skadegjørende er ved Fornuftens Brug eller ikke; men, siger han, „Skaden er og den samme, enten Lynilden antænder min Boepæl og lægger den i Aske, eller og denne Ulykke paaføres mig ved et Medmenneskes Ondskab eller Uagtsomhed. . . . En Rasendes Foretagender ere nu ligesaavel Naturvirkninger, som min Boepæls Antændelse ved en Lynstraale; thi enhver Kraft, der ikke staaer under den menneskelige Fornufts og Friheds Herredømme, er at betragte som Naturkraft“. Forsaavidt man har paa-beraabt sig, at Forsvarsretten dog haves mod Væsener, der mangle Fornuftens Brug, bemærker Ø., at Erstatningsrettens og Forsvarsrettens ulige Natur er meget i Øjne faldende. „Det Selvforsvar“, siger han, „Lovene indrømme Borgerne, gjøres blot gjeldende ved privat fysisk Kraft, som Lovene, under visse Betingelser og inden visse Grændser, tilstæde og maae tilstæde. Loven og den offentlige Myndighed forholder sig i saa Henseende blot negativ og tilladende. Erstatningsretten maa derimod, naar den skal finde Sted, sættes igjennem ved Domstolene. Som Følge heraf forudsætter denne Ret en tilstrækkelig Grund til en Forpligtelse hos den, mod hvem Rettigheden gives“. Overfor det Argument, at det dog er naturligere og for Retssikkerheden tjenligere, at den, i hvis personlige, skjøndt ufri, Egenskaber Grunden ligger til en Beskadigelse, erstatter samme, saavidt gjørligt, end at enhver Uvedkommende skal bære Følgerne af hans Sindstilstand, ytrer Ø., at han ikke skjønner, hvad der vindes ved hin Grundsætning. „Det er“, skriver han, „klart, at ingen Skade afværges derved, at den Rasende skal erstatte Følgerne af sin Gjerning. Det, hans blinde

Drifter tilskynder ham at gjøre, skeer ligefuldt; og her er blot Spørgsmaal om, at vælte det Tab, som saaledes, ved en blind Naturkraft, er paaført een, fra denne og paa det Individ, der var Redskab i Naturens Haand“.

Hvad den dansk-norske Lovgivning angaar, havde Ø. allerede i Suppl. 2. B. p. 108 (altsaa forinden Hurtigkarls Lærebog udkom) gjort opmærksom paa, at der ikke kunde anføres nogen Grund for, med Nørregaard, at forstaa „forsætligen“ i 1—24—9 N. L. 1—22—9 som „med Selvvirksomhed“; desuagtet sluttede Hurtigkarl sig, som allerede anført, i saa Henseende til Nørregaards Mening. — Ø. skriver i denne Anledning (i Hdb. 5. B. p. 23—25) Følgende: „Intet kan være mere vilkaarligt, end at det Ord „forsætligen“ ikke maa betyde Det, samme efter al almindelig og i Loven sædvanlig Sprogbrug (see t. Ex. 1—13—9 og 20 N. L. 10 og 21, D. L. 1—16—17, 4—1—15, 6—1—10, 6—7—1 og 18 N. L. 19, 6—14—18 N. L. 17) betyder, men alene Handlingens Selvvirksomhed (saaledes forstaaet, at dette Ord blot udelukker udvortes Tvang, men ikke den blinde indvortes Drift). For at begrunde denne Synderlighed, anføres det, at et Barn ikke kan handle frit, i det Mindste ikke i de spæde Aar. Men det er baade mod Naturen og Loven, at et Barn under 15 Aar ikke skulde kunne handle frit. Det antages vel ikke at have den Modenhed, at det kan være Gjenstand for fuld criminel Tilregnelighed; men, langt fra at det skulde ansees som en Maskine, har Man endog en stor Mængde Lovbestemmelser, hvorefter det kan blive anset med overordentlig Straf; og blandt disse har Frd. 29. Octbr. 1794 § 22 endog udtrykkeligen benævnt Handlingen som forsætlig Ufred. Det er saaledes ubegribeligt, hvorledes Man kan ansee det erkjendt i Loven, at Børn under 15 Aar ei kan handle forsætligt; hiin vil-

kaarlige og voldsomme Fortolkning staaer blottet for al rimelig Anledning. Det vilde og i sig være synderligt, hvorfor Lovgiveren just, i Særdeleshed med Hensyn til Børns skadende Handlinger, skulde falde paa, udtrykkeligen at udelukke den saakaldte tvungne Gjerning, der egentligen ingen Gjerning er, men en Lidelse (passio), fra Erstatningspligten. Derimod er det saare naturligt, at Lovgiveren har med Hensyn til Barnet villet indskrænke Erstatningspligten til den Skade, der bevirkes ved forsætlig ond Villie, fordi det nemlig fandtes ubilligt, af Barnet at fordre den positive Omhue for at afværge Skade, hvorpaa Uagtsomheds Tilregnelser grunder sig. Saaledes har bemeldte Lovsted endog fritaget Barnet for Erstatning i alle Tilfælde, hvor Skaden blot kunde tilskrives dets Mangel paa Agtsomhed, saa at Lovgiveren derved, langt fra at kræve Barnet til Ansvar for ufri Beskadigelse, er gaaet meget vidt i at fordre en sand Tilregnelighed som Betingelse for Erstatningssøgsmålet. Det er en intetsigende Indvending, at der dog gives en Alder, hvori Barnet aldeles ikke kan handle med Forsæt. Der staaer jo ikke skrevet i Loven, at endog det spædeste Barn, som kommer til at skade Nogen, skal erstatte Skaden af den Formue, som det har eller siden kan faae. Det er kun i almindelige Udtryk sagt, at Barn under 15 Aar skal betale den Skade, som det forsætlig har tilføiet Nogen. Hvorvidt den i Loven udtrykkeligen foreskrevne Betingelse kan antages at være for Haanden eller ikke, skal Dommeren i ethvert givet Tilfælde bedømme. Lovgiveren har ikke villet begrænse denne Bedømmelse ved en vilkaarlig sat Alder, der ved Anvendelsen ideligen vilde komme i Strid med Sagens Natur, men det var hans Villie, at ved Siden af Alderen ogsaa den individuelle Udviklingsgrad og Skadetilføielsens Beskaffenhed skulde tages i

Betragtning“. — De af de ældre Forfattere paaberaabte Bestemmelser i 6—6—17 og 18, siger han dernæst, „bevise heller ikke hvad de skulle; thi, om Man end vil antage, at den i 6—6—17 og 18 hjemlede Mandebod ikke i Loven er anseet som en Art af Straf, hvilket dog Modsætningen til de Ord: „ei straffes paa Livet“, saavel som Indholdet af 1—24 N. L. 22—6, kunde synes at vise, saa kan den dog heller ikke betragtes som en egentlig Erstatning. Dersom en saadan skulde finde Sted, maatte den bedømmes efter de individuelle Forhold, og kunde ingenlunde bestaae i en eengang for alle fastsat Sum; og den maatte da ligesaa fuldt gives, naar Eens Frænde var dræbt af en klog Mand, som naar Drabet er udøvet af en Gal. Hine Artikler, der snarere maae hidledes fra dunkle Forestillinger, end fra en bestemt Erkjendelse af Retsbegreber, kunne derfor ikke være Gjenstande for nogen udvidende Forklaring“. — Endelig viser han, at der ikke kan sluttet Noget fra Reglerne om Erstatning for den Skade, som Kreaturer foraarsage. Han fremhæver blandt Andet, at Loven hverken under alle Omstændigheder har paalagt Ejeren at svare til saa stor en Del af Skaden, som det skadende Kreatur er værd, eller ubetinget begrænset Erstatningen ved Kreaturets Værdi (jfr. iøvrigt det Følgende), og at Lovgiveren saaledes ikke kan have bygget paa den i sig selv paafaldende Forestillingsmaade, som Nørregaard angiver. Overfor Nørregaards Argument fra Lovens Bestemmelser om Paasejling, paapeger han, at ikke blot er Fictionen om Selvvirksomhed her endnu dristigere, men at Bestemmelserne aldeles ikke passe med den.

Medens Ø. saaledes mener, at de Personer, som ikke ere i Besiddelse af Fornuftens Brug, ikke ere pligtige at erstatte den Skade, som de foraarsage, gjør han dog til-

lige opmærksom paa, at de Bekostninger, som maatte udkræves for at forhindre dem i at foretage skadende Handlinger, gaa for deres egen Regning, forsaavidt de have Formue. Han skriver herom Følgende (i Hdb. 5. B. p. 26): „Deres Værger eller Andre, som det paa-ligger at tage sig af dem, bør paa deres Vegne fore-tage sig hvad de, saafremt de kunde fatte en for-nuftig Beslutning, selv maatte foretage for at sikkre dem selv og Andre; og de dermed forbundne Bekost-ninger bør, som anvendte til Det, de fornuftigviis selv maatte beslutte, gaae af deres Formue. Dette er og bestyrket ved en Kgl. Resolution af 20de Octbr. 1830, bekjendtgjort ved Canc. Circul. 6. Novbr. s. A.¹⁾. At det stemmer med Lovens Grundsætninger, er saa meget klarere, som 1—19 N. L. 17—7 endog paa-lægger Frænderne en Forpligtelse til, om de have Formue, at bære deslige Omkostninger; see Pl. 19. Novbr. 1828“.

For at den skete Skade skal kunne tilregnes Per-sonen, maa der imidlertid, foruden at Personen skal være tilregnelig, endnu, som allerede antydnet, fordres, at Personen enten har havt Forsæt til at bevirke Skaden eller har gjort sig skyldig i en Uagtsomhed. Med Hensyn til Begrebet Forsæt bemærker Ø., at en forsætlig Forurettelse ikke, saaledes som Hurtigkarl synes at mene, foreligger, blot fordi Handlingen er forsætlig, men at den forsætlige Beskadigelse ikke strækker sig videre end til det Onde, som den Paa-gældende enten har tilsigtet eller dog været sig be-vidst som Følge af den ulovlige Handling, han fore-tager sig. Med Hensyn til Begrebet Uagtsomhed fremhæver Ø. (Hdb. 5. B. p. 12—14)²⁾, at det ikke

¹⁾ See Collég.-Tid. S. 891—895.

²⁾ Jfr. Eunomia 2. D. p. 204—207.

lader sig nøjagtigen fastsætte ved almindelige Begreber, hvorvidt den pligtskyldige Agtpaagivenhed strækker sig. Han ytrer blandt Andet: „At fordre den høieste i sig mulige Agtpaagivenhed, vilde være en Urimelighed, da de mange Gjenstande, mellem hvilke Mennesket i det daglige Liv har at dele sin Opmærksomhed, ei tilsteder den mest spændte Opmærksomhed paa enhver enkelt Gjenstand. Det er derimod kun den Opmærksomhed, som en forstandig Mand vilde med Hensyn til Gjenstandens Beskaffenhed have anvendt paa samme, hvis Handlingen blot angik ham selv, der kan udgjøre Maalestocken, og denne Opmærksomheds Grad kan alene den sunde Forstand og Dømmekraft in concreto bestemme. Vore Love have og paa mangfoldige Steder erkjendt, at Ansvar ikke begrundes derved, at en større Forsigtighed i og for sig havde været mulig, men at der maa sees paa det Billige, Sædvanlige og til det virkelige Liv Passende“. Dette paaviser Ø. nærmere ved Exempler fra Lovgivningen, og han skriver derefter Følgende: „Naar saaledes ingen skarp Grændse kan trækkes mellem de Uheld, der i Lov og Ret bør betragtes som Hændelse (et Begreb, der, efter det forhen Udviklede, ingenlunde bør i Retslæren tages i metaphysisk Forstand), og dem, der maae tilskrives Uagtsomhed, men Graden af den Agtpaagivenhed, der bør vises, maa beroe paa hvad der med Hensyn til det borgerlige Samlivs Tarv billigen kan fordres, saa kan denne Fordring vist ogsaa være at lempe efter Naturen af det Retsforhold, hvori Den, der sigtes for at have ladet det mangle paa tilbørlig Agtpaagivenhed, har indladt sig“.

Naar de skadelige Følger ikke staa i nogen rimelig Sammenhæng med den ulovlige Handling, blive de, bemærker Ø., udenfor Erstatningspligten. „Skjøndt disse Følger“, skriver han (Hdb. 5. B. p. 11—12), „ikke

vilde været indtraadte, hvis den ulovlige Handling ikke var begaaet, saa staae de dog ikke i nogen Forbindelse med det Ulovlige i Handlingen, men kunde ligesaa let have været foranledigede ved en aldeles tilladelig Gjerning, og den ulovlige Handling kan ligesaa let tilfældigviis forhindre sligt Uheld, som den tilfældigviis foranlediger samme. Det vilde derfor være unaturligt, om Erstatning derfor ubetinget kunde fordres. Saaledes vilde Den, der kom til Skade ved en Tingreise, som en Andens ulovlige Medfart havde foranlediget ham til at gjøre, ikke derfor kunne kræve Erstatning; ei heller Den, der ved pligtstridigt Forhold er Skyld i en Reises Forsinkelse, drages til Ansvar for den Ulykke, som tilfældigviis møder paa denne Reise, og som, da Skibet, Vognen o. s. v., om Forsinkelsen ei havde været, vilde i ethvert givet Øieblik have befundet sig paa et andet Sted, ei, i det Mindste ei saaledes som den nu er foregaaet, vilde have rammet, dersom den Paagjeldende havde gjort sin Pligt“. Ø. bemærker (n. j. A. 20. B. p. 147), at Grunden til, at Erstatningspligten i foranførte Tilfælde ophører, ingeniunde kan søges deri, at den ulovlige Handling blot har foranlediget, men ikke egentlig foraarsaget Skaden. „Dersom denne Grund“, skriver han, „gjorde Udslaget, saa var, til Exempel, . . . den, der, ved skjødesløs Varetægt, havde foraarsaget, at anden Mands Gods blev stjælet, angerløs. Indenfor de Grændser, der, af andre Grunde, maa antages, er unægtelig den, hvis lovstridige Forhold indeholder en Betingelse eller Medaarsag til en Skade, pligtig at erstatte samme, og Erstatningspligten kan ingeniunde indskrænkes til det Onde, man eene og umiddelbar tilføier sit Medmenneske“.

Saa fremt flere Personer have medvirket til den skete Skade, antager Hurtigkarl, at enhver Skadegjørende, naar det kan oplyses, hvor megen Skade

han har bevirket, kun skal svare til den af ham bevirkede Skade, men at alle de Skadegjørende maa hæfte solidarisk, naar det ikke kan oplyses, hvor stor Skade Enhver har foraarsaget, i hvilken Henseende der henvises til 6—15—6 N. L. 7. Med Hensyn hertil bemærker Ø. (Hdb. 5. B. p. 28—29), at den i Sagens Natur og det nævnte Lovsted hjemlede solidariske Forpligtelse for de Flere, som ere medskyldige i en Skadetilføjelse, uden Tvivl maa finde Sted, om endog den Del, Enhver har taget i Handlingens Udførelse, kan afsondres og dens særlige Virkninger bestemmes, forudsat iøvrigt, at Handlingen dog som et Hele er en Følge af en fælles Beslutning. „Ligesom bemeldte Lovens Artikel“, skriver han, „ikke indeholder nogen Indskrænkning i saa Henseende, saaledes er og Enhver især, under den nævnte Forudsætning, Medaarsag til den hele Skade, og maa altsaa være den Skadelidende ansvarlig, og at der gives Medskyldige, kan ikke betage den Fornærmede sin Ret imod hiin, eller nødsage ham til at underkaste sig de Ubeqvemmeligheder og den mulige Usikkerhed, som kunde flyde af at indtale Erstatningen deelviis ved flere Søgmaal. Derimod kan Den, som kun er medskyldig i en Deel af Forurettelsen, f. Ex. Den, der som Hæler har tilforhandlet sig nogle af de stjaalne Koster, kun med Hensyn til denne Deel blive medansvarlig tilligemed Hovedmanden“. Den omtalte solidariske Forpligtelse antages derhos at maatte paahvile de Flere, ikke blot ved forsætlig, men ogsaa ved uagtsom Beskadigelse, saavel som ogsaa i det Tilfælde, at den Ene er forsætlig, den Anden derimod uagtsom Medaarsag til den lidte Skade. — I Henseende til Spørgsmaalet, om den af flere Medansvarlige, som har maattet udrede hele Erstatningen, eller en uforholdsmæssig stor Del af samme, kan søge Skadesløsholdelse hos de

Medskyldige, synes Ø. (Hdb. 5. B. p. 29—31) tilbøjelig til at nægte Regresretten, naar de Skadegjørende have handlet forsætligt, men at indrømme den, naar de have handlet uagtsomt; navnlig finder han det klart, at den, der uforsigtigen har ladet sig forlede til at tage Del i den beskadigende Handling, maa, naar Erstatningen er inddreven hos ham, have Tiltale til den forsætligt Deltagende, eftersom den forsætligt Skadegjørende ogsaa har skadet den, som af Uagtsomhed er bleven indviklet i Handlingen, og egen culpa ikke betager den, som har lidt Skade, Søgmaal imod den, der forsætlig har foraarsaget samme; ligeledes finder han det klart, at den, der ifølge Fuldmagts Natur eller paa Grund af særdeles Lovbestemmelser maa svare til den Skade, hvori han ikke har personlig Skyld, er berettiget til derfor igjen at holde sig til den Fuldmægtig eller Anden, for hvis skadegjørende Handling han har maattet svare, hvilket, som han siger, ogsaa er hjemlet i 3—19—2 N. L. 3—21—2 og flere udtrykkelige Lovbestemmelser.

Naar den Skadelidende ved sin egen Uagtsomhed har givet Anledning til den ham paaførte Skade, mente Hurtigharl, at han ifølge Analogien af 6—10—2 ikke kan fordre Erstatning, men forøvrigt omtalte Hurtigkarl ikke, hvilken Indflydelse det maa have paa den Skadelidendes Ret, at han selv har medvirket til Skaden. Den nævnte af Hurtigkarl opstillede Regel finder Ø. ogsaa rigtig i det Tilfælde, at al Skylden ligger hos den Skadelidende selv, og han fremhæver, at det er et Tilfælde af dette Slags, hvortil 6—10—2 har Hensyn, idet der ikke hos den, der holder Kreaturer, forudsættes nogen virkelig og bevislig Uagtsomhed, for at han kan blive ansvarlig for den Skade, som disse gjøre. Derimod vilde det efter Ø.s Mening være højst uretfærdigt, om den, der forsætlig har tilføjet en

Anden Skade, skulde kunne unddrage sig fra Skadeløsholdelse af den Grund, at den Skadelidendes egen Uagtsomhed har medvirket til den Skade, der er bleven ham tilføjet; en saadan Regel vilde, som han siger, være et Privilegium for den onde Villie til frit at fornærme den, som ikke tog sig ivare. Saafremt baade den Skadegjørende og den Skadelidende have gjort sig skyldige i Uagtsomhed, mener Ø., at Erstatning maa bortfalde, naar Skaden hidrører fra en og samme fælles Handling, hvor Begge ere i lige Brøde, eftersom den Skadelidende i dette Tilfælde ikke kan føre nogen Besværing over den Skadegjørende, men Ø. bemærker dog tillige, at ved Reglens Anvendelse maa de Paagjældendes Stilling mod hinanden og andre Omstændigheder komme i Betragtning. Saafremt Skaden derimod er foraarsaget ved forskellige af hinanden uafhængige uagtsomme Handlingers Samvirkning, formenes Begge at maatte tage Del i Skaden paa samme Maade, som tvende Personer, der ved forskellige uagtsomme Handlinger have medvirket til tredie Mands Skade, begge maa tage Del i Erstatningen.

Angaaende det Ansvar, som en Person uden egen personlig Brøde kan paadrage sig for Andres Handlinger, findes hos Hurtigkarl kun et Par korte og ubestemte Bemærkninger, fornemmeligen vedrørende Ansvar for den Skade, som Ens Børn eller Tjenestefolk tilføje Nogen. Ø. har derimod (Hdb. 5. B. p. 31—34) temmelig udførlig behandlet dette Punkt. Han opstiller som almindelig Regel, at den, der besørger sine Forretninger udførte ved Andre, bør svare til den Skade, som disse med Forsæt eller af Uagtsomhed tilføje Andre ved Udførelsen af dette Ærinde. „Ligesom dette“, siger han, „allerede synes grundet i Sagens Natur, saaledes synes det og at have Hjemmel i 3—19 N. L. 21—2.

Denne Artikels Ord ere for almindelige til at kunne indskrænkes til Ansvar for de Forpligtelser, som Fuldmægtigen indenfor Grændserne af den aabne Fuldmagt (mandatum manifestum), skjøndt mod de ham givne Forskrifter (mandatum arcanum), maatte indgaa paa Mandantens Vegne, og til den Forseelse, hvorved Fuldmægtigen bevirker, at den Mandanten forud paa-liggende Pligt, til hvis Opfyldelse der var givet ham Midler, ikke virkeligen gaaer i Opfyldelse. Ordene betegne al den Skade, Fuldmægtigen, i at røgte det ham betroede Ærinde, ellers maatte tilføie Nogen¹⁾. Han fremdrager derpaa en Mængde forskellige Lovbud, som i forskellige Forhold paalægge Nogen at svare til den Skade, der stiftes af Andre ved Udførelsen af Forretninger, han har overdraget dem. Sluttelig tilføjer han, at det iøvrigt i Anvendelsen ofte kan være meget vanskeligt at trække Grænsen mellem de beskadigende Handlinger, som høre med til Udførelsen af Husbondens eller Mandantens Gjerning, og dem, der ei dertil kunne henregnes. „Klarest“, siger han, „er Ansvarspligten, hvor der handles om Noget, som Husbonden eller Mandanten i Forhold til tredie Mand har paataget sig at besørge; thi at han da, hvad enten han dertil bruger Medhjælp eller ikke, skal forsvarligen besørge hvad han har paataget sig, flyder umiddelbart af hans contractmæssige Forpligtelse“.

¹⁾ I j. T. 12. B. 2. H. p. 235—241 har Ø., i Anledning af Hjelms Bemærkninger i Afhandlingen om Delegation i juridiske Samlinger for 1826 p. 176 ff. (jfr. 390 ff.), nærmere behandlet Spørgsmaalet om Mandantens Ansvar for Fuldmægtigens Handlinger, og han har her blandt Andet gjort opmærksom paa, at Ordet „derudi“ i 3—19—2 N.L. 3—21—2 ikke, som den nævnte Forfatter forudsatte, gaar ud paa Handlingens Overensstemmelse med Fuldmagten, men kun skal betegne, at det er i den betroede Forretnings Udførelse Fuldmægtigen har forset sig.

Med Hensyn til den Skade, som Kreaturer forårsage, var, som allerede berørt, Nørregaards Lære den, at Kreaturerne Gjerninger ere begrundede i en Selvvirksomhed hos dem, og at den Beskadigede derfor efter Sagens Natur maa være berettiget til at søge Erstatning i selve det beskadigende Kreatur. Herigjennem kom Nørregaard til lignende Regler som Romerretten, nemlig at Kreaturets Ejer enten skal erstatte Skaden eller ogsaa udlevere Kreaturet, og at Erstatningen ikke kan overstige Kreaturets Værdi. Overensstemmende hermed fortolkede han Lovens Bestemmelser i 6—10; en Støtte for den Regel, at Erstatningen ikke kan overstige Kreaturets Værdi, fandt han i Kilden til 6—10—5 Christian den 4des Norske Lov Landsleiebalken, Cap. 33, hvor det hedder, at det dræbende Kreatur ikke kan forgjøre mere end sig selv. Imod denne Nørregaards Mening, der forøvrigt ogsaa deltes af Dons (3 D. p. 211—212) og af Brorson¹⁾, havde Ø. allerede udtalt sig i Suppl. 1. B. p. 99—100. Han anførte her, at den Slutning, der gjøres fra Kilden til 6—10—5, er urigtig, idet de Ord af denne, der indeholdt den ommeldte Regel, netop ere udeladte i 6—10—5, samt at 6—10—2, 3, 4 og 6 og forskellige andre Lovbud vise, at Christian den 5te ikke har vedkjendt sig Principet *noxa caput sequitur*. Dette udvikles nærmere i n. j. A. 22. B. p. 127 ff. og Hdb. 5. B. p. 35 ff.; det vises her, at det ikke altid er Ejeren, hvem det paahviler at erstatte den Skade, som Kreaturet har gjort, idet saadan Forpligtelse ogsaa kan komme til at paahvile den, til hvem det er udlaant eller udlejet, eller som har stjaalet det eller paa anden Maade mod Ejeren Villie bragt det ud af hans Værge, ligesom heller ikke den, der har erhvervet Dyret, efterat det

¹⁾ Jfr. hans Fortolkning af Chr. V.s Lovs 6te Bog p. 246—247.

har gjort Skade, kan drages til Ansvar for den Skade, som Dyret har foraarsaget, inden han erhvervede det. — Paa de nævnte Steder har Ø. endvidere behandlet forskjellige andre Spørgsmaal vedrørende Erstatning for den Skade, som foraarsages af Kreaturer, eller som bevirkes ved Personers livløse Ting. Endelig har han udførlig udviklet, dels hvilke Arter af Skade, der kan blive Tale om at tilkjende Erstatning for, dels paa hvilke Maader Erstatningen kan blive at fastsætte, samt hvilke Momenter der komme i Betragtning ved Bestemmelsen af dens Størrelse.

Om de Forfattere og Kunstnere tilkommende Rettigheder.

I en Afhandling „Om Eftertryk; med Hensyn til de nyeste Forhandlinger om denne Gjenstand“ i j. T. 7. B. 2. H. p. 164—220 (1823) har Ø. behandlet den Forfattere tilkommende Ret til at forbyde Eftertryk af deres Værker. Der herskede dengang, ligesom forøvrigt ogsaa langt senere, hos udenlandske Forfattere stor Uenighed ikke blot om, hvorledes Forbudet imod Eftertryk skulde begrundes, men ogsaa om Eftertryk overhovedet burde være forbudt. Med Hensyn hertil skriver Ø. Følgende (p. 164—165): „Det hører til de mærkelige Phænomener i den literære Verden, at der endnu ikke er opnaaet nogen eenstemmig Mening angaaende Eftertryks Tilladelighed. Det synes, at Rets- og Sædeligheds-Følelsen saa umiddelbar fordømmer denne Handlemaade, paa hvilken og alle Skjændselnavne ere blevne udøste, at en Meningsulighed derom ikke kunde være tænkelig; og dog har der, i over hundrede Aar, været en levende Strid mellem Skribenterne for og imod Eftertryk. Striden er ikke blot gaaet ud paa, hvorledes Eftertryks Utilladelighed skal hidledes af Naturrettens Grundsætninger; dette vilde ikke kunne undre den, som veed, at der og hersker

den største Meningsulighed med Hensyn til Grundpunkterne for det retlige Samliv, f. Ex. Eiendomsretten og Forbunds forbindende Kraft. End ikke har den indskrænket sig til det Spørgsmaal, om Eftertryk strider imod den egentlige Naturret. Heller ikke det kunde opvække synderlig Forundring hos den, der veed, hvor vaklende endnu Grundbegreberne ere om denne Videnskabs Væsen, og at det, til Exempel, ogsaa er omtvistet, og, efter de herskende Forestillinger, med megen Føie, blevet omtvistet, om Eiendomsretten har Hjemmel i Naturretten, eller blot er en politisk Indretning. Men, hvad der gjør hiin Strid til et ganske særegt Phænomen er, at man og strækker den til Eftertryks moralske Tilladelighed, at medens de Fleste ikke tage i Betænkning, med Luther, at henføre Eftertrykkere blandt Tyves og Røveres Tal, saa ere der dog ikke faa Mænd af Indsigt og Anseelse, der paastaae, at Eftertryk heller ikke i sig er umoralsk, men at sammes Moralitet eene og allene beroer paa individuelle Forhold. At der, forsaavidt Undersøgelsen gaaer ud paa, hvad en positiv Lov bør foreskrive i Henseende til hiin Gjenstand, kan være Tvivl om de nærmere Bestemmelser, slig Lov kan modtage, ja at man endog finder Vanskeligheder i at gjøre Eftertryk til Gjenstand for en positiv Lov, er meget naturligt. Man kan heller ikke just undre sig over, om Nogen finder Betænkelighed ved, at en Stat forsikkrer andre Staters Skribentere og Forlæggere imod Eftertryk, naar ikke fremmede Love yde dens Borgere samme gjensidige Beskyttelse. Men, at det endog kan paastaaes, at Videnskabelighed og Oplysning vinde ved Eftertryk, fordi samme, ved at nedstemme Bogpriserne, gjør flere deelagtige i Literaturens Frembringelser, det er mærkeligt“.

Ved de foranførte Bemærkninger har Ø. egentlig

kun havt den udenlandske Litteratur for Øje. For Danmarks og Norges Vedkommende havde Lovgiveren som bekjendt tidlig (Frd. 7. Januar 1741) og tidligere end i flere andre Lande beskyttet Forfattere imod Eftertryk. I den dansk-norske Litteratur var Spørgsmaalet om den nærmere Begrundelse af Forfatterrettighederne kun meget lidt behandlet. En Undersøgelse af det nævnte Spørgsmaal findes i en Afhandling af C. Fr. Lassen i „Philosophiske Afhandlinger til Sandheds, Dyds og Smags Udbredelse“ 1. Samling (1798) p. 210—302; og ganske kortelig er Spørgsmaalet behandlet i Schlegels Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger 2. Udg. 1. D. p. 277—279. Begge de nævnte Forfattere sluttede sig i det Væsentlige til Kants Begrundelse af det Utilladelige i Eftertryk. Efter Kant er en Bog et Redskab, hvorved Forfatterens Tale overbringes til Læserne; naar denne Tale forelægges Publikum af Andre end Forfatteren, optræder Vedkommende i Forfatterens Navn, og hertil kan han ikke være berettiget, medmindre han har en Fuldmagt eller et Mandat fra Forfatteren; en saadan Fuldmagt eller Mandat har den retmæssige Forlægger, men derimod ikke Eftertrykkeren, og denne handler derfor retstridig og siges at gjøre sig skyldig i Brugs-tyveri (efter Lassen Brugsran).

Imod denne Begrundelse af Eftertryks Retsstridighed udtalte Ø. sig i n. j. A. 21. B. (1817) Note p. 17—19; han bemærkede her, at der Intet kan anføres imod, at jeg beretter, hvad en Anden har sagt mig, naar ikke det Modsatte er betinget, og at der gives mange andre Benyttelsesmaader af et Skrift, der ligeledes indeholde Gjentagelser af Forfatterens derigjennem holdte Tale til Publikum, men som ikke stride mod hans eller hans Befuldmægtigedes, Forlæggerens Interesse og, som Følge deraf anses, for tilladelige. „Over-

alt“, skriver han fremdeles, „har en Forfatter, ved at udgive sit Skrift, selv villet, at den deri indeholdte Tale skulde komme til almindelig Kundskab; mod Talens Gjentagelse, i og for sig selv, kan han altsaa intet have; kun naar det skeer paa en Maade, som han enten udtrykkelig har protesteret imod, eller som han, efter Sagens Natur, ei kunde samtykke i, har han Føie til at besvære sig. Ogsaa giver hiin Kantiske Beviismaade Anledning til adskillige andre Tvivl, f. Ex. om Eftertryk er utilladeligt, naar man lader Skriftet udgaae uden Forfatter-nævnelse (med falsk Forfatter-nævnelse, blev det, fra en anden Side, Forbrydelse)“. — Ø.s egen Opfattelse af, hvorledes Retsstridigheden af Eftertryk skulde begrundes, findes allerede tidligere antydet i en i Collegial-Tidende for 1815 p. 489—492 optagen, af ham og Medudgiveren underskreven Protest imod, at der fandt Eftertryk af Collegial-Tidenden Sted. Omtrent samtidig hermed havde Ø. Lejlighed til i Cancelliet at udtale sin Anskuelse om det omhandlede Forhold. Der indkom nemlig i 1815 til Cancelliet et Andragende fra en Kunsthandler om Privilegium for sig og Arvinger paa Udgivelsen af nogle Søkort, som han havde besørget stukne. I denne Anledning brevvelede Cancelliet med Admiralitets- og Commisariats-Collegiet, der i den af samme derover afgivne Erklæring blandt Andet ytrede, at det i Tilfælde af, at Udgivere af Land- og Søkort ikke ved de almindelige Anordninger skulde være betryggede mod Efterstik, vilde være nødvendigt, at det kongelige Søkort-Archiv fik Privilegium paa Udgivelsen af de Kort, som derfra allerede vare eller senere bleve besørgede stukne, hvorfor det nævnte Collegium anmodede Cancelliet om i saa Fald at søge et Privilegium udvirket for bemeldte Archiv. Cancelliet afgav derpaa under 6. Marts 1816 en allerunderdanigst Betænkning til

Kongen. Denne Betænkning er conciperet af Ø., og i samme ytres det blandt Andet, at den Lov, der i den omhandlede Henseende fornemmeligen kunde komme i Betragtning, var Frd. 7. Januar 1741 om Forbud mod Eftertryk af Skrifter, men at det maatte anses for utvivlsomt, at dette Forbud ikke kunde udvides til Kunstværkers Eftergjørelse i Almindelighed. Det hedder derefter i Betænkningen: „Den, som efterligner et Maleri, Billedhugger-Arbeide o. s. v., maa derpaa anvende sit eget Talent og Kunstindsigt, hvorimod Eftertrykkeren af en Bog bemægtiger sig Productet af en Andens Sjælsarbeide og ikke giver Noget af sit eget undtagen Papir, Sværte, Typer og de øvrige mechaniske Midler, hvorved det, som udgjør Bogens Væsen, de deri fremstillede Tanker og Følelser udbredes. Heller ikke vil i det foranførte Tilfælde Originalværkets Værd i Handel og Vandel umiddelbar formindskes ved de deraf tagne Copier, som i Grunden blive særskilte Arbeider. Den Forøgelse, en Uvedkommende tillader sig i Exemplarerne af en Bog, maa derimod komme Forfatteren eller dennes Repræsentant, Forlæggeren, til Skade, da de eftertrykte Exemplarer aldeles erstatte dem, Forfatteren eller den retmæssige Forlægger har foranstaltet eller, i Tilfælde af forøget Efterspørgsel, endnu kunde foranstalte aftrykte. Man kan derfor og med Føie ansee det for en stiltiende Betingelse, den oprindelige Forlægger gjør ved at overlade et Exemplar af Skriftet, at samme ei maa bruges til Eftertryk. Til en saadan Benyttelse kan altsaa Skriftets Kjøbere ingen Ret have, hvilket og maa gjælde om dem, i hvis Hænder Skriftet ellers kommer, da disse ikke kunne have en større Ret end den oprindelige Kjøber. Skulde den første Forfatter af et Kunstværk tabe ved, at det copieres, blev dette Tab i al Fald at sætte ved Siden af det, et Skrifts Forfatter kan lide ved Oversættelser,

Compilationer og desl., men ingenlunde staae ved Siden af det Tab, der foraarsages ham ved Eftertryk“. I den nævnte Betænkning reises tillige det Spørgsmaal, om det, saafremt der skulde træffes nye Bestemmelser om Eftertryk, da ikke kunde være tilraadeligt, paa Betingelse af Gjensidighed, at udvide det Forbud, som Frd. 7. Januar 1741 indeholdt mod Eftertryk af indenlandske Skrifter, til Eftertryk af Fremmedes litterære Værker. Med Hensyn hertil hedder det i Betænkningen: „Da det i enhver civiliseret Stat ligesaavel er forbudt at fornærme fremmede Staters Undersaatter, som at fornærme sine egne Undersaatter, saa burde det nok heller ikke være tilladt at skille en i fremmed Stat boesat Forlægger ved de retmæssige Fordele, han kunde gjøre sig af Afsætningen af det Værk, der af Forfatteren er ham overladt til Udbredelse ved Trykken, og saaledes at handle mod det, der efter det Foranførte er en stiltiende Betingelse ved hvert Exemplars Overladelse. Ogsaa er det klart, at de Fordele, en Stat kan gjøre sig ved Eftertryk af fremmede Skrifter, der desuden, som uanstændig, ei bør komme i Betragtning, er ubetydelig imod det Tab, samme lider ved, at dens Borgere behandles paa lige Maade af Fremmede, og Videnskaberne, der ere et fælleds Gode for alle Stater, lide aabenbart under, at der mangler Sikkerhed for, at Forfattere og Forlæggere selv kunne høste Frugter af deres Talent, Flid og Arbeide“¹⁾. Det bemærkes i Betænkningen, at det særlig er af Vigtighed for danske Forfattere at blive beskyttede mod Eftertryk i Norge.

Den Begrundelse af Eftertryks Retsstridighed, som saaledes findes udtalt i den nævnte Betænkning, er

¹⁾ En i denne Retning gaaende Lovbestemmelse udkom som bekjendt først under 7. Mai 1828.

ogsaa den, som Ø. hylder i den omtalte Afhandling i j. T. 7. B. 2. H. Denne Afhandling indeholder nærmest en Gjengivelse af et i Tyskland i Aaret 1823 udkommet Skrift¹⁾, hvori der blandt Andet var givet en Begrundelse af Eftertryks Retsstridighed, der væsentlig stemmer med den, Ø., som anført, tidligere havde fremført; men i de Bemærkninger, hvormed Ø. ledsager sit Referat, indeholdes adskilligt af Interesse. — Den øverste Retsgrund for Forfatterrettighederne, som i det Hele for Ejendomsretten, søger Forfatteren af det nævnte Skrift i det Arbejde, der er anvendt. Dette giver Ø. Anledning til at bemærke, at der vel kunde være en Del at indvende imod, at den oprindelige Retsgrund, hvorpaa al Ejendom hviler, er det derpaa anvendte Arbejde. „Men“, fortsætter han, „hvad der trykker denne Lære, bortfalder dog aldeles, hvor der spørges om en Forfatters udelukkende Ret til at bestemme, hvorledes og i hvilket Omfang han vil have sit Skrift bragt for Publikum. Man kan nemlig imod den Retsgrund, som Bearbejdelsen af en legemlig Ting skal give Nogen til at udelukke Andre fra sammes Brug, med Føie erindre, at han ikke ved vilkaarligen at bearbejde en Ting, kan berøve sine Medmennesker, hvad der af Naturen var et fælles Gode, og at det ikke altid er hans Arbejde, de ville tilegne dem, naar de desuagtet gjøre Brug af Tingen, men at de kun ikke, ved denne hans vilkaarlige Handling,

¹⁾ Dr. Karl Ernst Schmid: „Der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik. Gegen Dr. Ludwig Friedrich Griesinger. Dette Skrift var foranlediget ved, at Griesinger under Forhandlingerne i de Württembergske Stænders Forsamling om en Forbudslov mod Eftertryk og senere i et af ham udgivet Skrift havde forsvaret Tilladeligheden af Eftertryk.

ville forstyrres i at bruge Tingen saaledes, som den er kommen fra Naturens Haand. Men en Forfatters Eneret til sit Skrift er ikke lige Indvendinger underkastet. Denne strækker sig ikke videre, end til det, der ligefrem er kommet fra ham, og som ingen Anden kan have videre Adkomst til, end det, de kunne hidlede fra hans frivillige Handlinger. Det vilde være en meget skjæv Bemærkning, dersom Nogen her vilde sige, at Forfatteren dog ikke skaber Skriftet af sig selv alene, men at baade de Sprogtegn, han benytter, og en Mængde Tanker og Forestillinger, som han meddeler, vare ham givne. Hvad han saaledes har laant af den allerede for Haanden værende Sprog- og Tanke-masse, er Noget, som han ingenlunde kan tilegne sig en udelukkende Ret til; tvertimod giver han, hvis hans Værk ellers er af nogen Betydenhed, dette forøget tilbage til Bedste for det Offentlige. Det, hvortil man tillægger ham en Eneret, er blot den eiendommelige Skikkelse, hvortil han har forarbejdet det, der var ham givet, og denne eiendommelige Skikkelse skyldes dog vistnok ene ham, saa at der ikke kan tænkes nogen bedre begrundet Ret, end den, han har til at foreskrive de Betingelser, hvorunder han vil give sit Skrift fra sig. At nu derhos den Betingelse, at det solgte Exemplar ikke maa bruges til Eftertryk, er en saa naturlig Betingelse, at den altid maa underforstaaes, er indlysende“.

I Henseende til Spørgsmaalet om, hvilken Indflydelse Forfatterens Død maa have paa Forlagsrettigheden til et Skrift, vil Ø. — i Modsætning saavel til det omtalte Skrift som til et Lovudkast, der dengang var forelagt den tyske Forbundsdag, — have skjelnet mellem Rettigheden til uforstyrret af Eftertryk at kunne udsælge det af den Afdøde eller ifølge Kontrakt med ham foranstaltede Oplag, og Rettigheden til at kunne

udelukke Andre fra, efter Oplagets Udsalg at foranstalte et nyt. I den først omtalte Rettighed mente Ø., at Forfatterens Død ikke burde gjøre den mindste Forandring. Tilkom den Forfatteren, ser han ingen Grund til ikke at lade den være Gjenstand for Arv. Hvad dernæst angaar Forlæggerens Ret til, saalænge det Oplag, han med Forfatterens Tilladelse har gjort, ikke er udsolgt, at kunne formene ethvert Eftertryk, saa har denne Ret, naar den vedbliver efter Forfatterens Død, som han fremhæver, ikke sin Grund i Arveretten, men er en Rettighed, der er erhvervet i Forfatterens levende Live, og som er aldeles uafhængig af Forfatterens fremtidige Handlinger, ja endog gjælder imod Forfatteren selv, idet denne ligesaa lidt som nogen Anden er berettiget til at foranstalte et nyt Oplag, saalænge denne Forlagsrettighed varer, som han har overdraget¹⁾. Ø. gjør fremdeles opmærksom paa, at det er aabenbart, at en Bestemmelse om, at Eftertryk uden videre skulde være tilladt, naar der er gaaet et vist Antal Aar efter Forfatterens Død²⁾, vilde kunne have en meget skadelig Indflydelse med Hensyn til Værker af Betydenhed, der kræve et betydeligt Forskud, og for hvilke der ikke saa meget kan ventes en rivende som en vedvarende Afsætning. „Forlæggeren,“ skriver han, „maa nemlig frygte for, at Forfatterens mellemkommende Død kan gjøre det Værk, han har tilkjøbt sig, og hvorpaa han har anvendt store

1) Efter Ø.s Mening skulde det samme gjælde, naar en Forfatter udtrykkelig har overdraget sin Forlægger Ret til foranstalte nye Oplag.

2) Naar henses til Indholdet af det omtalte, Forbundsagen forelagte Lovudkast, maa det antages, at Ø. her har tænkt paa et langt kortere Aaremaal end det, der nu er fastsat her i Landet.

Bekostninger, til Priisgods, førend han er bleven skadeløs for sine Udlæg. Denne Frygt kan afholde en Boghandler fra at inklade sig paa sligt Foretagende, eller dog bevirke, at han ei drister sig til at give Forfatteren et saadant Honorarium, som Foretagendet kunde have taalt, dersom han uden hiin vilkaarlige Indskrænkning var betrygget mod Eftertryk. Der møder og den særdeles Ubillighed, at den Forfatter, der først i en høi Alder eller med nedbrudt Helbred er bleven færdig med sit Værk, maaskee Frugten af et heelt Livs Anstrængelse, maaskee den nærmeste Aarsag til hans svækkede Sundhed, vil lide mere under hiin Indskrænkning end Den, der i sin bedste Alder og i god Helbredstilstand bringer sit Værk i Publicums Hænder. Forlæggeren vil nemlig, med Hensyn til hiin Forfatter, have større Anledning til den Frygt, at en Eftertrykker kan komme imellem, inden han har faaet sit Oplag udsolgt; det kan endog hænde ham, at en ikke ubetydelig Deel af den bestemte Tidsfrist, der regnes fra Forfatterens Død, udløber, inden han bliver færdig med Værkets Trykning. Ogsaa kan hiin Regel lede til adskillige praktiske Vanskeligheder, for Exempel, hvorledes man skal anvende samme, naar Forfatteren er anonym, naar Flere ere Medudgivere eller Medforfattere af Skriftet.“ — Af ganske anden Natur end den nys omtalte Rettighed til, saa længe det tidligere Oplag varer, at forbyde Eftertryk, selv efter Forfatterens Død, er efter Ø.s Mening Retten til efter Forfatterens Død at gjøre nye Oplag af det udsolgte Skrift. „Den Ret,“ skriver han, „som tilkom selve den afdøde Forfatter til nye Udgaver eller Oplag, var en Ret til en personlig Handling, som det aldeles beroede paa ham selv, om han vilde foretage sig eller ikke; og ihvorvel Pengeindtægt mueligen kunde erhverves ved et sligt Foretagende, saa var dog hiin Ret ikke endnu blevet

til en Formuegjenstand. Man vilde sikkert ikke tillægge en Forfatters Creditorer Ret til at lade sig hans Rettighed til tilkommende Udgaver eller Oplag af hans Skrift udlægge, eller at bortsælge samme til deres Fordringers Tilfredsstillelse. Men, kan dette ikke antages, saa kunne heller ikke hans Arvinger, i Kraft af det almindelige Begreb om Arv, tilegne sig nogen Ret til nye Oplag eller Udgaver af Arveladerens Forfatter-Arbeide; men hvad Lovene i saa Henseende tilstaae dem, er blot en særegen Begunstigelse, der vel, formedelst sin Liberalitet, kan fortjene alt Bifald, men som dog taaler, ja fordrer visse særdeles Indskrænkninger og nærmere Bestemmelser. At sætte den afdøde Forfatters Ret til at gjøre nye Oplag og Udgaver af sit Værk ved Siden af enhver anden Formuegjenstand, som han efterlader sig, vilde blandt andet føre til den Uleilighed, at denne Rettighed, for at komme Arvingerne og, i fornødent Fald, Creditorerne forholds-mæssig lige tilgode, maatte sælges til den Høistbydende; hvilket deels formedelst Uvisheden af, hvor vidt der nogensinde vilde opstaae Trang til et nyt Oplag, ikke vilde lede til noget fordeelagtigt Resultat for de Vedkommende, deels ikke altid vilde bringe denne Rettighed i en Persons Hænder, som kunde ventes at ville afbenytte den paa en med Literaturens Gavn og den Afdødes Ære stemmende Maade. Dersom Rettigheden skulde bevares, indtil der blev Anledning til at benytte den, saa vilde der i den Forudsætning, at den skulde betragtes som andet Arvegods, opstaae den Vanskelighed, at den ikke altid vilde tilkomme Den, som, efter de til den Tid bestaaende Forhold, var den Afdøde nærmest, men at man maatte gaae tilbage til Dødsdagen og tillægge hans imidlertid afdøde Arvingers Arvinger eller Creditorer Andeel deri. Heraf kunde flyde mange Forviklinger, Uvished om, hvem

de berettigede vare, og Vanskelighed i at bringe en fælles Beslutning, for ikke at tale om en fornuftig Beslutning, tilveie. Det Retteste turde derfor være, at en Forfatter maatte være beføiet til, ved sin tilkjendegivne Villie, ogsaa mortis causa, at overlade den ham tilkommende personlige Ret til nye Oplag og Udgaver til hvem han fandt for godt, og det uden Hensyn til, om han iøvrigt, og naar hiin Rettighed betragtes som en Gjenstand af Pengeværdi, var, efter Lovene og sine Familieforhold samt sin øvrige Formuestilstand, beføiet til at borttestamentere samme; hvilket og bør være tilladt, med Hensyn paa efterladte utrykte Manuskripter. I Mangel af en saadan Villiestilkjendegivelse fra den Afdødes Side, burde hiin Ret i alt Fald kun tillægges hans Enke eller Børn, men ingenlunde andre Arvinger, og det kunde endog være Spørgsmaal, om det ikke var bedre, at det havde sit Forblivende ved hiin Ret til at overdrage, hvem han vilde, efter hans Død, at gjøre nye Udgaver eller Oplag af hans Værk, da det maatte formodes, at han altid vilde unde sin Familie denne Ret, hvor han fandt, at det kunde være til Gavn for samme og ikke til Skade for Literaturen.“

Det er allerede tidligere anført, at det i den ovenfor omtalte, af Ø. conciperede Betænkning af 6. Marts 1816 blev gjort gjældende, at Frd. 7. Januar 1741 ikke kunde udvides til Kunstværkers Eftergjørelse i Almindelighed. I Forbindelse hermed hedder det i Betænkningen: „Men Efterstik af Kobber i Særdeleshed synes dog snarere at have Lighed med Bøgers Eftertryk end med Kunstværkers Copiering. Skjøndt den, der efterstikker et Kobber, derpaa anvender en Kunst, han selv besidder, saa er denne Grad af Kunsten dog kun underordnet, og det Væsentlige tager

han fra den oprindelige Forfatter, hvilket især synes at gjælde, hvor der spørges om Land- og Søekorter, ved hvis Formerelse formedelst Kobberstikkerkunsten det mere kommer an paa blot mekanisk Nøiagtighed end paa æsthetisk Kunst og Skjønhed, der ikke spiller en synderlig større Rolle her end i Bogtrykkerkunstens Værker. Men hvad der især er vigtigt, ved Kobberstikken, ligesom ved Bøger, kan Exemplarernes Antal uden betydelig Møie formeres, naar først det Arbeide er iværksat, som kræves til at frembringe eet Exemplar, hvorfor og Prisen beregnes efter en Afsætning af en Mængde Exemplarer, paa hvilke Udgifterne og Honoraret fordeles, saa at Efterstik aabenbart skader den, der har gjort det første Oplag, og man følgelig her, ligesom med Hensyn til Bøger, kan ansee det som et stiltiende Vilkaar mellem ham og Kjøberen, at sliig Brug ikke maa gjøres af det denne overladte Exemplar. Af alt det foranførte vil allernaadigst erfares, at der er meget betydelig Analogi mellem Bøgers Eftertryk og Efterstik af Kobbere og i Særdeleshed Korter, men at Ligheden dog ikke er saa fuldstændig, at man med Sikkerhed kan regne paa, at Domstolene, i paakommende Tilfælde, vilde lade den gjelde for tilstrækkelig til at udvide Forordningen af 7. Januar 1741, ligesom det heller ikke er Cancelliet bekjendt, at Spørgsmaalet hidtil er besvaret ved Domstolene. Hos Skribenterne over denne Materie er det og meget almindeligt, at Bøgers Eftertryk erklæres for en uretmæssig Handling, uden at det samme antages om Efterstik af Kobbere“. Den omtalte Betænkning førte til Udstedelsen af Kgl. Bekjendtgjørelse af 10. April 1816, hvorved det forbødes at efterstikke og falholde de af det kgl. Søkort-Archiv udgivne Karter, men forøvrigt fandtes der dengang ikke Anledning til at foretage

videre med Hensyn til de i Betænkningen omhandlede Spørgsmaal.

I 1834 rejstes imidlertid atter Spørgsmaalet om en Beskyttelse for Kunstnere imod Efterligning af de af dem forfærdigede Kunstværker. Ø. udtalte da i tvende af ham afgivne Betænkninger, at Billighed og Hensyn til at opmuntre Kunstfrembringelser kunde motivere Lovgiveren til ogsaa at give de æsthetiske Kunstnere en vis Beskyttelse mod deres Arbejders Eftergjørelse, lig den Beskyttelse, der ved Patenter gives Opfindere i det mekaniske og industrielle Kunstfag imod dem, der, ved strax at udføre aldeles lignende Arbejder med dem, de havde opfundet, vilde skille dem ved Opfindelsens Frugter. Men denne Beskyttelse for Kunstnere burde efter Ø.s Mening, i Lighed med den Beskyttelse, der i det andet omtalte Forhold tilstodes ved Patenter, kun være temporair, „og det saa meget mere, som bedre og fuldkommnere Arbejder let kunde forhindres derved, at den, der først havde litographeret et Maleri eller gjort Afstøbninger af et Sculpturarbejde, kunde forhindre ethvert andet Stik eller enhver anden Afstøbning af hans Kunstværker, saalænge han kunde vedblive at levere Exemplarer“. Den temporaire Eneret antog han ogsaa for at være tilstrækkelig til at yde den Vedkommende Betryggelse for en billig Indtægt. — Der kunde imidlertid efter Ø.s Mening kun være Tale om at beskytte Kunstnere imod saadanne Efterligninger af deres Kunstværker, som ske ved Kobberstik, Lithographi, Afstøbninger eller nogen anden lignende Kunst, der tilsteder ved blot mekaniske Midler at frembringe et stort Antal Exemplarer, hvorimod han t. Ex. ansaa det for utvivlsomt, at Enhver turde kopiere et Maleri. I Overensstemmelse med disse Grundsæt-

ninger udarbejdede han et Lovforslag, der efter at have været forelagt Provinsialstænderne og derefter ændret paa enkelte Punkter, senere ophøjedes til Lov (Frd. af 13. December 1837, jfr. Coll.-Tid. for 1838 p. 35 ff. og Tidende for Forhandlingerne ved de raadgivende Provinsialstænder for Østifterne 1835—1836 p. 145 ff).
