



Danskernes Historie Online

Danske Slægtsforskeres Bibliotek

Dette værk er downloadet fra Danskernes Historie Online

Danskernes Historie Online er Danmarks største digitaliseringsprojekt af litteratur inden for emner som personalhistorie, lokalhistorie og slægtsforskning. Biblioteket hører under den almennyttige forening Danske Slægtsforskere. Vi bevarer vores fælles kulturarv, digitaliserer den og stiller den til rådighed for alle interesserede.

Støt Danskernes Historie Online - Bliv sponsor

Som sponsor i biblioteket opnår du en række fordele. Læs mere om fordele og sponsorat her: <https://slaegtsbibliotek.dk/sponsorat>

Ophavsret

Biblioteket indeholder værker både med og uden ophavsret. For værker, som er omfattet af ophavsret, må PDF-filen kun benyttes til personligt brug.

Links

Slægtsforskeres Bibliotek: <https://slaegtsbibliotek.dk>

Danske Slægtsforskere: <https://slaegt.dk>

Anders Sandøe Ørsteds Betydning

for

den danske og norske Retsvidenskabs Udvikling

af

C. Goos. J. Nellesmann. 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 „Supplément 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 Anskuelse, 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 Tary, 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⁾ Forrelæsnings 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 Mühlénbruch (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 henvførte 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 bekjendt 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 undgaaes, 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 staar 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, „forsaavidt 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 Lovkraft, 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 desaaarsag 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 ufuldkomnere og usikrere er Retstilstanden. Dersom man ubetinget vilde antage, at ethvert af de enkelte dømmende Individuer 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 forårsage, 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 tvivlsomt 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 sjældent 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 Højesterets 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 Højesterets Bifald. En Undtagelse gjøre vel de enkelte Tilfælde, hvor Sagen, formedelt 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 Højesteret 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 sliq 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 givet 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, begrundes 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 Undersaatterne, 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 Declaration 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 skjælnes 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 havt 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 Ophævelse 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) Indl. § 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 bekendt 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-gjældende 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 1. 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 afficereres 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 Paagjældende 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 Paagjeldende 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 Indskrækning 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 exempelvis 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 Mellemløbet, 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 brøstholden, 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 Fremstilling, 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 opnaaet 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, hvorved 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 fyldestgjørende. 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 Myndigheden“. 1)

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 authentisk 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 blevene 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 blevene opstillede, eller de Resultater, som deraf ere udledede“. Som den udførligste og, saavidt ham 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 foreskreven 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 foretagen, 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 Afhandling „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 naturligvis 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 forskellige, 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 forskellige Arter af juridiske Handlinger, og i begge disse Henseender lægge forskellige 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 particulare 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 gjenngaar 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 Negerslave, 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 udledede 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 østerriigske 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 (Ejers) 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 forskjellige Fortolk-

¹⁾ Jfr. Dons 1. D. p. 39—48, Kongslev 1. B. p. 246—256, Nørregaard §§ 40—53, samt hans „Naturrettens 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 forskellige Maader, hvorpaa Lovbud kunne blive at fortolke, og 4) han har angivet de Betingelser, hvorunder en analogisk Anvendelse kan tilstedes. Disse forskellige Retninger skulle nu nærmere omtales.

1. Naar man erindrer, hvilken betydelig Vægt Romerretten 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 (∅: 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 Conseqvents 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 conseqvent 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 Retslære 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 skjelner 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 bekendte. 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 Fortolkningers 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. 13 - 35 antoges at skulle komme alle private Officiner 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 facta 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 forstaas 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 sjældent, 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 Væddemaalene 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 Analogie“); 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, hævde 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. Toldtariffer 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 fordres 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 Mindre-aarige 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 hertil 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 Sørret 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 Arvegoods. 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 Præmisser 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 fordrø Betaaling, 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 utiladelig 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 hævde havt 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 indlade 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 have; 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 tilsagte 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 væsentligt Bidrag til en rigtig Fortolkning af dette Lovsted; 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 tredje 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 tredje 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 paadrage sig Ansvar, fordi han ikke vilde benytte denne Leilighed til at berige den Mindreaarige paa tredje Mands Bekostning“.

Naar en Mindreaarig paa egen Haand har kjøbt 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 slikt 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 forhadet 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. Førøvrigt 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 mangan 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 Individder, 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 Individder, 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 Betegnellesmaade dog ikke blot tjenlig, men endog saa godt som nødvendig“. Sóm 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 Individer, hvoraf Interessentskabet bestaaer. Om disse end ere ham factisk bekendte, 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. Individerne 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 Mackeldeys „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 Mackeldeys.

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 Viikaar 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 Efterslægtens 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.



Familieretten.

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 Qvindespersion, i det

¹⁾ Hesselberg p. 68, Hedegaards Kommentar til Chr. V.s Lovs tredie Bog (1774) p. 446 og 541, Dons 1. D. p. 296 jfr. p. 269, Kongslev 1. 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“. Omtrønt 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 Ufyldstgjørende 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 (o: 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 bekendte 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 indgaa 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. Saafremt dette var Tilfældet, maatte og Ægteskabet ophøre, naar Børn ei længere kunde ventes, og ingen uopdragne Børn vare tilbage; thi om den fælles Medhjelp, 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 Kjønssforskjelligheden, under offentlig Auctoritet indgaet 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 forskjellige Meninger om, hvorvidt der ved en Overenskomst (mellem Upriviligerede) 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 forskjellige 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-Udtog“ 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 Beskadigede 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 erstatte“. 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 saa ung Alder, at Medkontrahenten 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 svingagtig 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“.

Forsaaavdt 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 væрге sig med Eed, hvilken Eed, efter §§ Indhold, ei kan have anden Gjensstand, 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 fyldestgjørende 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 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 forstaaes om de forbudne Grader, der ikke ere nærmere end Søkendebørn, 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 Brorsons 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 gjøre 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 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 undrage 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 existerer 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 Væрге, 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 Væрге 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 forskjellige Formuede, 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 Kirkelovens 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 forskellige Retslærere fremsat under forskellige 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 Forelæsningskommer 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 fysiske 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 uomgjængeligen 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 fysiske 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. 2 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, udleedes 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-Ussing³⁾ 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
denns § 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 Fædre-
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-Udvalg 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 Tvangsplicht, 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 nødtøftige 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 Fuldbgyrdelse. 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 Inkonsekvensen, 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 for 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 gjorde Anordning¹⁾, — hævdet, 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 Væрге 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 betroe 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 Brødrer 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 værge, 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 Værgen 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 krænkede, 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 Værgen 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 testamentarisk 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 Myndlingen

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 Ihænde­haveren 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 Mindé ej maa sælges, kvitteres eller pant­­sættes. Derimod var han ikke enig med Algreen­Ussing¹⁾, 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 forkynnder 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 ingenlunde 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 forskjellige 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 gennem 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 sikkret 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 forskellige andre Forslag vedrørende Vindicationsretten begrunder han nærmere i den nævnte Afhandling. I den næste Afhandling i samme Hæfte tager Gönner Ordet for, at Gjældsbreve, som lyde paa Ihændehaveren, 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, Pæntsætning 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 naturligt 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 forskjellige Staters Lovbøger, hvori der indeholdes flere Bestemmelser om Indskrænkningsretten 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): „Saafremt 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 sjældent 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 Pantsætter 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 Pante-registrene 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 hypothe-kariske Forskrivninger, i nogle ogsaa Afhændelsesdokumenter, skulle indtegnes 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 Forpagtningskontrakters 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. Saadan 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 bekjendt 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 begrundes 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 Kreditorer ¹⁾ 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 lovbestemte 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 præsumptive 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 Hævd⁴. 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., Kongslev 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 paavises 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 Ejendoms mænd 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 Forretnings sproget 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 Sndring 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 Erhvervelsesmaader 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 Sansverdenen 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 Singularsukcession 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 Betryggelse; 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 Tingen, for en lang Række af Aar, har tilhørt ham, eller nogen, i hvis Sted han træder, uden at det kan oplyses, at den senere lovligen 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 Sammenstyrtning 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, Sammenblandelse 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 Tilvækter 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 Eien- dom, som han forhen havde, dens forandrede fysiske 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 omtaltes,) 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, omtaltes 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 Ejers 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 Søgmaal 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 Concurs, 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 Combinationer, 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 havt 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 Materialier, 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 staar 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 Vidtløftighed 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. Til. § 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 forskellige 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 svingagtige 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, saasomt 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 svingagtige 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 svingagtige 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 sving-

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 Overensstemmelse 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 gjennem søge 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 gjennembryde 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 frem- mede Naturretslærere var det imidlertid indtil henimod Slutningen af forrige Aarhundrede nærmest den alminde- lige Mening, at Besiddelsens Overgang ikke var nød- vendig til Ejendomsrettens Overførelse²⁾, og dette an- toges ligeledes af de fleste af de dansk-norske For- fattere 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 Efterret- ninger“ 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 na- turæ et gentium“ § 320 og Høpfner „Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker“ 6. Aufl. (1795) § 80; der nævnes i det sidst anførte Værk forskellige 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 Eien-
doms 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 Ihænde-haveren 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 Overeenskomst 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 tredie 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 gennemgaaer 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 uberetiget 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 Ejendommen, og det heller ikke overleveres med nogen Højtidelighed, ligesom dets Tinglæsning, hvorved Erhvervelsen 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 Surrogat for fysisk Overleverelse; thi deels kan det ingenlunde 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 dernæst til Støtte for Nødvendigheden af Overleverelse ved Overdragelse af Ejendomsret over rørlige Ting paaberaabte sig, at Ejendomssikkerheden, hvis Overleverelse ikke fordredes, for en stor Del vilde bortfalde, 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 forskellige 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 Gjældsbrevet, aldeles vilde ophøre, saafremt et saadant kunde overdrages ved en Cessionsact, uden at Gjældsbrevet 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 Gjældsbrevet 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 Fordringsrettighedens 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 Entwicklung 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 Servitutens 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 Frømstilling, uagtet denne vanskelig lod sig forene med de fra Ø.s Værker optagne Læresætninger.

Gjeldsbrevet, som han lovligen maatte have, og at Ihændeoveren 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 glemt 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 svingagtige 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 Tinge 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 Forlehnning 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 Besiddér 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 præskriberes 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 I. 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 forstaaes 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 tilbagehævdtes 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 fordrø 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 naturligvis 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 (∴ 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, ingeniunde 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. (∴ 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 Panthaveren, 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 Præs-
 kriptioen ikke passende kunde anvendes paa de Gjælds-
 breve, hvorved Underpant sættes, efterdi disse efter
 Loven skulde tinglæses, 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. Forsaaavdt 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 Gjeldsbreve i Almindelighed, maa
 og gjelde om det Slags Gjeldsforskrivninger i Særdeles-
 hed, som ere forbundne med Pant“. „Ethvert Pante-
 brev“, 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 gjelder 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 Gjeldsbreve, saa vilde
 det være passende i 5—7 at fremsætte den i saa
 Henseende fornødne Undtagelse. Men, naar der ei
 skulde gjelde andet om Pantebrevs Præs-kription, 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 Rentefoden 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—38 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 (corrueute obligatione principali, etiam corruiit 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 berettigge 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 Lassen²⁾, 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, ingenlunde vare afgjørende, og han skriver fremdeles herom i Hdb. 4. B. p. 355—356: „Naar jeg antager, at denne sidste Artikel“ (c: 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 ingenlunde 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 σ : 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 Gjælds-forskrivning, 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 Gjældsbreve's 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 Gjælds brev 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 Kautionisten 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 Fornylesmaader 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 Fornylesmaader, der opløse sig i en af disse Handlinger. Som en Fornylesmaade, 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

Forfattere ¹⁾ 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 lovlig 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 købe Ejendommen eller laane deri, naar ikke den Hævd, hvorpaa Besidderens Ejendomsret skal grunde sig, paa en autentisk 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 imødegaaer 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 Siags 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 Lejemaaletider 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 „Anmærkninger til 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 Tinge, 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 Krænkelser, 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 Aftandlingen 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 frømdedes, 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 Besiddelsestagselse 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 Pengeac-tiver, faa en yderligere Fasthed derved, at der om samme gives en Paategning paa de pantsatte Obligationer. Derimod mener Ø., at det saakaldte constitutum pos-sessorium 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, be-holder aldeles den samme juridiske Karakter som for-hen. „Den Beskyttelse“, siger han videre, „som Lov-givningen har villet give tredie Mands Ret ved at stille de to Alternativer for rørlige Tings Pantsætning, Overleverelse eller et tinglæst Document, vilde derhos al-deles forfeiles, naar haandfaaet Pant kunde stiftes ved en saadan Omgangsmaade som omspurgt. Den vilde og me-get 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 Over-leverelse, som der er givet med Hensyn til Pantsæt-telse.“ „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 Haandpant-haverens 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, for 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 blevne 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 imødegåar 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 jyske Lov II. 114 indeholdt fælles Bestemmelser om Gjømmerens 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 Gjælds-brev, dog naar det sælges eller pantsættes til tredje 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 Panterettighed 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 gjelde 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 paa viser 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 Panterettighed 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 Ladningen 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 tilfredsstillet 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- Oversamt 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 forøvrigt 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 Præmisses 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 Panterettighed. 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 succesive 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 dettes Retsvirkninger vare, har Ø. gjentagne Gange gjort til Gjenstand for udførlig Under søgelse, 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 samtidigt 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 Pante-rettighed 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 Pante-rettighed; 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 sequestrere 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. paaviser 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 henhøre dem mellem de lovbestemte Panterrettigheder. Ø. giver derefter en udførlig Fremstilling af de forskellige 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 Værge¹⁾“. 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 Overeenskomst 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 forauktionere 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 hypotheceret 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 Afgivelse 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 Respondentialaan 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 nævnedes Forfatterne før 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 Mynlighed; 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“ (c: 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 Ligeegyldighed 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 Bodmerie-laanets Nødvendighed. Det er derimod vist, at Bodmerie-laanet, 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 Hen-seende 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 paa-viste, at der ingen Hjemmel haves til at indskrænke bemeldte Lovbestemmelse paa den nævnte Maade, men at Lovstedet ligesaa vel maa hjemle Ophøret af For-dringen 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 Løve 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 forsaavidt 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 Naturretten ¹⁾).

En obligatorisk Ret eller, — som den dengang baade her og andetsteds ofte blev kaldt, — en Ret til Tingen (jus ad rem) defineredes hos Nørregaard ²⁾ 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 Modsætning 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 forskjellige 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, Nørregaaard § 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 indgaa af Umyndige eller Afsindige. Saafernt 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 Gjerningen (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. Hødegaards 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 Ting 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 Ting 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 Paagjeldende 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

Contraahenterne 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 Medcontraahent. 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 Medcontraahent, 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 Conjunctioner 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 Medcontraahent de Rettigheder, Contracten har tilsagt ham, fordi hans Medcontraahent af tredie Mand er bedraget, indlyser endvidere deraf, at selv den ved Medcontraahentens 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 findes 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 tillagte 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 Strengthed“.

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 begrænse den Vilkaarlighed, som ellers tilkommer Parterne i at bestemme Omfanget af de Forpligtelser eller Rettigheder, som de ved Contracter ville paadrage sig eller erhverve. At her ingen modsat Overenskomst 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 Øiemeed 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 I. 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.

Virksomheden 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 Ihænde­haver 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 authentisk 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 hiin 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 Gjælds brev 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 indsigtsfulde 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 beqvemmeste Middel til at reise Laan hos de offentlige Instituter, der ei udlaane 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 begrunde 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 Bestemmelsen i Frd. 28. Juli 1841 § 1 in fine. I Henseende 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 Overensstemmelse med hvad der var foreslaaet af Ø., at det vistnok er „aldeles overensstemmende med Grundsætningen i Frd. 9. Februar 1798, at slige Effecter“ (∴ Statspapirer, Actier og private Obligationer), „under Forudsætning af, at der ikke er meddelt samme Paategning 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 forstyrrende for Omsætningen af deslige Effecter saavel som for disses Pantsætning, om Kjøberen eller Pant-haveren kunde være udsat for at lide under de almindelige 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 Debtors 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 Gjældsbrekets særegne Karakter som Omsætningsmiddel nævner Ø., at Debitor, der betaler til den, som er i Besiddelse af et Gjælds-brev 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 forvise 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 Gjælds-brevet 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 Lovenes 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 Gjælds brevet, 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 Gjælds brevet eller tage det til Pant, kan se sig for og ikke behøver at indlade sig med Besidderen af Gjælds brevet, 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 fordrø, 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 Interesserede 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, skjelner 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 Fuldbyrdelsen. 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 virkelige 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 bekjendte, 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 forsikkre Erhververen om et vist Quantum, 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, forsaavidt 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. Saafernt 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 Væderlag, 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 godtgjøre eller opgive nogen rimelig Grund, hvorfor han, naar hin Mangel havde været ham bekjendt, aldeles ikke vilde have indgaaet Kontrakten, medens en saadan 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 Tilfælde af, at den solgte Ting ikke har de betingede eller forudsatte Egenskaber, forudsat at der ikke foreligger dolus eller culpa fra hans Side; derimod anser han det for tvivlsomt, om Sælgerens Ansvar ikke gaar videre i Tilfælde af Vanhjemmel i Ordets snævrere 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 Kjøberen det Tab, som han ellers maatte have lidt, t. Ex. Omkostninger 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, hvorefter 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 sligt Tilfælde endog skulde være pligtig at erstatte de Fordele, som hans Medcontrahent 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 skjelnedes 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 Gjælsbrevets 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 Kjøbereren“, 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 uvedkommende 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 Ansvar 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 ingenlunde 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 Nødtilfælde 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 bekendt. Naar saaledes Nogen antager til sine Forretningers Udførelse en Person, der, efter Alder eller andre fremlysende eller hiin Person specielt bekendte 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 uidentvigt 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 iigger 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 Tiiregnelighed 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 Strenghed, 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 gjorde 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 Vægring 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 gør 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 Forpligtelse 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 stiltiende . . ., eller og Lovene særligen have tilladt en Contractant, i visse Tilfælde at træde tilbage formedelst forandrede Omstændigheder . . ., eller hvor physiske Hindringer (f. Ex. Sygdom) eller høiere Pligter ei tilstede Contractans 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 hidledes 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 Forpligtelse for ophævet; det lærtes saaledes, at Mangel paa Kontraktens nøjagtige Opfyldelse fra den ene Side maatte berettigede Medcontractanten til at gaa fra Kontrakten. 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 Contractanternes Villie, at enhver Misligholdelse af Kontrakten fra den ene Contractants Side skulde berettigede den anden Contractant 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 Modsatte. 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. saaledes 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 nøiagtige Opfyldelse“. Som et Exempel nævner han, at et Tyende kan fordrø 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 gjennergaa 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. Forsaavidt 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 nødvendigens 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. indkjøber 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 forskellige 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 Arbeide 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 Arbeide uden forsaavidt det formindsker Arbeidet 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, 3: 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 Hjelp af Fuldmagten skulde betrygges, til Exempel, naar den gik ud paa at sælge Eiendomme eller Varer, hvis Provenue skulde tjene til Dækning for en Gjeld 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 Fuldmagtens 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 tredje Mands Sag, som vil bygge derpaa, at forvise 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 paaavirkedes 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 Fuldmagts 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 Skade 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 Naturret § 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 faktisk 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 tredie 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 bekjendte. 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 Medforlovare, 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. Saa-danne 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 Søgsmaals-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 Hurligkarl 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 Fremlejes 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 ligegyldig 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 Naturetten 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 Overeenskomst, 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 Lovbud ¹⁾, 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 alterius tantummodo præsumitur. Quoniam vero contractus celebrantur utilitatis causa; consensus in contrahendo præsumi nequit, 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*“, hvorfra 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 gjengiver 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 rati- habere 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 paaviser 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 Tarv, 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 urettelig 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 uretteligen 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 undergivet 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 Wolffs 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 Indskrænking 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 naturligvis

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 Hjælp har taget imod; derimod antages Tingen ikke at kunne vindiceres fra tredje 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, skjændt 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 facta* 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

Gode. 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 haft 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 „forsætligen“ 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 Beskadigede 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 sejlende 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, skjønndt 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 „forsætlig“ 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 „forsætlig“ 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 begrændse 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 sluttes 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, bekendtgjort 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 antydet, 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-gjældende 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 Colleg.-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 Gjering, 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, ingenlunde 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 stjaalet, 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 ingenlunde indskrænkes til det Onde, man eene og umiddelbar tilføier sit Medmenneske“.

Saafernt 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 fordrø 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, fornømmeligen 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 forskjellige Lovbud, som i forskjellige 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 Ansvarpligten, 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 forarsage, 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 forskellige 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 Skjændselsnavne 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 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 særeget 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 Betænelighed 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 paa-
staas, 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 (Frđ. 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 Naturretten 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-nævnelser (med falsk Forfatter-nævnelser, 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 brevvexlede Cancelliet med Admiraltets- 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 mekaniske 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 Tingene, 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 Würtembergske Stænders Forsamling om en Forbudsløvs 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 skjelnnet 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, Forbundsdagen 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 skadesløs 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 forholdsmæssig lige tilgode, maatte sælges til den Høistbydende; hvilket dels formedelst Uvisheden af, hvor vidt der nogensinde vilde opstaae Trang til et nyt Oplag, ikke vilde lede til noget fordeelagtigt Resultat for de Vedkommende, dels 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 mechanisk 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 sliq 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 fuldkomnere 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 Betyggelse 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).

