



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. Nellemann. H. Øllgaard.

Kjøbenhavn.

H. Hagerups Forlag.

Triers Bogtrykkeri (H. J. Schou).

1885.

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

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

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

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

Kjøbenhavn, den 8 December 1884.

C. Goos.

J. Nellesmann.

H. Øllgaard.

INDLEDNING.

I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ See Fortalen til Hdbg. 1 B. p. XV.

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

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

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

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

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

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

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

II.

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

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

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

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

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

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

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

- ¹⁾ Om hiin Tids theoretiske Radicalisme kan henvises til Ø.'s Ytringer „Af mit Livs og min Tids Historie“ I. S. 13 ff og fl. St.
- ²⁾ R. Loening gjør i Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtswissenschaft III. 1883. S. 250 og 321 opmærksom paa, at det Ungdommelige i hele denne Bevægelse — som han ret træffende betegner det — ogsaa gav sig tilkjende i de ledende Forfatteres Alder. Grollmann skrev sine „Grundsätze“ i 22 Aars Alderen, Feuerbach udgav i en Alder af 20½ Aar sin „Kritik des natürlichen Rechts“, i en Alder af 24 Aar sin „Revision der Grundbegriffe“, Tittmann udvikler sine Grundsætninger for Strafferettens Behandling, ved hvilke han senere blev staaende, i en Alder af 23 Aar, og Henke gjør det samme i en Alder af 24 Aar. Seniorene iblandt dem synes af have været Stübel, der

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. S. Ørstedes Betydning.

seirede ved denne Leilighed, idet M. H. Bornemann¹⁾ blev ham foretrukken. Efter denne Concurrence indskrænkede Ø. sin Forfattervirksomhed noget — tildels som en Følge af nerveuse Sygdomstilfælde, hvoraf han dengang led en Deel — men han skrev dog ikke faa Recensioner i Lærde Efterretninger for 1799 og 1800, hvori han optraadte som udpræget Tilhænger af Fichte. Blandt disse kan nævnes en udførlig Recension over Schlegels Naturet²⁾, hvori han fra Fichtes Standpunct med Skarp-
hed og Bestemthed, men dog med Agtelse kritiserer dette i Kantisk Aand affattede Skrift, en Recension, som i Korthed sætter Læseren ind i alle hin Tids vigtigste, nu forglemte, Controverser paa den almindelige Retslæres Omraade og tillige viser den unge Recensents mærkelige aandelige Overlegenhed og Skarp-
hed i Tanken. Fremdeles meddelte han en Recension over J. Collins Oversættelse af Fichtes Skrift om den Lærdes Bestemmelse³⁾, en Anmeldelse af første Deel af Schlegels Astræa, hvori bl. a. en Kritik af en Afhandling af denne Forfatter „om den kritiske Philosophies nærværende Tilstand og om Grundsætningerne i Prof. Fichtes Wissenschaftslehre og Naturrecht“⁴⁾.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

hold og den moralske og religiøse Bevidstheds Bedømmelse af de historisk givne Institutioner, fremgaaer paa det klareste, naar man sammenligner saavel de i ovennævnte tre Afhandlinger udtalte Anskuelser som hans i andet Bind af Eunomia udviklede Straffetheori (fra Aaret 1817) med den Skildring, han i sin Alderdom giver af den Methode, der efter hans Overbevisning bør følges i Retsphilosophiens Behandling¹⁾. Man vil da finde, at Grundtanken er den samme. „En saadan Retsphilosophi, som jeg tænker mig,“ — siger han l. c. — „skulde behandle alle de vigtigste Retsforhold, saaledes som de fornuftigvis bør ordnes, saavel af Hensyn til at sikre alle Individets Frihed og Personlighed, som til Befordring af Samfundets fremskridende Velbefindende, og det ikke blot sandselig taget, men og forsaavidt det bestaaer i de høiere Livsgoder. Den havde ikke blot at befatte sig med det, der ved Lov bliver at anordne med Hensyn til det indbyrdes Forhold mellem de enkelte, men den skulde og fremstille den rette Ordning af de Indretninger, hvorved Samfundet skal forskaffe enhver en tilbørlig og sikkert Retstilstand. . . . Ved enhver Materies Behandling burde det Almengyldige udhæves, og det saaledes, at det gaaer foran det, som med Hensyn til de forskellige Tilstande og Forhold kan blive at bestemme paa forskiellig Maade. Men til det Almengyldige vilde ikke blot høre det Lidet, som kan siges at være nøie bestemt ved en ren Fornuftnødvendighed, men ogsaa alt, hvad der under den Civilisationsgrad, der hersker i alle nogenlunde udviklede Stater, maa gjælde overalt . . . En Retsphilosophi, som den, jeg tænker mig, vilde i en nogenlunde grundig Behandling. vistnok paa en ganske anden Maade

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

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

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

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

III.

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

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

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

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

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

Ret, men gaae ud paa at vise, hvad der, efter Fornuft og Erfaring, burde gjøres gjældende enten i Almindelighed eller under visse Forudsætninger“, og han tilføjer¹⁾, at G. Hugo's Philosophi over den positive Ret²⁾ „i intet Tilfælde maatte være Maalestokken for den oven paapegede Videnskab (Retsphilosophien)“, idet han bebrejder denne Forfatter, hvis Methode han iøvrigt sætter høiere end Naturretslærernes, at han, „dels af Uvillie over den Ensidighed, hvormed Naturretslærerne opstillede meget som grundet i en absolut Fornuftnødvendighed, skjøndt de blot havde hentet det fra de givne Retstilstande, og det uden at være trængt ind i deres Væsen, men ogsaa af Mangel paa en dyb og alvorlig Sands for Menneskeheds høiere Formaal, blev bragt til næsten at indrømme enhver Retsindretning eller Retstilstand, som i en eller anden noget betydende Stat havde vundet Fasthed, lige Berrettigelse“³⁾.

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

¹⁾ l. c. S. 149.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Medens Ø. saaledes sætter Betydningen af Natur-

¹⁾ Jur. Tdskr. 23 B. S. 332.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Jfr. Hdbg 1 B. S. 295.

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

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

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

IV.

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

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

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

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

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

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

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

overveiet — maa ansees for høist tvivlsomt, om der vilde vindes noget ved at forlade vor nedarvede Rets Ordning for at ombytte den med de nyere og mere gennemreflecterede, hvortil Mønstrene forelaa i Udlan- det. Det er ikke retfærdigt, naar man har villet til- lægge Ø. en Conservatisme, ifølge hvilken han ensidig forfægtede de bestaaende Retsinstitutioners Fortræffe- lighed¹⁾. Han var ingenlunde nogen blind Tilhænger af det Nedarvede — hvad der ofte i det Følgende vil blive Leilighed til at see — men han var en stræng Kritiker af det Nye, og han holdt for, at en gammel, i Folkets Bevidsthed indgaaet Retsordning ikke burde opgives, saalænge Fordelene derved vare tvivlsomme og usikre.

V.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ørsteds Indflydelse paa Procesvidenskaben i Danmark og Norge.

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

¹⁾ Formuerettens alm. Deel S. 101.

²⁾ Goos' Strafferet I. S. 441.

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

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

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

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

¹⁾ Min Prosessens alm. Deel S 23.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ligger deri, at Hovedcitanten drages fra sit Værneting.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I Slutningen af forrige og Begyndelsen af dette

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fremsættelsesmaaden fornuftigvis kan eller bør have nogen Indflydelse paa, hvad der er Ret med Hensyn til Bevisbyrden ¹⁾).

Ø. betragter dernæst en dengang bekjendt tydsk Forfatter Schneider's Forsøg paa at opretholde den nævnte Grundsætning ved at fortolke den paa en anden Maade end den sædvanlige ²⁾), nemlig ved at gjøre

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁾ Handbuch II. S. 368.

⁵⁾ Lehrbuch § 82 a.

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

¹⁾ Jvf. Eunomia 3 B. S. 467—470.

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

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

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

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

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

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

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

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

hans Tanke; men han er vistnok gaaet noget videre, end stræng Lovfortolkning tillader, i at tilstede det nævnte Mellembegrebs Benyttelse. Navnlig har han næppe tilstrækkeligt skjelnet mellem de Tilfælde, hvor Loven maa antages at ville drage en skarp Grændse mellem Troværdighed og Utroværdighed, og hvor det derfor er imod Loven og altsaa utilstedeligt at opstille Mellemgrader (f. Ex. 1. 13. 16), og — i Modsætning hertil — dels de Tilfælde, hvor saadan Hensigt ikke kan antages at være tilstede, idet Grændsen ifølge dens Natur maa bestemmes ved et Skjøn, f. Ex. 1. 13. 15, dels de Tilfælde, i hvilke Loven egentlig kun vil stemple visse Vidner som aldeles ulovfaste, uden at deraf kan sluttes, at den vil erklære alle dem, der ikke ere i de angivne Omstændigheder, for fuldstændig troværdige (f. Ex. 1. 13. 19), med Hensyn til hvilke tvende Klasser af Tilfælde der vel kan være Grund til at opstille Mellemgrader i Troværdighed. I Forbindelse hermed staaer, at Ø.¹⁾ i Modsætning til den da almindelige Mening forsvare den Sætning, at fuldt Bevis kan tilvejebringes ved ikke aldeles lovfaste Vidners Forklaring, naar deres større Antal bøder paa Manglen hos det enkelte Vidne, eller naar deres Forklaring understøttes ved andre Beviser; men ved Siden heraf gjør han opmærksom paa, at der ikke kan gives bestemte Regler, hverken om, hvormange disse ei aldeles lovfaste Vidner maa være for at afgive fuldt Bevis — kun at de naturligvis maa være flere end to —, eller om hvilket Maal af andet Bevis der maa komme til for at understøtte dem ²⁾).

¹⁾ l. c. S. 427 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Jfr. l. c. S. 342.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Eunomia 4 B. S. 419—22.

²⁾ Eunomia 4 B. S. 465—82.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ l. c. S. 191.

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

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

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

Skjøndt 1. 14. 7 ikke fulgtes i det Tilfælde, for hvilket den egentlig er nedskreven, opstillede dog mange af Datidens Retskyndige den Mening, at den maatte blive at anvende, naar den, hvem Benægtelseseden ellers skulde paalægges, ikke kunde aflægge den (f. Ex. fordi han ingen personlig Kundskab havde om Sagen eller var død eller bleven afsindig), idet man antog, at der i det Tilfælde maatte forholdes paa samme Maade, som naar den Paagjældende ikke vilde sværge; men Urigtigheden af denne Lære, som i det virkelige Retsliv vilde have de farligste Følger, paavises saa klart af Ø., bl. a. ved Henviisning til 5. 14. 47, at den siden ikke er kommen frem hverken i Theori eller Praxis¹⁾.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I hans første Arbejde over Æmnet, nemlig Af-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Om Tyveri S. 274 – 287.

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

¹⁾ Om Tyveri S 289 ff.

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

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

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

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

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

De dengang herskende Anskuelser gik i den Ret-

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

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

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

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

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

føres ved et middelbart eller kunstigt Bevis, og at dette ikke behøver at modtage den Styrke, som Beviset for selve Gjerningen¹⁾. Det, der blev tilbage som Gjenstand for Tvivl, var altsaa, om Beviset for, at en bestemt Person var Gjerningsmand, kunde føres ved Indicier. Hvorledes dette Spørgsmaal nu end maatte besvares efter de bestaaende Love, blev det i al Fald i Løbet af de to første Decennier af dette Aarhundrede almindelig anerkjendt, at der ifølge Sagens Natur ikke var nogen Grund til at drage Indiciebevisets Tilstrækkelighed i Tvivl, og at man ikke kunde undvære det. Flere ydre Omstændigheder medvirkede hertil. Først kan nævnes Torturens Afskaffelse i de forskjellige tydske Stater²⁾ og den derved foraarsagede

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁾ Jfr. Jur. Tidsskr. 1 B. S. 308 · 10.

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

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

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

for stod Striden fortrinsvis paa dette Punct. De betydeligste Forfattere vedbleve længe at fastholde den Betragtning, at Indiciebeviset indeholdt Mulighed for Fejlslutninger og aldrig kunde give mere end en ren subjectiv Vished, og at det derfor var utilladeligt at grunde en Domfældelse paa et saa usikkert Fundament.¹⁾ Andre vovede sig vel frem til at antage, at Indiciebeviset efter Omstændighederne kunde være tilstrækkeligt, men bandt dets Anvendelse til mangfoldige Regler og Betingelser²⁾, hvoraf maatte følge, at det kun sjældent kunde komme til at virke. Først langsomt og efterhaanden kom man saavidt, at Indiciebevisets virkelige Jævnbyrdighed med det directe Bevis blev anerkjendt.³⁾ Det er derfor med fuld Ret, at Ø. i Jur. Tidsskr. 11 B. 2 H. S. 83 siger, at han, længe førend det i Tydskland blev almindeligt, har forsvaret Nødvendigheden af det saakaldte kunstige eller circumstantielle Bevis, og at han i Arch. f. Retsvidensk. 6 B. S. 211 Noten udtaler, at da han i Jur. Arch. 13 B. i Aaret 1807 fremsatte sin Opfattelse af den juridiske Visheds Natur, maatte denne næsten betragtes „som et Slags juridisk

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

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

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

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

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

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

ikke tilbøjelig til at henregne til Afsindighed, forsaa-vidt som herved sigtes til en den criminelle Tilregnelighed ophævende Tilstand, andet end de urolige eller voldsomme Former og de med aabenbare Vrangforestillinger forbundne Former af Sindssygdом. Senere gik man til den modsatte Yderlighed og rejste Spørgsmaal om Tiltaltes Tilregnelighed i næsten ethvert Tilfælde, hvor fornuftigt Motiv til Gjerningen tilsyneladende manglede, og der kom en Periode, hvor Lægerne vare tilbøjelige til at forklare Forbrydelserne af Monomanier og opstille saadanne Begreber som Mordmani, Tyvemani o. s. v. (jfr. herom nogle betegnende Ytringer i Ugeskr. for Retsv. for 1880 S. 116). Om disse Forhold meddeler Ø. ret interessante Notitser i Af mit Livs og min Tids Historie 1 D. S. 220—29. Han stillede sig — ligesom i det Hele Juristerne — i Modsætningsforhold til den altfor store Tilbøjelighed hos Lægerne til at anse Personer, der vare under Indflydelse af sygelig-urigtige Forestillinger, for utilregnelige, og han tiltræder for sit Vedkommende ganske den Opfattelse, som fulgtes af Domstolene, nemlig at „hvor den formentlige Sindsforstyrrelse ikke staaer i Forbindelse med nogen Kjendsgjerning af legemlig Sygdом eller Desorganisation, ere Læger i Almindelighed ikke bedre end andre fornuftige og oplyste Mænd i Stand til at bedømme Spørgsmaalet, og at navnlig de Dommere, som optage Forhørene over den Paagjældende, maa kunne afgive et ligesaa sikkert Skjøn derover som en Læge, der har langt mindre Lejlighed til at lære ham at kjende, og navnlig end Sundhedscollegiet, der kun har Acterne at gaae efter¹⁾“. Han mener derfor, at det,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁾ Jfr. Hdbg. 6 B. S. 373 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁾ Jfr. saaledes Nørregaard § 1637.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹) Jfr. ovenfor S. 62—63.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

